

DEVIS ECHANDÍA

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

APLICABLE A TODA CLASE DE PROCESOS

**NOCIONES GENERALES. SUJETOS
DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL.
OBJETO, INICIACIÓN, DESARROLLO
Y TERMINACIÓN DEL PROCESO**

Tercera edición revisada y corregida



EDITORIAL UNIVERSIDAD

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO



HERNANDO DEVIS ECHANDÍA

Presidente de los Institutos Iberoamericanos y Colombianos de Derecho Procesal.
Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y de los Institutos
Español, Argentino y Mexicano de Derecho Procesal. Profesor de la Facultad de
Derecho de la Universidad Nacional de Bogotá, Colombia.

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

APLICABLE A TODA CLASE DE PROCESOS

**NOCIONES GENERALES. SUJETOS
DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL.
OBJETO, INICIACIÓN, DESARROLLO
Y TERMINACIÓN DEL PROCESO**

Tercera edición revisada y corregida

Reimpresión



**EDITORIAL
UNIVERSIDAD**

RIVADAVIA 1225 - CIUDAD DE BUENOS AIRES

Requisición: Br. Ernesto Llibre, Miguel Cagado
EP 11002

11 MAR. 2013



12010349

PRESENTACIÓN

1. Esta es una obra total, indispensable, la más completa sobre la teoría del proceso. Es omnicomprendiva, pues tiene la pretensión, lograda, de incluir todos los procesos (civil, penal, laboral, etc.), como para demostrar que el derecho no tiene compartimientos separados, que es único y que sus grandes líneas se aplican en todo su ámbito.

2. Si lo manifestado no fuera suficiente, esta obra es el "pináculo" de un autor indiscutido, Hernando Devis Echandía, el más importante procesalista de América, en la plenitud de su carrera. En esta edición se ha reelaborado y reformulado toda la teoría general del proceso, con independencia de las diferencias y los códigos de procedimiento (tanto de la Argentina como del extranjero). Sin lugar a dudas, cabe hacer ya una distinción, antes de esta obra fundamental y después de ella. No puede construirse ningún edificio teórico del proceso ni comprender su práctica de todos los días con prescindencia de ella. Sirve tanto al juez, jurista o abogado extranjero como argentino, pues ella encierra, con la simpleza de quien ha llegado a la esencia de las ideas, todo ese cúmulo de conceptos y herramientas sin los cuales no es posible entender el proceso ni la relación procesal.

3. Hemos de enumerar sucintamente algunos de los contenidos de este libro, para dar una idea de la magnitud y profundidad de los temas tratados.

4. Definía Couture la carga procesal como una situación jurídica instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él (Fundamentos del derecho procesal civil, 3ª ed., p. 211). Devis Echandía, afinando ese concepto, indica que tiene dos peculiaridades que la distinguen: sólo surgen para las partes y algunos terceros, nunca para el juez, y su no ejercicio acarrea consecuencias procesales desfavorables, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales

que en el proceso se ventilan. El perfil de la carga queda, pues, precisamente determinado.

5. En cuanto al principio dispositivo, el autor deja sentadas las bases inmovibles de un nuevo derecho más humano, más apartado de la lid y cercano a la verdad material. El juez ya no debe ser un simple espectador que se limita a dar la razón al vencedor. Expresa Devis Echandía que ejecutar sentencia es obtener una sentencia que se acomode a la verdad y al derecho, es cuestión de interés social, cualquiera que sea la rama del derecho objetivo a que corresponda la cuestión que constituye el objeto del proceso: penal, civil, laboral, etc.

6. En materia de oralidad, Devis Echandía representa el equilibrio perfecto y remarca las bondades y virtudes de uno u otro sistema (oralidad-escritura). Somos, por esencia, partidarios del procedimiento oral, pero no cerramos los ojos a las ventajas ni a los inconvenientes. Con acierto se señala que el procedimiento escrito prolonga en demasía el curso del proceso; permite el abuso de los recursos y medios encaminados a dilatar el litigio; sirve de medio para crear confusión en el juez y en la contraparte, y a veces hace aparecer lo accidental como esencial. En el oral, la concentración e inmediatez operan de manera perfecta. Es que, como dijimos en otra oportunidad, ¿cómo es posible que los jueces sentencien cuestiones de familia sin conversar con las partes y sus hijos? Es que podrían tratar a un menor como un objeto al que, por cuestiones procesales, asignan a uno u otro padre según la lucha que —aun separados, por ejemplo— siguen sosteniendo entre ellos. El hijo resulta así “una pelota” con la que se juega y se utiliza para inferir heridas al ex cónyuge, sin tener en cuenta que al único que lastiman es al propio hijo. Muchos problemas se solucionarían si en lugar de ver escritos se vieran personas. Es decir, si en lugar de escritos a máquina, en hojas de 22 x 32 cm, a doble espacio, se tuvieran a la vista las personas a que se refieren. Las desventajas de la oralidad están dadas por el mayor costo y el mayor número de jueces. Empero no dejan de señalarse las bondades totales de la oralidad, la que es más conveniente aún en materia penal. Señalamos cómo las nuevas reformas en materia procesal penal en la Argentina están enderezadas al predominio de la oralidad.

7. El autor esboza notablemente las bondades del esquema de doble instancia, pues la doctrina y la legislación universales han establecido la organización jerárquica en la administración de justicia, con el fin de que, como regla general, todo proceso sea

conocido por dos jueces de distinta jerarquía si los interesados lo requieren oportunamente mediante el recurso de apelación.

8. *En sentido estricto, Devis Echandía comprende por jurisdicción la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial. Existe un interés social en heterocomponer las controversias e imponer la decisión como acto emanado de un poder supremo, que no admite otro por encima de él.*

9. *Párrafos excepcionales vierte el autor cuando se refiere a la designación de los jueces y a la carrera judicial, lo cual revela lo hondo que ha calado en nuestros sentimientos y conceptos estrictamente latinoamericanos. Así, cuando dice que el sistema de designación por los superiores jerárquicos del mismo órgano jurisdiccional es, sin duda, el que mejor garantiza la independencia y apoliticidad de los funcionarios y se presta a una superior selección de los candidatos, libre de los intereses políticos.*

Rescatamos el sabio concepto que le merece la promoción por el tiempo, en la función, por la realidad que trasunta. Aclara que la promoción no puede ser el resultado simple del cumplimiento de un cierto tiempo en el desempeño del cargo, como sucede en la carrera militar, porque la consecuencia podría ser el imperio de la mediocridad, con catastróficos efectos.

10. *El fin del proceso es la realización del derecho mediante la actuación de la ley en los casos concretos y con miras a satisfacer el interés general. Eso nos devuelve la finalidad al proceso, aunque, como lo destacamos, el único fin tangible de la norma procesal es garantizar la defensa en juicio (art. 18 de la C.N.) (Nulidades procesales, Edit. Universidad, 2ª ed., 1983, p. 352, n° 159).*

11. *Alsina ha manifestado que en el juicio voluntario las partes actúan de común acuerdo y sólo requieren la intervención del juez para consolidar una situación jurídica. En el juicio contencioso, por el contrario, se supone una controversia, que se desarrolla ante el juez por los trámites y con las solemnidades que las leyes procesales prescriben (Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial, Edit. Ediar, Bs. As., 2ª ed., t. 1, p. 466, n° 26). De Santo, siguiendo a Carlo Carli, clasifica a los procesos voluntarios como parajudiciales (El proceso civil, Edit. Universidad, Bs. As., 1982, t. 1, p. 10).*

Lo cierto y concreto es que la diferencia fundamental consiste en la inexistencia de partes, ya sea por no haber controversia o por estar hecho el proceso en interés de alguien. Con toda propiedad,

Devis Echandía remata el concepto con la sencillez de los grandes maestros, al expresar que en el proceso de jurisdicción voluntaria las voluntades de las partes están unidas y persiguen una declaración común.

12. *Destaca el carácter complejo de la relación jurídica procesal, por la multiplicidad de relaciones que vinculan a las partes y al juez.*

13. *Acción —expresa el autor— es el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso. Es de notar que rescata el interés particular y el interés público que siempre existen en la pacífica solución del litigio.*

14. *La simple negación de los hechos y el derecho, en la oposición del demandado, se incluye en las llamadas defensas. La afirmación de hechos distintos o de modalidades de los mismos hechos se consideran, para el autor, excepciones.*

15. *Deslinda correctamente los conceptos de legitimación sustancial y procesal. Prefiere hablar de capacidad general y especial para ciertos actos procesales y no de "legitimatio ad processum".*

16. *Para la concepción del maestro Chiovenda es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de ley, y aquel frente al cual ésta es demandada (Principios de derecho procesal civil, t. II, p. 6). Tal concepto es mantenido por Devis Echandía, quien resalta el derecho a no tener razón del esquema chiovendiano de la acción. Para ser parte basta demandar, inclusive temeraria y absurdamente, o aparecer demandado.*

17. *En materia de litisconsorcio el autor bucea en el enorme océano de contradicciones que rodea la figura, estructurando ideas claras y precisas. Así, al referirse al litisconsorcio necesario, indica, por ejemplo, que la suerte de los distintos litisconsortes necesarios sea común e interdependiente. Esto trae como consecuencia que los recursos interpuestos por cualquiera de ellos favorezcan o perjudiquen a los demás.*

18. *En materia de terceros examina todos los supuestos hasta agotar el tema. La intervención de terceros en el proceso de cono-*

cimiento se da en forma voluntaria u obligada e implica asumir el carácter o calidad de parte (arts. 90 a 96 C.P.N. y C.P.B.A.). Así, la norma explícita que el tercero podrá intervenir en calidad de parte (art. 90 C.P.N. y C.P.B.A.). Es que varias razones pueden determinar a una de las partes a dirigirse a un tercero para complicarlo en mayor o menor grado, con una u otra figura, en el pleito pendiente (José Chiovenda, Principios... cit., t. II, p. 714 y ss., párr. 90). Entre esos casos de intervención —en el caso obligada— citaba Chiovenda la “litis denuntiatio” (la denuncia del pleito), “laudatio o nominatio auctoris” (indicación del poseedor mediato), el llamamiento del tercero pretendiente y “la chiamata in garanzia” (llamada en garantía). Todos estos supuestos han recibido el debido tratamiento.

19. Los actos procesales son simplemente actos jurídicos que inician el proceso u ocurren en él, o son consecuencia de éste para el cumplimiento de la sentencia con intervención del juez. Asombra el poder de síntesis de la definición, pues no podría darse otra mejor en menor cantidad de palabras.

20. Con exactitud trata los requisitos de la demanda y, entre ellos, se refiere a las teorías de la individualización y sustanciación de los hechos. Indica que la doctrina moderna considera suficiente para el éxito de la demanda la indicación de los hechos necesarios “para individualizar o identificar la acción que se propone”. Es la teoría de la individualización, a la cual se opone la de la sustanciación que es más rigurosa y exige indicar todos los hechos que fundamentan el derecho que se hace valer.

21. Según el autor, el concepto moderno de “litis contestatio” la ubica como el momento en que queda configurado el litigio para resolver.

22. Si bien no surge evidente la posición que asume Devis Echandía en materia de “exequatur”, su criterio es amplio. Es decir, y para realizar una breve reseña, debemos indicar que la cuestión pasó de la hostilidad a la cortesía y, luego, al universalismo de Savigny. Tras la regresión de Anzilotti, con su nacionalización de las sentencias, la tercera escuela —con Cappelletti a la cabeza (Las sentencias y las normas extranjeras en el proceso civil, ps. 55 y ss.)— vuelve a la comunidad jurídica de naciones con un fondo común legislativo, que significó el universalismo de Savigny (ver nuestro Tratado de la ejecución, Edit. Universidad, Bs. As., t. II-A). Señala el autor que se entiende por “exequatur” el requisito que deben llenar las sentencias dictadas en un país

para tener cumplimiento en otro. Se denomina también proceso de deliberación o de reconocimiento o de homologación. Con toda razón indica que el proceso de "exequatur" es una condición para el cumplimiento de la sentencia, pero no es un acto constitutivo de su eficacia o valor que lo tiene por sí misma.

23. En materia de congruencia se trata detenidamente la incongruencia por "plus o ultra petita" ("Ne eat judex ultra petita partium"), por "extra petita" ("Ne eat judex extra petita partium") y por "citra petita" ("Ne eat judex citra petita partium"). Entiende por congruencia o consonancia el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral y contencioso-administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado. Adviértase el estudio total de la congruencia en el proceso civil y en el penal, lo cual aquilata, como vimos, el valor de la obra. Por otra parte, la contradicción lógica que revela la incongruencia está implícita en la definición que se da.

24. El bien juzgado, lo que el juez decide, una vez firme la decisión, tiene efectos de cosa juzgada. Como enseñó Chiovenda, no hay nada de necesario ni absoluto en el instituto, el que sólo se mantiene por razones de seguridad jurídica o utilidad. Interesa más el juez en cuanto decide que en cuanto razona, pues la sentencia es un acto de autoridad estatal que se independiza, como la obra del artista, del juez que la dictó. Siguiendo estas ideas, Devis Echandía expresa que el fundamento o la razón jurídica de la cosa juzgada, que explica por qué existe y se impone con su inmutabilidad y su definitividad tanto a los jueces como a las partes, está en la potestad jurisdiccional del Estado, de la que emana el poder suficiente para imponer, en la forma como el legislador lo desee, los efectos y la eficacia de la sentencia definitiva y de otras providencias a las cuales les otorgue los mismos efectos de cosa juzgada.

25. En los límites de la cosa juzgada destaca los casos de valor absoluto (erga omnes) que excepcionan el carácter relativo de la misma. Entre ellos señala los que modifican el estado civil o establecen uno nuevo, las sentencias en procesos promovidos por acción popular, los actos homologatorios, las sentencias penales de absolución, etc.

26. El proceso fraudulento es una de las excepciones más notorias a la inmutabilidad de la cosa juzgada, ya sea como re-

curso de revisión o como acción autónoma. Lo define Devis Echandía indicando que se presenta cuando la sentencia ha sido producto del fraude, la violencia, la colusión o el cohecho, cuando después de pronunciada se recobran piezas decisivas retenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida; cuando hubo colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes, en perjuicio de terceros... Ello nos hace recordar el famoso leading-case, que realza la justicia argentina, "Campbell Davidson, Juan c. Provincia de Buenos Aires", en el cual nuestra CSN dijo que las sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación son revisables sin que lo impida el principio de la cosa juzgada, pues la razón de justicia exige que el delito comprobado no rinda beneficios (19/2/71, "L.L.", t. 142, p. 296).

27. *Nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ha aceptado el recurso de consulta, y a este respecto, el art. 253 bis, texto según ley 22.434, establece que en el proceso de declaración de demencia, si la sentencia que la decreta no fuera apelada se elevará en consulta. La cámara resolverá previa vista al asesor de menores e incapaces y sin otra sustanciación. Con toda propiedad define Devis Echandía el instituto al explicitar que tiene lugar la consulta de la sentencia cuando el legislador dispone que ésta sea necesaria y oficiosamente revisada por el superior, sin lo cual no se ejecutaría. No se trata de un recurso, puesto que nadie lo interpone, y no rige, para la competencia del superior y el alcance de la decisión que adopte, el principio de la "reformatio in pejus", que opera en la apelación. No cabe agregar nada a este concepto impecable.*

28. *Hemos definido la inexistencia como el acto al que le faltan los presupuestos procesales para constituir una relación jurídica procesal (Nulidades... cit., p. 45, n° 18). El autor reconoce la categoría de los actos inexistentes y le asigna una adecuada posición en relación con la nulidad, pues el acto inexistente, a diferencia del nulo, no se convalida por falta de impugnación.*

29. *En el ordenamiento procesal democrático no caben "misterios". El derecho es, o debe ser, certeza (Manuel Ibáñez Frocham, Tratado de los recursos en el proceso civil, 4ª ed., p. 443, nota 637). No nos encontramos ante resortes misteriosos ni esotéricos (del griego, esoterikos, interior, oculto, secreto. Dícese de la doctrina en que los sabios de la antigüedad no iniciaban sino a muy pocos de sus discípulos; Larousse universal, tercera tirada, t. 2, p. 88). Devis Echandía con la fuerza de la simplicidad, en algunos casos, y con la profundidad de su visión del derecho es un ejemplo de*

cómo no se pierde grandeza al develar los "secretos" del proceso de una manera que sea perfectamente comprensible, aun para los recién iniciados. No hay nada difícil ni suficientemente abstracto que no haya sido concretamente explicado.

30. No nos encontramos ante una obra de derecho procesal o sobre el proceso, estamos ante un libro definitivo, que revela la síntesis del pensamiento de un grande. En pocas oportunidades nos hemos sentido, en consecuencia, tan gratificados por la presentación de una obra de tal colosal envergadura.

LUIS ARMANDO RODRÍGUEZ

ÍNDICE

PRESENTACIÓN, por el Dr. LUIS ARMANDO RODRÍGUEZ	7

PARTE PRIMERA

NOCIONES GENERALES

CAPÍTULO I

NOCIÓN, NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS, IMPORTANCIA, OBJETO Y FIN DEL DERECHO PROCESAL

1. Noción y razón de ser del derecho procesal	39
2. Naturaleza y características del derecho procesal y de las normas procesales	40
3. Definición del derecho procesal	41
4. Importancia del derecho procesal	42
5. Objeto y fin del derecho procesal	43
6. Unidad del derecho procesal y sus diversas ramas	43
7. Derechos, facultades, obligaciones, deberes y cargas procesales	44
8. Fuentes del derecho procesal. Manera de llenar los vacíos de los códigos de procedimiento	47

CAPÍTULO II

HISTORIA DE LOS SISTEMAS PROCESALES Y DEL DERECHO PROCESAL

9. Nacimiento del derecho procesal	49
10. Historia del derecho procesal	50
a) Período exegetico o de los procedimentalistas	50
b) Período del verdadero derecho procesal y de la escuela científica	50
i) La escuela alemana	50

ii) La escuela italiana	51
iii) España	51
iv) Iberoamérica	52

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL Y DEL PROCEDIMIENTO

11. Principios fundamentales del derecho procesal	55
a) Principio de interés público o general en el proceso	55
b) Carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional del Estado	55
c) Independencia de la autoridad judicial	56
d) Imparcialidad rigurosa de los funcionarios judiciales	56
e) Igualdad de las partes ante la ley procesal y en el proceso	56
f) Necesidad de oír a la persona contra la cual va a surtirse la decisión y la garantía del derecho de defensa	57
g) Publicidad del proceso	57
h) Obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley	58
i) El principio de que las sentencias no crean, sino declaran derechos	58
j) El principio de la verdad procesal	59
k) El principio de la cosa juzgada	59
12. Principios fundamentales del procedimiento	60
a) El principio dispositivo o inquisitivo	60
b) Principio de la valoración de la prueba por el juez, de acuerdo con las reglas de la sana crítica	63
c) El principio de impulsión oficiosa del proceso	65
d) Principio de la economía procesal (menor trabajo y justicia más barata y rápida)	66
e) El principio de concentración del proceso	66
f) El principio de la eventualidad, también llamado de la preclusión	67
g) El principio de la inmediación	68
h) El principio de la oralidad o de la escritura	68
i) El principio del interés para intervenir en los procesos	70
j) Principios del interés para pedir o contradecir una sentencia de fondo y de la legitimación en la causa	71
k) Principios de la buena fe y la lealtad procesal	73
l) Principio de la impugnación	73
m) Principios de las dos instancias	74
n) Principio de la motivación de las sentencias	74
ñ) Principio de la carga de la prueba, que en lo penal se sustituye en parte por el de "in dubio pro reo"	75

o) Principio de la congruencia	76
p) Principio de la humanización de la justicia judicial	77
13. Otros principios fundamentales del proceso penal	78
a) Principio de la función preventiva de defensa social del proceso penal	78
b) Principio del “favor rei” o de la favorabilidad	79
c) El principio de que al procesado se le debe considerar inocente, mientras no se le pruebe lo contrario	80
d) Principio que rechaza la absolución con advertencia de que se produce por insuficiencia de pruebas de la responsabilidad	80
e) Principio del juzgamiento por los jueces naturales	81
f) Principio del derecho del imputado a su libertad provisional	82
g) Principio de la existencia de un ministerio público imparcial, distinto de los funcionarios de instrucción, acusación y juzgamiento	82

CAPÍTULO IV

LA LEY PROCESAL Y SU VIGENCIA EN EL TIEMPO Y EL ESPACIO

14. Qué se entiende por ley procesal	83
15. La ley procesal en el tiempo	83
16. La ley procesal en el espacio	86

CAPÍTULO V

FUNCIÓN JUDICIAL

17. Característica de la función judicial	89
18. Cómo se realiza la función judicial	89
19. Importancia de la función del juez en la vida del derecho	90
20. Interpretación de la ley procesal	91

CAPÍTULO VI

LA JURISDICCIÓN

21. Qué se entiende por jurisdicción y cuál es su fin	95
22. Características y elementos de la jurisdicción	96
23. Definición	97
24. Naturaleza. La jurisdicción como derecho subjetivo público y como obligación del Estado	98

25. Poderes que emanan de la jurisdicción	99
a) Poder de decisión	99
b) Poder de coerción	99
c) Poder de documentación o investigación	100
d) Poder de ejecución	100
26. Unidad de jurisdicción y su clasificación	101
27. Jurisdicción voluntaria y contenciosa. Diversas doctrinas	102
a) Jurisdicción contenciosa	102
b) Jurisdicción voluntaria	102
28. Jurisdicción ordinaria o común y jurisdicciones especiales	106
29. Jurisdicción civil	107
30. Jurisdicción penal. Diferencias con la civil	107
31. Jurisdicción laboral	108
32. Jurisdicción contencioso-administrativa	109
33. Jurisdicción aduanera	111
34. Jurisdicción eclesiástica	112
35. Jurisdicción penal militar o fuero castrense	112
36. Jurisdicción coactiva o fiscal	113
37. Jurisdicción disciplinaria	113
38. Jurisdicción constitucional	114
39. Extensión de la jurisdicción	114
40. Adquisición de la jurisdicción por los jueces	115
41. Pérdida de la jurisdicción por los jueces y falta absoluta de ella	116
42. Suspensión de la jurisdicción	117
43. Usurpación de jurisdicción	117
44. Delegación de jurisdicción	118
45. Una supuesta derogación de jurisdicción	118
46. Conflictos de jurisdicciones	119

CAPÍTULO VII

FUNCIONES ADMINISTRATIVA Y LEGISLATIVA Y DIFERENCIAS CON LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

47. Función jurisdiccional y función administrativa	121
48. Función judicial y función legislativa	123

CAPÍTULO VIII

ORGANIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

49. Justicia y jueces	127
50. Jueces y órgano jurisdiccional	128

51. Principios fundamentales de la organización judicial.....	129
a) Independencia de los funcionarios judiciales	129
b) Imparcialidad de jueces y magistrados	129
c) Permanencia de los órganos de la jurisdicción	130
d) La organización judicial debe abarcar el territorio nacional y estar al alcance de todos	130
e) Debe existir suficiente número de funcionarios	131
f) Distribución del territorio nacional en diversas circunscrip- ciones, con jueces separados para cada una	131
g) Pluralidad jerárquica de los funcionarios	131
h) Jerarquía de los oficios o despachos judiciales	132
i) La distinta composición de los oficios o despachos	132
j) Un sistema de selección, nombramiento y ascensos de los funcionarios que garantice su independencia, su imparcia- lidad y su capacidad jurídica y moral	133
k) Un sistema legal de procedimiento judicial que permita a los funcionarios el desempeño de su misión a la altura de sus capacidades y de su voluntad de trabajo	133
l) Separación de las distintas ramas de la jurisdicción	134
m) Existencia de un ministerio público paralelo a la organi- zación judicial	134
52. Selección, nombramientos y ascensos de los funcionarios ju- diciales	135
53. La carrera judicial	135
54. Clasificación de los órganos, despachos u oficios judiciales	137
i) Desde el punto de vista de sus funciones	138
ii) Desde el punto de vista de su composición y formación	138
55. Incompatibilidades en el nombramiento de los cargos judi- ciales e impedimentos	139

CAPÍTULO IX

LA COMPETENCIA Y FACTORES PARA SU DISTRIBUCIÓN ENTRE LOS DIVERSOS DESPACHOS

56. Jurisdicción y competencia	141
57. Factores para la determinación de la competencia externa	142
58. La "perpetuatio jurisdictionis"	144
59. Competencia absoluta o improrrogable y relativa o prorro- gable	146
60. La prórroga convencional previa al proceso. El lugar donde debe cumplirse la obligación	147
61. Competencia privativa y preventiva o concurrente	147
62. Competencia externa y competencia interna. Reparto	148
63. Competencia legal y competencia por delegación. La comi- sión	148

64. Pérdida y suspensión de la competencia	150
65. Noción del fuero o foro. Diversas clases de fueros	151
66. La analogía en materia de competencia	152
67. Efectos procesales de la falta de competencia	152
68. Cómo se determina en definitiva el despacho judicial competente para una demanda o una investigación o un proceso penal	153

CAPÍTULO X

DEL PROCESO

69. Qué se entiende por proceso	155
70. Estructura del proceso	156
71. Objeto del proceso	156
72. Fin del proceso	156
73. Proceso y litigio	158
74. Funciones del proceso civil, laboral y contencioso-administrativo	159
75. Funciones del proceso penal	160
76. Clasificación de los procesos	160
77. Procesos declarativos y dispositivos	160
78. Proceso declarativo puro	161
79. Proceso de condena o de prestación	162
80. Proceso de declaración constitutiva	163
81. Procesos mixtos	164
82. Proceso declarativo genérico o de conocimiento y proceso de ejecución	165
83. El proceso cautelar	166
84. Proceso represivo y proceso preventivo	166
85. Proceso singular y proceso colectivo	167
86. Proceso contencioso y proceso de jurisdicción voluntaria	167
87. Naturaleza jurídica del proceso. La relación jurídica procesal ...	168
88. Acción y relación procesal. Cuándo surge ésta	171

CAPÍTULO XI

DE LA ACCIÓN

89. Concepto general de acción y diversos significados	173
90. La noción de acción en derecho procesal	174
91. Teoría de la acción como elemento del derecho material subjetivo y como este derecho en movimiento	175
92. Teorías de la acción como autónoma e independiente	176
93. Teoría de la acción como facultad del derecho de la personalidad	176

94. Teoría de la acción como derecho subjetivo público para obtener la tutela del Estado por sentencia favorable	177
95. Teoría de la acción como derecho concreto, autónomo, potestativo y privado	178
96. Teoría del derecho subjetivo procesal, abstracto y público, para el cumplimiento del proceso	179
97. El desarrollo de la doctrina después de Carnelutti, los estudios de Ugo Rocco, Couture y otros	181
98. Nuestro concepto sobre la acción	186
99. La acción en el proceso penal	190
100. Elementos del derecho de acción y de la pretensión	193
101. Clasificación correcta e incorrecta de las acciones	195
a) Sentido material o sustancial incorrecto	196
b) Clasificación procesal de las acciones	197
102. Acciones de naturaleza mixta	198
103. La mal llamada acumulación de acciones	199
104. Tres verdaderos casos de acumulación de acciones en un mismo proceso: la demanda de reconvención, la acumulación de procesos y la intervención "ad excludendum"	199
105. Extinción, caducidad y accidentes de la acción. El problema de su renuncia	200
106. Cesión de las acciones y del derecho de contradicción y su transferencia por causa de muerte	201

CAPÍTULO XII

EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN

107. El derecho de contradicción	205
108. Objeto y fin del derecho de contradicción	206
109. Naturaleza del derecho de contradicción	207
110. Sujetos del derecho de contradicción	208
111. Diferencias entre derecho de contradicción, oposición y excepción	209
112. Diversas maneras de ejercitar el derecho de contradicción	209

CAPÍTULO XIII

DE LA PRETENSIÓN

113. Noción de pretensión	213
114. Naturaleza jurídica de la pretensión	214
a) En los procesos civiles, contencioso-administrativos y laborales	214
b) En el proceso penal	216
115. Elementos de la pretensión: objeto y razón	219

116. Fin de la pretensión	221
117. Sujetos de la pretensión	221
118. Requisitos o presupuestos de la pretensión	222
119. Efectos de la pretensión	222
120. La oposición a la pretensión	223
121. Diversas clases de pretensiones	223

CAPÍTULO XIV

LA OPOSICIÓN A LA PRETENSIÓN. LAS DEFENSAS DEL DEMANDADO E IMPUTADO

122. Observaciones generales	225
123. La noción de oposición y sus elementos	226
124. Fin perseguido con la oposición, clases, requisitos y efectos...	228
125. De las defensas en general y sus distintas clases	228
126. Resumen de nuestra opinión sobre la distinción entre derecho de contradicción, defensa y excepción	231
127. Naturaleza jurídica de la excepción	233
128. Definición de excepción y su prueba	236
129. La excepción en el proceso penal	237
130. Clasificación de las excepciones en la doctrina	238
131. La reconvencción y su diferencia con la excepción	240

CAPÍTULO XV

EL INTERÉS EN LA PRETENSIÓN U OPOSICIÓN PARA LA SENTENCIA DE FONDO

(También llamado interés para obrar)

132. Importancia de esta materia e indecisión doctrinaria	243
133. La noción del interés sustancial para pedir sentencia de fondo o mérito y diferencia con el interés para ejercitar la acción	243
134. Sistematización de nuestro concepto	244
a) ¿Qué significa este interés?	244
b) No es el interés para accionar	244
c) Tampoco es el interés para contradecir en general	245
d) No es presupuesto procesal ni de la acción, sino sustancial de la sentencia de fondo	245
e) No se confunde con la titularidad del derecho sustancial pretendido	245
f) Es requisito de la sentencia de fondo o mérito	245
g) Debe ser sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual	246
h) El interés para obrar en los terceros intervinientes	248

i) Su falta no constituye una verdadera excepción, y debe ser declarada de oficio en la sentencia	248
j) La sentencia inhibitoria que debe dictarse en caso de faltar no constituye cosa juzgada	249
135. El interés sustancial en la causa en el proceso penal	249
136. Definición	251

CAPÍTULO XVI

LA "LEGITIMATIO AD CAUSAM"
O LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

137. Importancia de la noción e indecisión en la doctrina	253
138. Qué es la "legitimatio ad causam" o legitimación en la causa y sus características	253
a) No se identifica con la titularidad del derecho sustancial ...	254
b) No es condición de la acción sino del éxito de la pretensión	254
c) En sentido estricto tampoco es requisito de la sentencia favorable, sino de la sentencia de fondo	255
d) La sentencia inhibitoria no constituye cosa juzgada	255
e) Es personal, subjetiva y concreta	255
f) La legitimación no se cede ni se transmite	256
g) Es presupuesto de la pretensión o de la oposición para la sentencia de fondo	256
h) En qué momento debe existir y qué sucede cuando se altera en el curso del proceso	256
i) Debe distinguirse la "legitimatio ad causam" de la "legitimatio ad processum"	257
j) No tiene aplicación en los casos de acciones públicas para iniciar procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos y de inconstitucionalidad de leyes y decretos con fuerza de ley	257
k) No se la debe confundir con el principio de la demanda ni con el principio del contradictorio	258
l) Determina no sólo quiénes pueden obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quiénes deben estar presentes, para que sea posible esa decisión de fondo	258
m) En qué consiste la legitimación en la causa	260
n) Su adecuada denominación	261
o) Distintas clases de legitimación en la causa	261
p) Su falta debe declararse de oficio en la sentencia	262
q) Casos en que debe examinarse para la admisión de la demanda y en que su ausencia puede alegarse como excepción previa	263

139. Diferencia entre legitimación en la causa y el interés sustancial para la sentencia de fondo (o interés sustancial para obrar). Ejemplos	263
140. La legitimación en la causa en el proceso penal	266
a) El sindicado o imputado	266
b) El ministerio público	267
c) El simple denunciante	268
d) El demandante como parte civil	268
e) Conclusión	269
141. Definición	269
142. La sustitución procesal o legitimación extraordinaria	270
143. La llamada personería sustantiva de las partes	271

CAPÍTULO XVII

PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES O SUSTANCIALES

144. Naturaleza de los presupuestos procesales	273
145. Clasificación de los presupuestos procesales	274
146. Presupuestos procesales de la acción	274
147. Presupuestos procesales de la demanda, la denuncia o la querella	275
148. Presupuestos procesales del procedimiento	276
149. Control y declaración de los presupuestos procesales de oficio y efectos de su falta	277
150. Presupuestos materiales o sustanciales de la sentencia de fondo y de la sentencia favorable y diferencia con los procesales	278
151. Presupuestos materiales o sustanciales de la sentencia de fondo	279
152. Presupuestos materiales o sustanciales de la sentencia favorable	280
a) En los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos	280
b) En los procesos penales	281
153. Algunas consecuencias de los errores en esta materia	281

PARTE SEGUNDA**SUJETOS DE LA RELACIÓN
JURÍDICA PROCESAL****CAPÍTULO XVIII****QUIÉNES SON SUJETOS DE LA RELACIÓN
JURÍDICA PROCESAL**

154. Concepto de sujetos de la relación jurídica procesal y del proceso	285
155. Quiénes son tales sujetos	287
156. Clasificación de los sujetos de la relación jurídica procesal	287
157. Distinta posición del juez y de las partes en el proceso	288

CAPÍTULO XIX**EL JUEZ**

158. El juez como sujeto principal de la relación jurídica procesal	291
159. Clasificación de los poderes del juez	292
160. Deberes del juez	293
161. Garantías contra los abusos de los funcionarios judiciales. Observaciones generales	295
162. Vigilancia del trabajo y sanciones disciplinarias a los funcionarios judiciales	296
163. Responsabilidad penal y civil de los funcionarios judiciales	296
164. Responsabilidad del Estado por la culpa o dolo de los funcionarios judiciales	298
165. Ética del juez	299

CAPÍTULO XX**QUIÉNES EJERCEN LA FUNCIÓN
JURISDICCIONAL Y CUÁLES SON
SUS ATRIBUCIONES**

166. Distinción de los funcionarios de acuerdo con la jurisdicción que desempeñan	301
167. Distribución de los funcionarios de la rama judicial	301
1º) En la rama ordinaria	301
2º) En las ramas especiales	302

168. Conjuces	303
169. Secretarios y subalternos	303
170. Forma del trabajo en las oficinas judiciales	304
171. Otros funcionarios judiciales	305
172. Auxiliares de la justicia	305

CAPÍTULO XXI

LAS PARTES

173. Generalidades previas	307
174. Concepto procesal de parte	307
175. Parte en sentido material y en sentido formal o procesal	309
176. Demandante y demandado: las nociones de actor y de opositor	310
177. La igualdad de las partes en el proceso. Principio de la contradicción o de la audiencia bilateral o de "auditor et altera pars"	311
178. Distintas clases de partes y sus modificaciones durante el proceso	312
179. La sucesión procesal	312
a) Sucesión de una parte por sus herederos, en caso de muerte	312
b) Sucesión de la parte que muere, por el legatario del derecho litigioso o del bien objeto del proceso	313
c) Sucesión de una parte por el cesionario mediante acto entre vivos	313
d) Sucesión de la persona jurídica extinguida por quienes reciben los derechos o asumen las obligaciones materia del proceso	313
e) Sucesión de una parte cuando sus derechos sustanciales se extinguen	313
180. Modificaciones de las partes por intervención de terceros	314
a) Intervención de terceros sin afectar la posición procesal de las partes demandante y demandada	314
b) Separación o retiro de una persona que viene actuando en el proceso	314
c) Cesión del derecho litigioso por una parte a un tercero	315
d) Cambio o supresión del representante o apoderado de una de las partes	315
181. Pluralidad de las partes	315
182. Noción de litisconsorcio	316
183. Diversas clases de litisconsorcio	317
184. Litisconsorcio necesario u obligatorio (inicial o sucesivo)	317
185. Litisconsorcio facultativo o voluntario y sus varias clases: inicial y sucesivo, propio o impropio, activo y pasivo o mixto, simple y recíproco	319

186. Efectos procesales del litisconsorcio en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos	322
a) En cuanto a la sentencia	322
b) En lo que atañe al procedimiento	323
c) En cuanto a los efectos de los actos procesales de las partes	323
d) En materia de recursos	324
e) Respecto a los desistimientos, transacciones y allanamientos	326
f) En cuanto a costas y expensas	327
g) En punto o representación	327
h) En el caso de ser improcedente el litisconsorcio	328
i) En cuanto a condiciones para actuar válidamente en el proceso y a legitimación e interés en la causa	328
187. El litisconsorcio en el proceso penal	328
188. Responsabilidad de las partes por los daños causados con motivo de actuaciones judiciales	329

CAPÍTULO XXII

LOS TERCEROS Y SU INTERVENCIÓN

189. La noción de tercero	331
190. Terceros en sentido procesal y en sentido material o sustancial	331
191. Clasificación de los terceros en sentido procesal	332
192. Terceristas o intervinientes "ad excludendum", litisconsortes y coadyuvantes o intervinientes "ad adiuvandum"	333
193. Examen de la legitimación en la causa y el interés sustancial de los interventores	334
194. Diversas clases de intervenciones en el proceso	334
195. Oportunidad para intervenciones	335
196. La intervención por coadyuvancia o accesoria o "ad adiuvandum"	335
a) Su verdadera naturaleza	336
b) Presupuestos de la intervención por coadyuvancia	336
c) Manera de solicitar la intervención	338
d) Procedimiento a que da lugar la solicitud de intervención. Oposición de parte	338
e) Término para oponerse a la coadyuvancia	338
f) Efectos procesales de la intervención coadyuvante	338
g) En qué procesos es procedente	340
197. La coadyuvancia en el proceso penal	341
198. Intervención forzosa por llamamiento al proceso	341
199. Del llamamiento en garantía	342
200. Denuncia del pleito o "litis denuntiatio"	343
a) Quiénes pueden hacerlo y en qué momento procesal	343
b) Denuncia "per saltum"	344

c) A quién se denuncia el pleito	344
d) Efectos procesales de la intervención del denunciado	344
e) En qué procesos puede denunciarse el pleito	346
201. Llamamiento "ex officio" a personas que puedan perjudicarse con la colusión o el fraude procesal	347
202. Intervención por "laudatio vel nominatio auctoris"	347
203. Diferencia entre intervención y sucesión de partes	348
204. Diferencia entre sucesión de partes y sustitución procesal	348
205. Inaplicabilidad de las anteriores nociones al proceso penal ...	349

CAPÍTULO XXIII

CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN Y POSTULACIÓN PROCESALES DE LAS PARTES E INTERVINIENTES

206. Condiciones para actuar válida y eficazmente en el proceso	351
207. Capacidad para ser parte en procesos	351
208. Quiénes pueden ser partes en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos	352
209. Quiénes pueden ser partes en el proceso penal	357
210. Capacidad para comparecer al proceso por sí mismo o capacidad procesal denominada "legitimatio ad processum"	357
211. Representación judicial. Incapaces y personas jurídicas del derecho privado o derecho público. Personas ausentes cuyo paradero se ignora. Curadores "ad litem"	358
212. El derecho de postulación	360
213. Consecuencia procesal de aceptar apoderados o actuación propia sin que se tenga la calidad de abogado	360
214. Apoderados judiciales. Otorgamiento y extinción de poderes ...	361
215. Prueba de la facultad de representar a otro	361
216. Agencia oficiosa judicial	361

CAPÍTULO XXIV

DERECHOS, FACULTADES, DEBERES, CARGAS Y RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES EN EL PROCESO

217. Derechos y facultades procesales de las partes	363
218. Cargas procesales de las partes	364
219. Deberes procesales de las partes	365
220. Responsabilidades patrimoniales de las partes y sus apoderados por sus actuaciones en los procesos	367

PARTE TERCERA

**DE LOS ACTOS PROCESALES:
OBJETO, INICIACIÓN, DESARROLLO
Y TERMINACIÓN DEL PROCESO**

CAPÍTULO XXV

TEORÍA DE LOS ACTOS PROCESALES

221. Noción general	373
222. La intención, la violencia, el dolo y el fraude en los actos procesales	374
223. Requisitos del acto procesal	376
224. Importancia y efectos de las formas procesales	377
225. Clases de actos procesales	378
226. El negocio jurídico procesal	379
227. Nociones de acuerdo y de contrato procesales	380

CAPÍTULO XXVI

**ACTOS DE INTRODUCCIÓN PROCESAL:
LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN.
LA QUERRELLA Y LA DENUNCIA PENAL**

228. Nociones de demanda, denuncia y querella	383
229. Condiciones para demandar. Quién es demandante y quién demandado	385
230. Requisitos generales de la demanda	387
I) Requisitos de fondo	387
II) Requisitos de forma	388
231. El "petitum" de la demanda, acumulación de pretensiones, mal llamadas de acciones	388
232. Diversas clases de acumulación de pretensiones	391
233. Los fundamentos de hecho	393
234. Los fundamentos de derecho	396
235. Inadmisión y rechazo de la demanda	396
236. Retiro, reforma y adición de la demanda	398
237. Efectos de la demanda	399
1º) Efectos jurídico-materiales o sustanciales	399
2º) Efectos jurídico-procesales	400
238. Admisión y traslado de la demanda	401
239. La contestación de la demanda. La llamada "litis contes- tatio"	402
240. La interpretación de la demanda	403
241. La demanda de reconvencción	404

242. Eficacia o desestimación de la demanda. Sentencia favorable al demandante o al demandado	406
243. Diferencia entre demanda en debida forma y demanda debidamente fundada	408
244. La denuncia y la querella en el proceso penal	408
245. La demanda de parte civil en el proceso penal	410

CAPÍTULO XXVII

ACTOS DE IMPULSIÓN Y TRÁMITE DEL PROCESO, DE ASEGURAMIENTO, PROBATORIOS Y DE ALEGACIÓN

246. Qué se entiende por actos de impulsión y trámite del proceso	411
247. La impulsión oficiosa del proceso por el juez y el secretario	411
248. La carga de impulsión del proceso por las partes	412
249. Actos procesales de aseguramiento	413
250. Actos procesales probatorios	415
251. Actos procesales de alegación	417

CAPÍTULO XXVIII

ACTOS DECISORIOS DEL JUEZ: AUTOS Y SENTENCIAS

252. Actos procesales del juez	419
253. Actos decisorios del juez: autos y sentencias	419
254. Naturaleza de la sentencia. Cuántas puede haber en el mismo proceso. Casos en que se presentan varias en una misma instancia	420
255. Forma y contenido de las sentencias y providencias interlocutorias	422
256. Ejecutoria de las providencias y sus efectos, su complementación y corrección	424
257. Efectos de las sentencias ejecutoriadas y diferencia con los de la cosa juzgada	426
258. Ejecución de las sentencias y otras resoluciones judiciales (nociones generales y referencia a los cursos especiales)	428
259. Cumplimiento de sentencias extranjeras. "Exequatur"	429
260. La sentencia extranjera como prueba en procesos ante jueces nacionales y valor de las motivaciones de cualquier sentencia para probar hechos en otro proceso	431
261. El registro de las sentencias	432

CAPÍTULO XXIX

LA CONGRUENCIA EN LAS PROVIDENCIAS
DEL JUEZ

262. Qué se entiende por congruencia	433
263. Delimitación de la congruencia respecto de las excepciones	436
264. Delimitación de la congruencia respecto de las pretensiones o las imputaciones	437

CAPÍTULO XXX

LA COSA JUZGADA

265. Importancia de esta institución	447
266. Doctrinas sobre la naturaleza y fundamento de la cosa juzgada	447
a) Teoría de la presunción de verdad. El derecho romano y el Código Napoleón	448
b) Teoría de la ficción de verdad	448
c) Teoría contractualista o cuasicontractualista	448
d) Teoría materialista	449
e) Doctrina alemana moderna o teoría procesalista	449
f) La doctrina italiana moderna	450
267. Sistematización de nuestro concepto sobre la cosa juzgada	452
a)Cuál es el objeto especial de la cosa juzgada	452
b) Alcance y efectos de la cosa juzgada	452
c) Naturaleza y definición	453
d) Cómo operan los efectos de la cosa juzgada	454
e) La imperatividad u obligatoriedad y la ejecutabilidad de la sentencia no son efectos de la cosa juzgada	456
f) No es técnico hablar de cosa juzgada formal y material	456
g) Fundamento o razón jurídica de la cosa juzgada	457
268. De los límites o contenciones de la cosa juzgada	458
269. Límite objetivo de la cosa juzgada	458
a) Primer aspecto del límite objetivo: identidad de cosa u objeto ("eadem res") o de hecho punible	458
b) Segundo aspecto del límite objetivo: identidad de "causa petendi" ("eadem causa petendi")	460
270. Límite subjetivo (identidad de partes)	463
271. Excepciones al límite subjetivo en materia civil, comercial, laboral, contencioso-administrativa, constitucional, penal y disciplinaria. Sentencias con valor "erga omnes"	465
1) Sentencias sobre filiación legítima o extramatrimonial	466
2) Sentencias en procesos promovidos por acción popular	467
3) Procesos de declaración de pertenencia	467
4) Casos en que en la práctica la sentencia tiene valor "erga omnes"	467

5) Valor probatorio ante terceros de las sentencias sobre estado civil, con efectos relativos de cosa juzgada	467
272. Eficacia ante terceros de la sentencia con valor relativo. Efectos reflejos de la sentencia y de la cosa juzgada	468
273. Efectos externos de la sentencia y de la cosa juzgada	469
274. Eficacia de la sentencia y de la cosa juzgada en el tiempo y en el espacio	470
275. Excepciones a la inmutabilidad de la cosa juzgada en materia civil: recurso extraordinario de revisión y proceso de revisión. El proceso simulado o fraudulento	472
276. Excepciones a la inmutabilidad de la cosa juzgada en el proceso penal	473
i) En cuanto al cumplimiento total de la pena: la rehabilitación del condenado, la liberación condicional y la nueva ley favorable	473
ii) La amnistía y el indulto	474
277. Sentencias que no producen cosa juzgada: revisables en proceso posterior, inhibitorias y de jurisdicción voluntaria. La sentencia nula	474
a) La ley otorga revisión en un proceso separado posterior	474
b) Sentencias inhibitorias	475
c) Procesos de jurisdicción voluntaria	475
d) El caso de la sentencia o del proceso nulos	475
278. Los casos "rebus sic stantibus"	476
279. La cosa juzgada no existe sobre las pretensiones de la demanda que no fueron resueltas en la sentencia	477
280. En qué parte de la sentencia se encuentra la cosa juzgada. Valor de las motivaciones e interpretación. El caso de los hechos que se consideran probados en las motivaciones	478
281. Para qué clase de resoluciones existe la cosa juzgada. No opera respecto de autos. Efectos de la ejecutoria de éstos	479
282. Medios para hacer efectiva la eficacia de la cosa juzgada. Sentencia posterior que le sea contraria	480
283. Casos en que la cosa juzgada civil, laboral y contencioso-administrativa no impide una sentencia de fondo en el nuevo proceso, sino que delimita su contenido	482
284. Modificaciones a la cosa juzgada por acuerdo entre las partes (transacción y novación) y extinción de sus efectos por el cumplimiento o pago o por prescripción	482
285. La cosa juzgada en las sentencias extranjeras	483

CAPÍTULO XXXI

LA PREJUDICIALIDAD. INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL Y DEL SEGUIDO ANTE OTRAS JURISDICCIONES EN EL CIVIL Y VICEVERSA

286. La noción de prejudicialidad. Diversos significados	485
287. Nuestro concepto sobre la noción procesal de prejudicialidad	487

288. Prejudicialidad de competencia y de jurisdicción	488
289. La regla "el juez de la acción (mejor dicho, de la pretensión) es juez de la excepción"	488
290. Decisiones "incidenter tantum"	489
291. La pretendida supremacía del proceso penal sobre el civil	490
292. Interferencia de la cuestión penal en el proceso civil	490
293. Suspensión del proceso civil, laboral o contencioso-administrativo por investigación penal	491
294. La cosa juzgada penal en el proceso civil	492
295. Prejudicialidad civil o contencioso-administrativa en el proceso penal y efectos de la cosa juzgada en aquéllos sobre éste	493
296. Prejudicialidad civil o contencioso-administrativa en otro proceso civil. Suspensión del proceso por otro proceso civil o contencioso-administrativo	493

CAPÍTULO XXXII

ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL Y
ESPECIALMENTE LA NOTIFICACIÓN DE
LAS PROVIDENCIAS DEL JUEZ

297. Qué se entiende por actos de comunicación procesal	495
298. Las notificaciones	495
299. Clases de notificaciones	496
a) Personales	496
b) Por conducta concluyente	497
c) Por retiro del expediente	498
d) Por aviso	498
e) Por emplazamiento y con curador "ad litem"	499
f) Por acto secretarial	501
g) En estrados	501
300. Consecuencias procesales de los defectos u omisiones en la notificación	502
301. Comunicación procesal por oficios, boletas y despachos	503
302. Sanciones por falso juramento para emplazar al demandado	503

CAPÍTULO XXXIII

RECURSOS CONTRA LAS PROVIDENCIAS
DEL JUEZ

303. Impugnación, recursos y revocabilidad. Diferencias con la nulidad	505
304. El derecho de recurrir	506
305. Quién puede recurrir. Interés para recurrir	506
306. Oportunidad y preclusión del derecho a recurrir	507

307. Otros requisitos para recurrir	507
308. Naturaleza del acto del juez (sentencia o auto) sujeto a recursos	507
309. Qué recursos consagran los códigos de procedimiento	508
1º) Contra los autos	508
2º) Contra las sentencias	509
310. El recurso de reposición	509
311. El recurso de apelación	509
312. Consultas	512
313. Recurso de súplica	513
314. Recurso de casación	513
315. Recurso de queja	515
316. El recurso extraordinario de revisión	516
317. Referencia a los cursos especiales respecto al trámite de los diversos recursos	516

CAPÍTULO XXXIV

MODOS EXCEPCIONALES DE PONERLE TÉRMINO AL PROCESO

318. Cuáles son los modos extraordinarios o excepcionales de ponerle término al proceso	517
319. El arbitramento	517
320. La transacción o conciliación	518
321. El desistimiento	520
a) Desistimiento total e incondicional de la demanda	521
b) Desistimiento parcial de la demanda	522
c) Efectos del desistimiento	523
d) Cómo, cuándo y ante quién se puede desistir	524
e) Nulidad del desistimiento	526
f) El desistimiento en el proceso penal	526
322. Renuncia de derechos procesales	526
323. Terminación del proceso por pago completo	527
324. Perención o caducidad del proceso o la instancia	527
a) En la primera instancia del proceso	528
b) En la segunda instancia y en el recurso de casación	528
c) Durante el trámite de la apelación de un auto	528
d) Excepciones a la procedencia de la caducidad o perención	529
e) Observaciones finales	529
f) En los procesos e investigaciones penales	530
325. Terminación por prosperar una excepción previa	530

CAPÍTULO XXXV

LOS VICIOS DE LOS ACTOS PROCESALES Y SUS
REMEDIOS: INEXISTENCIA, NULIDAD,
ANULABILIDAD Y REVOCACIÓN

326. Diversas clases de defectos de los actos procesales y sus re- medios	531
a) Errores de contenido y vicios de forma	531
b) Vicios trascendentes e intrascendentes	532
c) Simples irregularidades y motivos de anulación, nulidad e inexistencia	532
d) Nulidades expresas e implícitas	533
e) Nulidades saneables e insaneables	533
f) Nulidades absolutas y relativas	534
g) Nulidades totales y parciales	534
h) Nulidades extensibles y no extensibles al trámite posterior del proceso	534
327. Diversos grados de invalidez de los actos procesales	535
a) Nulidad y anulabilidad	535
b) Inexistencia	536
c) Revocabilidad	536
328. Aplicación de las anteriores nociones	537
329. El caso de la sentencia definitiva, inexistente o nula	537
ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS	541

PARTE PRIMERA
NOCIONES GENERALES

CAPÍTULO I

NOCIÓN, NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS, IMPORTANCIA, OBJETO Y FIN DEL DERECHO PROCESAL

1. Noción y razón de ser del derecho procesal.

Sabemos que no puede concebirse la existencia de una sociedad humana sin conflictos de intereses y de derechos, porque las normas jurídicas que la reglamentan son susceptibles de ser violadas.

Ante tales hechos, únicamente caben dos soluciones: o permitir que cada uno persiga su defensa y busque aplicar lo que entienda ser su justicia, personal y directamente; o atribuir al Estado la facultad de dirimir tales controversias.

De ahí la existencia del derecho procesal, que en cuanto a su origen o causa primaria, responde a una necesidad que es la de encauzar la acción de los asociados en el deseo de proteger sus intereses contra terceros y contra el mismo grupo, bien sea en presencia de una amenaza o de un hecho perturbatorio consumado.

Precisamente, una de las características esenciales de toda sociedad organizada es la reglamentación de la facultad de desatar los conflictos entre las personas o de reparar lesiones y sancionar los ilícitos, con base en dos principios: la restricción de tal facultad al Estado y la determinación de normas para su ejercicio.

Esa facultad es, por parte del Estado, una emanación de su soberanía para la tutela del orden jurídico, lo que trae dos consecuencias: la de rechazar su uso por los particulares, y la de que cada Estado oponga a los otros su ejercicio en forma exclusiva respecto de sus asociados y dentro de su territorio, con las limitaciones y extensiones que veremos al tratar de los límites de la jurisdicción (véase núm. 16).

Pero no quiere decir esto que la única función del derecho procesal sea la de desatar conflictos o prevenirlos, pues al desarrollarse y perfeccionarse en las sociedades modernas, ha exten-

dido sus normas a actos muy numerosos, en los cuales la idea de un choque de intereses no existe ¹ (véase núms. 25-27).

2. Naturaleza y características del derecho procesal y de las normas procesales.

Podemos decir que en un principio los pueblos se interesan más de las normas que definen sus derechos, que de las encargadas de regular la manera de hacerlos efectivos, y lo cierto es que cuando el estudio de la ciencia jurídica en aquella parte alcanza grados de elevada proporción, poca es todavía la atención que se le presta a esta última.

Por este motivo, los que llamamos clásicos del derecho consideraban esa rama de la ciencia jurídica como secundaria y el derecho procesal como accesorio y adjetivo, en oposición al derecho civil y penal, que era para ellos el principal y sustantivo. Este criterio lo encontramos inclusive en juristas de este siglo.

Debemos rechazar por absurdas tales clasificaciones o distinciones. El derecho procesal constituye hoy, gracias al esfuerzo de los procesalistas modernos (véase núm. 10), una rama propia e independiente del derecho, no un acápite del civil o penal, dotada de sus propios principios fundamentales, con un rico contenido doctrinario. De sus normas se deducen verdaderos derechos y obligaciones de naturaleza especial.

Más aceptable es la clasificación de derecho material o sustancial y derecho procesal, fundándose en que éste reglamenta las exigencias sociales, principalmente por el aspecto de la forma ², o porque sirve de instrumento para aplicar la ley, pero sin que signifique esto que su importancia sea secundaria. Además, hay normas procesales de carácter sustancial (véase núm. 7), pues el derecho procesal desarrolla los principios de origen constitucional que regulan la administración de justicia, la tutela del orden jurídico y la tutela de la libertad y la dignidad del hombre y de sus derechos fundamentales ^{2 bis}.

Las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la aplicación o realización de las normas objetivas

¹ Francesco Carnelutti: *Sistema*, Buenos Aires, 1944, t. I, núms. 72, 89 y 96; Devis Echandía: *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1966, p. 4.

² Carnelutti: ob. cit., t. I, núm. 26; Ugo Rocco: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1966, t. I, ps. 186-187.

^{2 bis} Devis Echandía: *El derecho procesal como instrumento para la tutela de la libertad y la dignidad humanas*, en el Libro *Homenaje a Eduardo J. Couture*, Montevideo, 1977, y en "Revista de la Universidad de El Rosario", diciembre 1977.

materiales; y son normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho objetivo en los casos concretos.

Es indispensable tener en cuenta que no es la ubicación de la norma en determinado código lo que determina su naturaleza; porque dentro de los códigos procesales se encuentran normas materiales o sustanciales, como también normas procesales en el Código Civil y en el de Comercio e inclusive en la Constitución Nacional, como las que regulan el funcionamiento del órgano judicial.

El derecho procesal, por el hecho de referirse a una de las funciones esenciales del Estado, es un derecho público³, con todas las consecuencias que esto acarrea; es decir, sus normas son de orden público; no pueden derogarse por acuerdo entre las partes interesadas; son generalmente de imperativo cumplimiento y prevalecen en cada país sobre las leyes extranjeras.

Sin embargo, existen excepciones, pues algunas normas procesales, expresamente consagradas en los códigos de procedimiento, tales como las que determinan a quién le corresponde pagar las costas o los derechos de remuneración de secuestres, peritos o testigos, son claramente de derecho privado y de interés particular; por eso las partes pueden renunciar a las costas y los peritos a sus honorarios; otras normas son dispositivas y las partes pueden renunciar a su aplicación, como las que ordenan ciertos traslados. Pero éstas son excepciones y por regla general son de imperativo cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley.

En conclusión, el derecho procesal es un derecho público, formal, instrumental y de medio, autónomo, de principal importancia, y de imperativo cumplimiento, salvo las mencionadas excepciones.

3. Definición del derecho procesal.

El derecho procesal puede definirse como la rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla.

³ Ver citas anteriores.

La actuación del derecho positivo puede ocurrir en la solución de un conflicto, en la investigación y sanción de un hecho ilícito, en su prevención, en la defensa contra su posible repetición, en el cumplimiento de una formalidad o declaración y en la satisfacción coactiva de un derecho.

4. Importancia del derecho procesal.

La importancia del derecho procesal es extraordinaria, puesto que por una parte regula el ejercicio de la soberanía del Estado aplicada a la función jurisdiccional, es decir, a administrar justicia a los particulares, a las personas jurídicas de derecho privado y a las entidades públicas en sus relaciones con aquéllas y entre ellas mismas (incluyendo el mismo Estado); y por otra parte establece el conjunto de principios que debe encauzar, garantizar y hacer efectiva la acción de los asociados para la protección de su vida, su dignidad, su libertad, su patrimonio y sus derechos de toda clase, frente a los terceros, al Estado mismo y a las entidades públicas que de éste emanan, bien sea cuando surge una simple amenaza o en presencia de un hecho consumado.

Sin organización jurisdiccional no puede haber orden social ni Estado de derecho, y aquélla no se concibe sin el derecho procesal, así sea incipiente o rudimentario. A medida que se desarrolla éste, se perfecciona aquélla.

Gracias al derecho procesal se elimina la justicia privada, que es barbarie, y el Estado puede obtener y garantizar la armonía y la paz sociales. Sin aquél serían imposibles éstas, porque las normas jurídicas que conforman el derecho positivo son por esencia violables y por tanto también los derechos y las obligaciones que de ellas emanan, de manera que es indispensable el derecho procesal para regular los efectos de esas violaciones y la manera de restablecer los derechos y las situaciones jurídicas vulneradas. Por esta razón, el derecho sustancial sería innocuo sin el procedimiento legal para su tutela y restablecimiento, y no se concibe un derecho subjetivo sin la acción para originar el proceso mediante el cual se pueda conseguir su amparo y su satisfacción (sin que esto signifique que sólo tenga acción quien sea titular del derecho, como veremos en el capítulo XI).

Aparece así claramente que el derecho procesal es el instrumento jurídico para la defensa de la vida, la libertad, la dignidad y los derechos subjetivos individuales y sociales, como también de los derechos del Estado y de las entidades en que éste se divide frente a los particulares y a las personas jurídicas de derecho privado. Es casi lo mismo no tener derechos sustanciales que no

poder obtener su tutela y su satisfacción mediante el proceso, puesto que aquéllos son por esencia violables.

5. Objeto y fin del derecho procesal.

De lo dicho en los números anteriores resulta cuál es el objeto y el fin del derecho procesal. Su objeto es regular la función jurisdiccional del Estado: *a)* en la solución de conflictos entre particulares y de éstos con el Estado y sus entidades y funcionarios; *b)* en la declaración de certeza de ciertos derechos subjetivos o de situaciones jurídicas concretas cuando la ley lo exige como formalidad para su ejercicio o su reconocimiento; *c)* en la investigación y sanción de hechos ilícitos de naturaleza penal; *d)* en la prevención de esos hechos ilícitos; *e)* en la tutela del orden jurídico constitucional frente a las leyes comunes y del orden legal frente a los actos de la administración; *f)* en la tutela de la libertad individual ⁴, de la dignidad de las personas y de sus derechos que la constitución y las leyes les otorgan ^{4 bis}.

El fin del derecho procesal es garantizar la tutela del orden jurídico y por tanto la armonía y la paz sociales, mediante la realización pacífica, imparcial y justa del derecho objetivo abstracto en los casos concretos, gracias al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado a través de funcionarios públicos especializados.

6. Unidad del derecho procesal y sus diversas ramas.

El derecho procesal es uno solo, puesto que regula en general la función jurisdiccional del Estado, y sus principios fundamentales son comunes a todas sus ramas. Sin embargo, de acuerdo con la naturaleza de las normas en conflicto o cuya aplicación se solicita, puede dividirse en derecho procesal civil, penal, contencioso-administrativo, del trabajo, coactivo o fiscal. Esto en Colombia, porque en otros países existen otras ramas ⁵. La evolución del derecho en general conduce lógicamente hacia su especialización y diversificación, a medida que se complican y se transforman los

⁴ Mauro Cappelletti: *La jurisdicción constitucional de la Libertad*, México, 1961, Imprenta Universitaria.

^{4 bis} Devis Echandía: *El derecho procesal como instrumento para la tutela de la libertad y la dignidad humanas*, citado.

⁵ Devis Echandía: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, 1961, t. I, núms. 67-82.

fenómenos sociales de todo orden que debe regular. Esto opera con mayor razón en el derecho procesal. Pero su unidad exige que se estudien en conjunto y con un criterio común sus principios generales, y ésta es la razón del curso de la teoría general del proceso.

7. Derechos, facultades, obligaciones, deberes y cargas procesales.

La naturaleza de derecho público que corresponde al derecho procesal no es incompatible con su carácter de fuente de derechos subjetivos, porque al lado de los derechos individuales privados existen los derechos individuales públicos. Por eso podemos hablar, por ejemplo, de los derechos de acción y de contradicción, de recurrir y de probar. También la relación jurídica procesal impone a las partes o sujetos verdaderas obligaciones que deben tener cumplimiento en el desarrollo del proceso, como las de pagar costas a la otra parte y honorarios a los peritos o secuestres y de cancelar ciertos arbitrios fiscales. Igualmente, las partes están sujetas a ejecutar ciertos actos en el proceso, cuya falta trae consecuencias más o menos graves, como la pérdida de una oportunidad procesal o de un derecho procesal como el de designar un perito o un secuestre, o bien la ejecutoria de una sentencia o de otra providencia adversa, e inclusive la pérdida del proceso, sin que exista verdadero deber o una obligación; durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte ejercitar determinado acto, cuya omisión le traerá la pérdida de una oportunidad procesal; es lo que se denomina cargas procesales. Y existen algunos deberes, como el de testimoniar los terceros, los de lealtad y buena fe, de respetar a los jueces y obedecer sus órdenes, cuyo incumplimiento conlleva multas, condena a indemnizar perjuicios e inclusive arrestos (véase los núms. 25, 219, 220).

De lo anterior se deduce que al lado de las nociones de derechos, deberes y obligaciones procesales subjetivas, o sea, de aquellos que corresponden o vinculan a las partes dentro del proceso, como consecuencia de la relación jurídica procesal existen cargas procesales nacidas y originadas en el proceso, cuya realidad es indiscutible (véase núm. 218).

Los *derechos procesales* tienen estas características: a) emanan de las normas jurídicas procesales; b) son derechos públicos y no privados, muchos de ellos de origen constitucional, salvo los de carácter patrimonial como el derecho a cobrar las costas del proceso o los honorarios de los auxiliares de la justicia,

como peritos o secuestres; *c*) son oponibles al mismo Estado y su violación significa una arbitrariedad y un acto ilícito; *d*) surgen con ocasión del proceso y se ejercen en él o para iniciarlo; *e*) corresponden a las partes y a algunos terceros. Ejemplos: los derechos de acción, de contradicción, de probar, de recurrir, de concurrir a un proceso como interviniente ⁶.

Los *deberes procesales* tienen estas características: *a*) emanan de las normas procesales; *b*) son de derecho público; *c*) surgen con ocasión del proceso, bien sea como consecuencia del ejercicio del derecho de acción que lo origina o del derecho de contradicción del demandado o imputado, o de su trámite; *d*) corresponden al juez, las partes y los terceros, según el caso; *e*) dan lugar a sanciones y a coerción para su cumplimiento. Ejemplo: *del juez*: el de atender el ejercicio del derecho de acción contenido en la demanda o la denuncia o querella penal, el de proveer oportunamente a las peticiones que se le formulen, el de citar y oír al demandado o sindicado, el de obrar con imparcialidad, honestidad y en los términos que la ley señala (véase núms. 160-165); *de las partes*: el de obrar con lealtad y buena fe en sus actuaciones procesales, el de prestarle colaboración al juez y no obstruir las diligencias judiciales; *de los terceros*: concurrir a testimoniar, declarar con buena fe y veracidad, obedecer las órdenes del juez como la de presentar documentos y otras cosas muebles en su poder para su exhibición y permitir el acceso a los inmuebles.

Las *obligaciones procesales* tienen las características *a*, *b*, *c*, *e*, de los deberes procesales, pero sólo surgen para las partes y los terceros. Se diferencian de éstos en que correlativamente existe un derecho subjetivo de alguna persona o del Estado para que el acto se cumpla y para recibir sus beneficios, y tienen un contenido patrimonial. Ejemplos: las de cancelar las costas del proceso y los honorarios de los auxiliares de la justicia, la de pagar el recargo del impuesto de timbre o papel sellado cuando se utilizó común ⁷.

Las *facultades procesales* tienen estas características: *a*) emanan de las normas procesales; *b*) son de derecho público; *c*) surgen con ocasión del proceso; *d*) corresponden al juez, a las partes y a terceros, según el caso; *e*) no se pueden exigir coercitivamente, ni su ejercicio da ocasión a sanciones; *f*) su no ejercicio

⁶ Eduardo Couture: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1948, t. I, p. 22; Ugo Rocco: ob. cit., t. I, p. 182.

⁷ Ugo Rocco, ob. cit., t. I, ps. 145-146. Una buena distinción entre obligaciones, deberes y cargas procesales, hizo la Corte Suprema colombiana, en sentencia del 8 de noviembre de 1972, "G. J.", núms. 2358-2363, t. CXLIII, ps. 241-243.

tampoco acarrea consecuencias desfavorables. Ejemplos: *del juez*: la de citar a terceros para vincularlos al proceso por su iniciativa oficiosa, la de decretar pruebas de oficio cuando la ley lo autoriza e investigar oficiosamente toda sospecha de fraude en el proceso de que conoce (pero como el ejercicio de estas dos facultades constituye un *deber* según el art. 37 del C. de P. C., núm. 4, cuando resulte indispensable para la verificación de los hechos importantes que se investigan o para evitar fraudes y colusiones procesales, su no ejercicio es una falta), la de imponer sanciones disciplinarias a quienes les falten el respeto o desobedezcan sus órdenes; *de las partes*: la de recusar al juez o a peritos (porque puede que no sufran perjuicio si no lo hacen, ya que éstos pueden obrar correctamente a pesar de que exista la causal), la de designar apoderado en los asuntos que por ley no requieren esa asesoría, la de designar ciertos auxiliares (como partidores, síndicos, etc.) cuando la ley lo permite ⁸.

Las *cargas procesales* tienen las características *a, b, c, e*, de las facultades, en razón de que corresponden, lo mismo que éstas y los derechos, al grupo de las relaciones jurídicas activas; pero tienen dos peculiaridades que las distinguen: sólo surgen para las partes y algunos terceros, nunca para el juez, y su no ejercicio acarrea consecuencias procesales desfavorables, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan (incluyendo en éstos el de libertad del sindicado o imputado, en el proceso penal). Ejemplos: la de formular la demanda en debida forma y en oportunidad, para impedir la caducidad de la acción o la prescripción del derecho sustancial, la de contestar la demanda para el demandado, la de probar los hechos de los cuales pretende deducir el demandante el derecho sustancial reclamado o su excepción el demandado, la de recurrir contra las providencias desfavorables que estén equivocadas (véase núm. 218) ⁹.

⁸ Devis Echandía: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Buenos Aires, 1970, 1972, 1974, 1976, núm. 121.

⁹ Leo Rosenberg: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1956, ps. 49-53; Gian Antonio Micheli: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1961, ps. 59-104. Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, p. 52, y t. II, ps. 68-74, y *Teoría general del derecho*, Madrid, 1955, ps. 215-224; Couture: *Estudios*, ed. cit., t. II, ps. 143 y 157-158; Silva Melero: *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, ps. 90-91; Devis Echandía: *Teoría General de la Prueba Judicial*, ed. cit., núm. 126.

8. Fuentes del derecho procesal. Manera de llenar los vacíos de los códigos de procedimiento.

Las fuentes reales del derecho procesal no difieren, como es obvio, de las del derecho en general, y su evolución es debida a factores de orden político, económico y social, pero la fuerza que modela con mayor rigor sus orientaciones es la económica y dentro de ésta las relaciones de clase principalmente; por eso, cuando una nueva clase llega al poder, cambian las instituciones jurídicas. En cuanto a las fuentes formales, si bien la ley, la costumbre y la jurisprudencia pueden en principio considerarse aplicables, la verdad es que por razón del carácter público del derecho procesal es la ley la reguladora principal de la actividad judicial.

Gran influencia tiene en el sistema procesal consagrado en las leyes para la organización de la justicia judicial, la ideología política vigente en cada país, principalmente con respecto a la justicia social y a la consiguiente protección de los débiles y pobres en busca de una real y práctica igualdad de oportunidades para la tutela de sus derechos, su libertad, su vida donde exista la pena de muerte y su dignidad ^{9 bis}.

Sin embargo, no debe desecharse el valor de la jurisprudencia en derecho procesal, pues es ella la encargada de resolver la incoherencia y la oscuridad de los textos legales, de armonizarlos, de llenar sus vacíos, y, lo que es más importante, de desarrollar la doctrina que se contenga en los principios que consagra y de ir haciendo penetrar a través de ellos las nuevas concepciones. Se identifican en realidad la jurisprudencia y la costumbre judicial, pues aquélla crea a ésta.

En verdad son muchos los problemas que surgen en el curso de los procesos y que no encuentran solución directa en la ley, pero que la jurisprudencia debe resolver (véase núms. 17-20).

^{9 bis} Devis Echandía: *Justicia Judicial y Justicia Social*, en *Estudios de Derecho Procesal*, tomo II, ps. 553 a 556, Edit. ABC, Bogotá, 1980.

CAPÍTULO II

HISTORIA DE LOS SISTEMAS PROCESALES Y DEL DERECHO PROCESAL

9. Nacimiento del derecho procesal.

El nacimiento del derecho procesal se origina cuando aparece el principio de que es ilícito hacerse justicia por propia mano y que los particulares deben someter sus conflictos al jefe del grupo social; noción que comienza a desarrollarse cuando se acepta que la autoridad debe someterse a normas previas para administrar justicia.

En un principio se atendió a la necesidad de resolver los conflictos de carácter penal y los que se originaban entre particulares a causa de oposición de intereses; pero poco a poco se fue extendiendo su aplicación a la solución de muchos problemas que no conllevan conflicto entre partes opuestas y que responden por lo general a la idea de proteger a los débiles e incapaces (como los casos de interdicción, nombramiento de curadores, licencias para enajenar bienes inmuebles de menores) o la regulación de ciertos efectos jurídicos (como la tradición por causa de muerte mediante el proceso de sucesión). De esta manera se regula la declaración, constitución, ejecución, reglamentación o tutela de los derechos, y de la libertad y la dignidad del hombre, y la realización de formalidades necesarias para ciertos actos jurídicos, no solamente en las relaciones de los ciudadanos entre sí, sino también de éstos con el Estado e inclusive entre las diversas entidades en que se divide ^{9 ter}.

^{9 ter} Devis Echandía: *El Derecho Procesal como instrumento para la tutela de la dignidad y la libertad humanas*, en *Estudios de Derecho Procesal*, tomo I, ps. 163 a 186, Editorial ABC, Bogotá, 1979.

10. Historia del derecho procesal.

Examinaremos ahora la evolución del derecho procesal propiamente dicho, como rama de la ciencia jurídica.

a) Período exegetico o de los procedimentalistas.

Con excepción de unos pocos trabajos parciales de finales del siglo XIX, puede decirse que hasta comienzos del siglo XX en Europa y hasta hace pocos años en Iberoamérica, se enseñó solamente procedimientos, o sea, la simple mecánica de los trámites, mediante una explicación exegetica del contenido de los códigos. Por tanto, es la etapa del nacimiento del derecho procesal en las diversas ramas. Son ejemplo Mattiolo en Italia, Manresa y Navarro en España, y casi todos los franceses.

b) Período del verdadero derecho procesal y de la escuela científica.

En ese período se elaboran los principios, fundamentos e instituciones del derecho procesal, especialmente desde el punto de vista de la rama civil, que es la de mayor florecimiento y que todavía se conserva a la cabeza del movimiento científico; sin embargo, en los últimos treinta años ha habido un notable desarrollo del derecho procesal penal. El derecho procesal adquiere categoría de verdadera ciencia especializada y se convierte en una de las ramas más importantes de la ciencia jurídica.

1) La escuela alemana.

Nace en 1856 y 1857 con la polémica Windschei y Muther sobre la acción en el derecho romano desde el punto de vista del derecho actual, que produjo tres trabajos reunidos luego en un volumen. Representan el nacimiento del derecho procesal moderno. Viene luego la obra de Von Bülow sobre "las excepciones y los presupuestos procesales", en 1868, que da bases más firmes a esta nueva rama del derecho. Más tarde aparece, ya en este siglo, la gran obra de James Goldschmidt, el más grande de todos los procesalistas alemanes hasta el momento; primero su libro *El proceso como situación jurídica: Crítica del pensamiento procesal*, publicado en 1915 en Berlín; luego su *Derecho Procesal Civil*, aparecido en 1919, y posteriormente su *Teoría General del Proceso*. Y como seguidores de aquél sobresalen Leo Rosenberg, Kisch, Lent y otros.

II) *La escuela italiana.*

El 3 de febrero de 1903 expuso el entonces joven Giuseppe Chiovenda, en la Universidad de Bolonia, su doctrina sobre "la acción en el sistema de los derechos", que representa la iniciación de su extraordinaria obra jurídica procesal y el nacimiento de la escuela italiana de derecho procesal, sin duda la más importante. Posteriormente publica sus *Principios de derecho procesal civil*, en 1907, y luego sus *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, además de numerosos trabajos en revistas.

Un poco más tarde aparece el gigante del derecho procesal moderno: Francesco Carnelutti. Asume la cátedra de derecho procesal civil en la Universidad de Padua en 1919; publica libros sobre derecho laboral, derecho civil, derecho comercial entre 1913 y 1917. En 1915 publica un volumen sobre la prueba civil, que desafortunadamente nunca actualizó. En 1923 funda con Chiovenda una famosa Revista de Derecho Procesal Civil, que aún perdura, y luego publica sus *Lecciones de derecho procesal civil*, trabajos con los cuales sobresale en su extraordinaria carrera de procesalista, que se afianza con la publicación de su *Sistema de derecho procesal civil*, en 4 gruesos volúmenes, entre 1936 y 1939. En 1940 publica su *Teoría general del derecho*. Luego de la expedición del nuevo C. de P. C. italiano publicó sus *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, en 1941. En 1953 su *Discurso en torno al derecho* y luego sus *Lecciones sobre el proceso penal*, y en 1958 *Derecho y proceso*. Todavía le quedó tiempo para trabajos de filosofía, de derecho comercial, de derecho corporativo. Es uno de los más grandes juristas de todos los tiempos.

Discípulo de Chiovenda, pero jurista tan grande como aquél, es Piero Calamandrei, quien contribuyó mucho al florecimiento del derecho procesal italiano y mundial; publicó varias obras y numerosos trabajos en revistas; entre las primeras sobresalen: *Demasiados abogados*, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil* e *Instituciones de Derecho Procesal Civil*.

Sobresalen también en Italia Ugo Rocco, Enrico Redenti, Enrico Tulio Liebman, Marco Tulio Zanzuchi, Vittorio Redenti, Salvatore Satta, Enrico Allorio, Mauro Cappelletti, Gian Antonio Micheli, Carlo Furno y otros. Como procesalistas penales sobresalen Giovanni Leone, Vincenzo Manzini y Giuseppe Bettiol.

III) *España.*

De Italia y Alemania pasó a España el movimiento científico procesal, y allí sobresalen Jaime Guasp, L. Prieto Castro, Víctor Fairén Guillén, Manuel de la Plaza, Pedro Aragoneses Alonso,

Carlos de Miguel, Emilio Gómez Orbaneja, Vicente Herce Quemada, Manuel Serra Domínguez, Miguel Fenech y, aun cuando se radicaron en México y en la Argentina desde hace muchos años, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y Santiago Sentís Melendo.

iv) *Iberoamérica.*

No puede decirse que exista en Iberoamérica una escuela autónoma de derecho procesal, como tampoco en España. Pero los estudios de esta materia comenzaron a florecer en la Argentina con Hugo Alsina, J. Ramiro Podetti, Ricardo Reimundín, Eduardo B. Carlos y más recientemente con Lino Enrique Palacio, Clemente A. Díaz, Alfredo Vélez Mariconde, Jorge A. Clariá Olmedo (los dos últimos en procesal penal), Carlos J. Colombo, Jorge Areal y otros. En el Brasil han sobresalido Pontes de Miranda, Guimarães, Alfredo Buzaíd, Moacyr Amaral Santos, Federico Márquez y otros.

En el Uruguay, en primer término Eduardo J. Couture, de extraordinario valor, cuya muerte prematura fue una gran pérdida para el derecho procesal hispanoamericano, y más recientemente Enrique Vescovi, Adolfo Gelsi Vidart, Dante Barrios De Angelis.

En Venezuela sobresalen Luis Loreto y José Rodríguez U. En México, Humberto Briceño Sierra. En Chile, Hugo Pereira Abnabalon y Mario Casarino Viterbo.

En Colombia pertenecen a la escuela moderna Antonio Rocha, Jorge Cardoso y Gustavo Humberto Rodríguez en materia de "La prueba"; Hernando Morales Molina, Álvaro Leal Morales, Antonio J. Pardo, Carlos Ramírez Arcila, Monroy Cabra, Jairo Parra Quijano, Hernán Fabio López, en derecho procesal civil; Bernardo Gaitán Mahecha y Luis Eduardo Mesa Velásquez, en procesal penal. Por nuestra parte, hemos contribuido al derecho procesal colombiano con las siguientes obras: *Derecho Procesal Civil, Parte General* (publicado en 1949), *Tratado de Derecho Procesal Civil* (todavía incompleto, del cual se han publicado seis tomos entre 1960 y 1968), *Compendio de Derecho Procesal Civil y Compendio de Pruebas Judiciales, Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Teoría General de la Prueba Judicial y El nuevo proceso civil colombiano*; además del actual compendio cuyos tres primeros tomos fueron publicados en 1972. En derecho procesal civil, también Marco Gerardo Monroy Cabra (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, 1974), Hernán Fabio López (*Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Bogotá, 1974) y Jaime Azula Camacho (*Manual de Derecho Procesal. Teoría del Proceso*, Bogotá, 1979), y en el penal Gustavo Humberto Rodríguez (*Nuevo Procedimiento Penal Colombiano*, Bogotá, 1976).

No pretendemos haber agotado la lista de los procesalistas iberoamericanos y europeos, pues nos hemos limitado a los más sobresalientes ¹⁰.

¹⁰ Para información más completa véase: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: *Veinticinco años de evolución del derecho procesal*, México, 1968; Calamandrei: *Los estudios de derecho procesal en Italia*, Buenos Aires, 1959; Humberto Briceño Sierra: *Derecho procesal*, t. I, México, 1969, ps. 399-459; Pedro Aragonese Alonso: *Proceso y Derecho Procesal*, Madrid, 1960, ps. 417-811.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL Y DEL PROCEDIMIENTO

11. Principios fundamentales del derecho procesal.

En dos categorías dividimos los principios fundamentales de la ciencia procesal: los que sientan las bases generales del derecho procesal y los que miran a la organización del proceso.

Sobre los primeros las opiniones están unidas, y en la casi totalidad de los Estados modernos los encontramos consagrados. Son:

a) Principio de interés público o general en el proceso.

Nadie discute ya que tanto el proceso penal, como el civil, laboral, contencioso-administrativo y de cualquiera otra clase, son eminentemente de interés público o general, porque persiguen y garantizan la armonía, la paz y la justicia sociales (véase núm. 72).

b) Carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional del Estado.

Es éste un principio elemental, sin el cual la vida en comunidad se haría imposible en forma civilizada, pues es fundamento de la existencia misma del Estado, como organización jurídica. Sus consecuencias son: prohibición de la justicia privada y obligatoriedad de las decisiones judiciales (véanse núms. 5 y 25).

Hay dos aparentes excepciones a este principio: los casos de los árbitros y de los jurados de conciencia; los primeros son particulares designados por las partes que voluntariamente someten a ellos un litigio o por el juez subsidiariamente, y los segundos, también particulares que son llamados a dictaminar en conciencia acerca de la responsabilidad de los procesados penalmente. Pero en realidad no se trata de verdaderas excepciones, porque esos

particulares actúan por mandato de la ley; en consecuencia, por voluntad del propio Estado, y ejercen jurisdicción sólo transitoriamente, sin adquirir el carácter de funcionarios públicos.

c) Independencia de la autoridad judicial.

Para que se pueda obtener el fin de una recta aplicación de la justicia, es indispensable que los funcionarios encargados de tan delicada y alta misión puedan obrar libremente en cuanto a la apreciación del derecho y de la equidad, sin más obstáculos que las reglas que la ley les fije en cuanto a la forma de adelantar el proceso y de proferir su decisión.

Este principio rechaza toda coacción ajena en el desempeño de sus funciones. El juez debe sentirse soberano en la recta aplicación de la justicia, conforme a la ley. Por eso, nada más oprobioso que la existencia de jueces políticos, de funcionarios al servicio de los gobernantes o de los partidos.

Un Estado en donde los jueces sufran la coacción de gobernantes o legisladores, deja de ser un Estado de derecho. También requiere este principio que las personas encargadas de administrar justicia sean funcionarios oficiales con sueldos pagados por el Estado.

d) Imparcialidad rigurosa de los funcionarios judiciales.

Esta imparcialidad es una de las razones que exigen la independencia del órgano judicial en el sentido expuesto. Pero con ella se contempla, además, la ausencia de todo interés en su decisión, distinto del de la recta aplicación de la justicia.

Al juez le está vedado conocer y resolver asuntos en que sus intereses personales se hallen en conflicto con su obligación de aplicar rigurosamente el derecho. No se puede ser juez y parte a un mismo tiempo (véanse núms. 160-161).

De ahí las causales de impedimento y de recusación que en todos los códigos de procedimiento se han establecido.

e) Igualdad de las partes ante la ley procesal y en el proceso.

Dos consecuencias se deducen: 1) la de que en el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo cual tiene fundamento en la máxima *audiatur et altera pars*, que viene a ser una aplicación del postulado que consagra la igualdad de los ciudadanos ante la ley, base de la organización de los Estados modernos; 2) que no son aceptables los procedi-

mientos privilegiados, al menos en relación con raza, fortuna o nacimiento de las partes.

Únicamente se admite que para juzgar a determinados funcionarios del Estado y en consideración no a la persona en sí, sino a la investidura del cargo, conozcan otros jueces, lo que acontece principalmente en materias penales (véase núm. 57).

Pero debe procurarse que esa igualdad en el proceso sea real y no simplemente teórica. Para ello se debe otorgar a los pobres y débiles oportunidad de verdadera defensa, con abogado que las represente gratuitamente cuando se obtenga el amparo de pobreza (véase núm. 160) e imponiendo al juez (como lo hace el art. 37 del C. de P. C. colombiano) el deber de "hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga", especialmente para decretar pruebas oficiosamente. Además, una total gratuidad en el servicio de la justicia penal, civil, laboral, contencioso-administrativa, etc.

f) Necesidad de oír a la persona contra la cual va a surtirse la decisión y la garantía del derecho de defensa.

Es principio consagrado en la Constitución colombiana y en todas las promulgadas después de la Revolución Francesa, que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en proceso por los trámites legales.

En *materias civiles* tiene este principio tanta importancia como en las penales, pues la defensa del patrimonio y de la familia es tan necesaria como la de la propia libertad física. De él emanan dos consecuencias: la sentencia proferida en un proceso sólo afecta a las personas que fueron parte en el mismo, o a quienes jurídicamente ocupen su lugar, y debe ser citado el demandado de manera necesaria para que concorra a defender su causa. Absurdo sería imponer pena o condena civil a quien no ha sido parte en el proceso en que la sentencia se dicta.

En *materia penal* la condena a indemnizar perjuicios puede hacerse contra los herederos del reo sobre los bienes recibidos de éste por herencia; pero la propiamente penal no, porque es personalísima y no puede ser aplicada a los herederos.

g) Publicidad del proceso.

Significa ese principio que no debe haber justicia secreta, ni procedimientos ocultos, ni fallos sin antecedentes ni motivaciones.

Pero ello no quiere decir que todo el proceso debe ser necesariamente público, y que toda persona pueda conocer en cualquier momento los expedientes. Esto perjudicaría gravemente la

buena marcha de los procesos, especialmente en materias penales. La publicidad se reduce a la discusión de las pruebas, a la motivación del fallo y a su publicación, a la intervención de las partes y sus apoderados y a la notificación de las providencias.

h) Obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley.

La ley señala cuáles son los procedimientos que se han de seguir para cada clase de proceso o para obtener determinadas declaraciones judiciales, sin que les sea permitido a los particulares, aun existiendo acuerdo entre todos los interesados en el caso, ni a las autoridades o a los jueces modificarlos o permitir sus trámites, salvo cuando expresamente la misma ley autoriza hacerlo. Como vimos antes, las normas procesales son por lo general absolutas e imperativas; sólo excepcionalmente facultan a las partes para renunciar a ciertos trámites o beneficios, como algunos traslados o a cobrar las costas, los perjuicios y los honorarios de los auxiliares de la justicia (véanse núms. 2 y 322).

i) El principio de que las sentencias no crean, sino declaran derechos.

Los derechos subjetivos se originan en el derecho positivo y principalmente en la ley, su fuente formal más común en el mundo moderno. Los procedimientos sirven para obtener su tutela, su ejecución, su garantía, para permitir, en ocasiones, su ejercicio, pero no para crearlos. De ahí que Ugo Rocco considere que una de las características del derecho procesal es la de ser un derecho medio.

El juez, al decidir, se limita a declarar los derechos que conforme a las normas positivas tiene la parte, y no le otorga ninguno que ellas no consagren.

Puede ser objeto de duda el caso de la sentencia que resuelve un proceso de declaración constitutiva, como el de divorcio. Pero si bien es cierto que el estado jurídico de divorciados lo establece la sentencia, no lo es menos que los derechos y obligaciones propios de ese estado se deducen de la ley y no de aquélla, y que al otorgar el divorcio el juez está reconociendo la existencia de las causales que conforme a la ley dan el derecho a que se declare.

En *materia penal* puede enunciarse este principio diciendo que la sentencia no crea la responsabilidad del procesado, sino que declara la establecida por la ley de acuerdo con los hechos probados que constituyen el presupuesto de dicha responsabilidad.

j) *El principio de la verdad procesal.*

Entiéndese por verdad procesal la que surge del proceso, es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos. Ésta puede ser diferente de la verdad real. Significa este principio que para el juez lo importante y único es la verdad procesal, que su decisión tendrá que ceñirse a ella y que entonces será recta y legal, aunque en ocasiones la realidad sea diferente. Nos lleva lo anterior a concluir que no siempre la justicia procesal está acorde con la realidad de los hechos y con los derechos y responsabilidades penales o de otra clase que realmente la ley consagra.

De ahí que pueda afirmarse que en el proceso lo que importa es la prueba del derecho que se tiene, y que tanto vale no tener un derecho como no poder demostrarlo, pues el juez tiene que fallar conforme a lo probado en el proceso, y por eso la trascendencia de darle facultades para decretar oficiosamente pruebas y tomar la iniciativa que estime necesaria, a fin de poder pronunciarse con absoluto conocimiento de causa y convencimiento pleno de estar obrando conforme a la realidad de los hechos y a la justicia.

Y en *materia penal* significa que tanto es no ser responsable del ilícito que se imputa, como no haberse probado plenamente esa responsabilidad (*in dubio pro reo*).

¡No hay peor injusticia que la cometida con el pretexto de administrar justicia!

k) *El principio de la cosa juzgada.*

Este principio se deduce del carácter absoluto de la administración de justicia. Significa que una vez decidido, con las formalidades legales, un litigio o un asunto penal entre determinadas partes, éstas deben acatar la resolución que le pone término, sin que les sea permitido plantearlo de nuevo, y los jueces deben respetarla. De lo contrario, la incertidumbre reinaría en la vida jurídica y la función del juez se limitaría a la de buen componedor con la consecuencia de que el proceso estaría siempre sujeto a revisión o modificación, lo que haría imposible la certeza jurídica.

La existencia de la cosa juzgada exige como factores que la determinan y que, por consiguiente, funcionan como requisitos de la misma: que haya una sentencia; que se pronuncie en procesos cuyas sentencias no estén excluidas expresamente de esta clase de efectos, y que esa decisión no sea susceptible de impugnación por vía de recurso, sino que esté cerrada a este tipo de discusiones en razón de su firmeza, es decir que no sea recurrible por disposición legal o que los recursos posibles en principio no hayan sido

interpuestos o hayan quedado a su vez resueltos. La sentencia sólo obliga como cosa juzgada a las partes respecto de las cuales se dictó, con excepciones en algunos casos de efectos *erga omnes*, expresamente consagrados en la ley; únicamente se aplica para el mismo objeto o relación jurídico-sustancial que fue controvertida y respecto a la cual se surtió el proceso y no impide que se debata sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, pero con base en una causa distinta, o sea, en un título o motivo jurídico diferente o por un nuevo ilícito.

Se deduce también de este principio que las resoluciones judiciales sólo pueden impugnarse por los medios que la ley consagra para el efecto. En su oportunidad volveremos, con la extensión que el tema requiere, sobre esta importante cuestión (véase Cap. XXX) y sobre las excepciones que a los efectos de la cosa juzgada establece la ley.

12. Principios fundamentales del procedimiento.

a) *El principio dispositivo o inquisitivo.*

De la consagración en forma exclusiva o simplemente preponderante de uno de estos dos principios en los procesos de cada país, se deducen consecuencias fundamentales para su regulación y estructura.

El principio dispositivo tiene dos aspectos: 1) por el primero significa que corresponde a las partes iniciar el proceso formulando la demanda y en ella sus peticiones y desistir de ella; 2) por el segundo, que corresponde a las partes solicitar las pruebas, sin que el juez pueda ordenarlas de oficio. Tomado en ambos aspectos significa que corresponde a las partes la iniciativa en general, y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de éstas, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni a establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene la razón en la afirmación de los hechos ¹¹. El principio inquisitivo, por el contrario, por un aspecto le da al juez la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que ellas le lleven o le pidan, y por otro

¹¹ Tito Carnacini: *Tutela jurisdiccional y técnica del proceso*, en "Revista de la Facultad de Derecho", México, diciembre 1953, núm. 12, ps. 97-182; Calamandrei: *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1943, t. I, núm. 58; Mauro Cappelletti: *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, t. I, ps. 353-373; Jacques Norman: *Le juge et le litige*, París, 1965, ps. 41-160.

aspecto lo faculta para iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales. Estos tres aspectos hasta hace poco tuvieron aplicación en los procesos penales; en los civiles, laborales y contencioso-administrativos se aplican únicamente el primero y el último, salvo raras excepciones.

En realidad, ninguno de estos dos sistemas o procedimientos se aplica con carácter exclusivo, de suerte que cuando se dice, por ejemplo, que un procedimiento es dispositivo, con ello no se quiere significar que es este principio el único que deba gobernar el proceso. En todos los sistemas legislativos se han otorgado al juez ciertos poderes (mayores o menores, según haya sido el influjo del principio inquisitivo), y al mismo tiempo ciertas iniciativas exclusivamente a las partes, de manera que el juez no pueda tomarlas en su lugar (según el influjo del principio dispositivo).

En materia civil predominaba hasta fines del siglo XIX, en ambos aspectos, el principio dispositivo; en el proceso penal el inquisitivo ha predominado desde hace varios siglos.

Y la razón de ello radica en que se consideraba que sólo la comisión de delitos interesa directamente al orden social, ya que atenta contra él y lo quebranta, pero que el proceso civil no contiene una cuestión de interés general, lo que era un rezago del primitivo sistema de la justicia privada y del caduco concepto de que en el proceso civil se discute una cuestión de exclusivo interés para las partes, ante la cual el juez debía ser un simple espectador que se limitara a darle la razón al vencedor.

Consideramos equivocado este criterio, porque ejecutar justicia y obtener una sentencia que se acomode a la verdad y al derecho es cuestión de interés social, cualquiera que sea la rama del derecho objetivo a que corresponda la cuestión que constituye el objeto del proceso: penal, civil, laboral, etc. En el proceso civil moderno se deben dar al juez facultades especialmente en materia de pruebas, para decretarlas oficiosamente con absoluta libertad, para que la falta de iniciativa de las partes y las maniobras de éstas no ahoguen su criterio ni burlen la justicia y para hacer efectiva la lealtad procesal, la buena fe, la igualdad real de las partes, la economía y la celeridad del proceso, poniendo freno a las actividades dilatorias o dolosas de los litigantes y evitando la injusticia de la sentencia que niega el derecho a la parte cuyo abogado descuida la defensa o es menos capaz o de mala fe (lo cual le ocurre generalmente a la más pobre e ignorante) ¹². Debe

¹² Ugo Rocco: *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1966, t. II, ps. 145-156; Guarnieri: *Las influencias del derecho civil en el derecho penal*, México, 1952, ps. 68-71; Lessona: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, 1928, t. I, núms. 56-57; Micheli: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1961, núms.

aplicarse al proceso el principio fundamental del derecho moderno, sobre la protección de los débiles.

En materias civiles el principio dispositivo conserva las siguientes aplicaciones, en los códigos modernos:

1ª) El proceso no puede ser iniciado mientras no se haya formulado por la parte interesada la respectiva demanda o petición; en este aspecto creemos que debe mantenerse su vigencia, con la salvedad de que deben otorgarse al Ministerio Público facultades para demandar a nombre y para la defensa de los incapaces que carezcan de representantes o necesiten protección contra éstos. Sin embargo, en los países socialistas se autoriza al juez para iniciar de oficio procesos civiles, cuando el asunto interesa a la colectividad.

2ª) Se prohíbe al juez resolver sobre cuestiones no planteadas en la demanda y, en algunos países, también considerar excepciones de mérito que no hayan sido propuestas por el demandado; estamos de acuerdo en mantener lo primero, pero lo segundo es una exageración que no se justifica y que en el C. de P. C. colombiano no existe, afortunadamente salvo las de prescripción, nulidad, sustancial relativa y compensación, que sí deben alegarse (véanse núms. 126, 128, 239 y 263). Pero en los países socialistas (como la ex Unión Soviética), se autoriza al juez para separarse de la demanda y conceder lo probado y no pedido.

3ª) Se permite a las partes ponerle fin al proceso por desistimiento y transacción o conciliación (véanse núms. 320-321).

4ª) Las partes pueden, por lo general, renunciar a los derechos procesales, y tal renuncia se entiende existir, en muchos casos, por el solo hecho de no usar de ellos en la debida oportunidad, aun cuando esto se deba a olvido o descuido, y generalmente sufren entonces consecuencias adversas (cuando no cumplen los actos que las diversas cargas procesales les imponen) (véanse núms. 7 y 218).

32 y 40; Carnacini: *Tutela jurisdiccional y técnica del proceso*, ed. cit., ps. 97, 171-172 y 182; Rosenberg: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1955, t. I, ps. 386-392; Sentís Melendo: *El proceso civil*, Buenos Aires, 1957, p. 155; Couture: *Estudios*, ed. cit., t. II, ps. 137-139 y 313-323; Mauro Cappelletti: *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, los capítulos: *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato* e *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, ps. 143-253; José Rodríguez U.: *Autoridad del juez y principio dispositivo*, Valencia (Venezuela), 1968; Devis Echandía: *El moderno proceso civil*, en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", Madrid, 1965, t. I, ps. 15-70, y *Dos reformas indispensables a nuestro proceso civil...*, en "Revista Derecho Positivo", Bogotá, 1964, t. I, y además *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, t. I, núms. 21-30, eds. 1970, 1972, 1974 y 1976.

El principio inquisitivo tiene también aplicaciones en el C. de P. C. colombiano como en la generalidad de los modernos: el juez debe declarar de oficio su incompetencia (art. 85), los impedimentos que tienen para conocer del litigio (art. 141) y las nulidades que afectan el proceso (art. 157); hay casos en que el fallo, aun no siendo apelado por las partes, debe ser remitido al superior en consulta, como cuando se condena a una entidad pública (art. 386); y especialmente debe impulsar oficiosamente la marcha del proceso (el secretario debe pasarle a su despacho los expedientes, de oficio, apenas venza el término legal o fijado por el juez para permanecer en la secretaría, so pena de multa), y tiene plenas facultades para decretar de oficio todas las pruebas que estime convenientes para verificar la realidad de los hechos, evitar y sancionar el fraude procesal, impedir sentencias inhibitorias y hacer efectiva la igualdad de las partes, y es un deber suyo el hacer uso de esas facultades.

Existen también tres procesos civiles que pueden ser iniciados de oficio (es decir, sin demanda) por el juez: el de privación de la patria potestad, el de remoción del guardador y el de interdicción del demente furioso o que cause notable incomodidad a los habitantes del lugar.

El aspecto primordial es el probatorio: será inquisitivo el proceso civil que le otorgue facultades oficiosas sobre pruebas al juez, aun cuando se mantenga la necesidad de la demanda para iniciarlo (*nemo iudex sine actore*).

En los procesos laborales y contencioso-administrativos la situación, en Colombia, es igual a la de los procesos civiles; excepto en cuanto en los primeros se faculta al juez para reconocerle al trabajador demandante todo lo que de las pruebas pedidas u ordenadas de oficio aparezca tener derecho, aun cuando exceda de lo reclamado en la demanda.

b) Principio de la valoración de la prueba por el juez, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Para administrar justicia, en cualquiera de sus ramas (civil, penal, contencioso-administrativa, militar, laboral, fiscal), es necesaria la apreciación de los medios o elementos probatorios que se lleven al proceso. No se trata de saber si el juez puede perseguir la prueba de los hechos con iniciativa propia, o si debe ser un espectador del debate probatorio, sino de determinar cuáles son los principios que debe tener en cuenta para apreciar esas pruebas aportadas al proceso de una u otra manera, y cuáles los efectos que puede sacar de cada uno de los medios de prueba.

Dos sistemas existen al respecto: el de la tarifa legal de pruebas, generalmente llamado sistema legal, y que consiste en imponer al juez una cerrada y preestablecida valoración de la prueba, en forma que la ley le ordena si debe darse por convencido o no ante ella; y el segundo, denominado de la libre apreciación, que otorga al juez la facultad de apreciar el valor o fuerza de convicción de las pruebas, fundado en una sana crítica. Es lo mismo hablar de libre valoración que de valoración de acuerdo con la sana crítica.

En el proceso penal, desde la Revolución Francesa se le dio acogida al segundo con escasas excepciones de códigos obsoletos. En cambio, en el proceso civil perduró hasta hace unos treinta años la tarifa legal en Europa e Iberoamérica, con raras excepciones. Pero así como no se justifica actualmente que al juez civil, laboral o penal se le aten las manos en materia de investigación de la verdad de los hechos afirmados por las partes, tampoco se justifica la supervivencia del antiguo sistema de la tarifa legal de pruebas.

Con excepción de las pruebas solemnes que la ley material exija como requisitos *ad substantiam actus* o para la existencia o validez del acto o contrato, creemos que es ya hora de que en el proceso civil de todos los países y con mayor razón en el laboral, el contencioso-administrativo y el penal, se consagre el principio de la apreciación subjetiva y razonada por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica, del valor de convicción de las pruebas sin que esto signifique una libertad arbitraria, puesto que estaría sujeto a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia, con obligación de motivar su conclusión o de explicar las razones que lo condujeron a negarle mérito de convicción a unas pruebas y otorgárselo a otras. La libertad de apreciación de la prueba existió relativamente en la antigua Grecia y en el período republicano de las *legis actionis* de la Roma antigua; fue aplicado siglos después en la Europa del Medioevo por los scabinos, pero desde entonces quedó olvidado durante mucho tiempo, inclusive para el proceso penal, y fue restablecido, en cuanto a éste se refiere, por la Revolución Francesa en 1791, habiéndose generalizado en Europa en esta rama, y últimamente ha sido incorporado a todos los códigos de procedimiento civil de Europa y Norteamérica, y en los del Brasil, la Argentina, México y Colombia. También en los Cs. de Pr. Laboral y Contencioso-administrativo; en los últimos con la salvedad de la mayor exigencia de la prueba documental respecto a los actos de la Administración acusados, lo cual no significa tarifa legal.

La tarifa legal tuvo razón de ser en la Edad Media y durante los primeros siglos de la moderna, y representó en su momento

histórico un notable avance para la justicia, pues contribuyó a terminar con las pruebas bárbaras o basadas en fanatismo religioso y con el tormento; pero hace un siglo que no se justifica.

La doctrina moderna reclama unánimemente la libre apreciación de la prueba por el juez, en toda clase de procesos ¹³.

c) El principio de impulsión oficiosa del proceso.

Se relaciona directamente con el inquisitivo, y consiste en que, una vez iniciado el proceso, debe el juez o el secretario, según el acto de que se trate, impulsar su marcha sin necesidad de que las partes lo insten a hacerlo, pues simplemente se trata de cumplir las normas legales que lo regulan, y son responsables de cualquier demora ocasionada por su culpa. Es muy importante para la celeridad de la justicia.

Pero recuérdese que hay ciertos actos que necesariamente deben tener origen en la voluntad expresa de las partes, y, además, hay otros, simplemente de tramitación, que también les corresponden, como consecuencia del principio dispositivo que parcialmente rige en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos.

¹³ Chiovenda: *Principios de derecho penal*, Madrid, 1941, t. II, núm. 39, p. 281; Redenti: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1957, t. I, núm. 78, p. 284; Calamandrei: *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1943, ps. 5-7 y 299-340, y *El proceso civil*, Buenos Aires, 1945, ps. 377-384; Carnelutti: *La prueba civil*, Buenos Aires, 1955, apéndice, p. XIX: *Lezioni di diritto processuale civile*, t. III, ps. 235 y ss., y *Teoria generale del diritto*, 2ª ed., ps. 348 y ss.; Cappelletti: *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, ps. 216-249 y *Testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, ed. cit., ps. 127-144, y 191-194 y 212-218; Marco Tulio Zanzuchi: *Diritto processuale civile*, Milano, 1955, t. I, ps. 372-373; Kisch: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, 1940, p. 202-203; Rosenberg: *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1956, núm. 6; Lent: *Trattato del processo civile tedesco*, Napoli, 1962, p. 198; Guasp: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 350; De La Plaza: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1954, t. I, ps. 444 y 462; Silva Melero: *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, p. 132; L. Prieto Castro: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, ps. 408-409; Gorphe: *La apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, ps. 30, 33 y 457, y *Crítica del testimonio*, Madrid, 1962, ps. 10 y 11; João de Castro Mende: *Do conceito de prova en processo civil*, Lisboa, 1961, núm. 29, ps. 165-166; Couture: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1948, t. II, p. 221; Pontes de Miranda: *Comentarios ao código de processo civil*, Río de Janeiro, 1958, t. III, p. 280, y t. I, p. 26; Lopes de Costa: *Direito processual civil brasileiro*, Río de Janeiro, 1959, t. III, ps. 253-240; Antonio Rocha: *Derecho probatorio*, Bogotá, 1962-1963, p. 80, y *De la prueba en derecho*, Bogotá, 1967, ps. 112-116; Amaral Santos: *Prova judiciaria*, São Paulo, 3ª ed., t. I, núm. 8, ps. 19-20; Devis Echandía: obra y trabajos mencionados en la cita 12.

Creemos que puede separarse este principio del impulso procesal, del inquisitivo o dispositivo, porque el primero se refiere propiamente al trámite del proceso, a conducirlo por las varias etapas que la ley contempla y a disponer el cumplimiento de las formalidades o actos que en ella se ordenan, como notificaciones, traslados, etc.; aquéllos a su iniciación y a la actividad probatoria ¹⁴.

d) Principio de la economía procesal (menor trabajo y justicia más barata y rápida).

Es la consecuencia del concepto de que “debe tratarse de obtener el mayor resultado con el mínimo de empleo de actividad procesal”.

Resultado de él es el rechazo de la demanda que no reúne los requisitos legales, para que al ser corregida desde un principio no vaya a ser la causa de la pérdida de mayores actuaciones; la inadmisibilidad de las pruebas inútiles y de incidentes inconducentes o que la ley no permite para el caso; la acumulación de pretensiones para que en un mismo proceso se ventilen varias, y evitar, en consecuencia, la necesidad de diversos procesos; la restricción de los recursos de apelación y casación, y otras medidas semejantes. Todo esto para que el trabajo del juez sea menor y el proceso más rápido. Justicia lenta es injusticia grave ^{14 bis}.

También persigue este principio justicia barata, para lo cual responde la jerarquía judicial, estableciendo jueces con circunscripción territorial más pequeña y que, por lo tanto, estén más cerca del lugar del litigio y del domicilio de las partes, y que gozan de menores sueldos, en los asuntos de menor valor, y viceversa (cfr. núms. 51, 53), e igualmente se procura imponerles a las partes gastos menores y proporcionados al valor o importancia del litigio. Lo ideal es la justicia gratuita en todas sus ramas.

e) El principio de concentración del proceso.

Complementa el anterior y tiende a que el proceso se realice en el menor tiempo posible y con la mejor unidad. Para esto se debe procurar que el proceso se desenvuelva sin solución de con-

¹⁴ Devis Echandía: *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 58-59. Este principio fue recomendado como una de las bases comunes para Latinoamérica, en las jornadas de Derecho Procesal Latinoamericano, de Bogotá, en 1970.

^{14 bis} Adolfo Gelsi Bidart: *El tiempo y el proceso*, en Publicación de Universidad Nacional Santa Fe, Argentina.

tinuidad y evitando que las cuestiones accidentales o incidentales entorpezcan el estudio de lo fundamental; lo cual sólo se obtiene restringiendo el derecho de interponer recursos e incidentes de previa definición.

Igualmente, tiende este principio a dejar todas las cuestiones planteadas, los incidentes, excepciones y peticiones, para ser resueltas simultáneamente en la sentencia, concentrando así el debate judicial.

De lo dicho se concluye que sólo en los procedimientos orales tiene aplicación adecuada este principio, ya que en las audiencias se presentan todas las excepciones y se plantean todos los incidentes, además de allegarse las pruebas y formularse los alegatos, y por regla general en la sentencia se resuelven todos estos problemas, sin que pueda suspenderse el curso del proceso para darle previa solución a uno de ellos. El proceso escrito es necesariamente desconcentrado, pero puede disminuirse este defecto con buenas medidas.

f) El principio de la eventualidad, también llamado de la preclusión.

Tiende a buscar orden, claridad y rapidez en la marcha del proceso, es muy riguroso en los procedimientos escritos, y sólo muy parcialmente en los orales. Se entiende por tal la división del proceso en una serie de momentos o períodos fundamentales, que algunos han calificado de compartimientos estancos, en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad de las partes y del juez de manera que determinados actos deben corresponder a determinado período, fuera del cual no pueden ser ejercitados y si se ejecutan no tienen valor. Es una limitación que puede ser perjudicial para la parte que por cualquier motivo deja de ejercitar oportunamente un acto de importancia para la suerte del litigio, pero viene a ser, como se ha observado, el precio que el proceso escrito paga por una relativa rapidez en su tramitación. De ahí la noción de las cargas procesales (cfr. núms. 7 y 218).

El proceso escrito contiene los siguientes períodos fundamentales: 1) El de presentación y contestación de la demanda, o de la *litiscontestatio*, dentro del cual es posible reformarla o adicionarla, y que vence en el momento de la apertura a prueba; 2) el de las pruebas, de manera que las que no fueron pedidas o practicadas oportunamente, no pueden llevarse a los autos (pero para las que el juez quiera decretar de oficio la oportunidad es más amplia); 3) el de alegaciones que empieza una vez vencido el anterior y concluye cuando se cita para sentencia en los procesos en que esto tiene lugar o cuando concluye el término otorgado para

ello; 4) el de la sentencia. Esto en la primera instancia. En la segunda instancia puede haber período de pruebas, de alegaciones y sentencia; o sólo los dos últimos.

Se distribuyen, como se ve, las oportunidades de ejercitar los medios de defensa y de ataque, que únicamente pueden ser utilizados en uno solo de esos momentos, aun cuando sus efectos vayan a surtir en período futuro ¹⁵.

g) El principio de la inmediación.

Como del significado literal se infiere, significa que debe haber una inmediata comunicación entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen. De ahí que la inmediación puede ser subjetiva, objetiva y de actividad.

Se entiende por inmediación subjetiva la proximidad o contacto entre el juez y determinados elementos personales o subjetivos, bien sean los sujetos mismos del proceso, o personas distintas de tales sujetos, es decir, terceros. La manifestación principal del requisito de inmediación subjetiva es la que impone que el acto de prueba se practique en presencia de su destinatario, es decir que la prueba se practique ante el juez que debe apreciar su mérito.

La inmediación objetiva se refiere a la comunicación del juez con las cosas y los hechos que interesan al proceso.

En ocasiones se establece igualmente un necesario contacto o proximidad entre el acto de la prueba y una determinada circunstancia objetiva, como cuando se permite u ordena la inmediación física del autor del hecho con determinada cosa mueble o inmueble; así ocurre cuando se autoriza que la parte o el testigo consulten notas o apuntes, cuentas, libros o papeles o se les oye en el lugar de los hechos. Y también puede considerarse como requisito de inmediación objetiva, en su manifestación negativa, la prohibición para estos mismos sujetos de valerse de cualquier borrador de respuesta en sus declaraciones. Un buen ejemplo de esta inmediación se tiene en la diligencia de reconstrucción de los hechos, en el lugar donde ocurrieron, que debe practicarse siempre en el proceso penal y debe autorizarse en el Código Civil y en los procesos laborales y contencioso-administrativos.

h) El principio de la oralidad o de la escritura.

Es, como se ha podido apreciar, uno de los fundamentales, pues de que exista el uno o el otro dependen la orientación general

¹⁵ Devis Echandía: ob. cit., ps. 60-61.

del proceso en gran parte y la acogida que tengan los principios anteriores. Mas téngase en cuenta que si existe el procedimiento exclusivamente escrito, no pasa lo mismo con el oral, pues en realidad cuando hablamos de éste queremos significar que la forma oral es la que predomina dentro de él. También en nuestros procesos escritos encontramos actuaciones orales, como audiencias, o incidentes dentro de las inspecciones que se resuelven durante ellas.

Fueron los jusprivatistas alemanes quienes, luego de ardua lucha en defensa de la oralidad para el proceso civil, lograron su implantación mediante la ley procesal alemana que se dictó en el año de 1887; poco después se aplicó en Austria, y en las últimas décadas se ha extendido a Rusia y a otros países socialistas. Los procesalistas contemporáneos lo recomiendan insistentemente; pero exige más jueces y mayor costo, por lo que en muchos países como Colombia, no ha sido posible establecerla en lo civil, sino muy limitadamente (para recepción de pruebas personales: testimonios e interrogatorios a las partes y para el proceso oral que rige para los asuntos de mínima cuantía y unos treinta asuntos civiles y comerciales en el nuevo C. de P. C.), pero se consagró ampliamente, con la salvedad de la demanda, su contestación y ciertas peticiones fuera de audiencias, en nuestro proceso laboral, desde 1938.

El procedimiento escrito prolonga en demasía el curso del proceso; permite el abuso de los recursos y medios encaminados a dilatar el litigio; sirve de medio para crear confusión en el juez y en la contraparte, y a veces hace aparecer lo accidental como esencial.

En el oral, la concentración e inmediación operan de manera perfecta; el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar, en razón del conocimiento y apreciación directa que hace de las personas y hechos sometidos a su examen, y dispone, por último, de una mayor actividad y más amplias facultades. Todo esto permite un mejor predominio de los principios inquisitivos, de la inmediación y de la concentración y celeridad.

Por último, en casi todos los países que han adoptado el procedimiento oral se ha reglamentado, en verdad, un procedimiento mixto, con predominio de la forma oral, pero con participación más o menos acentuada de la escritura. Así, la demanda debe ir por escrito, de manera que se precisen los hechos y peticiones que van a constituir el litigio; en algunos se permite presentar un resumen escrito de las alegaciones o se hacen éstas exclusivamente por escrito (como en nuestro procedimiento laboral); la contestación de la demanda, si bien puede ser oral, ha de

constar por escrito en los autos; se admite la práctica de pruebas fuera de la audiencia, si son necesarias.

En materia penal es aún más conveniente la oralidad ¹⁶.

i) El principio del interés para intervenir en los procesos.

Como algo indispensable al orden y buena marcha de los procesos, se limita a las personas que tengan un interés jurídico, económico o familiar, el derecho a intervenir en los procesos. Si todo el mundo pudiera intervenir, alegar, formular peticiones, interponer recursos, los procesos serían dispendiosos, enredados y no podrían cumplir el fin que con ellos se persigue.

Naturalmente, el demandante y el demandado tienen interés jurídico suficiente para intervenir en el proceso, por el solo hecho de la admisión de la demanda.

Pero los terceros no pueden intervenir a voluntad y mucho menos para controvertir las peticiones de la demanda o las excepciones del demandado, o para procurar la absolución o la condena del imputado o sindicado. Es indispensable que tengan un interés serio y actual en las resultas del proceso, para que se les reconozca el derecho a ser oídos como intervinientes principales o adhesivos, según tengan un interés directo e independiente o, por el contrario, dependiente del interés de una de las partes a cuya defensa se limiten. Para los segundos basta un interés económico o familiar en los resultados del proceso. Existe intervención voluntaria e intervención forzosa de terceros en el proceso, según que lo hagan por su iniciativa o por citación del juez (véase cap. XXII).

En materia penal es también necesario este interés ^{16 bis}, para iniciar el proceso y antes la investigación y para intervenir en aquél y en ésta; se trata de un interés sustancial, serio y actual, tal como ocurre en las otras clases de procesos; pero puede consistir en el que tiene el Estado, de carácter general y público, para ejercitar su jurisdicción y formular las imputaciones a través de los funcionarios del ministerio público o fiscal y de los propios jueces (según el sistema legal vigente), al paso que será personal respecto del imputado y luego procesado y también de la víctima del delito o sus herederos cuando la ley les permita a éstos in-

¹⁶ En las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, de Bogotá, 1970, se recomendó la oralidad como el mejor sistema, pero siempre que haya suficiente número de jueces para atenderlo, condición que casi nunca se cumple en nuestros países.

^{16 bis} Devis Echandía: *Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal*, Bogotá, 1971, Edit. ABC, núm. 32.

tervenir en ambas etapas (de la investigación o sumario y del juicio o proceso) como verdadera parte.

Tendrán ese interés los imputados, el ministerio público y los fiscales investigadores o instructores y acusadores, excepto éstos, cuando la ley exija querella de la víctima para iniciar la investigación y el proceso y también los adelanten sin tal requisito; en el sistema acusatorio solamente el fiscal acusador tendrá el interés legal para formular ante el juez la acusación, y los lesionados con el delito solamente pueden pedirle a éste que la formule.

j) *Principios del interés para pedir o contradecir una sentencia de fondo y de la legitimación en la causa.*

Significan estos principios que quien formula peticiones dentro del proceso debe tener interés legítimo, serio y actual en la declaración que se persigue, sin que en materia civil sea siempre suficiente el ser parte principal en el proceso para tener derecho a que se dicte sentencia de fondo; porque hay peticiones que sólo corresponde hacerlas a determinada persona y frente o contra otras determinadas, y no por o contra las demás. Es decir, se puede ser parte en un proceso, pero no ser la persona con interés sustancial para obtener o controvertir las declaraciones que se impetran en la demanda, y entonces la sentencia no puede versar sobre el fondo de la litis y debe ser inhibitoria (véanse núms. 134, j; 138, d; 150).

No se trata de tener interés suficiente para ejercitar la acción y conseguir que un proceso sea iniciado, que, como veremos, corresponde a toda persona natural o jurídica que necesite la intervención del órgano jurisdiccional del Estado para resolver un litigio o declarar un derecho o constituir una relación jurídico-sustancial (véase núm. 98); ni del interés del demandado en defenderse de las prestaciones que se pretende imponerle, que también existe por el solo hecho de ser admitida la demanda, sino de *tener* derecho a que se decida en la sentencia que ponga fin a ese proceso, si existe o no el derecho material pretendido por el demandante y la correlativa obligación a cargo del demandado, o si debe declararse o constituirse la relación jurídico-sustancial que se reclama.

En *materia penal* tienen vigencia también estos principios (como en general todos los generales del derecho procesal y del procedimiento judicial), pero se presentan algunas peculiaridades, a saber:

El sindicado o imputado tiene siempre interés sustancial y legitimación en causa, para que mediante decisión de fondo se

resuelva su situación, es decir, si tal imputación corresponde o no a la realidad de los hechos y por tanto si es inocente o responsable del ilícito que se le imputa.

Inclusive, ese interés y tal legitimación las tiene el imputado o sindicado desde que en la investigación previa o sumarial surge contra él, en virtud de la prueba practicada o allegada por el instructor, aun antes de que sea llamado por el funcionario a indagatoria o declaración como sospechoso y por ello tiene el derecho a exigir que se le oiga en dicha diligencia con el fin de defenderse de las imputaciones que contra él hayan surgido y de exponer hechos que puedan aclarar su situación para que sea desvinculado de tal investigación y para que no se le procese.

Debe entenderse por legitimación en causa, para el proceso penal, que los denunciante o querellantes y el ministerio público o el fiscal tengan la titularidad de interés para pedir que se investigue o para investigar de oficio o por denuncia o querrela el último, para pedir cualquiera de ellos que se decida por sentencia de fondo o mérito sobre si existe realmente el ilícito investigado y a quién corresponde la responsabilidad (legitimación activa), y que los imputados o sindicados, luego procesados o enjuiciados, tengan la titularidad del interés para que mediante sentencia de fondo o mérito se resuelva si son o no inocentes o para que mediante providencia interlocutoria se los desvincule de la investigación y se disponga que no hay mérito para acusarlos y procesarlos (legitimación pasiva). Todo esto independientemente de que haya existido el ilícito penal, que de existir éste haya lesionado un derecho del denunciante o querellante, o que el imputado y luego procesado sea realmente el responsable de tal ilícito como autor, cómplice o encubridor. Es decir: se puede tener tal legitimación aun cuando en la investigación previa o sumarial o ya en el enjuiciamiento o proceso se declare que no hubo delito o que no se causó perjuicio con él o que el imputado primero y procesado después no tiene responsabilidad alguna por el ilícito cuya existencia se demostró.

Faltará la legitimación en causa en el denunciante o querellante, así sea víctima del delito o heredero de ésta, cuando no tengan derecho a intervenir como partes en la investigación previa o sumarial ni en el juicio o proceso; también en cualesquiera otros particulares o funcionarios distintos del Ministerio Público o fiscal autorizado para intervenir; igualmente, faltará en el funcionario investigador que inicie la investigación sin que se le haya formulado querrela, cuando la ley exija ésta, y en el fiscal que formule acusación para el enjuiciamiento faltando dicho requisito; también cuando el juez de la causa adelante el proceso sin acusación de quien la ley señala como necesario acusador.

Pero desde el momento en que exista un procesado o enjuiciado, quien siempre tiene legitimación, aun cuando falte ésta en los otros sujetos en los casos acabados de mencionar, *no es posible dictar sentencia inhibitoria* porque se violaría el derecho constitucional del primero para que se resuelva de mérito sobre su inocencia o responsabilidad; por lo cual el remedio para tal situación sería declarar la nulidad de lo actuado, sea de la investigación si aún no ha habido procesamiento o enjuiciamiento, o tanto de aquélla como del juicio o proceso si se alcanzó a adelantar éste, obviamente sin proferir sentencia con lo cual el imputado o procesado deberá quedar en libertad inmediata si sufre detención (véanse capítulos XV y XVI).

k) Principios de la buena fe y la lealtad procesal.

Puesto que el proceso judicial no es considerado como una actividad privada, ni las normas que lo regulan como de derecho privado, sino, por el contrario, el Estado y la sociedad están íntimamente vinculados a su eficacia y rectitud, deben considerarse como principios fundamentales del procedimiento los de la buena fe y la lealtad procesal de las partes y del juez. La moralización del proceso es un fin perseguido por todas las legislaciones como medio indispensable para la recta administración de justicia ¹⁷.

La ley procesal debe sancionar la mala fe de las partes o de sus apoderados, estableciendo para ello severas medidas, entre ellas la responsabilidad solidaria de aquéllas y éstos, y el juez debe tener facultades oficiosas para prevenir, investigar y sancionar tanto aquélla como el fraude procesal.

La lealtad procesal es consecuencia de la buena fe en el proceso, y excluye las trampas judiciales, los recursos torcidos, la prueba deformada, las inmoralidades de todo orden.

En un proceso inquisitivo y con libre apreciación de la prueba, está el juez en mejor capacidad para vigilar la actuación de las partes y hacer efectivos estos principios de la buena fe, la veracidad y la lealtad procesales.

l) Principio de la impugnación.

Es fundamental en el procedimiento que todo acto del juez que pueda lesionar los intereses o derechos de una de las partes, sea impugnabile, es decir que exista algún recurso contra él, para que se enmienden los errores o vicios en que se haya incurrido. Pero varían los remedios que la ley ofrece, según la naturaleza

¹⁷ Ricardo Reimundín: *Derecho procesal civil*, 1956, t. I, ps. 144-146.

del acto y la clase de funcionario que lo haya dictado; y de ellos no puede hacerse uso indiscriminadamente, sino en los términos y condiciones que la ley procesal señala.

m) Principios de las dos instancias.

De los principios de la impugnación y de la contradicción o audiencia bilateral se deduce el de las dos instancias. Para que ese derecho a impugnar las decisiones de los jueces sea efectivo y el demandado pueda contradecir adecuadamente las pretensiones del actor y éste las excepciones de aquél, la doctrina y la legislación universales han establecido la organización jerárquica en la administración de justicia, con el fin de que, como regla general, todo proceso sea conocido por dos jueces de distinta jerarquía si los interesados lo requieren oportunamente mediante el recurso de apelación y en algunos casos por consulta forzosa (véanse núms. 311 y 312).

Se exceptúan los asuntos de poca importancia para los cuales se asigna una sola instancia ante jueces de menor jerarquía (como los de mínima cuantía, en lo civil) y los que excepcionalmente son conocidos en única instancia por un tribunal superior o la Corte Suprema.

Sin embargo, un sistema judicial con solo procesos de única instancia ante jueces o tribunales plurales de alta calidad y casación restringida ante la Corte Suprema, con procedimiento oral, presentaría muchas ventajas y haría más democrática la justicia al darle jueces de igual calidad a los problemas de ricos y pobres, pues la distinta jerarquía de los jueces según el valor económico del asunto conduce a que los mejores jueces estén reservados para los ricos ^{17 bis}.

Lo que acabamos de decir tiene perfecta aplicación en los procesos penales.

n) Principio de la motivación de las sentencias.

La publicidad del proceso no es suficiente garantía de una recta justicia. Es indispensable que los funcionarios judiciales

^{17 bis} Devis Echandía: *Progresos y deficiencias de nuestra justicia civil*, en "Revista de la Academia de Jurisprudencia", núms. 208-209, de julio-diciembre 1975; publicado también en la revista "Derecho Colombiano", núm. 167, noviembre 1975, págs. 403 a 414; *Humanización de la justicia civil y Aceleración de la justicia civil*, trabajos presentados al Congreso Mundial de Derecho Procesal ocurrido en Gante, Bélgica, del 26 de agosto al 4 de septiembre de 1977, publicados en nuestros *Estudios de Derecho Procesal*, ts. I y II, Bogotá, Edit. ABC, 1979-1980.

expliquen y fundamenten sus decisiones, a menos que se trate de simples órdenes para el impulso del proceso.

Es tan importante este requisito que algunas Constituciones, como la colombiana, lo consagran expresamente (art. 163).

De esta manera se evitan arbitrariedades y se permite a las partes usar adecuadamente el derecho de impugnación contra la sentencia para los efectos de la segunda instancia, planteándole al superior las razones legales y jurídicas que desvirtúan los errores que condujeron al juez a su decisión. Porque la resolución de toda sentencia es el resultado de las razones o motivaciones que en ella se explican.

El requisito de la fundamentación se exige también para las providencias que no son sentencias, pero que resuelven cuestiones que afectan los derechos de las partes, como las llamadas en los procedimientos colombianos autos interlocutorios.

ñ) *Principio de la carga de la prueba, que en lo penal se sustituye en parte por el de "in dubio pro reo".*

Como una medida indispensable para que pueda haber sentencia de fondo o mérito, que decida el litigio civil, laboral o contencioso-administrativo, y absuelva o condene al sindicado o imputado, se consagra el principio de la carga de la prueba que indica al juez que cuando falte la prueba o ésta sea insuficiente, sobre los hechos en que debe basar su sentencia, debe resolver a favor de la parte contraria a la que tenía dicha carga ^{17 ter}.

En materias penales este principio se sustituye, en cuanto a la decisión que debe adoptarse respecto a la suerte del sindicado o imputado, en gran parte por el de "*in dubio pro reo*", puesto que si las dudas en materia de pruebas se deben resolver a favor de aquél, o sea que al imputado y procesado se le debe considerar inocente mientras no se le pruebe plenamente su responsabilidad, desde otro punto de vista significa que al Estado (a través del Ministerio Público y del juez investigador) lo mismo que al acusador particular o a la parte civil, corresponden la carga de probar la responsabilidad del reo, y si no la satisfacen, éste debe ser absuelto. Pero la carga juega un papel más amplio, porque también se refiere al riesgo que corre el reo de sufrir consecuencias desfavorables si no aparece la prueba de los hechos que constituyan exoneración de responsabilidad o atenuaciones de ella y por consiguiente al interés que tiene en que esas pruebas lleguen

^{17 ter} Micheli y Rosenberg: ob. cit.; Devis Echandía: *Teoría general de la prueba judicial*, ed. cit., cap. XVIII, núms. 126-130.

al sumario o investigación y al juicio o proceso y, por lo tanto, de colaborar para ello. Es decir, la noción de carga de la prueba juega también importante papel en el proceso penal ^{17 quater}.

o) Principio de la congruencia.

Es el principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes (en los procesos civiles, comerciales, laborales y contencioso-administrativos) y entre la sentencia y las imputaciones formuladas al procesado y las defensas formuladas por éste contra tales imputaciones; en todos los procesos, también entre la sentencia y lo ordenado por la ley que sea resuelto de oficio por el juzgador (véase cap. XXXIX).

Tiene extraordinaria importancia este principio, pues se liga íntimamente con el derecho constitucional de defensa, ya que éste exige que el ajusticiado en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o las imputaciones que contra él o frente a él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia implica la de aquel derecho; la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y las alegaciones, se orientan lógicamente por las pretensiones, imputaciones, excepciones y defensas formuladas en el proceso.

También se relaciona con la cosa juzgada, para determinar el verdadero contenido de ésta.

En *materia penal*, cuando en el proceso interviene jurado de conciencia, al que corresponde dar veredicto respecto a si el procesado es o no responsable, debe haber congruencia entre tal veredicto y las imputaciones definitivas formuladas al procesado (en el auto de proceder, con el sistema vigente entre nosotros hasta febrero de 1981, o en la acusación fiscal, en el introducido por el nuevo C. de P.P.); e igualmente debe haber congruencia entre el veredicto del jurado y la sentencia del juez, pero en algunos países como Colombia el juez de la causa y el superior en apelación pueden rechazar el veredicto por ser claramente contrario a la evidencia de los hechos o incompleto, contradictorio o anfibiológico, y entonces, en vez de dictar sentencia, se declara tal contraevidencia por auto interlocutorio y se ordena repetir el juicio ante nuevo jurado cuyo veredicto es obligatorio para el juez. Pero tanto el juez como el jurado pueden darle al hecho punible objeto

^{17 quater} Devis Echandía: *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, t. I, núms. 126-130.

de la sentencia o el veredicto, una calificación jurídica diferente a la hecha en la acusación o imputación definitiva, ya que la congruencia en lo penal se refiere a los hechos imputados y aquella calificación es punto de puro derecho ¹⁸.

p) Principio de la humanización de la justicia judicial.

El proceso judicial de cualquier clase, exige formas y ritualidades que lejos de ser inconvenientes representan una garantía importante para el debido ejercicio del derecho constitucional de defensa. Pero es indispensable humanizar al máximo sus procedimientos y sus trámites, puesto que se trata de actuaciones de personas para juzgar a otras personas cuyos problemas son, por consiguiente, profundamente humanos. De ahí que deshumanizar el proceso es desnaturalizarlo y restarle eficacia para cumplir la función social de interés público, de obtener y tutelar la paz y la armonía sociales y los derechos fundamentales del ser humano ^{18 bis}. Se debe procurar más inmediatez del juez con los ajusticiables en todo proceso, para que aquél pueda conocerlos y apreciar mejor su problema; debe haber un trato sencillo y no arrogante de los juzgadores con las partes; debe el juez tratar de compensar la ignorancia y pobreza de las partes, que obstaculizan el ejercicio de su derecho de defensa, tutelándolos en cuanto sea posible mediante el uso real y efectivo de las facultades inquisitivas probatorias, de dirección del proceso, de control al fraude procesal y las colusiones y demás actos ilícitos o desleales de los abogados; debe también el juez tratar de acelerar al máximo los procedimientos e impedir que se dilaten con actuaciones desleales o incorrectas de las partes y sancionarlas cuando incurran en tal conducta; debe procurar infundir a las personas que necesitan ventilar cualquier asunto judicialmente, confianza en una buena justicia y eliminar el temor que ordinariamente les produce; por último, es indispensable que en los procesos e investigaciones judiciales no se violen, sino que se tutelen, los esenciales derechos de toda persona humana, su vida, su honor, su libertad (lo cual pone de presente la monstruosidad de aplicar por los funcionarios de investigación, sean

¹⁸ Devis Echandía: *Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal*, ed. 1981, citada, ps. 25 a 28.

^{18 bis} Devis Echandía: *Humanización del proceso civil*, trabajo presentado al Congreso Internacional del Derecho Procesal, ocurrido en Gante, Bélgica, en 1977, y publicado en la "Revista de Derecho de la Universidad de Antioquia", Medellín, 1977, y en el t. I de mis *Estudios de Derecho Procesal*, Bogotá, Edit. ABC, ps. 315-333.

o no parte del órgano judicial, torturas o simple violencia de cualquier clase, que constituyen la violación de este principio y de muchos más y la deformación total de lo que debe ser la justicia judicial).

13. Otros principios fundamentales del proceso penal.

Los principios expuestos en los dos números anteriores tienen aplicación a los procesos civiles, penales, laborales y contencioso-administrativos. Pero existen, además, varios principios fundamentales del moderno proceso penal, que explicaremos brevemente a continuación ^{18 ter}.

a) Principio de la función preventiva de defensa social del proceso penal.

Consiste en que el proceso penal debe ser concebido no solamente como instrumento para la investigación de los ilícitos penales y la aplicación consecuente de penas o medidas de seguridad a los autores, cómplices y encubridores de aquéllos, sino también como instrumento para la tutela de la libertad, la vida, el honor y los demás derechos fundamentales de la persona humana, e igualmente para la reeducación y readaptación social de los delincuentes, como medida de defensa social contra las futuras reincidencias y por último como medida de seguridad social de readaptación y rehabilitación de sujetos que todavía no han cometido ilícitos penales, pero que están en una situación propicia para ello y por tanto representan cierta peligrosidad, para evitar así que incurran en tales ilícitos (es el caso de las prostitutas y prostituidos homosexuales, de los vagos, los drogadictos y los alcohólicos de conductas agresivas). Estos últimos casos, de readaptación o rehabilitación de sujetos peligrosos, no delincuentes, deben ser manejados por jueces y no por funcionarios de policía o administrativos, para que haya suficiente garantía de imparcialidad, independencia y objetividad, en la decisión de aplicar o no al investigado medidas de rehabilitación y la elección de la más conveniente, según las características de cada persona; e igualmente, para que no se convierta este sistema de prevención social en un instrumento político de persecución y violación de las garantías constitucionales del debido proceso y del respeto a la

^{18 ter} Devis Echandía: *Principios fundamentales del derecho procesal penal moderno*, Bogotá, Edit. ABC, 1982.

libertad y dignidad de las personas. Y deben señalarse taxativamente los casos en que pueden aplicarse tales medidas y las diversas clases de éstas. Giuseppe Bettiol^{18 quater} las clasifica así: a) *privativas de la libertad*, por internación en una colonia agrícola o en una casa de trabajo o de reposo y tratamiento psiquiátrico o de otra clase, o en un manicomio judicial, es decir, especializado; b) *no privativas de la libertad*, la libertad vigilada, la prohibición de residir en determinado lugar, la prohibición de frecuentar tabernas y establecimientos públicos donde se expendan bebidas alcohólicas, y la expulsión de extranjeros; c) *medidas patrimoniales*, la caución de buena conducta y el decomiso.

Consideramos que se trata de un proceso contencioso, puesto que implica la privación o al menos la limitación de la libertad y el sometimiento aun contra la voluntad de la persona a dichas medidas y tratamientos.

b) *Principio del "favor rei" o de la favorabilidad.*

Es un complemento del principio del *in dubio pro reo* que a su vez sustituye parcialmente el de la carga de la prueba en cuanto exige considerar inocentes al imputado y al procesado, lo mismo que la absolución del segundo, cuando no se les haya probado plenamente su responsabilidad y por lo tanto impone dicha carga al Estado a través de los jueces y funcionarios de instrucción e investigación (véase núm. 12, principio *n*). Pero el principio de *favor rei* o de la favorabilidad es más amplio, pues exige no solamente resolver a favor del imputado y procesado las dudas probatorias respecto a su responsabilidad, sino también las que se presenten en la interpretación y aplicación de las normas penales sustanciales y de procedimiento, y exige, además, que la ley sustancial permisiva o favorable al procesado, aun cuando sea posterior al acto ilícito, se aplique de preferencia a la restrictiva o desfavorable, como lo ordena expresamente el segundo inciso del art. 26 de la Constitución y el art. 5º del nuevo C. de P. P. de 1981. En cambio la ley procesal nueva, pero anterior a la iniciación del proceso, se aplica siempre sin que importe que el acto ilícito haya ocurrido antes y aun cuando el nuevo procedimiento pueda ser desfavorable al procesado, debido al carácter imperativo que tiene, y cuando el cambio de ley procesal ocurre en el curso del proceso, también se aplica a partir de su vigencia, salvo que ella misma disponga otra cosa. También el art. 9º de la Declaración de los

^{18 quater} Bettiol: *Instituciones de Derecho Penal Procesal*, traducción española de la 2ª ed. italiana de 1973, Edit. Bosch, Barcelona, 1977, p. 165.

Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Asamblea Nacional francesa de 1789, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de 1948, consagran este principio.

- c) *El principio de que al procesado se le debe considerar inocente, mientras no se le pruebe lo contrario.*

Esta presunción de inocencia tiene origen constitucional, y es consecuencia de los principios ya mencionados del *in dubio pro reo* y del *favor rei*, pero su enorme importancia justifica que sea formulado también con entidad propia. Se viola este principio cuando se consagran en la ley penal presunciones de responsabilidad; cuando se establece (como ha ocurrido en Colombia) el sistema de que a falta de prueba suficiente para procesar, en vez de sobreseer en forma definitiva al imputado, se le dicta un sobreseimiento temporal que lo mantiene como sospechoso de ser culpable; cuando se absuelve al procesado, pero agregando que se debe a insuficiencia de pruebas, porque equivale a desconocer que si éstas no existen, simplemente se le debe considerar inocente y que solamente cuando el juez tenga pleno convencimiento o certeza de la responsabilidad deja aquél de estar protegido por la presunción de inocencia o, como algunos dicen, cesa el *estado jurídico de inocencia* que toda persona tiene mientras no se le pruebe plenamente lo contrario¹⁹. Es un principio indispensable para que exista civilización jurídica, democracia política y verdadera justicia judicial.

- d) *Principio que rechaza la absolución con advertencia de que se produce por insuficiencia de pruebas de la responsabilidad.*

Acabamos de mencionar este principio, como consecuencia lógica del de la presunción de inocencia; pero es indispensable considerarlo como autónomo, por su gran importancia. Significa que no deben existir dos clases de absoluciones: una simple y otra calificada de proceder por insuficiencia de pruebas contra el procesado. En Italia se violó este principio al consagrar el art. 479 del C. de P. P. (el cual no sabemos si sigue vigente) las dos clases de absoluciones; pero numerosos e ilustres juristas lo han recha-

¹⁹ Alfredo Vélez Mariconde: *Estudios de Derecho Procesal Penal*, t. II, p. 26, Buenos Aires, Edit. Lerner, 1969; Carlos J. Rubianes: *Manual de Derecho Procesal*, t. I, ps. 78-79, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1976.

zado ^{19 bis}. Pero este principio se refiere a la parte resolutive de la sentencia absolutoria y no a sus motivaciones, pues en ellas necesariamente se debe manifestar que no procede condena o que es imperativo absolver debido a la ausencia de plena prueba de la responsabilidad del procesado.

e) *Principio del juzgamiento por los jueces naturales.*

Significa que cuando lo investigado y juzgado sea un ilícito penal común, es decir, regulado por el C. Penal sustancial ordinario, o uno de naturaleza política, sus investigadores y juzgadores deben ser, siempre, los que establezcan el C. de P. P. ordinario y leyes complementarias, es decir, por funcionarios de la justicia ordinaria; jamás por investigadores y jueces de la justicia militar, la cual debe ser exclusivamente para los ilícitos militares o castrenses. Entregar a la justicia militar el juzgamiento de ilícitos no militares o castrenses, con el pretexto de que es más rápida y resulta más económica para el Estado, es una monstruosidad jurídica y una grave violación de la democracia política, de muchos principios constitucionales y procesales y de los derechos fundamentales del ser humano. Para vergüenza de Colombia, esa corruptora y nefanda costumbre ha sido crónica los últimos 30 años y sigue aplicándose en la actualidad. Es nuestro concepto que tal medida, adoptada en decretos de estado de sitio, es inconstitucional, como lo declaró la Corte Suprema colombiana, en sala plena, en magnífica sentencia del 24 de julio de 1961, jurisprudencia que desafortunadamente cambió por mayoría de votos (que ha venido disminuyendo sucesivamente) a partir de 1975, pero que esperamos sea rectificada por ser evidentemente equivocada ^{19 ter}. Si se

^{19 bis} Carnelutti: *Confutazione logica del proscioglimento*, publicado en "Rivista di Diritto Processuale", 1963, ps. 1 y ss.; Guarnieri: *Tipologia delle sentenze penali di proscioglimento*, publicado en "Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale", 1954, p. 54; Dahm: *Das Urteil*, en "Das Kaommende deut. Strafverfahren", citado por Guarnieri en el trabajo acabado de mencionar; Jorge Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1964, t. VI, p. 298; Santiago Sentís Melendo: en su extenso trabajo "*In dubio pro reo*", publicado en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericano", 1971, núms. 2-3, ps. 526-528, 530 y 533.

^{19 ter} Devis Echandía: *Justicia penal ordinaria y militar*, en "Revista Derecho Colombiano", Bogotá, t. I, 1972, Edit. ABC, ps. 249-254; *Los Derechos Humanos, la justicia militar y el llamado Estatuto de Seguridad*, trabajo leído en el Primer Foro Nacional por los Derechos Humanos, en 1979, publicado en el libro sobre dicho Foro, incluido con el título "Documentos. Testimonios", Bogotá, Fondo Editorial Suramérica, 1979, ps. 96-127, y en el t. II de mis *Estudios*, 1980, ps. 603-621. Fernández Botero: *Estudios sobre la Constitución de Colombia*, 19, p. 450; Jacobo Pérez Escobar: *Derecho Constitucional Colombiano*, 19, p. 456.

quiere una justicia penal acelerada y buena, el remedio está en mejorar los códigos, aumentar el número de funcionarios y su calidad, dar las dotaciones modernas necesarias.

f) *Principio del derecho del imputado a su libertad provisional.*

Significa que el imputado no debe ser privado de su libertad, mediante detención preventiva, sino cuando existan pruebas firmes (aun cuando todavía no den pleno convencimiento de su responsabilidad) y no por cualquier indicio contingente u otra prueba incompleta que apenas haga sospechosa a esa persona; porque tiene el derecho subjetivo, de origen constitucional, a permanecer en libertad mientras su detención no esté suficientemente justificada en la investigación adelantada por un juez de instrucción o de otra clase. Se ha abusado de la detención preventiva. Se suele exigir solamente un indicio grave o una declaración de testigo que merezca credibilidad. Y eso es incorrecto. Debe exigirse prueba mucho más segura. La doctrina procesal moderna reconoce al imputado un derecho a su libertad provisional, mientras no existan buenas pruebas que hagan muy probable su participación en el ilícito, aun cuando no sean plenas para dar certeza ^{19 quater}.

g) *Principio de la existencia de un ministerio público imparcial, distinto de los funcionarios de instrucción, acusación y juzgamiento.*

La función de tales personas debe ser “procurar el restablecimiento de la ley y la recta administración de justicia” ²⁰. Es la parte imparcial de que habla la doctrina procesal moderna. Consideramos de gran importancia la presencia, durante la investigación y el proceso o juicio, de esos funcionarios del ministerio público, que en Colombia son los de la Procuraduría General de la Nación. Es una preciosa garantía del debido proceso y del derecho constitucional de defensa y de los principios anteriormente expuestos.

^{19 quater} Alfredo Vélez Mariconde: ob. cit., t. II, p. 43; Sentís Melendo: *In dubio pro reo*, citado; Manzini: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1951, t. I, p. 153; Jorge Clariá Olmedo: *Bases para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia penal*, Ed. Universidad de Córdoba, 1966, en las cuales se consagran dos textos sobre “restricción de la libertad” e “interpretación restrictiva de las normas sobre privación de ella”.

²⁰ Devis Echandía: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Edit. Temis, Bogotá, t. II, 1962, núm. 172.

CAPÍTULO IV

LA LEY PROCESAL Y SU VIGENCIA EN EL TIEMPO Y EL ESPACIO

14. Qué se entiende por ley procesal.

Los autores no están de acuerdo en la delimitación que deba darse a la ley procesal. Unos sostienen que la línea de separación entre la ley sustancial y la procesal está en su contenido (Wach); otros, que es su objeto, ya que a la ley procesal le corresponde regular la tutela judicial de los derechos, y a la sustancial establecer si son o no fundados (Rosenberg y Prieto); otros, que es el aspecto de las exigencias sociales que reglamentan, pues las normas procesales miran más a la forma que al contenido, y de ahí que se llamen formales. La ley procesal puede definirse, en todo caso, así: la que se ocupa en regular el proceso y las relaciones que de él nacen y se deducen (sea civil, penal, contencioso-administrativo, del trabajo o simplemente administrativo como los procedimientos para marcas y patentes o concesiones de aguas). Bien puede suceder que se encuentren tales normas en el Código de Procedimiento, o en el Código Civil, o en el de Comercio, en la Constitución, o en leyes distintas.

15. La ley procesal en el tiempo.

Algunos autores han sostenido la tesis de que las leyes procesales tienen carácter retroactivo y que contra ellas no pueden alegarse derechos adquiridos.

Pero la necesidad de darle estabilidad al orden jurídico, que es también un principio de orden público, se opone a la retroactividad de la ley procesal.

De ahí que siempre que existe un cambio de leyes procesales se encuentren muchas situaciones ya consumadas y otras iniciadas pero en trámite, que venían rigiéndose por las anteriores y que van a continuar necesariamente después de la vigencia de la nueva.

Así, si una ley procesal suprime algunos procedimientos para la actuación de la ley o algunos medios de actuarla, desaparece también el poder jurídico de pedir su aplicación, sin consideración alguna al tiempo en que había nacido el derecho de pedirla. Por ejemplo, la ley que derogó la detención por deudas les suprimió este medio ejecutivo a los acreedores preexistentes, lo mismo sucedería con la ley que derogase el embargo y secuestro preventivos, o un proceso especial. En cambio, si la ley admite nuevas formas de actuación o extiende las ya existentes a casos no aceptados antes, o introduce nuevos medios ejecutivos, como el de darles valor de título ejecutivo a documentos o pruebas que antes no lo tenían, podrían utilizarlos los acreedores anteriores a su vigencia ^{20 bis}.

Bajo la nueva ley caen, según esta doctrina, tanto los presupuestos procesales como las reglas sobre competencia y capacidad, las excepciones procesales, los derechos y deberes de las partes, la forma y los efectos de los actos procesales y las pruebas desde el punto de su admisibilidad y práctica cuando se decretan dentro de la vigencia de la nueva ley; siempre que se trate de procesos en curso, naturalmente, y que tales actos se ejecuten con posterioridad a la nueva ley. Los procesos futuros en su totalidad se rigen por ésta. Pero se exceptúa de lo dicho la "apreciación" de las pruebas, pues ésta se rige por la ley vigente en el momento en que el juez debe apreciarlas, aun cuando su práctica haya ocurrido bajo la vigencia de una ley anterior.

Por lo tanto, si una nueva ley cambia los requisitos de toda demanda, se aplica aun cuando el litigio se refiera a hechos acaecidos antes de su vigencia; y en cambio, no se aplica si el hecho procesal, es decir, la misma demanda, se ha realizado antes que la nueva ley haya comenzado a regir.

Todos los efectos que la norma jurídica atribuye a un acto efectuado bajo su dominio, y únicamente ellos, subsisten, pese al cambio de la ley.

Es decir, la ley procesal debe consagrar este principio: debe aplicarse la norma vigente en el momento en que el respectivo derecho se ejercita; lo que equivale a decir que se aplica la nueva ley a los hechos ocurridos luego de su vigencia, y que la ley aplicable es la del momento en que se hace valer el derecho en el proceso. Se tiene en cuenta no el momento en que nace el derecho, sino el momento en que se lo pone en acción; por ello, si se tenía un derecho procesal de acuerdo con la ley anterior, pero no había sido ejercitado al entrar a regir la nueva, y ésta lo

^{20 bis} Chiovenda: *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, 1922, t. I, ps. 155-165; Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núm. 33.

suprimió, no es posible ya alegarlo en el proceso. E igualmente pueden usarse los procedimientos, recursos y medios nuevos que la ley introdujo, no obstante que en el momento de adquirirse el derecho que se trata de tutelar y aun en el de la iniciación del proceso, no existían, siempre que su ejercicio tenga lugar luego de la vigencia de la nueva ley; y si la nueva ley suprime el derecho a demandar en un caso que consagraba la anterior, pero si durante la vigencia de ésta se formuló una demanda de esta clase, o si la nueva ley hace inaplicable una sentencia o auto que la anterior permitía llevar por este recurso al superior o cambia el efecto de la apelación, pero la apelación había sido interpuesta o la demanda formulada, el proceso debe continuar y la apelación surte efectos.

En materia penal, la aplicación de la nueva ley procesal se rige por iguales principios, la ley que determina la sustancia y ritualidad del proceso se aplicará a partir de su vigencia; pero creemos que las apelaciones y otros recursos ya formulados, los incidentes ya iniciados y los términos, que habrían comenzado a correr, deben seguir su trámite de acuerdo con la ley anterior, a pesar de que la nueva los suprima o cambie el trámite. Pero los beneficios para el imputado y procesado que consagre la ley nueva favorecen a aquéllos aun cuando el momento procesal haya pasado (como excarcelaciones y eliminación de requisitos para obtenerlas); sin embargo, salvo el caso del recurso extraordinario de revisión, las providencias ejecutoriadas no se benefician del nuevo recurso creado.

Para los procesos ya concluidos antes de la nueva ley ningún efecto tiene ésta; y los iniciados después quedan comprendidos íntegramente por sus disposiciones. Pero el recurso extraordinario de revisión o las nuevas causales para éste creados por la ley procesal nueva, siempre que el término para formularlo que esa nueva ley procesal establezca no haya vencido, contándose a partir de la terminación del proceso, se aplican a procesos concluidos antes de regir dicha nueva ley. Esto como consecuencia del principio de la favorabilidad o del *favor rei*, de origen constitucional.

Las leyes que establecen nuevos medios de pruebas, por ser normas procesales y de orden público, tienen aplicación general e inmediata tanto para demostrar los hechos que ocurran luego de su vigencia como los sucedidos con anterioridad ²¹.

²¹ Francisco Ricci: *Pruebas judiciales*, Madrid, cap. I, ps. 41-43; Florian: *Pruebas penales*, ed. italiana, 1942, y ed. española, Bogotá, 1968, t. I, núm. 12; Micheli: *La carga de la prueba*, ed. cit., p. 233; Lessona: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Madrid, 1928, t. I, ps. 41-42.

Sería absurdo sostener que existen derechos adquiridos consistentes en que no se puede demostrar un acto o un hecho jurídico sino por determinados medios probatorios. Pero cuando la prueba es *ad substantiam actus*, sólo rige para los actos posteriores a su vigencia; es decir, un documento exigido para que el acto jurídico extrajudicial, como una compraventa o hipoteca sobre inmuebles tenga existencia o validez sustancial jurídica.

También se aplica a los procesos en curso, en ambas instancias, la nueva ley que varía el sistema de valoración o apreciación de las pruebas y la que dé facultades nuevas al juez para decretar pruebas de oficio.

La nueva ley que modifique la jurisdicción o la competencia se aplica a los procesos en curso, a menos que la misma ley disponga otra cosa ²².

16. La ley procesal en el espacio.

En esta materia rige el principio de la territorialidad de la ley procesal.

Es decir que el proceso se rige por las normas del Estado donde debe tener ocurrencia. Excepcionalmente se admite la ley extranjera para determinar la forma de producción o los requisitos que deben reunir las pruebas que tienen lugar en otros países, y los efectos de algunos actos celebrados en el exterior. Rige para esta materia el principio de la *lex loci actus*, es decir que los medios de prueba se rigen por las leyes del lugar en que se practican o celebran ²³.

Así, se pueden probar los actos celebrados en el exterior por los medios que rigen en el país donde tienen ocurrencia, y si van autenticados los documentos respectivos por un cónsul del país donde cursa el proceso o a falta de éste por el de una nación amiga, se presume que han sido celebrados de acuerdo con las leyes de dicho país. La capacidad de las partes contratantes se regula por su ley nacional; pero la competencia de los jueces y las formas procesales para ejercitar esa capacidad se rigen por la ley del país donde va a adelantarse el proceso.

Es también consecuencia de este principio que las sentencias dictadas en otros países no pueden cumplirse cuando vayan contra el orden público de la nación, y aun en el caso contrario necesitan

²² Tribunal Disciplinario, auto de 6 de agosto 1975.

²³ Florian: ob. cit., t. I, núm. 13; Lessona: ob. cit., t. I, ps. 43 y 45; Micheli: ob. cit., ps. 228-229; Planiol y Ripert: *Tratado de derecho civil*, t. VII, ed. La Habana, 1945, núm. 1431.

de la autorización de los tribunales nacionales para hacerlas valer coactivamente, sin que se pueda distinguir la clase de juez que las haya dictado en el exterior, sea eclesiástico o civil, ni la clase de sentencia (declarativa, constitutiva o de condena); y que los extranjeros estén sometidos a nuestras leyes procesales respecto de los hechos que ejecutan aquí, o que habiendo tenido ocurrencia en el exterior vayan a producir efecto en el país nacional (véanse núms. 26 y 51).

Volveremos sobre esta materia al tratar de la ejecución de las sentencias nacionales y extranjeras (véanse núms. 258 y 259).

CAPÍTULO V

FUNCIÓN JUDICIAL

17. Característica de la función judicial.

La administración de justicia debe ser permanente, general, exclusiva y definitiva, además de imparcial e independiente (véase núm. 11).

Permanente, puesto que la existencia de los conflictos entre particulares o entre éstos y el Estado es continua y no dejará de presentarse jamás.

General, porque todo titular de derecho, es decir, toda persona natural o jurídica, está en posibilidad permanente de necesitar la tutela del Estado, y de este modo, por una parte, para todas las extranjeras y nacionales, deben estar abiertas las puertas de la justicia, y, por otra, pesa sobre ellas la obligación de someterse a sus decisiones.

Exclusiva, porque no solamente los particulares no pueden constituirse en jueces, salvo los casos en que por virtud de la ley adquieren cierto carácter especial, como sucede a los árbitros y jurados, sino que es ésta una función fundamental del Estado, ejercida por éste como una emanación de la soberanía nacional.

Definitiva, porque las decisiones pronunciadas por los funcionarios competentes deben quedar libres de toda revisión o discusión futura, es decir que deben tener fuerza obligatoria indefinida, una vez agotados o precluidos los recursos que la ley procesal consagre, salvo que por causas excepcionales y taxativamente enunciadas por la ley se pueda revisar la sentencia, como ocurre con el recurso extraordinario de revisión y cuando se establece que puede modificarse la sentencia ejecutoriada por otro proceso, o sea que le niega a aquélla la fuerza o efecto de cosa juzgada.

18. Cómo se realiza la función judicial.

La función del juez en la aplicación del derecho se realiza de tres maneras diferentes, a saber: a) interviniendo para desatar

un conflicto de pretensiones jurídicas sometidas a su decisión (en lo civil, laboral y contencioso-administrativo), o para resolver el conflicto social creado con la ocurrencia de hechos ilícitos constitutivos de delitos o contravenciones (en materia penal), mediante procesos de jurisdicción contenciosa; b) pronunciando la declaración que una persona interesada le ha solicitado y sin que ello entrañe conflicto por desatar contra otra, o bien actuando para investir de legalidad ciertos actos (procesos de jurisdicción voluntaria), y c) realizando la ejecución forzosa o coactiva de un hecho (procesos contenciosos de ejecución).

Ejercen también los jueces otras funciones que pueden calificarse como administrativas, relacionadas, claro está, con la administración de justicia, como el nombramiento de otros funcionarios judiciales, nombramiento de los empleados subalternos de los tribunales o juzgados, reglamentación del trabajo interno de sus dependencias, y otras similares.

19. Importancia de la función del juez en la vida del derecho.

Hoy día nadie discute el gran valor de la jurisprudencia y no es posible negarle el carácter de verdadera fuente formal del derecho positivo.

La misión del juez tiene aspectos distintos:

a) Aplicar la ley general a los casos particulares, o sea, individualizar la norma abstracta;

b) Interpretar el contenido de la ley, haciéndola evolucionar para adaptarla a las nuevas circunstancias sociales y políticas que la inevitable evolución histórica vaya presentando; es decir, interpretación dinámica y no estática.

c) Crear una norma cuando no encuentre disposición en la ley ni en la costumbre y necesite resolver una controversia determinada, ya que no puede abstenerse de fallar so pretexto de no existir norma para el caso. Pero nunca normas penales sustanciales.

En el último caso el juez crea una norma nueva; pero téngase presente que no lo hace nunca en su nombre. Él necesita salvar la autoridad moral del derecho consagrado y por eso coloca sus innovaciones bajo el mandato de la ley o de la costumbre o de las reglas generales del derecho, cubriéndolas con el sello de la legalidad.

También, el juez llena los vacíos procesales con las normas análogas vigentes para casos análogos, e igualmente los vacíos de leyes sustanciales no penales.

Pero así como no debe considerarse al juez como un siervo de la ley, imposibilitado para darle vida y crear normas de derecho por vía jurisdiccional, tampoco es posible admitir la noción del juez omnipotente y con poderes ilimitados para darle a los asuntos llevados a su estudio la solución que libremente quiera escoger ²⁴.

No puede el juez romper abiertamente con la ley y dedicarse a crear un sistema legislativo propio. Pero al interpretar la ley científicamente, el juez puede darle la vida que en su simple texto no aparece, y llevarla a producir un resultado justo en ese momento histórico, pues éste debe ser el fin de toda sentencia.

La solución justa no debe buscarse solamente en el texto escueto de la ley, sino también en los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico positivo de cada país. Así, sin independizarse de la ley puede el juez contribuir a la creación de normas positivas, como una fecunda fuente de derecho en constante evolución.

La aplicación de los principios generales constitucionales, sustanciales y procesales, es un buen criterio para su trascendental función.

20. Interpretación de la ley procesal.

Se infiere de lo dicho en el número anterior que al interpretar la ley no es posible aferrarse a las palabras ni al sentido literal, ni a la intención primitiva del legislador, como única manera de conocer el derecho contenido en las normas escritas. Lo que debe perseguirse es el conocimiento del contenido jurídico que se encierra en la ley, de acuerdo con las circunstancias de toda índole que existen en el momento de aplicarla en el respectivo medio social y desentrañando su verdadera finalidad, que es la realización del derecho material en el caso concreto.

La ley 153 de 1887 en sus arts. 4º y 5º trae dos normas muy importantes de interpretación: "Los principios generales del derecho y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos y la doctrina constitucional y la equidad natural servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes".

Los principios anteriores son aplicables en la interpretación general de la ley, cualquiera que sea su naturaleza, material o

²⁴ Couture: *Estudios*, ed. cit., t. 1, p. 79; Cappelletti: *Proceso e ideología*, ed. cit., ps. 3-35.

procesal. "Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial; las dudas que surjan en la interpretación de sus normas deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.

Pero, además de éstas, existen normas especiales. Así, debe tenerse en cuenta que por su carácter formal y por estar constituido en gran parte por normas que organizan, reglamentan y limitan la función jurisdiccional del Estado y su ejercicio por funcionarios especiales, la obra del intérprete está más restringida cuando se trata de las normas que establecen los diversos tribunales jueces, las instancias, las jurisdicciones, la competencia, muchas de las cuales forman parte también del derecho constitucional. En cambio, las que regulan las actuaciones de las partes, la procedencia de sus recursos, sus derechos, obligaciones y cargas procesales, otorgan un campo más fecundo para la labor del intérprete.

La fuente de normas especiales y propias para la interpretación de la ley procesal está en este conjunto de principios fundamentales del derecho procesal y del procedimiento, que estudiamos en el Cap. III y los especiales de la prueba judicial.

Cuando se interpreta la ley procesal es imposible dejar de lado esos principios fundamentales que conforman en cada país el derecho procesal y menos los que tienen ya un alcance universal, ni los principios constitucionales que sirven de fuente a aquéllos ²⁵.

Otro principio es el de analogía, que opera también en el campo del derecho material. Según estas disposiciones, para los casos en que exista vacío en la ley procesal se debe recurrir, en primer término, a la analogía, y si ello no diere resultado, a los principios constitucionales y a los generales del derecho procesal y a la equidad.

Pero debe tenerse en cuenta que el caso análogo no es el caso idéntico, sino el semejante, el que tiene algo de común, como la simple lógica enseña, y es, por lo tanto, una noción comparativa. Es difícil saber cuándo la diferencia sobrepasa la analogía, para hacer de ellos dos casos distintos; en eso consiste la labor del intérprete.

²⁵ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núm. 37; Ugo Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. I, ps. 196-206.

Lo importante es tener en cuenta cuál es la *razón jurídica* de la norma que se trata de aplicar por analogía y cuál debe ser la razón o principio jurídico que debe regular el caso no contemplado por el legislador. Es decir, si ese principio se encuentra consagrado en alguna norma, tendremos que éste le es aplicable por analogía al caso no regulado. Existe entonces *eadem ratio*.

Y no deben olvidar los jueces este principio fundamental: el proceso debe dar a los interesados todo aquello y sólo aquello que tienen derecho a conseguir; de ahí que deben usar con la máxima eficiencia las amplias facultades para dirigir e impulsar el proceso y para decretar pruebas de oficio, y la libertad para valorar las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, pues sólo así podrán hacer efectivo y real en cada proceso dicho principio; y su uso es un deber del juez, siempre que pueda ser útil para verificar la verdad de los hechos, obtener la igualdad de las partes e impedir fraudes, colusiones, actos de mala fe y otros atentados contra la dignidad de la justicia a los procesos penales, laborales, contencioso-administrativos, etc.

CAPÍTULO VI

LA JURISDICCIÓN

21. Qué se entiende por jurisdicción y cuál es su fin.

La jurisdicción, en un *sentido amplio*, mira a la función de fuente formal del derecho, y entonces se tiene que la ley, la costumbre y la jurisprudencia son manifestaciones de ella. Por lo tanto, no debe ni puede confundirse la jurisdicción, en su sentido general, y el proceso; porque no solamente declara el derecho el juez al decidir en un proceso, sino que también lo hace el legislador al dictar la ley y el gobierno cuando promulga un decreto con fuerza de ley.

En *sentido estricto*, por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial. Tiene por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz sociales; el fin de la jurisdicción se confunde con el del proceso en general, pero éste contempla casos determinados y aquélla todos en general

²⁶

Por lo tanto, es la potestad de administrar justicia, función de uno de los órganos del Estado, y ella emerge de su soberanía, como lo consagran las constituciones.

Ejercen permanentemente la facultad de administrar justicia los funcionarios judiciales, de acuerdo con la Constitución y las leyes; que en casos especiales se ejerce por el Congreso y por funcionarios administrativos (alcaldes, inspectores de policía, funcionarios que atienden los problemas de aguas públicas, baldíos y otros); los jurados y los árbitros ejercen ocasionalmente funciones jurisdiccionales.

²⁶ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso* (1945-1972), México, 1974, t. I, ps. 29-114.

A la palabra jurisdicción se le dan a menudo diversos significados jurídicos, y así se usa como sinónima de competencia, lo cual es un error; en ciertas ocasiones se la emplea para indicar el conjunto de poderes o atribuciones de un órgano del poder público, bien sea el legislativo, el ejecutivo o el judicial; se la usa también para precisar el ámbito territorial en donde el Estado ejerce su soberanía o el territorio en que el juez cumple sus funciones; y finalmente, en un sentido objetivo se dice que es el conjunto de asuntos sometidos al conocimiento del juez. Estas acepciones son impropias y erradas, especialmente la primera y la última.

Tampoco debe confundirse la jurisdicción con las funciones de los jueces, porque algunas de éstas son administrativas y no jurisdiccionales, como la de nombrar empleados, reglamentar sus funciones en lo que la ley no lo haga, cobrar sus sueldos, cumplir el horario de trabajo, nombrar otros jueces, elaborar listas de personas que pueden ser nombradas, y otros. El fin principal de la función jurisdiccional es satisfacer el interés público del Estado en la realización del derecho y la garantía del orden jurídico y de la vida, la dignidad y la libertad individual, en los casos concretos y mediante decisiones que obliguen a las partes del respectivo proceso, para que haya paz y armonía social; su fin secundario es satisfacer el interés privado en la composición de los litigios y en el juzgamiento de quienes resulten imputados de ilícitos penales, mediante el proceso, o en obtener el fin concreto especial que los interesados persigan con éste (porque no siempre existe litigio en el proceso).

22. Características y elementos de la jurisdicción.

La jurisdicción es *autónoma*, puesto que cada Estado la ejerce soberanamente, y es *exclusiva*, tanto en el sentido de que los particulares no pueden ejercerla, como porque cada Estado la aplica con prescindencia y exclusión de los otros, y debe ser *independiente* frente a los otros órganos del Estado y a los particulares. Es también *única*, es decir que *sólo existe una jurisdicción del Estado*, como función, derecho y deber de éste; pero suele hablarse de sus varias ramas para indicar la forma como la ley distribuye su ejercicio entre diversos órganos y funcionarios especializados, para el mejor cumplimiento de sus fines.

El *elemento subjetivo* (funcionarios que ejerzan la función) no es bastante para precisar la verdadera naturaleza de la jurisdicción. Y es necesario distinguirla de las funciones administrativas y legislativas en cuanto a su contenido, fines y características

(véanse núms. 47, 48). Por consiguiente, al lado del elemento subjetivo tenemos que colocar los elementos formal, material y funcional para que la noción del acto jurisdiccional quede completa ²⁷.

El *elemento subjetivo* comprende, además del juez o magistrado, a las partes y a los terceros que intervienen en el proceso ya formado. Por este aspecto se diferencia de las actividades de la administración encaminadas a desatar conflictos, en las cuales no interviene un juez, como sucede en asuntos de aguas y bosques públicos, baldíos, marcas y patentes, transportes, y en algunos puntos relacionados con el control de sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros y otras, a través de las respectivas superintendencias. Pero sin que esto sólo delimite las características de esos actos administrativos y las de los jurisdiccionales.

El *elemento formal* lo constituye el procedimiento que se ha de seguir, las normas contenidas en los respectivos códigos procesales (civil, laboral, penal, militar, contencioso-administrativo y fiscal). Pero también la administración está sujeta a un procedimiento para conocer, estudiar y resolver las peticiones que se formulen, con recursos e impugnaciones, términos y formalidades; de ahí que la sola existencia de un procedimiento no sirva para distinguir las dos funciones.

El *elemento material* o contenido de la jurisdicción se presta a controversias, porque concierne a los fines del proceso y de sus funciones, respecto a los cuales existen muchas discrepancias (véanse núms. 70 a 72).

23. Definición.

Desde un punto de vista funcional y general, pero en sentido estricto, podemos definir la jurisdicción como la *soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humanas, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar y sancionar los delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias.*

²⁷ Couture: *Fundamentos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1958, ps. 31 y 36; Rosenberg: *Tratado*, ed. cit., t. I, p. 45; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. I, ps. 46-57; Redenti: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, ps. 6 y 9.

De esta manera se comprenden todos los elementos de la noción. Se establece el fin de la jurisdicción en su doble aspecto: principal y secundario; se precisa su ejercicio para casos particulares, puesto que los jueces no pueden proveer por vía general; se les señala que deben actuar a través del procedimiento y no de manera caprichosa, como una garantía importante para la libertad y la seguridad de las personas, y por último se precisa el carácter obligatorio de las decisiones judiciales.

24. Naturaleza. La jurisdicción como derecho subjetivo público y como obligación del Estado.

De lo expuesto se deduce que así como el Estado *tiene la obligación* de actuar mediante su órgano jurisdiccional para la realización o la certeza de los derechos y para la tutela del orden jurídico, cuando el particular o una entidad pública se lo solicita con las formalidades legales, *o cuando ocurre un hecho ilícito penal*, así también el Estado *tiene el poder* de someter a su jurisdicción a quienes necesiten obtener la composición de un litigio o la realización de un derecho *o hayan incurrido en un ilícito penal*. De ahí que la jurisdicción pueda ser considerada por un doble aspecto: *a)* como un derecho público del Estado y su correlativa obligación para los particulares, y *b)* como una obligación jurídica del derecho público del Estado de prestar sus servicios para esos fines, de la cual se deduce el derecho subjetivo público de toda persona de recurrir ante él, a fin de poner en movimiento su jurisdicción mediante el ejercicio de la acción, para que se tramite un proceso²⁸ o se adelante la investigación previa o sumarial por un juez.

Esa obligación del Estado se encuentra consagrada directamente por la norma legislativa o el derecho objetivo que la regula y delimita, y de ahí que la misma ley sancione al juez que con cualquier pretexto deniegue justicia. "Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia". Luego incurren en ese ilícito, con mayor razón, si lo rehúsan por cualquier otro pretexto.

El derecho subjetivo de jurisdicción del Estado tiene su fundamento en su soberanía, que es su causa última. *El sujeto activo*

²⁸ Ugo Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. I, ps. 235-302; Redenti: ob. cit., t. I, p. 10; Couture: *Fundamentos*, ed. cit., ps. 40-44. El Tribunal Disciplinario puso de presente que la jurisdicción es un conjunto de poderes o facultades y de deberes, en auto del 16 de mayo de 1975.

es el Estado, que tiene poder supremo dentro de su territorio, con capacidad de querer y de obrar como un todo único, para la consecución de sus fines, que son el bien e interés colectivos y a los cuales deben estar sometidos los intereses individuales. *Sujetos pasivos* de este derecho son la totalidad de los súbditos, inclusive aquellos que lo sean transitoriamente, como los extranjeros que vivan en su territorio, y los que de paso por él pretendan deducir algún interés o realizar un derecho, porque la simple permanencia de hecho en el territorio es suficiente para soportar esa obligación. La obligación surgida de ello es negativa, en cuanto significa someterse a la jurisdicción del Estado, respetando así el derecho de éste para resolver el litigio, o dar certeza jurídica al derecho mediante el sistema procesal, absteniéndose de intentar hacerse justicia por su propia mano; pero si se considera la jurisdicción por su primer aspecto, esto es, como un derecho del Estado, corresponde al particular como tal la obligación o deber jurídico positivo de obrar de conformidad con las normas del derecho procesal objetivo que regulan el ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado.

Para nosotros, la doctrina del derecho subjetivo público, que se complementa con la noción de la jurisdicción como deber jurídico del Estado, expuesta tan admirablemente por Ugo Rocco en su *Tratado*, es la acertada y técnica.

25. Poderes que emanan de la jurisdicción.

En el desempeño de sus funciones, las autoridades encargadas de ejercer la jurisdicción en sentido estricto (jueces y magistrados) están investidas, por razón de ella, de ciertos poderes, que pueden comprenderse en cuatro grupos.

a) Poder de decisión.

Por medio de este poder dirimen con fuerza obligatoria la controversia, o hacen o niegan la declaración solicitada, o resuelven sobre la existencia del hecho ilícito penal y de la responsabilidad del sindicado o imputado, cuyos efectos en materia contenciosa vienen a constituir el principio de la cosa juzgada.

b) Poder de coerción.

Con éste se procuran los elementos necesarios para su decisión (oficiosamente o a solicitud de parte, según sea el caso), removiendo los obstáculos que se oponen al cumplimiento de su

misión. Sin este poder, el proceso perdería su eficacia y la función judicial se reduciría a mínima proporción. En virtud de él, los jueces pueden imponer sanción a los testigos que se nieguen a rendir declaración o a quienes se opongan al cumplimiento de sus diligencias; pueden también sancionar con arresto a quienes les falten al respeto en su condición de jueces y expulsar del despacho a las personas que entorpezcan su trabajo; y pueden, finalmente, emplear la fuerza pública para imponer a los rebeldes una orden de allanamiento y para practicar un embargo y secuestro o para conducir a su presencia al imputado o sindicado y al testigo desobediente. A veces la coerción consiste en ciertas consecuencias jurídicas adversas, como la declaración de confeso cuando la parte no concurre a interrogatorio en un proceso civil, o se niega a exhibir un documento y el tener la conducta de la parte como un indicio en otros casos.

c) Poder de documentación o investigación.

O sea, decretar y practicar pruebas, que en ocasiones va unido al anterior, como sucede en las inspecciones o reconocimientos judiciales cuando hay oposición de hecho. De este poder pueden usar los jueces de oficio en materia penal y generalmente y también en los modernos procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y civiles, según vimos al estudiar la aplicación del principio inquisitivo (véase núm. 12, punto I). Ejemplos de ello son la exhibición de documentos y de objetos muebles, autorizada por las leyes procesales; la citación de testigos, la orden a las partes para comparecer a interrogatorio oficioso, o por solicitud de otra parte, y la orden para comparecer a indagatoria o declaración como imputado en la investigación penal.

d) Poder de ejecución.

Se relaciona con el de coerción, pero tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de coacción y aun de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el proceso, sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que éste se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley le asigne ese mérito. Cuando se trata de lo primero, se refiere al poder de ejecutar lo juzgado y de hacer cumplir sus decisiones, que es el *imperium* de la concepción clásica. Es indispensable, porque de nada serviría el proceso si obedecer lo resuelto dependiera de la buena voluntad del obligado (véanse núms. 4, 5 y 25).

Las resoluciones judiciales se deben cumplir una vez ejecutoriadas o en firme, salvo que en ellas se determine un plazo especial para hacerlo. Si se hace así, se tiene el caso de la ejecución voluntaria; pero si el deudor se niega a obedecerlas, el interesado recurre a los jueces para que por medio de la fuerza, si es necesario, impongan su cumplimiento, lo que puede obtenerse ante el mismo juez que conoció del proceso de condena en la primera instancia (C. de P. C. colombiano, arts. 335 a 337) o mediante un proceso distinto y por un juez diferente del que las dictó, cuando corresponda conocer del caso al funcionario a quien señalen las reglas comunes sobre competencias. Hay veces en que se necesita solamente entregar algún bien y entonces la ejecución de la sentencia toca al juez o tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia.

En lo penal, la ejecución de la sentencia se lleva a cabo por las autoridades administrativas encargadas del régimen carcelario y de instituciones de rehabilitación y de tratamiento de anormales.

26. Unidad de jurisdicción y su clasificación.

Si la jurisdicción es por un aspecto, la soberanía del Estado aplicada a la función de administrar justicia y, por otro lado, el derecho subjetivo del Estado a someter los intereses particulares al interés público en la realización del derecho objetivo mediante el proceso, es claro que cualesquiera que sea la materia a que se aplique, las personas que sean partes en el proceso y la clase de litigio o de problema que requiere su intervención, se tratará siempre de la misma función y del mismo derecho. En síntesis, conceptualmente la jurisdicción es una, y esta unidad emana de su naturaleza.

Por consiguiente, el órgano jurisdiccional del Estado es también uno solo y a él pertenecen todos los funcionarios encargados de administrar justicia (ramas civil, penal, laboral, contencioso-administrativa, aduanera, de la justicia militar, constitucional y disciplinaria).

La jurisdicción no está dividida. En sentido estricto, sólo existe una jurisdicción; pero se pueden distinguir en ella diversos aspectos, y así es usual hacer dos clasificaciones: 1ª) según la naturaleza del acto o asunto sobre que se ejerza; 2ª) según la naturaleza del servicio que se presta.

1ª) Por el primer aspecto se contempla la organización que se da en cada país a la administración de justicia, para una mejor y más adecuada prestación del servicio. Por este aspecto, se tiene

que en relación con la naturaleza del acto o asunto sobre el cual versa, la jurisdicción se clasifica de conformidad con las diferentes ramas del derecho material o sustancial (del trabajo, contencioso-administrativa, fiscal, comercial, penal ordinaria y militar, civil, aduanera, constitucional, disciplinaria). En este sentido puede decirse que existen tantas jurisdicciones cuantas ramas del órgano jurisdiccional del Estado haya, en forma independiente, aun cuando exista entre ellas colaboración más o menos acentuada.

2ª) Por el segundo aspecto, la doctrina y la legislación han distinguido la jurisdicción según el servicio que preste o el fin que persiga con su actividad. En este sentido se habla de jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, temas que estudiaremos en los números siguientes.

27. Jurisdicción voluntaria y contenciosa. Diversas doctrinas.

Limitándonos ahora a la clasificación de la jurisdicción civil, laboral y contencioso-administrativa, tenemos, en primer término, la distinción entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa.

a) Jurisdicción contenciosa.

Se dice que la jurisdicción contenciosa se ejercita entre personas que requieren la intervención del órgano jurisdiccional a fin de que desate una controversia o litigio existente entre ellas, sobre el cual no han podido llegar a un acuerdo, es decir que ella se ejercita *inter nolentes*, *inter invitos* o *adversus volentes*. Pero pueden existir procesos contenciosos sin que haya en realidad litigio entre dos o más personas, porque aunque una figure como demandante y otra como demandada, ambas quieren que la sentencia haga la misma declaración (por ejemplo: que declare el divorcio o la nulidad del matrimonio, o la separación de bienes, o la filiación extramatrimonial del hijo de una persona muerta); por lo tanto, basta que deba hacerse una declaración judicial pedida por una persona frente a otra y para vincular u obligar a ésta, para que se trate de un asunto de jurisdicción contenciosa.

b) Jurisdicción voluntaria.

En cambio, la jurisdicción voluntaria se ejercita a solicitud de una persona que necesita darle legalidad a una actuación o certeza a un derecho, o por varias pero sin que exista desacuerdo

entre ellas al hacer tal solicitud y sin que se pretenda vincular u obligar a otra persona con la declaración que haga la sentencia; es decir que se ejercita *inter volentes o pro volentibus*.

La doctrina no ha podido llegar a un acuerdo sobre este tema. En realidad, el error ha consistido en tener conceptos exhaustivos y excluyentes y en incluir en esta jurisdicción asuntos que en verdad son puramente administrativos²⁹.

Para nosotros es incuestionable que no son factores definitivos de la diferencia entre las dos jurisdicciones: ni el carácter constitutivo de las sentencias de la voluntaria (Wach y Chioven-da), porque todos los procesos contenciosos de declaración constitutiva establecen o modifican o desarrollan relaciones jurídicas (procesos de estado civil, nulidad del matrimonio, divorcio o separación de cuerpos o bienes, etc.); ni la fuerza obligatoria de las decisiones, por cuanto es común a ambas, ya que las sentencias y decisiones interlocutorias de la voluntaria se pueden hacer cumplir coactivamente, aun cuando no sean títulos ejecutivos (entrega de bienes, secuestros, depósitos de personas); ni el carácter preventivo de la voluntaria (Carnelutti), porque lo tienen varios procesos cautelares contenciosos (separación de bienes y cuerpos entre cónyuges, posesorios de perturbación y para demolición de edificación en ruina, de interdicción del incapaz por disipación), y porque algunos voluntarios, como el de sucesión por causa de muerte, no tienen propiamente un carácter cautelar y sirven para legalizar la tradición del patrimonio del causante a los herederos; mucho menos puede decirse que hay jurisdicción voluntaria cuando es libre recurrir o no al proceso, porque la ley exige hacerlo para muchos fines, y entonces es una necesidad y obligación recurrir a la intervención del Estado (sólo en casos como el de licencias para vender inmuebles de incapaces puede decirse que haya tal libertad en cuanto que puede prescindirse de la venta, pero si se desea ésta es obligatorio el proceso).

No nos parece admisible la tesis de Rocco, según la cual en la jurisdicción voluntaria el acto jurídico conserva su calidad de declaración privada de voluntad, como quiera que es necesaria la

²⁹ Carnelutti: *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, 1959, t. I, núms. 18 y 23; *Sistema*, ed. cit., t. I, p. 279; Ugo Rocco, ob. cit., t. I, ps. 117-118; Redenti: ob. cit., t. I, ps. 9-11 y 29-30; Rosenberg: *Tratado*, ed. cit., t. I, ps. 73-79; Jaime Guasp: *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 1637-1647; Manuel de la Plaza: *Derecho procesal civil*, Madrid, ed. cit., ps. 130-141; Actas del III Congreso Internacional de Derecho Procesal, Venecia, 1969, ps. 233-662; Angelo Januzzi: *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1969; Elio Fazzalari: *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953; Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso* (1945-1972), México, 1974, t. I, ps. 115-238.

sentencia para la obtención de los fines jurídicos previstos en la ley y entonces no puede ser un acto privado, sino público. Además, podría añadirse que en algunos procesos contenciosos, como en los de divorcio, los de nulidad del matrimonio, los de separación de bienes, el Estado agrega sólo el elemento extrínseco de su declaración, por medio de la sentencia, a fin de que la voluntad privada produzca todos sus efectos jurídicos, si ambos cónyuges buscan como finalidad el mismo resultado. Y nos parece que la actuación del derecho objetivo no es función exclusiva del proceso contencioso, sino que lo es también del voluntario y que no otra cosa sucede cuando en una sentencia de esta clase hacen surtir los efectos jurídicos pretendidos.

La intervención del juez en la jurisdicción voluntaria se hace para llenar la formalidad exigida por la ley con el objeto de precisar o verificar la existencia de relaciones jurídicas, o para el efecto de reglamentar el ejercicio de facultades o derechos o de que éstos puedan producir todos sus efectos jurídicos allí donde la voluntad de los particulares, abandonada a sí misma, sería impotente, inepta, inadecuada, o serviría de instrumento para perjudicar a los débiles o incapaces o para llegar a resultados contrarios al derecho.

Es decir, existen procesos contenciosos sin litigio, cuando ambas partes desean el mismo resultado y lejos de haber oposición a las peticiones de la demanda, el demandado las coadyuva o acepta, y voluntarios que pueden servir para dar solución a controversias previas entre los interesados. Pero en aquéllos existirá siempre parte demandada, al paso que en éstos no la habrá y en los primeros se pretende obligar a ese demandado con las declaraciones que se hagan en la sentencia.

Puede suceder que después de iniciado el proceso de jurisdicción voluntaria surjan conflictos de intereses, controversias e inclusive pretensiones excluyentes de unos para con otros, como ocurre en la designación de tutor o en una licencia. Al menos en Colombia, en estos casos el proceso de jurisdicción voluntaria no pierde su calidad de tal, pero las decisiones en él adoptadas no configuran cosa juzgada y algunas controversias no reciben decisión allí sino que son remitidas a proceso contencioso. Por lo tanto, en Colombia lo importante es la situación inicial y la manera como se la presenta al juez (ya sea como simple declaración respecto al peticionario, o como una decisión de litigio entre éste y un demandado o al menos para que vincule y obligue a éste). Pero hay una excepción: la sucesión por muerte, que es proceso voluntario, se convierte en contencioso si se objeta la participación.

Ninguna sentencia de proceso de jurisdicción voluntaria tiene fuerza de cosa juzgada y, en consecuencia, pueden ser revisadas

en proceso ordinario unas veces, y otras por medio del mismo procedimiento. En cambio, las que dicten en procesos contenciosos tienen esa calidad, excepto cuando sean inhibitorias y no resuelvan en el fondo. Las que se someten a principios *rebus sic stantibus* (como las de alimentos), pueden ser revisadas cuando cambien las circunstancias, pero entonces no se trata de verdadera excepción al principio de la cosa juzgada, porque se trata de resolver sobre una nueva situación fáctica (véase núm. 290).

Entendida la jurisdicción voluntaria como actividad especial de funcionarios jurisdiccionales, para los fines expuestos, nos parece indudable que es una verdadera jurisdicción, tal como ocurre en Colombia.

Resumiendo nuestro concepto, tenemos que las diferencias entre las dos jurisdicciones son:

a) *Por la posición que las partes ocupan en la relación jurídica procesal*, pues al paso que en la voluntaria los interesados que inician el proceso persiguen determinados efectos jurídicos materiales para ellos mismos, en la contenciosa los demandantes buscan también producir efectos sustanciales obligatorios y vinculantes para determinados demandados.

b) *Por la posición del juez, al dictar sentencia*, pues mientras en la contenciosa el juez decide entre los litigantes (*inter volentes o pro volentibus*); sin que esto signifique que en la contenciosa el fallo deba ser siempre a favor de una parte y en contra de otras, porque puede haber acuerdo en sus resultados.

c) *Por los sujetos de la relación jurídica procesal*, pues en el proceso de jurisdicción voluntaria no existe demandado, sino simple interesado peticionario, al paso que en el contencioso existe siempre un demandado; además, sólo en sentido amplio se puede denominar demandante a aquél.

d) *Por el contenido de la relación jurídica procesal al iniciarse el proceso*, porque en la voluntaria se persigue darle certeza o precisión a un derecho o legalidad a un acto, o ciertos efectos jurídicos materiales, sin presentarle al juez inicialmente ninguna controversia ni litigio para su solución en la sentencia, ni siquiera pedirle una declaración contra otra persona, y en la contenciosa, por el contrario, inicialmente se le está pidiendo la solución de un litigio con el demandado, o al menos una declaración que vincule y obligue a éste.

e) *Por los efectos de la sentencia*, porque en la contenciosa lo normal es que tenga el valor de cosa juzgada, si decide en el fondo, al paso que en la voluntaria jamás constituye cosa juzgada.

28. Jurisdicción ordinaria o común y jurisdicciones especiales.

La jurisdicción también se clasifica, de acuerdo con las varias ramas de la organización judicial existentes en cada país, en ordinaria y especial. Inicialmente fueron unos mismos los jueces a quienes se les encargó la administración de justicia en toda clase de casos y materias; existía entonces una sola clase de jurisdicción, que se denominaba *fuero común*. Pero la complejidad de las relaciones sociales obligó a diversificar el derecho sustancial que debía armonizarlas, y así fue como aparecieron la rama civil y la penal, luego vinieron la comercial, la administrativa, la laboral, la militar, la fiscal, la constitucional, etc.; posteriormente y ante las muy diversas situaciones que en varias ramas del derecho material se presentaron y cuyo estudio requería normas, principios y criterios diversos, se organizaron procedimientos especiales y ramas de la jurisdicción.

Y así surgió la clasificación de la jurisdicción, según el número de organizaciones judiciales paralelas, que hoy existen en cada país. Por ejemplo, tenemos la jurisdicción civil, la penal, la laboral, la militar, la de aduanas, la fiscal, la eclesiástica y la contencioso-administrativa, la constitucional y la disciplinaria.

A la jurisdicción ordinaria o común (civil, laboral y penal) corresponde conocer de todos los asuntos de su respectiva naturaleza que la ley no asigna a una especial.

En consecuencia, por jurisdicción ordinaria o común debemos entender, en sentido amplio, la que es ejercida por jueces y tribunales ordinarios (civiles, penales y laborales), los cuales son: la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores seccionales, y los jueces. Y por jurisdicción especial, la que corresponde a jueces y tribunales diferentes, como la contencioso-administrativa, la eclesiástica, la penal militar, la de aduana, la fiscal, la disciplinaria y la constitucional.

Dentro de la jurisdicción ordinaria o común deben distinguirse tres ramas: la jurisdicción laboral, la civil y la penal.

Para el juzgamiento de los ilícitos penales de personas menores de 18 años, lo mismo que para problemas de alimentos, guardas, adopciones y patria potestad de esos menores, existen "jueces de menores", que constituyen, en cuanto a la primera o única instancia, una especie de rama especial de las jurisdicciones penal y civil. Si prospera el proyecto de jueces especiales de familia, existirá esta otra rama de la jurisdicción civil y desaparecerá la civil especial de menores.

29. Jurisdicción civil.

Corresponden a la jurisdicción civil todos aquellos asuntos que por expresa disposición de la ley no deben ir al conocimiento de la laboral o penal o de alguna especial. Es ésta la jurisdicción común u ordinaria en sentido restringido. Los asuntos de que conoce y la distribución de los mismos a diversa clase de funcionarios, será materia de capítulo aparte (véase cap. IX).

30. Jurisdicción penal. Diferencias con la civil.

La materia de esta jurisdicción está adscrita, en general, a jueces especiales y a salas separadas de los tribunales superiores y de la Corte.

Hasta principios del presente siglo y desde finales del XVIII, existieron muchas diferencias entre las funciones de los jueces en las jurisdicciones civil y penal, lo mismo que en los principios que las orientaban. Pero en el derecho contemporáneo son ya muy contadas esas diferencias, como lo vimos en los capítulos II y III.

Según el concepto que puede llamarse clásico, la diferencia consistía en la naturaleza pública o privada del interés protegido por la norma penal o civil, de la cual respectivamente se deducía el carácter inquisitivo de la penal (tanto en su iniciación como en materia de pruebas) y el dispositivo de la civil (en ambos aspectos). La jurisdicción civil era considerada como asunto de interés particular y el proceso civil como cuestión de interés privado; en cambio, a la jurisdicción penal se la consideraba como asunto de interés público, lo mismo que al proceso penal: era cuestión de defensa de la sociedad contra el crimen. Inclusive se creía en una dualidad verdadera de jurisdicciones.

Pero el derecho moderno rechaza totalmente esa antigua concepción. La jurisdicción es considerada hoy como única y se habla sólo de sus distintas manifestaciones y de su clasificación correspondiente; se la califica de función pública, exclusiva, de interés general, cualquiera que sea la rama que se contemple; al proceso se le asigna un fin también de interés público, sea penal o civil o laboral o contencioso-administrativo, etc. Por lo tanto, la distinción en cuanto al interés protegido y a los fines perseguidos es hoy inadmisibles.

Consideramos que la diferencia sustancial entre las dos jurisdicciones surge tanto del *fin secundario como del medio*. La civil persigue como fin secundario la realización de los múltiples derechos otorgados a particulares o entidades públicas y privadas, por el derecho objetivo (véanse núms. 2 y 72); la penal realiza el

derecho subjetivo que tiene el Estado de imponer penas y medidas de seguridad en la lucha contra el crimen y garantiza la libertad, lo cual sí constituye una diferencia verdadera, aun cuando en Colombia se le reste importancia por el hecho de admitirse la regulación del daño y la condena a su pago, dentro del proceso penal ³⁰.

En cuanto hace a la diferencia nacida por razón del medio, se tiene que en lo civil el usado para lograr restablecer el derecho subjetivo conculcado, es el resarcimiento económico adecuado o simplemente la declaración para el logro de sus efectos jurídicos o la satisfacción del derecho (según se trate de proceso puramente declarativo, de condena, de declaración constitutiva, o ejecutivo); en tanto que en la penal se utilizan generalmente medidas coercitivas que afectan la libertad o la vida o representan sufrimientos físicos (aun cuando secundariamente pueda imponerse la condena a resarcir el perjuicio civil); pero en ocasiones la pena consiste en una multa.

Es necesario tener en cuenta que entre las funciones de las dos jurisdicciones surgen interferencias y que muy a menudo un mismo hecho puede ser materia tanto de una infracción penal como de un litigio civil; entonces se presentan los problemas de prejudicialidad que estudiaremos más adelante (véanse núms. 286 y 296).

31. Jurisdicción laboral.

Para la solución de los conflictos surgidos en las relaciones laborales, que requieren un criterio propio por tratarse de asuntos de interés social general y por la desigualdad económica, de cultura y de medios de defensa, que existe entre las partes, se ha organizado la justicia laboral.

Esta jurisdicción se orientaba antes por principios distintos de la civil en gran parte, especialmente en cuanto se otorgaban al juez mayores facultades inquisitivas para procurar el esclare-

³⁰ Alfredo Vélez Mariconde: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1969, t. II, ps. 122-126; Jorge Clariá Olmedo: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1960, t. I, núms. 208-234; Giovanni Leone: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1961, t. I, ps. 175-206; Vincenzo Manzini: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1949, t. I, ps. 247-257; Viada-Aragoneses: *Curso de derecho procesal penal*, Madrid, 1968, t. I, ps. 71-73; Luis Eduardo Mesa Velásquez: *Derecho procesal penal*, Medellín, 1963, t. I, ps. 15-17; Ferri: *Procedura Penale*, conferencias mimeografiadas, 1923-1924, ps. 5-53; Carnelutti: *Lecciones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1950, t. I, núms. 12, 34 y 55.

cimiento de los hechos mediante pruebas de oficio, para la valoración de los medios de prueba, para otorgar más de lo pedido por el trabajador, y en general para la dirección del proceso. Pero como las dos primeras se otorgan también al juez civil en los códigos modernos, e igualmente se le da en éstos al juez el impulso efectivo y la dirección del proceso, la diferencia ha quedado reducida a la penúltima.

Conviene darle al proceso laboral una orientación preponderantemente oral, pues si bien la demanda y su contestación por el demandado se deben formular por escrito, la actuación se sigue por lo general en audiencias. Se procura así una mayor concentración e inmediación, como también una mayor rapidez en el trámite; aun cuando en nuestro medio, por insuficiencia de personal en las principales ciudades, el último objetivo no se ha conseguido.

También se busca que la justicia laboral sea menos costosa, y por eso se elimina el requisito del papel oficial (impuesto del Estado) y no se exige el pago de copias para los despachos y recursos.

Así, pues, conoce esta jurisdicción de los procesos para el cobro de sueldos, salarios y prestaciones sociales de empleados y obreros particulares, de asuntos de fuero sindical, de indemnizaciones por incumplimiento de contratos de trabajo y para cualquier otro efecto que se origine o fundamente en una relación laboral. También conoce el cobro ejecutivo de prestaciones y sueldos reconocidos a favor de empleados públicos.

32. Jurisdicción contencioso-administrativa.

Eliminado el concepto del poder absoluto del Estado y establecida la limitación jurídica de éste como medio de defensa de los derechos subjetivos de los particulares, surgieron normas objetivas que establecen la extensión de sus facultades y derechos públicos inmanentes a su soberanía, y nació la necesidad de otorgar los instrumentos legales para que el particular lesionado por actos escritos o hechos de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, con desviación o abuso de poder, pudiera conseguir el resarcimiento adecuado. Y también para suprimir la violación de la norma legal en esos casos y restablecer el orden jurídico, aun con prescindencia de todo daño o lesión patrimoniales ^{30 bis}.

^{30 bis} Devis Echandía: *El Derecho Procesal como instrumento para la tutela de la dignidad y la libertad humanas*, en *Estudios de Derecho Procesal*, t. I, Edit. ABC, Bogotá, 1979, ps. 163 a 186.

Es éste el origen de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo objeto es la creación de un *medio técnico-jurídico para el control de los órganos administrativos por el órgano jurisdiccional* y lograr así la defensa del orden jurídico contra sus abusos o desviaciones, y secundariamente para la solución de los conflictos surgidos entre los particulares y la administración, con motivo de la lesión sufrida por aquéllos a consecuencia de tales abusos y desviaciones del poder o la no prestación del servicio público que la ley otorga.

Si en la jurisdicción civil encontramos como fin principal el interés público del Estado en la realización del derecho, y como secundario, la satisfacción de los intereses particulares, con mayor razón tenemos que aplicar el mismo criterio para la jurisdicción contencioso-administrativa.

Existe, como se ve, una diferencia sustancial entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa, en cuanto a su fin secundario. Podemos decir que aquélla tutela el orden jurídico frente a los particulares y entidades públicas (respecto de éstas mientras obran en el campo de los negocios civiles), al paso que ésta tutela el orden jurídico frente a la administración, cuando actúa en el ejercicio de sus funciones.

Debe estar formada por tribunales especiales, designados en forma similar a la usada para los ordinarios, que actúen con absoluta independencia del órgano ejecutivo y que formen parte del órgano judicial.

¿Qué criterio general debe seguirse para determinar si un asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria o a la contencioso-administrativa? ³¹

Creemos que lo mejor es el criterio de la naturaleza de la actividad desplegada por la entidad pública y no el de la forma como esa actividad aparece ejercida. Si es de derecho privado, corresponde a la jurisdicción ordinaria; si, por el contrario, se trata de una actividad de derecho público, el asunto corresponde a la jurisdicción contenciosa, sin que importe la forma que haya adoptado, es decir, si es acto administrativo escrito (decreto, resolución, oficio, ordenanza acuerdo, liquidación de impuesto) o simple omisión, hecho u operación administrativa (como ocupación, demolición o destrucción de un bien patrimonial, sin orden ni acto escrito que la preceda). Se exceptúan las resoluciones en procesos de policía, civiles o penales, las sentencias en procesos por fraudes

³¹ Jaime Vidal Perdomo: *Derecho administrativo*, Bogotá, 1972, ps. 305-311 y 452-457; Eustorgio Sarria: *Derecho procesal administrativo*, Bogotá, 1953, ps. 61-67 y 80-133.

a las rentas, los asuntos atribuidos expresamente a otra jurisdicción y las decisiones y actuaciones de jueces y magistrados de cualquier jurisdicción, que son de competencia de la justicia ordinaria.

Y debe otorgarse acción contenciosa para el resarcimiento del daño o restablecimiento del derecho violado por simples hechos u operaciones administrativas. Además, la misma acción contra toda clase de actos nacionales, seccionales y municipales por simple violación de normas positivas superiores, o porque, además, lesionen derechos materiales consagrados en la ley o la Constitución.

33. Jurisdicción aduanera.

La jurisprudencia aduanera se establece para el trámite de las causas por delitos de contrabando y sus recursos.

En las actividades aduaneras pueden existir actos y hechos administrativos, como son las órdenes y decisiones de los administradores de aduanas que no tengan apelación ante los jueces de esa jurisdicción y los hechos no precedidos de actuación escrita, todos los cuales corresponde juzgarlos a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las demandas por responsabilidad extracontractual del Estado, en razón de actuaciones procesales en los procesos adelantados por funcionarios de la jurisdicción aduanera, corresponden privativamente a la civil o común, de acuerdo con las normas generales estudiadas. Porque los actos jurisdiccionales son sustancialmente distintos de los administrativos, y por lo tanto, son inoperantes contra ellos las acciones contencioso-administrativas (véase núm. 163). Pero al lado de esos actos existen muchos otros, de funcionarios administrativos aduaneros, cuyo control corresponde a esta última jurisdicción, conforme a las reglas generales que el mencionado art. 4 hace aplicables sin modificación.

Los juicios de responsabilidad por pérdida de mercancías en las bodegas y zonas de las aduanas, daños sufridos allí mismo o entrega equivocada a quien no era su importador, son de naturaleza contractual, por existir en realidad un contrato de bodegaje informal y obligatorio de adhesión, que obliga al Estado a cuidar y entregar los bienes puestos bajo su custodia, por lo cual son ajenos a la jurisdicción aduanera. No existe entonces una actuación administrativa ni verdaderos hechos administrativos.

34. Jurisdicción eclesiástica.

Dicha jurisdicción no se diferencia sustancialmente de la civil, como quiera que regula asuntos contenciosos y voluntarios, que deberían estar sometidos a los jueces comunes. Es verdadera jurisdicción, con fuerza de poderes iguales a la civil, dado que sus sentencias son obligatorias, inclusive para los jueces ordinarios. Y es emanación también de la soberanía del Estado, porque jurídicamente existe sólo en cuanto la ley le da valor y acepta su funcionamiento. Es un aspecto de la jurisdicción única del Estado, como las otras ramas. Las diferencias en cuanto atañe a la calidad de las materias sometidas a ella y a los jueces por su origen, calidad y nombramiento, no afectan su naturaleza.

En sus relaciones con la jurisdicción civil, conoce la eclesiástica de las causas sobre nulidad de matrimonios católicos, sobre errores accesorios (como en la fecha o en el nombre) y omisiones en las partidas eclesiásticas de bautismo, defunción y matrimonio, sobre la existencia misma del matrimonio católico, cuando no aparece sentada la partida.

No corresponde a dichos tribunales proveer sobre demandas de estado civil en relación con la filiación legitimada por subsiguiente matrimonio de los padres, ni para cambiar el estado o conocer de las solicitudes de rectificación de las partidas eclesiásticas de estado civil (nacimientos, bautismos y matrimonios), porque para ello es necesario que proceda una tramitación ante juez civil, con audiencia de los interesados.

La falsedad de las partidas eclesiásticas se juzga por la justicia ordinaria civil, como ocurre cuando se alega que un matrimonio que figura en una partida nunca ocurrió, caso que es muy diferente al de pedir la nulidad del matrimonio eclesiástico que efectivamente fue celebrado y que corresponde declararla a los jueces eclesiásticos.

35. Jurisdicción penal militar o fuero castrense.

Entre nosotros es simplemente una rama de la jurisdicción penal para el juzgamiento de los delitos e infracciones de las personas que forman parte de la organización militar del país. Desgraciadamente, con un criterio inconstitucional y antidemocrático, en los últimos años se ha generalizado la nefasta costumbre de adscribir a la justicia militar el conocimiento de delitos comunes, durante la vigencia del estado de sitio, lo cual es reprobable desde todo punto de vista. Los jueces militares no tienen esa función, ni capacidad para desempeñarla bien; es un atentado contra la segu-

riedad de los particulares y un criterio corruptor de la justicia. Si lo que se busca es un procedimiento más rápido, pues debe establecerse un proceso verbal concentrado, pero ante jueces comunes que den garantías, pero no poner en peligro la libertad y la honra de inocentes so pretexto de justicia rápida de militares³².

Contra esta nefasta costumbre de algunos gobiernos se ha pronunciado el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en sus reuniones de Caracas (1968) y de Bogotá (1970), en proposiciones presentadas por nosotros.

36. Jurisdicción coactiva o fiscal.

Para el cobro de los impuestos, multas y en general las deudas fiscales a favor de la nación, los departamentos y los municipios, existe la jurisdicción coactiva o fiscal, con funcionarios propios que en primera instancia no pertenecen al órgano jurisdiccional y normas especiales.

La jurisdicción coactiva conoce privativamente de las ejecuciones con títulos fiscales.

37. Jurisdicción disciplinaria.

Existe en algunos países, como Colombia, una verdadera "jurisdicción disciplinaria", que difiere de las otras ramas (civil, penal, laboral, contencioso-administrativa, fiscal, eclesiástica, militar, aduanera), cuando quienes juzguen sean magistrados que formen parte del órgano judicial del Estado, pues la naturaleza de los asuntos que le corresponden como función esencial es diferente: las faltas disciplinarias en que incurran los magistrados, jueces y abogados, en el desempeño de sus cargos los dos primeros y de su profesión los últimos, sin que se juzgue el aspecto penal que tales faltas puedan contener y que es privativo de la jurisdicción penal.

³² Véase nuestro trabajo *Justicia penal ordinaria y Justicia militar*, en "Revista Derecho Colombiano", núm. 119, ps. 579-583, noviembre 1971, y en *Estudios de Derecho Procesal*, t. I, Bogotá, 1979, Edit. ABC, ps. 249 a 254; también nuestro discurso en el Primer Foro Nacional por los Derechos Humanos, publicado en *Documentos y testimonios* de dicho Foro, Bogotá, 1979, Edit. Colombia Nueva, ps. 96 a 118, y el t. II de mis dichos *Estudios*, edit. cit., 1980, ps. 603 a 621. Véase Pedro Pablo Camargo: *La dictadura constitucional y la suspensión de derechos humanos*, Bogotá, 1975.

38. Jurisdicción constitucional.

Puesto que el control constitucional de leyes y decretos con fuerza de ley (inclusive los dictados durante el estado de sitio y el de emergencia económica), como también de las reformas constitucionales (pero de éstas solamente por vicios de forma señalados taxativamente) lo ejercen magistrados del órgano judicial, sin que importe que constituyan tribunales especiales, se trata de verdadera rama jurisdiccional ³³.

Lo normal es que la ley o decreto con fuerza de ley, declarada por ese Tribunal inconstitucional, deje de regir.

Muy diferente es el caso de que cualquier juez o tribunal del país se abstenga de aplicar una ley o un decreto u otra norma cualquiera, por considerar que viola la Constitución, entonces tal norma considerada por ese funcionario inconstitucional sigue vigente, mientras la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional no la declare tal en el proceso especial contemplado antes. Pero es de todas maneras un valiosísimo instrumento jurídico, para la defensa de la Constitución, en casos concretos.

39. Extensión de la jurisdicción.

Siendo la jurisdicción una emanación de la soberanía del Estado, o mejor, la soberanía aplicada a la función de administrar justicia, podemos decir que los límites de aquélla son los mismos de ésta, es decir, límite en cuanto al territorio y límite en cuanto a las personas; en dónde y a quién se aplica ³⁴.

Se trata exactamente de la cuestión estudiada al tratar de la ley procesal en el tiempo y en el espacio en el capítulo IV, y al tratar del carácter exclusivo y general de la administración de justicia, en los capítulos III y V. Por ello nos remitimos a lo expuesto allí.

Sin embargo, este principio de la territorialidad de las leyes procesales en su doble aspecto, esto es que sólo obligan dentro del respectivo territorio del Estado y que se aplican a todas las personas que en él se hallen, nacionales o extranjeras, sufre algunas excepciones.

³³ Jaime Sanín Greifstein: *La defensa judicial de la constitución*, Bogotá, 1971; Francisco de Paula Pérez: *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, 1962, ps. 439-452; Eduardo Fernández Botero: *Estudios sobre la constitución política de Colombia*, Ediciones Crítica Jurídica, 1974, ps. 331, 445, 460, 493, 528, 659.

³⁴ Devis Echandía: *Tratado de derecho procesal civil*, Bogotá, 1961, t. I, ps. 305-306.

En sentido subjetivo tenemos como excepción la inmunidad diplomática, de acuerdo con la cual los funcionarios de esta rama no son obligados, al menos en forma general, por dichas leyes, y la inmunidad parlamentaria en materias penales. En sentido objetivo se tienen las excepciones referentes a la ejecución en el país de sentencias extranjeras o *exequatur*, y al privilegio capitular o consular que permite a funcionarios de un país ejecutar actos jurisdiccionales en otro país, recibiendo testimonios, validando actos, etc.

Son límites de la jurisdicción respecto de cada funcionario, el territorio dentro del cual ejerce sus funciones, que es su residencia o sede fija, y la competencia por otros factores, que es la medida de distribución de esa jurisdicción entre los distintos funcionarios encargados de ejercerla en cada rama jurisdiccional, como luego veremos.

40. Adquisición de la jurisdicción por los jueces.

Como regla general puede decirse que la jurisdicción se adquiere desde que el funcionario judicial (civil, penal, laboral, militar, contencioso-administrativo o fiscal) obtiene la calidad de tal, es decir, recibe su investidura.

Dos son los requisitos generales para adquirir la calidad de funcionario del orden judicial: el nombramiento y la posesión. Quien no llega a posesionarse no adquiere la investidura de juez. En el capítulo VIII veremos quiénes ejercen jurisdicción en Colombia y los casos de personas que participan transitoriamente en las funciones judiciales (árbitros, jurados, autoridades no judiciales).

Lo lógico y usual es que el ejercicio de un cargo sólo se haga después de haberse tomado posesión del mismo; sin embargo, puede suceder que se pretermitan estos requisitos y el ejercicio se haga sin posesión. Entonces, para efectos de salvaguardar los intereses de los particulares y por economía procesal, la ley presume de derecho la posesión, una vez que exista el nombramiento y el ejercicio, y por esta razón los actos que ejecuta el funcionario se reputan válidos, es decir, adquiere jurisdicción, pero al mismo tiempo queda éste sujeto a la responsabilidad que por ello le corresponda. Por lo tanto, en este caso excepcional se adquiere jurisdicción por el nombramiento y el ejercicio del cargo sin posesión ³⁵.

³⁵ Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. I, ps. 307-308.

Para posesionarse del cargo judicial es necesario el requisito de la confirmación del nombramiento, previo a la posesión, y ello sucede porque el ejercicio del empleo exige condiciones de idoneidad, nacionalidad y otras. Para esto se debe presentar a la corporación que hizo el nombramiento el comprobante de que se tienen las condiciones exigidas, y en caso afirmativo dicta ésta una resolución motivada, sin la cual no puede tomarse posesión ni ejercerse el cargo. Pero el nombrado en interinidad no necesita confirmación.

La confirmación la hace quien provee al nombramiento.

Para la comprobación de los hechos referidos sirve toda clase de medios probatorios, pero el ser versado en derecho se acredita únicamente con el título expedido por la respectiva facultad o universidad.

Sin embargo, en caso de que se nombre para un cargo judicial a quien no reúne los requisitos legales y se le dé posesión, adquiere jurisdicción y sus actos son válidos.

Si pasado el término señalado no se obtiene la confirmación, ocurre la insubsistencia del cargo y lo mismo sucede si no se toma posesión en tiempo.

41. Pérdida de la jurisdicción por los jueces y falta absoluta de ella.

La jurisdicción se pierde, asimismo, con el empleo que la otorga, en los casos señalados por la ley, por ejemplo:

1) Por renuncia aceptada una vez que el reemplazo tome posesión, sea interinamente o como titular en propiedad (pues el abandono del cargo sin la posesión del reemplazo constituye delito);

2) Por aceptar el empleado cualquier otro destino o cargo público, ya que esto es incompatible con la autonomía que debe gozar todo funcionario del ramo;

3) Por no presentarse a reanudar el ejercicio del cargo al vencimiento de la licencia que se haya concedido;

4) Por haber incurrido en la falta grave en destitución decretada en providencia ejecutoriada;

5) Por notoria enajenación mental, aun antes de decretarse la interdicción, mediante declaración de quien hace el nombramiento, y por muerte;

6) Por vencimiento del período sin ser reelegido y una vez que el nombrado toma posesión del cargo.

Debe tenerse en cuenta que aun cuando el nombramiento quede insubsistente, es necesaria la posesión del reemplazo, definitivo o interino, para que se pierda la jurisdicción, en todos

los casos, y no solamente en los de renuncia; porque no puede haber solución de continuidad en el cargo, excepto por muerte, a pesar de que en su ejercicio sí se puede presentar por incapacidad absoluta.

Los casos anteriores producen la pérdida absoluta del empleo, y la jurisdicción, por consiguiente, cesa definitivamente y en forma total. Muy diferentes son los casos de *falta absoluta*, que se diferencian de la pérdida de la jurisdicción, porque aún no ha habido adquisición de ella; son aquellos en los cuales queda insubsistente el nombramiento para un empleo judicial por muerte antes de la posesión, por no aceptación, por no posesión oportuna y por no confirmación.

Desde otro punto de vista, se pierde jurisdicción respecto de uno o varios asuntos cuando la ley los pasa a otra rama jurisdiccional.

42. Suspensión de la jurisdicción.

Se suspende la jurisdicción, es decir, se deja de tenerla transitoriamente, en el caso de falta temporal, cuando la vacante ocurre por licencia o suspensión ³⁶.

En la falta temporal la jurisdicción se suspende en forma general, para toda clase de actos y asuntos; mientras que en la falta de competencia se puede ejercer para los demás asuntos, es decir, el juez conserva inalterada su jurisdicción y continúa despachando los asuntos restantes. Igualmente, no hay que confundir la pérdida de la competencia para determinado negocio con la pérdida de jurisdicción.

Otra causa de falta temporal de jurisdicción es la suspensión del cargo por causa criminal, y ello ocurre desde el día de su notificación al juez, y también la que resulte por la pena de suspensión a que haya sido condenado en proceso criminal o por providencia disciplinaria, y mientras aquélla dura.

43. Usurpación de jurisdicción.

Se presenta la usurpación de jurisdicción únicamente cuando el juez de una rama jurisdiccional asume el conocimiento de un asunto que corresponde a otra rama jurisdiccional; por ejemplo, si un juez civil adelanta un proceso laboral o un juez laboral conoce de un proceso civil, o éstos de uno penal.

³⁶ Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. I, p. 310.

44. Delegación de jurisdicción.

Siendo la jurisdicción atributo de la soberanía, que por la Constitución y las leyes les corresponde ejercer a determinados funcionarios, en principio puede decirse que es indelegable. Mas esta afirmación, que es absoluta en cuanto un funcionario no puede otorgarle la calidad de tal a un particular sin el nombramiento para el cargo, es apenas relativa cuando se tiene el caso de la comisión por la cual un juez delega en un funcionario no jurisdiccional o de otra jurisdicción, ciertos actos del proceso.

Si el comisionado es juez de la misma rama, lo que se delega es la competencia únicamente; si es funcionario de otra clase, por ejemplo, de policía (alcalde o inspector), o de otra rama jurisdiccional, o un cónsul colombiano en el exterior, se delega la jurisdicción.

Pero la facultad de otorgar comisiones no puede, naturalmente, ser ilimitada, ni tampoco referirse a la decisión del asunto o sentencia, porque sería tanto como delegar la investidura del juez y esto es inadmisibile; no hay, por lo tanto, delegación absoluta o total de jurisdicción ni de competencia. Se acepta por razones de economía y para facilitar la marcha del proceso únicamente para la práctica de algunas diligencias, como entrega de bienes y su secuestro, que deban llevarse a cabo generalmente en lugar distinto del de la residencia del comitente.

El funcionario comisionado representa al comitente para los efectos de la diligencia; ejercita, por decirlo así, los actos en su nombre, de lo cual se deduce que no puede ser comisionado otro de mayor categoría, sino de igual o inferior.

Cuando tratemos de la delegación de competencia, examinaremos las facultades, los deberes y la competencia territorial del comisionado, y los recursos que existen contra sus actuaciones, que son los mismos que cuando se trate de delegación de jurisdicción (véase núm. 63).

45. Una supuesta derogación de jurisdicción.

Suele denominarse derogación de jurisdicción el acto por el cual se priva a los funcionarios competentes, de acuerdo con la ley, de la facultad de conocer de un litigio y de resolverlo, mediante la voluntad de los particulares sujetos del mismo, en razón de arbitramento, transacción y conciliación. Pero se trata de una derogación de competencia, propiamente hablando, o sea, de la facultad de aplicar la jurisdicción a ese caso concreto. En el capítulo XXXIII estudiaremos estos casos.

Sin embargo, cuando la ley establece el arbitramento obligatorio, se produce la derogación de jurisdicción para los jueces que la tengan sin dicha norma legal.

46. Conflictos de jurisdicciones.

Se entiende por conflictos de jurisdicción los que surgen entre funcionarios de distinta rama jurisdiccional o entre éstos y otros de naturaleza diversa. Así, puede presentarse entre las siguientes:

1º) Entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa.

2º) Entre los funcionarios judiciales y los del orden administrativo, como en materia de baldíos, aguas, marcas y patentes. En estos casos las sentencias ejecutoriadas y aun los autos en firme de los primeros, deben ser acatados por los segundos, salvo disposición en contrario de la ley.

3º) Entre la jurisdicción civil y la fiscal, en cuyo caso el conflicto se resuelve por el superior inmediato del juez civil que acepta o provoca la colisión.

4º) Entre los jueces municipales y las autoridades de policía, los que deben ser resueltos por el superior de los primeros.

5º) Pueden presentarse conflictos entre los jueces del trabajo y los civiles o entre éstos y los penales.

6º) Entre las autoridades eclesiásticas y las civiles también pueden presentarse conflictos y en este caso deben ser resueltos por los jueces ordinarios, es decir, la insistencia de éstos prevalece.

7º) Entre la jurisdicción penal militar y la penal ordinaria, y entre los jueces penales de menores y los jueces penales ordinarios.

8º) Entre jueces civiles de menores y jueces civiles ordinarios, situación que es similar al conflicto entre jueces penales de menores y penales ordinarios.

CAPÍTULO VII

FUNCIONES ADMINISTRATIVA Y LEGISLATIVA Y DIFERENCIAS CON LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

47. Función jurisdiccional y función administrativa.

Habiendo estudiado en los números precedentes la naturaleza, el fin y los poderes de la jurisdicción, ha llegado el momento de distinguirla de las funciones administrativas y legislativas que también emanan de la soberanía del Estado y que se ejercen por los órganos ejecutivo y legislativo.

En primer término estudiaremos las diferencias con la función administrativa.

La cuestión no es sencilla, pues ambas funciones soberanas tienen el común aspecto de que atienden a la satisfacción de intereses públicos, se relacionan con la organización del Estado e inclusive cooperan a la armonía social y actúan en presencia de la amenaza o la existencia de conflictos o controversias entre los particulares o entre éstos y entidades públicas. Por lo mismo, la doble circunstancia de que el proceso actúe por un interés público y para componer conflictos no alcanza a establecer la diferencia entre ambas funciones.

Nadie discute que sean funciones distintas, pero cuando se trata de fijar su naturaleza y el exacto sentido de sus diferencias, surge el desacuerdo en la doctrina.

Para Carnelutti ³⁷ la distinción se funda en la diferencia entre el interés público en cuanto a la composición de los conflictos y el interés público en el interés en conflicto, o sea, entre el *interés público externo* y los *intereses públicos internos*. La función procesal tiende a satisfacer el primero, y la administrativa persigue el desenvolvimiento de los últimos. "La función administrativa se cumple en el conflicto; la función procesal, en cambio, actúa sobre

³⁷ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núm. 77.

el conflicto. Por lo tanto, la diferencia entre acto procesal y acto administrativo es claramente causal".

Es decir, lo que constituye la diferencia entre jurisdicción y administración es la posición del agente. Es criterio externo, porque no se basa en el fin perseguido, sino en el hecho externo de la posición del juez y de la administración al obrar: el primero, frente a las partes; la segunda, como parte.

El concepto de Ugo Rocco se aproxima al de Carnelutti cuando dice que si el Estado, dentro de los límites que el derecho le fija, persigue, *su interés*, desarrolla una actividad administrativa, al paso que cuando interviene para la satisfacción de intereses que no son suyos, sino de particulares u otras entidades que por sí mismos no pueden lograrlo, existe jurisdicción; que administrar es cuidar intereses propios y perseguir fines directos, y hacer justicia es intervenir en el interés de otros y perseguir un fin indirecto³⁸.

En nuestro concepto tienen razón Carnelutti y Rocco en esta clara diferencia de posición del sujeto de la función judicial o administrativa, en lo que están de acuerdo. También Rosenberg³⁹.

El juez actúa sobre las partes y resuelve los conflictos o los intereses no litigiosos sin que el Estado que representa sea parte de ellos; la administración actúa por conducto de su funcionario como parte en el conflicto o en el asunto que resuelve⁴⁰.

Consideramos errado el concepto de la sustitución de la actividad particular por la del Estado, al administrar justicia, porque creemos que el Estado *obra sobre las partes* y no en su lugar, como consecuencia de su soberanía y del derecho subjetivo de jurisdicción que de ella emana y también de la prohibición que los particulares tienen de pretender hacerse justicia por sí mismos. No vemos que exista sustitución, sino superposición de actividades.

Pero hay otra diferencia entre esas dos funciones: la administración puede obrar no solamente para casos concretos, sino por vía general, mediante decretos o resoluciones de carácter abstracto, que obligan a los ciudadanos que se encuentran en las condiciones y circunstancias previstas, como ocurre con la ley; en cambio, los funcionarios judiciales no pueden proveer sino para el caso especial y en cada proceso.

³⁸ Ugo Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. I, ps. 50-51.

³⁹ Leo Rosenberg: *Tratado*, ed. cit., t. I, p. 49.

⁴⁰ Devis Echandía: *Estudio sobre la naturaleza jurídica y las funciones del Consejo Superior de la Judicatura*, publicado en la "Revista La Ley", 1980, núm. 44, y en la "Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia", núms. 236-238, 1980.

Es prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

Por otra parte, cuando se trata del proceso contencioso-administrativo, en el cual la administración concurre frente al particular y el interés público está en conflicto con el privado, encontramos de nuevo los tres sujetos, y el juez obra sobre el interés tanto de la administración como del particular y en posición imparcial ejerce jurisdicción. Por consiguiente, las anteriores consideraciones se refieren solamente al procedimiento administrativo o gubernamental⁴¹. Por fortuna, en Colombia el contencioso-administrativo es una rama del órgano jurisdiccional con igual independencia que la ordinaria.

Lo expuesto no significa que los funcionarios administrativos y ciertas entidades administrativas no puedan ejercer nunca jurisdicción; por el contrario, es frecuente que por mandato de la Constitución o de la ley, se otorguen funciones jurisdiccionales a ciertas personas o entidades que forman parte del Órgano Administrativo o Ejecutivo, como ocurre cuando funcionarios de policía adelantan procesos policíacos en los cuales pueden imponerse penas privativas de la libertad o de tipo económico como multas; cuando funcionarios administrativos desatan los conflictos surgidos entre la administración y los particulares, en materias de aguas de uso público, marcas y patentes, protección de bosques y otros recursos naturales, control de precios y arrendamientos, etc. Por consiguiente, no siempre la función determina la naturaleza administrativa o judicial de quienes la ejercen.

Los jueces y tribunales judiciales siempre tienen ciertas funciones administrativas, como designar a otros funcionarios subalternos o de igual jerarquía, reglamentar el trabajo y vigilar su cumplimiento y aplicar sanciones disciplinarias administrativas en razón de tal vigilancia^{41 bis}.

48. Función judicial y función legislativa.

Si bien en su sentido general la jurisdicción comprende tanto el acto del legislador al dictar la ley como el del juez al proferir su sentencia, ya sabemos que en sentido estricto se aplica aquel término únicamente para la función judicial. Importa entonces establecer las diferencias entre las dos clases de actos.

⁴¹ La obra más completa y mejor sobre esta materia, que conocemos, es la de Jesús González Pérez: *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, 1036 ps., e índices.

^{41 bis} Devis Echandía: trabajo acabado de citar.

Tanto el acto procesal como el legislativo son públicos y persiguen un interés público; inclusive, la función legislativa sirve para la composición de los conflictos, busca la armonía y la paz sociales; es ésta en el fondo la función de toda norma jurídica. Pero el acto legislativo es general y autónomo, mientras que el judicial es concreto y complementario. Recuérdese que nuestra ley prohíbe a los jueces pronunciarse en los negocios de su competencia por vía de disposición general y reglamentaria.

Desde este punto de vista existe una diferencia formal que se refiere a la manera como el legislador y el juez obran, con independencia del fin que persiguen.

Pero, como observa Carnelutti⁴², si se mira el problema con un cierto causal, aparece la verdadera diferencia, que consiste en que la función procesal contenciosa se refiere a la composición del litigio, al paso que la función legislativa contempla únicamente los conflictos de intereses en general; pero éstos no se convierten en litigio mientras no sobrevenga la pretensión insatisfecha o discutida (y también, con criterio amplio, cuando ocurre el hecho ilícito penal, agregamos nosotros). Entre dos personas, una rica y otra pobre, existe conflicto de intereses sobre los bienes de la primera, que la segunda necesita para su subsistencia; pero no hay litigio por eso sólo. Cuando ésta arrebatara a la primera algo de lo suyo, surge entonces la pretensión insatisfecha del dueño para el goce de su cosa en poder del otro, y tenemos el litigio y el ilícito penal. Para lo primero se dicta la ley; para lo segundo se recurre a la sentencia mediante un proceso.

Aceptamos la opinión de Carnelutti en cuanto considera posible darle a la diferencia un sentido causal, en la forma que explica. Pero para nosotros también la constituye, por el aspecto formal, el carácter autónomo de la ley, puesto que no admitimos que la sentencia pueda crear derechos, sino sostenemos que sólo los declara, y el alcance concreto de la sentencia.

El legislador puede ser una especie de juez del derecho, puede modificarlo, revocarlo, transformarlo, crearlo, ya que la ley es la fuente principal del derecho positivo; el juez, en cambio, tiene el deber de juzgar *conforme* al derecho. El juez no puede fallar en contra del derecho consagrado en la ley; en cambio, sí puede atemperarla a las nuevas condiciones sociales, extender su mandato, por así decirlo, para ponerlo a tono con la realidad nueva que deba regular, llegando a crear verdaderas normas de derecho, tal como lo explicamos (véanse núms. 8 y 19).

Por otra parte, a pesar de esa diferencia causal, la función legislativa y la judicial tienen un elemento común, como observa

⁴² Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núm. 79.

Ugo Rocco⁴³, ambas son una forma de tutela de intereses; pero se diferencian en cuanto a los límites y formas de la tutela. Es lo mismo que nos quiere decir Carnelutti. El legislador establece los límites de una tutela para determinadas categorías de intereses, mediante normas generales y abstractas de conducta; la jurisdicción, en cambio, otorga la tutela al interés concreto, dentro de los límites establecidos por el derecho objetivo, cuando éste no sea o no pueda ser espontáneamente actuado. Con la actividad jurisdiccional se hace eficaz en el caso concreto la tutela consagrada en las normas generales. "La jurisdicción no es, por lo tanto, ejecución pura y simple de la tutela concedida en la legislación; *es, por el contrario, una segunda y autónoma forma de tutela*". Tutela abstracta la legislativa, concreta la jurisdiccional; inmediata la segunda, mediata la primera.

Las dos tutelas se complementan, puesto que la segunda le da eficacia a la primera, y en ese sentido se relacionan íntimamente las funciones legislativa y jurisdiccional. Pero la verdadera justicia se produce cuando el juez la aplica al caso concreto.

Lo anterior no impide que por mandato de la Constitución o de la ley, los legisladores en ocasiones ejerzan jurisdicción para el juzgamiento de ciertos ilícitos, sean políticos o penales, en razón del cargo desempeñado por el reo.

⁴³ Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. I, ps. 64-68.

CAPÍTULO VIII

ORGANIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

49. Justicia y jueces.

En los capítulos anteriores estudiamos la naturaleza, los fines y la importancia de la función judicial, del proceso y de la jurisdicción, en la vida de sociedad. Vimos cómo al derecho del ciudadano a obtener la prestación de la función jurisdiccional del Estado, corresponde la obligación para éste de prestarla (véanse núms. 26, 27), y cómo la jurisdicción es también un derecho subjetivo público del Estado de obligar a los particulares y entidades a someterse a ella para la composición de sus controversias o la declaración de sus derechos (véanse núms. 4 y 25).

Pero esos fines sólo pueden ser alcanzados mediante un órgano jurisdiccional cuya composición permita su adecuado funcionamiento y mediante unas normas positivas de derecho procesal que sean aptas para los mismos propósitos.

Es éste el problema fundamental de la justicia. Las normas positivas de derecho material resultan ineficaces si no es posible su adecuada actuación en los casos particulares, mediante un proceso; y esto no se logra sino cuando se dispone de esos dos medios indispensables: el órgano calificado para hacerlo y las normas procesales adecuadas para su intervención. Es más posible obtener una justicia buena con malos códigos de procedimientos, que con malos jueces. Las deficiencias de aquéllos pueden ser subsanadas con el criterio jurídico, la capacidad y la actividad de los funcionarios que los aplican; pero las deficiencias de éstos hacen nugatorias las ventajas de buenos códigos ⁴⁴. En el panorama de la justicia más valen muchas sentencias buenas y rápidas, sin literatura jurídica, que unas pocas rebosantes de ciencia.

⁴⁴ Santiago Sentís Melendo: *Teoría y práctica del proceso*, ed. cit., t. I, p. 3; Couture: *Estudios*, ed. cit., t. I, p. 146; Mario Guimarães: *O juiz e a função jurisdiccional*, Río de Janeiro, 1958, ps. 34-35.

Más importante es también la marcha acelerada de los procesos que los largos y profundos estudios contenidos en las sentencias. Si debiéramos escoger entre justicia rápida y simplemente buena, o justicia lenta, pero sabia, nos quedaríamos con la primera.

La importancia que tiene la organización judicial ha hecho que en las Constituciones se incluyan por lo menos los principios básicos, como sucede en Colombia.

50. Jueces y órgano jurisdiccional.

Son los jueces y magistrados las personas encargadas de administrar justicia (en otros países existen funcionarios de distintas denominaciones como pretores en Italia); pero no son el órgano jurisdiccional, ya que éste existe independiente de las personas físicas que ocupan sus cargos y, considerado en abstracto, permanece inmutable aun cuando varían aquéllos. Ocurre lo mismo que con el órgano legislativo, que está compuesto por el senado y la cámara de representantes, y que no se afecta por las inevitables modificaciones que en cada elección se presentan en su personal.

Los jueces y magistrados personifican los diversos despachos en que se descompone el órgano jurisdiccional: Corte, tribunales, juzgados; pero no se confunden con ellos. Teóricamente, la justicia se administra por esos órganos o entidades, no por el juez Fulano o el magistrado Zutano; es el juzgado, el tribunal o la Corte, quienes profieren las sentencias. La justicia es impersonal, a pesar de que se lleva a cabo mediante las personas que ejercen esas funciones.

En cambio, no parece inadmisibles la distinción que algunos autores proponen entre órgano y oficio, considerado éste, objetivamente, como el conjunto de tareas o poderes; porque, en verdad, por órgano se entiende, procesalmente hablando, una entidad física o jurídica, a la que se le asignan tareas, oficios y poderes para el ejercicio de la función jurisdiccional. No existe diferencia real entre los dos conceptos ⁴⁵.

La oficina judicial, cualquiera que sea, no tiene personería jurídica, y el juez o magistrado, individualmente considerados, o el colegio o conjunto cuando forman una oficina plural (tribunales y Corte), se limitan a obrar en nombre del Estado tal como ocurre en el campo administrativo. En ambos campos —el judicial y el administrativo— el sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas originadas en los actos de sus funcionarios es la entidad pública representada por éstos, ya que esos funcionarios no eje-

⁴⁵ Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, ps. 3-6.

cutan actos personales ni obran en sus propios nombres. Por eso los jueces administran justicia "en nombre de la república o por autoridad de la ley".

51. Principios fundamentales de la organización judicial.

La organización judicial, como cualquiera otra, descansa sobre un conjunto de principios básicos, de cuya aplicación depende la calidad de la justicia que en cada país se tenga. Vamos a exponerlos brevemente, sin pretensiones exhaustivas:

a) Independencia de los funcionarios judiciales.

Significa este principio que debe eliminarse la intervención de poderes y funcionarios de otros órganos (ejecutivo y legislativo), lo mismo que de intereses políticos y de cualquiera otra clase, en la tarea de administrar justicia. Por eso un Estado en donde los jueces sufran la coacción de gobernantes, legisladores y políticos, deja de ser un Estado de derecho. Nada más oprobioso que la existencia de jueces políticos al servicio de los intereses de partido o de determinado gobierno.

Idéntica independencia debe existir respecto a las fuerzas que representan el capital o el trabajo humano, enfrentadas con mayor acritud cada día. Para que se cumpla este principio, los funcionarios judiciales deben ser empleados del Estado, pagados por éste y han de disponer de remuneraciones justas, proporcionales a la alta dignidad de su cargo, que les permita vivir y gozar de cierta holgura económica ⁴⁶.

b) Imparcialidad de jueces y magistrados.

No es suficiente con la independencia de los funcionarios judiciales frente a los funcionarios ejecutivos, a los políticos, a los capitalistas y a las agrupaciones obreras; es indispensable, además, que en los casos concretos que decidan, el único interés que los guíe sea el de la recta administración de la justicia, sin desviar su criterio por consideraciones de amistad, de enemistad, de simpatías o antipatías respecto a los litigantes o sus apoderados, o por posibilidades de lucro personal o de dádivas ilícitamente ofrecidas, o por razones políticas ⁴⁷.

⁴⁶ Couture: *Estudios*, ed. cit., t. I, p. 146.

⁴⁷ Pedro Aragonese Alonso: *Proceso y derecho procesal*, Madrid, 1969, p. 89; Werner Goldschmidt: *La imparcialidad como principio básico del proceso*, en *Conducta y Norma*, Buenos Aires, 1955; Couture: *Estudios*, ed. cit., t. I, p. 95.

Es el complemento del principio anterior, que le sirve a un mismo tiempo de condición necesaria. Si falta la rigurosa aplicación de ambos, se llega inexorablemente a la corrupción judicial y a la negación de la justicia. Para evitarlo es indispensable un procedimiento eficaz en los nombramientos de los funcionarios judiciales, y no será suficiente consagrar en las leyes estrictos principios y sanciones penales drásticas para sus infractores; normas que de todas maneras deben existir. Es en la forma de designarlos y en su calidad, no en su vigilancia y castigo, donde se encuentra la garantía de una justicia independiente e imparcial.

Sin jueces dignos de su misión, la ley será simple letra muerta. Son gravísimas las consecuencias de permitir que, bien sea por el origen o nombramiento de los funcionarios judiciales, por la posibilidad de ocasionar sus renunciaciones o por la utilización de cambios en las leyes orgánicas para idénticos fines, la justicia esté a merced de la política y los políticos.

Por otra parte, las fuerzas representativas del capital y del trabajo pueden intervenir en la formación de tribunales de conciliación y arbitramento obligatorios o voluntarios, para dirimir sus conflictos. Pero cosa muy diferente es cuando se trata de administrar justicia en los litigios particulares que se presenten, inclusive en la jurisdicción laboral.

c) Permanencia de los órganos de la jurisdicción.

Una justicia que no dispusiera para su servicio de órganos permanentes sería inoperante en la mayoría de los casos.

Nos referimos a la permanencia de los órganos en sí (juzgados, tribunales y Corte), no de los funcionarios cuya variación no afecta la de aquéllos. Sólo en sociedades primitivas puede recurrirse a jueces designados para cada caso. Los funcionarios pueden variar, pero el oficio debe ser desempeñado siempre por alguien.

Por eso se prohíbe a los jueces y magistrados abandonar el cargo, inclusive después que su renuncia ha sido aceptada y su reemplazo designado, mientras éste no le reciba el despacho; o se encargue de él a un subalterno; la contravención a esta norma implica delito.

d) La organización judicial debe abarcar el territorio nacional y estar al alcance de todos.

No se trata de que en cada lugar exista un juez, pero sí de que no haya ninguno que no esté sometido a la competencia de algún juez. Porque la jurisdicción es un derecho subjetivo del

Estado para someter a ella toda persona natural o jurídica, que se encuentre dentro del territorio nacional; pero es también una obligación del Estado, para prestar con ella el servicio de administrar justicia a toda persona que lo solicite y en todo el territorio nacional.

e) Debe existir suficiente número de funcionarios.

Para que la justicia pueda ser general y pueda existir en todo el territorio nacional, sin que su lentitud y las dificultades para que los interesados recurran al juez competente la hagan ineficaz, debe existir un número suficiente de funcionarios judiciales.

Hay que considerar el territorio, porque el juez de primera instancia debe estar más o menos próximo al lugar donde ocurran los hechos que ha de conocer; y también hay que tener en cuenta el número de asuntos contenciosos y voluntarios que puede atender cada juez, porque un recargo de trabajo implica retardo inevitable en el despacho.

f) Distribución del territorio nacional en diversas circunscripciones, con jueces separados para cada una.

Es la distribución territorial de la competencia, para hacer posible el ejercicio adecuado de la jurisdicción en todo el territorio nacional. Esta circunscripción debe ser menor para los jueces inferiores y mayor para los superiores, siguiendo el principio de que estos últimos conocen de los asuntos que corresponden a varios de aquéllos, hasta terminar en un juez supremo que ejerce jurisdicción en todo el país (la Corte Suprema, el Consejo de Estado).

g) Pluralidad jerárquica de los funcionarios.

Es la distribución de la jurisdicción, que se refiere al principio de las dos instancias, estudiado en el número 12 y a los recursos extraordinarios de casación y de revisión.

La institución de jueces inferiores y superiores no mira solamente a una mayor circunscripción territorial, sino a un grado superior de competencia, para que sea posible la revisión por los últimos de las providencias dictadas por los primeros, dando así una mayor garantía de certeza a la administración de justicia y procurando la uniformidad de criterio que evite el caos jurídico por sentencias contradictorias sobre cuestiones similares.

La casación no representa una tercera instancia, por ser un recurso extraordinario, como más adelante veremos (véase núm. 326).

Tampoco constituye una tercera instancia el recurso extraordinario de revisión, contra sentencias ejecutoriadas, sino que es en verdad un nuevo proceso contra la sentencia por causas excepcionales y como una excepción a la firmeza de la cosa juzgada.

Sin embargo, la imperativa urgencia de acelerar los procesos, demasiado lentos actualmente en casi todos los países, hace aconsejable la supresión de la doble instancia, para dejar sólo una, ante Tribunales de jerarquía similar a los que hoy atienden la segunda, siempre en salas plurales, con procedimiento oral concentrado, para toda clase de asuntos, y con recurso de casación restringido como hoy para orientar la jurisprudencia principalmente; se tendría así justicia acelerada, pero buena, para ricos y pobres, y se terminaría con la antidemocrática distribución de los mejores jueces para los negocios de mayor valor (que generalmente son los de los ricos) y de los jueces menos buenos e inclusive malos para los negocios de poco valor (que generalmente son los de los pobres). Se eliminarían los jueces unipersonales inferiores y se multiplicarían los Tribunales plurales. Esto lo venimos reclamando desde hace varios años ^{47 bis}.

h) Jerarquía de los oficios o despachos judiciales.

La distribución territorial y la pluralidad de los grados de competencia traen como consecuencia la necesidad de regular las jerarquías en orden a la dependencia que los oficios o despachos deben tener respecto a los de mayor grado. Sería un caos completo, si cualquier despacho u oficio dependiera de todos los de grado superior, pues se presentarían conflictos y contradicciones entre éstos y se haría imposible la marcha de los negocios.

Se trata, por consiguiente, de obtener que sólo determinados oficios o despachos sean los superiores jerárquicos de los cuales dependen los inferiores ubicados en determinado territorio.

i) La distinta composición de los oficios o despachos.

Para una mejor rapidez en la administración de justicia, los jueces inferiores suelen ser singulares, es decir, que un juez debe atender cada despacho, con independencia de los demás jueces de

^{47 bis} Devis Echandía: *Progresos y deficiencias de nuestra justicia civil*, en "Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia", año 1975, núms. 208 a 209, y en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", Madrid, 1976, núm. I, ps. 7 a 54; *La aceleración de la justicia civil*, trabajo presentado al Congreso Internacional Belga de Derecho Procesal, agosto 1977, publicado en nuestro *Estudios de Derecho Procesal*, Bogotá, Edit. ABC, t. II, 1980, ps. 557 a 572.

igual grado que tengan similares funciones, inclusive en la misma circunscripción territorial. En cambio, los jueces superiores de cierto grado deben ser plurales o colegiados, para conocer varios de ellos un mismo asunto simultáneamente, aportando sus luces y dando así una mayor garantía de certeza e imparcialidad.

Naturalmente, a los jueces colegiados se llevan los asuntos de mayor importancia, y los recursos contra las sentencias de los singulares. Un sistema ideal para el futuro sería dejar sólo cien o más tribunales plurales de única instancia, y el recurso de casación limitado como hoy, como acabamos de exponer.

- j) *Un sistema de selección, nombramiento y ascensos de los funcionarios que garantice su independencia, su imparcialidad y su capacidad jurídica y moral.*

Un sistema apropiado de selección y nombramiento de los funcionarios, es un requisito *sine qua non* para que ellos reúnan las condiciones de independencia, imparcialidad, honestidad y capacidad, sin las cuales no puede existir justicia. Si el sistema es inapropiado y defectuoso, quedará viciada en su base toda la organización judicial. Pero hace falta una verdadera carrera judicial que podrá establecerse por el legislador. Bueno es el sistema de cooptación para que la Corte Suprema y el Consejo de Estado llenen sus propias vacantes: es el que rige en Colombia.

Damos por reproducido aquí lo expuesto en el número 49 sobre justicia y jueces.

- k) *Un sistema legal de procedimiento judicial que permita a los funcionarios el desempeño de su misión a la altura de sus capacidades y de su voluntad de trabajo.*

La mejor voluntad, la consagración más esmerada y la preparación jurídica más completa pueden verse frustradas, en el desempeño de los cargos judiciales, por los defectos del procedimiento legal. Si al juez se le convierte en un pasivo espectador del debate judicial, sin facultades para impulsar adecuadamente el proceso y evitar su estancamiento, para rechazar las maniobras dilatorias de la parte que no está interesada en obtener justicia, sino en demorar su aplicación, para controlar y sancionar las faltas contra la buena fe y la lealtad que deben existir en todas las actuaciones procesales, para adelantar el proceso con la debida concentración e intermediación, para ordenar y practicar pruebas de oficio y valorar el elemento probatorio sin convertirse en una simple máquina registradora de las conclusiones previamente supuestas por una rigurosa tarifa legal, para subsanar los vicios

procesales que se presenten y evitarlos si es posible, para exigir inicialmente la comprobación de los presupuestos necesarios a fin de dictar sentencia de fondo y evitar procesos inútiles (interés sustancial para obrar y legitimación en la causa) y para evacuar los procesos en un tiempo relativamente corto, la justicia será lenta y mala, a pesar de las buenas condiciones que tengan los jueces y magistrados (cfr., núms. 12, 134, 138 y 149). Todo esto sin olvidar que más importantes son las condiciones personales de los funcionarios que las ventajas del procedimiento legal (véase núm. 49).

l) Separación de las distintas ramas de la jurisdicción.

Como lo expusimos en los números 6 y 26, la complejidad de los problemas sociales exige la diversificación de las leyes procesales y de la jurisdicción para disponer de procedimientos distintos y apropiados a cada clase de problemas y de jueces especializados en ellos. Por eso existen leyes procesales y jurisdicciones civiles, penales, laborales, contencioso-administrativas, fiscales, militares, eclesiásticas, de aduanas, y en algunos países, comerciales, constitucionales y disciplinarias.

Sin embargo, lo importante es la especialización de los jueces y magistrados; porque bien posible es un solo procedimiento común para las distintas ramas de la jurisdicción (civil, penal, laboral, contencioso-administrativa, etc.), especialmente si es verbal.

La jurisdicción es una, como derecho subjetivo y como obligación del Estado y emanación de su soberanía para el desempeño de una de sus funciones fundamentales; pero se la clasifica o divide según el número de organizaciones judiciales que se constituyan en cada país, para sus distintas actividades (véase núm. 26).

m) Existencia de un ministerio público paralelo a la organización judicial.

No sólo en materias penales y militares, sino también en las contencioso-administrativas y en las civiles y laborales, deben existir funcionarios representantes de la sociedad que intervengan en los procesos con el fin de procurar el restablecimiento o el cumplimiento de la ley y la recta administración de justicia. Su colaboración trae provechosos resultados.

Es indispensable también en las jurisdicciones constitucional y disciplinaria.

52. Selección, nombramientos y ascensos de los funcionarios judiciales.

Ya hemos visto la importancia fundamental que el sistema adoptado en esta materia tiene para la justicia en cada país (cfr. núms. 19, 49, 50).

Varios son los sistemas que se han aplicado y que actualmente existen. Su bondad depende no sólo de ellos mismos, sino del medio en donde se aplican, porque el sistema bueno para un país, puede resultar malo en otro por la índole de las personas encargadas de aplicarlo. Pero los vicios del sistema dejan contaminada la administración de justicia en sus propias bases y hacen más improbable su adecuado funcionamiento.

Quizá no existe un sistema perfecto, libre de todo defecto y que no se preste a desviaciones al cabo del tiempo; pero sí es posible para cada país escoger uno que ofrezca el mínimo de inconvenientes y el máximo de ventajas.

El sistema de elección popular de los jueces, usado en algunos países, tiene el grave inconveniente de prestarse a la influencia política, con todos sus servicios, y, por tanto, a colocar en segundo plano las virtudes de los candidatos.

El sistema de elección por los cuerpos legislativos presenta, en grado menor, el mismo inconveniente del anterior.

El sistema de libre nombramiento por el ejecutivo puede dar resultado en países de muy distinta índole del nuestro; pero en las repúblicas hispanoamericanas conduciría generalmente a la formación de un órgano judicial incondicional del gobierno y, en consecuencia, político.

El sistema de designación por los superiores jerárquicos del mismo órgano jurisdiccional, es sin duda el que mejor garantiza la independencia y apoliticidad de los funcionarios y se presta a una superior selección de los candidatos, libre de los intereses políticos. Es el vigente en Colombia.

53. La carrera judicial.

Se entiende por carrera judicial la organización de los funcionarios jurisdiccionales a base de permanencia, estabilidad, escalafones y ascensos, en forma bastante similar a lo que ocurre con la carrera militar, pero sin la obligatoriedad de los ascensos que existen en ésta, sino mediante concursos de méritos. Todo esto para que, una vez producido el ingreso en la carrera, el funcionario no esté sujeto a la angustia de las reelecciones periódicas, con todo

el gravoso acompañamiento de recomendaciones, intrigas, solicitudes y apadrinamientos, que afectan la dignidad del juez⁴⁸.

Es indispensable que la ley exija rigurosas condiciones para el ingreso a la judicatura, con carrera o sin ella.

La carrera judicial implica que se ingrese a la judicatura en el grado inferior, previo el cumplimiento por parte de los candidatos de los requisitos establecidos y el sometimiento a la aprobación de un curso especial de postgrado de tiempo completo y duración no menor de dos años, sin necesidad de estar desempeñando un cargo de juez, como es obvio. Sin embargo, para las promociones a grados superiores se consideran como únicos candidatos quienes hayan ingresado a la carrera y estén desempeñando cargos inferiores, o similares pero en lugares de menor importancia. Claro está que para implantar la carrera como sistema nuevo, se requieren normas especiales de ingreso, a fin de aprovechar a los funcionarios calificados de todo grado que estén desempeñando los cargos.

La promoción no puede ser el resultado simple del cumplimiento de un cierto tiempo en el desempeño del cargo, como sucede en la carrera militar, porque la consecuencia podría ser el imperio de la mediocridad, con catastróficos efectos; debe ser el resultado de la selección hecha por el superior encargado de llenar las vacantes, con la colaboración de un Consejo Superior de la Justicia y concursos de méritos, en consideración a los valores de los candidatos que reúnan la condición formal del tiempo de servicio mínimo en el cargo que estén desempeñando.

El problema está en definir el sistema para seleccionar tanto los candidatos a ingresar a la carrera, como los aptos para el ascenso.

Consideramos como el principal fundamento para una adecuada solución de este problema la existencia de sueldos justos, que más bien pequen por exceso y jamás por defecto. Los sueldos de nuestros jueces son insuficientes.

Por una parte, creemos que para la designación de la Corte Suprema no debe aplicarse el sistema cerrado de la carrera. Puede suceder que entre los magistrados de los tribunales y sus fiscales se encuentren candidatos de excelencia para llenar las vacantes de la Corte o atender a su necesaria renovación periódica, según el sistema adoptado; pero también es posible lo contrario, al menos en el número que se requiere. Además, la indispensable evolución

⁴⁸ Couture: *Estudios*, ed. cit., t. I, ps. 132, 135 y 140; Sentís Melendo: *Teoría y práctica del proceso*, ed. cit., t. II, ps. 19-39; Devis Echandía: *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núm. 152.

de la jurisprudencia exige el ingreso de abogados y profesores que tengan ideas nuevas, formadas a través de experiencias ajenas al desempeño de cargos judiciales, que aporten doctrinas modernas y que no sufran el peso de la peligrosa rutina judicial.

Una solución aconsejable es la de asignar una tercera parte de las plazas para renovar en la Corte, a profesionales en ejercicio y profesores universitarios.

A las calidades anteriores se suman las de orden moral. Es de suma importancia para la justicia, la honorabilidad, imparcialidad, independencia y dignidad de los jueces y magistrados (véanse núms. 49, 52).

Estos principios sirven para los concursos de ingreso a la carrera o de promociones.

Además, debe establecerse el retiro forzoso por edad o incapacidad y la destitución por falta grave en el desempeño de las funciones o por haberse incurrido en sanciones penales, normas que deben estipularse para toda clase de funcionarios. Nos parece mejor 70 y 65 años, respectivamente, para magistrados y jueces.

Las promociones deberán ser en base a concursos entre los funcionarios en ejercicio, cuando se trate de llenar vacantes. Podrían utilizarse para las pruebas escritas los expedientes de procesos que se encuentren en estado de recibir sentencia, a fin de que los concursantes elaboren el proyecto del caso, sin olvidar que deben ser los antecedentes morales y las obras, conferencias y lecciones, la capacidad de trabajo y estudio probada en los años servidos en la judicatura o en la profesión y el profesorado, y la calidad demostrada a través de las sentencias y autos proferidos o proyectados como jueces y magistrados, y de los conceptos como fiscales, lo que debe contar en primer término. Así resulta un concurso de méritos y antecedentes.

Cuando se produzca una vacante para juez y existan funcionarios de carrera con antecedentes meritorios, en cargos de igual jerarquía, pero ubicados en lugares menos importantes, lo pertinente es llenarla con el traslado de uno de aquéllos y abrir el concurso para la vacante que deje el favorecido. El traslado debe ser también por concurso de méritos y antecedentes.

54. Clasificación de los órganos, despachos u oficinas judiciales.

Hemos dicho que los términos órganos, despachos u oficinas judiciales son sinónimos y pueden ser usados indistintamente; también dijimos que hay diversidad y multiplicidad de los órganos, despachos u oficinas, con circunscripciones territoriales, jerar-

quías y competencias diferentes. Veamos, en forma sucinta, su clasificación:

i) *Desde el punto de vista de sus funciones.*

a) Según la clase de jurisdicción que en ellos se ejerce, se distinguen en ordinarios y especiales.

b) También se distinguen los judiciales propiamente dichos y los de policía;

c) Pueden distinguirse asimismo los encargados de juzgar y los que tienen por función única instruir o preparar los procesos. Estos existen en la rama penal; en las otras se refunden las dos funciones como necesaria medida para la concentración y la indeminización (cfr. núm. 12, puntos 4 y 7);

d) También se distinguen los que ejercen jurisdicción —juzgando o instruyendo— y los que sólo desempeñan un papel de colaboradores, solicitantes o requirientes, como el Ministerio Público, que no forma parte del órgano judicial, ni ejerce jurisdicción y sus conceptos no son obligatorios para el juez y magistrados; existen también los auxiliares, como secretarios y otros empleados subalternos.

e) Y, naturalmente, los hay superiores e inferiores, entre los varios de la misma jurisdicción. Sin embargo, existe dependencia únicamente entre el superior y el inferior jerárquico de la circunscripción territorial de aquél;

f) En algunos países existe la división de órganos de conocimiento o juzgamiento y de ejecución, y de jurisdicción contenciosa o voluntaria, como en Italia. En otros, esas funciones se ejercen por los mismos órganos y funcionarios (véanse núms. 26-38 y 166-172).

ii) *Desde el punto de vista de su composición y formación.*

a) Existen órganos y despachos únicos y múltiples, según que existan o no varios de la misma categoría en cada país.

b) Los hay singulares y colegiados, los primeros formados por un solo juez, y los últimos, por varios, que ejercen sus funciones simultánea y conjuntamente, en salas plurales; en Colombia son singulares los juzgados de toda clase y plurales suelen ser la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

c) En un sentido relativo, puede hablarse de órganos u oficios permanentes y temporales; aquéllos, cuando forman parte de la organización judicial (juzgados, tribunales, Corte, Consejo de Estado), y éstos, cuando sólo ocasionalmente ejercen funciones jurisdiccionales, como sucede con los tribunales de árbitros y los jurados para ciertos procesos penales, pero ni siquiera durante el

tiempo en que ejercen esas funciones con estos funcionarios judiciales.

55. Incompatibilidades en el nombramiento de los cargos judiciales e impedimentos.

La independencia en el desempeño de los cargos judiciales, necesaria para la imparcialidad y la recta administración de justicia, exige establecer la incompatibilidad entre estos cargos y cualquiera otro que implique dependencia del funcionario o remuneración (véanse núms. 11, 51 y 161).

En primer término, existe incompatibilidad para el ejercicio de la profesión de abogado, directa o indirectamente, inclusive para dar consejos legales remunerados o no, servir asesorías, desempeñar funciones de árbitros, peritos, secuestres, albaceas, traductores y cualesquiera otras relaciones con la profesión, tanto en los procesos de que conocen como en otros que se tramiten en distintos despachos, o en asuntos administrativos y extrajudiciales.

No pueden ser trasladados por el gobierno a otros empleos de distinta rama, ni aceptarlos sin dejar vacante su puesto, ni pueden desempeñar otro cargo retribuido.

Consideramos que la incompatibilidad existe para cargos públicos y privados. Se excluyen los de profesorado o enseñanza, que les son permitidos; pero debiera reglamentarse esto para limitarlo a horas que no sean de despacho judicial.

Naturalmente, el recibo de dádivas de toda especie por parte de litigantes o sus apoderados y de cualquiera otra persona interesada directa o indirectamente en los negocios de que conocen, constituye, más que violación de la incompatibilidad, una grave inmoralidad y un delito.

También les está vedado formar parte de directorios políticos e intervenir en debates públicos del mismo carácter, y cuando necesiten litigar en nombre propio, deben constituir apoderado.

Las mismas incompatibilidades existen para los funcionarios del ministerio público.

Los *impedimentos* consisten en situaciones personales del juez o magistrado que la ley contempla como motivo para que se abstengan de administrar justicia en un caso determinado; se refieren a parentesco, amistad íntima, enemistad grave con alguna de las partes o sus representantes y apoderados, a interés personal en el asunto y a haber dictado la providencia cuando eran funcionarios inferiores y corresponderles luego su revisión como superior jerárquico. En esas condiciones hay una especie de in-

habilidad subjetiva del funcionario para administrar justicia en el caso concreto y su separación es una garantía de la imparcialidad indispensable para que la sociedad y las partes tengan confianza en sus jueces. Cuando el juez o magistrado no se declara impedido espontáneamente, no obstante que es deber suyo hacerlo, las partes pueden recursarlo, para que el superior decida si existe o no el motivo legal y en caso afirmativo ordene pasar el asunto a otro juez o magistrado. En los arts. 141 a 148, aplicables a los procesos laborales y contencioso-administrativos (el C. de P. P., en los arts. 49-62); en los respectivos cursos se estudiarán los detalles y trámites.

CAPÍTULO IX

LA COMPETENCIA Y FACTORES PARA SU DISTRIBUCIÓN ENTRE LOS DIVERSOS DESPACHOS

56. Jurisdicción y competencia.

Si bien la jurisdicción, como facultad de administrar justicia, incumbe a todos los jueces y magistrados, es indispensable reglamentar su ejercicio para distribuirla, en cada rama jurisdiccional, entre los diversos jueces. Y es ésta la función que desempeña la competencia.

La competencia es, por lo tanto, la facultad que cada juez o magistrado de una rama jurisdiccional tiene para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio ⁴⁹.

La jurisdicción es el género y la competencia es la especie, ya que por ésta se le otorga a cada juez el poder de conocer de determinada porción de asuntos, mientras que la jurisdicción corresponde a todos los jueces de la respectiva rama, en conjunto, y comprende todos los asuntos adscritos a ésta (civiles, penales, laborales, contencioso-administrativos, fiscales, militares, eclesiásticos, respectivamente). Entre ellas hay una diferencia cuantitativa y no cualitativa.

Por eso podemos considerar la competencia desde un doble aspecto: el *objetivo*, como el conjunto de asuntos o causas en que, con arreglo a la ley, puede el juez ejercer su jurisdicción; y el *subjetivo*, como la facultad conferida a cada juez para ejercer la jurisdicción dentro de los límites en que le es atribuida. Si bien esos límites tienen diversa importancia, en ellos se tratará siempre de distribución de jurisdicción entre los jueces de una misma rama jurisdiccional.

⁴⁹ Mattirollo: *Tratado de derecho judicial civil*, 1ª ed., Edit. Reus, Madrid, sin fecha, t. I, p. 3; Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, ps. 286 y ss.; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, ps. 37-44.

En otras palabras, un juez es competente para un asunto, cuando le corresponde su conocimiento con prescindencia de los demás que ejercen igual jurisdicción, en el mismo territorio o en territorio distinto.

Un juez puede tener jurisdicción con relación a un negocio, o mejor, a la clase de negocios de que se trata, por ejemplo, por corresponder a la jurisdicción civil y ser él de la misma rama, pero carecer de competencia para él. Y naturalmente, si no tiene jurisdicción para el caso, menos le corresponde la competencia.

Por lo tanto, lo primero que debe hacer un juez cuando se pide que conozca de un asunto, es ver si corresponde a su jurisdicción. Una vez que concluya afirmativamente, procederá a estudiar si tiene competencia para él.

La distribución de los negocios judiciales opera no sólo entre los distintos despachos de la respectiva rama civil, penal, laboral, etc., sino entre los varios jueces o magistrados de un mismo despacho, cuando es plural (como los tribunales y la Corte) y cuando son varios del mismo grado y territorio (como los varios jueces civiles del circuito de Bogotá). En el primer caso se trata de competencia *externa* y en el segundo de *interna*. Cuando es la ley la que fija la competencia, se dice que existe competencia *legal*; cuando es un funcionario superior o de igual categoría quien envía el negocio a otro en comisión, hay competencias *por delegación*. Ésta se limita a la práctica de diligencias y pruebas. Lo mismo ocurre en los cambios de radicación de procesos penales.

57. Factores para la determinación de la competencia externa.

Con el fin de obtener un mayor rendimiento existen cinco factores para fijar la competencia: objetivo, subjetivo, territorial, funcional y de conexión.

El *objetivo* se deriva de la naturaleza del pleito o de la relación jurídica objeto de la demanda, como el estado civil de las personas (se llama entonces competencia *por materia*), o del valor económico de tal relación jurídica (competencia *por cuantía*).

El *subjetivo* mira a la calidad de las personas que forman las partes del proceso: nación, departamento, municipios, intendencias y comisarías, o al cargo público que desempeña el sindicado, en lo penal; en razón de ella se adscriben los procesos civiles en los cuales es parte alguna de esas entidades, a los jueces del circuito cualquiera que sea su valor, y los procesos penales contra ciertos funcionarios a los Tribunales o la Sala Penal de la Corte Suprema.

El *territorial* hace relación a la circunscripción territorial dentro de la cual el juez puede ejercer su jurisdicción; en principio los diversos procesos de igual naturaleza pueden ser conocidos por todos los jueces que existen en el país, de igual clase y categoría, y por esto para ser distribuidos se tiene en cuenta el lugar del domicilio de las partes, especialmente el del demandado, y a falta de aquél, su residencia (fuero personal) o el lugar de cumplimiento de la obligación contractual (fuero convencional), o el de la ubicación del objeto materia del proceso, o el de ocurrencia del hecho que genera responsabilidad penal o extracontractual, o el del centro de la administración de los negocios (fuero real general o especial) ⁵⁰. Es decir, no se puede demandar ante el juez de cualquier lugar, que por categoría podría conocer del proceso; ni tampoco adelantar un proceso penal sino donde por ley corresponda. Este factor contempla un criterio de distribución horizontal de la competencia ⁵¹,

El *funcional* se deriva de la clase especial de funciones que desempeña el juez en un proceso; según la instancia o la casación y revisión, y su conocimiento se halla distribuido entre varios jueces de distinta categoría. Así, tenemos jueces de primera y de segunda instancia, y competencia especial para los recursos de casación y revisión. Los anteriores actores miran "al modo de ser del litigio"; éste, "al modo de ser del proceso". El juez de primera instancia es "a quo" o hasta cierto momento; el de la segunda "ad quem" o desde cierto momento en adelante (desde cuando finaliza la primera instancia). Este factor corresponde a un criterio de distribución vertical de la competencia ⁵².

La *conexión* no es propiamente un factor de la competencia por sí misma; se refiere a la modificación de competencia cuando existe acumulación de pretensiones en un mismo proceso o de varios procesos; entonces, aunque el juez no sea competente para conocer de todas aquéllas o de todos éstos, por conexión basta que lo sea para una o uno. Así, el juez competente para el proceso o la pretensión de mayor cuantía, adquiere competencia para los demás de menor cuantía; pero no lo contrario.

Entonces tenemos que *un juez es competente* para un asunto, cuando le corresponde su conocimiento por la materia, por el valor, por las personas que intervienen, por las funciones que va a des-

⁵⁰ Acerca del concepto de "fuero o foro" para efectos de la competencia, véase la sentencia de la Corte Suprema, de 10 julio 1973, publicada en "Jurisprudencia al Día", tomo julio-diciembre 1973, ps. 11-12.

⁵¹ Canelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núm. 252.

⁵² Canelutti: ob. y núms. cit.

empeñar, por el lugar en donde está radicado y en consideración a la conexión de pretensiones, delitos y procesos.

58. La “*perpetuatio jurisdictionis*”.

Significa este principio que es la situación de hecho existente en el momento de admitirse la demanda, la determinante de la competencia *para todo el curso del proceso*, sin que las modificaciones posteriores puedan afectarla⁵³.

La *perpetuatio jurisdictionis* no existe frente a las nuevas leyes procesales, y sólo se aplica para las *circunstancias de hecho* que determinan la competencia en relación con estos factores: valor, territorio o domicilio y calidad de las partes. Si la nueva ley cambia la competencia o la rama jurisdiccional que debe conocer del proceso, tiene aplicación a los procesos en curso⁵⁴ (véase núm. 15).

No incluimos la naturaleza del pleito o competencia por razón de la materia, a causa de que para poder variarlas sería menester corregir la demanda en parte sustancial, modificando el litigio, lo cual no es permitido. No se trataría, entonces, de una alteración de la situación de hecho, objeto de la litis, sino que estaríamos en presencia de una nueva litis, lo cual requiere demanda distinta y otro proceso.

Veamos las ocurrencias que pueden presentarse en relación con el valor, el territorio o domicilio y la calidad de las personas (factor subjetivo):

a) Los objetos materia de la litis pueden sufrir alteraciones en su integridad y en su valor comercial: deterioro, aumentos por accesión, valoración por obras públicas o por depreciación de la moneda, desvalorización por motivos similares, etc. Nada de esto puede alterar la competencia del juez. Es el valor que tenía el objeto al tiempo de admitirse la demanda, el que regulará el proceso hasta su terminación; o cuando se inició el proceso penal;

b) Los intereses y frutos se tienen en cuenta hasta la fecha de la admisión de la demanda, aun cuando estén estipulados para el curso del proceso;

c) Las partes pueden variar de domicilio durante el curso del proceso, pero la competencia señalada por el que se tenía en el momento de admitirse la demanda (en relación con el actor) o

⁵³ De la Plaza: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 355.

⁵⁴ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. I, núm. 4, ps. 155-165, Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núm. 33.

de citarse al demandado (respecto a éste) continuará hasta finalizar el proceso;

d) Lo mismo ocurre cuando la competencia por razón del territorio se fija teniendo en cuenta la ubicación de los bienes muebles; su traslado a otro lugar no la afectará para nada;

e) Si se inicia proceso penal contra un funcionario público que por razón del cargo tiene un fuero especial, la pérdida posterior del empleo no modificará la competencia. Lo mismo ocurre en los procesos civiles entre funcionarios diplomáticos extranjeros y de los cuales suelen conocer la Corte Suprema en única instancia;

f) Si la entidad pública hace cesión de su derecho litigioso a un particular, la competencia no se modifica. El cesionario puede intervenir en el proceso como parte principal, pero el litigio continuará con el cedente; lo mismo sucederá en el caso inverso, esto es, cuando un litigante particular ceda sus derechos a una entidad pública (véanse núms. 187 a 205).

En materia civil suelen consagrarse varias excepciones a la *perpetuatio jurisdictionis*, en cuyos casos el juez inferior que conocía de un proceso, con plena competencia deja de tenerla y debe enviarlo al superior: a) en la sucesión por muerte, cuando del avalúo de los bienes inventariados resulte que la cuantía exceda el máximo de competencia de aquél; b) en los contenciosos, cuando se presente demanda de reconvención en cuantía que exceda dicha competencia; c) también en los contenciosos cuando se acumule a un proceso de menor cuantía, otro u otros de mayor; d) en los ejecutivos, además del último caso, cuando el mismo ejecutante o un tercero presente nueva demanda ejecutiva de mayor cuantía. En el proceso de sucesión puede ocurrir el caso inverso: que se esté tramitando ante el juez del circuito y éste pierda la competencia porque el avalúo resulte inferior al mínimo de la mayor cuantía, y entonces debe remitirlo al juez municipal. En los procesos de quiebra contra comerciantes y de concurso de acreedores contra deudor civil, se produce la acumulación forzosa a ellos, de las ejecuciones que habían sido iniciadas antes contra el quebrado o concursado; es otra excepción al principio que examinamos.

En el caso de reconvención, el juez inferior debe resolver primero si es admisible la demanda reconvencional (art. 416); en cambio, en el caso de nueva demanda ejecutiva, es el juez superior quien debe resolver sobre ella, para dictar o negar el mandamiento ejecutivo.

59. Competencia absoluta o improrrogable y relativa o prorrogable.

Cuando el interés público prima, lo que es regla general, las normas sobre competencia tienen carácter imperativo y entonces nos hallamos ante la *competencia absoluta e improrrogable*. En este caso los particulares no pueden, ni aun poniéndose de acuerdo, llevar el negocio a conocimiento de juez diferente. La jurisdicción, de cada rama en que suele dividirse, es siempre improrrogable.

En otros casos, por el contrario, el legislador considera el interés de las partes para señalar la competencia, con miras de hacer más económica y fácil la defensa de sus intereses. Cuando esto sucede, estamos en presencia de la *competencia relativa o prorrogable*. Esto suele ocurrir con el factor territorial cuando hace relación al domicilio de las partes (excepto tratándose de procesos de sucesión, de quiebra o concurso de acreedores o de cesión de bienes), y en algunos casos por el lugar en donde debía cumplirse la obligación, o por la ubicación de los bienes si era *concurrente* con el domicilio. Pero es mejor declarar improrrogables estas competencias, para proteger a las partes débiles, especialmente en los contratos de adhesión.

Cuando la ley lo permite, la prórroga puede hacerse por un acto previo (*pactum de foro prorrogando*), o por el hecho de demandar en otro lugar sin que el demandado se oponga ni alegue oportunamente la incompetencia, es mejor negarles validez a estos pactos.

Se prorroga la competencia respecto de la cuantía, cuando opera el factor de conexión, si se acumulan varias pretensiones en una misma demanda o varios procesos en curso, de valores diferentes, y cuando se demanda en reconvención o se formula nueva demanda ejecutiva, pues en estos casos procede la acumulación aunque una demanda o un proceso o varios sean de mayor cuantía y otros de menor, para que los conozca a todos el mismo juez. Pero la prórroga es únicamente para que el juez de mayor cuantía conozca de las pretensiones de menor cuantía, y nunca lo contrario (véase núm. 58).

Cuando se inicia un proceso ante juez incompetente conviene exigir en la ley procesal que debe alegarse la nulidad *tan pronto se actúe en el proceso* y en todo caso como excepción previa o como motivo de reposición del auto admisorio de la demanda y que si no se hace, se sana la nulidad. Entonces, se remite el expediente a quien deba continuar tramitándolo, salvo cuando se originó en factor territorial, pues en el último caso es mejor disponer que continúe conociendo del proceso el mismo juez, lo cual significa

una especie de prórroga excepcional de la competencia, por economía procesal.

60. La prórroga convencional previa al proceso. El lugar donde debe cumplirse la obligación.

En cuanto atañe a la prórroga de competencia por acto anterior al proceso (*pactum de foro prorrogando*), conviene autorizar solamente la forma, es decir, el lugar donde se pacte que deban cumplirse las obligaciones originadas en un contrato y siempre que se acompañe prueba fehaciente de haberse celebrado aquél, pues sin dicha prueba no se configura este fuero especial, pero es un señalamiento legal de competencia territorial y no una prórroga. La competencia territorial debe ser por regla general improrrogable, lo mismo que por los demás factores. Con esto se eliminaron los abusos que suelen cometerse, al imponer un fuero contractual por la parte que en ese contrato por ser la más fuerte podía hacerlo, naturalmente en su beneficio y en perjuicio de la otra, lo cual era más frecuente en los llamados contratos “de adhesión”.

61. Competencia privativa y preventiva o concurrente.

Existe competencia privativa cuando el juez que conoce de un asunto excluye en forma absoluta a los demás, y hay competencia preventiva o concurrente, cuando para un asunto existen varios jueces competentes, pero el primero que lo hace previene en su conocimiento e impide a los demás que lo hagan.

Como ejemplos de competencia privativa pueden darse la de los jueces del circuito de Bogotá, para conocer de los asuntos sobre marcas y patentes; la de los jueces del último domicilio para los procesos de sucesión; la de los jueces del circuito para los que se ventilen con los departamentos, o municipios. La competencia preventiva se da en estos casos: cuando una persona tiene varios domicilios; cuando son varios los demandados, y, por lo tanto, puede demandárseles en el domicilio de cualquiera de ellos; cuando existen en el mismo territorio varios jueces de circuito o municipales competentes para el mismo asunto.

Como la competencia preventiva adquiere el carácter de privativa una vez que se asume el conocimiento por uno de los jueces, no puede formularse de nuevo la demanda ante otro de los preventivamente competentes estando en curso el primer proceso, y si se hace, existirá un caso de usurpación de competencia y se

producirá la nulidad. Pero concluido el primero, se recupera la competencia concurrente de los otros jueces, para el caso de que se inicie nuevo proceso (véase núm. 65).

62. Competencia externa y competencia interna. Reparto.

Se entiende por competencia externa la distribución de los negocios entre los distintos jueces y tribunales, que es, precisamente, la que hasta ahora hemos estudiado. En cambio, la competencia interna es la que se refiere a la distribución de los negocios entre los distintos magistrados que forman un mismo tribunal o entre los varios jueces de la misma categoría, que existen para un mismo territorio (varios civiles de circuito o municipales para un mismo circuito o municipio)⁵⁵.

La competencia interna es, pues, más una distribución de funciones que de jurisdicción; responde a un concepto de división del trabajo, como la externa, pero sin que por ello se limite la jurisdicción respecto de cada juez o magistrado.

En este caso los varios jueces o magistrados son competentes conforme a los factores conocidos, y la asignación a uno, con prescindencia de los otros, de un determinado negocio, no significa que los demás sean incompetentes para conocerlo. Para ello se hace un *reparto*: se agrupan los negocios por clases y se adjudican por turno, siguiendo el orden numérico de los juzgados, o el alfabético de los apellidos de los magistrados, si es en un tribunal o en la Corte.

Las reglas sobre esta última competencia interna no son imperativas, y por ello si un juez o magistrado entra a conocer de un negocio (para el cual es competente) sin reparto, no obstante que era el caso de hacerlo, no se afecta para nada la validez de su actuación, ni esa falta de reparto constituye causal de nulidad.

63. Competencia legal y competencia por delegación. La comisión.

También se distingue entre la competencia derivada de las normas consagradas por la ley, que el juez recibe directamente como emanación de dichas normas y que se llama *competencia legal*, y la que ocasionalmente se le otorga en virtud de una orden o comisión del juez o magistrado que conoce del negocio, que tiene el nombre de *competencia por delegación*.

⁵⁵ Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. II, núm. 213.

En el núm. 44 estudiamos la delegación parcial de competencia, conocida con el nombre de *comisión*.

Los tribunales pueden comisionar a otros o a jueces inferiores, los jueces pueden comisionar a otros de igual o de inferior jerarquía.

Cuando la diligencia deba practicarse en el exterior, debe dirigirse exhorto al ministerio de relaciones exteriores, para que tenga conocimiento de sus términos y lo envíe a su destino con observancia de lo que dispongan los tratados públicos, las leyes y los principios de derecho internacional.

La providencia que confiera la comisión deberá indicar su objeto con toda claridad y señalar el término dentro del cual deba cumplirse; en el despacho que se libre se insertará aquélla y copia de las piezas pertinentes ordenadas por el comitente, sin que en ningún caso pueda enviarse al comisionado el expediente original; la última prohibición tiene por objeto impedir la paralización del proceso.

El comisionado deberá señalar día y hora para diligencia, si su cumplimiento así lo exige (lo cual será la regla general) por auto que se notifica generalmente (pero para un secuestro preventivo puede ser un auto de simple "cúmplase" o sin notificación, si el demandante interesado concurre a la diligencia); procederá en esa fecha cumplir la comisión sin que le sea permitido tomar ninguna medida posterior, luego de terminada (para lo cual puede necesitar señalar varias diligencias en otras fechas) y devolver en seguida el despacho al comitente. Conviene prohibir comisionar para practicar pruebas dentro del respectivo territorio del juez o tribunal⁵⁶.

En caso de incurrirse en nulidad por incompetencia del comisionado (la cual existirá si se le comisiona en casos prohibidos por la ley o por excederse en sus funciones), debe alegarse ante el comitente. Pero nada impide alegar ante el mismo comisionado y por *vía de reposición* el hecho de estar actuando fuera de los límites de sus facultades, recurso que se debe proponer y se resolverá en la misma diligencia.

Al comisionado se le debe imponer multa si retarda por su culpa el cumplimiento de la comisión, la cual será impuesta por el mismo comitente si aquél es inferior suyo, o por el respectivo superior jerárquico, a quien el comitente dará aviso. Pero para respetar el derecho constitucional de defensa, antes de dictar la resolución se le debe pedir al comisionado informe respecto de las

⁵⁶ Devis Echandía: *Nuevo procedimiento civil colombiano*, ed. Rosarista, Bogotá, 1970, t. I, ps. 49-50, e *Innovaciones y reformas al procedimiento civil introducidas en el nuevo Código*, cit., ps. 67, 68.

causas de la demora, el cual será tenido en cuenta si se rinde dentro del término señalado. El trámite de la sanción será independiente del proceso, es decir que no podrá suspenderlo ni entorpecerlo.

El comisionado tendrá las mismas facultades del comitente, con relación al cumplimiento de la comisión, es decir, a las diligencias materia de aquéllas; deberá, por lo tanto, resolver todos los recursos de reposición que se le formulen, lo mismo que negar o conceder la apelación que se le interponga, respecto de sus actuaciones. Pero si excede los límites de sus facultades, en esa parte quedará viciada de nulidad su actuación.

La apelación que otorgue el comisionado se tramita ante el superior del comitente.

64. Pérdida y suspensión de la competencia.

En el núm. 41 estudiamos los casos de pérdida de la jurisdicción.

Como es obvio, cuando se pierde la jurisdicción, cesa la competencia para todos los negocios, ya que sin aquélla no puede existir ésta (véase núm. 56). Ocurre la pérdida de la competencia para determinada clase de negocio, cuando por virtud de una nueva ley procesal se le asigna su conocimiento a otro funcionario y si éste es de distinta rama hay además pérdida de la jurisdicción para ese negocio, como cuando se dispone pasar a la rama laboral ciertos procesos de que venían conociendo los jueces civiles. Cuando por virtud de un impedimento o de recusación se separa el juez o magistrado del conocimiento de un proceso, se pierde la competencia, aunque la jurisdicción del juez no resulte afectada (véanse núms. 51 y 158).

Se suspende la competencia para todos los negocios cuando la jurisdicción queda suspendida por falta temporal, en los casos de licencia para separarse del cargo, de suspensión por sanción disciplinaria y demás estudiados en el núm. 42.

También se pierde la competencia para un negocio determinado, en los casos que señale la ley procesal (véase núm. 58), y cuando el litigio es susceptible de arbitramento y las partes lo pactan después de iniciado el proceso (si el pacto es anterior al proceso, no adquiere el juez la competencia y por tanto no se trata de un caso de pérdida). El asunto sigue correspondiendo a la respectiva jurisdicción que el juez tiene en general, pero no puede ejercerla en ese asunto por habérsele quitado la competencia.

Cuando la ley ordena someter un litigio a arbitramento forzoso, los jueces que de no existir tal norma tendrían dicha com-

petencia para ese litigio, pierden no solamente ésta, sino también la jurisdicción; pero cuando el arbitramento es voluntario y consecuencia de una cláusula compromisoria pactada previamente en un contrato para todos los litigios que se presenten o de un pacto comisorio especial para el litigio ya presentado, los jueces que sin tal cláusula o pacto serían competentes pierden solamente su competencia y se les puede restituir por acuerdo, expreso o implícito, de las mismas partes (el segundo presentando una la demanda y no alegando la otra la excepción previa).

65. Noción del fuero o foro. Diversas clases de fueros.

Se entiende por *fuero* la circunscripción judicial donde debe tramitarse un determinado asunto, en razón del territorio⁵⁷; por *fuero personal*, el lugar donde una persona puede ser llamada a comparecer a un proceso por razón de su domicilio o residencia, y por *fuero real*, aquel lugar donde se puede demandar o ser demandado, en consideración a la ubicación de las cosas sobre las cuales ha de versar el proceso o que constituyen el objeto del delito. Es *general* si sirve para toda clase de procesos y asuntos, cuando por ley no se hallen adscriptos a otro lugar, o *especial* si sólo lo es para alguno o algunos casos.

El fuero general en materias civiles y laborales es el domicilio del demandado y a falta de aquél su residencia, y para precisarlo se acude a las nociones del derecho civil. La regla es ésta: tratándose de asuntos contenciosos, es juez competente el del domicilio del demandado, salvo excepción expresa, por encontrarse en condiciones menos favorables al depender de la iniciativa del actor y resultarle aquél más cómodo. Si el demandado tiene varios domicilios, el demandante puede escoger cualquiera de ellos, en materia civil, a menos que se trate de asuntos vinculados exclusivamente a uno de dichos domicilios, caso en el cual será competente el juez de éste; si el demandado carece de domicilio, el fuero lo determina su residencia y si tampoco tiene ésta en el país, será competente el juez del domicilio del demandante. Siendo varios los demandados, es competente el juez del domicilio de cualquiera de ellos.

El *fuero especial* se encuentra constituido por ciertas excepciones y se origina en tres motivos: a) materia del pleito; b) calidad de las partes; c) convención.

⁵⁷ Guasp: *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 135; Devis Echandía: *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., p. 113.

En *materia penal*, el fuero territorial lo determina, como regla general, el "lugar donde se realizó el hecho punible" o el "territorio donde se cometió la infracción".

En *materia laboral*, el fuero territorial general lo determina el lugar en donde haya sido prestado el servicio, o por el domicilio del demandado, a elección del actor.

66. La analogía en materia de competencia.

Existe una serie de principios aplicables a la interpretación y efectos de todas las leyes, cualquiera que sea su naturaleza, sin que puedan excluirse las de competencia. Y entre ellos está el de la analogía. Por tanto su aplicación en materia de competencia es indiscutible.

Muy distinto es asignar una jurisdicción especial por analogía, porque por regla general corresponden a la civil los asuntos que no aparezcan asignados a otra. Entonces sí se necesita disposición expresa para sacar de la jurisdicción civil un asunto. Pero para los simples efectos de la competencia, la analogía es aplicable e indispensable para llenar los vacíos y aclarar las normas confusas e incompletas.

67. Efectos procesales de la falta de competencia.

La competencia es un presupuesto procesal cuyo control debe hacerse oficiosamente (véanse núms. 147-149), motivo por el cual el juez debe rechazar la demanda que se le formule cuando aparezca de ella o de sus anexos que es incompetente; pero es su deber enviarla entonces al juez que sea competente, lo cual debe ordenar en el mismo auto, o en uno posterior si olvidó decirlo en aquél.

Si es admitida la demanda, a pesar de la falta de competencia, el demandado puede interponer recursos de reposición contra el auto, una vez que se le notifique o al darse por sabedor de él, para que el juez lo revoque. Puede también proponer ese impedimento procesal como excepción previa cuando sea procedente y puede pedir la nulidad en los otros procesos, más si actúa sin reclamarla, se produce su saneamiento; pero la falta de jurisdicción (porque corresponda a la laboral, penal o contencioso-administrativa) no es saneable. Dicho saneamiento impide declarar la nulidad, pero debe enviar el proceso al juez competente para que continúe tramitándolo, excepto si se trata de simple factor territorial, pues entonces debe seguir tramitándose ante el mismo juez cuya competencia queda prorrogada para ese caso (véase núm. 59).

Sin embargo, la incompetencia por factor funcional no es saneable.

68. Cómo se determina en definitiva el despacho judicial competente para una demanda o una investigación o un proceso penal.

El estudio de los factores objetivo por materia y por cuantía, subjetivo, territorial y funcional, y de las modificaciones que la conexión les introduce, nos lleva a la conclusión de que la determinación del despacho judicial ante el cual debe presentarse una demanda, resulta de combinar por lo menos dos de esos factores.

En efecto, los factores objetivo y subjetivo indicarán la clase de juez o tribunal que ha de conocer del asunto (municipal, del circuito, de menores, tribunal superior), pero como hay muchos de igual categoría y con las mismas funciones, se debe recurrir al factor territorial para escoger entre ellos el de la circunscripción a que corresponda. De otra parte, el factor funcional determinará la competencia para la primera instancia y quién debe conocer del proceso en la segunda, pero el territorial señalará cuál de los varios de ese grado o jerarquía es el competente ⁵⁸.

Algo similar ocurre en la competencia para investigaciones y procesos penales.

Se exceptúan los procesos que correspondan a la Corte Suprema o el Consejo de Estado en única instancia, pues entonces no opera sino el factor subjetivo o el de naturaleza del asunto que determina su competencia.

⁵⁸ Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. II, núm. 280.

CAPÍTULO X

DEL PROCESO

69. Qué se entiende por proceso.

En un sentido literal y lógico, no jurídico, por proceso se entiende cualquier conjunto de actos coordinados para producir un fin; así hablamos del proceso de producción de un material o de construcción de un edificio. Ya dentro del terreno jurídico, pero en sentido general, entendemos por proceso una serie o cadena de actos coordinados para el logro de un fin jurídico, y entonces hablamos del proceso legislativo o de elaboración de un decreto que requiere la intervención de diversas personas y entidades; y aun del proceso de un contrato, en el campo del derecho administrativo.

Proceso procesal es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (en lo civil, laboral o contencioso-administrativo) ⁵⁹ o para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal), y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y la dignidad de las personas, en todos los casos (civiles, penales, etc.) ^{59 bis}.

⁵⁹ Enrico Redenti: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1957, t. I, p. 87; Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núm. 16; Chiovenda: ob. cit., t. I, p. 100; Rocco: *Tratado*, ed. cit., t. I, ps. 111-113.

^{59 bis} Devis Echandía: *El derecho procesal como instrumento para la tutela de la libertad y la dignidad humanas*, trabajo para el libro homenaje a Eduardo del Rosario, diciembre 1977, publicado en nuestro *Estudios de derecho procesal*, t. I, Bogotá, 1979, Edit. ABC.

70. Estructura del proceso.

El proceso consiste en una serie de actos diversos y sucesivos, tanto de los funcionarios que conocen de él como de los particulares que lo ventilan, razón por la cual denominamos procedimientos a los distintos métodos que la ley establece para su regulación. Pero como todos esos actos están íntimamente relacionados entre sí, a pesar de aquella variedad y multiplicidad el proceso forma un todo uniforme, dotado de sólida estructura ⁶⁰.

Esa unidad del proceso hace no sólo que los actos que lo componen estén coordinados y concurren armoniosamente al fin que aquél persigue, sino también que el valor que la ley otorga a cada uno de tales actos, dependa de ser partes de ese todo y de la influencia que tienen sobre el fin común. Existe, por consiguiente, una dependencia íntima entre ellos, y por esto unos producen a los otros, los determinan, los complementan o los limitan, y la nulidad de uno vicia también de nulidad a otros que dependan de aquél.

71. Objeto del proceso.

El objeto de todo proceso judicial es la relación jurídica o los actos jurídicos o los hechos, a la cual o a los cuales debe aplicarse en el caso concreto las normas que los regulan, para decidir sobre su existencia y sus efectos jurídicos.

El anterior concepto se aplica perfectamente al proceso penal, puesto que su objeto es la investigación de los ilícitos penales y de la responsabilidad que por ellos, conforme a la ley sustancial, pueda existir para determinadas personas, y en ocasiones de investigación de situaciones de especial peligrosidad de cierta clase de personas (como prostitutas, drogadictos y vagos) para el efecto de aplicarles medidas de rehabilitación. En el último caso sólo con criterio muy amplio puede decirse que se trate de proceso "penal".

72. Fin del proceso.

Dos son los grupos en que pueden clasificarse las distintas concepciones del fin del proceso: el objetivo y el subjetivo. Para

⁶⁰ Kisch: *Elementos de derecho procesal civil*, ed. cit., p. 17, Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núm. 883, e *Instituciones*, Buenos Aires, 1959, t. I, ps. 22 y 27; Rocco: *Trattato*, ed. cit., p. 103.

el primero el fin del proceso es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, y para el segundo la tutela de los derechos subjetivos y de la libertad y dignidad humanas.

Ambos conceptos encierran gran parte de la verdad, pero no toda; tomados en forma excluyente desvirtúan la verdadera naturaleza del proceso jurisdiccional, pero si se coordinan, nos dan su verdadera noción.

La actuación de la ley no puede ser el fin, sino el medio que utiliza el Estado en el proceso, para la tutela del orden jurídico y para resolver el problema que presenta la incertidumbre, la violación, el desconocimiento o la insatisfacción de los derechos subjetivos. Por eso Rocco dice que el Estado no persigue tanto la actuación de la norma, cuanto su realización, con la fuerza de su soberanía, en los casos concretos ⁶¹.

Por otra parte, si se concibe el fin del proceso como la simple tutela de los derechos subjetivos, se le viene a dar un contenido de interés particular y se le convierte en simple instrumento de protección a los fines que las partes persiguen, lo cual se halla reñido con el concepto moderno del proceso. Aun cuando del proceso resulte el beneficio que una de las partes o todas persigan, no se confunde esto con su fin principal que es la satisfacción de un interés público y general: mantener la armonía y la paz sociales, y tutelar la libertad y la dignidad humanas ^{61 bis}.

Es decir, la realización del derecho mediante la actuación de la ley en los casos concretos, para satisfacer el interés público o general que acabamos de mencionar, es el fin principal de todo proceso; su fin secundario (en materias civiles, laborales y contencioso-administrativas) es lograr, cuando existen intereses contrapuestos, la composición justa del litigio, y cuando no, la declaración del interés tutelado por la norma o derecho subjetivo para resolver el problema de su incertidumbre o del requisito para su ejercicio (lo último en los procesos de jurisdicción voluntaria y en los contenciosos sin litigio) ⁶².

En el proceso penal sólo aparece cierta diferencia en cuanto al fin mediato y secundario: la prevención y represión de los delitos y demás ilícitos penales (véase núm. 13).

⁶¹ Rocco: véase última cita.

^{61 bis} Devis Echandía: trabajo acabado de citar.

⁶² Véanse autores en cita 92. Además: Micheli: *La carga de la prueba*, ed. cit., ps. 181 y 494; Carlos de Miguel y Alfonso: *Derecho, justicia, proceso*, en *Estudios jurídico-sociales*, en homenaje al prof. Luis Legaz y Lacambra, Salamanca, 1960, ps. 379-390; Clemente A. Díaz: *Instrucciones de derecho procesal*, Buenos Aires, 1968, t. I, ps. 175-177 y 204-208.

Pero en cuanto al fin principal de los diferentes procesos (civiles, penales, etc.), no existe ninguna diferencia: tutelar el interés general en la realización del derecho objetivo sustancial, en los casos concretos, para mantener la armonía y la paz sociales y para tutelar la libertad y la dignidad humanas⁶³.

Es decir, el proceso penal persigue concretamente la prevención y represión del delito y la tutela o garantía procesal de la libertad individual y la dignidad de las personas y la vida cuando exista pena de muerte, sin que puedan escindir-se esos dos aspectos, porque coexisten necesariamente, como se concluye de las enseñanzas de Clariá Olmedo y Manzini⁶⁴, y, además, la tutela de los derechos subjetivos civiles lesionados con el delito, mediante la reparación de los perjuicios a la víctima o a sus herederos; para con todo ello lograr el fin principal: la realización del derecho objetivo sustancial, la armonía y la paz social^{64 bis}.

73. Proceso y litigio.

Debemos cuidarnos de confundir las nociones de proceso y litigio, aunque en materia civil, laboral y contencioso-administrativa, es común en la mayoría de los procesos la existencia de personas con intereses opuestos o diferentes y entonces en ellos existe litigio y se produce una especie de lucha judicial en que se esgrimen armas de ataque y de defensa; pero también es evidente, y ello no debe ser olvidado, que en otros falta absolutamente el litigio. Es decir, en esta clase de procesos existe generalmente el litigio, en la misma forma que la enfermedad en la curación, sirviendo de pretexto para iniciarlos; pero no se confunden: el proceso se inicia entonces ante el juez y se desarrolla en su presencia; el litigio existe desde antes entre las partes, y puede ocurrir que a pesar de él no se inicie ningún proceso.

⁶³ Véanse autores mencionados en la cita 50. Además: Vélez Mariconde: "Revista Cuadernos de los Institutos", núm. 108, Córdoba, Argentina, 1970; Devis Echandía: Trabajo citado en el núm. 69, y *Principios fundamentales del derecho procesal penal*, Bogotá, Edit. ABC, 1982.

⁶⁴ Clariá Olmedo: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1960, t. I, núms. 279, 280, 306-310 y 319-322; y *Génesis del proceso penal*, en "Jurisprudencia Argentina", 1969, t. II, ps. 2-17; Vincenzo Manzini: *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1951, t. I, núms. 37-40; Devis Echandía: *Principios fundamentales de derecho procesal penal*, Bogotá, 1981, Edit. ABC.

^{64 bis} Devis Echandía: *Principios fundamentales de derecho procesal penal*, ed. cit.

74. Funciones del proceso civil, laboral y contencioso-administrativo.

Como funciones esenciales del proceso civil o laboral, podemos señalar las siguientes ⁶⁵:

1ª) Servir de medio para la declaración de los derechos y situaciones jurídicas cuya incertidumbre perjudique a su titular o a uno de sus sujetos, con ausencia total de litigio o controversia (procesos declarativo puro y de jurisdicción voluntaria).

2ª) Tutelar los derechos subjetivos, siempre que sea necesario, mediante el pronunciamiento de lo que en cada caso sea justo para la composición de los litigios que se presenten entre particulares o entre éstos y entidades públicas en el campo civil. Por su intermedio se traduce en voluntad concreta la voluntad abstracta de la ley, mediante el examen que el juez hace de la norma aplicable y de los hechos que va a regular, es decir, de la cuestión de derecho y de hecho (proceso contencioso).

3ª) Logra la realización de los derechos en forma de ejecución forzosa, cuando no se persigue la declaración de su existencia sino simplemente su satisfacción (proceso ejecutivo).

4ª) Facilitar la práctica de medidas cautelares que tiendan al aseguramiento de los derechos que van a ser objeto del mismo, evitando la insolvencia del deudor, la pérdida o deterioro de la cosa, o simplemente la mejor garantía (proceso cautelar).

Tales son las funciones del proceso civil y laboral, y debe tenerse presente que él debe dar a los interesados todo aquello y sólo aquello que tienen derecho a conseguir (C. de P. C. colombiano, art. 4º).

Estas cuatro funciones corresponden a cuatro clases de proceso y pueden ser autónomas, si se realizan separadamente; pero muy a menudo sucede que en el mismo proceso se obtienen dos o más de ellas.

El proceso contencioso-administrativo tiene las dos primeras funciones, pero debe aclararse que la primera se presenta en la acción pública, porque hay ausencia de litigio en cuanto no se pretende una reparación de derecho conculcado ni de perjuicios sufridos, sino la simple declaración de nulidad del acto administrativo; en cambio, cuando se pide dicha reparación o el restablecimiento del derecho conculcado, hay un litigio con la administración. Pero en ambos casos el proceso es contencioso. Y la cuarta se presenta en la suspensión provisional de la vigencia del acto acusado.

⁶⁵ Chiovenda: *Principios*, ed. cit. t. I, p. 98.

75. Funciones del proceso penal.

1^a) La investigación de los posibles hechos ilícitos punibles penalmente y la determinación de sus autores, cómplices y encubridores, lo mismo que la responsabilidad penal que a ellos pueda corresponder;

2^a) La tutela del orden jurídico y por tanto la de la paz y la armonía sociales, mediante la imposición y aplicación de las sanciones o las medidas de seguridad correspondientes, a las personas responsables de tales hechos ilícitos;

3^a) La tutela de la libertad individual, mediante las garantías procesales que contiene para que sea posible su privación por causas concretas;

4^a) El reconocimiento y la indemnización de los perjuicios materiales y morales que dichos hechos ilícitos hayan ocasionado a las víctimas de los mismos o a sus herederos o familiares (acción civil en el proceso penal) ⁶⁶.

76. Clasificación de los procesos.

En primer término se clasifican los procesos de conformidad con las distintas ramas del derecho procesal existentes en cada país. Y así, en Colombia se tiene el proceso civil, el penal, el contencioso-administrativo, el laboral, el militar, el conocido como de jurisdicción coactiva (para el cobro ejecutivo de impuestos y otros recaudos nacionales, departamentales y municipales), el aduanero y el eclesiástico; también tenemos los procesos constitucional (para resolver sobre la posible inconstitucionalidad de leyes y decretos con fuerza de ley) y disciplinario (para faltas de jueces, magistrados y abogados). En otros países existen, con su organización propia, el proceso mercantil o comercial.

Pero en cada una de las ramas jurisdiccionales y teniendo en cuenta la diversidad de procedimientos, especialmente desde el punto de vista de sus funciones o fines, se pueden distinguir las varias clases de proceso que a continuación examinaremos.

77. Procesos declarativos y dispositivos.

Se dice que existe proceso dispositivo en el de equidad, teniendo en cuenta que se llama equidad la justicia que reviste la forma de un mandato concreto adoptado por el juez para un caso

⁶⁶ Véanse autores mencionados en las citas 55 y 95.

singular. Por eso se puede hablar de equidad como justicia del juez, en antítesis con la ley como justicia del legislador⁶⁷. También se dice por algunos que es dispositivo el proceso cuando la ley autoriza al juez para dar la solución al caso y no regula la forma como éste debe declarar dicha solución; pero como aun en la primera hipótesis el juez no crea los derechos y situaciones jurídicas, sino que los declara, consideramos inconveniente esta clasificación. Este tipo de proceso no puede existir en materia penal, porque se opone al principio fundamental "*nulla poena sine lege*" (Const. Nacional colombiana, art. 28).

Pero desde aquel punto de vista, el proceso declarativo es la regla general, y el dispositivo, la excepción; es éste el mejor vehículo para que la equidad penetre en el derecho.

El proceso declarativo puede dividirse en declarativo puro, de condena y de declaración constitutiva (*acertamento costitutivo*).

78. Proceso declarativo puro.

Cuando el interesado solicita al juez que declare la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, sin que se trate de imponer al demandado ninguna responsabilidad, ni de alegar incumplimiento, ni de pedir que se modifique una relación jurídica existente o que se constituya una nueva, nos hallamos en presencia de un proceso declarativo puro, que busca la certeza jurídica del derecho o la relación jurídica⁶⁸.

La sentencia de fondo procede: a) cuando se pide la declaración de una pretensión, cuya existencia discute el supuesto sujeto pasivo demandado en el proceso, sin pedir condena alguna contra éste y sólo para producir la certidumbre jurídica; b) cuando aun sin discutirse actualmente una pretensión y no habiéndose, por lo mismo, manifestado el litigio, exista su posibilidad para el futuro, en razón de hechos o situaciones objetivas y concretas; c) cuando existe interés jurídico en la declaración de un estado civil, y se requiera su certidumbre jurídica mediante la sentencia.

Para que proceda hacer en la sentencia la declaración solicitada, debe existir un interés jurídico actual en el demandante, en que ella se haga, y que ese interés jurídico esté relacionado con algún hecho o acto que pueda originarlo y no con la sola apreciación subjetiva del demandante (véase núm. 134).

⁶⁷ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núm. 158.

⁶⁸ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. I, núm. 7; Rocco: *Derecho procesal civil*, México, 1944, ps. 159-160.

Muy distinto es el caso de lo que podría llamarse demanda interrogativa, que se formula con el objeto de obligar al demandado a que explique qué consecuencia se propone sacar de tal o cual facultad que le pertenece, o qué pretensiones tiene en relación con un derecho o título que no se le discute. Esta clase de demandas no son procedentes.

Tampoco es pertinente la demanda para que se declare que un documento público que el demandado no ha impugnado, es auténtico, porque como está amparado por la presunción de autenticidad, tal declaración sería inconducente; o para que diga que el hijo nacido dentro del matrimonio de sus padres es legítimo; o para que el matrimonio de que da fe una partida sentada con las formalidades de ley, es válido; o para cualquiera otra declaración sobre existencia de un acto o situación jurídicos que por ley se presume y que el demandado no está discutiendo. En estos casos no aparece interés jurídico serio en la pretensión ni en que la sentencia haga la declaración (véase cap. XV).

En materia penal puede discutirse que sea declarativo puro el proceso seguido a un demente o persona siquiátricamente incapaz, o a un impúber, por actos que de ser ejecutados por persona capaz constituirían delitos, porque a aquéllos no se les “condena”, sino simplemente se declara la ocurrencia del hecho y la autoría, para adoptar medidas de seguridad o de rehabilitación; pero, precisamente, como se imponen tales medidas, no hay simple declaración. Idéntica situación existe en los casos de adoptar medidas de rehabilitación a vagos, drogadictos y prostitutas que no han incurrido en ilícito penal, puesto que se limita su libertad y es posible que no deseen el tratamiento ^{68 bis}.

En lo contencioso-administrativo existen los procesos declarativos puros cuando se tramitan en acción pública para la simple declaración de nulidad de un acto de la administración, sin que pueda pedirse indemnización ni restablecimiento de derechos subjetivos vulnerados.

79. Proceso de condena o de prestación.

Tiene lugar cuando una parte pretende frente a la otra que ésta reconozca la existencia de un derecho de la primera, quede obligada por él y lo satisfaga, o que quede sujeta a las consecuencias del incumplimiento de una obligación suya y se le imponga la consecuente responsabilidad. Es decir, cuando se persigue que

^{68 bis} Devis Echandía: *Principios fundamentales de derecho procesal penal*, Bogotá, 1981, Edit. ABC.

se imponga al demandado una condena cualquiera. Por ejemplo: se pide que se declare un hecho ilícito o una obligación y la responsabilidad del demandado. La condena del demandado va ligada, por lo tanto, a la declaración de que el derecho del demandante existe como base de aquélla ⁶⁹.

Por lo general, se asocia la condena a la ejecución forzosa diciendo que la primera sirve para preparar la segunda. La conexión que existe entre la sentencia de condena y la ejecución, radica en que aquélla declara la sanción a que el obligado debe ser sometido o impone la prestación que debe cumplir, con lo cual prepara el proceso ejecutivo, pues la ejecución es aplicación de la responsabilidad y ésta, a su vez, viene declarada precisamente en la condena.

Toda sentencia de condena sirve de título ejecutivo, pues no se concibe una que imponga la prestación o sanción, sin que pueda hacerse cumplir. La ejecución es resultado necesario del incumplimiento de la prestación impuesta en la condena.

Éste es el proceso típico en materia penal, puesto que se investiga si se cometió un delito o una contravención, para en caso afirmativo imponer la correspondiente sanción o condena al responsable (cuando éste no es demente o algo similar siquiátricamente, ni impúber; ni drogadicto o prostituta o vago que no ha incurrido en ilícito penal pues si lo es, no habría "condena" sino medida de seguridad o rehabilitación, pero aun en estos casos no se trata de simple declaración pura).

En los procesos penales de condena, al sindicado o imputado y más tarde sólo (cuando se le somete a enjuiciamiento o verdadero proceso) procesado, se le exige siempre responsabilidad personal, aun cuando haya incurrido en ella por razón del ejercicio de un cargo público o privado. Pero cuando se trate de delitos penales económicos, la persona jurídica puede ser procesada y condenada a sanciones patrimoniales; los otros delitos son cometidos siempre por la persona física que a nombre de aquélla incurra en ellos.

80. Proceso de declaración constitutiva.

Es el conocido como proceso *di accertamento costitutivo* en la doctrina italiana. Las normas materiales determinan tanto la constitución como la modificación de las relaciones jurídicas, estableciendo sus presupuestos. En el caso de aplicarse una norma de éstas en el proceso, se opera no sólo una declaración de certeza jurídica, sino, además, una modificación del estado jurídico pre-

⁶⁹ Rocco: ob. cit., p. 159.

existente. Ejemplo típico son los procesos de separación de bienes, de liquidación de la sociedad conyugal, de filiación extramatrimonial, de nulidad del matrimonio, de divorcio.

El juez no hace sino *declarar* o dar certeza jurídica a la existencia de los presupuestos, previstos por la ley, de la que deriva, y no de la voluntad de aquél, la modificación. Pero como se hace algo más que darle certeza a la situación jurídica, este proceso ocupa un sitio intermedio entre el declarativo puro y el dispositivo⁷⁰.

La ley consagra los presupuestos, pero no permite a las partes interesadas deducirlos directamente, sino que las obliga a concurrir ante el juez para que éste haga el pronunciamiento.

Se llama también proceso constitutivo, porque la modificación de un estado jurídico preexistente se traduce en la constitución de un estado jurídico nuevo. Pero es mejor denominarlo proceso de declaración constitutiva, porque el juez no crea la relación jurídica sino que la declara o le da certeza.

En materia penal, no obstante, se ha dicho que la pena de privación de la libertad "constituye" un estado jurídico especial; rechazamos este concepto (véase núm. 101). En cambio puede aceptarse que la sentencia penal que declara demente al imputado, constituye un estado especial que lo obliga a someterse a tratamiento. Tampoco existe esta clase de procesos en materia laboral y contencioso-administrativa.

81. Procesos mixtos.

Estas distintas figuras procesales no siempre se presentan separadas, en la práctica, sino que, por el contrario, lo general es que se produzca la forma mixta, o sea, la combinación o simultaneidad del proceso declarativo y del de declaración constitutiva; o del declarativo y del de condena; o del de declaración constitutiva y el de condena; y por último, del declarativo, de declaración constitutiva y del de condena. Por ejemplo, en materia civil, cuando al modificar el estado jurídico preexistente se debe imponer a una parte obligaciones en favor de la otra, se tiene un proceso de declaración constitutiva y de condena; cuando se impetra una declaración para deducir un estado civil y reclamar la herencia, se tiene un proceso declarativo, de declaración constitutiva y de condena.

⁷⁰ Devis Echandía: *Nociones generales de derecho procesal*, Edit. Aguilar, Madrid, España, núm. 63.

82. Proceso declarativo genérico o de conocimiento y proceso de ejecución.

Esta clasificación responde a las distintas funciones del proceso. Los procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, e incluyen, por lo tanto, al grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ellos el juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quién tiene el derecho, es decir, el juez es quien *ius dicit*. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos ⁷¹.

Cuando no se trate de una pretensión discutida que implique la necesidad de declarar quién tiene razón, sino de una pretensión cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se aduce pero que está insatisfecha, porque el obligado no ha cumplido su obligación correlativa, estamos en presencia del *proceso ejecutivo*. En aquél, el mandato debe ser formado por el juez mediante la decisión o sentencia; en cambio, en éste el mandato ya existe y se trata simplemente de su ejecución.

La diferencia entre ambos procesos resulta de la antítesis entre la razón y la fuerza: aquélla es el instrumento del proceso de conocimiento o declarativo genérico, y ésta, el del proceso ejecutivo.

Claro está, nos referimos a la fuerza que, por la vía coercitiva, aplica el juez para entregar unos bienes o rematarlos para con su producto satisfacer el derecho del ejecutante, o para deshacer lo hecho.

De modo genérico se entiende por ejecución lo contrario de decisión o resolución, y la conversión de ésta en actos.

En el proceso de juzgamiento o de conocimiento se consigue la declaración del interés protegido, a pesar del incumplimiento del sujeto obligado. En el proceso ejecutivo ya no estamos ante dos partes que recíprocamente se disputan la razón, "sino ante una parte que quiere tener una cosa y otra que no quiere darla, en tanto que el órgano del proceso se la quita a ésta para dársela a aquélla".

Pero esa finalidad de la ejecución de conseguir el bien mismo no siempre puede lograrse, y esto ocurre en dos casos: cuando existe una imposibilidad física para hacerlo por destrucción del objeto, o porque depende de un acto del obligado que no puede

⁷¹ Cernelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núm. 61; Devis Echandía: *Nociones generales*, ed. cit., núm. 65.

ser ejecutado por otra persona (como pintar un cuadro) y éste se niega a realizarlo, y cuando habiendo consistido en una abstención, ya lo realizó. En estos dos casos la restitución en sí no es posible, y la ejecución se traduce o transforma en reparación económica, es decir, en indemnización de perjuicios.

Cuando el bien se consigue del obligado, el interés del ejecutante se satisface por la *dación*, en las obligaciones de dar; cuando esto no cabe, esa satisfacción se logra mediante la *transformación* en reparación del daño. Esta transformación tiene lugar en las obligaciones de hacer o no hacer, y puede tener dos formas, que son la ejecución del hecho por otra persona (cuando es posible), o la indemnización de perjuicios.

83. El proceso cautelar.

Tiene una función distinta de los anteriores. No se trata de la declaración de un hecho o una responsabilidad. Ni de la constitución de una relación jurídica, ni de ejecutar un mandato y satisfacer el derecho que se tiene sin ser discutido, ni de dirimir un litigio, sino de prevenir los daños que el litigio pueda acarrear o que puedan derivarse de una situación anormal.

Este proceso cautelar se divide en *conservativo* e *innovativo*, según que tenga por objeto impedir que se modifique la situación existente, o, por el contrario, producir un cambio de ella, en forma provisional. Puede ser un verdadero proceso autónomo, como el de interdicción del demente o del disipador; o un procedimiento previo a un proceso, como las medidas cautelares previas al proceso ejecutivo o al de separación de bienes entre cónyuges, o en materia penal los embargos y secuestros de bienes, la detención preventiva del sindicado o la guarda del demente en una clínica u otro lugar adecuado, mientras se define su situación.

84. Proceso represivo y proceso preventivo.

Ya se ha visto que el proceso civil o laboral puede ocasionarse por la presencia de un litigio o bien por un conflicto simplemente en potencia. En el primer caso se trata de proceso represivo, y en el segundo, de proceso preventivo.

Los procesos cautelares prevén los daños provenientes del litigio, pero no el litigio mismo y en esto se diferencian de los procesos preventivos. Ejemplos de éstos son los de declaración constitutiva en que no existe litigio, pero, gracias a ellos, se evitan los que puedan sobrevenir; y también algunos declarativos de

jurisdicción voluntaria, en los cuales no se trata de intereses opuestos y partes contrarias, sino simplemente de llenar por su intermedio el requisito legal para la validez de un acto o para que una relación jurídica se produzca, como en los casos de licencia judicial para enajenar y gravar bienes de incapaces, y en los procesos de sucesión por muerte, y los contenciosos cuando ambas partes tienen interés común en precisar la modalidad o la existencia de una obligación. Pueden incluirse en los preventivos los procesos para aplicar medidas de seguridad o tratamientos clínicos forzosos, a sujetos considerados peligrosos, pero que no han delinquido, como los drogadictos, los alcohólicos y las prostitutas.

85. Proceso singular y proceso colectivo.

En un proceso pueden ser partes únicas dos personas, como demandante o demandado, o varias en cada una de estas condiciones, o concurriendo en comunidad de intereses cuando no existe demandado o puede haber varios imputados en lo penal. Es decir, en el proceso pueden ventilarse intereses singulares o particulares, o por el contrario, pueden debatirse diversas categorías de intereses. Si lo primero, el proceso es singular; si lo segundo, se denomina colectivo. Ejemplo de éstos son los procesos sobre legalidad de huelgas o de contratos colectivos de trabajo, de quiebra o de concurso de acreedores, y de asociación para delinquir.

86. Proceso contencioso y proceso de jurisdicción voluntaria.

Esta clasificación proviene de la distribución entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.

El proceso de jurisdicción voluntaria es un proceso sin litigio. Pero, como puede existir un proceso contencioso sin litigio, cuando las partes se encuentran de acuerdo en obtener el mismo fin (la nulidad del matrimonio o el divorcio, por ejemplo), la sola ausencia de aquél no conforma suficientemente la diferencia entre ellos.

En el proceso de jurisdicción voluntaria, las voluntades de las partes están unidas y persiguen una declaración común, como sucede con los distintos herederos al solicitar que se les considere o acepte como tales en una sucesión por muerte del causante común, o cuando varios parientes solicitan una interdicción; o sólo existe una voluntad como en las licencias para enajenar y gravar bienes de incapaces. En cambio, en el ejemplo del divorcio o nulidad del matrimonio, aun cuando ambos contrayentes tengan el interés

común de la liberación del vínculo, sus voluntades están en pugna y existe una desavenencia de ellas, que es, precisamente, la causa del proceso.

No existen procesos penales de jurisdicción voluntaria, puesto que siempre habrá un conflicto entre el Estado y el imputado, inclusive cuando se trate de aplicar simples medidas de seguridad aun cuando se trate de rehabilitar prostitutas, vagos y drogadictos, pues lo más posible es que éstos no quieran ser sometidos a ellas y a la inevitable limitación de su libertad que representan.

En Colombia puede decirse que lo que caracteriza el proceso de jurisdicción voluntaria civil es que, inicialmente, no existe conflicto de intereses ni de voluntades, en cuanto a la petición en sí misma que inicia el proceso, y el hecho, por lo tanto, de que la declaración del juez se solicita respecto de cierta o ciertas personas y no en contra de otras; y que el proceso contencioso existe cuando la demanda conlleva un conflicto de voluntades y la declaración se solicita en contra de otras personas o para que otras la soporten y obedezcan. Si en el curso del proceso surge una pugna de intereses, no por eso el de jurisdicción voluntaria deja de serlo, como sí sucede en otros países. Es la misma diferencia que existe entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa (véase núm. 27).

87. Naturaleza jurídica del proceso. La relación jurídica procesal.

El proceso constituye una relación jurídica, que se denomina *relación jurídica procesal*.

Esta relación jurídica procesal explica la unidad del proceso y su estructura, en la forma que dejamos estudiada (véase núm. 101).

En cuanto a la naturaleza de esta relación jurídica, lo primero que debe afirmarse es que no se puede concebir como autónoma e independiente del proceso. De aquí se deduce la pluralidad de sus sujetos, que son, además del juez, en representación del órgano jurisdiccional del Estado, el actor, el demandado y posteriormente los terceros intervinientes en los procesos civiles y laborales; el actor y el ministerio público, en los contencioso-administrativos; el sindicado o imputado, el ministerio público y el particular que se constituya en parte civil, en el proceso penal. Y se trata de una relación compleja, no sólo por constar de dos relaciones jurídicas (de acción y de contradicción), sino porque cada una de ellas se desenvuelve a través de una serie de facul-

tades y obligaciones, que se suceden cronológicamente y cuyo ejercicio y prestación constituyen el desarrollo de la relación.

Algunos consideran que el proceso no configura una relación sino una *situación jurídica*. Esta es la tesis de Goldschmidt⁷². Contra esta teoría se han pronunciado Chiovenda, Rosenberg, Von Bulow, Kohler, Rocco, Calamandrei, Hugo Alsina, Rafael de Pina, Manuel de la Plaza, y muchos otros⁷³, quienes consideran que el proceso es una relación jurídica de derecho público. Para Carnelutti el proceso origina relaciones jurídicas, pero no es propiamente una relación jurídica⁷⁴. También se ha presentado la idea de que el proceso es una institución, que aceptan Guasp y Viada⁷⁵ y acogió en un tiempo Couture; pero como éste observa en su última obra, la multiplicidad de aceptaciones de la palabra suscita un cúmulo de equívocos y malentendidos, pues se la puede tomar como establecimiento, fundación, creación, etc., y en ese sentido son instituciones la familia, la empresa, el Estado, todo lo que sea una organización y el proceso también por eso mismo; pero no define ni puntualiza su naturaleza propia.

Estimamos que las objeciones a la doctrina de la relación jurídica se basan en un mal planteamiento de ella. No se trata de asignarles a los actos procesales, en sí mismos, el carácter de relación jurídica; aquéllos se suceden dentro de ésta, pero no se

⁷² Goldschmidt: *Der prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, cita de Couture, quien inicialmente la acogió pero luego la abandonó: *Fundamentos*, ed. cit., p. 135; y de Calamandrei: *El proceso como situación jurídica*, en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, ps. 215-224. Dos estudios importantes sobre esta tesis son: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso*, en "Rev. de Derecho Procesal", 1955, 1ª parte, ps. 252 y ss.; Eduardo B. Carlos: *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, 1959, ps. 144-148.

⁷³ Chiovenda: *Principios de derecho procesal*, ed. cit., t. I, núms. 41-41 bis; Bulow, cita de Diana: *Monitore dei tribunali*, 1901, p. 161; Kohler, *Prozess als Rechtsverhältniss*; Rosenberg: *Tratado*, ed. cit., p. 8; Rocco: *Trattato*, ed. 1966, ps. 3-13; Calamandrei: estudio mencionado en la cita anterior; Alsina: *Tratado de derecho procesal civil*, Madrid, 1936, ps. 19-23; De la Plaza: *Derecho procesal civil español*, Madrid, 1951, ps. 123 y 171; Clariá Olmedo: *Tratado de derecho procesal penal*, ed. cit., t. I, núm. 297; Manzini: *Tratado de derecho procesal penal*, ed. cit., t. I, p. 72; Alcalá-Zamora y Levene: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1945, t. II, p. 109; Vélez Mariconde: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1969, ps. 113-121; Leone: *Tratado*, ed. cit., t. I, p. 266.

⁷⁴ Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, ps. 289-291.

⁷⁵ Guasp: *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1948, t. I, p. 22; Viada: *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, 1950, ps. 5 y 9; Couture: *Fundamentos*, ed. cit., p. 142; Viada-Aragoneses: *Curso de derecho procesal penal*, Madrid, 1968, t. I, p. 13.

identifican con ella. La relación es el vínculo general que surge al iniciarse el proceso como resultado del ejercicio de la acción o de la iniciación oficiosa del proceso penal por el juez, y el cumplimiento de los presupuestos procesales; ella ata a las partes y al juez mientras el proceso subsista, y de ella emanan derechos, obligaciones, potestades y cargas para aquéllas y éste (véase núm. 7).

Como hemos dicho, la mayoría de los procesalistas modernos están de acuerdo con la noción de la relación jurídica y su unidad, y puede decirse, como advierte Rocco, que dicha noción pertenece ya a la cultura jurídica. Nosotros la acogemos no sólo por las razones que hemos expuesto, sino también porque nos parece que el proceso es en sí mismo una relación jurídica, pues de él se originan derechos y obligaciones, cargas y facultades distintas de las que pueden surgir de las relaciones jurídicas sustanciales que en él se ventilan.

Creemos que esa relación jurídica se forma entre el juez y las partes y éstas entre sí (demandante y demandado, en lo civil, laboral y contencioso-administrativo; cuando se pide reparación en lo penal: sindicado o imputado y parte civil, por el aspecto de la pretensión de indemnizaciones de perjuicios que la segunda formula, y Estado e imputado inicialmente o procesado más tarde, por el aspecto exclusivamente penal), aun cuando los sujetos de la acción son únicamente juez y actor; porque al llamarse al demandado al proceso, mediante su notificación o citación, cuando existe litigio, queda vinculado al proceso con derechos, facultades y cargas. Y lo mismo ocurre con el imputado o sindicado en el sumario y el proceso penal. Pero esas relaciones entre las partes y con el juez no existen en forma autónoma, sino como resultado o consecuencia de la relación jurídica procesal que los ata y envuelve.

La relación jurídica procesal es *compleja*, porque de ella emanan múltiples relaciones entre las partes y entre éstas y el juez, en forma progresiva y no simultánea, a medida que el proceso avanza y hasta llegar a su terminación normal con la sentencia o anormal con la nulidad total o la transacción o el desistimiento; pero sin que su unidad se afecte por ello. Y es una relación *de derecho público, unitaria y singular*, en cuanto existe separadamente en cada proceso, de carácter *sui generis* y de *interés público*.

Tampoco existe acuerdo respecto a quiénes sean los sujetos de la relación jurídica procesal. Unos sostienen que lo son únicamente las partes; otros, que las partes y el juez. Chiovenda opina, y nosotros lo seguimos también en esto, que tiene tres sujetos cuando es contencioso: el órgano jurisdiccional (representado por el juez) y cada una de las partes (actor y demandado, que pueden constar de varias personas, en lo civil y laboral y en

algunos procesos contencioso-administrativos; demandante y ministerio público, en otros procesos contencioso-administrativos; sindicado o imputado y parte civil, cuando existe ésta, en lo penal). No deben confundirse los sujetos de la acción con los del proceso o relación jurídica procesal (véase cap. XI); aquéllos son únicamente actor y juez.

Existen casos en que un tercero interviene en el proceso como en otro lugar observamos, y entonces entra a ser sujeto de la relación (véase cap. XXII). O puede suceder que exista una sola parte como en los procesos de jurisdicción voluntaria (véase núm. 27). El juez es el sujeto preponderante, en toda clase de procesos.

88. Acción y relación procesal. Cuándo surge ésta.

En lo civil, laboral y contencioso-administrativo, la relación jurídica procesal surge cuando se inicia el proceso; pero en lo penal dicha relación surge cuando se recibe indagatoria al imputado, en el sumario, a pesar de que el proceso se inicia más tarde con el auto de proceder o procesamiento.

Por último, no debe confundirse la acción y sus condiciones con la relación procesal y sus presupuestos (véanse núms. 69, 98 y 144). Las condiciones de la relación procesal son los presupuestos procesales; su existencia se requiere únicamente para que exista proceso, y para que se constituya la relación procesal y se desenvuelva y concluya con una sentencia de cualquier clase (véase el cap. XVII). Entre las condiciones de aquélla y las de ésta, existe la misma diferencia que entre la acción y la relación procesal, pues la acción sirve para constituir la relación, si además se reúnen los presupuestos procesales y una vez que la demanda se comunica o notifica a la contraparte si la hay, o se oye en indagatoria al sindicado o imputado (en sentido estricto sólo hay proceso cuando se notifica el auto de proceder o de enjuiciamiento o citación para audiencias —que es lo mismo— y antes sólo existe el sumario o investigación, pero con éste surge la relación jurídica procesal).

Como se ve, en lo penal hay la peculiaridad de que se inicia la relación jurídica procesal con la indagatoria del sindicado o imputado, o su declaración, sin que todavía exista proceso en sentido estricto, ni juicio en los sistemas que separan esas dos etapas; en cambio, en lo civil, laboral y contencioso-administrativo surgen simultáneamente la relación jurídica procesal y el proceso.

Es posible tener la acción y aun ejercitarla, sin que se produzca relación procesal, como en el caso de que se formule la demanda o la denuncia ante un juez incompetente o que falte otro presupuesto procesal, y se rechacen (véanse núms. 144-153).

La providencia del juez que rechaza una demanda o denuncia por falta de un presupuesto procesal no ataca la acción, como no la ataca el demandado al proponer el impedimento procesal por el mismo motivo; al negar la existencia de aquéllos no se niega la existencia de la acción, sino que ésta pueda ejercitarse válidamente en ese caso. Y de ahí que ningún inconveniente hay para que una vez subsanada la deficiencia, se adelante el proceso. E igualmente, la providencia que le puso fin al proceso o que impidió su nacimiento por falta de los presupuestos procesales, no es en sentido estricto favorable ni desfavorable para el actor, porque no le niega ni le concede su pretensión.

CAPÍTULO XI

DE LA ACCIÓN

89. Concepto general de acción y diversos significados.

Antes de entrar al estudio de la acción en derecho procesal, es indispensable aclarar que esta palabra tiene en derecho un significado múltiple y se la usa en el derecho civil, en el penal, en el comercial, en el administrativo, con numerosos significados.

Así se habla de acción por oposición u omisión, tanto en la culpa civil como en el delito penal; se usa el término para determinar la actividad del Estado en cierto sentido, como cuando se habla de la acción del Estado en las relaciones entre capital y trabajo; para fijar los límites de una de las ramas del derecho, como cuando se habla del campo de acción del derecho civil o penal o administrativo, etc.; para identificar el derecho que se quiere proteger, seguida a veces del nombre del respectivo derecho material subjetivo, como acción reivindicatoria, acción posesoria, acción contractual o extracontractual, acción de estado civil, etc.; para distinguir, en el derecho comercial, rama de sociedades, a la unidad en que se divide el interés social, y así hablamos de acciones al portador o nominativas, etc.; para distinguir la rama del derecho material a que pertenezca el derecho o la relación jurídica de que se trate, y así se habla de acciones civiles, administrativas, laborales, etc.; para identificar la clase de bien que se persigue, o protege, se habla de acciones muebles e inmuebles; para expresar si el sujeto del derecho material lo constituye determinada persona o personas indeterminadas se distinguen las acciones personales y reales; para referirse a la calidad del derecho material, si es cesible o no, prescriptible o no, se habla de acciones cesibles y prescriptibles o lo contrario. Y podrían encontrarse otras acepciones.

La gran variedad de significados y usos del término hace difícil su adecuada comprensión desde el punto de vista rigurosamente procesal; y por eso aun en la doctrina moderna y naturalmente en la legislación y jurisprudencia se le usa tanto para designar conceptos de contenido sustancial, como en los ejemplos

anteriores. E inclusive en el terreno procesal, tiene diversos significados: como la petición para iniciar un proceso según la clase de proceso que ocasiona, o de acuerdo con la rama jurisdiccional a que ese proceso corresponde (véanse núms. 101 a 106).

En primer término trataremos de explicar la evolución que el concepto de acción ha tenido en derecho procesal y luego estudiaremos esos otros usos inevitables y su verdadera naturaleza.

90. La noción de acción en derecho procesal.

El Estado no sólo tiene el poder y derecho de someter a su jurisdicción a quienes necesiten obtener la composición de un litigio o la declaración de un derecho, sino también la obligación de actuar mediante su órgano jurisdiccional para la realización o verificación de los derechos, *cuando un particular o un funcionario público se lo solicita con las formalidades legales* (véase núm. 26). Tiene también el Estado el poder y el derecho de someter a su jurisdicción a quienes aparezcan como posibles autores, cómplices o encubridores de ilícitos penales, o representen una situación de peligrosidad social como posible fuente de ilícitos penales (el segundo caso ocurre con los vagos, los drogadictos y las prostitutas, que no han incurrido todavía en ilícito penal), sea actuando sus jueces de oficio o a petición de un particular o de otro funcionario.

En materia civil, laboral y contencioso-administrativa esa petición es necesaria para que el Estado ponga en funcionamiento la jurisdicción; de ahí el clásico principio: *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio* (véase núm. 12, punto a).

En materia penal rige igual concepto y principio, en los sistemas de tipo acusatorio que exigen el ejercicio de la acción por el ministerio público o por el perjudicado con el delito, para que se inicie el proceso; pero no cuando, como ocurre en muchos países, se permite e incluso se ordena al juez iniciar oficiosamente el proceso al recibir por cualquier fuente la *notitia criminis*, pues en este caso no existe acción que se ejercite por alguien (véase núm. 12, punto a).

Ha regido como principio general, en materia penal, la iniciación de oficio (o sea, sin petición de nadie y por tanto sin ejercicio por nadie de la "acción procesal") tanto de la investigación previa o del sumario, como del juicio o proceso propiamente dicho que se inicia con el auto de proceder o con el que dispone el enjuiciamiento.

Esa petición, que pone en movimiento la función jurisdiccional del Estado (en su sentido estricto), es el medio para el

ejercicio de la acción y se la conoce como demanda (en lo civil laboral o contencioso-administrativo) y como denuncia o querella (en lo penal); pero debe tenerse cuidado de no confundirlas, porque si bien la acción se ejercita mediante la demanda, en ésta se encuentra también la pretensión, que es el objetivo concreto perseguido por el demandante en cada proceso, y los fundamentos de hecho y de derecho que constituyen su causa (véanse núms. 98 y 114); también en la querella y en algunas denuncias penales, se contiene la acción que pone en movimiento la jurisdicción, y la pretensión punitiva para que se declare la responsabilidad y se aplique una pena o una medida de seguridad; la segunda si se señala a un responsable y se pide que se le aplique la correspondiente sanción o medida de seguridad.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza, del fin y del fundamento de la acción.

Puede clasificarse en dos grupos la doctrina:

1) Teorías que consideran la acción como un elemento del derecho sustancial o material subjetivo o como este derecho mismo en ejercicio o movimiento;

2) Teorías que sostienen que la acción es autónoma y diferente del derecho sustancial o material subjetivo.

Pero dentro del segundo grupo existen numerosas subdivisiones, pues los autores se separan en cuanto a la verdadera naturaleza de la acción, a sus fundamentos y a sus fines.

91. Teoría de la acción como elemento del derecho material subjetivo y como este derecho en movimiento.

Ésta es la teoría antigua o clásica, cuya esencia consiste en ligar la idea de acción a la de lesión de un derecho sustancial, por lo que la consideran como "el poder inherente al derecho de reaccionar contra la violación, o el derecho mismo en su tendencia a la actuación". La acción no es, pues, cosa distinta del derecho material subjetivo violado; es el *ius persequendi in iudicio*, de la doctrina romana ⁷⁶.

Savigny, que pertenece a este grupo, va más adelante y considera la acción como un derecho nuevo, que nace de la violación del derecho material subjetivo y que tiene por contenido la

⁷⁶ La sostienen José María Manresa y Navarro: *Comentarios*, ed. cit., t. I, p. 200; Ramiro Podetti: *Teoría y práctica del proceso civil*, Buenos Aires, 1942, p. 290; Pascual Fiore: *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, Madrid, 1927, p. 479; Paul Rubière: *Les conflits de lois dans le temps*, París, 1933, t. II, p. 693.

obligación. Pero todavía la noción queda dependiente de estos dos elementos: la existencia del derecho material y su violación; por lo cual en el fondo se identifican la acción y el derecho material o sustancial.

Sin embargo, en muchas ocasiones existe acción y proceso a pesar de la ausencia de violación de derechos sustanciales y aun de controversia o litigio entre personas (véase núm. 98). Y el demandante puede ejercitar la acción y producir el proceso, sin tener el derecho material que reclama, lo que sucede muy a menudo, por lo cual la acción se satisface pero la sentencia es adversa al demandante. Tiene esta doctrina también el defecto de concebir la acción como un derecho contra el demandado, lo que es un rezago del concepto de justicia privada. El derecho moderno concibe la acción como el derecho a obtener justicia, dirigido al Estado, a través del juez, no al adversario.

92. Teorías de la acción como autónoma e independiente.

Ante las repetidas críticas se llegó, indefectiblemente, al abandono de la doctrina clásica, y la mayoría de los procesalistas, desde finales del siglo pasado, consideran la acción como independiente del derecho sustancial subjetivo, no sólo por ser algo distinto de él, sino porque su presencia no requiere la existencia de aquél, ni su violación. En esto es unánime la doctrina moderna.

Pero no se detuvo allí la discusión, ya que quedó por resolver el problema de la naturaleza, del fin y del fundamento de la acción. A este respecto ha existido una evolución que va desde los autores alemanes de mediados del siglo XIX hasta las obras de Chiovenda, Carnelutti, Rocco y otros procesalistas contemporáneos. No en su orden histórico riguroso, sino de progreso hacia la concepción verdadera, podemos considerar como principales doctrinas las siguientes:

93. Teoría de la acción como facultad del derecho de la personalidad.

Es la doctrina expuesta por Kohler, que le asigna a la acción la naturaleza de simple *facultad* y le niega el carácter de derecho autónomo. La acción viene a ser la facultad, emanada del derecho a la integridad de la propia personalidad o derecho a la libertad, que toda persona tiene de dar vida a la demanda judicial dirigida contra el adversario y que produce el efecto de colocar a éste en la situación jurídica que con ella se origina, de la que nacen a su

vez relaciones procesales, pero únicamente entre las partes. El Estado no es sujeto de esas relaciones y el proceso viene a ser una lucha entre las partes únicamente. El Estado se limita a darles valor a los actos de las partes ⁷⁷.

Se separa así la acción, del derecho material subjetivo; pero en cambio no se delimitan con precisión ni su naturaleza ni sus efectos. La acción vendría a darle vida a la demanda únicamente y ésta a su vez a originar el proceso; pero, precisamente, si la demanda puede traer el proceso, es porque en ella va ejercitada la acción.

Por otra parte, al excluir al Estado o el juez como sujeto de la acción, convierte al demandado en su sujeto pasivo y de esa manera se regresa por ese aspecto a la doctrina clásica, se desvirtúa el concepto de jurisdicción y de proceso ya estudiado, y se convierte el proceso en una etapa de la autodefensa o defensa privada, con lo cual se desconoce su esencia de derecho público y de actividad jurisdiccional del Estado para fines públicos de interés general.

Además, la acción no es una simple facultad o posibilidad, sino un verdadero derecho subjetivo, individualizado y determinado; porque del derecho de libertad emana una obligación de carácter negativo: la de respetar esa esfera de actividad, al paso que de la acción se deduce una obligación positiva y específica del Estado de prestar su función jurisdiccional para ese caso ⁷⁸.

Por último, cabe observar a esta teoría que no explica los numerosos casos en que se ejercita la acción y no existe adversario, como en los procesos de jurisdicción voluntaria ante funcionario del órgano jurisdiccional, y que deja sin fundamento la intervención del juez en el proceso, al reducir las relaciones procesales a las partes (véanse núms. 27 y 87).

94. Teoría de la acción como derecho subjetivo público para obtener la tutela del Estado por sentencia favorable.

Fue formulada por Muther y desarrollada en forma completa por Wach, y acogida también por Kisch, en Alemania ⁷⁹.

⁷⁷ Kohler: *Der sogenannte Reichsschutzanspruch*, en Z. Z. P., vol. 33, p. 21 y ss. y *Zivilprozes und Konkursrecht*, en Holztd. *Encyclopadie*, t. II, p. 53, citas de Rocco: *Trattato*, ob. cit., t. I, p. 264.

⁷⁸ Rocco, ob. cit., t. I, ps. 264-267.

⁷⁹ Kisch: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, 1940, ps. 106-110.

Esta teoría contiene ya un avance muy importante, pues según ella, la acción es un derecho independiente, autónomo y anterior al proceso. En esta forma quedaron las premisas para la moderna doctrina, que en este punto es unánime. Pero como según ella la acción es un derecho concreto cuyo objeto es obtener una sentencia favorable, es fuerza concluir que no puede existir sino para la parte que tiene el derecho pretendido.

Al condicionar la acción a la sentencia favorable se llega lógicamente a concluir que al negar el juez las pretensiones del actor o sea el derecho pretendido, está negando su acción, lo que viene a ser inexacto, porque tan cierto es que la acción le corresponde a pesar del insuceso de las pretensiones, que merced a ella se produjo el proceso y se adelantó hasta el fin o la sentencia.

95. Teoría de la acción como derecho concreto, autónomo, potestativo y privado.

De acuerdo con Chiovenda, la ley concede, en muchos casos, a una persona el poder de influir con la manifestación de su voluntad en la condición jurídica de otro, sin el concurso de la voluntad de éste⁸⁰. Así, el cónyuge agraviado puede pedir la separación de cuerpos o el divorcio; el demandante puede revocar su poder.

De estas facultades, unas se ejercen directamente por la persona y otras sólo mediante la necesaria intervención del juez.

Esas facultades no son puramente ideales, sino creadas y concedidas por la ley, producen un verdadero bien, y por lo tanto, "no hay motivo para no incluirlas entre los derechos".

Se trata de derechos que se traducen en un poder jurídico, y por esto se oponen tanto a los derechos reales como a los personales. De ahí el nombre especial de derechos potestativos que Chiovenda propone para ellos. Pues bien, la acción es uno de esos derechos potestativos.

"La acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley".

Es diferente del derecho sustancial que alega tener el actor, y es también distinta de la obligación que hay en cabeza del demandado, y no es medio para que actúe, "ni un elemento ni una función del derecho subjetivo", "sino un derecho distinto y autónomo que nace y puede extinguirse independientemente de la obligación".

⁸⁰ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. I, núm. I, ps. 69-84. Defendió esta tesis también Piero Calamandrei: *L'azione*, en *Opere giuridiche*, Napoli, 1970, t. IV, p. 125.

Tres objeciones debemos hacer a la doctrina de Chiovenda⁸¹.

1ª) Como nos habla sólo de condición para la actuación de la voluntad de la ley, lo cual ocurre tenga o no derecho de actor, y séale o no favorable la sentencia, en su definición libera el concepto de acción del vínculo que en la teoría anterior lo ata al derecho material. No obstante dice que es un derecho *concreto* y que son condiciones de la acción las “necesarias para obtener una resolución favorable” al actor, por lo cual en definitiva incurre en el error de considerar como objeto de la acción la sentencia favorable.

2ª) Considera él que como el interés perseguido por el actor es privado, también la acción es un derecho privado, que puede ser cedido. Aquí fueron más técnicos los citados autores alemanes, quienes la consideran como un derecho subjetivo público. Además, la cesibilidad corresponde al derecho sustancial pretendido, pero no a la acción (véase núm. 94).

3ª) La noción del derecho potestativo, según la concibe Chiovenda, adolece de demasiada sutileza, y lleva a dos errores: a colocar como sujeto pasivo de la acción a la contraparte, pues la considera “como aquella que debería sufrir el efecto jurídico considerado como objeto del derecho”, y a confundir el derecho subjetivo con la facultad.

Lo que es potestativo es ejercitar o no el derecho de acción, pero no el derecho mismo; y esto sucede con casi todos los derechos, ya que se pueden ejercitar, o no, sin que eso desvirtúe o no su naturaleza.

96. Teoría del derecho subjetivo procesal, abstracto y público, para el cumplimiento del proceso.

Esta teoría, enunciada por Francisco Carnelutti, constituye un trascendental avance y un gran esfuerzo jurídico para darle a la acción una estructura sólida y científica⁸². Consta de las siguientes proposiciones:

1ª) La acción constituye, sin duda, un derecho autónomo y anterior al proceso, pero un derecho subjetivo procesal abstracto, porque no persigue la sentencia favorable, sino que haya un proceso en el cual se resuelva sobre las pretensiones del demandante.

⁸¹ Devis Echandía: *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 162-163, y *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 102.

⁸² Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núms. 137-156; *Instituciones*, ed. cit., t. I, núm. 206.

2ª) El interés que la acción protege no es el interés que se halla en litigio, sino el interés de que el litigio tenga una justa composición. Es aquí donde surge la diferencia entre el derecho subjetivo material y la acción. Por eso es la acción un derecho público, subjetivo, que persigue un fin público, en interés público, al paso que el derecho que causa el interés radicado en el litigio es privado.

3ª) Para que el particular tenga la acción debe gozar de cierta idoneidad, la que resulta de una especial situación respecto al litigio. Pero no se trata de que sea el titular del derecho subjetivo material, porque bien puede tener la acción sin que este derecho le corresponda, sino del interés en la composición del litigio. Por eso uno puede ser el sujeto activo del derecho y otro de la acción ejercida con pretexto de aquél, aun cuando en esta hipótesis la sentencia deba desestimar las pretensiones del demandante. Esto pone una vez más de manifiesto la diferencia entre los dos. Igualmente, puede suceder que quien ejercita la acción no sea el titular del interés en litigio, sino otra persona que obra en nombre o en sustitución de éste (véase núm. 142).

4ª) La acción es un derecho subjetivo procesal, porque impone al juez una obligación procesal: la de proveer, que es completamente diferente de la obligación sustancial del demandado y que se afirma en la demanda. Esta obligación procesal, que es el contenido de la acción, se satisface con el proceso, esto es, con su realización cualquiera que sea el resultado para el actor, y tiene existencia, sin que para ello se tenga en cuenta si el actor tiene o no un derecho sustancial correlativo.

5ª) Sujeto pasivo de la acción es, por lo tanto, el juez o la oficina judicial ante quien se presenta la demanda.

6ª) Esta obligación del juez consiste, como es lógico, únicamente en proveer, pero no necesariamente de manera favorable, al actor; es decir que la acción le exige al juez proveer, pero no le fija cómo debe hacerlo. De ahí que la acción puede definirse como "derecho al proveimiento y, en particular, a la sentencia", mas no a la sentencia favorable.

7ª) La acción no es un derecho subjetivo privado, sino un derecho subjetivo público y más exactamente forma parte de los *derechos cívicos*.

Como puede observarse, Cernelutti separa definitivamente el derecho sustancial pretendido y el derecho de acción, le asigna a éste su verdadera naturaleza de público y su objeto preciso: la sentencia mediante el proceso, sin condicionarla al resultado favorable para el actor. Se corrigen así los errores de Chiovenda y se utilizan los aspectos correctos de las doctrinas de éste, y de Muther. Con todo, su teoría puede ser objeto de varias críticas.

Tiene el defecto de ligar la acción a la presencia del litigio. El mismo Carnelutti reconoce en sus *Instituciones* que ha "podido rectificar la teoría de la litis, cuya primera formulación reconozco como excesiva"⁸³.

Por otra parte, al considerar como sujeto pasivo de la acción al juez u oficina judicial ante quien se presenta la demanda, sin contemplarlo como representante del Estado para la función jurisdiccional, el preclaro procesalista desvirtúa la personalidad jurídica del Estado y el concepto de su unidad, pues éste actúa por intermedio del funcionario judicial.

Pero respecto a los otros conceptos de Carnelutti, que hemos sintetizado en las anteriores proposiciones, consideramos que representan un fundamental y definitivo avance en la tecnificación del concepto de acción desde un punto de vista rigurosamente procesal⁸⁴.

97. El desarrollo de la doctrina después de Carnelutti, los estudios de Ugo Rocco, Couture y otros.

a) Para Ugo Rocco⁸⁵ la jurisdicción se presenta no solamente como un derecho del Estado a someter al particular, sino también como una obligación jurídica del mismo, de ejercitar y prestar la jurisdicción civil. Pero es una obligación *ex lege*, porque las normas legislativas se la imponen directamente a sus órganos jurisdiccionales. Como el Estado sólo puede obrar por medio de sus órganos, únicamente mediante éstos puede ser sujeto pasivo de una obligación, y así el vínculo jurídico del Estado no es ni puede ser sino el vínculo jurídico de sus órganos. Esa obligación es de derecho público, en cuanto consiste en la realización de una actividad y de una función soberana, a la cual corresponden en los ciudadanos un derecho subjetivo público individual hacia el Estado, derecho cívico, a aquellas prestaciones de derecho público, que tienen por objeto la comprobación o la realización coactiva de los intereses materiales protegidos por el derecho objetivo. Tal es al derecho de acción.

Pero la prestación del Estado no es únicamente para el demandante, sino también para el demandado, por lo cual es necesario distinguir en el desarrollo de la prestación jurisdiccional la relación que surge entre el demandante y el Estado (*relación*

⁸³ Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit., prefacio, núm. 6.

⁸⁴ Devis Echandía: *Nociones generales*, ed. cit., ps. 164-168, y *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 103.

⁸⁵ Rocco: *Trattato*, ed. cit., 1966, t. I, ps. 264-282.

jurídica de acción propiamente dicha) y la relación que se produce entre el demandado y el Estado (*relación jurídica de contradicción en juicio: excepción y defensa*).

Aun en el caso de que la sentencia de mérito o de fondo niegue la existencia del derecho que el demandante pretenda, y absuelva al demandado, la acción se ha ejercido y desarrollado hasta la consecución de su fin, esto es, la sentencia que define la existencia o inexistencia del derecho pretendido. La acción será infundada, pero existirá.

La relación jurídica de acción pertenece a la categoría de las relaciones de derecho público, cuyos elementos son *indeterminados*, pero determinables; en efecto, sus elementos son los sujetos y la prestación su objeto. En ese sentido, el derecho de acción es un *derecho abstracto*, es decir, genéricamente determinado, como abstracta y genéricamente determinada es la obligación jurídica del Estado correlativa a él (obligación de la jurisdicción).

De esta manera, la indeterminación de esos elementos termina en el momento mismo en que la relación abstracta se convierte en concreta por virtud de la demanda, que transforma tal pretensión de *general* en *individual*; de *abstracta*, en *concreta*; de *indeterminada* en *determinada*.

Rocco concluye dando esta definición: "el derecho de acción es el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional, para la confirmación o la realización coactiva de los intereses (materiales o procesales) protegidos en abstracto por las normas del derecho objetivo".

Por consiguiente, el derecho público subjetivo de acción no se dirige hacia el juez, sujeto físico que personifica el órgano, y mucho menos hacia la oficina judicial, que no es persona jurídica, sino hacia el Estado, persona jurídica que se vale de los sujetos físicos (jueces y magistrados), que componen a su vez las oficinas judiciales.

Compartimos la conclusión de Rocco: el sujeto pasivo de la acción es el Estado, por conducto del juez, y no éste independientemente, y mucho menos la oficina judicial (juzgado o tribunal). Rocco elimina también el vínculo entre acción y litigio, como se ve por su definición. Son éstos los únicos puntos en que existe verdadero desacuerdo entre Carnelutti y Rocco, que nosotros decidimos en favor del último; en lo demás coinciden estos dos grandes juristas, por lo que debemos aceptar que Rocco utilizó los avances obtenidos por Carnelutti.

Por otra parte, con la teoría de Rocco se obtiene una idea más precisa de la doble relación jurídica que se origina con la actividad jurisdiccional: la relación de acción (demandante-Estado), y la relación de contradicción (demandado-Estado); tam-

bién del carácter de esa relación jurídica como indeterminada, pero determinable en sus dos elementos sujetos y objeto o contenido. Desde estos cuatro aspectos del *Trattato* de Rocco, presenta un progreso en el perfeccionamiento del concepto procesal de acción⁸⁶.

b) Para Couture⁸⁷, en el Estado de derecho la violencia privada se transforma en petición ante la autoridad; esa petición constituye el poder jurídico del individuo de acudir ante la autoridad que no puede serle quitado a nadie, porque, prohibida la justicia por mano propia, ese poder es el medio necesario para obtener la prestación de la jurisdicción a fin de conseguir la justicia por medio de la autoridad, y privarlo de una y otra sería negarle la justicia.

Por lo tanto, un poder de esa índole, forma parte de la estructura misma del derecho, debe ser otorgado con la misma generosidad, sin que sea posible preguntarse de antemano si el reclamante tiene o no razón y si actúa de buena o mala fe; esto no podrá saberse sino con la sentencia; ni siquiera cabe exigirle una apariencia de razón. ¿Cuál es su naturaleza? Couture responde que es uno de esos *derechos cívicos* inherentes a todo sujeto de derecho, en su condición de tal; es el *mismo derecho constitucional de petición a la autoridad*, consagrado en la mayoría de las Constituciones vigentes.

La acción "vendría a ser, así, una *especie dentro del género de los derechos de petición*", porque el derecho constitucional de petición no es otra cosa que el derecho de comparecer ante la autoridad.

Posteriormente, en sus *Fundamentos* (ed. póstuma, 1958) nos da Couture una definición más completa de acción, así:

"Es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión"⁸⁸.

Ya no habla de la acción como *derecho cívico*, sino como *poder*, y dice que se encuentra consagrado en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Es un poder jurídico distinto del derecho material y de la pretensión, pues se puede tener acción y no tener el derecho material, pero

⁸⁶ Devis Echandía: *Nociones generales*, ed. cit., ps. 175-179, y *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 107.

⁸⁷ Couture: *Estudios de derecho procesal civil*, 1948, t. I, ps. 24-44, y *Fundamentos*, 1958, ps. 57-78.

⁸⁸ Couture: cita anterior.

sí la pretensión de tenerlo. No cabe distinguirla del derecho a demandar, porque éste es justamente la acción; lo que pasa es que la acción se hace efectiva mediante una demanda en sentido formal, y ésta no es sino el ejercicio de aquélla.

Las diferencias entre acción y los otros derechos de petición “no pertenecen a la esencia sino a la técnica de este derecho” (con lo que rectifica su concepto contenido en la primera edición).

Como se aprecia a primera vista, la doctrina de Couture no contradice la de Carnelutti, sino que se apoya en ella, excepto en un punto: el concepto de *poder* y no *derecho* de la acción.

Debemos hacerle varias observaciones: lo que compromete al tercer demandado en el proceso, no es la acción, sino la pretensión que se dirige contra él y el poder del juez que dispone notificarlo para hacerlo sujeto de la relación jurídica procesal; el derecho procesal moderno se ha definido por el concepto de la acción, como derecho subjetivo; por último, son tan grandes las diferencias, como el mismo Couture lo anota, entre el derecho de petición genérico y la acción, que apenas es posible encontrarles alguna analogía y una similar garantía constitucional; es mejor considerar la acción como derecho público cívico especial; no es correcto decir que la acción persigue reclamar “la satisfacción de una pretensión”, porque esto puede entenderse como perseguir sentencia favorable, por lo que es mejor decir que se persigue con ella la *decisión* sobre una pretensión (favorable o desfavorablemente)

c) Las anteriores conquistas logradas principalmente por Carnelutti y Rocco, secundadas por Calamandrei, Couture y otros, forman parte definitiva de la doctrina procesal contemporánea, aunque algunos autores como Santi Romano, Enrico Allorio y Marco Tulio Zanzuchi⁸⁹ consideran la acción como un poder y no como un derecho subjetivo, y otros como Enrico Redenti y Salvatore Satta⁹⁰ no separan bien el concepto de aquélla del de pretensión; el último, además, la consideró inicialmente como un simple hecho (ni poder, ni derecho), pero en la última edición de su obra ya no aparece este concepto.

Enrico Tulio Liebman⁹¹ la entiende como un derecho abstracto y autónomo a provocar el ejercicio mismo de la función

⁸⁹ Santi Romano: *Principios de derecho procesal civil*, p. 311; Allorio: *El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial*, Buenos Aires, 1957, ps. 38-39, 98-101 y 121-125; Zanzuchi: *Diritto processuale civile*, Milano, 1955, ps. 50-64.

⁹⁰ Redenti: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1951, t. I, ps. 44-58; Satta: *Diritto processuale civile*, Padova, 1967, ps. 102-110.

⁹¹ Liebman: *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1967, t. I, núms. 12-15, ps. 31-47.

jurisdiccional, sin que con ella se persiga una sentencia favorable; opina que se dirige al Estado, como titular de la potestad jurisdiccional que se pone en movimiento para satisfacer un interés público. En lo fundamental está de acuerdo con Carnelutti y Rocco; coincide además con éste en cuanto a sujeto pasivo de la acción.

En Colombia, Carlos Ramírez Arcila nos ofrece un concepto correcto y moderno de la acción ⁹². También Jaime Azula Camacho ^{92 bis}, excepto en cuanto además de considerarla un derecho subjetivo agrega que en lo civil es una facultad de la cual puede o no hacerse uso, mientras en lo penal “es un deber de imperiosa observancia”, y que por tanto “la acción civil es un derecho-facultad, al paso que la penal es un derecho-deber, pero ambas son derechos subjetivos”; pues los conceptos de derecho y facultad resultan contradictorios y lo facultativo es ejercitar o no el derecho de acción; además, también en lo penal (con la excepción del caso de los fiscales o funcionarios del ministerio público que sí tienen el deber de ejercitar la acción para pedirle al juez que inicie la investigación o el proceso penal, en los sistemas legales, como el colombiano, que dejó de regir en enero de 1982 en virtud del nuevo C. de P. P. que le otorga la investigación sumarial o previa al juzgamiento a los fiscales instructores que crean), las demás personas apenas tienen el deber de dar la “noticia del crimen” sin que tengan el deber de ejercer acción pidiendo tal investigación o que se inicie proceso; en derecho público moderno es correcto el concepto de derecho-deber, pero en materia de acción solamente es aplicable al ministerio público, quien tiene el deber de ejercitar el derecho de acción, siempre que tenga noticia de un ilícito penal que no exija querrela de la parte ofendida o lesionada con éste: las demás personas pueden ejercer la acción penal en sistemas no exclusivamente acusatorios, si piden se inicie investigación o proceso, pero pueden limitarse a dar noticia del crimen, de modo que también para ellas es facultativo ejercitarla. Este error de Azula Camacho proviene del mío en que incurrí en las primeras ediciones, pues no hice esa distinción y me referí en general al deber de ejercitar la acción penal por los particulares y funcionarios distintos del juez que recibe la denuncia. De manera que ahora estoy corrigiendo mi propio error para hacer la distinción que acabo de exponer (véase núm. 99).

⁹² Ramírez: *Teoría de la acción*, Bogotá, 1969, y *Acción y acumulación de pretensiones*, Bogotá, Edit. Temis, 1978; *Acciones y pretensiones contencioso-administrativas*, publicado en la «Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia», julio-diciembre 1980, ps. 122 a 163.

^{92 bis} Jaime Azula Camacho: *Manual de derecho procesal. Teoría del proceso*, Bogotá, 1979, Editorial «Derecho y Ley», ps. 97-129.

Con el sistema procesal penal acusatorio de monopolio de la acción por los fiscales o el ministerio público, cuando éstos inicien de oficio la investigación sumarial, no habrá ejercicio de "acción procesal", sino de oficio ejercitarán la jurisdicción, pero cuando formulen la acusación ante un juez ejercitarán de oficio la acción procesal como instrumento para también de oficio formular la pretensión o imputación penal definitiva contra el hasta entonces sólo imputado que se convierte en procesado en sentido estricto al admitir el juez dicha acusación.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo tiene también un magnífico trabajo sobre este tema⁹³.

En la Argentina encontramos varios estudios interesantes sobre el tema, entre ellos los de Ricardo Reimundín, Santiago Sentís Melendo, Lino Enrique Palacio^{93 bis}.

En Uruguay, los estudios de Adolfo Gelsi Bidart, Enrique Vécovi y Dante Barrios De Ángelis.

Más adelante (véase núm. 99) veremos la aplicación penal y la doctrina especial sobre la acción en materia penal.

98. Nuestro concepto sobre la acción.

Procuraremos sintetizar nuestro concepto⁹⁴.

a) *Es una actividad jurídica por naturaleza*, puesto que origina relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, cargas y facultades.

b) *Es un derecho subjetivo* y no un simple poder o una facultad inherente al derecho de libertad o a la personalidad, que pertenece a todas y cada una de las personas físicas o jurídicas que quieren recurrir al Estado para que les preste el servicio público de su jurisdicción, cualquiera que sea la razón o el derecho material que aleguen; esas cuestiones deben examinarse sólo para determinar si la sentencia debe ser de fondo o mérito y favorable

⁹³ Alcalá-Zamora y Castillo: *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México, 1974, t. I, ps. 317-368.

^{93 bis} Reimundín: *Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual*, Buenos Aires, 1966, pero incurre en reiterada confusión de los dos conceptos, en detrimento del de acción; Sentís Melendo: *Acción*, en *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, 1967, ps. 127-200; Palacio: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1967, t. I, ps. 388-389.

⁹⁴ Devis Echandía: *Nociones generales de derecho procesal*, ed. cit., ps. 179-185, y *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 110, donde presentamos con mayor extensión y profundidad nuestro concepto.

o desfavorable al demandante, o en excepciones previas cuando la ley lo autorice (véase núm. 130); pero no pueden excluir la titularidad de la acción.

c) *Es un derecho autónomo, público, individual o abstracto*, que pertenece al grupo de los derechos cívicos, cuya raíz se encuentra en las garantías constitucionales del particular frente al Estado y cuyo origen puede ser el común a todos los derechos de petición a la autoridad, pero que se diferencia fundamentalmente de éstos por su contenido, su objeto, sus fines, la calidad de los funcionarios ante quienes debe formularse, las relaciones jurídicas que de su ejercicio se deducen, la obligatoriedad y, por lo general, la inmutabilidad (cosa juzgada) de la decisión con que normalmente concluye el proceso. Este derecho existe antes del proceso, pues éste es el resultado de su ejercicio y aquél nace desde el momento en que se tiene interés en la composición de un litigio o en la declaración de un pretendido derecho material o en el cumplimiento de una formalidad mediante un proceso de jurisdicción voluntaria, o en que se inicie una investigación y un proceso penal.

d) *Sujetos de la acción son únicamente el actor (sujeto activo) y el Estado a quien se dirige a través del juez, que es el órgano mediante el cual actúa (sujeto pasivo)*. Ni el demandado ni el sindicado o imputado son sujetos pasivos de la acción; únicamente lo son de la pretensión que sí está dirigida contra ellos (véanse núms. 113-121) y de la relación jurídica procesal (véase núm. 87).

Pero no es un derecho contra el Estado, porque no existe contraposición de interés entre el actor y el Estado, sino un derecho *hacia* el Estado, en cuanto tiene que ser dirigido a él y ejercitado ante el funcionario judicial que lo representa. La obligación del Estado es de proveer, por conducto del juez, y es impuesta por la ley o *ex lege*, y no por el actor o demandante; pero éste la hace efectiva en el caso concreto. Sólo en este sentido el Estado es el sujeto pasivo de la acción.

e) *Su fin es proteger primordialmente el interés público y general en la tutela del orden jurídico y en la paz y armonía sociales*; sólo secundariamente tutela el interés privado del actor.

f) *Su objeto es iniciar un proceso y mediante él obtener la sentencia que lo resuelva (inhibitoria o de fondo, favorable o no, condenatoria o absolutoria)*. En forma alguna la acción tiene por objeto o fin una sentencia favorable, ni implica necesariamente una sentencia de fondo o mérito, pues para ello se requieren otras condiciones que conciernen a la existencia real del derecho

subjetivo material, lo primero, y a la titularidad del interés jurídico sustancial en el litigio y a tener legitimación para formular las pretensiones, lo segundo (véanse núms. 152 y 164; 134, 138 y 151).

El demandado cuando existe (y existirá siempre que se trate de proceso contencioso), no es sujeto de la acción, pero sí sujeto pasivo de la pretensión, y sujeto activo de su derecho de contradicción; junto con el demandante es sujeto de la relación jurídica procesal que se inicia al admitir el juez la demanda y ordenar llevar a cabo la notificación a aquél de la providencia admisorias. Lo que contra el demandado se dirige es la pretensión del demandante.

Tampoco el sindicado o imputado es sujeto pasivo de la acción, sino de su derecho de contradicción o defensa y es sujeto también de la relación jurídica procesal una vez que es oído en indagatoria; lo que contra él se dirige es la imputación formulada en el auto de proceder y por tanto la pretensión punitiva.

La obligación que el *derecho de contradicción* impone al Estado es la misma de proveer y dictar sentencia que le impone la acción; esa sentencia será inhibitoria, o de mérito o fondo para resolver sobre su defensa y sus excepciones, según que se cumplan o no los presupuestos materiales o sustanciales que para ello se requieren.

La vinculación y obligación del demandado respecto del proceso son también *ex lege*; se deducen de la ley, no de la acción.

g) *La relación de jurisdicción contenciosa es, pues, doble: relación de acción* (entre el Estado y el demandante o ministerio público cuando promueve el proceso penal y la parte civil en éste, por un lado) *y relación de contradicción* (entre demandado o sindicado, y Estado).

La relación de jurisdicción voluntaria es simple (relación de acción únicamente).

También el derecho de contradicción que corresponde al demandado o al sindicado o imputado tiene su raíz y su garantía constitucional en el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido juzgado y sin habersele dado la oportunidad de ser oído y vencido en proceso, por los trámites que la ley señala para cada caso. En el cap. XII estudiaremos más ampliamente su naturaleza y objeto.

h) *Se distingue del derecho material subjetivo y de la pretensión* que se busca satisfacer y que aparece en las peticiones de la demanda, y también de la imputación hecha al sindicado o imputado.

i) *Pertenece a toda persona material o jurídica, por el solo hecho de querer recurrir a la jurisdicción del Estado, pues existe siempre un interés público que le sirve de causa y fin, como derecho abstracto que es.*

El particular piensa en su interés individual y privado, sin el cual en la mayoría de los casos civiles, laborales y contencioso-administrativos no ejercitará la acción, aun cuando se encontrara ante una situación contraria al derecho objetivo, que mediante el proceso se pudiera remediar o enderezar; pero utiliza el interés público que siempre existe en la pacífica solución del conflicto o en la tutela de la norma objetiva (puede no existir litigio), como *medio* para lograr esos fines. Sin embargo, la jurisdicción entra en actividad ante su demanda o denuncia, en razón de ese interés público y no de su interés privado.

Ese interés público es, por consiguiente, el *interés-causa* y el *interés-fin* de la acción.

Por eso tiene interés suficiente en el ejercicio de la acción toda persona por el solo hecho de ejercitarla, porque al hacerlo está afirmando que existe la necesidad de la actividad jurisdiccional por cualquiera de esos motivos.

Cuando se habla de que *sin interés no hay acción* se debe entender, conforme al derecho procesal moderno, el interés en la pacífica solución del litigio (si lo hay), o en la declaración por vía judicial de un derecho o relación jurídica material (cuando no hay litigio), o en la investigación y represión de los ilícitos penales. Pero en realidad ese interés siempre existe. Ese principio ha dejado de ser exacto en el derecho moderno. Y debe referirse sólo a que, en materias civiles, laborales y contencioso-administrativas, sin interés sustancial no hay sentencia de fondo, es decir, al llamado interés para obrar o mejor dicho el interés sustancial en la pretensión para la sentencia de fondo (véase capítulo XV).

Aquí se encuentra esa raíz constitucional de derecho de petición que existe en el derecho de acción desligado de toda justificación de su ejercicio y que a toda persona corresponde (C. N., colombiana, art. 45).

j) *Definición.* Por último, como definición proponemos la siguiente:

Acción es el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso.

99. La acción en el proceso penal.

El concepto de acción, desde el punto de vista rigurosamente procesal, tal como lo expusimos en el número anterior, tiene perfecta aplicación en el proceso penal, en los siguientes casos: 1º) cuando éste se inicia como resultado de la denuncia formulada por un particular o un funcionario judicial (distinto del ministerio público o del fiscal), en la cual pide la iniciación de la investigación penal, aunque no haya sido víctima del hecho delictuoso ni haya sufrido perjuicios por él como pariente o heredero de la víctima, con o sin simultánea presentación de su demanda de parte civil para el resarcimiento de los perjuicios causados por el delito; 2º) cuando se inicie a petición del ministerio público o del fiscal, sea éste el único que pueda formularla (como ocurre en algunos países) o que la ley permita también al juez iniciarlo oficiosamente o por denuncia de cualquier particular (como ha acontecido en Colombia por muchos años); 3º) cuando se formula la demanda de parte civil para el resarcimiento de los perjuicios, ocasionados con el delito (pero en este caso se ejercita la simple acción civil en el proceso penal), lo cual también existe en Colombia.

En estas tres hipótesis hay una persona que ejercita la acción ante el juez de instrucción o el competente para la causa, para que se inicie el proceso. Se presentan por lo tanto, todos los requisitos para la existencia y ejercicio de la acción; la circunstancia de que pueda ejercitar la acción penal quien no haya sido víctima del delito, ni haya sufrido indirectamente perjuicios por el mismo (los hijos menores y el cónyuge sobreviviente y otros parientes, que sufren indirectamente el perjuicio patrimonial y moral por la muerte del causante), se explica fácilmente porque aquélla no persigue sentencia favorable al actor ni condenatoria del sindicado o imputado, simplemente que se adelante la investigación y el proceso y concluya con la sentencia a que haya lugar ⁹⁵.

⁹⁵ Carnelutti: *Lecciones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1950, t. II, núms. 167-168; Fairén Guillén: *La disponibilidad del derecho de defensa en el sistema acusatorio español*, en «Revista Argentina de Derecho Procesal», enero-marzo 1969, núm. 1, ps. 76-86, y *La situación actual del ministerio público*, en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1970, núm. 4, ps. 759-812; Tomás Muñoz Rojas: *Anotaciones en torno a la cosa juzgada penal*, en la Revista citada, núm. 4, 1970, ps. 821-874; Vélez Mariconde: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1969, t. I, ps. 257, 272-279; Carlos J. Rubianes: *Manual de derecho procesal penal*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1976, t. I, ps. 255-261; Devis Echandía: *Principios fundamentales del derecho procesal penal*, Bogotá, 1981, ed. cit., ps. 67 a 73; Devis Echandía: *Principios fundamentales del derecho procesal penal*, Edit. ABC, Bogotá, 1982; Ada Pellegrini Grinover: *As condições da ação penal*, Edic. Coleção Jurídica, Edit. José Bushatsky, São Paulo, Brasil, 1977; Edgardo Gramajo: *La acción en*

Esa acción penal es pública, cuando la ley permite que la ejercite cualquier persona y ésta no se limita a dar la noticia del crimen sino que pide se adelante la investigación o el proceso; en cambio, es privada cuando la ley penal sólo permite que se ejercite por la víctima del delito o sus herederos, es decir, cuando prohíbe iniciar la investigación y el proceso sin la denuncia de aquélla o de éstos, lo cual es un caso de excepción que tiende a desaparecer en el derecho penal contemporáneo. Cuando sólo pueda ejercitarla el ministerio o el fiscal, éste será su único titular, pero no se tratará de acción privada porque aquél representa a la sociedad; luego, se trata de acción pública *sui generis*.

Pero es necesario aclarar que la ley no obliga a ejercitar la "acción procesal penal" a quien tenga conocimiento de un hecho ilícito penal, sino apenas a que dé informe de su ocurrencia. Ejercita "acción procesal" solamente el denunciante que además de dar esa noticia, pide que se haga adelante, o inicie la investigación o el proceso.

La acción pública penal presenta dos modalidades: puede ser ejercitada directamente ante el juez, por el particular o sólo por ministerio público o fiscal a quien los particulares deben comunicar los hechos delictuosos de que tenga conocimiento. En la última modalidad, la acción penal para que el juez de la causa inicie el proceso es ejercitada solamente por el ministerio público, y los particulares sólo tienen la facultad de instar la promoción de la acción, por aquél, como observa Vélez Mariconde⁹⁶, por lo que es una "acción pública exclusiva" del ministerio público o el fiscal; es el sistema acusatorio puro.

En cambio, cuando el juez investigador o el competente para la causa inicia oficiosamente el sumario o el proceso, nadie ejercita la acción penal, como observan Cernelutti y otros autores⁹⁷. Es

la teoría del delito, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1975; Fenech Miguel: *Derecho procesal penal*, Edit. Labor, Barcelona-Madrid, t. I, p. 283; Florian Eugenio: *Elementos de derecho procesal penal*, Editorial Bosch, Barcelona, p. 179.

⁹⁶ Vélez Mariconde: cita anterior.

⁹⁷ Véase cita 131. Pero son muchos los autores que hablan erróneamente de que el Estado es titular de la acción penal, por ejemplo, Clariá Olmedo: *Tratado*, ed. cit., t. I, núms. 217-218; a menos que se refieran al sistema que limita su ejercicio exclusivamente al Ministerio Público. Víctor Fairén Guillén opina que cuando el juez inicia de oficio la investigación o el proceso penal, ejercita la acción ante el Estado; rechazamos este concepto, porque tal dualidad jurídica es inaceptable, ya que el juez obra siempre en representación del Estado; solamente si un juez formula la denuncia penal ante otro juez, para que éste inicie la investigación o el proceso, el primero actúa como cualquier denunciante y ejercita la acción penal; Fairén Guillén: *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 117.

un grave error decir que “la acción penal corresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y por el juez competente”, y decir que “la acción penal corresponde al Estado” o “que se ejerce por el fiscal general de la Nación, por sí o por medio de sus agentes”, salvo en cuanto en la acusación del fiscal ante el juez si se ejerce acción. Lo que pertenece al Estado y éste ejerce por conducto del instructor o el juez de la causa, es la jurisdicción, y también por igual conducto formula de oficio la pretensión punitiva o imputación para que en la sentencia se defina sobre ella. Por consiguiente, cuando el juez o el instructor inician la investigación o el proceso, sin denuncia de nadie y sin acusación de un particular ni instancia del ministerio público, por haberles llegado por otro conducto la *noticia criminal*, no están ejercitando ninguna acción ante sí mismo (concepto notoriamente absurdo), sino simplemente poniendo oficiosamente en movimiento la función jurisdiccional del Estado. No puede haber acción sin actor, y en la hipótesis que examinamos, éste no aparece por ninguna parte. El Estado es el sujeto pasivo de la acción, a través del juez, pero jamás puede ser el actor, ni es aceptable colocar al mismo tiempo al juez o al ministerio público o fiscal en el doble y contradictorio papel de sujeto activo y sujeto pasivo de la acción; en cambio, es el sujeto activo de la jurisdicción y puede ejercerla por conducto del juez y lo mismo la pretensión penal formulando la imputación, sin necesidad de acción alguna que lo obligue a ello; ésta es una de las diferencias que todavía subsisten entre el proceso penal y el civil (con notables salvedades en Rusia y otros países socialistas, donde pueden iniciarse de oficio muchos procesos civiles). Cuando el particular se limita a dar al juez la *noticia criminis*, sin formular verdadera denuncia que contenga una solicitud para que se inicie la investigación y luego el proceso penal, no ejercita acción; lo mismo cabe decir cuando ese aviso lo da una autoridad administrativa o de policía u otro juez. El proceso se inicia entonces oficiosamente por el juez, sin que medie acción alguna sino simple ejercicio de la jurisdicción. Sólo con un criterio demasiado amplio podría decirse que ese simple aviso del hecho delictuoso sea el ejercicio de la acción penal, porque el juez debe iniciar el sumario y luego el proceso si hay mérito para éste; pero rechazamos el concepto, porque en tal caso el juez o funcionario investigador, inicia la investigación o el sumario (que es lo mismo), *por mandato legal* y no porque se lo haya pedido alguien, puesto que apenas ha recibido un informe o una noticia de que existió posiblemente un ilícito penal, por lo que en verdad actúa exactamente como cuando sin aviso de nadie, sino por propia iniciativa, adelanta tal investigación, por tratarse de un caso que ha tenido publicidad periodística o notoriedad o que le informa la policía.

Existe una importante diferencia en cuanto al ejercicio de la acción por los particulares en materia penal y en lo civil, laboral o contencioso-administrativo: en estas ramas es siempre el ejercicio voluntario del derecho subjetivo a impetrar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado, en un caso concreto; en aquélla existe un deber legal de ejercitarla, cuando se trate del ministerio público o de fiscal y tiene conocimiento del ilícito penal (sea en un sistema acusatorio que lo deje como único legitimado para promover la investigación y el proceso ante juez o que se permita promoverlos también a cualquier persona que formule la denuncia ante juez); excepto en los casos en que la ley le otorga al ofendido por el delito el derecho de decidir si promueve o no el proceso penal, que constituye una excepción en vía de desaparecer (esto en países como Colombia hasta enero de 1981, donde la investigación penal puede ser iniciada por el juez mediante denuncia de cualquier persona, salvo en los casos de excepción que acabamos de indicar). En cambio, respecto a los demás funcionarios públicos distintos del juez que recibe la denuncia o querella y a los particulares lesionados o no con el delito, la ley les impone el *deber* de dar la noticia del crimen o de la posibilidad de que éste haya ocurrido, a algún juez penal o funcionario de policía o fiscal, pero no les impone el *deber* de formular verdadera denuncia en la cual *soliciten que se inicie la investigación o el proceso penal*, de manera que no siempre ejercen la acción penal, lo cual solamente ocurre en el último caso y no cuando se limitan a dar el aviso o noticia del ilícito, por lo cual debemos concluir que para esos funcionarios y particulares es también facultativo ejercer o no la acción penal.

Sin embargo, la existencia de ese deber de ejercitar la acción no impide aceptar que ésta sea un derecho subjetivo, porque aquél se explica por la naturaleza pública y cívica de tal derecho (véase núm. 24). En el campo del derecho público es normal que existan derechos subjetivos cuyo ejercicio sea un deber, cuando ocurren las circunstancias previstas por la ley para ello; así ocurre, por ejemplo, con los derechos subjetivos públicos de votar en elecciones populares (para elegir presidente de la República o miembros del Congreso, etc.), y de ser elegido para cargos de forzosa aceptación (en el último ejemplo, porque una vez elegido se tiene el deber de ejercer el cargo).

100. Elementos del derecho de acción y de la pretensión.

Muy generalizado es el error de confundir los elementos del derecho de acción y los de la pretensión.

Puede decirse que hay acuerdo de que los elementos de la acción son los sujetos, su objeto y su causa. Pero al determinar qué se entiende por cada uno de éstos, surgen diferentes opiniones.

1º) *Los sujetos del derecho de acción.* Son el actor y el juez en representación del Estado; aquél como sujeto activo y éste como sujeto pasivo. Sujeto activo de la acción puede ser cualquier persona, natural o jurídica por un solo acto de voluntad al impetrar la iniciación del proceso con cualquier fin. Otra cosa es que la ley exija determinados requisitos para que la *demanda* sea admitida y se inicie el proceso (presupuestos procesales) y para que la sentencia pueda resolver sobre el fondo de la pretensión contenida en esa demanda (presupuestos materiales o sustanciales) (véanse capítulos XV, XVI y XVII).

En cambio, los sujetos *de la pretensión son el demandante y el demandado*, contra quien se rige; y en los procesos voluntarios lo es sólo el primero. En materia penal puede hablarse de pretensión punitiva, ejercida por el fiscal cuando obra como acusador o por el juez oficiosamente si la ley lo permite (como ocurría en Colombia) dirigida contra el sindicado o imputado; de la cual es sujeto activo ese fiscal en representación del Estado, o éste a través del juez que imputa y procesa de oficio, y la parte civil; y pasivo el mismo sindicado o imputado, luego procesado (véase núm. 114).

2º) El *petitum* de la demanda persigue una sentencia favorable que acceda a lo que en él se contiene; la acción tiene como objeto la sentencia, favorable o desfavorable.

En cambio, *objeto de la pretensión* es obtener la sentencia favorable que otorgue lo que en el *petitum* de la demanda se reclama.

En lo penal, la pretensión punitiva que formule el denunciante víctima del ilícito o sus herederos, persigue la sentencia condenatoria favorable a su pretensión; pero la pretensión penal que formule el fiscal investigador y acusador o el juez de oficio, tienen por su especial naturaleza un fin diferente: que se resuelva justa e imparcialmente sobre la responsabilidad o la inocencia del imputado y del procesado.

3º) También es frecuente confundir la causa del derecho de acción y la *causa petendi* de la demanda.

Nosotros creemos que deben separarse radicalmente los conceptos de *causa petendi* y *causa de la acción*, y que sólo así se podrá terminar con la confusión reinante. La primera se refiere a la pretensión, al *petitum* de la demanda, y la forman los hechos constitutivos, modificativos o impeditivos de la relación jurídica sustancial pretendida, discutida o negada. La segunda se relacio-

na con el interés que justifica el ejercicio de la acción para promover ese proceso y obtener la sentencia (en cualquier sentido), sea que exista o no realmente aquella relación sustancial y que se tenga o no el derecho pretendido; interés público que existe siempre que se necesite recurrir al proceso para cualquier fin contencioso o de jurisdicción voluntaria ⁹⁸.

Igual distinción debe hacerse entre la causa de la acción en el proceso penal, y la *causa petendi* de la demanda indemnizatoria de la parte civil o de la pretensión punitiva del particular.

Tampoco hay que confundir los elementos de la acción con los presupuestos procesales (previos del proceso y del procedimiento) y los presupuestos materiales (de la pretensión o sentencia de fondo y de la sentencia favorable). Entre los presupuestos procesales existen unos que son específicamente condiciones para el válido ejercicio de la acción (véase núm. 146); pero hay otros presupuestos procesales del procedimiento propiamente dicho y de la demanda, que no son condiciones de la acción.

Toda acción tiene los tres elementos que hemos examinado. Pero para que el proceso pueda iniciarse y adelantarse válidamente, sin defectos que lo vicien y que produzcan su nulidad, hasta terminar con la sentencia cualquiera que sea su contenido y alcance, se requiere el cumplimiento de los presupuestos procesales; y para que esa sentencia, sea de fondo o mérito, llegue a resultar favorable al demandante, se deben reunir los presupuestos materiales o sustanciales. El estudio de estas dos clases de presupuestos, muy a menudo confundidas, será materia de los capítulos XV, XVI y XVII.

101. Clasificación correcta e incorrecta de las acciones.

Así como respecto al concepto de acción han existido muchas teorías y todavía subsisten en algunos autores modernos los defectos que la concepción clásica contiene, así también respecto a su clasificación se encuentran los mismos resabios y complicaciones, con el agravante de que la terminología legal de los viejos códigos civiles, comerciales y procesales, basada en el criterio tradicional, hace más difícil extirpar el empleo de la palabra *acción* en sentido material o sustancial, para limitarla a un criterio puramente procesal. Esto ocurre en todos los países.

⁹⁸ Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. I, ps. 352 y 265.

a) *Sentido material o sustancial incorrecto.*

Es casi imposible prescindir del uso del término *acción* en sentido material, para identificar el derecho sustancial que se quiere proteger, seguido a veces del nombre de ese derecho y otras de calificativos que en el derecho civil o comercial tienen su significado consagrado; así, se habla de acción de estado civil, de filiación natural, de perjuicios contractuales o extracontractuales, de resolución o rescisión de contratos, de deslinde de inmuebles, de simulación, etc., y de acción reivindicatoria, posesoria, pauliana, restitutoria, negatoria o creditoria, etc.; pero se trata de calificar los respectivos derechos sustanciales. Se usa igualmente para distinguir la clase de bien o derecho subjetivo sustancial, cuando se habla de acción real o personal o mixta, mueble o inmueble, renunciable o irrenunciable, caducable o no caducable, prescriptible o imprescriptible, cesible o incesible, transmisible por causa de muerte o intransmisible; pero es el bien o el derecho sustancial lo que tiene esa calidad jurídica.

Como se comprende fácilmente, ese significado del término *acción* nada tiene que ver con la noción procesal que hemos estudiado, en el sentido de que es un derecho subjetivo público y cívico a la obtención de una sentencia mediante un proceso. En el sentido material se mira a la pretensión que tiene el demandante considerando el caso concreto y por lo tanto su demanda, o la tutela que el derecho objetivo le otorga a determinado derecho sustancial en abstracto (como cuando se habla en general de acción reivindicatoria o posesoria o de indemnización de perjuicios); pero refiriéndose siempre al derecho sustancial o la relación jurídica material. En el sentido procesal, se contempla sólo el objeto y fin de la acción como acto jurídico procesal; la actividad jurisdiccional que se pone en movimiento para obtener la sentencia. El demandante persigue en el proceso una determinada pretensión, y es ésta la que tiene aquellas clasificaciones.

La clasificación de las acciones en sentido material, en cuanto se refiere al derecho sustancial que se protege, es tan fecunda como lo es el derecho objetivo sustancial en el otorgamiento de derechos subjetivos: acción de dominio, posesoria, de filiación, de divorcio, etc.

Ningún problema se presentaría al abolir el uso del término acción para todos esos casos y al decir, por ejemplo, que el propietario tiene el *derecho* a reivindicar su bien cuando otra persona lo ha privado de su posesión, o que la reivindicación es el "*derecho* que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla". Y se aclararían los conceptos. Pero contemplamos el ejercicio ante

el juez del derecho sustancial de propiedad, de crédito, etc., y no un derecho adicional de aquél como erróneamente ha entendido nuestro amigo y eminente civilista Arturo Valencia Zea ⁹⁹. Es decir, en estos casos se está en presencia del *ius persequendi in iudicio y no de la acción*.

Cuando se usa el término *acción* en sentido material, para clasificar o identificar las pretensiones aducidas en la demanda, se suele decir por autores y jueces que en un determinado proceso se ha ejercitado una acción de nulidad, de simulación, de resolución de un contrato, de indemnización de perjuicios contractuales o extracontractuales, etc., con el fin de precisar cuál es el debate sustancial que en el proceso se ha planteado y, por lo tanto, el alcance de la sentencia de fondo o mérito que debe dictarse. Pero se comprende sin dificultad que en todos esos casos lo adecuado es hablar de pretensión y no de acción.

Lo mismo ocurre cuando se dice que en una demanda se pueden formular o acumular diversas acciones, como sucedía en nuestro anterior Código de Procedimiento Civil. O cuando se habla de prescripción de la acción de nulidad o de petición de herencia, etc., pues prescribe el derecho material y no la acción; en cambio ésta caduca cuando su ejercicio en proceso especial está sujeto a un término ¹⁰⁰ (C. de P. colombiano, art. 85).

Igualmente, cuando se habla de que la acción es renunciable o irrenunciable, cesible o no, en realidad se está diciendo que el derecho sustancial lo es. Lo mismo ocurre cuando se dice que la acción, es decir el derecho material, puede ser irrenunciable y, sin embargo, prescriptible, como sucede en materia de estado civil de las personas y en derecho laboral.

b) Clasificación procesal de las acciones.

Pasemos ahora a examinar la clasificación desde un punto de vista rigurosamente procesal. Entendemos por tal la que mira a la clase de jurisdicción, al tipo de proceso (ordinario o especial) y a los fines para los cuales se impetra la decisión del juez por el aspecto de su naturaleza procesal; es decir: fines declarativos, constitutivos, de condena, ejecutivos, cautelares, que son las varias maneras de obtener la declaración o la realización del derecho objetivo mediante la sentencia y las diversas clases de procesos.

⁹⁹ Valencia Zea: *Derecho civil*, t. I, ed. 1972, Bogotá, p. 304.

¹⁰⁰ Corte Suprema, 1 oct. 1944, noviembre 1955 y 21 marzo 1956, "G. J.", t. LXI, p. 587; LXXXI, p. 942 y LXXXII, p. 430, en las cuales se hace claramente esa distinción; Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., núm. 114, y *Nociones generales*, ed. cit., p. 192.

Por lo tanto, no obstante que en sentido estricto la acción es única, y por tanto sobra toda clasificación, puede aceptarse con criterio amplio el distinguir procesalmente las acciones *civiles, penales, laborales, contencioso-administrativas, militares, eclesiásticas, fiscales*, según la jurisdicción a que pertenezcan.

Y pueden distinguirse las *acciones ordinarias*, cuando inician un proceso ordinario, y las *acciones especiales*, cuando ocasionan un procedimiento especial. Estas se subclasifican en tantas cuantos procesos especiales existan.

Puede hablarse de *acción pública y privada*, según que la ley la otorgue a todo el mundo, porque protegen a la comunidad, como ocurre en materias penales, constitucionales (acción pública ante la Corte Suprema, para que se juzgue la exequibilidad de leyes y decretos con fuerza de ley) y contencioso-administrativas, o solamente a ciertas personas¹⁰¹ como en los procesos penales por delitos no perseguibles de oficio y en la mayoría de los civiles.

Y es pertinente hablar de *acción arbitral* cuando tenga por fin un proceso ante árbitros, es decir, particulares que adquieran para el caso concreto la facultad de administrar justicia cuando se formula petición para que se le inicie el proceso arbitral.

También es aceptable la clasificación procesal de acción *represiva o preventiva, singular o colectiva, contenciosa o de jurisdicción voluntaria*, según la clase de proceso de que se trate.

Pero la clasificación más importante es la que se refiere a los fines para los cuales se impetra la decisión o sentencia, por el aspecto de su naturaleza procesal. Entonces podemos hablar de *acción de juzgamiento o conocimiento* y de *acción ejecutiva*, y subdividir aquélla en *dispositiva y declarativa*, de *condena* y de *declaración constitutiva*; en el mismo sentido puede hablarse de *acción cautelar*. Se identifica entonces esta clasificación con la de los procesos (véanse núms. 76-88).

102. Acciones de naturaleza mixta.

Puede suceder y es muy frecuente que el proceso requerido por el actor sea mixto, es decir, declarativo y de condena; de declaración constitutiva y de condena; declarativo y de declaración constitutiva y de condena; cautelar y de declaración constitutiva o declarativo.

Parece que entonces se ejercitaran varias acciones, una para cada clase de peticiones, pero esto es un error, ya que la acción

¹⁰¹ Redenti: ob. cit., t. I, p. 15.

que inicia un proceso es siempre una. Lo que puede ser múltiple es la pretensión.

Para ver claramente la verdad de esta afirmación, basta recordar que toda acción conduce a la sentencia mediante el proceso; por lo tanto, una es jurídicamente suficiente.

Puede decirse en estos casos que la acción es de naturaleza mixta, ya que persigue una actividad compleja y mixta del juez. Pero jamás puede hablarse de ejercicio de varias acciones en una demanda, en sentido *procesal*; a no ser que se use el término en sentido *material*, para referirse a los distintos derechos materiales objeto de la demanda o a las diversas pretensiones que de ellos quiere deducirse.

103. La mal llamada acumulación de acciones.

Es un error hablar de acumulación de acciones del mismo demandante en la demanda. Lo que existe es acumulación de pretensiones y no de acciones (véase núm. 114); sólo se ejercita una acción.

Lo mismo sucede con la mal llamada acumulación en una demanda de acciones de varias personas. En este caso lo que ocurre es que se unen varias personas, en razón de vínculos jurídicos en las pretensiones de cada una, para ejercitar una acción en una sola demanda, y así mediante el mismo proceso y la misma sentencia, perseguir sus respectivos intereses. Existe aquí una acumulación de pretensiones; pero al paso que en el anterior ejemplo se trata de un demandante con varias pretensiones, en éste son varios los demandantes con pretensiones iguales o conexas entre sí (véanse núms. 114 y 229).

104. Tres verdaderos casos de acumulación de acciones en un mismo proceso: la demanda de reconvencción, la acumulación de procesos y la intervención "ad excludendum".

Hay acumulación de acciones cuando el demandado, dentro del término que tiene para contestar la demanda, procede a demandar por su parte en el mismo proceso a su demandante; es lo que se conoce por demanda de reconvencción, y es posible en los procesos civiles ordinarios y en los abreviados. Es un medio para defenderse contraatacando.

Creemos que en este caso sí existe acumulación de acciones, porque hay dos demandas separadas, e independientemente se

está ejercitando la acción e imponiendo al juez la obligación de proveer sobre aquéllas ¹⁰².

También la hay cuando se acumulan procesos iniciados por separado, y cuando se formula demanda para una intervención *ad excludendum*.

105. Extinción, caducidad y accidentes de la acción. El problema de su renuncia.

Ejercitada la acción, puede ocurrir que el juez no la atienda por faltarle alguno de los presupuestos para su válido ejercicio, o por no reunir la demanda que la contiene los presupuestos requeridos (véanse núms. 144-147).

Pero si el juez atiende la acción y acepta la demanda e inicia el proceso, la suerte normal de la acción consiste en producir sus efectos a lo largo del proceso hasta obtener la sentencia (cualquiera que sea su contenido y alcance).

Sin embargo, para que ese fin normal de la acción pueda obtenerse, se requiere, además, que los presupuestos procesales se cumplan, pues de lo contrario fracasará la acción, por cuanto no sobreviene la sentencia; fracaso que podrá ser definitivo, si el proceso no puede continuar, o temporal, en el caso contrario, y entonces debe repetirse la actuación nula (véanse núms. 149 y 327-331).

También puede suceder que la acción no lleve a su término el proceso con la sentencia, porque un acto dispositivo del actor demandante se lo impida. En efecto, el actor puede desistir de su acción para que el proceso no continúe y se prescinda de resolver sobre sus pretensiones (véase núm. 321).

Puede ocurrir asimismo una especie de desistimiento de la acción ante el funcionario judicial, para continuar el proceso ante un tribunal de árbitros formado por particulares; pero lo que en realidad se presenta es una transformación de la acción en cuanto al sujeto pasivo, pues deja de serlo el juez para serlo el tribunal de árbitros, ya que no se ejercita una nueva acción. *El arbitramento* sustituye al proceso judicial (véanse núms. 318-324).

Cuando la ley otorga varios procedimientos para ventilar una misma pretensión, se tienen en verdad las acciones correspondientes a cada uno, desde que surge la necesidad de recurrir a la jurisdicción del Estado para su declaración, realización, satisfacción coactiva, o tutela cautelar. Entonces, si se escoge una, lógicamente hay una *renuncia* al ejercicio de las otras; renuncia

¹⁰² Carnelutti, *Sistema*, ed. cit., núm. 373.

que puede ser *definitiva*, si utilizada una, ya no es posible adelantar el otro proceso, y *temporal o transitoria*, cuando queda la posibilidad de otro.

En cambio, cuando se dice que se renuncia a todas las acciones que para cualquier fin otorga la ley, en realidad se renuncia *al derecho sustancial subjetivo* y a la obligación correlativa de su sujeto pasivo, porque la acción como el derecho abstracto para iniciar el proceso no es renunciable.

Puesto que en derecho moderno no puede ligarse la acción al derecho sustancial subjetivo y se la distingue de la pretensión, la renuncia de aquél no puede afectar la acción, o, de lo contrario, se incurriría de nuevo en el pecado de identificarlos o confundirlos. Por eso tal renuncia no impide iniciar un proceso sobre el derecho renunciado, aun cuando deba fracasar la pretensión incoada ¹⁰³.

Por consiguiente, tampoco es jurídicamente válida la renuncia a ejercitar futuras acciones, puesto que no impide su válido ejercicio y sólo afecta la realización o satisfacción del derecho subjetivo sustancial.

En cambio, en el *desistimiento* sí existe renuncia expresa de la acción válida procesalmente, y en el *abandono* que produce caducidad o perención del proceso hay una especie de renuncia tácita de la acción. Pero en estos casos se trata de la *acción concreta ya ejercitada*, lo que es muy diferente; sin que ello impida ejercitar nueva acción para iniciar otro proceso, aun cuando éste sea infundado y deba fracasar por excepción previa de cosa juzgada o de petición antes de tiempo (lo segundo en el caso de la perención), o terminar con sentencia inhibitoria o desfavorable. En el compromiso arbitral no, porque sólo se sustituye el sujeto pasivo de la acción, que pasa a ser el tribunal de árbitros, en vez del funcionario judicial.

Puede ocurrir la *caducidad* o perención temporal o definitiva de la acción, no solamente antes de su ejercicio (por el vencimiento del término legal para ejercerla, como ya lo vimos), sino también después, cuando la ley sanciona la inactividad del demandante en el proceso, poniéndole fin (véase núm. 324).

106. Cesión de las acciones y del derecho de contradicción y su transferencia por causa de muerte.

Con frecuencia se dice que una persona que no ha demandado, cede o traspasa sus acciones y derechos a otra, a título

¹⁰³ Redenti incurre en impropiedad al hablar de renuncia de la acción, en vez de renuncia al derecho material, ob. cit., t. I, ps. 74-75.

singular o universal, gratuito u oneroso. Sin embargo, examinados estos casos a la luz del moderno concepto de la acción, se deduce sin la menor duda que entonces existe únicamente cesión del derecho material subjetivo y no de la acción. El cesionario de tal derecho material puede iniciar proceso para cualquiera de los fines relacionados con él, naturalmente, pero estimamos que entonces ejercita su *propia acción*, porque como titular que pretende ser de aquel derecho, necesita la actividad jurisdiccional del Estado para esos fines.

Lo mismo ocurre si se trata de un heredero que ejercita la acción, para hacer valer una pretensión o derecho del causante, antes o después de liquidarse la sucesión. Si lo hace antes, el derecho material no se ha transferido legalmente a su cabeza, pero el interés para obrar será personal y ejercita su propia acción, en defensa de esa herencia, de la cual tiene parte (la sucesión no es persona jurídica); si lo hace después de liquidada la herencia, con mayor claridad se ve que ejercita su propia acción (véase núm. 98).

Cuando se obra en representación de otra persona, la acción que se ejercita es la de ésta.

Existe, en cambio, verdadera cesión o transferencia de la acción, cuando *en el curso del proceso o después de ejercitada en la demanda*, el demandante cede el derecho sustancial litigioso por acto entre vivos y el cesionario sustituye al cedente en el proceso, es decir, cuando se produce la llamada sucesión procesal del cedente (que deja de ser parte) por el cesionario que lo sustituye, lo cual sólo ocurre excepcionalmente, cuando el demandado acepta la sustitución pues en caso contrario el cesionario sólo puede concurrir como litisconsorte de su cedente, y también ocurre cuando se transfiere el derecho sustancial litigioso por causa de muerte al heredero o legatario que concurre al proceso en tal calidad, o cuando por extinción de la persona jurídica demandante se transfieren sus derechos al adjudicatario, o cuando por extinción del derecho sustancial pretendido por el demandante en caso de fideicomiso, usufructo, derecho de uso o habitación, condición resolutoria, rescisión por lesión enorme o nulidad, sucede al demandante en el proceso, quien queda como titular de ese derecho, y desplaza a aquél (véase núm. 179). En estos casos no hay ejercicio de nueva acción por el sucesor procesal, sino que éste continúa ejerciendo la acción que había ejercitado el demandante desplazado o extinguido, pues en ambos casos la acción ejercitada ha iniciado el proceso y el cesionario o heredero adquiere el derecho a continuarlo en desarrollo de la misma acción. En cambio, si el cedente continúa siendo parte en el proceso y el cesionario concurre como litisconsorte, no se opera cesión del derecho de acción ejercitado por el primero y que sigue ejercitando.

Ocurre lo mismo con la relación jurídica procesal de contradicción, respecto del demandado. Ésta puede ser cedida o transferida a título singular o por causa de muerte, o bien por sucesión del demandado en los otros casos mencionados, en el curso del proceso, junto con el derecho sustancial litigioso, cuando el cesionario sustituye al cedente en el proceso; pero en caso contrario apenas podrá el cesionario o sucesor concurrir como litisconsorte del demandado.

Pero no se concibe que la acción o la contradicción puedan ser objeto de cesión en el curso del proceso, independientemente del derecho litigioso que el demandante o el demandado tenga y de la sustitución de éstos por el cesionario.

La cesión del derecho litigioso está reglamentada por los códigos civiles. La definen muy correctamente como la cesión del "evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente", lo que significa que se cede la pretensión que en el proceso se tiene.

Al tratar de las partes y de la intervención de terceros en el proceso volveremos con mayor detenimiento sobre la cesión de derechos litigiosos y la posición del cesionario y del cedente en el proceso (véanse núms. 179-180 y cap. XXII).

Puede suceder que quien haya hecho cesión del derecho material litigioso o de la pretensión de tenerlo después de iniciado el proceso, continúe como demandante o demandado, sin que el cesionario concorra o a pesar de que lo haga entonces no hay cesión de la acción sino del derecho litigioso, pero el cesionario puede presentarse al proceso cuando quiera, y no tendría valor la cláusula que lo prohibiera. En los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, el cedente del litigio sólo deja de ser demandante o demandado, si la parte contraria lo acepta; en los demás casos el cesionario puede concurrir como litisconsorte de aquél. Por lo tanto, en la última hipótesis no existe cesión de la acción; el cesionario concurre como tercero litisconsorcial, en razón de su personal interés en la causa, pero la acción sigue en cabeza del cedente aun cuando éste no pueda desistir de ella sin el consentimiento del cesionario que haya comparecido al proceso.

Cuando se habla de que hay acciones cesibles y no cesibles (ejemplo de éstas, algunas del estado civil), lo que entonces puede ser o no cesible es el derecho material o la pretensión de tenerlo.

CAPÍTULO XII

EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN

107. El derecho de contradicción.

Como dijimos al tratar de la acción (véase núm. 106, *e*), la relación de jurisdicción contenciosa es doble: *relación de acción* (entre demandante, denunciante o querellante y parte civil, y Estado) y *relación de contradicción* (entre demandante e imputado o procesado y Estado). No existe ninguna diferencia procesal entre ellas, puesto que se trata, como observa Rocco, de “un diverso aspecto del derecho de acción” ¹⁰⁴.

El derecho de contradicción, lo mismo que el de acción, pertenece a toda persona natural o jurídica por el solo hecho de ser demandada, o de resultar imputada o sindicada en un proceso penal, y se identifica con el derecho de defensa frente a las pretensiones del demandante o a la imputación que se le hace en el proceso penal. Pero se fundamenta en un interés general, como el que justifica la acción, porque no sólo mira a la defensa del demandado o imputado y a la protección de sus derechos sometidos al proceso o de su libertad, sino que principalmente contempla el interés público en el respeto de dos principios fundamentales para la organización social: el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos, y el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo (véanse núms. 1 y 11, punto *f*).

En los sistemas penales que separan la etapa previa de la investigación o del sumario (como prefiera llamársela, pero cuyo concepto es el mismo), de la etapa del verdadero proceso o juicio (que también indican lo mismo, en sana doctrina), el derecho de contradicción nace desde el momento en que en aquella primera etapa surgen, en razón de algunas pruebas allegadas al sumario

¹⁰⁴ Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. I, ps. 303-304; igual concepto encontramos en Lino Enrique Palacio: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 389, y en Jaime Azula Camacho: ed. cit., ps. 130 a 133.

o a la investigación, imputaciones o sindicaciones contra alguna persona (véase núm. 109).

Puede definirse así: el derecho a obtener la decisión justa del litigio que se le plantea al demandado o acerca de la imputación que se le formula al imputado o procesado, mediante la sentencia que debe dictarse en ese proceso, luego de tener oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias, para defenderse, alegar, probar e interponer los recursos que la ley procesal consagre. Ni siquiera la ley puede desconocer este derecho, pues sería inconstitucional ¹⁰⁵.

108. Objeto y fin del derecho de contradicción.

De lo anterior se desprende que el derecho de contradicción no tiene por objeto o no persigue una tutela jurídica concreta mediante una sentencia favorable al demandado o imputado, así como la acción no la persigue favorable al demandante, sino una tutela abstracta por una sentencia justa y legal, cualquiera que sea, y la oportunidad de ser oído en el proceso para el ejercicio del derecho de defensa en igualdad de condiciones, facultades y cargas. El resultado a que se llegue en la sentencia no depende ya del derecho de acción o de contradicción, sino del derecho material pretendido por el demandante y de las excepciones que se le opongan o de la suerte de la imputación penal, y en ambos casos de las pruebas que se alleguen al proceso (ver núm. 152).

En cuanto al fin que con él se persigue es, por una parte, la satisfacción del interés público en la buena justicia y en la tutela del derecho objetivo y, por otra parte, la tutela del derecho constitucional de defensa y de la libertad individual en sus distintos aspectos. En el derecho procesal moderno, el derecho de contradicción no es un contraderecho, ni se opone al derecho de acción, sino que lo complementa y resulta su necesaria consecuencia, puesto que ambos tienen un mismo objeto (la sentencia que defina el proceso) y un mismo fin (el interés público en la justicia por conducto del Estado) ¹⁰⁶. Tampoco se opone a la pretensión del demandante o del Estado en lo penal; esa oposición puede ejercitarla el demandado o imputado, si niega la pretensión o la ataca con excepciones u otras defensas ¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Couture: *Estudios*, ed. cit., t. I, ps. 19, 55 y 193.

¹⁰⁶ Chiovenda anduvo equivocado en este punto: *Principios*, ed. cit., t. I, núm. 11, punto IV, ps. 334-335; Rocco, en cambio, expone correctamente este punto: *Trattato*, ed. cit., t. I, ps. 303-310.

¹⁰⁷ Guasp: *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 250-251.

109. Naturaleza del derecho de contradicción.

El derecho de contradicción existe desde el momento en que es admitida por el juez la demanda contenciosa, independientemente no sólo de la razón o sinrazón que acompañe la pretensión del demandante, sino de que el demandado se oponga o no a aquélla y proponga o no excepciones y de la seriedad de éstas, o desde el momento en que contra una persona surge en la investigación penal sumaria o previa una imputación, fundada o infundada.

El derecho de contradicción no se modifica por la circunstancia de que el demandado carezca de razón para oponerse a la pretensión del demandante o el imputado para negar la imputación penal que se le hace, ni se dirige contra ellas (como sí lo hace la excepción, con la cual no se debe confundir), precisamente porque es el derecho abstracto a obtener la sentencia justa que resuelva el litigio planteado, luego de disponer de la oportunidad de ser oído. El demandado puede hacerse oír y disfrutar de la oportunidad para su defensa, aun cuando no disponga de ninguna excepción concreta (siempre tendrá la defensa de negar el derecho del demandante y los hechos en que lo fundamenta); e igualmente el sindicado o impugnado tiene el derecho a hacerse oír y a defenderse, aunque no disponga de ninguna defensa concreta que presentar, y siempre podrá negar los hechos que se le imputan. De lo contrario no se explicaría la existencia del derecho de contradicción cuando la sentencia resulta adversa al demandado o sindicado, o habría que admitir que en tal caso resultaría lesionado por ésta, a pesar de su justicia y su legalidad, y de haber dispuesto de oportunidad para su defensa, lo cual sería absurdo.

El derecho de contradicción surge, en lo penal, desde cuando aparece la imputación o sindicación, aun cuando el imputado o sindicado no haya sido llamado a indagatoria y contiene el derecho a ser oído en ésta. Es lo que suele denominarse *derecho a solicitar la propia indagatoria* por quien tenga noticia de la existencia de un sumario en el cual obren imputaciones penales contra él, que se complementa con el cuyo título era "derecho de defensa desde la captura", que consiste en la designación de un apoderado para que asista al sindicado o imputado en todas las diligencias, desde la indagatoria, inclusive, bien sea por éste o por el juez oficiosamente en subsidio; ese apoderado "a partir de la diligencia de indagatoria podrá intervenir en el sumario y el proceso".

El derecho de contradicción tiene, pues, un origen claramente constitucional y se basa en varios de los principios fundamentales del derecho procesal: el de la igualdad de las

partes en el proceso; el de la necesidad de oír a la persona contra la cual se va a surtir la decisión; el de la imparcialidad de los funcionarios judiciales; el de la contradicción o audiencia bilateral; el de la impugnación y el del respeto a la libertad individual (véanse núms. 11 y 12).

Ni siquiera la ley puede desconocer este derecho, sin incurrir en inconstitucionalidad ¹⁰⁸.

Pero tener el derecho de contradicción no significa que necesariamente el demandado o imputado intervenga efectivamente en el proceso para controvertir las pretensiones del demandante o las imputaciones penales, o sea, para oponerse a ellas, y menos aún que necesariamente formule excepciones o alegue hechos contra ellas, para paralizarlas o desvirtuarlas. Basta tener la oportunidad de ser oído en el proceso, si se tiene la voluntad de hacerse oír, para poder defenderse, alegar, pedir y hacer practicar pruebas, interponer los recursos que la ley procesal consagre y obtener mediante el proceso la sentencia que resuelva favorable o desfavorablemente su situación, pero justa y legalmente.

110. Sujetos del derecho de contradicción.

El demandado y el imputado o procesado son sujetos pasivos de la pretensión, pero también son *sujetos activos de su derecho de contradicción* (cuyo sujeto pasivo es el Estado, representado por el juez, como sucede en el derecho de acción) y son sujetos de la relación *jurídica procesal* al lado del demandante en lo civil, laboral y contencioso-administrativo y *en materia penal*, del ministerio público o fiscal que según disponga la respectiva ley procesal penal deban ser partes tanto en el sumario y la investigación previa, como en el verdadero proceso o juicio, y también de la llamada "parte civil" cuando se le permita concurrir en ambas etapas para colaborar en la acusación y obtener la indemnización de los perjuicios sufridos con el delito si se pronuncia sentencia condenatoria, por el Código de 1981; relación jurídica procesal de la cual también es sujeto el Estado, representado por el funcionario judicial instructor y por el juez de la causa.

La oposición e incompatibilidad que algunos autores creen ver entre acción y contradicción, existe únicamente entre la pretensión del demandante y la excepción del demandado, e igualmente entre las imputaciones penales y las pretensiones de la parte civil por un lado, y la oposición del sindicado o imputado, sea que ésta consista en la simple resistencia negativa a aquélla

¹⁰⁸ Couture: *Estudios*, ed. cit., t. I, ps. 19, 55 y 193.

o en una conducta activa por la formulación de alegaciones y hechos que traten de desvirtuarla y la petición de pruebas favorables. El derecho de contradicción existirá, aunque el demandado o imputado acepte la pretensión o imputación.

111. Diferencias entre derecho de contradicción, oposición y excepción.

La defensa y excepciones que puede formular el demandado son manifestaciones de su petición de una sentencia favorable, y puede formular ambas gracias a su derecho de contradicción, sin que ello signifique que se identifiquen con éste. Lo mismo ocurre en el proceso penal con las defensas del imputado y del procesado.

No hay que confundir el derecho de contradicción (la causa) con la oposición y las excepciones (el efecto). Aquél existe siempre, aunque no se formulen éstas ¹⁰⁹.

La oposición a la demanda o la imputación penal es concreta y persigue que ésta sea desestimada, como es obvio, y busca, por lo tanto, una sentencia favorable. El derecho de contradicción persigue el ser oído y gozar de oportunidades de defensa, para obtener la sentencia que resuelva en el sentido legal lo que corresponda a ese litigio. La oposición es una de las maneras como puede el demandado ejercitar su derecho de contradicción, porque bien puede abstenerse de toda oposición, sea guardando silencio o aceptando la demanda. Y la excepción es a su vez una de las maneras como puede ser formulada la oposición (véanse núms. 127-129).

112. Diversas maneras de ejercitar el derecho de contradicción.

De lo expuesto hasta aquí se deduce que el derecho de contradicción se satisface plenamente desde el momento en que al demandado o imputado se le cita al proceso o al sumario y aún antes, desde que surja la imputación penal, y se le da oportunidad de defenderse, aunque para ello no es necesario que asuma una actitud de resistencia u oposición a la demanda o imputación, ni que concurra a hacer valer sus defensas y excepciones, porque esto mira ya a las diversas maneras como ese derecho puede ser ejercitado.

¹⁰⁹ Guasp: ob. cit., ps. 250-251.

En efecto, el demandado y el imputado pueden asumir diversas actitudes en el ejercicio de su derecho de contradicción, a saber ¹¹⁰:

a) Una meramente negativa, de espectador del proceso, sin comparecer ni contestar la demanda o sin rendir indagatoria ni designar apoderado que lo defienda, no obstante habérsele citado o emplazado en debida forma (en lo penal es el caso del imputado que huye sin dejar apoderado);

b) Otra pasiva, cuando el demandado interviene en el proceso y contesta la demanda pero sin asumir una actitud en favor ni en contra de las pretensiones del demandante (como cuando manifiesta que se atiene a lo que en el proceso se pruebe y la ley determine, sin plantear defensas ni alegar pruebas) y cuando el imputado rinde indagatoria, no niega los hechos, pero nada alega en su favor y tampoco confiesa, y se abstiene de toda actividad probatoria (pero el defensor de oficio debe ejercitar su defensa);

c) Una de expresa aceptación de las pretensiones del actor, o sea de allanamiento a la demanda al contestarla, lo que puede ocurrir cuando el efecto jurídico-material perseguido por el demandante no se puede conseguir por un acto de voluntad del demandado, razón por la cual el proceso es necesario, no obstante la ausencia de oposición, como en los casos de estado civil de las personas, y cuando opuso resistencia al derecho de aquél haciendo necesaria la demanda, pero en vista de ésta resuelve aceptarlo para evitar una condena en perjuicio; en lo penal es el caso del imputado que confiesa ser el autor del delito y no alega hecho exculpativo ni atenuante alguno;

d) Una de oposición y defensa relativa, como cuando el demandado interviene y contesta la demanda para negar el derecho material del actor y los hechos en donde pretende deducirlo o exigirle su prueba, o para negarle su legitimación en causa o su interés sustancial o cuando posteriormente asume esta conducta si se abstuvo de contestarla, y solicita pruebas con ese fin, pero sin oponerle otros hechos que conduzcan a paralizar o destruir la pretensión, en cuyo caso hay defensa y oposición, pero no propone excepciones; en lo penal es el caso del imputado que niega ser el autor del delito;

e) Una más activa de oposición positiva, que se presenta cuando el demandado no se limita a esas negociaciones, sino que lleva el debate a un terreno distinto mediante la alegación y prueba de otros hechos que conducen a desvirtuar la pretensión

¹¹⁰ Pedro Aragonese Alonso: *Sentencias congruentes*, Madrid, 1957, ps. 183 y ss.; Guasp: ob. cit., ps. 251 y ss.; Rocco: ob. cit., t. I, ps. 310-315.

del demandante, sea temporalmente o para ese proceso (sin que impidan plantearla en otro posteriormente, por no conducir a sentencia con valor de cosa juzgada) o bien de manera definitiva, total o parcialmente, en forma que la sentencia produzca efectos de cosa juzgada (excepciones definitivas de fondo y propiamente perentorias); en lo penal existe una situación análoga, pero no igual porque no se trata de verdaderas excepciones, cuando el imputado o sindicado alega hechos exculpativos como la defensa propia o de un tercero;

f) Una similar a la anterior, de positiva defensa pero en-derezada a atacar el procedimiento por vicios de forma para suspenderlo o mejorarlo, como cuando alega la falta de algún presupuesto procesal (competencia, capacidad, etc.), sea proponiendo excepciones previas en el proceso civil, o reclamando la nulidad de lo actuado (en el proceso penal no existen excepciones de mérito o fondo propiamente dichas, pero pueden autorizarse por la ley procesal algunas procesales de previa sustanciación, como las de cosa juzgada y extinción de la acción penal) (véase núm. 129);

g) Contrademandado mediante reconvención, para formular pretensiones propias contra el demandante, relacionadas con las de éste o con las excepciones que le opone (en los procesos civiles y laborales).

Como puede verse, es posible disponer del derecho de contradicción y no comparecer al proceso o hacerlo sin formular oposición ni excepciones como ocurre en los tres primeros casos, o por el contrario, ejercitarlo activamente.

Téngase en cuenta que cada demandado o imputado tiene su propio derecho de contradicción y puede ejercerlo por separado.

CAPÍTULO XIII

DE LA PRETENSIÓN

113. Noción de pretensión.

La demanda contiene una pretensión del actor y distinguirla de la acción no implica dificultad alguna, como lo vimos en los núms. 98-100. Es conveniente estudiar la naturaleza y el objeto de la pretensión, ya que esta noción interviene en el estudio de institutos procesales tan importantes como los de la demanda, cosa juzgada, *litis pendencia*, excepción, congruencia, acumulación de procesos y de peticiones en una misma demanda.

Si el actor no tuviera una pretensión por satisfacer mediante el proceso, seguramente no ejercitaría la demanda para iniciarlo, ya que él persigue siempre un fin concreto en su interés y no una declaración abstracta y teórica acerca de contenido de la ley material¹¹¹. Como ese fin que persigue el actor no es el fin de la acción, como oportunamente lo estudiamos (véase núm. 98, *d*), puede resultar fallido el primero por serle desfavorable la sentencia, no obstante que el segundo se satisface a cabalidad al culminar el proceso con ella. Pero cuando contemplamos la demanda en su entidad propia, aparece inevitablemente la pretensión como el fin concreto que el demandante persigue, es decir, las declaraciones que pretende se hagan en la sentencia; esa pretensión es, por lo tanto, el *petitum* de la demanda, lo que se pide en ella que sea reconocido o declarado en la sentencia a favor del demandante. Desde este punto de vista puede hablarse de pretensión, en sentido lato, tanto en procesos contenciosos como en los de jurisdicción voluntaria; pero existe una diferencia fundamental en los dos casos, porque mientras en los primeros esa pretensión va encaminada a obtener la satisfacción de un interés propio mediante la supeditación de un interés ajeno (el del demandado), en los segundos se persigue tan sólo el requisito de la declaración para delimitar o ejercitar o satisfacer el interés personal, con prescindencia

¹¹¹ Rosenberg: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1955, t. II, p. 30.

dencia de vincular con ella la voluntad o el interés de otra persona (véase núm. 27).

Téngase bien en cuenta que la acción debe ser ejercida por el demandante para poder hacer valer la pretensión en el proceso; pero ésta no es fundamento, ni la causa de aquélla, ni forma parte de ella. Las dos nociones se distinguen radicalmente ¹¹².

También en lo penal opera esta noción (véase número siguiente).

Puede definirse la pretensión así: el efecto jurídico concreto que el demandante (en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos) o el querellante o denunciante y el Estado a través del juez o del fiscal, según el sistema vigente (en los procesos penales), persiguen con el proceso, efecto al cual se quiere vincular al demandado (si lo hay) o al imputado y luego procesado.

114. Naturaleza jurídica de la pretensión.

a) *En los procesos civiles, contencioso-administrativos y laborales.*

En un sentido restrictivo, la noción de pretensión está vinculada en estos procesos a la demanda contenciosa, como declaración de voluntad del demandante para que se sujete o vincule al demandado en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos mediante una sentencia. Pero también en el proceso de jurisdicción voluntaria se formula una pretensión, puesto que se persigue un efecto jurídico determinado. El contenido y alcance de esta declaración de voluntad varían, en primer término, según la clase de acción y de proceso (declarativo puro, de declaración constitutiva, de condena, de ejecución, mixto) y en segundo lugar, según la múltiple variedad del objeto y del contenido de la declaración que en cada uno de esos tipos de proceso puede conseguirse. En ese doble sentido puede elaborarse una clasificación de las pretensiones, como luego veremos.

Esa pretensión está dirigida siempre a la contraparte o demandado, para que frente a él se reconozca y declare. En las

¹¹² La constante confusión de los dos conceptos (acción y pretensión) que existió durante mucho tiempo en nuestra jurisprudencia, como efecto de la que también existía en el anterior C. de P. colombiano, está afortunadamente superada, y el manejo de ambos por jueces y magistrados, en forma correcta, es hoy corriente. Nuestra Corte Suprema hizo una clara distinción entre acción y pretensión, a pesar de estar ambas contenidas en la demanda, en sentencia de 27 de marzo 1913. El actual C. de P.C. colombiano las distingue claramente.

demandas de condena y en las ejecutivas puede decirse que la pretensión va dirigida *contra* el demandado, porque se trata de imponerle o de hacerle cumplir una prestación; pero en las declarativas y de declaración constitutiva se persigue vincularlo a los efectos jurídicos de la pretensión, sin imponerle prestación alguna, y por esto es más apropiado decir que la pretensión se formule *frente* al demandado y no *contra* él (además puede estar de acuerdo con ella).

Se trata, por tanto, *de una declaración o manifestación de voluntad del demandante*, para perseguir un efecto jurídico a su favor; pero sin que esto signifique que éste pretenda someter a su voluntad al demandado, porque la sujeción de éste y la obligación emanan de la sentencia, esto es, de la declaración del juez, como representante del Estado ¹¹³.

Objeto de la pretensión es lo que se pide en la demanda ¹¹⁴ que en los procesos contenciosos se identifica con el objeto de litigio, que no es la cosa material sobre que versa, sino la relación jurídica o el derecho material que se persigue y que puede variar respecto de una misma cosa (por ejemplo, puede ser el dominio, o la simple tenencia).

La pretensión comprende el objeto de litigio (la cosa o el bien y el derecho que se reclama o persigue) y la causa jurídica que sirve de fundamento a esta petición ¹¹⁵. Si cambian aquéllos o ésta, la pretensión varía necesariamente, lo que es fundamental para la determinación del contenido de la cosa juzgada, de la sentencia congruente y de la *litis pendencia*. De este modo, en un sentido procesal riguroso, el objeto litigioso no se confunde con la pretensión, sino que es el objeto de ésta, y es un error identificar los dos términos, porque sobre un mismo objeto litigioso pueden existir pretensiones diversas o análogas, pero con distinto fundamento o causa, y esto las diferencia claramente (por ejemplo, se puede pretender el dominio de una cosa por haberla comprado, prescripto o heredado, etc., o su sola tenencia).

Muy diferente es la llamada pretensión civil extraprocesal, que consiste en reclamar directamente de una persona una cosa o la ejecución de un acto o el reconocimiento de una situación o relación jurídica.

¹¹³ Canelutti: *Instituciones*, Buenos Aires, 1959, t. I, núm. 8, p. 31; Guasp: ob. cit., p. 225; Ricardo Reimundín: *Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual*, Buenos Aires, 1966; Lino Enrique Palacio: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1967, t. I, ps. 319-424.

¹¹⁴ Este concepto fue acogido por nuestra Corte Suprema, en la sentencia citada de 27 marzo 1973.

¹¹⁵ Guasp: ob. cit., ps. 225-226; Briceño Sierra: *Derecho procesal*, México, 1969, t. IV, ps. 3-27; Lino Enrique Palacio: ob. cit., t. I, ps. 395-398.

Al paso que la pretensión procesal se formula frente al demandado o contra él mismo, pero por conducto del juez, quien la debe examinar, calificar y declarar o rechazar, según el caso, la pretensión civil extraprocesal se formula directamente al particular. Por eso mismo el objeto de la pretensión procesal no se identifica con el objeto del derecho material que el demandante declara tener, porque intencional o erradamente se puede reclamar algo distinto a lo que se tiene derecho, que no corresponde al derecho material que pueda tenerse bien sea en cantidad, bien en calidad e inclusive en identidad física o jurídica. Por ejemplo, el derecho material puede tener por objeto una suma de pesos o una prestación determinada o una cosa o cuerpo cierto, y el demandante pretende mayor cantidad u otra prestación o cosa distinta, casos en los cuales la sentencia le será adversa parcial o totalmente.

Por consiguiente, la pretensión procesal puede estar respaldada o no por un derecho, lo que significa que pueden existir *pretensiones* fundadas e *infundadas* ¹¹⁶. Igualmente, puede existir un derecho en cabeza de alguien y estar vulnerado o desconocido y, sin embargo, su titular puede no pretender su eficacia o ejercicio, por indiferencia o ignorancia; lo que demuestra que también puede existir un derecho sin pretensión. Así, pues, la pretensión no es un derecho, sino un simple acto de voluntad, para el cual no se requiere más que su manifestación o exteriorización mediante la demanda, en la cual se ejercita, además, el derecho de acción.

b) En el proceso penal.

También en el proceso penal tiene aplicación el concepto de pretensión y es clara la diferencia con la acción.

La pretensión penal es el acto de voluntad mediante el cual un particular, un funcionario público, o el Estado a través del juez penal que inicia oficiosamente la investigación y el proceso, pide la sanción o la medida de seguridad para un determinado imputado o sindicado, por razón de un hecho también determinado; está dirigida contra éste (de la misma manera que contra el demandado) y no contra el juez, ni siquiera frente al juez, sino apenas por conducto del juez que tiene el poder jurisdiccional para darle curso si reúne los requisitos procesales necesarios para ello.

El Estado tiene, indudablemente, el derecho subjetivo constitucional de imponer penas, medidas de seguridad y tratamientos de rehabilitación a las personas que en su territorio se coloquen en determinadas situaciones; es parte de su derecho de jurisdicción (véase núm. 24).

¹¹⁶ Canelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, p. 31.

La acción penal insta únicamente la iniciación del proceso penal y su tramitación hasta la sentencia; la pretensión penal busca "el sometimiento de alguno a la pena", como explica Carnelutti ¹¹⁷, de la misma manera como la pretensión civil persigue el sometimiento de alguien a la declaración judicial solicitada en la demanda. Pero la pretensión punitiva formulada oficiosamente por el juez en representación del Estado persigue únicamente la sentencia justa que resuelva sobre ella, al paso que la pretensión civil y la penal que ejercita el querellante en su querella o la víctima del delito o sus herederos en su denuncia (que es pretensión punitiva penal si se acusa a determinada persona), persiguen la sentencia favorable al demandante o condenatoria del imputado, respectivamente. Debe hacerse esta diferencia en materia penal.

La acción penal puede ser ejercitada sin señalar ningún posible imputado o sindicado, es decir, sin que se mencione a nadie como sospechoso de ser el autor del delito, pues basta con pedir que se inicie la investigación sumarial para investigar el ilícito denunciado; la pretensión penal no se concibe sin que esté dirigida contra una o varias personas que deben ser señaladas como autores o simples sospechosos de ser los autores, cómplices o encubridores del delito. Por esta razón, no se concibe el ejercicio de la pretensión penal sin que se formule una imputación o sindicación contra alguien ¹¹⁸.

Pero hay dos clases de imputación y por tanto dos momentos procesales para el ejercicio de la pretensión penal: la inicial que se formula en la denuncia, querella o instancia formulada ante el juez de la causa o el investigador (según el sistema legal que rija sobre este punto), que acompaña a la acción penal propiamente dicha (como la pretensión civil ejercitada en la demanda); la posterior, que se contiene en la providencia judicial que pone fin al sumario o la instrucción e inicia el proceso penal propiamente dicho, que en Colombia se denomina "auto de proceder". La última es la imputación definitiva que el Estado (ya no el denunciante o querellante) le formula al imputado o sindicado y por tanto es la pretensión punitiva del Estado contra aquél: la primera puede ser calificada de imputación y pretensión provisional.

¹¹⁷ Carnelutti: *Lecciones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1950, t. I, núm. 76. Acerca de la diferencia entre acción y pretensión penal, véase Eduardo B. Carlos: *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, 1959, ps. 276-277; Carlos J. Rubianes: *Manual de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1976, t. I, núm. 72, dice que "se advierte en el momento en que el fiscal deduce la acusación" y que es un acto y no un derecho, en lo que acierta, pero luego confunde la pretensión con el ejercicio de la acción penal, lo que es un grave error.

¹¹⁸ Carnelutti: ob. cit., t. I, núm. 77.

Para los efectos de la sentencia se debe considerar únicamente la pretensión definitiva del Estado, contenida en ese "auto de proceder" (de ahí la necesaria congruencia que debe existir entre aquélla y éste), o en la acusación fiscal según el sistema vigente en cada país.

Mientras que no se concibe la acción penal ejercitada por el propio juez o por el fiscal que inicia la investigación, ni por el juez que de oficio inicia el verdadero proceso, o sea, el juzgamiento o la causa (véase núm. 109), es lógico y jurídicamente aceptable el concepto de pretensión penal oficiosamente ejercitada por dicho juez, o por el fiscal investigador, según el sistema legal vigente, en representación del Estado, cuando de oficio inicia la investigación sumarial y señala un imputado o sindicado a quien puede detener provisionalmente y llamar a indagatoria o declaración, porque a diferencia de lo que ocurre con la acción, la pretensión está dirigida contra sindicado o imputado, como ya lo hemos dicho. Entonces tenemos la formulación provisional de la pretensión punitiva por el Estado a través del juez o fiscal contra el sindicado o imputado, mediante el ejercicio oficioso de la jurisdicción (sin que nadie ejercite la acción). Es una importante diferencia entre el proceso penal y el civil. Y cuando el juez (en el sistema inquisitivo) dicta el auto de proceder, formula la pretensión punitiva definitiva del Estado contra el procesado, e igual hace en el sistema acusatorio el fiscal en el acto de la acusación, y ambos pueden proceder de oficio.

La oposición del sindicado o imputado, luego procesado, y sus defensas, se dirigen precisamente contra la pretensión penal que contra él se ha formulado; no contra la acción propiamente dicha (a menos que se alegue la falta de un presupuesto procesal para su ejercicio y se considere éste como una defensa en sentido lato). Más adelante estudiaremos este punto (véase núm. 120).

También aparece el ejercicio de la pretensión en la demanda de la parte civil o persona lesionada con el delito, para que en el mismo proceso penal se condene al imputado o sindicado responsable a pagar la indemnización de perjuicios. Entonces existe una demanda idéntica a la formulada en el proceso civil, que contiene acción y pretensión.

Pero hay una diferencia muy importante entre la pretensión de la demanda de parte civil y la pretensión punitiva del Estado: aquélla persigue sentencia condenatoria, con la imposición adicional de una indemnización de perjuicios (en lo cual resulta favorable a esa parte civil) y ésta únicamente sentencia justa, como hemos dicho.

115. Elementos de la pretensión: objeto y razón.

La pretensión tiene dos elementos esenciales: su objeto y su razón; es decir, lo que se persigue con ella, y la afirmación de que lo reclamado se deduce de ciertos hechos que coinciden con los presupuestos fácticos de la norma jurídica cuya actuación se pide para obtener esos efectos jurídicos. De ahí que en la demanda se exige indicar lo que se pide y los fundamentos de hecho y de derecho de la petición (véanse núms. 230-232), y que la imputación penal debe fundarse también en los hechos constitutivos de responsabilidad.

Es decir: el *objeto* de la pretensión lo constituye el determinado efecto jurídico perseguido (el derecho o relación jurídica que se pretende o la responsabilidad que se imputa al sindicado), y por lo tanto, la tutela jurídica que se reclama ¹¹⁹; la *razón* de la pretensión es el fundamento que se le da ¹²⁰, y se distingue en razón de hecho y de derecho, o sea, el conjunto de hechos que constituyen el relato histórico de las circunstancias de donde se cree deducir lo que se pretende y la afirmación de su conformidad con el derecho en virtud de determinadas normas de derecho material o sustancial (en lo civil, comercial, laboral y contencioso-administrativo) o el hecho ilícito que ha lesionado tanto el orden jurídico como los derechos subjetivos de la víctima y de sus causahabientes (en lo penal).

La razón de la pretensión se identifica con la *causa petendi* de la demanda, y con los hechos en que se basa la imputación formulada al sindicado, o sea, a la *causa imputandi*.

El juez debe resolver sobre ambos elementos, sea para acceder a lo pretendido o para rechazarlo. Si encuentra que existe la conformidad que se reclama entre los hechos, el derecho material y el objeto pretendido, reconoce o declara las consecuencias jurídicas que en las peticiones o imputaciones se precisan; o las niega, en la hipótesis contraria. Esas consecuencias o conclusiones no son el fundamento de la pretensión, sino su objeto, de la misma manera que los hechos constituyen su fundamento y no su objeto.

Entre el fundamento o razón de hecho y de derecho existe una diferencia fundamental en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos; al paso que el primero debe ser formulado necesariamente por el demandante y vincula al juez (con

¹¹⁹ Rosenberg: *Tratado*, ed. cit., t. II, ps. 33 y 37. Un buen estudio del objeto de la pretensión se encuentra en Karl H. Schwab: *El objeto litigioso en el proceso civil*, Buenos Aires, 1968.

¹²⁰ Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, p. 32, y *Sistema*, ed. cit., t. II, núm. 123.

las limitaciones y requisitos que veremos al estudiar los hechos de la demanda), el segundo puede y debe ser aplicado por el juez oficiosamente y por eso su variación no significa la de la pretensión misma ni la del objeto litigioso, por lo cual para que la pretensión prospere basta que el juez encuentre la conformidad entre su fundamento de hecho y el ordenamiento jurídico, sin que importe que ello se deba a las normas materiales citadas por el demandante o a otras que aquél conoce y aplica oficiosamente. En lo penal, los fundamentos de hecho pueden ser afirmados por el juez y por el fiscal (según el sistema legal), de oficio, lo mismo que los fundamentos de derecho; existe esta otra diferencia en materia penal.

De lo anterior se deduce que el problema de la identidad de las pretensiones procesales, para efectos de la *litis pendentia* y la cosa juzgada, lo mismo que para la determinación de la congruencia de la sentencia, se vincula a las *peticiones* u objeto de la pretensión y a los fundamentos o la razón de hecho o *causa petendi o imputandi*, y no a las normas jurídicas materiales invocadas en la demanda (véanse núms. 231-233) y en la denuncia o la acusación penal.

La pretensión puede tener como fundamento hechos que constituyan no sólo relaciones jurídicas sustanciales, sino también procesales, pero en el sentido de que puede tener por objeto satisfacer un derecho otorgado en un proceso anterior, como el pago de costas judiciales o de honorarios de peritos, etc.

Como toda demanda contiene una pretensión (inclusive la que inicia un proceso de jurisdicción voluntaria), siempre aparece en ella una razón para sustentarla. Pero esto no significa que la razón tenga que ser cierta y eficaz, pues de lo contrario la sentencia tendría que resultar en todos los casos favorable al demandante. Esto nos lleva a la necesidad de distinguir dos clases de razones de la pretensión: *razón cierta y eficaz*, y *razón aparente e ineficaz*. Por eso puede aparecer en la demanda debidamente enunciada la *causa petendi*, en sus respectivos fundamentos de hecho, aunque la pretensión no esté de acuerdo con el derecho, y por eso la sentencia resultará desfavorable al demandante (véase núm. 233). Además, como regla general, para que los hechos sean ciertos en el proceso, no basta que estén de acuerdo con la realidad, sino que es indispensable su prueba.

Igual ocurre en la pretensión penal: los hechos que le sirven de fundamento, pueden ser o no ser ciertos y en el segundo caso su razón resultará aparente o ineficaz, por lo cual deberá absolverse al procesado u ordenarse cesar el procedimiento sin llegar a la acusación del fiscal en el nuevo sistema o al auto de proceder o procesamiento del sistema anterior.

Lo anterior conduce a que, como ya dijimos, la pretensión pueda ser fundada o infundada; ésta si la razón es aparente o ineficaz, o si no se prueban los hechos en que se basa.

116. Fin de la pretensión.

En los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, el fin de la pretensión es la tutela del interés particular del pretendiente, puntualizado en la demanda, mediante sentencia favorable; en los procesos penales, cuando la ejercita el particular ofendido, sea querellante o denunciante, ese fin es la declaración de responsabilidad del imputado, mediante sentencia condenatoria, pero cuando la pretensión o imputación es ejercitada por el Estado, a través del juez o fiscal, su fin es la tutela del interés general en el mantenimiento del orden jurídico, mediante sentencia justa (es decir, en el último caso el fin de la pretensión se identifica con el de la acción).

Cuando la imputación la formula el ministerio público o fiscal, su fin es el mismo que cuando la formula el juez; pero el ejercicio de la acción penal por aquel funcionario, cuando le pide al juez que inicie la investigación y/o el proceso o juicio, es diferente a la formulación de la imputación o pretensión punitiva, aun cuando se ejerciten simultáneamente y en el mismo acto, tal como ocurre con la acción y la pretensión en la demanda.

117. Sujetos de la pretensión.

De lo expuesto se deduce que son sujetos de la pretensión el demandante (sujeto activo) y el demandado (sujeto pasivo), en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos; en el proceso penal son sujetos activos el denunciante o querellante cuando formula acusación contra personas determinadas (sea el ministerio público o un particular) y el propio Estado, sea que el proceso se inicie oficiosamente por el juez o que haya querrela o denuncia, pero el juez formule la imputación definitiva a nombre del Estado, o sea que la imputación definitiva la formule un fiscal acusador, y sujeto pasivo el imputado o sindicado (el juez no lo es, porque sólo la acción se dirige a él; si debe pronunciarse sobre la pretensión, ello se debe a la obligación legal que tiene de pronunciarse mediante la sentencia sobre la demanda o la imputación).

Los requisitos que deben reunir estos sujetos para la *validez* de su actuación en el proceso, son los que estudiaremos al tratar

de los requisitos de los actos procesales, en el capítulo XVII, a saber: capacidad, postulación, representación.

118. Requisitos o presupuestos de la pretensión.

Pueden distinguirse los requisitos para el *ejercicio de la pretensión* y para su eficacia. Los primeros se identifican con los presupuestos procesales (véanse núms. 144-148); los segundos son los que estudiaremos al tratar de los presupuestos materiales o sustanciales para la sentencia de fondo y la sentencia favorable (véanse núms. 150-153).

En cuanto al contenido y el valor de la pretensión y a sus repercusiones en la competencia, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo IX.

119. Efectos de la pretensión.

Como ya hemos visto, la pretensión, en sus dos elementos (objeto y razón de hecho y derecho), delimita el alcance y sentido del litigio, del proceso y de la cosa juzgada (véanse núms. 144-148), y sirve para determinar cuándo hay *litis pendencia* (véanse núms. 130 y 148), cuándo procede la acumulación de procesos por identidad del objeto y la objetiva (mal llamada de acciones) en una demanda (véanse núms. 104 y 231), lo mismo que para la eficacia de los recursos que por tal motivo se interpongan contra ella (véanse núms. 262-264).

La pretensión y las excepciones o defensas que el demandado o el sindicado opongan, son el objeto del proceso en el sentido de que la sentencia debe resolver sobre ellas.

La reforma de la pretensión equivale a la de la demanda en parte sustancial, sea en su objeto o respecto a su sujeto (si cambia completamente el sujeto activo se necesita una nueva demanda en proceso separado, por no ser admisible una simple reforma; pero puede cambiar parcialmente con la supresión de uno de los demandantes o la inclusión de otro). Distinto es el caso de la cesión del derecho litigioso en que un tercero entre al proceso a ocupar el lugar de la parte cedente (véase núm. 179), porque entonces la pretensión sigue igual y la sentencia debe resolver sobre ella tal como en la demanda aparece, sin que la *litis contestatio* sufra modificación alguna. Se presenta entonces la *transmisión de la pretensión*, pero no se la reforma. Lo mismo ocurre en los casos de sucesión de una parte por sus herederos por causa de muerte o por disolución si es persona jurídica (véase núm. 179). En el

proceso penal puede presentarse la transmisión en la pretensión civil a la indemnización a la parte perjudicada con el delito y su reforma varía la demanda, y la reforma de la pretensión penal ocurrirá cuando se modifique la imputación.

No creemos que la terminación del proceso se determine por la extinción de la pretensión¹²¹, porque nos parece que ello es efecto del derecho de acción. Si el demandante abandona todo interés en la pretensión y toda actividad en el proceso, éste continúa, sin embargo, o permanece inactivo, pero subsiste mientras no se produce la sentencia ejecutoriada, el desistimiento o la perención, también llamada caducidad. En estos dos casos el proceso termina porque concluyen los efectos de la acción, que es en realidad de la que se desiste y la que caduca temporal o definitivamente (véanse núms. 105 y 321). La renuncia a la pretensión o su satisfacción voluntaria por el demandado o su extinción por cualquier motivo, tienen que ir acompañadas de la renuncia a la acción (el desistimiento) para que el proceso concluya (véase núm. 321).

120. La oposición a la pretensión.

Frente a la pretensión del demandante, el demandado puede asumir diversas actitudes, y la más frecuente es la de oponerse a ella. Lo mismo ocurre al sindicado o imputado frente a la pretensión penal. Son las mismas actitudes que como vimos puede asumir para el ejercicio del derecho genérico de defensa. Esto conduce al estudio del derecho de contradicción y de las nociones de defensa y excepción (véanse capítulos XII y XIV).

121. Diversas clases de pretensiones.

Las pretensiones pueden clasificarse, lo mismo que los procesos y las acciones, en declarativas puras, de declaración constitutiva, de condena, ejecutivas, cautelares y mixtas. Dentro de cada clase pueden, a su vez, distinguirse según el derecho material que se pretende o ejercita y así, en materia civil, puede hablarse de pretensiones reivindicatorias, de estado civil, posesorias, de herencia, de ejecución para obligaciones de hacer o dar o entregar o no hacer, divisorias, de alimentos, etc., y en materia penal pueden distinguirse pretensiones punitivas de privación de la libertad o de la vida o de imponer otras penas o medidas de seguridad.

¹²¹ Guasp: ob. cit., ps. 240-241.

Como dijimos al estudiar la clasificación de las acciones (véase núm. 110), es frecuente utilizar indebidamente este término para identificar el derecho material que se quiere proteger, seguido a veces del nombre de ese derecho o de calificativos que en el derecho material tienen un significado propio (así se habla de acción reivindicatoria, de estado civil, de perjuicios, de resolución o rescisión de contratos, etc.); o para distinguir la naturaleza de ese derecho material (así se habla de acciones reales o personales, muebles o inmuebles, renunciables o irrenunciables, cesibles y transmisibles o no); o para referirse a la actitud del demandante frente a la cuestión discutida (entonces se dice que la acción es afirmativa o negativa, confirmatoria o negatoria, defensiva o persecutiva). Pues bien, en todos estos casos se trata de la clasificación de las pretensiones. Siempre que se usa el término acción en un sentido material o no procesal, se hace referencia a la pretensión que en la demanda se contiene, como en el número citado lo explicamos.

De este modo, la clasificación de las pretensiones en materia civil, laboral y contencioso-administrativa, puede ser tan fecunda como lo es el derecho objetivo material en el otorgamiento de derechos subjetivos.

También se clasifican las pretensiones según los diversos procedimientos que en el Código Procesal se consagran, como cuando se habla de pretensión de lanzamiento o posesoria o ejecutiva, etc.

En materia penal, pueden clasificarse las pretensiones según el tipo de responsabilidad que se impute y de pena o medida de seguridad que se pretenda aplicar al sindicado o imputado y al procesado y existen pretensiones, como las de aplicar tratamientos de rehabilitación a personas que no han delinquido, pero tienen especial peligrosidad, como a drogadictos y prostitutas, que constituyen una clase especial de medida de seguridad, que sólo pueden clasificarse de pretensiones *punitivas* en un sentido muy amplio.

CAPÍTULO XIV

LA OPOSICIÓN A LA PRETENSIÓN. LAS DEFENSAS DEL DEMANDADO E IMPUTADO

122. Observaciones generales.

En materia civil, laboral y contencioso-administrativa, cuando el proceso es contencioso, la demanda que lo inicia contiene necesariamente una pretensión del demandante, en su sentido estricto. El demandado ha resistido esa pretensión, bien sea discutiendo su existencia o negándose a satisfacerla no obstante reconocerla, y de ahí el litigio; o aunque quisiera reconocerla no le es legalmente posible hacerlo (lo que puede ocurrir en asuntos de estado civil); por tal motivo, el demandante pone en movimiento el mecanismo del proceso por medio de la acción.

Si bien el objeto de la acción no implica la obtención de una sentencia favorable al demandante, según vimos ampliamente en el capítulo XI, no hay que olvidar que éste persigue la aceptación de su pretensión. Esa pretensión puede estar efectivamente respaldada por un derecho, pero a menudo ocurre lo contrario, pues ya sabemos que la ejercita también a cabalidad quien alega ser el titular del derecho pretendido, aunque sin tenerlo, y que el proceso, sin embargo, se adelanta hasta su culminación con la sentencia definitiva (si se cumplen los presupuestos procesales).

Frente a la pretensión del demandante existe la oposición del demandado cuando se enfrenta a ella, para perseguir su paralización, su modificación o su destrucción. De ahí que sea necesario estudiar ahora la noción de oposición del demandado en sus diversas formas (defensas y excepciones).

También en el proceso penal existe siempre una pretensión punitiva contra el sindicado o imputado y éste puede oponerse a ella formulando sus defensas, tanto en la etapa de la investigación como en la del proceso.

123. La noción de oposición y sus elementos.

Al tratar del derecho de contradicción, adelantamos algo sobre la noción de oposición y vimos las varias maneras como puede formularse ésta, en ejercicio de aquél (véanse núms. 107-112).

Se entiende por oposición del demandado el acto de voluntad de éste que manifiesta de alguna manera su resistencia a la pretensión del demandante y del sindicado o imputado para manifestar su resistencia a la pretensión punitiva que contra él se ha formulado, proponiendo defensas de cualquier naturaleza, en busca de una sentencia que le sea favorable, o de que no haya proceso (lo último cuando propone reposición del auto que admitió la demanda, o se plantean excepciones previas). Oposición y defensa, en sentido general, son sinónimos, e incluyen desde la simple negación del derecho y de los hechos hasta las excepciones previas y las de fondo o mérito. Se excluye de este concepto la incomparecencia del demandado o sindicado, su actitud meramente pasiva, sin negar ni aceptar las pretensiones del demandante, y el caso del allanamiento lo mismo que la reconvencción; en los dos primeros casos no hay oposición ni defensa, y en el último existe un ataque separado dentro del mismo proceso, con pretensión propia (véase núm. 131).

La oposición no es el derecho de contradicción, sino una de las maneras de ejercitarlo; éste persigue una sentencia justa y aquélla una sentencia favorable (es la misma diferencia que hay entre pretensión y acción, que vimos en los números 146, 113 a 116), por lo cual es una verdadera contrapretensión.

Oposición y pretensión son actos de voluntad de igual naturaleza y contrapuestos, que sólo se diferencian en el efecto negativo o positivo que persiguen: ésta se propone vincular al demandado o sindicado, en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos, mediante la sentencia (efecto positivo); aquélla trata de evitar esa sujeción (efecto negativo) mediante el rechazo de la pretensión en la sentencia o impedir que se pronuncie sentencia e inclusive que se dé curso al proceso. Se trata, como observa Guasp, del "anverso y reverso de una misma figura" y de una auténtica contrapretensión¹²².

En un sentido estricto, por oposición se entiende el ataque o la resistencia del demandado a la pretensión del demandante o a la relación material pretendida (en lo civil, laboral y contencioso-administrativo) o del imputado o procesado a la pretensión punitiva (en lo penal); pero en sentido más amplio comprende

¹²² Guasp: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 242.

también las defensas dirigidas al procedimiento para suspenderlo, mejorarlo o anularlo, o sea, en la relación jurídico-procesal ¹²³ (excepciones previas de muchos Códigos de P. C.).

También la oposición tiene los dos elementos que estudiamos en la pretensión: objeto y razón (véase núm. 115, *b*). *Su objeto* lo forma la tutela jurídica que se invoca en el determinado efecto jurídico perseguido: el rechazo total o parcial de la pretensión o su paralización temporal, o la reducción o sustitución de la pretensión (por ejemplo, por aceptar que se debe, pero menos cantidad o una calidad distinta, o que se es responsable de un hecho ilícito pero diferente del imputado y de menos pena) o la suspensión o corrección del procedimiento o su anulación (excepciones previas, nulidad o revocación). *Su razón* es el fundamento que se le da según cada caso y puede distinguirse también en razón de hecho o de derecho, según se trate de oponer hechos distintos a los que sirven de base a la pretensión, o sólo de deducir consecuencias de derecho diversas a las pretendidas por el demandante o a las imputadas al sindicado, de los mismos hechos de la demanda o de la imputación.

El demandado puede explicar los hechos en que funda su oposición o simplemente denominarla jurídicamente (por ejemplo, cuando propone la excepción de novación, prescripción, etc.); pero en todo caso le corresponde probar los hechos que alegue, si son distintos de los alegados por el demandante y no están presumidos, ni son indefinidos o notorios ni se prueban por los medios aportados por el propio demandante o de oficio por el juez.

El imputado o procesado puede adoptar conductas similares, pero en estricto sentido no propone excepciones, sino que alega hechos exculpativos o atenuantes de responsabilidad que el juez debe investigar de oficio, aun cuando a aquél le interesa colaborar en su prueba. Salvo las excepciones previas que sí pueden autorizarse en la ley procesal (véase núm. 112).

La oposición no se confunde con el derecho de contradicción porque éste existe aun cuando aquélla no se formule, y no debe enfrentarse esta noción a la de acción, porque en general no se trata de excluirla ni de atacarla, sino a la de pretensión.

Sin embargo, cuando se dirige al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo y con el fin de impedir que el proceso curse o de que se corrijan sus defectos, puede aceptarse que ataca la acción (por falta de uno de sus presupuestos) como derecho que es a que el proceso se tramite hasta lograrse la sentencia. Entonces se alega un impedimento procesal como recurso o como excepción previa.

¹²³ Rocco: *Trattato*, ed. cit., 1966, t. I, p. 311.

124. Fin perseguido con la oposición, clases, requisitos y efectos.

Cuando se dice que la oposición persigue una sentencia justa, se la confunde con el derecho de contradicción, porque aquélla busca, como la pretensión del demandante, una sentencia favorable. De ahí que sea una verdadera contrapretensión.

Las diversas clases de oposición corresponden a las actitudes que puede asumir el demandado o sindicado y que estudiamos en el número 112, letras *d* a *g*.

Hay, pues, oposiciones negativas y positivas, activas y pasivas, que corresponden a actitudes que examinamos; por otro aspecto pueden distinguirse, según la clase de excepciones que se propongan, en oposiciones de fondo y de forma, temporales o definitivas (véanse núms. 226-227).

En cuanto a los requisitos de la oposición, creemos que son puramente formales, a saber: presentarla en la forma escrita u oral que exija la ley, ante el juez del proceso, en papel competente si es el caso en materia civil y contencioso-administrativa, por quien sea capaz o esté debidamente representado, y mediante abogado inscripto cuando el derecho de postulación lo exija (véase cap. XXIII). La competencia del juez para la oposición es la misma que para la pretensión, y el tiempo para presentarla puede ser distinto según la clase de oposición; por ejemplo, para las excepciones se señala uno preclusivo como sucede en lo civil con las llamadas previas y con algunas perentorias como las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa (véanse núms. 130, 239 y 264), y en lo penal con las previas.

Las condiciones para el éxito de la oposición son los presupuestos sustanciales o materiales que estudiaremos en el capítulo XVII.

Los efectos de la oposición dependen de su clase y de los fines que persiga, de la razón que se aduzca y de la prueba que de ella aparezca en el proceso.

Como sucede con la pretensión, puede haber oposiciones fundadas e infundadas; las primeras pueden fracasar por falta de prueba o por errores del juez si el interesado no interpone los recursos legales para corregirlos.

125. De las defensas en general y sus distintas clases.

Vimos en el número anterior que la defensa en general se identifica con la oposición a la pretensión en sus diversas formas.

Cuando el demandado o sindicado formula oposición y discute la pretensión, niega la existencia de la razón sobre la cual se trata de fundarla. Ahora bien: como tal razón se desdobra en la alegación de la norma legal y de los hechos por los cuales debe aplicarse al caso concreto, también la discusión debe estar dotada de su propia razón y puede consistir en negar que existan la norma o los hechos afirmados en la demanda o en la imputación penal, o ambos, o en oponerles otros que los desvirtúen o que paralicen sus efectos. Por tanto, la primera forma de defensa del demandado o sindicado puede tener dos aspectos: a) negación de los hechos en los cuales se funda la pretensión; b) negación de los fundamentos de derecho de dicha pretensión. En este sentido puede hablarse de *defensa de hecho o de derecho*, y también de *defensa material o sustancial* (afirmación de la inexistencia de la norma) y *defensa procesal* (afirmación de la inexistencia de los hechos en que se basa la pretensión o imputación).

Cuando el demandado o el imputado se contentan con negar los elementos de derecho o de hecho de la demanda o de la imputación o con afirmar su inexistencia, ciertamente hay discusión de la pretensión, pero no existe excepción, sino una simple defensa¹²⁴. Sin embargo, en los procesos civiles y laborales como también en algunos contencioso-administrativos, el demandado no se limita por lo general a esa discusión, sino que afirma, por su parte, la existencia de hechos distintos de los que presenta la demanda o circunstancias o modalidades diferentes de los contenidos en ésta, con el objeto de plantear nuevos fundamentos de hecho que conduzcan a la desestimación de las pretensiones del demandante; en estos casos se dice que propone o formula *excepciones*¹²⁵.

Esos *hechos nuevos o distintos* de los que fundamentan la demanda, o que representan diferentes modalidades de éstos, y que constituyen las excepciones, pueden ser *extintivos*, *impeditivos*, *modificativos* o *dilatorios*. Los primeros hacen cesar la aplicación de la ley al caso concreto, eliminando los efectos que se produjeron inicialmente, lo mismo que los que originan el nacimiento del derecho pretendido o que sean posteriores a él; así, la condición resolutoria o el término extintivo, el pago, la remisión de la deuda, la fuerza mayor, son posteriores, pero igualmente producen la extinción del derecho y de la obligación correlativa. Los *impeditivos* son aquellos que impiden que un acto jurídico produzca los efectos

¹²⁴ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. I, p. 328.

¹²⁵ Hugo Alsina: *Defensas y excepciones*, Buenos Aires, 1958; Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. I, núm. 11; Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núm. 126, e *Instituciones*, ed. cit., t. I, núm. 11; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. I, ps. 310-311.

que normalmente le corresponden, y pueden consistir en la ausencia de ciertos requisitos o en la presencia de determinadas circunstancias; así, la falta de acuerdo de voluntades para realizar la transferencia efectiva del dominio hace que no se produzcan sus efectos legales y constituye el hecho impeditivo de la simulación; la causa ilícita impide la validez del contrato; la falta de autorización judicial para la venta de un inmueble de un incapaz impide también la validez del contrato, etc.

Para que un derecho nazca, se requiere tanto la presencia de hechos constitutivos como la ausencia de hechos impeditivos, y para que luego subsista, se necesita que no concurren hechos extintivos. De ahí que al afirmar el demandado la existencia de los segundos o de los últimos, busca la desestimación de la pretensión del demandante y cambia el debate, sacándolo del terreno en que éste lo plantea para llevarlo a otro distinto, que le es favorable, y por eso estará proponiendo excepciones.

En presencia de un hecho de éstos, debidamente demostrado, el juez debe negar la pretensión del demandante; pero ello no implica que niegue su acción en el sentido procesal del término, ya que, por el contrario, su pronunciamiento se debe al ejercicio de ella y con la sentencia satisface completamente su objeto (véase núm. 98).

También puede ocurrir que el demandado alegue solamente que la pretensión presenta cierta modalidad menos perjudicial para él, como una distinta calidad del contrato o de la obligación que se le imputa, es decir que persiga modificarla pero no desconocerla ni extinguirla.

Otras veces el demandado afirma la existencia de hechos que no se oponen al nacimiento del derecho ni producen su extinción, sino que se limitan a paralizar su ejercicio por el momento, es decir, a quitarle su exigibilidad o dilatar su eficacia. También se trata en este caso de proponer una excepción; así, el plazo pendiente o la condición no cumplida son excepciones dilatorias de mérito.

Naturalmente, le corresponde al demandado la alegación de esos hechos nuevos o de esas circunstancias distintas de los hechos alegados por el demandante y la carga de probarlos si no están presumidos por la ley ni son notorios o indefinidos. Pero la ley puede autorizar al juez para que declare excepciones de mérito, perentorias o dilatorias (no las previas), aun cuando el demandado no las formule, ni alegue los hechos que las fundamentan si éstos aparecen probados. Así ocurre en nuestros procesos civiles y laborales de conocimiento (no en los ejecutivos), salvo las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa, y en los contencioso-administrativos, inclusive éstas.

Puede suceder que la oposición se refiera simplemente al procedimiento o al trámite, por considerar que faltan requisitos procesales para que el proceso pueda desarrollarse, pero sin atacar el fondo de la cuestión ni el derecho material pretendido o la imputación penal misma. Se trata de defensas que tampoco constituyen lo que la doctrina entiende por excepciones, sino de impedimentos procesales (pero suelen denominarse excepciones previas, con un criterio amplio). De este modo no siempre que el demandado afirma hechos que tienden a obtener el insuceso del proceso o su paralización o suspensión, está formulando verdaderas excepciones.

En lo penal no existen verdaderas excepciones de mérito (véase núm. 129). Pero, como hemos visto, algunos Códigos de P. P. aceptan las previas, de “cosa juzgada penal sobre los mismos hechos que fundamentan la acusación” y de “extinción de la acción penal”.

De ahí que sea indispensable precisar lo que técnicamente debe entenderse por *excepción*.

126. Resumen de nuestra opinión sobre la distinción entre derecho de contradicción, defensa y excepción.

Consideramos muy conveniente separar en forma precisa los conceptos de derecho de contradicción, defensa y excepción. El primero quedó explicado ampliamente en los números 107 a 112. El derecho a proponer defensas contra la demanda o la imputación penal es la manera de ejercitar ese derecho de contradicción, y por ello éste puede identificarse con el derecho de defensa en el sentido general, pero sin que esto signifique que para su existencia se requiera que el demandado o imputado ejercite en realidad sus defensas, porque puede permanecer inactivo y no comparecer siquiera al proceso sin que tal derecho deje de reconocérselo, o resulte vulnerado, si se le da la oportunidad de defensa.

Pero, para una mejor precisión en los conceptos, creemos que por *defensa en sentido general* debe entenderse todo medio de oposición a la demanda, a la imputación o al proceso (véase núm. 112), tanto los que se refieran a la pretensión como al procedimiento y cualquiera que sea su contenido y sus efectos; para distinguir luego entre *defensa en sentido estricto*, *excepciones* e *impedimentos procesales*.

La *defensa* en sentido estricto existe (en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos) cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor, o los hechos constitutivos en que éste se apoya, o su exigibilidad o eficacia en

ese proceso. En el proceso penal, cuando el sindicado niega las imputaciones que se le formulan, o manifiesta de cualquier manera su rechazo a aquéllas o a los hechos en que se basan, o alega un hecho exculpativo de responsabilidad (como la defensa propia o el estado de necesidad).

La *excepción* existe cuando el demandado alega hechos impositivos del nacimiento del derecho pretendido por el actor, o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios que impiden que en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho, distintos en todos los casos de los hechos que el demandante trae en su demanda en apoyo de su pretensión o que consisten en diferentes modalidades de aquellos hechos (véase núm. 112), razón por la cual la carga de probarlos corresponde al demandado (salvo que sean notorios o indefinidos o que estén por ley presumidos). La doctrina europea moderna, siguiendo la concepción romana, incluye como característica especial de la excepción la circunstancia de que el juez no puede declararla de oficio, ni siquiera cuando aparezca probada en el proceso, por requerirse siempre la petición del demandado, pero en los Códigos de P. C. colombianos (anterior y vigente) se permite al juez declararla de oficio, salvo cuando se trate de prescripción, compensación o nulidad sustancial relativa (que son las llamadas excepciones propias), con lo cual se le da un mayor poder inquisitivo, y se procura una mejor solución de justicia en la sentencia, lo que está de acuerdo con el concepto moderno de la acción y el fin del proceso (véase núm. 130); por este motivo consideramos conveniente tal facultad. La necesidad de alegar siempre la excepción es un rezago del concepto civilista del proceso, que lo consideraba como una contienda de interés particular; pero hoy se estima que en la justa solución del litigio hay un interés público¹²⁶.

Los *impedimentos* procesales se refieren a los simples defectos de procedimiento, a la falta de algún presupuesto procesal de la acción o previo del proceso o del procedimiento (véanse núms. 144-153).

Cuando los alega el demandado, atacan exclusivamente el procedimiento o la forma del proceso, y el juez debe considerarlos de oficio para rechazar la demanda o declarar la nulidad de lo actuado. No se trata propiamente de excepciones, aun cuando el anterior C. de P. C. colombiano (lo mismo que el español y varios

¹²⁶ Autores mencionados en la cita anterior, y Guasp: ob. cit., ps. 242-245 y 254; De la Plaza: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 371; Fornatti: *Excepciones previas en el proceso penal*, Buenos Aires, 1952, p. 48; Couture: *Instituciones*, ed. cit., ps. 96-97.

más de Sudamérica) los denominaba impropriamente excepciones dilatorias, y el nuevo, con más corrección, excepciones previas (arts. 89-91), tomando el término en sentido amplio.

127. Naturaleza jurídica de la excepción.

El demandado puede fundar su oposición a la demanda en dos clases de razones (véanse núms. 123-124): la simple negación del derecho del demandante y de los hechos de donde pretende deducirlo, o la afirmación de hechos distintos o de modalidades de los mismos hechos que tienden a destruir, modificar o paralizar sus efectos. Cuando aduce la primera razón, se limita a oponer una defensa en sentido estricto; cuando alega la segunda, propone una excepción. Por consiguiente, la excepción no es un contraderecho material, ni un contraderecho de acción; ella ataca la pretensión incoada en la demanda y es *una razón de la oposición* que a aquélla formula el demandado.

No creemos conveniente calificar la excepción como pretensión del demandado, debido a que esta noción, en su sentido estricto, lleva inherente la idea de exigencia frente a otra persona de ciertas prestaciones o declaraciones que la obliguen, y la excepción, en cambio, tiene un sentido particular de defensa u oposición específica¹²⁷; sólo cuando el demandado toma la iniciativa a su vez mediante demanda de reconvencción, es apropiado decir que formula pretensiones propias e independientes frente a su demandante-demandado. Es mejor decir que *la excepción es una razón especial de la oposición del demandado a la pretensión del demandante, manifestada en forma activa, y por tanto, una contrarrazón frente a la razón de la pretensión del demandante*, como enseña Carnelutti^{127 bis}. Es una de las maneras de ejercitar el derecho subjetivo de contradicción o la defensa en general (véase núm. 112); la excepción es la especie y éste es el género. Pero tampoco se las debe confundir, y por eso no es técnico utilizar el término excepción para indicar toda clase de defensas u oposiciones del demandado.

¹²⁷ Esta diferencia, entre pretensión y excepción, la puso de presente la Corte Suprema colombiana, en la sentencia varias veces citada de 27 marzo 1973, al decir que la primera “generalmente conlleva la exigencia frente a otra persona de ciertas prestaciones o declaraciones obligatorias para ella”, al paso que la excepción “sólo tiene un sentido particular de defensa o de oposición específica al objetivo concreto que persigue el demandante”; “G. J.”, CXLVI, núms. 2366-2371, p. 77.

^{127 bis} Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núm. 126.

Lo anterior es aplicable al proceso penal, salvo lo referente a la demanda de reconvención y por tanto también que en ella se ejercita. Pero puede ocurrir que el denunciado o querellado contra quien el denunciante o querellante formula imputaciones o pretensiones penales, contradenuncie o contraquerelle, y entonces se presenta una situación análoga y deberán investigarse ambas imputaciones, sea en la misma investigación o en el mismo sumario, según lo que disponga la ley procesal penal.

La naturaleza de la excepción es análoga a la de la pretensión, porque ambas persiguen una sentencia favorable, y diferente de la acción, por el mismo motivo; en cambio, el derecho de contradicción o de defensa en general es de idéntica naturaleza al derecho de acción, como ya lo explicamos (véanse núms. 109 y 114). Es un error decir que la excepción ataca o se opone al derecho de acción¹²⁸; ella ataca la pretensión.

No consideramos esencial para el concepto de excepción la circunstancia de que el juez esté impedido para declararla probada, sin solicitud del demandado; es cierto que desde el derecho romano se quiso asignarle esta peculiaridad a la excepción y que la doctrina y las legislaciones española, italiana, alemana y parte de la iberoamericana se han inclinado a darle esta reglamentación; pero no se desvirtúa su naturaleza por el hecho de autorizar al juez para declararla de oficio, como lo hace el Código de Procedimiento Civil colombiano (art. 306), aplicable en los procesos laborales y contencioso-administrativos, porque lo que constituye la esencia de la excepción es el hecho de atacar las pretensiones del demandante mediante la afirmación de hechos distintos de los aducidos por éste o de modalidades de los mismos hechos, sin que el demandado se limite a negarlos, y teniendo éste por lo general la carga de probarlos.

La prohibición para que el juez declare de oficio las excepciones perentorias que aparezcan probadas en el proceso (salvo las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa) es un rezago del concepto privatista del proceso civil que veía en éste una contienda de interés particular y le asignaba a la acción como fin único la solución del conflicto entre las dos partes. Pero en presencia de las nuevas concepciones sobre el derecho de acción, la jurisdicción y el proceso (ver capítulos IV, X y XI), y el fin de

¹²⁸ Incurren en este error: Chiovenda: *Principios*, t. I, ps. 334-335; De la Plaza: ob. cit., t. I, p. 377; Aragonese Alonso: *Sentencias congruentes*, Madrid, 1957, p. 193. En cambio, refutan esa opinión: Carnelutti: ob. y núm. cit., y también Redenti: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1957, t. I, núm. 12, p. 53; Alsina: *Defensa y excepciones*, ed. cit., ps. 86-88; Guasp: ob. cit., p. 254.

interés público que se les asigna, la suerte y el contenido de la resolución que se acoja en la sentencia dejaron de ser de interés exclusivo para las partes. El juez debe buscar la justicia de la sentencia, en la conformidad de su decisión con la ley y la realidad, en cuanto aparezca demostrada en el proceso; sin que importe el silencio del demandado, e inclusive se le deban otorgar amplias facultades para decretar de oficio las pruebas que hagan falta para el logro efectivo de ese fin.

Distinto es el caso de haberse omitido alguna petición en la demanda o formulado la que no correspondía, porque el principio del contradictorio impide condenar al demandado por lo que no se le ha reclamado ni ha tenido la oportunidad de controvertir; en cambio, cuando el demandante pide algo y el juez no lo concede, porque aparece la prueba de que no le corresponde por haber existido algún hecho que impidió que se produjeran los efectos normales del acto de donde pretende deducir su derecho, o que los extinguió o modificó o que suspendió su exigibilidad, el silencio del demandado no altera el debate desde el momento en que no se le da el valor de confesión y porque se tratará de resolver sobre las pretensiones del demandante. Es tan evidente esto, que la doctrina europea se ha visto obligada a decir que en tales casos existe una *excepción impropia*, y que sólo cuando es imperativo exigir su alegación se tiene la *excepción propia* ¹²⁹.

El caso de la prescripción, la compensación y la nulidad relativa son especiales, de ahí que el C. de P. C. colombiano exija que se aleguen por el demandado en la contestación de la demanda (art. 306 aplicable a lo laboral, sin duda, con idéntico alcance). La primera extingue la obligación civil, deja vigente la obligación natural y ésta da derecho al acreedor para recibir el pago, por lo que si el demandado no la propone debe entenderse que está dispuesto a cumplir su obligación natural; la compensación porque tiene cierto sentido reconvencional y hay libertad de reclamarla o no; la nulidad sustancial relativa se entiende saneada por el silencio del interesado en reclamarla.

Las demás excepciones de mérito o fondo debe permitirse alegarlas en cualquier momento de las instancias e inclusive basta su prueba para que el juez las deba declarar en la sentencia de oficio.

En los procesos contencioso-administrativos pueden declararse de oficio las excepciones de prescripción y nulidad sustancial relativa, porque los representantes del Estado (nación, municipios, departamentos o provincias, etc.) no pueden renunciar a la prescripción ni sanear la nulidad sustancial relativa, porque

¹²⁹ Chioyenda: ob. cit., núm. 11, ps. 326-343.

ello equivaldría a disponer por el proceso sin las formalidades legales, de derechos sustanciales de las entidades públicas. Solamente se requiere alegación por éstas de la compensación. Cuando el demandado u opositor sea un particular o una entidad descentralizada o una empresa comercial del Estado, entonces sí se debe exigir la alegación de esas tres excepciones.

128. Definición de excepción y su prueba.

De acuerdo con las ideas expuestas, presentamos la siguiente definición: En sentido propio, *la excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos.*

Esta razón del demandado no requiere prueba cuando se apoya en los hechos aducidos por el demandante para deducir de ellos diferentes efectos jurídicos que fundamenten su oposición mediante una *distinta interpretación o calificación de tales hechos*, como sucede en la prescripción, en la nulidad relativa y en cualquier modo de extinción de las obligaciones *que aparezca de la relación de hechos de la misma demanda* y que sea susceptible de confesión; deberá probarse, cuando alegue hechos distintos a los presentados por el demandante, o modalidades de estos mismos, que los desvirtúan o modifican, o que suspenden o aplazan sus efectos, como sucede en los casos de pago parcial o total, de vicio del consentimiento, de compensación o novación, y demás modos de extinción de las obligaciones y causas de nulidad *porque no surgen de la demanda* (salvo que se trate de hechos presumidos por la ley o notorios o indefinidos) ¹³⁰, pero sirven las pruebas aportadas por el demandante o decretadas de oficio por el juez.

En el primer caso no se trata de negar los hechos de la demanda, ni de limitarse a negar el derecho pretendido sino de darles a aquéllos un sentido y un alcance diferente, lo que equivale a presentarlos con una distinta modalidad, para afirmar consecuencias jurídicas favorables, como la nulidad del título invocado o la prescripción, y por esto se trata de proponer una verdadera excepción.

¹³⁰ Devis Echandía: *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, t. I, núms. 130 y 132; Rosenberg: *La carga de la prueba*, ed. cit., núm. 9; Micheli: *La carga de la prueba*, ed. cit., núms. 8, 50, 51 y 80; Couture: *Estudios*, ed. cit., t. I, p. 222.

Puede pensarse que cuando de la demanda surge la existencia de hechos impeditivos, extintivos o modificativos del derecho pretendido por el demandante, lo que sucede es que éste no prueba su derecho, y entonces no se trata de una verdadera excepción; eso es cierto si se trata de nulidades absolutas y de falta de formalidades esenciales para la validez del acto o que la ley exige para su prueba, que resulten de la misma demanda, porque entonces no aparecerá la prueba del nacimiento del derecho reclamado; pero no cuando consistan en circunstancias de otro orden, como la prescripción o el pago o una nulidad relativa que necesite reclamación de la parte interesada, etc., porque entonces se trata de desvirtuar, definitiva o temporalmente y de manera total o parcial, las pretensiones del demandante, como en los ejemplos anteriores sucede, mediante la alegación de esas circunstancias; y no de asumir una actitud de simple negación del derecho o de los hechos alegados por el demandante.

129. La excepción en el proceso penal.

La excepción de mérito o fondo considerada en su sentido estricto, no tiene cabida en el proceso penal; sólo cuando se la entiende en un sentido muy amplio y poco técnico, como defensa, tiene aplicación en este proceso ¹³¹. Las previas para suspender o mejorar el procedimiento, sí pueden tener aplicación.

En el derecho procesal penal no puede concebirse una excepción de mérito que sea apenas un poder de la parte para obligar al juez a que la considere y sin cuya iniciativa no podría éste declararla, tal como la doctrina europea la entiende (véase núm. 127), porque es obligación del juez relevar aun aquellas circunstancias favorables al procesado que éste no haya aducido; por tanto, sólo pueden existir excepciones en sentido impropio.

Para aceptar esta conclusión no le damos relevancia alguna a la circunstancia de que en derecho procesal penal la excepción siempre sería considerada de oficio por el juez, puesto que creemos que así debiera aceptarse en general para el procedimiento civil, tal como en nuestros códigos se reglamentan, con las tres salvedades de la prescripción, la compensación y la nulidad sustancial relativa.

¹³¹ Enrique Fornatti: *Excepciones previas en el proceso penal*, Buenos Aires, 1952, ps. 71-79; Carlos J. Rubianes: *Manual de derecho procesal*, t. I, núm. 86, p. 353, Buenos Aires, 1976, opina que se proponen excepciones perentorias, cuando se alega cosa juzgada, amnistía, condonación o perdón, y excepciones previas (que él llama dilatorias) cuando se ataca la acción para paralizar o suspender el proceso.

Sencillamente, creemos que la naturaleza, la finalidad y el contenido de la excepción civil son incompatibles con el procedimiento penal, como lo acabamos de exponer. Cuando el sindicado hace una afirmación de libertad frente a las imputaciones que se le formulan, asume una conducta parecida a la del demandado cuando propone una excepción, porque ésta conlleva una defensa de la libertad jurídica del demandado, afectada por las consecuencias que el proceso puede acarrearle, como anotan Carnelutti, Couture y Fornatti ¹³²; pero en el primer caso sería necesario tomar el concepto de excepción en sentido impropio y muy amplio para aplicarlo a esa defensa del sindicado o imputado.

Cuando se considera que el imputado obró en defensa propia o que existe otro hecho de análogos efectos, falta una condición de la responsabilidad penal que impide que ésta exista y no se trata de verdadera excepción. Ni siquiera hay verdadera excepción cuando se produce la llamada prescripción de la sanción penal, porque entonces opera la caducidad de la acción y se trata de un impedimento procesal para iniciar o continuar el proceso. En esto se diferencian los efectos de la prescripción en materia civil y penal.

Como dijimos, puede autorizarse en los Cs. de P. P. proponer “durante el juzgamiento” las previas de juzgada penal sobre los mismos hechos que fundamentan la acusación y de “extinción de la acción penal”.

Estimamos que aun cuando no se aleguen en su término, deben considerarse de oficio en la sentencia y que si el Fiscal acusador las encuentra probadas, debe abstenerse de formular acusación.

130. Clasificación de las excepciones en la doctrina.

Varias son las clasificaciones que la doctrina presenta en esta materia.

1ª) Hemos dicho que los hechos constitutivos de excepciones pueden perseguir la destrucción o la modificación definitivas de la pretensión del demandante o sólo su rechazo temporal para el proceso en que se alega. De ahí que la doctrina distinga dos clases de excepciones de mérito o fondo: *perentorias* y *dilatorias* ¹³³.

Las *excepciones perentorias* persiguen que se declare la extinción de la obligación cuyo nacimiento no se discute o la inexis-

¹³² Citas anteriores.

¹³³ Chiovenda: ob. cit., t. I, p. 339; Enneccerus, citado por De la Plaza, ob. cit., t. I, p. 365.

tencia del derecho pretendido a pesar de su aparente nacimiento y en razón de algún hecho impeditivo, con lo que la pretensión del actor queda destruida para siempre, o su modificación favorable también definitiva; y las *dilatorias* excluyen la pretensión como actualmente exigible, en ese proceso, o impiden decisión en el fondo y hacen que la sentencia sea inhibitoria, por lo que puede volverse a formular en otro proceso posterior. Las perentorias se subdividen en *extintivas* e *impeditivas*, según extingan el derecho o impidan su nacimiento, y *modificativas* cuando únicamente hacen variar sus efectos.

Tanto las dilatorias como las perentorias se dirigen contra el fondo de la cuestión debatida, es decir, contra la pretensión, por lo que unas y otras son de mérito.

La distinción entre excepciones perentorias y dilatorias con este preciso significado tuvo su origen en el derecho romano justinianeo¹³⁴. Sin embargo, la distinción de las excepciones dilatorias en *de fondo* y *de forma*, que tuvo su origen en el derecho canónico, vino a complicar estas nociones y fue acogida en la ordenanza francesa de 1667, en la cual las dilatorias de forma se referían a vicios del procedimiento y las dilatorias de fondo eran las que retardaban la eficacia de la pretensión, como el plazo o la condición no cumplidos; al paso que las perentorias de fondo eran las que atacaban el derecho del demandante para desvirtuarlo por existir cierta razón, como la cosa juzgada, la prescripción o la confusión.

Esa clasificación no tuvo acogida en la legislación española, en la cual la denominación de excepciones dilatorias se dejó para los defectos de procedimiento que deben estudiarse en un incidente, al comienzo del proceso, y la de perentorias para todas las defensas de fondo. Esto ocurría en España desde la época de los prácticos y luego en las Leyes de Enjuiciamiento Civil (o Códigos de Procedimiento Civil) de 1855 y 1881. De éstos pasaron con igual contenido a nuestros Códigos de 1873 y 1931; pero en el nuevo C. de P. C. colombiano, estos impedimentos se alegan como excepciones previas, por lo cual ahora podemos utilizar la clasificación de las excepciones de fondo en perentorias y dilatorias, tal como se entiende en la buena doctrina, sin ningún problema (arts. 97 y 306).

2ª) También se distinguen las excepciones en *absolutas* o *relativas*, según que puedan hacerse valer por todos los partícipes de una relación o sólo por algunos¹³⁵. Ejemplo de las primeras

¹³⁴ Alsina: *Defensas y excepciones*, ed. cit., ps. 26-28, Vittorio Scialoja: *Procedimiento civil romano*, ed. cit., ps. 382-389.

¹³⁵ Chiovenda: ob. y núms. citados.

es la nulidad absoluta de un contrato; de las segundas, la violencia o el error en su celebración, que sólo puede alegarlas la parte que las sufrió.

3ª) Algunos autores distinguen las excepciones en *sustanciales y procesales*: las primeras, cuando sus efectos recaen sobre el derecho sustancial pretendido por el demandante y, por tanto, sobre las relaciones jurídico-sustanciales (las perentorias y dilatorias de la doctrina), y las segundas, cuando atacan el procedimiento y, por tanto, cuando sus efectos recaen sobre las relaciones jurídico-procesales. Las últimas son las que se denominan más técnicamente impedimentos procesales y no son verdaderas excepciones, aun cuando se suelen autorizar como "previas" para resolver sobre ellas en incidente antes de adelantar el proceso y luego de contestada la demanda.

Para esta clasificación de excepciones sustanciales y procesales se mira el objeto y contenido de la excepción, porque por el aspecto formal de su función todas son esencialmente procesales, como lo anota Rocco ¹³⁶.

4ª) Las excepciones procesales pueden distinguirse en *definitivas y temporales*, según que ataquen el procedimiento para impedir el proceso definitivamente o para suspenderlo temporalmente: en el primer caso el proceso termina, y en el segundo puede continuar una vez subsanado el defecto ¹³⁷. Esto se aplica a nuestras excepciones previas del C. de P. C. colombiano.

5ª) Se habla también de excepciones *personales e impersonales*, entendiéndose por las primeras las que miran a las personas que las ejercitan o contra quienes se oponen, y cuando sólo pueden formularse por determinadas o contra determinadas personas son relativas; y se agrupan en las segundas, las que miran al hecho que las constituyen en sí mismo, razón por la cual pueden alegarse por cualquiera que tenga interés legítimo y desde este punto de vista son absolutas.

131. La reconvencción y su diferencia con la excepción.

La excepción contradice y ataca la pretensión del demandante y persigue su desestimación por el juez; la reconvencción, en cambio, consiste en la petición para que se reconozca una pretensión propia autónoma del demandado, lo que plantea un nuevo litigio por resolver y se formula mediante demanda separada del demandado contra su demandante, que se tramita en el

¹³⁶ Rocco, *Trattato*, ed. cit., t. I, p. 307.

¹³⁷ Así lo propusimos en nuestro *Derecho procesal civil*, 1947, ps. 199 y ss.

mismo proceso. Si Pedro, al contestar la demanda alega que el derecho pretendido por el actor está prescrito, o que ha habido pago, o que debe desestimarse por radicar en un contrato nulo, estará formulando excepciones; pero si por su parte pide al juez que se declare que su demandante le debe una suma de dinero, por razón de otro contrato celebrado entre ellos, estará reconconviniendo. De ahí que en ese caso se hable de *demanda* de reconvencción.

La reconvencción es una demanda del demandado contra su demandante y se rige por las mismas normas y principios que regulan la demanda inicial. Es un caso de verdadera acumulación subjetiva de acciones en un proceso civil o laboral, ya que el demandado ejercita su acción al reconvenir (véase núm. 104).

La reconvencción no tiene cabida en los procesos penales ni en los contencioso-administrativos.

CAPÍTULO XV

EL INTERÉS EN LA PRETENSIÓN U OPOSICIÓN PARA LA SENTENCIA DE FONDO

(También llamado interés para obrar)

132. Importancia de esta materia e indecisión doctrinaria.

Al tratar en el capítulo XI sobre la acción y en el capítulo XIV sobre la excepción, nos referimos varias veces al interés sustancial y a la legitimación en la causa (*legitimatío ad causam*) para la sentencia de fondo, con lo cual puede inferirse su importancia.

Es quizás en estas nociones donde la doctrina procesal ha tenido una evolución más lenta y todavía sigue confusa, contradictoria e indecisa.

133. La noción del interés sustancial para pedir sentencia de fondo o mérito y diferencia con el interés para ejercitar la acción.

El problema comienza con la denominación misma de ese interés, pues Ugo Rocco puso de moda la de *interés para obrar*, expresión que en su sentido literal parece referirse al interés que permita el ejercicio válido de la acción o del derecho de contradicción, por lo cual la consideramos inconveniente ¹³⁸.

Se trata de tener interés *sustancial* (no procesal) en la sentencia de fondo o de mérito que resuelva sobre las peticiones de la demanda o la imputación formulada al sindicado o imputado y sobre las excepciones o simples defensas que puedan oponérsele; es decir que exista verdadero y real interés sustancial en las

¹³⁸ Ugo Rocco: *Derecho procesal civil*, México, 1944, ps. 156-160; *Teoría general del proceso civil*, México, 1959, ps. 241-248; *Trattato*, 1ª ed., Roma, 1957, t. I, ps. 318-330, y 2ª ed., 1966, t. I, ps. 322-355.

pretensiones aducidas por el demandante y en la oposición del demandado y el imputado.

Por consiguiente, es mejor eliminar la denominación de interés para obrar y sustituirla por la de *interés en la pretensión u oposición, para la sentencia de fondo o mérito*.

134. Sistematización de nuestro concepto.

A continuación procuramos sistematizar esta noción ¹³⁹:

a) *¿Qué significa este interés?*

En materia civil, laboral y contencioso-administrativa, se refiere al interés jurídico sustancial particular o concreto que induce, al demandante, a reclamar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado, a fin de que mediante sentencia resuelva sobre las pretensiones invocadas en la demanda, y al demandado, a contradecir esas pretensiones, si no se halla conforme con ellas; y a los terceros que intervengan luego en el proceso, a coadyuvar las pretensiones del primero o la defensa del segundo, o a hacer valer una pretensión propia.

Es decir, este interés hace referencia a la *causa privada y subjetiva* que tiene el demandante para instaurar la demanda, el demandado para contradecirla y el tercero para intervenir en el proceso.

En materia penal lo explicaremos en el núm. 135.

b) *No es el interés para accionar.*

El ejercicio válido de la acción para iniciar el proceso, tiene fundamento en el interés público y general, no está condicionado a la existencia de un debido interés sustancial del demandante, cuya falta no impide que, por lo general, el proceso se adelante y concluya con sentencia, aunque resulte inhibitoria. Es decir, el interés que estamos examinando es un requisito de la sentencia de mérito o de fondo, pero no de la acción, y por tanto no

¹³⁹ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. I, núms. 5-6; Rosenberg: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, ps. 253-263; Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, ps. 298-299; Rocco: *Trattato*, cita anterior; Zanzuchi, Marco Tulio: *Diritto processuale civile*, Milano, 1955, t. I, ps. 123-125; Víctor Fairén Guillén: *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955, ps. 76-81; Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. I, núms. 141-150, y *Nociones generales*, ed. cit., núms. 111-119.

se requiere generalmente para iniciar el proceso (en el ejecutivo y algunos otros debe aparecer probado con los anexos de la demanda).

c) Tampoco es el interés para contradecir en general.

El interés para contradecir es también general y público, y se funda en el principio constitucional de que nadie puede ser juzgado sin haber sido oído en el proceso; lo tiene todo demandado y sindicado, aunque carezca de interés sustancial en la causa.

d) No es presupuesto procesal ni de la acción, sino sustancial de la sentencia de fondo.

Ese interés se refiere a la relación sustancial y a las pretensiones del demandante, para sostenerlas o desvirtuarlas en el proceso, y no a la relación procesal surgida del simple ejercicio de la acción y la contradicción. En esto nos separamos de Liebman, Satta y otros (véase núm. 151).

e) No se confunde con la titularidad del derecho sustancial pretendido.

El demandante puede tener ese interés sustancial legítimo, serio, actual y, sin embargo, no existir el derecho material que pretende y por este motivo recibir sentencia de fondo, pero desfavorable; como también puede tener el demandado interés para oponerse a la pretensión del demandante y excepcionar con el objeto de que en la sentencia de fondo se declare que no tiene la obligación que en la demanda se le imputa, y no obstante carecer de razón y ser condenado en el proceso; y el imputado o sindicado tiene siempre interés sustancial serio y actual para oponerse a las imputaciones que se le formulan y, sin embargo, puede ser responsable y resultar condenado en la sentencia.

f) Es requisito de la sentencia de fondo o mérito.

En sentido lato la sentencia inhibitoria es desfavorable al demandante, pero en estricto sentido *sentencia desfavorable* es la que decide de fondo o mérito, aunque de manera adversa. Por consiguiente, es un error decir que el interés para obrar es requisito de la sentencia favorable definitiva; apenas es requisito de la sentencia de fondo o mérito.

g) *Debe ser sustancial, subjetivo, concreto, serio y actual.*

No es suficiente que el demandante crea que necesita la sentencia, para que verdaderamente tenga interés sustancial, serio y actual, en que ella se pronuncie sobre el fondo de las pretensiones o excepciones. Esto hace resaltar la diferencia entre este interés y el interés para accionar, ya que el último existe siempre por ser el general y público en la composición de los conflictos o en la declaración o ejercicio de ciertos derechos, por la vía pacífica y jurisdiccional; mientras que el primero es un interés sustancial *subjetivo*, privado, particular, concreto y serio del demandante, en su propio beneficio, y que puede faltar, a pesar de que el otro exista.

El sindicado o imputado tiene necesariamente este interés sustancial en la causa, para que haya sentencia de fondo que decida sobre las imputaciones que se le formulen, porque éstas pueden lesionar su patrimonio moral, su libertad, su vida donde se permita la pena de muerte, e inclusive su patrimonio económico.

En los procesos de condena civiles, laborales y contencioso-administrativos el demandado siempre tendrá este interés sustancial, puesto que se le pretende imponer una obligación que afecta su patrimonio económico o moral; en los de declaración constitutiva o simplemente declarativos puede ocurrir, en cambio, que carezca de ese interés sustancial para discutir las pretensiones de la demanda por ser ajeno a ellas; por ejemplo, cuando se demanda a una persona para que se declare auténtico un documento del cual no es autor, ni puede deducirse en su contra ningún efecto jurídico patrimonial ni moral (véanse otros ejemplos en el núm. 139).

Debe ser un interés sustancial *concreto* por cuanto debe existir en cada caso especial, respecto de una determinada relación jurídica material, y es atinente a las peticiones formuladas en determinada demanda, por una o por varias personas individualizadas.

Debe ser un interés *sustancial serio y actual*. Para saber si reúne estos requisitos, se formula, como dice Rocco, un *juicio de utilidad*, a fin de examinar si al acceder el juez a las declaraciones pedidas se otorga un beneficio material o moral al demandante o un perjuicio material o moral al demandado ¹⁴⁰. Sin embargo, este criterio no es absoluto, y bien puede suceder que el demandado no resulte perjudicado si la sentencia accede a las pretensiones del demandante, cuando aquél desee el mismo resultado, como ocurre cuando ambos quieren la separación de bienes dentro del matrimonio o la disolución de la sociedad conyugal, o el divorcio o la nulidad del matrimonio; en estos casos excepcionales basta que ese perjuicio del demandado sea aparente.

¹⁴⁰ Rocco: citas anteriores.

Por lo tanto, la idea de beneficio, si se accede a lo pedido, o de perjuicio si se niega, es exacta respecto del demandante y de los terceros que intervengan en el curso del proceso para coadyuvar a las peticiones de la demanda u oponerse a ellas. Pero puede suceder que el demandado no sufra perjuicio y que inclusive reciba beneficio con la prosperidad de la demanda; es decir que el interés del demandado coincida con el del demandante o por lo menos, no le sea opuesto, en los casos excepcionales mencionados.

Ese interés sustancial serio, generalmente será material o económico, pero puede serlo simplemente moral o familiar, o consistir en la necesidad de darle certeza a una relación o situación jurídica, como sucede en muchas peticiones puramente declarativas como las de estado civil (filiación o paternidad, por ejemplo); pero dejará de ser suficiente si se trata de un interés simplemente académico o dialéctico, aún más, si es de carácter malévolo y se dirige a causar daño al demandado, sin beneficio jurídico, moral o material para el actor. Así, no lo hay para demandar con el fin de que se declare auténtico un documento público que el demandado no está impugnando de falso, ni para que se declare legítimo al hijo concebido por mujer casada y nacido dentro del matrimonio; porque en ambos casos basta la presunción legal de autenticidad o de paternidad.

Y debe ser actual, porque si no existe en el momento en que se constituye la *litis contestatio*, no se justifica que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la existencia de la relación jurídica sustancial o del derecho subjetivo pretendido. Las simples expectativas o los eventuales y futuros derechos o perjuicios, que puedan llegar a existir si sucede algún hecho incierto, no otorgan interés serio y actual para su declaración judicial, puesto que no se hallan objetivamente tutelados; por ejemplo, no existirá interés actual, sino simple expectativa futura, en el caso de que un hijo demande para que se declare que el día que su padre muera, será heredero de éste; ni para demandar que el día que el inquilino subarriende deberá concluir el contrato.

En cambio, el perjuicio incierto pero posible en razón de *hechos actuales* (como el daño que amenace a nuestra propiedad por el estado de inseguridad de la edificación vecina, o por el tránsito de locomotoras en malas condiciones, en forma que puedan ocasionar incendios), otorga suficiente interés para la solicitud de que se tomen medidas conducentes a prevenirlo, porque es actual y serio. También lo será el beneficio o perjuicio futuro que se reciba ciertamente, según se consiga o no lo pedido en la demanda, y la tutela de un pretendido derecho sometido a condición suspensiva pero cierta (no es el caso de la expectativa herencial, porque no es cosa cierta que el presunto causante muera antes que el pre-

tendiente a heredarlo). Por ejemplo: hay interés actual en la declaración de que el demandado está obligado a determinada prestación al vencimiento de cierto plazo o al cumplimiento de una condición, por haber adquirido tal obligación en virtud de un acto jurídico ya realizado o de un hecho jurídico ya acaecido, pues entonces se trata de precisar el alcance o los efectos futuros de una situación jurídica actual. Es decir, el derecho pretendido, cierto o no, debe ser actual, pero sus efectos o consecuencias pueden ser eventuales y futuros; la situación de hecho, objeto de la decisión, debe existir, pero el beneficio o perjuicio que de ella se deduzcan pueden ser posibles y futuros, y entonces, el interés será suficiente. Ya no se tratará de simples expectativas ni de derechos hipotéticos.

No existe, pues, interés serio y actual si tanto el hecho del que puede originarse el derecho y la obligación, como estos mismos en el caso de que aquél suceda, son eventuales o inciertos, o si se trata de simples expectativas que el derecho objetivo no tutela.

h) El interés para obrar en los terceros intervinientes.

Cuando se trata de terceros que pretenden intervenir en el curso del proceso, es suficiente interés el beneficio material o moral que puedan recibir de la prosperidad o frustración de la demanda, para intervenir como coadyuvantes; pero si se pretende intervenir como litisconsorte o como principal excluyente, es necesario que exista un interés *jurídico* en las resultas del proceso, porque la sentencia que resuelva sobre las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado pueden lesionar o beneficiar un derecho propio de ese tercero, debido a la conexión jurídica que exista entre éste y la relación sustancial que es objeto del proceso (véanse núms. 192-196).

i) Su falta no constituye una verdadera excepción, y debe ser declarada de oficio en la sentencia.

La falta de este interés no es propiamente una excepción, sino un defecto de la pretensión del demandante y, por lo tanto, un obstáculo para su prosperidad, que debe ser considerada de oficio por el juez al dictar sentencia, como ocurre en los casos de falta de legitimación de la causa; lo mismo ocurre cuando el demandado carezca de tal interés sustancial para discutir las pretensiones del demandante; sin embargo, suele alegarse como excepción dilatoria de mérito, para que no se dicte sentencia de fondo o mérito. Es decir, el interés y la legitimación se necesitan para que la sentencia de fondo sea posible, mientras que la prueba

del derecho sustancial pretendido se requiere para que en sentencia de fondo se resuelva favorablemente al demandante.

j) *La sentencia inhibitoria que debe dictarse en caso de faltar no constituye cosa juzgada.*

La sentencia que desestima la demanda por carencia de este interés sustancial no constituye cosa juzgada, porque no contiene una decisión sobre el fondo de la *litis*. Podrá en este caso iniciarse nuevo proceso contra el mismo demandado o por el mismo demandante, si posteriormente adquieren ese interés jurídico que no tenían cuando se promovió el primero, o aduciendo la prueba que faltó (por ejemplo, si después muere el causante cuya herencia se discutió antes en vida del mismo, o si en el primer proceso no se adujo esa prueba, y en el segundo se presenta). Con mayor razón puede el demandante seguir proceso contra distinto demandado, si del anterior resultó que era otra la persona con interés para controvertir sus pretensiones.

Se aplican aquí las mismas conclusiones a que se llega en materia de legitimación en la causa (véanse núms. 137-138).

135. El interés sustancial en la causa en el proceso penal.

En el proceso penal tiene aplicación también, como vimos, esta noción ¹⁴¹, con las mismas características de interés sustancial, causal y concreto, en relación con los hechos objeto de la investigación y del proceso y con la imputación formulada.

Pero existe la peculiaridad de que nunca puede faltar el interés sustancial en la causa, del imputado o procesado, ni puede existir sentencia inhibitoria.

El sindicado o imputado tiene siempre un interés personal y sustancial para discutir la pretensión penal dirigida contra él, es decir, las imputaciones que se le hayan formulado, y por tanto para que se dicte sentencia de fondo o mérito que resuelva su situación, puesto que será siempre un interés serio y actual en que su honor, su libertad, su vida cuando exista pena de muerte, y su patrimonio económico, no resulten lesionados con una sentencia que le imponga la condena parcial o total. Esto es de una claridad meridiana. Su situación en este aspecto es similar a la del demandado en los procesos de condena civiles, laborales y contencioso-administrativos.

¹⁴¹ Giovanni Leone: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1963, t. I, ps. 28-29 y 186-187; Manzini: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1952, t. II, p. 319 y t. I, p. 398.

Este interés sustancial lo tiene el imputado desde que surge su derecho de contradicción y esto ocurre desde cuando aparece en la investigación o el sumario de imputación o sindicación contra él, sin que importe que aún no haya sido llamado a indagatoria ni haya sido detenido o capturado. Aquel interés contiene el derecho a ser oído en esa investigación previa.

El ministerio público o el fiscal tendrá también siempre el interés serio y actual para promover la iniciación de la investigación sumarial, impulsar luego el proceso propiamente dicho porque es un deber legal suyo el hacerlo cuando considere posible que un delito se haya cometido por cierta persona (recuérdese que la acción penal se ejercita sólo cuando hay denuncia o querella ante un juez, contra determinada persona sospechosa de ser el autor del delito o su auxiliar, cómplice o encubridor, y cuando se pide la investigación *in genere*; pero no cuando apenas se da la *notitia criminis* y el juez inicia el sumario o la investigación de oficio) (véase núm. 99). Pero ese interés no es personal, sino público en representación del Estado.

El juez instructor y el de la causa, cuando obren oficiosamente, ante la simple *notitia criminis*, sin denuncia o querella de alguien para que inicie la etapa sumarial o el proceso, tienen también siempre interés serio y actual para ejercer, a nombre del Estado, la pretensión penal contra quien considere sospechoso de ser el autor del ilícito o su cómplice, encubridor o auxiliador, en ejercicio de la jurisdicción (no de la acción; véase núm. 183).

Pero no ocurre lo mismo respecto del denunciante particular o de otro funcionario público, pues si bien tienen el interés procesal para ejercitar la acción y pedirle a un juez que se adelante la investigación sumarial, puede que no tengan interés sustancial alguno para intervenir en el sumario o investigación previa y luego en el proceso o juicio como partes, por no recibir lesión alguna patrimonial ni moral con el delito investigado. Esto ocurre frecuentemente, porque es un deber legal de toda persona y de todo funcionario público dar noticia de cualquier hecho que pueda constituir delito o infracción, a las autoridades competentes para recibirla, inmediatamente que lo conozcan; su intervención se limitará (si lo prefiere) a dar el simple aviso o la sola noticia, o a formular denuncia o querellas propiamente dichas si solicita que se inicie la investigación, y en el último caso ejercerá la acción penal (véase núm. 99).

Muchos códigos de procedimientos penales contemplan el interés sustancial para intervenir en el sumario y luego en el proceso o juicio penal, respecto de la parte ofendida por el delito, y exigen que lo haga mediante la formulación de una demanda de constitución de parte civil para solicitar el resarcimiento eco-

nómico de los perjuicios que hubieran podido sufrir; pero no se permite al ofendido por el delito que intervenga sólo como acusador privado, es decir, únicamente para buscar la condena del procesado, y está muy bien que sea así, porque el interés privado de venganza no debe ser atendido por el Estado y para el proceso basta con el general que éste tiene para investigar y sancionar cualquier posible hecho criminoso, para que la sociedad esté suficientemente garantizada. Pero si en algún país se da el derecho a intervenir en el proceso a la parte ofendida, sin que reclame perjuicios y sin que ejercite por tanto su pretensión civil, es decir, como simple acusador privado, se tendrá otro caso en que será titular de un interés sustancial serio y actual para esa intervención, por el solo hecho de ser el sujeto pasivo del delito.

Cuando el ofendido por el delito ejercita la llamada acción civil en el proceso penal y por tanto su pretensión indemnizatoria, el interés sustancial para intervenir y reclamar sentencia de fondo o mérito es el mismo que debe tener el demandante en los procesos civiles de condena.

Existe un caso de carencia de interés sustancial para promover el proceso penal: cuando el delito sólo es investigable por querrela del ofendido o su heredero, y otra persona la formula, el juez debe considerar tal acto como una simple denuncia genérica y por tanto se abstendrá de darle curso.

136. Definición.

De lo expuesto podemos construir la siguiente definición:

Es el interés sustancial subjetivo, concreto, serio y actual, que deben tener el demandante, el demandado y los intervinientes (en los procesos civiles, laborales, contencioso-administrativos y fiscales), el imputado y procesado, el querellante o denunciante y la parte civil, e inclusive el ministerio público (en los procesos penales), para ser titular del derecho procesal a exigir del juez una sentencia de fondo o mérito que resuelva sobre las pretensiones u oposiciones o sobre las imputaciones y defensas formuladas en cualquier proceso y también en el sumario o etapa de investigación previa al proceso penal ¹⁴².

¹⁴² Nuestra jurisprudencia ha sido renuente a incluir este concepto de interés sustancial, al lado del de legitimación en la causa; pero en los últimos años lo hemos visto en muchas providencias de jueces y algunas de Tribunales. También la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia aceptó la existencia de este interés sustancial, como un concepto diferente del de legitimación en la causa, en sentencia del 24 de julio de 1975, ordinario de "Dulcelina Pinzón vda. de Delgado y otras, contra Gildardo Santoyo y otros".

CAPÍTULO XVI

LA "LEGITIMATIO AD CAUSAM" O LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

137. Importancia de la noción e indecisión en la doctrina.

Bastante hemos adelantado en el estudio de la *legitimatio ad causam* en el capítulo anterior, por su íntima relación con el interés sustancial en la pretensión u oposición, para una sentencia de fondo o mérito, del cual, sin embargo, se distingue.

También nos hallamos aquí frente a una materia de grande interés teórico y práctico, porque se relaciona con la suerte de la demanda, con el contenido de la sentencia, y en algunos casos especiales consagrados por la ley procesal, con la admisión de la demanda y con la formación de la relación jurídica procesal.

En esta materia encontramos la misma vacilación doctrinaria que respecto al interés sustancial para obrar, y un importante avance en el derecho contemporáneo.

138. Qué es la "legitimatio ad causam" o legitimación en la causa y sus características.

En dos grupos pueden clasificarse las opiniones de los autores: en el primero tenemos los que explican la legitimación en causa como la titularidad del derecho o relación jurídica sustancial objeto del proceso; en el segundo, los que reclaman una separación entre las dos nociones y aceptan que puede existir la primera sin que exista la última.

Al primer grupo pertenecen Calamandrei, Kisch y Couture (pero éste se separa de aquéllos en que no acepta que la legitimación sea condición de la acción y aquéllos sí) ¹⁴³.

¹⁴³ Calamandrei: *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1943, ps. 179-180, 185-191, 273; Kisch: *Elementos de derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 106-110; Couture: *Estudios de derecho procesal civil*, ed. cit., t. III, ps. 20 y 209-216.

Al segundo pertenecen Cernelutti, Rocco, Rosenberg, Chiovenda, Schönke, Redenti, Allorio, Fairén Guillén, De la Plaza, Luis Loreto y Briceño Sierra ¹⁴⁴.

En este segundo grupo, los siete últimos están de acuerdo en casi todos los puntos y los cuatro primeros, sólo en lo más fundamental. Chiovenda es el único de este grupo que considera la legitimación como condición de la acción.

Nosotros nos incluimos en el segundo grupo y sistematizamos nuestro concepto en los puntos que se exponen a continuación ¹⁴⁵.

a) No se identifica con la titularidad del derecho sustancial.

La identificación de la titularidad del derecho o relación jurídica material con la legitimación en la causa, solamente puede explicarse en la doctrina tradicional, que considera la acción como el derecho sustancial en actividad o como un elemento del mismo.

Las partes pueden estar legitimadas para la causa, tengan o no el derecho o la obligación sustanciales, según se trate de demandante o demandado, porque el derecho a poner en actividad la jurisdicción y a recibir sentencia que resuelva en el fondo sobre las peticiones incoadas, no pertenece solamente al titular del derecho sustancial.

Si esto no fuere así, resultaría lógicamente imposible explicar por qué se obtiene la sentencia de fondo o mérito, a instancia de quien, por no tener el derecho sustancial, no estaría por ende legitimado para conseguir esos efectos.

b) No es condición de la acción sino del éxito de la pretensión.

La legitimación en la causa no es condición ni presupuesto de la acción, porque no la condiciona ni limita en ningún sentido, ni su falta impide su válido y eficaz ejercicio. Si lo fuera, no podría

¹⁴⁴ Cernelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, ps. 270-271 y 317-318, y *Sistemas*, ed. cit., t. II, núm. 137 y t. III, núm. 450; Rocco: *Trattato*, Roma, 1966, ps. 335-355; Rosenberg: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 255; Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. I, núms. 5, 8 y 10; Schönke: *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950, ps. 161-167; Redenti: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, ps. 151-194, 218, 231-238, y t. II, ps. 11-12, 302 y 499; Allorio: *Ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial*, Buenos Aires, 1958, ps. 215-217; Fairén Guillén: *ob. cit.*, ps. 75, 79 y 83; De la Plaza: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, ps. 267, 287, 409-410; Luis Loreto: *Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad*, en *Estudios de derecho procesal civil*, Caracas, 1956, ps. 65-126; Briceño Sierra: *Derecho procesal*, México, t. IV, ps. 82-87.

¹⁴⁵ Devis Echandía: *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, núms. 151-168, y *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núms. 120-135.

ejercitar la acción quien no estuviera legitimado en la causa, y como esto por regla general sólo se conoce cuando se dicta la sentencia, se tendría el absurdo y contradictorio resultado de que aparecería que el demandante no tiene acción sino después que ella ha producido todos sus efectos jurídicos.

Es una condición de éxito de la pretensión, no de la acción, en los procesos civiles, comerciales, laborales y contencioso-administrativos.

c) En sentido estricto tampoco es requisito de la sentencia favorable, sino de la sentencia de fondo.

La legitimación en la causa no es requisito de la sentencia favorable, entendiendo por tal la que resuelve en el fondo y de manera favorable las pretensiones del demandante. Estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido, ya por medio de sentencia favorable o desfavorable. De consiguiente, cuando una de las partes carece de esa calidad, no será posible adoptar una decisión de fondo, y el juez deberá limitarse a declarar que se halla inhibido para hacerlo.

Se comprende así que es más apropiado decir que la legitimación en causa es *condición para que pueda proferirse sentencia de fondo o mérito*, lo que sí es exacto en todos los casos. Es el concepto expreso de todos los autores del grupo segundo, a excepción de Chiovenda.

d) La sentencia inhibitoria no constituye cosa juzgada.

Como el juez se limita a declarar que está inhibido para resolver sobre la existencia del derecho material pretendido, por lo cual no *niega ni afirma que ese derecho exista*, es imposible que se produzca cosa juzgada sobre un punto que no ha sido objeto de la decisión.

e) Es personal, subjetiva y concreta.

Cada parte debe tener su propia legitimación en la causa, en razón de su personal situación, respecto a las pretensiones o excepciones de mérito que en el proceso se discutan o simplemente deban ser objeto de la sentencia, e igualmente cada interviniente debe aducir su propia legitimación en la causa para que se acepte su intervención.

Cuando una persona obra en representación de otra, los actos de aquélla se entienden como de ésta y, por lo tanto, es la

legitimación del representado lo que permite la decisión de fondo en la sentencia.

Se trata de una condición concreta, para cada caso particular, que puede tenerse o no a pesar de ejercitar válidamente la acción y el derecho de contradicción; es decir, éstos pueden existir y faltar, sin embargo, aquélla.

f) La legitimación no se cede ni se transmite.

No puede decirse que cuando se cede por acto entre vivos o se transmite por herencia un crédito o un derecho real, se está cediendo o transmitiendo la legitimación en la causa, para recurrir a un proceso en su defensa o para su realización; sería confundir el derecho sustancial con la legitimación. Si no se incurre en este error, fácilmente se comprende que el cesionario o heredero tiene su legitimación personal en la causa, siempre que necesite recurrir a un proceso para cualquier efecto jurídico relacionado con ese derecho.

Lo mismo cabe decir cuando se cede el derecho litigioso, en el curso del proceso; el cesionario interviene por tener su propia legitimación en la causa.

Es oportuno recordar aquí lo que expusimos acerca de la cesión de las acciones (véase núm. 106).

g) Es presupuesto de la pretensión o de la oposición para la sentencia de fondo.

Como se ve, la legitimación es en realidad *un presupuesto de la pretensión* contenida en la demanda y de la oposición que a aquélla formula el demandado, para que sea posible la sentencia de fondo, que resuelva sobre ellas. Forma parte de la fundamentación de la demanda en sentido general.

Resulta evidente de lo expuesto, que la legitimación en la causa (como el llamado por algunos interés sustancial para obrar) no es un presupuesto procesal, porque lejos de referirse al procedimiento o al válido ejercicio de la acción, contempla la *relación sustancial* que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés sustancial discutido en el proceso. Se trata de presupuestos materiales o sustanciales para la sentencia de fondo (véanse núms. 150-152).

h) En qué momento debe existir y qué sucede cuando se altera en el curso del proceso.

La legitimación de la causa debe existir respecto del demandante y el demandado, en el momento de *notificarse la providencia*

que admite la demanda, precisamente porque forma parte de la relación sustancial que debe ser materia del proceso; o en el momento de la intervención en el proceso, cuando se trate de terceros (por ejemplo, cuando sea un coadyuvante o un *litisconsorte* con intervención, o de la parte civil en el proceso penal). En cuanto al sindicado o imputado, véase el núm. 140.

Por lo general, la situación que existe en ese momento permanece igual durante el curso del proceso y no se presenta problema alguno sobre el particular. Pero, por excepción, puede ocurrir que se altere en uno de dos sentidos: o porque quien no estaba legitimado en la causa entonces, adquiriera esa calidad antes de la sentencia; o porque desaparezcan los hechos que otorgaban la debida legitimación en la causa a alguna de las partes. Estas alteraciones no afectan el contenido de la sentencia, ya que debe resolver sobre la situación planteada en la demanda. De ahí que algunos autores hablen del principio de la *perpetuatio legitimationis*.

- i) *Debe distinguirse la "legitimatio ad causam" de la "legitimatio ad processum".*

Según hemos dicho, la *legitimatio ad causam* es un elemento sustancial de la litis y, por lo tanto, no constituye un presupuesto procesal. En cambio, la *legitimatio ad processum* se refiere a la capacidad jurídica procesal de las partes, que sí es un presupuesto procesal (véanse núms. 146-147). La ausencia de aquella impide que la sentencia resuelva sobre el fondo de la litis, pero no invalida el proceso, y la sentencia inhibitoria es absolutamente válida; la falta de ésta constituye un motivo de nulidad, que vicia el procedimiento y la sentencia que llegue a dictarse, en el caso de que el juez no caiga en la cuenta de que existe ese vicio (véase núm. 149).

Sería mejor eliminar el término *legitimatio ad processum*, para hablar simplemente de capacidad general y especial para ciertos actos procesales, y no correr el riesgo de confundir indebidamente las dos nociones.

- j) *No tiene aplicación en los casos de acciones públicas para iniciar procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos y de inconstitucionalidad de leyes y decretos con fuerza de ley.*

Puesto que la legitimación en la causa es una calidad subjetiva especial que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido en cada proceso, aun cuando se trata de acciones públicas, que la ley otorga a todo el mundo, en interés de la colectividad, la noción no tiene aplicación alguna, puesto que

el demandante está facultado siempre para pedir la sentencia de fondo.

Puede decirse que respecto a esta clase de procesos se identifican el interés procesal para accionar, el interés sustancial para la sentencia de fondo y la legitimación en la causa. Pero más correctamente cabe afirmar que las dos últimas nociones no tienen aplicación, debido a que la ley considera que es suficiente interés el colectivo o general en la obtención del propósito perseguido con la demanda y que todos son sujetos de este interés para su realización mediante la sentencia.

En los procesos penales iniciados por acción pública, sí tiene aplicación el concepto de la legitimación en la causa, como veremos más adelante (véase núm. 140).

k) No se la debe confundir con el principio de la demanda ni con el principio del contradictorio.

Se entiende por *principio de la demanda*, el que exige que en materias civiles no puede haber proceso sin demanda de parte; en lo penal se denomina principio de la denuncia o querrela de parte, cuando la ley la exige para que pueda iniciarse la investigación penal.

Como se ve, este principio es de carácter puramente procesal y nada tiene que ver con la legitimación en la causa, pues se refiere al requisito formal de la demanda, no a la calidad sustancial de las partes ni al interés subjetivo sustancial que deben tener el demandante y el demandado.

El *principio del contradictorio* significa que en los procesos contenciosos es indispensable la citación del demandado para que pueda adelantarse; se le conoce también con el nombre de *principio de la audiencia bilateral*, y forma parte de los derechos elementales del hombre. Da origen al derecho de contradicción que ya estudiamos (véase cap. XII). Pero no significa que el demandado tenga siempre legitimación en la causa, sino que por el solo hecho de ser demandado debe otorgársele la oportunidad para su defensa (véanse núms. 107-112). En lo penal significa que debe oírse al sindicado o imputado y dársele la oportunidad de defensa.

l) Determina no sólo quiénes pueden obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino, además, quiénes deben estar presentes, para que sea posible esa decisión de fondo.

Se habla de *necesarios contradictorios*, para indicar que en ciertos procesos es indispensable que concurren determinadas

personas (como litisconsortes necesarios), bien sea como demandantes o como demandados, para que la decisión sobre las peticiones de la demanda sea posible. Esto no significa que siempre sea necesaria la presencia en el proceso de todos los sujetos legitimados para el caso concreto, sino que en algunos casos la ausencia en él de ciertas personas impide la decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda.

Es decir, no existe debida legitimación en la causa en dos casos: *a)* cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y *b)* cuando aquéllos debían ser partes en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso.

En el segundo aspecto se diferencia la legitimación en la causa, del interés sustancial para obtener sentencia de fondo (llamado por Rocco "interés para obrar"), que estudiamos en el capítulo anterior.

Hasta ahora hemos estudiado el primer caso, y vimos que la consecuencia es impedir la sentencia de fondo. Pero puede suceder que el demandante y el demandado estén legitimados para obrar en la causa y que su presencia en esas condiciones sea correcta, pero que por mandato legal expreso o tácito no tengan ellos solos el derecho a formular tales pretensiones o a controvertir la demanda. En este caso la legitimación en la causa estará incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo. Se trata de *litisconsorcio necesario*, que estudiaremos más adelante (véase núm. 184).

Como ejemplos pueden mencionarse las demandas de nulidad o rescisión o resolución de un contrato, que deben comprender a quienes figuran como partes del mismo contrato y a sus causahabientes a título singular o universal (compradores o cesionarios del primer comprador), ya que la decisión ha de producir efectos contra todos.

El caso inverso, es decir, el de concurrencia necesaria para demandar, se presenta cuando son varios los vendedores o cedentes y se quiere demandar para que se declare nula la venta o cesión; pero si alguno de ellos se niega a demandar, los otros pueden hacerlo y pedir que se les cite al proceso, en el auto admisorio de la demanda, para que la sentencia los vincule, con lo cual se produce el correspondiente litisconsorcio ¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Véase en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", 1976, núms. 2-3, ps. 369 y ss., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, del profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, Valentín Cortés Domínguez.

En el proceso penal no existen casos de litisconsorcio necesario.

m) En qué consiste la legitimación en la causa.

Debe adoptarse un criterio general para toda clase de pretensiones y procesos.

En procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, esa condición o cualidad que constituye la legitimación en la causa, se refiere a la relación sustancial que se pretende que existe entre las partes del proceso y el interés sustancial en litigio o que es el objeto de la decisión reclamada. Se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido (por ejemplo: quien reclama una herencia o un inmueble para sí, tiene legitimación en la causa por el solo hecho de pretender ser heredero o dueño; pero puede que no sea realmente heredero o dueño y por ello la sentencia será de fondo, pero adversa a su demanda).

Creemos que se precisa mejor la naturaleza de esa condición o calidad o idoneidad; así: en los procesos contenciosos, la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado, en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante; y en los procesos de jurisdicción voluntaria consiste en estar legitimado por la ley sustancial para pedir que se hagan las declaraciones solicitadas en la demanda.

Es decir, el demandado debe ser la persona a quien conforme a la ley corresponde contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídica sustancial objeto de la demanda; y el demandante la persona que según la ley puede formular las pretensiones de la demanda, aunque el derecho sustancial pretendido por él no exista o corresponda a otra persona.

Y en cuanto a los *terceros intervinientes*, radica en ser titulares de un interés jurídico sustancial, patrimonial o moral, dependiente para su satisfacción de la suerte que corra en el proceso el interés en el litigio de una de las partes principales (interventor adhesivo o coadyuvante), o titulares *parciales* del interés sustancial en litigio, debido a que tienen su propio interés jurídico en ese litigio que puede resultar afectado o favorecido por la sentencia (interventor litis consorcial o *ad excludendum*) (véanse núms. 187-205) (C. de P. C. colombiano, arts. 52 y 53).

No se necesita ser el titular o el sujeto activo o pasivo del derecho o la relación jurídica material (lo que supondría que ésta siempre existiera), sino del interés en que se decida si efectivamente existe (y por lo tanto, aun cuando en realidad no exista), pues la legitimación será perfecta desde el momento en que, en caso de existir, los sujetos del interés en la declaración y discusión sean el demandante y el demandado. Por lo tanto, *debe examinarse cuáles deben ser los sujetos de ese interés en litigio, en el supuesto de que el derecho sustancial o la relación jurídica sustancial existan.*

Si además de existir la legitimación en la causa, resulta que el derecho o la relación jurídica sustancial existe en verdad, que el demandante es su titular y el demandado el sujeto pasivo, entonces el demandante obtendrá sentencia favorable de fondo; mas en caso contrario, la sentencia será de fondo o mérito, pero desfavorable a aquél.

n) Su adecuada denominación.

Muchos inconvenientes le encontramos a la denominación de *legitimación para obrar* propuesta por Ugo Rocco porque se presta a confusiones, con el interés procesal para accionar y con el interés sustancial que él mismo denomina para obrar y que estudiamos en el capítulo anterior. Más correcto es hablar, como lo hace Carnelutti, de *legitimación para pretender o resistir la pretensión; o de legitimación para obtener sentencia de fondo o mérito.* Pero creemos que lo mejor es mantener la denominación tan conocida y antigua de *legitimatio ad causam* o *legitimación en la causa.*

o) Distintas clases de legitimación en la causa.

Según el sujeto legitimado o su posición en el proceso pueden distinguirse: la legitimación *activa* y la *pasiva*; la legitimación *principal* y la *secundaria*; la legitimación *total* y la *parcial*, y la legitimación *permanente* y la *transitoria*.

La *activa* corresponde al demandante y a las personas que posteriormente intervengan para defender su causa (véanse núms. 192-200). A la parte civil, al querellante y al ministerio público, en lo penal.

La *pasiva* pertenece al demandado y a quienes intervengan para controvertir la pretensión del demandante (véanse núms. 192-200). Al imputado y luego procesado, en lo penal.

La *principal* se refiere a quienes tengan la calidad de demandantes o demandados, o de intervinientes principales con derecho propio y situación jurídica personal, es decir, de partes

principales en el proceso (litis consorte de demandantes o del demandado o interventor *ad excludendum*) (véanse núms. 187-205). Y en lo penal a los cuatro sujetos mencionados.

La *secundaria* corresponde a quienes intervienen en el proceso, no para sostener una situación jurídica personal que deba ser resuelta allí, sino para coadyuvar a la situación de una de las partes (terceros coadyuvantes) (véanse núms. 196-197). No existe en lo penal.

Es *total* cuando existe para toda la causa; es *parcial* cuando es sólo para ciertos trámites y fines determinados que no se relacionan con la decisión de fondo sobre la litis, como ocurre cuando un tercero poseedor pide el levantamiento de un secuestro o embargo o se opone a ellos, o cuando un secuestro rinde sus cuentas. El legitimado parcialmente no está facultado para intervenir en los otros aspectos del proceso y el juez no debe oírlo cuando pretenda hacerlo. En lo penal, siempre es total.

La *permanente* existe cuando se tiene para toda la duración del proceso, como en el caso del demandante, el demandado y los terceros intervinientes; el imputado, la parte civil y el ministerio público en lo penal.

La *transitoria*, cuando apenas se otorga para una determinada actuación en el curso del proceso, y corresponde a los intervinientes parciales, quienes no pueden seguir interviniendo una vez que termina la cuestión incidental o transitoria para la cual están legitimados (como el opositor a un secuestro o una entrega de bienes).

p) Su falta debe declararse de oficio en la sentencia.

Como sucede con la ausencia de interés sustancial, la de la debida legitimación en la causa constituye un impedimento sustancial para que el juez pueda proferir sentencia de fondo y mérito, y no una excepción ni un impedimento procesal.

Si en el momento de decidir la litis, el juez encuentra que falta esta condición para la sentencia de fondo o mérito, debe declararlo así oficiosamente y limitarse a proferir una sentencia inhibitoria, inclusive en los países donde se exige alegar todas las excepciones.

Por eso es un error considerar que la sentencia que desestima la demanda por ausencia de legitimación en la causa, es desfavorable al demandante con efectos de cosa juzgada, como expusimos en el punto *d*.

- q) *Casos en que debe examinarse para la admisión de la demanda y en que su ausencia puede alegarse como excepción previa.*

Sabemos que, por lo general, es en la sentencia donde el juez estudia la legitimación en la causa, en los procesos declarativos o de conocimiento ordinarios. Sin embargo, en ocasiones el juez tiene el deber de examinarla para la admisión de la demanda, y ello ocurre por lo común en los procesos especiales cuando debe pronunciarse sobre el fondo de lo pedido en el mismo auto admisorio de la demanda, o posteriormente, pero sin debate probatorio previo si el demandado no se opone. Esto ocurre en el proceso ejecutivo, inclusive para las tercerías; en el de mejora de la hipoteca o reposición de la prenda o exigibilidad de la obligación no vencida; en el de quiebra o concurso de acreedores; en el de sucesión por causa de muerte y en general en los de jurisdicción voluntaria; en los procesos abreviados de lanzamiento del arrendatario, de restitución al arrendador, de restitución de tenencia a otro título y de rendición espontánea de cuentas.

En los procesos de conocimiento es conveniente permitir que pueda alegarse como excepción previa, para que sea resuelta por auto al comienzo de la instancia, la carencia de esta condición sustancial del demandado, por ejemplo, la falta de la calidad de herederos o cónyuge en que se le cita. E igualmente cuando falte la completa integración del contradictorio, proponer como excepción previa la falta de interés sustancial serio y actual en las pretensiones formuladas por el titular demandante, y la carencia de legitimación en la causa de ambos, en todos los casos, por obvias razones de economía procesal, para evitar un proceso inútil que debe concluir con sentencia inhibitoria ¹⁴⁷.

139. Diferencia entre legitimación en la causa y el interés sustancial para la sentencia de fondo (o interés sustancial para obrar). Ejemplos.

Hemos dicho que el interés sustancial para obrar en el proceso con derecho a pedir la sentencia de fondo, es diferente de

¹⁴⁷ Una moderna y correcta concepción de la legitimación en la causa nos ofrece el jurista colombiano Marco Gerardo Monroy Cabra, en su libro *Principios de derecho procesal civil*, Edit. Temis, Bogotá, 1974, ps. 162-163; Fernando Morales Molina considera, correctamente, que la legitimación en causa "es requisito de la pretensión": *Curso de Derecho Procesal Civil*, t. I, *Parte General*, ed. cit., 1973, p. 412; Jaime Azula Camacho: *Manual de derecho procesal. Teoría del proceso*, Edit. Derecho y Ley, Bogotá, 1979, ps. 304-407, la califica de "presupuesto de la pretensión".

la legitimación en la causa, aunque también ésta se requiere para que pueda pronunciarse esa clase de sentencia. Ahora trataremos de explicar esa diferencia, en primer lugar en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos.

a) La legitimación en la causa puede existir en el demandante, pero, sin embargo, faltarle el llamado interés sustancial para obrar, en los procesos de conocimiento y en las sucesiones por causa de muerte; por ejemplo: si una persona demanda a otra para que sea declarada heredera de un tercero, tiene legitimación en causa porque es titular del interés en litigio, pero si el supuesto causante no ha muerto, carecerá de interés serio y actual en pedir tal declaración; si en la misma hipótesis el demandante dirige su demanda contra el mismo futuro causante estará en igual situación; si una persona pide que se abra el proceso de sucesión de otra persona que todavía no ha muerto, alegando y probando que es heredero *ab intestato*, tendrá también legitimación en causa pero carecerá de interés serio y actual; lo mismo ocurrirá si una persona demanda a otra para que se declare que una escritura pública, de la cual deduce ciertos derechos, es auténtica, sin que haya mediado alegación de tal falsedad por la segunda, su legitimación en causa es perfecta, pero no tendrá interés serio y actual en tal declaración (porque goza de una presunción legal de autenticidad de tal documento): como el último puede haber muchos casos (siempre que se pida la declaración de algo que goza de presunción legal *iuris tantum* o *iuris et de iure*).

b) En cambio, en los procesos ejecutivos si el demandante tiene legitimación en causa (por pretender ser el titular del crédito que se cobra y aparecer esto del documento que presenta), necesariamente tiene interés serio y actual para ejecutar (aunque el crédito no sea exigible aún, si él pretende que sí lo es).

c) El demandado tiene siempre interés sustancial para actuar en toda clase de procesos contenciosos, puesto que el demandante pretende obligarlo o vincularlo con la sentencia y por tanto aquél tiene interés sustancial serio y actual en oponerse. Pero puede ocurrir que a pesar de ello el demandado carezca de legitimación en la causa, por no ser la persona que conforme a la ley deba discutir las pretensiones del demandante, aunque tenga interés sustancial para defenderse y oponerse a la demanda; esto puede ocurrir en los procesos declarativos puros y de declaración constitutiva, cuando la ley limite la legitimación a quienes tengan cierta calidad, como la de herederos (como ocurre para la declaración de filiación extramatrimonial después de muerto el presunto padre, y el demandante dirige su demanda contra quien no tiene esa calidad) o cuando en vida el presunto padre pide la declaración de paternidad extramatrimonial frente a un tercero en vez de demandar al hijo. En los

procesos de condena y ejecutivos la regla general es que el demandado tiene legitimación en la causa puesto que se trata de imponerle una obligación o de cancelarla con bienes de su patrimonio; pero puede ocurrir que le falte, cuando la condena o la ejecución se pidan contra una persona en razón de tener cierta calidad (como la de heredero de otro o la de socio de una sociedad), sin que en realidad la tenga (suele proponerse entonces la supuesta excepción de "inexistencia de la obligación que se le imputa", pero en realidad es simple falta de legitimación en causa para discutir si el acreedor tiene o no ese derecho contra los herederos o los socios).

d) En cambio, si el demandado tiene legitimación en la causa, por ser la persona que conforme a la ley sustancial puede discutir la pretensión del demandante, también tendrá interés sustancial serio y actual para tal discusión; no se concibe que tenga aquélla y no éste.

e) Si el demandante carece de legitimación en la causa, también carecerá siempre de interés serio y actual para ejercitar esas pretensiones, puesto que no corresponde a él formularlas (por ejemplo, cuando el demandante pide que se declare que un bien pertenece a una herencia, sin tener él la calidad de heredero; o que el bien pertenece a una sociedad conyugal disuelta, sin tener él la calidad de cónyuge sobreviviente o de heredero del muerto).

f) En los procesos declarativos puros o de declaración constitutiva, si el demandado carece de legitimación en la causa, por no ser la persona que conforme al derecho sustancial debe discutir las pretensiones de la demanda (por ejemplo, por no ser heredero del presunto padre, cuando se trate de demanda de filiación paterna), necesariamente carecerá también de interés sustancial para contradecir esas pretensiones. Pero en los procesos de condena y ejecutivos, el demandado puede carecer de legitimación en la causa, mas siempre tendrá el interés serio y actual para defenderse de la pretensión de imponerle una condena o adelantarle una ejecución, como, por ejemplo, cuando se le demanda o ejecuta en razón de la calidad de heredero o de socio, que no tiene.

g) Por último, si el demandante tiene interés sustancial serio y actual para formular las pretensiones de la demanda, también tendrá necesariamente legitimación en la causa para hacer valer dicho interés.

h) En cambio, el demandante puede tener legitimación en la causa, pero carecer de interés serio y actual para las pretensiones; por ejemplo, cuando pide se le declare heredero de otra persona, por reunir el requisito de parentesco y no existir testamento, pero todavía ese posible causante no ha muerto; o pide se declare auténtico un documento público que nadie discute, pero del cual se deducen derechos a su favor.

140. La legitimación en la causa en el proceso penal.

Si se considera, como lo hace la doctrina que hemos refutado, la legitimación en causa como la titularidad del derecho o de la obligación sustancial objeto del litigio o conflicto, es obvio que esta noción sería inaplicable en el proceso penal, porque significaría que solamente tendrían legitimación para la causa quienes realmente fueran sujetos activos de un ilícito penal y quienes imputen a aquéllos un ilícito del cual realmente fueran responsables; lo cual sería un tremendo absurdo, porque muchas veces se trata de imputaciones infundadas o que al menos no logran probarse, por lo cual en la sentencia se declara inocente al procesado.

El concepto de legitimación en la causa, tal como nosotros lo entendemos, tiene perfecta aplicación en el proceso penal, en el cual también se presentan diversas situaciones¹⁴⁸. Pero con la modalidad, en el proceso penal, de que no pueden existir sentencias inhibitorias, ni faltar la legitimación en causa del imputado o procesado.

Con este criterio pasamos a examinar la legitimación en causa de los diversos sujetos del proceso:

a) *El sindicado o imputado.*

Naturalmente, el sindicado o imputado tiene siempre legitimación en la causa, puesto que es personalmente el sujeto pasivo de la pretensión punitiva (véase núm. 128) y por tanto el titular del interés sustancial en contradecirla; de la misma manera como tiene siempre interés sustancial serio y actual para obrar en el proceso y pedir sentencia de fondo que resuelva sobre las imputaciones que se le hayan formulado (véase núm. 135).

El proceso penal es siempre un proceso de condena y sigue la regla general aplicable a esta clase de procesos civiles, laborales o contencioso-administrativos (véase núm. 139, c); pero no tiene las excepciones que en éstos se pueden presentar, porque al sindicado o imputado se le exige siempre responsabilidad personal, aunque haya incurrido en ella en razón de haber ejercido cierto cargo público o privado, tal como ocurre, por ejemplo, en los delitos de cohecho, peculado o concusión en el desempeño de cargos públicos, o de abuso de confianza en el desempeño de un mandato o de un cargo representativo privado, como la gerencia de cierta

¹⁴⁸ Jorge Clariá Olmedo: *Tratado de derecho procesal penal*, ed. cit., t. II, ps. 448, 454 y 416; Leone: ob. cit., t. I, ps. 250, 449, 497, 519, 734, y t. II, p. 246; Manzini: ob. cit., t. I, ps. 71 y 398, y cita núm. 162; Alcalá Zamora y Levene: *Derecho procesal penal*, ed. cit., t. II, ps. 119 y ss.

sociedad. Si resultare que el imputado no desempeñaba el cargo público o privado cuando ocurrió el hecho que se le imputa, no se tratará de falta de legitimación en causa para discutir la imputación sino de inexistencia del delito que requiere aquella condición; pero indudablemente él tendrá interés sustancial y legitimación en la causa para pedir la sentencia de fondo o mérito que haga esa declaración y lo exonere de tal responsabilidad.

b) El ministerio público.

También el ministerio público tiene siempre legitimación en la causa para intervenir como parte principal en la investigación ya iniciada por querella o denuncia privada, porque representa el interés general de la sociedad en la lucha contra el delito, que lo reviste de aquella calidad para pedir sentencia de fondo o mérito; también tiene esa legitimación para promover la iniciación de la investigación sumarial y del proceso penal, excepto cuando la ley exija para ello la denuncia o querella ante el juez por el particular lesionado con el delito (en el último caso, la legitimación en causa la tiene, inicialmente, sólo ese particular ofendido; pero una vez que éste formule su petición y promueva la investigación sumarial, el ministerio público adquiere legitimación para intervenir en la causa, como parte principal). Ésta es la situación en Colombia.

En los sistemas legales que limitan el ejercicio de la acción penal al ministerio público y exigen en los casos en que sea necesaria querella del ofendido, que ésta se formule ante él, tendrá siempre aquél legitimación en la causa y dicha querella será solamente un presupuesto procesal para el ejercicio válido de la acción penal (véase núm. 99).

Igualmente, el ministerio público tiene siempre interés serio y actual para intervenir en los sumarios y procesos, y también para promoverlos cuando la ley no exija querella del ofendido (si la exige, corresponde a éste promoverlo en el sistema colombiano, pero en el acusatorio puro lo hará siempre el ministerio público a condición de que aquél lo haya instado a ello).

Los *fiscales acusadores* son partes en el proceso o juicio, porque no juzgan, sino que simplemente tienen la función de resolver si del expediente levantado en la investigación, resultan o no pruebas suficientes que ameriten el formular acusación, por algún ilícito penal, contra determinada persona o contra varias, y en caso de llegar a la conclusión afirmativa, deben formular dicha acusación, o sea, ejercer la pretensión punitiva del Estado contra esas personas, para que el juez competente para la causa las someta a juicio o proceso. Y si el juez admite la acusación, dicho

fiscal acusador se convierte en parte acusadora del juicio o proceso (etapa de juzgamiento).

Por consiguiente, los fiscales acusadores tendrán interés sustancial para obrar y legitimación en la causa: *a)* para formular la acusación; *b)* para actuar en el juicio o proceso o juzgamiento, en teoría con el fin de que se dicte sentencia justa (y veredicto justo del jurado en los pocos casos en que se conservó este obsoleto y pésimo sistema), aun cuando creemos que en la práctica se sentirán comprometidos a sacar adelante su acusación y no se comportarán como *parte imparcial*.

c) El simple denunciante.

En cuanto al denunciante que no puede o no quiere hacerse parte civil, si bien ejercita la acción penal cuando pide que se inicie la investigación sumarial (no cuando se limita a informar del hecho posiblemente delictuoso) y tiene legitimación para la denuncia, carece de legitimación en la causa para intervenir tanto en el sumario como en el proceso propiamente dicho, aunque sea víctima del delito. Cuando se trata de delito no perseguible de oficio, sólo la persona ofendida por aquél tiene legitimación para formular la denuncia o querella. Sin embargo, en los países que permiten la intervención del ofendido como acusador particular, sin que se pida la condena o la indemnización de perjuicios en el mismo proceso penal, aquél tendrá legitimación en causa para intervenir (esto lo consideramos un inconveniente).

d) El demandante como parte civil.

Cuando la ley procesal penal permita al ofendido con el delito, o a sus herederos, hacerse parte en el proceso penal, mediante la formulación de una demanda, en la cual ejercita la acción y su pretensión a la indemnización de los perjuicios que con el delito se le hayan causado y se le sigan causando, como ocurre en Colombia, el ofendido o su heredero adquieren la calidad de parte civil en el proceso penal. Se trata de una intervención principal autónoma y no adhesiva o coadyuvante del ministerio público. Cuando sean varios los ofendidos o los herederos, existirá entre ellos un litisconsorcio-facultativo.

Pues bien: la legitimación en causas de esos intervinientes como partes civiles, se rige por los principios examinados para los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos. Si se trata de las mismas personas ofendidas por el delito, tendrán siempre legitimación en causa para pretender la correspondiente indemnización; pero si se trata de herederos, puede faltar esa

legitimación cuando en verdad no tenga esa calidad (por ejemplo, porque se trate de herederos *ab intestato* colaterales, pero exista otro heredero de mejor derecho que los excluya en la herencia, o un heredero testamentario excluyente).

e) *Conclusión.*

Como puede observarse fácilmente, la legitimación en la causa, en procesos penales, no es condición de la acción penal, sino de la sentencia de mérito, o sea para que ésta pueda dictarse, pero sin que su falta conduzca a sentencia inhibitoria que nunca puede existir, sino de presentarse el caso sería necesario considerar ese defecto como causal de nulidad del proceso. Pero en la práctica, cuando se autorice que el ofendido con el delito o sus herederos concurren al proceso como "partes civiles", solamente faltará en el funcionario (juez de instrucción o fiscal, según el sistema adoptado) que adelante la investigación previa y el proceso posterior, sin que haya existido la querrela del ofendido en los casos que la requieren por mandato legal, y en el juez que tramite proceso sin acusación del ministerio público o fiscal cuando la ley exija ésta como supuesto indispensable para su iniciación. Cuando se permita la intervención de la parte civil, podrá faltar la legitimación en quienes hayan sido aceptados como tales, y el juez se abstendría entonces de resolver sobre la indemnización que estén reclamando y sólo en este punto podría haber sentencia inhibitoria.

141. Definición.

De lo expuesto podemos construir la siguiente definición:

Tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda o en la imputación penal, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida o del ilícito penal imputado, que deben ser objeto de la decisión del juez, *en el supuesto de que aquélla o éste existan*; o en ser el sujeto activo o pasivo de una relación jurídica sustancial que autorice para intervenir en el proceso ya iniciado.

Se deja así bien en claro que no se trata de la titularidad del derecho o la obligación sustancial, porque puede que éstos no existan, y que basta con que se pretenda su existencia; por eso puede ser perfecta la legitimación en la causa y, sin embargo, declararse en la sentencia que dicho derecho y tal obligación o el ilícito penal alegados o imputados no existen realmente.

142. La sustitución procesal o legitimación extraordinaria.

En derecho privado se habla de *sustitución* cuando una persona es autorizada por la ley para ejercitar derechos materiales de otro; así ocurre en el caso del acreedor que ejercita el derecho de aceptar una herencia que corresponde a su deudor, o de exigir la restitución de un inmueble como consecuencia de la simulación o nulidad del contrato por el cual se había transferido a un tercero. En este caso el derecho material lo ejercita quien no es su titular.

Esa noción le sirvió a la doctrina procesal para resolver el problema que se planteaba por la existencia de personas que estaban legitimadas para determinada causa, sin pretender ser las titulares del derecho o relación jurídica sustancial objeto de la litis, como excepciones a la regla general —entonces imperante— de que la legitimación correspondía a los sujetos de tal derecho o relación jurídica material. Desde tal punto de vista la aplicación del concepto de *sustitución* aparecía pertinente y casi necesario.

El *stituto procesal* es titular parcial del interés en litigio, por cuanto tiene la legitimación en la causa, aun cuando no lo sea del derecho o relación jurídica sustancial, porque es su interés propio, en la defensa de su propio derecho sustancial, lo que legitima sus pretensiones. Por eso ejercita su acción y no la acción que podía corresponderle al deudor; pero ejercita el derecho sustancial de este último, lo que es muy distinto.

Sin embargo, para nosotros no existe en realidad excepción alguna a la regla general enunciada sobre legitimación en la causa, porque separamos absolutamente la titularidad de derecho o relación jurídica material y la legitimación en la causa, y ésta la basamos en la titularidad total o parcial del interés en pretender o en discutir el derecho o la relación jurídica sustancial en litigio, que puede ser un interés distinto del que representa para el titular del derecho material el ejercicio de este derecho. Por ejemplo, el interés que para el deudor representa su derecho sustancial a una herencia o la restitución de un bien, es muy diferente del interés que tiene su acreedor en esos derechos sustanciales; entonces, cuando el acreedor recurre al proceso para ejercitar esos derechos sustanciales de su deudor, el interés en litigio no es solamente el que radica en tal derecho o relación sino también su propio interés en la tutela de su derecho material del crédito, y por esto el acreedor demandante es titular parcial del interés en litigio, lo cual basta para configurar su legitimación principal en la causa, aun cuando la sentencia no deba tomar decisión alguna sobre su derecho sustancial personal y sólo resuelva sobre el derecho sustancial del deudor. Hay una “interdependencia de intereses en ese litigio”.

Estamos de acuerdo con Rocco y Redenti, en que ciertamente no existe la llamada *sustitución o subrogación procesal*, y que es mejor hablar de *legitimación extraordinaria*, como lo propone el último y lo acepta el primero. Y esto porque en el moderno derecho procesal la coincidencia entre el sujeto del derecho de acción y el sujeto del derecho sustancial se presenta muchas veces, pero está ausente en otras no menos numerosas, e igualmente nada impide que personas distintas del titular de un derecho sustancial tengan un legítimo interés tutelado por la ley en su declaración o realización o en su satisfacción, como en los ejemplos mencionados.

Los efectos de la sentencia, en cuanto a su fuerza vinculativa y al valor de cosa juzgada, recaen sobre el deudor sustituido y no sobre el acreedor sustituto, porque es el derecho sustancial de aquél y no el de éste lo que constituye el objeto de la decisión; a no ser que el último acumule alguna pretensión sobre su propio derecho, porque entonces resultará vinculado en lo que a ella se refiere.

143. La llamada *personería sustantiva de las partes*.

Muy usual ha sido en nuestra jurisprudencia hablar de *personería sustantiva*, para referirse a la legitimación en la causa, por oposición a la *personería adjetiva* que se refiere a la capacidad y representación, o sea, la *legitimatio ad processum* ¹⁴⁹.

No se trata de la capacidad para obrar en procesos por sí mismos o mediante apoderado o representante legal que es lo que constituye la *personería adjetiva*, sino del derecho a que se resuelva sobre el fondo de la litis o de las pretensiones aducidas en la demanda.

Cuando falta la *personería sustantiva*, se dicta sentencia inhibitoria. Por lo tanto, no se trata de una verdadera excepción, puesto que no ataca el derecho sustancial alegado. Ni se produce cosa juzgada.

Se comprende fácilmente que la tal *personería sustantiva* es exactamente lo que en doctrina se conoce como *legitimatio ad causam*.

¿Es un error hablar de *personería sustantiva*? Si se identifica este concepto con la titularidad del derecho sustancial, entonces sí sería un grave error, como también lo sería decir que en tal caso se trata de la legitimación en la causa. Pero entendida como similar a ésta, tal como se acostumbra en nuestro medio jurídico, resulta innecesario recurrir a tal denominación, pero no hay inconveniente jurídico alguno en admitirla.

¹⁴⁹ Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. I, núm. 168; Corte Suprema, 7 junio 1937, "G. J.", t. XLV, p. 352; 10 julio 1945, núm. 2022, p. 329; 3 octubre 1953, núm. 210, p. 488; 24 setiembre 1954, núm. 2146, p. 668, y muchas más.

CAPÍTULO XVII

PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES O SUSTANCIALES

144. Naturaleza de los presupuestos procesales.

Ya hemos dicho que para la formación válida de la relación jurídica procesal se requiere, además de la demanda, la denuncia o la querella, que se cumplan ciertos requisitos indispensables para que aquéllas sean atendidas por el juez y le impongan a éste la obligación de iniciar el proceso. Estos requisitos son conocidos como los *presupuestos procesales*.

Esos presupuestos determinan el nacimiento válido del proceso, su desenvolvimiento y su normal culminación con la sentencia, sin que ésta deba decidir necesariamente en el fondo sobre la procedencia o fortuna de la pretensión y mucho menos que deba ser favorable a esa pretensión, pues estas dos circunstancias dependen de otra clase de presupuestos: los materiales o sustanciales.

Por lo tanto, se trata de supuestos previos al proceso o requisitos sin los cuales éste no puede ser iniciado válidamente, y deben, por ello, concurrir en el momento de formularse la demanda o denuncia o querella, a fin de que el juez pueda admitirla o iniciar el proceso; o de *requisitos de procedimiento* para que el proceso pueda ser adelantado válida y normalmente, una vez que sea iniciado.

Los presupuestos procesales se diferencian de las excepciones de mérito, entendidas éstas en su sentido estricto, pues mientras aquéllos se refieren al debido ejercicio de la acción como derecho subjetivo a impetrar la iniciación de un proceso o la formación válida de la relación jurídica procesal, éstas, en cambio, atacan la pretensión del demandante (en lo civil, laboral y contencioso-administrativo), es decir, el fondo de la cuestión debatida. La falta de los primeros impide que haya proceso o que se pronuncie sentencia; las segundas, si existen, evitan que al concluir con sentencia el proceso, triunfe el demandante, consiguiendo declaraciones favorables a sus pretensiones. Esto conduce a distinguir las

cuestiones de forma, rito o procedimiento (presupuestos procesales previos y del procedimiento), de las de fondo, que se refieren a la cuestión sustancial debatida y a las excepciones propiamente dichas (presupuestos materiales o sustanciales).

Sin embargo, en un sentido lato y amplio se habla de excepciones previas para referirse a la alegación, al comienzo del proceso, de la falta de algún presupuesto procesal, es decir, de un impedimento procesal. En ese sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil española y el C. de P. C. anterior, hablaban de "excepciones dilatorias", con grave impropiedad (véase núm. 130), que fue corregida en el C. de P. C. colombiano de 1970.

145. Clasificación de los presupuestos procesales.

Nuestra Corte Suprema generalmente apenas se refiere a los siguientes presupuestos procesales; jurisdicción, competencia, capacidad para comparecer al proceso o sea capacidad procesal, demanda en forma y capacidad para ser parte (la última para comprender erróneamente los casos de interés sustancial para la sentencia de fondo o mérito y legitimación en la causa). Pero creemos que es una clasificación demasiado simplista y muy incompleta.

Creemos que deben distinguirse los presupuestos procesales así ¹⁵⁰: 1) *presupuestos procesales previos al proceso*, que se subdividen en dos grupos: a) presupuestos procesales *de la acción*, que miran al ejercicio válido del derecho subjetivo de acción por el demandante o el denunciante o querellante, y b) presupuestos procesales *de la demanda*, que deben reunirse para que el juez admita la demanda; 2) *presupuestos procesales del procedimiento*, que atañen al válido desenvolvimiento del proceso, hasta culminar con la sentencia, cualquiera que sea el contenido de ésta. Desde otro punto de vista pueden distinguirse en presupuestos procesales absolutos e insubsanables y presupuestos procesales relativos o saneables, según que el vicio causado por su falta pueda ser o no saneado (véanse núms. 326-330).

146. Presupuestos procesales de la acción.

Dentro de esta clase comprendemos los requisitos necesarios para que pueda ejercitarse la acción válidamente, entendida ésta

¹⁵⁰ Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. I, núms. 130-133; *Nociones generales*, ed. cit., núms. 138-141.

como derecho subjetivo a la obtención de un proceso, como en el capítulo XI lo estudiamos; es decir, condiciones para que el juez oiga la petición que se le formule para iniciar un proceso.

Dichos requisitos son:

1) *La capacidad jurídica y la capacidad procesal o "legitimatio ad processum" del demandante y su adecuada representación* cuando actúa por intermedio de otra persona (apoderado, gerente, tutor, curador, padre o madre en ejercicio de la patria potestad).

2) *La investidura de juez* en la persona ante quien se debe presentar la demanda o la denuncia o querella, pues si se trata de un particular se tendría un acto jurídico inexistente.

3) *La calidad de abogado titulado* de la persona que presenta la demanda, sea en propio nombre o como apoderado de otra, cuando la ley así lo exige (tal como sucede entre nosotros para la gran mayoría de los casos civiles, para todos los contencioso-administrativos y muchos laborales) y ello porque se trata de una especie de requisito de la capacidad procesal y de la debida representación, que en caso de faltar impide al juez aceptar la demanda. No opera en lo penal.

4) *La no caducidad de la acción*, cuando la ley ha señalado un término para su ejercicio y de la relación de hechos de la demanda o de sus anexos resulta que está ya vencido (por ejemplo, por haber pasado el año que se otorga para la acción posesoria); entonces el juez debe rechazar la demanda de plano. Pero si la caducidad es declarada en la sentencia, ésta es de fondo o mérito, lo mismo que cuando se declara probada la prescripción, por lo cual se produce cosa juzgada.

En el proceso penal es también presupuesto del válido ejercicio de la acción por el ministerio público, cuando la ley lo autorice a pedir que se inicie la investigación sumarial o el proceso, por el juez competente, que cuando así lo exija la ley, el ofendido con el delito haya formulado ante dicho ministerio público, la correspondiente querella; pero si la ley permite al ofendido formular su denuncia o petición directamente ante un juez para que inicie la investigación sumarial, aquél será quien ejercite la acción penal, y se cumplirá así dicho presupuesto procesal para su ejercicio.

147. Presupuestos procesales de la demanda, la denuncia o la querella.

Estos presupuestos pueden definirse como requisitos necesarios para que se inicie el proceso o relación jurídica procesal, que debe examinar el juez antes de admitir la demanda o denuncia o querella, además de los anteriores; veamos cuáles son:

1) *Que la demanda, denuncia o querella sea formulada ante juez de la jurisdicción a que corresponde el asunto*, pues si es ante juez, pero de otra jurisdicción, se tendrá un acto jurídicamente ineficaz, por ser improrrogable la jurisdicción e insanable su falta (véase cap. VI); en segundo lugar, que se formule *ante juez competente*, pues aunque éste tenga jurisdicción para el caso, puede ocurrir que no tenga facultad para conocer de ese negocio en particular por corresponder a otro juez de la misma jurisdicción, como se explica en el capítulo IX, y entonces el juez deberá inadmitir la demanda, y si no lo hiciere, se afectará de nulidad el proceso, a menos que opere su saneamiento.

En cambio, si se presenta la denuncia o querella penal ante funcionario incompetente, éste debe remitirla para su trámite al que tenga la competencia.

2) *La capacidad y la debida representación del demandado, o "legitimatio ad processum"*; la asistencia por abogado, del imputado y procesado, en lo penal.

3) *La debida demanda* que incluye el cumplimiento de los requisitos de forma y la presentación de los documentos que la ley exija, los cuales deberá examinar y exigir el juez a fin de admitirla o rechazarla; la debida denuncia o querella.

4) En lo contencioso-administrativo existe, además, el de haberse pagado el valor de la multa o impuesto, o la parte mínima requerida, para la admisión de la demanda de nulidad del acto que la impone o la liquida; y el haber agotado la vía administrativa o gubernamental de reclamo contra la providencia.

5) La caución para las medidas cautelares previas en procesos civiles de ejecución y en algunos declarativos.

148. Presupuestos procesales del procedimiento.

Son los que deben cumplirse una vez admitida la demanda o denuncia por el juez e iniciada la etapa preliminar del proceso (o del sumario en lo penal), con miras a constituir la relación jurídica procesal y de que aquél continúe su curso, desarrollando y realizando las varias distintas etapas que la ley ha señalado como necesarias para que se llegue a la sentencia final. Son presupuestos de esta clase los siguientes:

1) La práctica de *ciertas medidas preventivas*, que deben practicarse antes de la notificación al demandado, como es el registro de la demanda, a fin de que los inmuebles reclamados no vayan a ser vendidos o gravados; o el secuestro de bienes muebles, el embargo de inmuebles, el depósito de personas y otras.

2) Tratándose de procesos contenciosos, con demandados ciertos o inciertos, la *citación o emplazamiento o los demandados*;

y en materia penal la *citación al sindicado o imputado* para oírlo en declaración y para que disponga de oportunidad práctica para ejercer su derecho constitucional de defensa.

3) *Las citaciones y emplazamientos a terceros*, que ordene la ley.

4) *La no caducidad o perención de la instancia o del proceso* por inactividad de las partes (lo primero en segunda instancia y lo segundo en la primera).

5) *El cumplimiento de los trámites procesales*, en el orden establecido por la ley para cada proceso.

6) *El seguir la clase de proceso que corresponda* (ordinario, abreviado, verbal o especial, en lo civil).

7) *La ausencia de causa de nulidad* en el curso del proceso, pues el juez no puede dictar sentencia si encuentra alguna.

La ausencia de "litis pendencia" o pleito pendiente no es en realidad un presupuesto del procedimiento, pero puede considerarse como tal sólo en cuanto la ley autorice al demandado para proponerla como excepción previa. Lo mismo ocurre con la *cláusula compromisoria*. Pero en realidad no son presupuestos procesales porque miran, no a la forma o ritualidad, sino al fondo de la litis. La existencia de una sentencia que constituye *cosa juzgada* o de una *transacción* o *desistimiento definitivo*, con valor similar al de la cosa juzgada, o una prescripción, puede alegarse en el proceso civil, por economía procesal, como excepciones previas, a pesar de que son excepciones perentorias porque atacan el fondo de la litis y no al procedimiento ¹⁵¹.

149. Control y declaración de los presupuestos procesales de oficio y efectos de su falta.

Generalmente, la falta de los presupuestos procesales vicia de nulidad al proceso, pero en la mayoría de los casos el vicio es saneable bien sea por ratificación del interesado, o por no alegarlo oportunamente, o porque se cumplan al ser exigidos por el juez o reclamados por una de las partes; pero, en cambio, la falta de algunos como el de la jurisdicción o el de no seguirse el procedimiento que legalmente corresponda, o el proceder el juez contra providencia ejecutoria del superior, o el revivir un proceso legalmente concluido, o el pretermittir integralmente una instancia, no puede ser saneada ni ratificada. Por eso cabe la distinción de presupuestos absolutos o insubsanables y relativos o saneables.

¹⁵¹ Marco Gerardo Monroy Cabra: Acoge nuestra clasificación de los presupuestos procesales, ob. cit., ps. 168-172.

Esto se relaciona con la nulidad saneable o insubsanable (véase núm. 326), pero no siempre la falta de tales presupuestos es causal de nulidad; así, no la producen los casos 3 y 4 del número 146, ni 3 a 5 del número 147, ni 1, 4 y en ocasiones el 5 del número 148; así la demanda en indebida forma por incorrecta acumulación de pretensiones que no afecte a competencia ni el procedimiento a seguir o por peticiones confusas o incompletas, conduce solamente a una sentencia inhibitoria en cuanto a las pretensiones que no pueden ser objeto de pronunciamiento de fondo, pero no a las que sí pueden recibirlo (por lo que son también presupuestos de la sentencia de fondo) (véase núm. 151).

La falta de un presupuesto procesal constituye, en buena doctrina, un *impedimento procesal*, y no una excepción, como hemos visto (núm. 130).

Los presupuestos procesales en general tienen la característica de ser revisibles y exigibles de oficio por el juez, en razón de estar vinculados a la validez del proceso. Esto no se aplica a los casos de *litis pendentia*, *cosa juzgada*, transacción, prescripción y desistimiento de proceso anterior, que no son verdaderos presupuestos procesales, sino presupuestos materiales de la sentencia de fondo, y *que el juez no puede declararlos ni examinarlos de oficio para la no admisión de la demanda, aun cuando aparezcan en el expediente*, sino como excepciones previas si le son propuestas o en la sentencia como excepciones de mérito.

Las partes tienen también la carga procesal de reclamar la falta de estos presupuestos procesales. La ley les da dos oportunidades: 1ª) como cuestión para debate previo, una vez notificadas las partes bien sea como recurso de reposición contra el auto que la admitió (si no requiere nuevas pruebas) o en incidente previo, para eliminar de una vez el proceso o conseguir que se subsane la deficiencia, según el caso; y 2ª) como declaración de la nulidad cuando dicha falta produce ese vicio (porque no siempre ocasiona nulidad), sino se podía usar de ese primer medio, pero se debe pedir tan pronto se concurra al proceso, o en cualquier momento si es un vicio insubsanable (véase núm. 328).

150. Presupuestos materiales o sustanciales de la sentencia de fondo y de la sentencia favorable y diferencia con los procesales.

Las tres clases de presupuestos estudiados en los números anteriores se denominan *presupuestos procesales*, porque miran al ejercicio de la acción procesalmente considerada, a la iniciación del proceso y a procedimiento. En cambio, los dos grupos siguen-

tes son *presupuestos materiales o sustanciales*, porque contemplan cuestiones de fondo. Los primeros impiden que haya sentencia; los segundos no, pero de ellos depende el alcance y el sentido de la decisión contenida en ella (si de fondo o inhibitoria; si favorable o desfavorable) ¹⁵².

151. Presupuestos materiales o sustanciales de la sentencia de fondo.

Estos presupuestos son los requisitos para que el juez pueda, en la sentencia, proveer de fondo o mérito, es decir, resolver si el demandante tiene o no el derecho pretendido y el demandado la obligación correlativa, o si el sindicado tiene o no la responsabilidad que se le imputa. La falta de estos presupuestos hace que la sentencia sea inhibitoria.

Pero recordamos que en los procesos penales no puede haber sentencias inhibitorias, por lo que deben sustituirse por otras medidas procesales, como la nulidad. Se refieren a la pretensión y no al procedimiento ni a la acción, y son las siguientes:

1) "*Legitimatío ad causam*" o *legitimación en la causa* (véanse núms. 137-139), incluyendo la completa integración del litis-consorcio necesario.

2) El llamado interés sustancial para obrar o mejor dicho para obtener sentencia de fondo (véanse núms. 132-136).

3) La correcta acumulación de pretensiones (mal llamada acumulación de acciones) en la misma demanda (sean de un solo demandante o de varios demandantes) porque no es posible la sentencia de fondo o mérito, si el fallador se encuentra con pretensiones o procesos indebidamente acumulados, a menos que puedan resolver sobre algunas de ellas y abstenerse de hacerlo en cuanto a las demás, lo cual ha sido aceptado por la Sala de Casación Civil de la Corte colombiana, en cuyo caso la sentencia será sólo parcialmente inhibitoria.

4) La defectuosa petición que haga imposible resolver sobre la pretensión del demandante, porque no se entienda o no pueda saberse qué es lo que dice, bien sea porque es tan confusa e imprecisa o adolece de otro defecto tan grave, que no sea posible resolver sobre ella, o porque faltaron los linderos del inmueble o la identificación de los muebles a que se refiere.

5) La ausencia de cosa juzgada, transacción, desistimiento o perención de proceso anterior con valor de tal, porque el juez no puede resolver en el fondo de nuevo, ni siquiera en el mismo sentido.

¹⁵² Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. I, núms. 136-139.

6) La litispendencia cuando constituya una necesaria prejudicialidad; es decir que el juez deba esperar a que el otro proceso concluya para poder dictar la sentencia; puede haberla penal, contencioso-administrativa, o civil y puede operar en cualquiera de esos procesos. Pero esta prejudicialidad no produce sentencia inhibitoria, sino la suspensión de la sentencia, por un término máximo señalado en la ley.

Cuando la caducidad de la acción es declarada en la sentencia, ésta es de fondo o mérito y produce cosa juzgada.

152. Presupuestos materiales o sustanciales de la sentencia favorable.

Estos presupuestos determinan si la sentencia de fondo debe o no acceder a las peticiones del demandante o si, por el contrario, admite las excepciones de mérito del demandado o si debe condenar o absolver al sindicado o imputado. Naturalmente, como tal decisión sólo puede existir en la sentencia de mérito, es necesario que los presupuestos de éstas se cumplan también.

a) En los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos.

Son presupuestos materiales de la sentencia favorable al demandante: 1) la existencia real del derecho o relación jurídica sustancial pretendida; 2) la prueba en legal forma de ese derecho, es decir, de los hechos o actos jurídicos que le sirvan de causa; 3) la exigibilidad del derecho, por no estar sometido a plazo o condición suspensiva; 4) la petición adecuada al derecho que se tenga, porque puede tenerse el derecho y haberse probado, pero si se ha pedido cosa distinta se obtendrá sentencia desfavorable; 5) haber enunciado en la demanda los hechos esenciales que sirven de causa jurídica a las pretensiones, ya que su falta trae el fracaso en la sentencia, aunque se tenga el derecho y se haya pedido bien y probado, porque el juez debe basar su decisión en tales hechos (véanse núms. 233 y 264).

Son presupuestos de la sentencia favorable al demandado (en los mismos procesos): alegar las excepciones, cuando así lo exija la ley, en nuestro sistema sólo, las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa, y probarlas (si el demandante ha probado su derecho); o la simple ausencia de alguno de los presupuestos del éxito de la demanda.

Debemos observar que cuando ninguna de las partes (demandante y demandado) cumple con la carga de probar los hechos

que sirven de causa a sus pretensiones o excepciones, la sentencia será favorable al demandado.

b) En los procesos penales.

Son presupuestos materiales de la sentencia condenatoria del sindicado o imputado: 1) adecuada imputación en el auto de proceder o en la acusación del fiscal para iniciar el enjuiciamiento; 2) la prueba, en legal forma, de la existencia de los hechos delictuosos que se investigaron; 3) que esos hechos sean precisamente los imputados para el enjuiciamiento; 4) la prueba, en legal forma, de que le incumbe responsabilidad por tales hechos (*in dubio pro reo*); 5) que no aparezca probada una circunstancia de inimputabilidad o exonerante de responsabilidad penal.

Son presupuestos materiales de la sentencia absolutoria del procesado: 1) que falte alguno de los cuatro primeros presupuestos de la sentencia condenatoria; 2) que aparezca probada alguna circunstancia de inimputabilidad o exonerante de responsabilidad penal.

153. Algunas consecuencias de los errores en esta materia.

La confusión de los presupuestos procesales y los materiales lleva con mucha frecuencia a la indebida calificación de la sentencia que se abstiene de resolver en el fondo la litis, por falta de uno de los últimos, como ha sucedido en la doctrina de nuestra Corte; y lleva también a utilizar el término acción cuando debe hablarse de pretensión y a tomar por cuestiones de forma muchas que lo son de fondo, como la legitimación en la causa y el interés sustancial para la sentencia de mérito.

Y si no se distinguen los presupuestos de la acción de los que miran al procedimiento, se corre el riesgo de considerar como elemento de aquéllas las cuestiones que se refieren a la demanda y a la pretensión contenida en ésta, pero no la acción como derecho público, tal como hoy es considerada.

PARTE SEGUNDA

**SUJETOS DE LA RELACIÓN
JURÍDICA PROCESAL**

CAPÍTULO XVIII

QUIÉNES SON SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL

154. Concepto de sujetos de la relación jurídica procesal y del proceso.

Hay que distinguir los sujetos de la relación jurídica sustancial que deba ser discutida o simplemente declarada en el proceso (en el primer caso se tratará de los mismos sujetos del litigio), y los sujetos de la relación jurídica procesal y del proceso.

Los primeros son los sujetos titulares, activos y pasivos, del derecho sustancial o de la situación jurídica sustancial que debe ventilarse en el proceso (por ejemplo: el acreedor y su deudor; el propietario y el tercero poseedor del bien reivindicado; el hijo extramatrimonial y el supuesto padre; el autor del hecho ilícito y la víctima del mismo, etc.).

Los segundos son las personas que intervienen en el proceso como funcionarios encargados de dirigirlo y dirimirlo (jueces y magistrados como órganos del Estado) o como partes (demandantes, demandados, terceros intervinientes, ministerio público, sindicado o imputado).

Puede ocurrir que al proceso no comparezcan todos los sujetos de la relación jurídica sustancial, y que cuando aquél sea contencioso no comparezcan todos los sujetos en litigio; entonces, si es jurídicamente posible dictar sentencia de fondo (esto ocurrirá cuando se trate de litisconsorcio facultativo; véase núm. 185), ésta obligará únicamente a quienes concurrieron al proceso; pero si se trata de un litisconsorcio necesario (véase núm. 184), el juez no podrá decidir en el fondo por falta de integración del contradictorio y deberá proferir sentencia inhibitoria (es un caso de incompleta legitimación en la causa).

Pero en los procesos penales nunca opera el litisconsorcio necesario, ni la sentencia inhibitoria.

Igualmente puede ocurrir que comparezcan al proceso personas que de existir la relación jurídica sustancial o el derecho sustancial pretendido, no sean los sujetos de éstos, porque corres-

ponderían a otras personas, y entonces se tendrá el caso de que son partes del proceso o relación jurídica procesal, personas que no son partes del litigio (si el proceso es contencioso) ni titulares de la relación sustancial de cuya declaración o de cuyo ejercicio se trata (si el proceso es de jurisdicción voluntaria). Esto puede ocurrir, por ejemplo: cuando una persona pide que se declare que un bien pertenece a la herencia de otra, sin que aquélla tenga el carácter de heredero; cuando se pretende la condena de una persona a que cumpla cierta obligación, a favor de un tercero, sin representar a éste; cuando se demanda a un tercero para que se declare al actor hijo de otra persona, en vida del presunto padre (porque el litigio es necesariamente entre éste y el supuesto hijo), o después de muerto el padre se pide la declaración de filiación extramatrimonial frente a un tercero no heredero (porque la ley exige que el punto se discuta solamente con los herederos del supuesto padre).

También en los procesos penales es posible que por razón de aparentes pruebas o de incorrecta apreciación de ellas por los funcionarios investigadores o por los fiscales acusadores o por el juez de la causa, algunas personas que sean totalmente ajenas a los hechos que constituyen el ilícito penal objeto de la investigación y del proceso o juicio, resulten incorporadas como partes procesales a la investigación previa o sumarial y al proceso o juicio; entonces ellas serán partes procesales y sujetos pasivos de la pretensión punitiva que se les formula, pero deberá decidirse en el fondo sobre su responsabilidad o inocencia. Y puede ocurrir que los verdaderos sujetos del ilícito investigado (como autores o cómplices o encubridores) y que por tanto son, junto con la víctima del ilícito o sus herederos, los sujetos de la relación jurídica sustancial penal, no sean sujetos de la relación jurídica procesal, en ese proceso.

Es decir, el concepto de sujetos de la relación jurídica procesal o del proceso es rigurosamente formal, tanto desde el punto de vista de jueces y magistrados como de las partes e intervinientes; son las personas que conocen el proceso (los primeros) y que han concurrido a él (los segundos). En cambio, el concepto de sujetos del litigio es rigurosamente sustancial ¹⁵³.

¹⁵³ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, p. 6; Goldschmidt: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 211; Redenti: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, ps. 149-150; Rosenberg: *Derecho procesal civil*, cit., t. I, p. 211; Couture: *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, 1959, p. 161.

155. Quiénes son tales sujetos.

De lo expuesto en el número anterior se concluye que los sujetos de la relación jurídica procesal del proceso son:

a) *En los procesos civiles y laborales contenciosos*: el juez o magistrado (como órgano del Estado), el demandante y el demandado; además pueden adquirir tal carácter, los terceros que sean aceptados como intervinientes principales o secundarios (aquellos serán sucesores de una parte, litisconsortes o terceristas; éstos, coadyuvantes; véanse núms. 189-205); el primero cambia al producirse la segunda instancia y en las apelaciones interlocutorias, y más tarde en el recurso de casación;

b) *En los procesos de jurisdicción voluntaria*: el juez o magistrado (como órgano del Estado) y el peticionario o demandante (tomando este concepto en sentido amplio) y los intervinientes; el primero cambia al producirse la segunda instancia y en las apelaciones interlocutorias;

c) *En los procesos contencioso-administrativos*: el juez (magistrados del Tribunal Administrativo seccional o del Consejo de Estado), el demandante y el ministerio público y los intervinientes, en todos los procesos; en los que se reclame indemnización a cargo de una entidad pública, tendrá también tal carácter el representante que dicha entidad constituya en el respectivo proceso; el primero cambia al producirse la segunda instancia;

d) *En los procesos penales*: el juez (como órgano del Estado), que inicialmente puede ser el de instrucción en la etapa del sumario y el de la causa en la primera instancia del proceso (éste cambia al producirse la segunda instancia y luego en el recurso de casación; también puede ocurrir que el juez de la causa adelante total o parcialmente la instrucción), el sindicado o imputado, quien es parte en el sumario, a partir de la iniciación de la indagatoria, o antes si ha sido capturado; el ministerio público (también desde el sumario) y el ofendido por el delito que se constituya en parte civil.

156. Clasificación de los sujetos de la relación jurídica procesal.

a) *En cuanto a la función desempeñada*: jueces y partes (éstas son el demandante, el demandado, los intervinientes y los sucesores; en el proceso penal, el sindicado y procesado, el ministerio público y la parte civil actualmente y los fiscales acusadores desde 1982).

b) *En relación a la función judicial desempeñada*: jueces de primera instancia, de segunda instancia, de casación; en lo penal, además, jueces de instrucción, fiscales instructores y acusadores.

c) *Desde el punto de vista de la posición procesal de las partes*: partes *principales y secundarias* (éstas, los terceros que intervienen como simples coadyuvantes; véase núm. 196); partes *permanentes* (demandante, demandado, imputado o procesado, interventores principales o coadyuvantes de aquéllos) y *transitorias o incidentales* (los interventores para un determinado incidente o en una cierta diligencia, como opositores a un secuestro o a la entrega de un bien, los peritos y secuestres en el trámite de la regulación de sus honorarios); parte *demandante y demandada o actor y opositor*; partes *originales o intervinientes* (aquéllas, el demandante, el demandado, imputado o procesado, el ministerio público cuando debe ser citado desde un comienzo y los terceros indeterminados que son emplazados también desde la iniciación del proceso y concurren en el término del emplazamiento); éstas, quienes concurren posteriormente; *necesarias y voluntarias* (aquéllas, sí indispensablemente quedan ligadas a la relación jurídica procesal, como demandante y demandado, imputado o procesado, terceros a quienes la ley ordena citar, y ministerio público cuando la ley le da carácter de parte; las segundas cuando concurren al proceso espontáneamente). *simples y múltiples* (según que la parte demandante, demandada o interviniente sea una sola persona o esté formada por varias; o que exista un solo sindicado o procesado o varios en el mismo sumario que también se llama “etapa de la investigación” y del proceso verdadero que también se llama “enjuiciamiento”).

157. Distinta posición del juez y de las partes en el proceso.

Los actos procesales de las partes se ejecutan por un motivo especial que su autor tiene o con un fin concreto y subjetivo que persigue (que no es el fin general del proceso, naturalmente); es decir, las partes obran impulsadas por su propio interés.

En cambio, el juez representa únicamente el interés del Estado o de la sociedad en la realización normal de la justicia; es decir, el fin que el juez persigue (salvo que obre con mala fe o colusión) es el mismo del proceso (véase núm. 72).

Sin embargo, existe una parte que debe perseguir también el fin de que se haga justicia en el caso concreto; es el ministerio público, en toda clase de procesos. Este funcionario debe ser imparcial, como el juez, o violará la moral profesional y abusará de

sus funciones (lo cual es un acto ilícito sancionable, similar al del juez en los mismos casos). Lo mismo debe decirse respecto de los fiscales instructores y acusadores; pero en la práctica creemos que éstos actuarán con parcialidad en defensa de su acusación.

El sujeto principal de la relación jurídica procesal y del proceso, es el juez (véase núm. 158). En los procesos civiles dominados por el criterio privatístico, que los consideraba un asunto entre particulares y les negaba a los jueces las facultades para impulsarlo, para investigar oficiosamente la verdad de los hechos alegados y para valorar el material probatorio conforme a las reglas de la sana crítica, la función del juez se encontraba muy disminuida; pero en los modernos procesos civiles (como el colombiano) se puso fin a esa situación y se ha recuperado para el juez la posición de verdadero director del proceso y dispensador de justicia (no de simple juez espectador, como antes ocurría). Esta posición le ha sido reconocida y otorgada, siempre en los procesos penales; con igual razón debe serle otorgada en los laborales, fiscales y contencioso-administrativos. De ahí que indudablemente la justicia "es un problema de hombres, más que de leyes", pues si fallan los jueces se tendrá mala justicia ¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Sentís Melendo: *Teoría y práctica del proceso*, ed. cit., t. I, p. 3. Véase también: Calamandrei: *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, 1956.

CAPÍTULO XIX

EL JUEZ

158. El juez como sujeto principal de la relación jurídica procesal.

Vimos en el capítulo anterior que el juez es el sujeto principal de la relación jurídica procesal, en su condición de órgano del Estado.

En los números 47 y 48 estudiamos los conceptos de “justicia y jueces” y de “jueces y órgano jurisdiccional”.

En los números 35 a 43 vimos cuándo y cómo los jueces adquieren jurisdicción, la pierden, se les suspende y la usurpan. Y en el número 44 examinamos el problema de los conflictos entre jueces de distinta jurisdicción. En los tomos III a V estudiaremos el problema del conflicto de competencia entre jueces de la misma rama jurisdiccional y la manera de desatarlo.

En los números 49, 50, 51 y 53 explicamos los principios fundamentales de la organización judicial, la manera de seleccionar y designar los funcionarios judiciales y la carrera judicial.

En el número 52 vimos la clasificación de los órganos, despachos u oficios judiciales, desde el punto de vista de sus funciones (ordinarios y especiales; instructores y juzgadores o de la causa; superiores e inferiores) y desde el punto de vista de su composición y formación (únicos y múltiples; singulares y colegiales; permanentes y temporales).

En los números 54 y 55 estudiaremos la clasificación de los órganos y las incompatibilidades en el desempeño de sus funciones.

Por lo tanto, es indiscutible que el juez es el sujeto principal de la relación jurídica procesal y del proceso ¹⁵⁵. En efecto, a él corresponde: dirigirlo efectivamente e impulsarlo en forma de que pase por sus distintas etapas con la mayor celeridad y sin estan-

¹⁵⁵ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: *Estudios de teoría general e historial del proceso*, México, 1974, ps. 239-277.

camientos, controlar la conducta de las partes para evitar, investigar y sancionar la mala fe, el fraude procesal, la temeridad y cualquier otro acto contrario a la dignidad de la justicia o a la lealtad y probidad; procurar la real igualdad de las partes en el proceso; rechazar las peticiones notoriamente improcedentes o que impliquen dilaciones manifiestas; sancionar con multas a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan sus órdenes y con pena de arresto a quienes le faltan el debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas; expulsar de las audiencias a quienes perturben su curso; decretar oficiosamente toda clase de pruebas que estime convenientes para el esclarecimiento de los hechos que interesen al proceso, apreciar esas pruebas y las promovidas por las partes, de acuerdo con su libre criterio, conforme a las reglas de la sana crítica; por último, proferir las decisiones interlocutorias por autos y las definitivas por sentencia.

Como lo dijimos antes, en Colombia el juez no es simple espectador del debate judicial, ni siquiera en el proceso civil y mucho menos en los demás, sino el verdadero director del proceso y el dispensador de la justicia de acuerdo con el derecho positivo y a nombre de la República. Así debe ser en todos los sistemas modernos de justicia judicial.

159. Clasificación de los poderes del juez.

Por el aspecto propiamente jurisdiccional, los poderes del juez se identifican con los poderes de la jurisdicción, que examinamos en el número 25, a saber: poder de decisión, poder de coerción, poder de documentación y poder de ejecución. Nos remitimos a lo expuesto en dicho número.

El *poder de decisión* comprende el ejercicio de la potestad jurisdiccional para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual, para desatar los conflictos y darle certeza jurídica a los derechos subjetivos y las situaciones jurídicas concretas, mediante la sentencia, que cuando se trata de procesos contenciosos reviste la calidad especial de cosa juzgada, y para la resolución por providencias interlocutorias de los problemas que se presenten en el curso del proceso.

En el *poder de coerción* se incluye el disciplinario, que le permite sancionar con multas a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones, o demoren su ejecución, y sancionar con pena de arresto incommutable hasta por cinco días a quienes le faltan al debido respeto

en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, ordenar la devolución de los escritos irrespetuosos para con los funcionarios, las partes o terceros, expulsar de las audiencias y diligencias a quienes perturben su curso y sancionar con multas a los empleados y representantes legales que impidan la comparencia al despacho judicial de sus trabajadores o representantes, cuando éstos deban rendir declaración o atender cualquiera otra citación que el juez les haga.

El *poder de documentación* faculta al juez para adoptar las medidas conducentes a verificar los hechos que interesen al proceso, decretando y practicando pruebas, allegando directamente documentos, no sólo a instancia de parte sino oficiosamente en toda clase de procesos (véanse núms. 12, punto 1, y 25, c).

Los poderes de coerción y de documentación se denominan también de ordenación e instrucción, y comprenden las facultades para investigar oficiosamente los hechos, decretando pruebas de toda clase y careos entre partes o éstas y los testigos, y las demás que en el número anterior se mencionan ¹⁵⁶.

El *poder de ejecución* permite que él proceda a cumplir coercitivamente las condenas impuestas en sentencias y en otras providencias judiciales (autos interlocutorios en Colombia), para la restitución o entrega de bienes, para la guarda de personas, para demolición de cosas o su construcción, y para el remate en pública subasta de bienes embargados y secuestrados, con el fin de pagar el valor de esas condenas y también el de obligaciones emanadas de manera clara, expresa y exigible de documentos públicos o privados auténticos, emanados del ejecutado o de su causante y sin que medie providencia judicial previa de condena.

En lo penal, la ejecución de la sentencia no corresponde a los jueces, sino a funcionarios administrativos.

160. Deberes del juez.

Resultado de la importancia de sus funciones es también que los jueces y los magistrados estén sujetos a deberes y obligaciones de orden reglamentario: horario de trabajo, asistencia a audiencias y diligencias, práctica personal del reparto de negocios y término para resolver las peticiones, residir en la sede de su cargo y a otros de alcance más sustancial aplicables a toda clase de procesos (penales, laborales, contencioso-administrativos y civiles), a saber:

¹⁵⁶ Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, ps. 294-295.

1) Administrar la justicia que se les solicita, sin que les valga la excusa de no encontrar ley para el caso, pues entonces debe recurrir a otra que regule uno análogo o a los principios generales de derecho sustancial y procesal.

2) Motivar sus sentencias y autos interlocutorios.

3) Otorgar los recursos que la ley consagra y que le sean interpuestos oportunamente.

4) Respetar los procedimientos y la ley sustancial.

5) Obedecer las incompatibilidades que para el ejercicio del cargo consagra la ley (véase núm. 55).

6) Declararse impedidos para conocer un negocio determinado en los casos señalados en la ley (véase núm. 51).

7) Actuar en todos sus actos con ética estricta e imparcialidad absoluta en el sentido de buscar únicamente la recta justicia conforme al derecho y la equidad, sin permitir que su criterio se incline a favor de una parte por interés personal, enemistad, amistad, parentesco, política, religión, raza u otro factor similar.

8) "Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptando las medidas conducentes para impedir su paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran"; es decir, "adelantar los procesos por sí mismos" impulsándolos oficiosamente en todo momento. Parejo a este deber del juez, se consagra para el secretario el de "pasar oportunamente al despacho del juez o magistrado los asuntos en que deba dictarse providencia sin que sea necesaria petición de parte, so pena de incurrir en una multa de cien pesos por cada vez que no lo hiciere; si el juez o magistrado no la impusiere, se hará responsable de ella; así el impulso oficioso es muy efectivo" (véanse núms. 12, punto 3, y 247).

9) "Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que la ley procesal de cada país le otorguen; es decir, los amplios poderes para decretar pruebas de oficio, evitando la temeridad y mala fe de los abogados que actúen como apoderados de las partes, evitar y sancionar todo intento de fraude procesal, para de esa manera verificar la realidad de los hechos y procurar la sentencia justa, sin que el descuido o la mala fe de los abogados conduzcan a una sentencia adversa a la parte que tenga la razón (que en tal hipótesis generalmente será la parte pobre o más débil económica y culturalmente); como complemento de tales poderes debe el juez designar al amparado por pobre un defensor gratuito, escogido entre los abogados que usualmente litigan en su despacho, cargo que es de forzosa aceptación"¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Devis Echandía: *Nuevo procedimiento civil colombiano*, ed. Multit R-sarista, Bogotá, 1970, t. I, ps. 2-20 y 62-97.

10) "Prevenir, remediar y sancionar por los medios autorizados en la ley procesal, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal" ¹⁵⁸.

11) Emplear los poderes que la ley procesal otorga, para evitar también nulidades y providencias inhibitorias; para lo cual puede ordenar la citación oficiosa de quienes falten en el proceso, con el fin de integrar el contradictorio, en caso de litisconsorcio necesario y adoptar medidas de saneamiento al comenzar el proceso.

12) "Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta" (el mismo deber rige para los empleados subalternos). Como puede observarse de lo dicho en este número, en el derecho moderno se le otorgan al juez amplias facultades, pero al mismo tiempo se le imponen mayores deberes y responsabilidades (véanse núms. 10 y 159).

Muy importante es observar que en el moderno derecho procesal se considera que cuando la ley otorga a los jueces ciertas facultades para que practiquen una mejor justicia, es un deber de ellos el utilizarlas siempre que se presenten las circunstancias previstas en la misma ley para su ejercicio.

El fracaso de los llamados "autos para mejor proveer" de los viejos Códigos de Procedimiento, consistió en que los magistrados creían que sólo era una facultad para usarla cuando tuvieran a bien hacerlo.

161. Garantías contra los abusos de los funcionarios judiciales. Observaciones generales.

Siendo la administración de justicia una función que está en manos de personas de capacidad limitada y sujetas a pasiones y defectos, por un imperativo de la naturaleza humana, se presenta

¹⁵⁸ Devis Echandía: *Nuevo procedimiento civil colombiano*, ed. cit., t. I, ps. 122-126; *Principios básicos del nuevo Código de Procedimiento Civil*, en revista "Derecho Colombiano", agosto 1971, ps. 130-132, y en revista "Derecho", del Colegio de Abogados de Medellín, núm. 97, 1971, ps. 45-55, y *Fraude procesal, sus características, configuración legal y represión*, en "Revista de Derecho Procesal Ibero-americana", Madrid, 1970, núm. IV, ps. 743-758.

En nuestros *Estudios de derecho procesal*, tomos I y II, Edit. ABC, Bogotá, 1979 y 1980, se publican varios de nuestros trabajos sobre estos temas, algunos de los cuales sirvieron de antecedentes al C. de P. colombiano de 1970, del cual fuimos ponentes.

como posibilidad, más o menos cierta, según el medio y la calidad de los sujetos, la necesidad de corregir errores o vicios y de impedir abusos de parte de sus funcionarios.

Para los simples errores de los jueces existe el principio de las dos instancias, con los recursos ante el superior, y el muy especial de casación, dentro del mismo proceso, y el más extraordinario de revisión con posterioridad a su terminación (véanse núms. 314-316); si se trata de un vicio de procedimiento, existe la nulidad. Estos errores y vicios no constituyen abusos, ni faltas, porque son propios de la razón humana, y de ellos y sus remedios no nos ocupamos ahora (véanse capítulos XXXIII y XXXV); sin embargo, cuando se causa un perjuicio a las partes del proceso o a terceros que intervinieron en él, por motivo de un error "inexcusable" del juez, queda éste obligado a responder civilmente por aquéllos (véase núm. 163).

Contra la posibilidad de que el juez obre con parcialidad o mala fe, de que se exceda en sus facultades para aplicar sanciones o de que incumpla sus deberes y se abstenga de proveer, la ley consagra la vigilancia judicial a cargo del ministerio público, sanciones y medidas de carácter penal y disciplinario y otras de naturaleza civil, además de las incompatibilidades e impedimentos (véanse núms. 51, 55 y 163). También existe el Tribunal Disciplinario que juzga sus faltas que no constituyen delitos (véase núm. 37).

162. Vigilancia del trabajo y sanciones disciplinarias a los funcionarios judiciales.

Con el fin de evitar los abusos, las demoras para despachar y las irregularidades en el curso de los procesos, existe la función de vigilancia judicial que ejerce el ministerio público.

163. Responsabilidad penal y civil de los funcionarios judiciales.

La responsabilidad penal de los jueces está contemplada expresamente por los Códigos Penales para los casos de peculado, concusión, cohecho, negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, prevaricato, abuso de autoridad, ejercicio de la profesión como mandatarios, aunque se hallen en uso de licencia, asesoramiento de las partes litigantes, intervención en directorios políticos, violación de la reserva del sumario, abstención de dar noticia de delitos perseguibles de oficio, utilización en

provecho propio o ajeno de inventos o descubrimientos científicos que conozcan en razón de su cargo después de haberse posesionado el reemplazo.

Más complicada es la cuestión de la responsabilidad civil personal de los funcionarios judiciales, por los actos u omisiones en que incurran en el ejercicio de su cargo.

Naturalmente, si el caso aparea responsabilidad penal, el perjudicado puede constituirse en parte civil en el proceso criminal, para obtener el resarcimiento correspondiente, de acuerdo con las normas generales del C. de Proc. Penal (véanse números 99 y 174).

También es indudable que en esta hipótesis de ilícito penal, el perjudicado puede incoar acción civil separada. Así lo consagró el art. 40 del nuevo C. de P. C. colombiano: "Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad".

Se ha discutido si es posible exigirle responsabilidad a funcionario judicial, cuando se trata de actos culposos o dolosos que no alcancen a constituir delito, pero que resulten arbitrarios o ilegales, lesivos del patrimonio material o moral de las partes litigantes o de terceros, sean en forma de sentencias o autos o decisiones en el curso de diligencias, o de abstenciones en el cumplimiento de los deberes (como mora en el despacho de los negocios o negativa de resolver ciertas peticiones o denegación de justicia) ¹⁵⁹.

El problema radica en separar el *error excusable* del *error inexcusable*, y en exigir la responsabilidad civil sólo por los daños causados en el último caso, como lo expusimos en nuestro *Tratado* y en la primera edición de este compendio.

Es un problema difícil que en cada caso debe ser examinado. El art. 40 del C. de P. C. colombiano consagró este criterio así: "Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer". Es algo más que el error evidente o manifiesto, exigido para casar una sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas; es el que resulte un absurdo para cualquier juez de mediana preparación.

El caso de las denegaciones, omisiones o retardos injustificados es más sencillo, pues la conducta culposa del funcionario resulta evidente y de fácil comprobación; y entonces la responsabilidad civil es consecuencia de las normas generales de la res-

¹⁵⁹ Mario Guimaraes: *O juiz a Função jurisdiccional*, ed. cit., ps. 230 y 240; Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit. t. II, ps. 299-300; Rocco: *Trattato*, ed. cit., p. 30; Couture: *Estudios*, ed. cit., t. I, ps. 90-91.

ponsabilidad extracontractual por culpa, así como el caso de fraude o de cualquiera otro ilícito penal apareja la responsabilidad civil por el dolo, de acuerdo con los principios generales. El núm. 2 del art. 40 del C. de P. C. colombiano la consagró expresamente: "Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto". No basta con el vencimiento del término; hay que tener en cuenta el número de asuntos al estudio, porque si el juez recibe el doble o triple de lo normal, estará justificado que se demore el doble o triple del término señalado en la ley procesal ¹⁶⁰.

Los árbitros y conjuces se rigen por las normas expuestas para los jueces y magistrados.

Esta responsabilidad se aplica a los jueces penales, con el mismo alcance que a los civiles.

164. Responsabilidad del Estado por la culpa o dolo de los funcionarios judiciales.

Examinaremos este punto en forma muy breve: ¿si el funcionario es responsable personalmente, deja de serlo el Estado? De ninguna manera, pues la responsabilidad de aquél no elimina la de éste.

La responsabilidad del Estado existe sólo cuando aparece la del empleado judicial, como es natural: si éste resulta irresponsable por ausencia del dolo y culpa, aquél no puede serlo ¹⁶¹.

En principio, la acción puede ser dirigida contra el funcionario y el Estado, conjunta y solidariamente.

El Estado puede repetir contra el funcionario judicial responsable en caso de verse condenado a pagar la indemnización, ya que es la culpa o el dolo de éste la causa de esa condena. Para ello se necesitará seguirle proceso ordinario posterior, pero es posible adoptar el camino de llamarlo en garantía en el mismo.

Pero nos parece indiscutible que no hace falta ley que la consagre y que la jurisprudencia debe reconocerla, mediante pro-

¹⁶⁰ Devis Echandía: *Nuevo procedimiento civil colombiano*, ed. cit., t. I, ps. 21-24; *Innovaciones y reformas al procedimiento civil*, en revista "Derecho", cit., ps. 154-155, y en *Estudios de derecho procesal*, ed. cit., t. I, ps. 222 y 307; t. II, p. 699.

¹⁶¹ Bielsa: *Derecho administrativo*, 4ª ed., t. II, p. 365, Guimaraes: ob. cit., p. 247; Duguit: *Traité de droit administratif*, 2ª ed., p. 537; Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. II, núm. 189, y *Nociones generales*, ed. cit., núm. 162; Silva Melero: *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, ps. 138-139.

ceso ordinario seguido ante los jueces civiles, pues la jurisdicción contencioso-administrativa no conoce de tales demandas.

165. Ética del juez.

Ningún cargo público exige con mayor rigor que el judicial una ética intachable en su desempeño.

No se trata sólo de abstenerse de incurrir en ilícitos penales y de no violar las prohibiciones expresas de los Códigos de Procedimiento, leyes y decretos complementarios. En todos estos casos existen sanciones penales o disciplinarias. La ética, en cambio, se refiere a las actuaciones del juez *que no tienen sanción jurídica* "al comportamiento procesal del juez no sancionable jurídicamente". Donde el *mandato jurídico* no existe para él, donde la sanción jurídica no puede producirse, allí habrá de funcionar la ética, como dice Sentís Melendo ¹⁶².

¹⁶² Sentís Melendo: *Teoría y práctica del proceso*, ed. cit., t. II, p. 64.

CAPÍTULO XX

QUIÉNES EJERCEN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y CUÁLES SON SUS ATRIBUCIONES

166. Distinción de los funcionarios de acuerdo con la jurisdicción que desempeñan.

Hemos visto que existen las siguientes jurisdicciones: la ordinaria, que se divide en civil, penal y del trabajo; la contencioso-administrativa; la militar; la coactiva; la de policía, la aduanera, y aun cuando muy limitada, la eclesiástica; la constitucional y la disciplinaria.

Cada una de estas jurisdicciones tiene sus propios funcionarios con absoluta independencia de las otras, y por esto no existe jerarquía entre ellos; además, su nombramiento se hace por distintas autoridades y diversos sistemas.

Cuando hablamos de jueces ordinarios queremos referirnos, por lo tanto, a los que forman parte de la jurisdicción ordinaria, pero en el órgano judicial es lógico comprender a la justicia contencioso-administrativa, a la penal militar y a la de aduanas, a la constitucional y a la disciplina para juzgar a magistrados, jueces y abogados, pues se trata de una división del trabajo entre ellas para el desempeño de una misma función: la jurisdiccional del Estado aplicada a la administración de justicia. En cambio, la justicia de policía, la fiscal (en primera instancia) y la eclesiástica, no forman parte del órgano jurisdiccional del Estado; son funcionarios ajenos a éste, pero que reciben de la ley la autorización para administrar justicia en casos excepcionales.

167. Distribución de los funcionarios de la rama judicial.

1º) *En la rama ordinaria:*

Se trata aquí de la reglamentación *vertical* de la jurisdicción, de que nos habla Carnelutti, por razón de la jerarquía, y de la distribución *horizontal*, por razón del territorio.

El principio de la economía procesal implica el destinar jueces menos costosos y de más fácil acceso, para los asuntos de menor importancia. Nuestra ley al clasificar los funcionarios judiciales dispone que los jueces inferiores tengan una circunscripción más reducida, menos competencia y sueldos menores, y a medida que la jerarquía asciende, crece la circunscripción y aumenta la competencia y el sueldo, hasta llegar a la entidad suprema que es la Corte, cuya circunscripción abarca todo el territorio de la República (véase núm. 57), en materias civiles, laborales y penales; al Consejo de Estado, en lo contencioso-administrativo; al Tribunal Superior de Aduanas y al Tribunal Superior Militar, en sus ramas.

Sin embargo, el destinar jueces inferiores menos preparados para los negocios de menor valor, es una distribución antidemocrática, porque conduce a reservar los mejores jueces para los problemas de los ricos. Por eso hace años que proponemos la abolición de los jueces unipersonales y dejar solamente tribunales que conozcan de todos los asuntos en salas de decisión de tres magistrados y en única instancia, con recurso extraordinario de casación en ciertos casos.

Conforme a esta clasificación, suelen existir las siguientes categorías de jueces:

a) jueces municipales, cuya circunscripción la forma el respectivo municipio;

b) jueces de circuito, que comprenden varios municipios y son los superiores inmediatos de aquéllos;

c) jueces de menores;

d) jueces laborales;

e) tribunales superiores de distrito, o provincia cuya circunscripción encierra diversos circuitos, por lo general un departamento o providencia y son los superiores jerárquicos inmediatos de los jueces dentro de sus respectivas circunscripciones y distritos, encargados de revisar, por apelación o consulta, las resoluciones interlocutorias y las sentencias que dictan en primera instancia los jueces superiores;

f) Corte Suprema, que es el superior de todos los tribunales y extiende su competencia a todo el país;

g) jueces superiores en lo penal, con funciones propias y competencia igual a la de los tribunales, en cuanto al territorio.

2º) *En las ramas especiales:*

a) Consejo de Estado;

b) tribunales administrativos;

c) jueces y Tribunal de Aduana y Tribunal Superior Militar y Jueces Militares;

d) tribunales disciplinarios para causas disciplinarias contra ciertos funcionarios judiciales y para sancionar las faltas contra la ética profesional en que incurrieran los abogados. Siguiendo el ejemplo que para Italia trae Carnelutti, podemos decir que la justicia judicial forma una especie de pirámide, que tiene en la base los jueces municipales, y en el vértice la Corte Suprema, por una parte, el Consejo de Estado por la otra y el Consejo Superior de la Judicatura y el Tribunal Disciplinario.

168. Conjueces.

Los conjueces sirven para reemplazar a los magistrados del Consejo de Estado, de la Corte o de los tribunales, que sean recusados o que estén impedidos en alguna causa o negocio; y para dirimir, en caso de empate, los desacuerdos en la aprobación de los proyectos de resoluciones.

Los conjueces no son funcionarios judiciales, pero en las causas de que conocen tienen los mismos deberes y están sujetos a la misma responsabilidad que los magistrados. Para cada negocio se sortean de la lista que en cada despacho se haya elaborado para el período, por separado y para cada sala, y toman posesión ante el presidente de aquélla o de éste.

Si se agota la lista de conjueces sin que haya sido posible llenar la vacante accidental o dirimir el empate, la sala nombra, por mayoría de votos, los que sean necesarios para cada caso.

Como van a ejercer funciones judiciales, los conjueces deben estar en la misma condición subjetiva que los magistrados, y, por lo tanto, son recusables y están impedidos por las mismas causales que éstos. Si una vez sorteados para un negocio termina su período, siguen conociendo de él hasta su conclusión. En realidad son cargos honoríficos, porque su remuneración es simbólica.

El número de conjueces que deben elegir los tribunales, es igual al doble de los magistrados que los componen. Su período suele ser de un año.

169. Secretarios y subalternos.

Todos los despachos judiciales tienen, necesariamente, sus respectivos secretarios y empleados subalternos.

Como la Corte, el Consejo de Estado y los Tribunales constan de varias salas, cada una dispone de su propio secretario y empleados subalternos; pero algunos tienen uno común.

Los secretarios forman parte principal de toda oficina judicial, y sus funciones más importantes son:

1) autorizar con su firma todas las sentencias, autos, declaraciones, despachos, exhortos, diligencias, copias y notificaciones;

2) dar los testimonios o certificaciones que se pidan sobre hechos del juzgado, tribunal o Corte, previa autorización del magistrado o juez, y cuando lo permita la ley;

3) servir de auxiliares de los magistrados o jueces en los asuntos de que éstos conocen, con facultad de dar fe en los mismos asuntos y en todos los actos que les correspondan;

4) pasar al despacho los asuntos en que deba dictarse alguna resolución sin necesidad de petición de las partes y los memoriales que éstas presenten, so pena de multa por cada omisión;

5) dar las informaciones sobre el estado de los asuntos que cursan en la oficina y manejar la secretaría con sus archivos, libros, etc.;

6) custodiar y mantener en orden el archivo del despacho;

7) hacer las notificaciones, citaciones y emplazamientos y autorizar las que practiquen sus subalternos.

Para ser secretario se requieren las mismas condiciones que para ser juez, excepto la idoneidad en derecho, y están sujetos a los impedimentos y recusaciones de éstos.

Existen también los notificadores para diligencias fuera de la oficina; los sustanciadores que preparan proyectos de autos y sentencias a magistrados y jueces, cuya colaboración es indispensable para la buena marcha de los despachos; los escribientes o auxiliares de secretaría.

170. Forma del trabajo en las oficinas judiciales.

Las oficinas judiciales deben trabajar de manera continua, por ser exigencia del carácter permanente de la administración de justicia, con la única excepción de los días feriados. Debe rechazarse la costumbre de cerrar el despacho de los juzgados, con pretexto de práctica de diligencias; esto constituye un vicio sin fundamento legal, pues no obstante la ausencia del juez, la secretaría debe prestar normalmente sus servicios, manteniendo los asuntos a la orden de los interesados, y los términos deben correr para las partes.

El tiempo de trabajo diario debe ser de ocho horas.

Los jueces y magistrados deben concurrir a sus despachos, salvo que deban practicar diligencias fuera de la oficina o que estén impedidos por enfermedad.

Rigen para las oficinas judiciales las normas legales sobre días de vacancia: sábados por la tarde, domingos, fiestas civiles y religiosas reconocidas por la ley.

171. Otros funcionarios judiciales.

Las funciones de los jueces municipales y del circuito, civiles y penales, jueces superiores penales, laborales y de menores, se estudian en los cursos especiales.

Los jueces de instrucción criminal, son funcionarios judiciales designados por los tribunales, que tienen por función instruir los sumarios de orden penal y pasarlos al juez competente que debe conocer el proceso y juzgar la causa.

Hay también jueces y tribunales de aduanas, para el conocimiento de los ilícitos en materia aduanera con sus fiscales propios, todos ellos funcionarios del órgano judicial.

En la jurisdicción fiscal hay jueces propios, nacionales, departamentales y municipales, que conocen del cobro de impuestos y multas, pero que forman parte del órgano ejecutivo; es decir, no son funcionarios judiciales. Los recursos de apelación en estos asuntos van a los tribunales contenciosos.

Los inspectores y comisarios de policía son funcionarios provinciales o municipales del órgano ejecutivo, que aplican la justicia de policía consignada en los códigos de policía. Su función es jurisdiccional, porque imponen penas de arresto y multas en asuntos penales de menor importancia, dirimen asuntos de amparo de personas y otros civiles de índole muy diversa; pero no forman parte del órgano judicial. Lo correcto es otorgarles esas atribuciones a jueces de policía dependientes del órgano jurisdiccional, creándolos por lo menos para todos los municipios cabecera de circuito. También reciben comisiones civiles y penales, de jueces y tribunales para ciertas diligencias no probatorias, como la entrega o el secuestro de bienes.

Donde no existen inspectores, corresponde a los alcaldes desempeñar esas funciones, como autoridad civil del lugar; éstos son empleados administrativos del respectivo municipio, dependientes del gobernador del departamento o la provincia.

Los árbitros no tienen el carácter de funcionarios del Estado, ni forman parte de la organización jurisdiccional, como lo hemos dicho; en forma transitoria ejercen jurisdicción, por autorización de la ley y en virtud del convenio entre las partes. Tienen una situación similar a la de los conjueces, limitada al negocio concreto de que deben conocer; pero no pueden ejercer funciones ejecutivas (véanse núms. 40 y 319). Igual ocurre con los jurados de conciencia en ciertos procesos penales.

172. Auxiliares de la justicia.

Se consideran auxiliares de la justicia a ciertas personas que no son funcionarios judiciales, pero que prestan su colaboración

a la administración de justicia en determinadas labores, tales como peritos, secuestres, partidores, liquidadores, intérpretes, síndicos.

Se faculta al juez para designar estos auxiliares, en todos los casos, y se garantiza su imparcialidad, honestidad y capacidad mediante listas elaboradas previamente, exigiéndose al juez que haga rotación en los nombramientos. Se exceptúan los testigos del matrimonio civil, que serán designados siempre por los contrayentes, los secuestres, partidores y liquidadores, cuando las partes se pongan de acuerdo en escogerlos, y el curador *ad litem* de los relativamente incapaces cuando éstos lo designan.

Debe haber un *sistema rápido de notificación a los auxiliares*, por oficio que un empleado de la secretaría entregue en la dirección que figure en la lista oficial, de lo cual se dejará constancia en el expediente, si la personal no es posible al día siguiente de hecho el nombramiento, y ordenar su reemplazo inmediato con cualquiera de los que figuren en la lista, si no toman posesión o no concurren a la diligencia o no cumplen el encargo, de manera que el juez no debe permitir que la diligencia fracase por tal motivo.

Además, se debe ordenar a los secuestres, síndicos y en general a los depositarios y administradores, *consignar inmediatamente los dineros* que perciben o se les entregue, en la cuenta de depósitos judiciales, y permitir abrir *cuenta corriente bancaria especial*, con la denominación del cargo, cuando se trate de empresas industriales, comerciales o agropecuarias, debiéndose enviar al juez copia de los extractos mensuales; esta cuenta es *inembargable* en otros procesos porque se entiende sujeta al embargo que la causa. Se debe ordenar al depositario o administrador, y por tanto a los secuestres y síndicos, dar *informe mensual* de su gestión al juez, sin perjuicio de la rendición posterior de cuentas al terminar sus funciones.

Se relaciona con este texto la *obligación de los secuestres, síndicos y liquidadores de entregar los bienes* y la *prohibición de retenerlos* al vencimiento del cargo, so pretexto de tener pendiente el pago de sus honorarios o por cualquiera otra causa, lo mismo que la de rendir siempre cuentas al finalizar su gestión y durante ella a petición de parte o por orden oficiosa del juez.

El auxiliar por cuya culpa deje de practicarse una prueba, o diligencia, debe ser sancionado con multa. Y cuando deje de cumplir alguno de los deberes que le impone la ley o utilice los bienes o los productos de ellos o de su enajenación, en provecho propio o de otra persona, o retarde su entrega, se le debe imponer multa; todo ello sin perjuicio de las restantes sanciones (especialmente las penales) y de la obligación de indemnizar los perjuicios que causen además de la multa, por causas que dictamine la ley.

CAPÍTULO XXI

LAS PARTES

173. Generalidades previas.

Cuando estudiamos la relación jurídica procesal, vimos que son sujetos de ella personas que concurren al proceso como demandantes o demandadas, entre las cuales ha surgido el conflicto, o aquellas que sean simplemente interesadas en iniciar el proceso, si no hay litigio, lo mismo que los terceros intervinientes y el juez que debe conocer de él (véase núm. 87); y en lo penal, el sindicado, luego procesado, el ministerio público, y la parte civil cuando se acepta.

Hemos estudiado el principal de estos sujetos de la relación jurídica procesal, o sea, el juez. Ahora nos corresponde determinar lo que se entiende por partes en el proceso.

174. Concepto procesal de parte.

Todos los autores distinguen, con mayor o menor claridad, las relaciones extraprocesales y las procesales, para a su vez separar la noción de parte aplicada a cada una. Cuando se trata de relaciones procesales el concepto de parte se refiere a quienes intervienen en el proceso, sin que importe la situación en que se encuentren respecto del derecho sustancial discutido o por satisfacer y del litigio que sobre ese derecho se haya presentado. De esta suerte, puede ser parte en el proceso quien no lo sea en la relación sustancial, ni el litigio que sobre ella exista, o puede ser parte en dicha relación y en el litigio quien no lo sea en el proceso. Lo primero, porque puede demandarse sin derecho o sin legitimación en la causa e interés sustancial para obrar, ya que éstas son cualidades que miran a la relación sustancial y que influyen en la suerte de las pretensiones y en el contenido de la sentencia (véanse núms. 133, 138, y 150-153), pero no presupuestos de la acción ni de la calidad de parte ¹⁶³.

¹⁶³ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, p. 6; Goldschmidt: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 211; Redenti: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, ps. 149-150;

Un ejemplo en que se es parte procesal pero no parte en litigio es el caso del socio que demanda personalmente cuando ha debido hacerlo el gerente a nombre de la sociedad con quien existe el litigio, su demanda fracasará, pero su condición de parte del proceso no puede ser discutida.

Para ser parte basta demandar, inclusive temeraria y absurdamente, o aparecer demandado. La legitimación en la causa es necesaria sólo para ser parte por intervención (véase núm. 193).

Asimismo, existen partes dentro del proceso que no actúan en interés propio, sino en interés ajeno, como ocurre en Italia cuando el marido ejerce la acción dotal, y en Colombia, cuando el defensor de menores o el ministerio público interviene en las acciones de filiación extramatrimonial, por ser el presunto hijo impúber sin representante legal.

Por consiguiente, el concepto procesal de partes es puramente formal, es decir, *en materia civil, laboral y contencioso-administrativa* aquel que demanda en nombre propio o en cuyo nombre se demanda la sentencia o el mandamiento ejecutivo, mediante el proceso; quien es demandado directamente o por conducto de su representante, y quien interviene luego de modo permanente y no transitorio o incidental; esa intervención permanente puede ser como litisconsortes, como simples coadyuvantes, como terceristas o *ad excludendum* y como sucesores de la parte que muere o transfiere sus derechos o se liquida si es persona jurídica. Pero excepcionalmente es también parte el sustituido en el proceso, sin que actúe en él ni siquiera por representante, pues el sustituto procesal obra en nombre propio y por interés personal (véase núm. 142).

En *los procesos penales*, quien figura como imputado o sindicado en la etapa investigativa del sumario y como procesado en el proceso propiamente dicho, el ministerio público, y la llamada parte civil, que es el ofendido con el posible delito o los herederos de aquél, que reclama su derecho a recibir la indemnización de los perjuicios sufridos con ocasión del delito.

No debe privarse al proceso penal de aquella "parte imparcial" de tan grande importancia que el moderno derecho procesal reclama. Los fiscales instructores no son "partes" sino que sustituyen a los jueces de instrucción. Los fiscales acusadores sólo son partes en el juicio o verdadero proceso, pero les faltará imparcialidad pues defenderán su acusación.

Rosenberg: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 211; Eduardo B. Carlos: *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, 1959, p. 161; Couture: *Estudio*, ed. cit., t. III, p. 425; Guasp: *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 183-184; Rocco: *Trattato*, ed. 1966, t. II, ps. 102-109.

Conociendo quiénes son partes, se sabrá quiénes son terceros en el proceso. Pero el concepto de parte no mira a la identidad física de las personas que concurren a un proceso sino a su situación jurídica respecto de él, puesto que existen personas que intervienen, no en su propio nombre, sino en representación de otras, ya sea por mandato de la ley o por mandato voluntario. Además puede ser parte en el proceso quien no concurre materialmente si otro lo hace por él, o si ha sido citado legalmente pero se abstiene de comparecer; y lo será también quien resulte obligado por las actuaciones de una de las partes de quien es cesionario o causa-habiente (véase núm. 179).

En los procesos contenciosos son partes el demandante, el demandado y los mencionados intervinientes permanentes posteriores; en los penales, el sindicado o imputado, el ministerio público y la parte civil (estos dos cuando la ley procesal los acepte), y el fiscal acusador; en los de jurisdicción voluntaria, los peticionarios iniciales y los intervinientes permanentes posteriores. Los apoderados y representantes no son partes, sino lo son sus poderdantes y representados.

La parte demandante y la parte demandada puede estar formada por una persona o por un grupo de personas que sostengan en el proceso las mismas pretensiones. También pueden existir varios imputados y procesados.

175. Parte en sentido material y en sentido formal o procesal.

De la distinción entre partes del litigio y partes del proceso, surge la clasificación de las partes enunciadas en este número. Se entiende por partes en sentido material, los sujetos del litigio o de la relación jurídica sustancial sobre que versa, y por partes en sentido formal, las que lo son del proceso (pero no los jueces y magistrados, pues aun cuando son sujetos de la relación jurídica procesal y del proceso, no son partes sino juzgadores; dichos sujetos son el género y las partes una especie de aquéllos).

Los sujetos del litigio son por lo menos dos, puesto que no se concibe un litigio sin un conflicto de intereses o de voluntades entre dos o más personas ¹⁶⁴. En cambio, como sabemos, puede presentarse un proceso contencioso sin que exista litigio y, por lo tanto, sin que haya partes que tengan intereses opuestos, cuando

¹⁶⁴ Calamandrei: *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1943, p. 169.

ambas desean que la demanda prospere, como puede suceder en el divorcio, en la nulidad del matrimonio y en la declaración de estado civil, y si es de jurisdicción voluntaria puede existir una sola parte interesada (véanse núms. 27 y 86).

El proceso tiene sus partes, no obstante que los sujetos de la relación jurídica sustancial sean personas distintas y estén ausentes de él. Pero en el proceso se tiene o no el carácter formal de parte; se actúa o se está representado en él, o no.

176. Demandante y demandado: las nociones de actor y de opositor.

Cuando se trata de proceso de jurisdicción voluntaria existe sólo una parte, que puede denominarse demandante en un sentido genérico, pero a la que es mejor llamar interesada, peticionaria o solicitante. En cambio, en los contenciosos existen dos partes enfrentadas, conocidas en todos los procedimientos (civiles, laborales, contencioso-administrativos para el restablecimiento del derecho y la indemnización), con los nombres de demandante y demandado, aun cuando puedan perseguir el mismo resultado (véase núm. 27).

Demandante es quien formula la demanda personalmente o por conducto de un apoderado o representante; demandado es la persona contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda o frente a quien se formulan. En los procesos ejecutivos y de condena puede decirse que la demanda se dirige contra el demandado, en cuanto contra éste se dirigen las pretensiones contenidas en ella. En los demás es más apropiado decir que se formula "frente" a él.

Suele entenderse por *actor*, en sentido lato, no sólo el demandante que promueve el proceso, sino también a quien promueve la segunda instancia mediante el recurso de apelación; entonces, en ésta sería actor el demandado cuando, por haberle sido desfavorable la sentencia del juez inferior, apela ante el superior. Pero es mejor denominarlo recurrente. Técnicamente, actor es sólo quien formula la demanda y con ella ejercita la acción para promover el proceso.

Opositor es el que sostiene puntos de vista contrarios al demandante en la casación. En las dos últimas, puede ser opositor el demandante y el recurrente en la apelación o casación. En las dos últimas puede ser opositor el demandante. Si la segunda instancia se surte por consulta, es opositora la parte contraria a aquella en cuyo favor se surte; si ambas partes apelan o interponen casación, cada una es recurrente y opositora del recurso de

la otra, pero es mejor hablar de recurrente-demandante y recurrente-demandado.

177. La igualdad de las partes en el proceso. Principio de la contradicción o de la audiencia bilateral o de "*audiatur et altera pars*".

Vimos que uno de los principios fundamentales del derecho procesal es el de la igualdad de las partes ante la ley procesal ¹⁶⁵, y que este principio tiene dos consecuencias: en primer lugar, que dentro del proceso todas las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo que se funda en la máxima *audiatur et altera pars*, y es una aplicación del principio más general de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, base de la organización jurídica de todos los Estados modernos; y en segundo lugar, que no son aceptables los procedimientos privilegiados en consideración a raza, fortuna, nacimiento o religión (véanse núms. 11, punto 5, y 108).

Es una impropiedad de términos hablar de bilateralidad de la acción, porque se peca contra el moderno concepto que de ella existe; el demandado no es sujeto de la acción. Solamente puede hablarse de *bilateralidad de la audiencia* ya que se trata de darles al demandante y al demandado las mismas oportunidades para su defensa, e igualmente al sindicado o imputado y a la parte civil y al ministerio público en el proceso penal, o también hablar de igualdad de las partes, o simplemente del *principio de la contradicción* (véase núm. 11, punto 6).

Para que este principio se satisfaga, no es necesario que concurra personalmente al proceso el demandado en lo civil, fiscal, contencioso-administrativo y laboral, y en lo penal el imputado o sindicado o procesado, pues basta ofrecerle la oportunidad de defensa, lo que se cumple con la notificación del auto que da traslado de la demanda o con la indagatoria, o, si no es posible hacerlo, con la designación de un curador *ad litem* o defensor de oficio para que lleve su representación.

En materia penal, además, es indispensable proveerle al imputado y al procesado un abogado defensor gratuitamente, a menos que aquél designe a otro por su cuenta.

¹⁶⁵ Canelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núm. 148; Calamandrei: *Instituciones*, ed. cit., p. 161; Aragonese Alonso: *Proceso y derecho procesal*, Madrid, 1960, p. 91.

178. Distintas clases de partes y sus modificaciones durante el proceso.

Existen en el proceso partes iniciales e intervinientes, principales y secundarias, permanentes y transitorias o incidentales, necesarias y voluntarias, espontáneas y forzadas u obligadas a comparecer, simples y múltiples o plurales.

Como el proceso es una relación jurídica de larga duración, pueden ocurrir durante su curso modificaciones en las partes por sucesión de una por sus herederos o cesionarios o por intervención de terceros. En el proceso penal pueden ocurrir estos casos únicamente respecto a la parte civil para el cobro de la indemnización de perjuicios, en el sistema del Código de 1938 y 1971.

El proceso continúa siendo uno mismo y la sentencia debe recaer sobre las relaciones sustanciales que las partes originalmente plantearon; se exceptúa el caso de la intervención principal *ad excludendum*, en la cual se introduce un nuevo litigio al proceso civil con un nuevo sujeto, cuyas pretensiones deben ser resueltas independientemente de las del demandante y demandado, en el mismo proceso (véase núm. 192), y los casos de denuncia de pleito y de llamamiento en garantía, porque entonces se debe resolver también sobre la relación sustancial entre denunciante y denunciado o llamado en garantía (véanse núms. 199-200).

El caso del litisconsorte interviniente es distinto, porque no lleva al proceso un nuevo litigio, sino que se presenta como titular de la misma relación jurídica debatida por sus litisconsortes demandantes o demandados, para que la sentencia lo vincule también, favorable o desfavorablemente.

La intervención de terceros la veremos en el próximo capítulo.

179. La sucesión procesal.

Pueden presentarse varias clases de sucesión procesal:

a) *Sucesión de una parte por sus herederos, en caso de muerte.*

El traspaso de los derechos o de las presuntas obligaciones que en el proceso se discuten, ocurre *ipso jure*, en la delación de la herencia, a la muerte de la parte; pero el reconocimiento de los herederos en el proceso depende de su comparecencia con la prueba respectiva de tal calidad.

En tal proceso penal sólo se presenta esta sucesión respecto a la parte civil.

b) Sucesión de la parte que muere, por el legatario del derecho litigioso o del bien objeto del proceso.

Puede darse este caso, pero es necesario tener en cuenta que el legatario no representa al causante, y que, por lo tanto, mientras la sucesión está ilíquida, son sus herederos quienes deben comparecer. Una vez hecha la adjudicación en la partición de bienes, aprobada y registrada ésta, puede el adjudicatario concurrir al proceso con copia de la correspondiente hijuela, para que se le reconozca su condición de cesionario a este título, desalojando a los herederos. Antes puede hacerlo como litisconsorte. En el proceso penal puede ocurrir esta sucesión respecto al derecho patrimonial de la parte civil.

c) Sucesión de una parte por el cesionario mediante acto entre vivos.

Esto puede ocurrir en caso de venta, donación, permuta, dación en pago o adjudicación en pública subasta, del derecho litigioso de una de las partes o del bien materia del proceso; pero es necesario que el cesionario concorra al proceso. Sin embargo, si la parte contraria no acepta la sustitución, tradente y cesionario continúan como partes litisconsorciales. En materia penal puede cederse el derecho de la parte civil a la indemnización, pero el cesionario no puede comparecer al proceso.

d) Sucesión de la persona jurídica extinguida por quienes reciben los derechos o asumen las obligaciones materia del proceso.

Los socios o los acreedores a quienes se les adjudique el bien litigioso, pueden comparecer. Esta sucesión puede ocurrir respecto a la parte civil del proceso penal.

e) Sucesión de una parte cuando sus derechos sustanciales se extinguen.

En los casos de fideicomiso, usufructo, derecho de uso o habitación, condición resolutoria, rescisión por lesión enorme o por nulidad, puede ocurrir la extinción del derecho del litigante que se halle gozando o tenga calidad de dueño del bien objeto del proceso, o que reclame derechos en él, después de iniciado y antes que concluya, por cumplimiento de la condición o el plazo señalado o por sentencia que declare la resolución o rescisión. Entonces las personas a quienes pase el derecho o el bien litigioso se encon-

trarán en idéntica situación a la del heredero o cesionario por acto entre vivos, para intervenir en el proceso sucediendo a esa parte. Esta sucesión no se presenta en el proceso penal.

180. Modificaciones de las partes por intervención de terceros.

a) Intervención de terceros sin afectar la posición procesal de las partes demandante y demandada.

Cuando esto ocurre se produce un aumento del número de las personas que intervienen en el proceso como partes, pero la litis entre demandante y demandado no se modifica. Esto ocurre en las intervenciones litisconsorciales, por coadyuvancia y *ad excludendum* (véanse núms. 192-202). En el proceso penal no es procedente esta intervención.

b) Separación o retiro de una persona que viene actuando en el proceso.

En los procesos de jurisdicción voluntaria puede acontecer que una o varias personas reconocidas como interesadas, resuelvan renunciar a los derechos sustanciales vinculados en ellos (así ocurre cuando el heredero renuncia a la herencia después de haberla aceptado y hallarse reconocido en el proceso) o que sean desalojadas por otra (cuando comparece un heredero de mejor derecho).

Si en los procesos contenciosos una parte, demandante o demandada, es múltiple y una de las personas que la forman cede a alguno de sus litisconsortes los derechos litigiosos, la situación continúa igual, a menos que la parte contraria acepte el retiro del cedente.

Cuando las partes de un proceso contencioso civil, laboral o administrativo son múltiples (véase núm. 181), es posible que algunas de las personas que actúan como demandantes desistan, y en tal situación el proceso deberá continuar con las demás; igual cosa sucederá si se celebra una transacción sólo respecto de una o de varias de ellas. Lo mismo acontecerá en relación con terceros intervinientes. Pero si hay litisconsorcio necesario, el desistimiento o la transacción sólo producen efectos si provienen de todos. En el proceso penal puede presentarse el desistimiento de la parte civil, con o sin transacción sobre la indemnización.

c) *Cesión del derecho litigioso por una parte a un tercero.*

Esta cesión no excluye del proceso al cedente, a menos que la parte contraria acepte la sustitución; a falta de tal aceptación, el cesionario podrá intervenir como litisconsorte, pero el cedente seguirá siendo parte. En el proceso penal el cesionario de la parte civil no puede hacerse parte ni como litisconsorte ni en sustitución de aquélla.

d) *Cambio o supresión del representante o apoderado de una de las partes.*

No se trata de una modificación en las partes del proceso, sino en las personas que intervienen en él, pues el representante y el apoderado no tienen esa calidad (véanse núms. 211-212).

181. Pluralidad de las partes.

En varias ocasiones se ha visto que el proceso contencioso civil, laboral o administrativo ocurre generalmente entre una persona demandante y otra demandada, y que el de jurisdicción voluntaria se adelanta por solicitud de un interesado; pero es también frecuente el que varias personas demanden unidas y valiéndose de una demanda, o que ésta se dirija contra varios demandados. Igualmente puede acontecer que en el curso del proceso comparezcan otras personas a intervenir, bien sea en sus comienzos o con posterioridad, como explicamos en el número anterior.

En el primer caso la relación judicial procesal es *simple o singular*; en el segundo es *múltiple o plural*. La acumulación en la demanda puede originarse en una afinidad de causas o en su conexión.

Esa *conexión* que permite la acumulación de litigios de varias personas en una demanda o la reunión de varios procesos, puede ser *real* cuando sea uno mismo el bien discutido; *causal*, cuando sea idéntica la *causa jurídica* de la pretensión; *personal*, cuando por lo menos una de las partes es la misma en los distintos litigios, o *instrumental*, cuando los varios litigios sean de tal índole que para su composición sirvan los mismos bienes para el pago, como sucede en las ejecuciones, o se aducen las mismas razones y fundamentos de hecho y derecho por los demandantes en procesos de conocimiento o por el ejecutado como excepciones ¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, ps. 131 y 367; e *Instituciones*, ed. cit., t. I, núms. 15 y 261.

Pero debe tenerse en cuenta que no podrá existir conexión entre litigios cuando por lo menos uno de los sujetos no sea común, pues como dice Carnelutti, *no hay litigios conexos entre partes totalmente distintas*.

El proceso penal puede versar sobre delitos respecto de los cuales existan varios sindicados o imputados, a quienes luego se les someta a proceso o juicio. También puede ocurrir que varias personas concurren como partes civiles, en la misma demanda o en demanda separada. Y siempre existirá, además del sindicado o imputado, la parte del ministerio público, en el sistema actual.

182. Noción de litisconsorcio.

La pluralidad de partes puede originarse en un *litisconsorcio*, de manera inicial (cuando demandan varias o se demanda a varias personas), o posteriormente (cuando intervienen terceros principales, pero con pretensiones comunes a las de algunas de las partes y con un interés jurídico en los resultados de la sentencia, que podrá beneficiarlos o perjudicarlos jurídicamente, es decir, en cuanto a la existencia o modalidades del derecho o la relación jurídica que reclaman, por lo cual el interviniente aporta al proceso su propio litigio para que allí sea también resuelto) y cuando se produce una acumulación de procesos y entre algunas de las partes de ellos existe esa misma comunidad de intereses ¹⁶⁷.

Es, pues, indispensable tener buen cuidado de no confundir el litisconsorcio con la pluralidad de partes en el proceso, pues aquél es la especie y ésta el género; es decir, puede existir pluralidad de partes y no haber litisconsorcio, por ejemplo, porque se trate de un demandante o demandado y un coadyuvante de aquél o de éste.

Por consiguiente, existirá litisconsorcio en tres casos: a) cuando en un proceso hay varias personas como demandantes o demandadas; b) cuando concurren al proceso terceros que reúnen los requisitos indicados; c) cuando existe acumulación de procesos con

¹⁶⁷ Redenti: ob. cit., t. I, p. 236; Guasp: ob. cit., p. 216; Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit., p. 396. Corte Suprema: Casación Civil, 22 febrero 1972, G. J., t. CXLIII, núms. 2356-2357, publicada también en Foro Colombiano, núm. 33, ps. 289-290; 17 enero 1973, ordinario de Justino Sánchez y otros contra herederos de Daniel Isauro Sánchez; 16 agosto 1972, G. J., CXLIII, núms. 2358-2363, p. 84; Tribunal de Cali: sentencias 15 abril 1969 y 8 mayo 1972, en revista "Justicia" del mismo Tribunal, enero-diciembre 1971, ps. 11-27 y 86-108. Tribunal de Medellín: autos de 12 noviembre 1974, 5 abril 1974 y 14 mayo 1975.

partes distintas y exista comunidad de pretensiones entre algunas de ellas (véanse núms. 181 y 192). El primer caso puede ocurrir en la demanda inicial o por corrección de ésta hecha en oportunidad.

Es decir, siempre habrá litisconsorcio entre los varios demandantes o demandados; pero no siempre entre los intervinientes o entre éstos y el demandante o demandado.

183. Diversas clases de litisconsorcio.

El litisconsorcio puede ser *necesario* u *obligatorio* y *voluntario* o *facultativo* o *útil*; *inicial* u *originario* y *sucesivo*; *activo* o *pasivo* y *mixto*; *simple* y *recíproco*. Puede también reunir varias de las anteriores cualidades, como inicial u originario y necesario; inicial y voluntario; sucesivo necesario o sucesivo voluntario. El facultativo o voluntario puede ser propio o impropio, según exista conexión jurídica o simple afinidad jurídica entre las pretensiones o excepciones de los consortes.

184. Litisconsorcio necesario u obligatorio (inicial o sucesivo).

Hay relaciones jurídicas sustanciales sobre las cuales no es posible pronunciarse por partes, fraccionándolas o calificándolas sólo respecto de algunos de sus sujetos, porque indispensablemente la decisión comprende y obliga a todos. En esos casos la presencia en el proceso de todos los sujetos vinculados a esa relación se hace indispensable a fin de que la relación jurídica procesal quede completa y sea posible decidir en la sentencia sobre el fondo de ella; si los sujetos son más de dos, en sentido jurídico y no físico (por ejemplo, el representante o apoderado y el representado, forman un solo sujeto), estaremos en presencia de un litisconsorcio necesario (C. de P. C. colombiano, art. 51) ¹⁶⁸.

Faltará el contradictor necesario en dos hipótesis cuando quienes concurren no son los sujetos a quienes corresponda únicamente formular o contradecir las pretensiones que aparecen en la demanda; y cuando aquéllos debían ser partes, en la posición de demandante o demandado, pero en concurrencia con otras per-

¹⁶⁸ Un buen estudio sobre esta materia puede verse en la "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", 1976, núms. 2-3, ps. 369 y ss., del profesor español Valentín Cortés Domínguez.

sonas que no han comparecido al proceso, es decir, cuando la parte demandante o la demandada o ambas deben estar formadas por varias personas, y en el proceso no están presentes todas ellas (C. de P. C. colombiano, arts. 51 a 53).

Para nosotros, la debida formación del necesario contradictor es un problema de legitimación en la causa ¹⁶⁹: cuando no está debidamente integrado, habrá una legitimación en la causa incompleta, que impedirá sentencia de fondo; para evitar este pecado contra la economía procesal, es decir, la pérdida de tiempo, dinero y trabajo de tramitar un proceso inútil, el juez debe citar oficiosamente a las personas que faltan para integrarlo, durante la primera instancia.

Lo anterior significa que la falta de integración adecuada del litisconsorcio necesario, nunca es causal de nulidad del proceso, sino motivo de sentencia inhibitoria.

Si la sentencia de fondo no es pronunciada frente a todos y con la presencia de todos los sujetos de la relación jurídica sustancial, carecerá de efectos, porque no puede obligar a uno y no a los demás; por esto, si alguno falta, debe ser inhibitoria.

Por la misma razón, en la práctica esta sentencia no puede tener ejecución, pues de lo contrario resultaría perjudicado quien no fue parte en el proceso, dada la naturaleza indivisible de la relación jurídica sustancial y se violará su derecho de defensa (véanse núms. 96, n, y 215).

El litisconsorcio necesario puede ser inicial o sucesivo. Ordinariamente ocurre el primero (como demandantes o demandados), pero puede suceder que la ley exija, como requisito para la válida tramitación del proceso, la citación de otra persona que tenga intereses en común con una de las partes, demandante o demandada, con lo cual se establece un litisconsorcio entre ellas.

Debemos cuidarnos de no confundir la intervención forzosa con el litisconsorcio necesario. La primera se diferencia a su vez de la citación forzosa; ésta es el género y aquélla la especie; siempre que la intervención sea forzada, será obligatoria la citación; pero son muchos los casos en que la ley exige la citación y sin embargo la persona que la recibe queda en libertad para concurrir o no al proceso, y entonces no será forzada su intervención. Así ocurre con los acreedores en los procesos de quiebra y concurso. En esos casos la simple citación no convierte en parte

¹⁶⁹ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. III, ps. 165-166 y t. IV, p. 350, e *Instituciones*, 5ª ed., cit., t. I, ps. 389-391; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. I, ps. 338-339; notas 4ª y 5ª, y 43, y t. II, ps. 110-116; Redenti: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, ps. 232-233; Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. I, ps. 197-198.

al citado. En la intervención forzosa, en cambio, el citado es parte desde cuando recibe la citación, aunque no comparezca a hacer valer sus derechos procesales.

Pero aun en los últimos casos, la intervención necesaria de esas personas no significa que exista litisconsorcio entre ellas y una de las partes; por el contrario, muchas veces tienen una situación independiente, como terceros autónomos o terceristas o intervinientes *ad excludendum*; por ejemplo, los acreedores con hipoteca sobre el inmueble embargado, que son citados al proceso ejecutivo donde se decretó el embargo.

Advertimos que no siempre que hay pluralidad de demandados o demandantes, se trata de litisconsorcio necesario, pues bien puede ser voluntario; esto ocurre, por ejemplo, cuando varios hijos extramatrimoniales de un padre ya muerto, sean de la misma o de distinta madre, utilizan una misma demanda para que se les declare tales y se les reconozca sus derechos herenciales, e igualmente cuando uno de tales hijos o varios demandan a varios herederos de dicho padre (en el último caso entre tales herederos existe únicamente litisconsorcio voluntario, porque cada uno defiende su propia porción herencial, por lo que si se deja de demandar a algunos, la sentencia contra quienes fueron demandados deberá ser de mérito, y en proceso separado podrá discutirse el litigio con los demás).

En el proceso penal no existe litisconsorcio necesario, pues cualquier delito con pluralidad de autores, cómplices o encubridores puede juzgarse por separado y respecto de cada sujeto (véase núm. 187).

185. Litisconsorcio facultativo o voluntario y sus varias clases: inicial y sucesivo, propio o impropio, activo y pasivo o mixto, simple y recíproco.

Del examen hecho acerca del litisconsorcio necesario, se deduce la exacta noción del voluntario o facultativo, también denominado útil.

El litisconsorcio es *facultativo o voluntario* cuando depende de la voluntad de las partes iniciar por separado, como demandantes, varios procesos para sus respectivas pretensiones o contra cada uno de los demandados, o cuando depende de la voluntad de los terceros intervenir o no en el proceso iniciado por otros sujetos, *sin que la unidad de la cosa juzgada ni la ley exijan lo uno o lo otro*, de manera que si no concurren todos los litisconsortes la sentencia podrá ser de mérito respecto de quienes sí lo hicieron, e igualmente la ejecución de las respectivas sentencias

—en el supuesto de optarse por procesos distintos— podrá lograrse con independencia de las otras ¹⁷⁰. Pero siempre es indispensable que el litisconsorte someta a la decisión del juez, en ese proceso, un litigio propio sobre algún derecho o una relación jurídica sustancial de que sea titular.

Como en el punto anterior lo expusimos, cuando es por intervención puede ocurrir que la citación al tercero provenga de mandato legal, o por solicitud de una de las partes, o porque el tercero concorra espontáneamente. Este litisconsorcio facultativo puede ser *inicial*, cuando es en la demanda o en su corrección, o *sucesivo*, cuando ocurre con posterioridad. El *inicial* puede distinguirse en *propio o impropio*; el primero exige un elemento de conexión jurídica; en el segundo basta la simple afinidad u homogeneidad entre las pretensiones de cada demandante; ambos, desde luego, exigen la identidad parcial subjetiva o de partes, es decir que una de las partes sea la misma (demandante o demandada), sea que se halle formada de uno o de varios sujetos. En el sucesivo se exige siempre la conexión y, por lo tanto, debe ser propio.

Se entiende por conexión jurídica entre dos o más pretensiones o litigios la que resulta de la existencia por lo menos de dos de los elementos comunes o idénticos (no sólo análogos o similares) de los varios que constituyen toda relación jurídica procesal, que son los sujetos, la *causa petendi*, el objeto perseguido o el contenido de las peticiones, y el llamado por Carnelutti, instrumental, que nace cuando dos o más litigios son de tal índole que para su composición sirven los mismos instrumentos. Identidad de *causa petendi*, en aquellos procesos de conocimiento en que existan unas mismas razones o unos mismos fundamentos. Un caso de identidad de objeto existe en los procesos ejecutivos en que para satisfacer las distintas pretensiones de los ejecutantes, se persiguen unos mismos bienes, en su totalidad o parcialmente, o cuando el ejecutado en distintos procesos alega los mismos hechos y razones jurídicas como excepciones. Un ejemplo de identidad instrumental es cuando en los varios procesos o para las varias demandas se deben utilizar las mismas pruebas (no solamente otras similares), como los mismos testigos, el mismo dictamen de perito, la misma inspección judicial, el mismo documento.

¹⁷⁰ Guasp: *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 217; Fairén Guillén: *Estudios de derecho procesal*, ed. cit., t. I, ps. 125-126; Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núm. 131; e *Instituciones*, ed. cit., t. I, núms. 15 y 261; Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm., 88; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, p. 110; Redenti: ob. cit., t. I, p. 313; J. Ramiro Podetti: *Tratado de la tercería*, Buenos Aires, 1949, núm. 144.

El consorcio inicial (voluntario o necesario) puede presentarse en la parte demandante o también en la demandada —varios contra uno o uno contra varios—; pero puede ocurrir también en ambas partes —varios contra varios—; el primero será *activo*, el segundo *pasivo* y el último *mixto* (preferimos reservar la denominación de recíproco para el caso que luego explicaremos).

Por último, el litisconsorcio voluntario puede ser *simple o recíproco*. El primero es el frecuente y ocurre cuando existe litigio entre una o varias personas que forman una parte y las demás que son la parte contraria, pero no litigio de aquéllas entre sí; por ejemplo: se demanda a varios deudores de una obligación, quienes, por lo tanto, están en litigio con el demandante, pero no entre sí. El segundo se presenta cuando existen tantos litigios como parejas de partes, es decir, cuando todos los sujetos del proceso se encuentran en litigio entre sí; por ejemplo: el acreedor demanda al fiador y éste por su parte llama en garantía al deudor en uso del beneficio y excusión; o se reivindica una finca y el demandado denuncia el pleito a su vendedor; en estos casos los intereses de todos los sujetos son distintos y opuestos y por ende existen litigios recíprocos entre ellos. Pero existe litisconsorcio en esta parte plural frente a la contraria.

Debe aceptarse tanto el litisconsorcio facultativo propio como el impropio, siempre que exista analogía en las cuestiones de hecho y de derecho (no de éstas solamente), aun cuando las primeras sean separadas e independientes. También la acumulación por identidad del fin perseguido, pero creemos que se trata de consorcio propio, por conexión instrumental. El litisconsorcio necesario es siempre propio.

La identidad de partes puede ser parcial, y por eso si a ella se agrega la de objeto o causa o la instrumental, se tendrán dos elementos comunes y habrá litisconsorcio propio; y si existe afinidad jurídica de hecho y de derecho, habrá litisconsorcio impropio; un ejemplo de éste es la demanda de varios hijos extramatrimoniales del mismo padre, pero de distintas madres, para que se declare su filiación paterna; entonces se trata de litisconsorcio facultativo.

Una buena regla es aceptar la acumulación de procesos cuando las diversas pretensiones se hubieran podido acumular en la misma demanda. De manera que se utiliza un mismo criterio para la acumulación inicial y la posterior, es decir, la que ocurre en la misma demanda y la de los procesos iniciados por separado.

En materia penal existen casos de litisconsorcio facultativo (véase núm. 187).

186. Efectos procesales del litisconsorcio en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos.

Varios son los efectos de litisconsorcio, tanto en el terreno procesal como en relación con los derechos y obligaciones materiales que se ventilan en el proceso. Estudiaremos por separado cada uno de esos efectos.

a) *En cuanto a la sentencia.*

El primer efecto procesal del litisconsorcio es el de constituir una sola causa, para ser resuelta mediante un mismo procedimiento y una sentencia común, con lo cual se crea una unión procesal entre los varios litisconsortes. Esto no significa que la decisión contenida en la sentencia deba ser siempre igual para todos, pues sus distintas pretensiones pueden correr suertes diferentes, como acontece en los casos de litisconsorcio voluntario (favorable a uno o varios de los demandantes o demandados y desfavorable a los demás); pero cuando se trate de litisconsorcio necesario, la indivisibilidad e inescindibilidad de la situación jurídica impide una distinta solución para los varios sujetos que en ella concurren, como hemos visto, y no puede dictarse sentencia de fondo o mérito cuando no estén presentes todas las personas que la ley determina como necesarios actores o contradictores. Si falta alguno de éstos y por ignorancia del juez se pronuncia sentencia que condena a los varios litisconsortes necesarios demandados y ésta queda ejecutoriada, su ejecución parcial no será posible porque perjudicaría a los demás contra quienes ningún efecto puede producir.

Cuando los litisconsortes necesarios actúan como demandantes, existen ciertas modalidades de importancia en estas dos hipótesis. Si la sentencia se pronuncia sobre el fondo a pesar de faltar alguno de ellos y que entonces lo procedente es una inhibición, y ella es desfavorable a los demandantes, como no produce efectos de cosa juzgada contra los ausentes, éstos podrán iniciar un nuevo proceso con la concurrencia o la citación de los primeros, para que el contradictorio resulte completo, y obtener sentencia favorable, que beneficiaría a todos si prueban el derecho en debida forma. Si la sentencia de fondo resulta favorable a los litisconsortes necesarios a pesar de no estar completos, su ejecución vendrá a favorecer a los ausentes, por la misma indivisibilidad de su objeto, y el demandado vencido no podrá oponerse alegando esa circunstancia, que ha debido hacer valer durante el proceso para conseguir una sentencia inhibitoria ¹⁷¹.

¹⁷¹ Hugo Alsina: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1941, t. I, p. 340; Podetti: ob. cit., núm. 152.

b) En lo que atañe al procedimiento.

Consecuencia de la unidad de procedimiento es que los términos para interponer recursos y los de pruebas y traslados son comunes o corren simultáneamente para todos los litisconsortes una vez que se surta la notificación a todos. Se exceptúa el traslado de la demanda, que es separado, si no tienen el mismo apoderado.

La prórroga de competencia por saneamiento de la nulidad debe provenir de todos los litisconsortes, sean voluntarios o necesarios, porque el acto de uno no puede perjudicar a los demás.

c) En cuanto a los efectos de los actos procesales de las partes.

Por lo general, los actos probatorios de un litisconsorte benefician a los demás; así ocurre con la tacha o el rechazo de un documento privado, a fin de que no se considere como reconocido tácitamente, en la oposición a la demanda para que se deba abrir a pruebas el proceso, en la tacha de testigos o las objeciones a un dictamen de peritos, y con el mérito y los efectos de las pruebas aportadas por cualquiera de los litisconsortes, debido al principio de la comunidad de la prueba. No sucede lo mismo con los efectos de la confesión, por su peculiar naturaleza, que sólo perjudica, como tal, al confesante; pero vale como testimonio frente a los demás si se produce en interrogatorio bajo juramento (C. de P. C. colombiano, art. 196). El reconocimiento de documentos es similar a la confesión.

Cuando la confesión de un litisconsorte, facultativo o necesario, ocurre en diferente proceso, tendrá eficacia de testimonio controvertido frente a los otros que también fueron partes en ese otro proceso; pero frente a los demás, sólo si se produce su ratificación por nuevo interrogatorio.

En cambio, los demás actos procesales de cada litisconsorte voluntario no favorecen ni benefician a los demás, como lo dice el mismo art. 50; pero hay excepciones, a pesar de la redacción del texto, tales como la interrupción de términos para la perención de la instancia (pues basta que uno de ellos la interrumpa con una gestión procesal) y los efectos de las excepciones previas basadas en verdaderos impedimentos procesales, pues si prosperan favorecen a todos. Pero los recursos, las peticiones sustanciales que no sean comunes, las causas personales de suspensión del proceso (enfermedad, muerte de un pariente cercano, fuerza mayor) y cualquier otro acto distinto de los mencionados en primer término, sólo producen efectos a favor o en contra del respectivo autor. También favorece a todos los litisconsortes la declaración

de falsedad de un documento, por tacha formulada por uno de ellos.

Cuando el litisconsorcio es necesario, todo acto de uno de los litisconsortes favorecerá a los demás; los desfavorables, como la confesión y los que impliquen disposición del derecho (transacción, desistimiento), sólo tendrán eficacia si emanan de todos; sin embargo, la confesión de uno podrá ser apreciada como un testimonio frente a los otros, pero no valdrá como confesión ni siquiera respecto al confesante (en esto se diferencia de la confesión hecha por litisconsortes voluntarios o facultativos, que vale como tal respecto al confesante), porque su efecto probatorio debe ser común para que pueda producirse; pero para que valga como testimonio se requiere que haya sido hecha bajo juramento.

En materia de nulidades por falta de capacidad o representación o citación, y de recusaciones, rige el principio de que el vicio o impedimento debe ser alegado o allanado por la persona en cuyo favor se consagra el motivo, y por esto hay absoluta independencia entre los litisconsortes. Las demás pueden alegarlas cualquiera, pero deben ser saneadas o ratificadas por todos.

La prescripción, la compensación y la nulidad relativa deben ser alegadas expresamente y sólo benefician al litisconsorte que las invoca, si se trata de litisconsorcio voluntario; pero en el necesario favorecerán a todos.

El pago, la transacción, la novación y otras excepciones como la de plazo o condición pendiente o la falta de prueba de la legitimación en la causa de uno de los demandados, pueden beneficiar sólo al litisconsorte voluntario en cuyo favor hayan operado; pero favorecen a todos cuando es un litisconsorcio necesario.

Las demás excepciones perentorias que atacan la totalidad de la pretensión, favorecen a todos, voluntarios o necesarios, si están probadas, porque el juez debe declararlas de oficio.

d) En materia de recursos.

De suma importancia es el estudio de los efectos que para los litisconsortes debe producir el recurso interpuesto por uno o contra uno de ellos.

Es menester distinguir entre los casos de litisconsorcio voluntario y los de litisconsorcio necesario, porque la situación procesal individual es muy diferente en el uno y en el otro, ya que existe mayor independencia en el primero, por tratarse de pretensiones que bien pueden ventilarse separadamente.

1) *En el litisconsorcio voluntario*. Por lo general, los recursos benefician sólo a quien los propone, cuando el litisconsorcio es voluntario ¹⁷².

Pero hay providencias que resuelven sobre cuestiones procesales indivisibles, que miran al trámite del proceso, a la existencia de presupuestos procesales que afectan su validez general, a incidentes de nulidad o de colisión de competencias o de recusación, o a cualesquiera otras circunstancias obligadamente comunes. Entonces la decisión es inescindible, a pesar de esa independencia teórica de los litisconsortes voluntarios; la impugnación de cualquiera de ellos viene a producir una reforma o una nulidad o un efecto procesal como la práctica o el rechazo de una prueba, que favorece o perjudica a los demás. Se tratará de autos de sustanciación o de interlocutorios que no resuelven sobre el *petitum* de la demanda, ni sobre las excepciones de mérito que contra aquéllas se hayan formulado. En los demás casos, el recurso sólo favorecerá al recurrente.

Cuando se trata de recursos contra las sentencias y por lo tanto contra las decisiones de fondo contenidas en ella, la independencia de los litisconsortes voluntarios es absoluta, puesto que no hay inconveniente alguno en que se produzca la cosa juzgada en diversos sentidos respecto de uno u otros, tal como podría ocurrir si sus pretensiones o defensas se ventilan en procesos separados.

II) *En el litisconsorcio necesario*. La naturaleza especial de la relación jurídica sustancial que es objeto del proceso, hace que la suerte de los distintos litisconsortes necesarios sea común e interdependiente. Esto trae como consecuencia que los recursos interpuestos por cualquiera de ellos favorezcan o perjudiquen a los demás, sea cuando se trate de impugnar la sentencia, o cuando se intente recurrir contra autos interlocutorios o de sustanciación, aun cuando alguno los haya consentido.

Veamos ahora los problemas que se presentan en el caso inverso, es decir, cuando la sentencia ha sido favorable a los litisconsortes necesarios y la contraparte recurre de ella. Si ese recurso es incondicional, surtirá efectos respecto a todos los litisconsortes, como es obvio. La dificultad se presenta cuando se excluye del recurso a uno o varios de los litisconsortes, es decir, cuando se consienta la sentencia en cuanto a unos se refiere y

¹⁷² Podetti: *Tratado de la tercería*, ed. cit., núm. 154; Fairén Guillén: ob. cit., t. I, p. 136; De la Plaza: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, ps. 294 y 602; Guasp: ob. cit., p. 220; Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 88; Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. II, núm. 537.

se apele o se interponga casación en cuanto a los demás. En tal hipótesis, quedaría esa parte impedida para ejecutar la sentencia favorable que obtuviera en la segunda instancia o en casación contra el litisconsorte beneficiado por su consentimiento ante la sentencia de primera o segunda instancia, creándose así una situación igual a la que se presenta cuando uno de los necesarios contradictores no ha concurrido al proceso, es decir que tampoco se podría ejecutar la sentencia contra los otros litisconsortes (véase a) ¹⁷³.

Por ese motivo y como el juzgador de segunda instancia o de casación se encontraría entonces ante un contradictorio incompleto, la sentencia de segunda instancia o de casación debe ser inhibitoria en cuanto a resolver en el fondo el recurso, y quedará en firme la de primera, o la segunda si el recurso era de casación.

e) Respecto a los desistimientos, transacciones y allanamientos.

Debiendo producir el desistimiento de la demanda o la transacción efectos de sentencia con valor de cosa juzgada, las conclusiones a que hemos llegado en el punto anterior tienen aplicación para estos casos. Por lo tanto, cuando los litisconsortes sean demandados y se desista de la demanda o se celebre transacción respecto de uno o con unos solamente, tales actos valdrán únicamente respecto de éstos y no perjudicaría el proceso de los demás si se trata de litisconsortes voluntarios; pero traerán las consecuencias de la imposibilidad del fallo adverso respecto de unos y de otros, si son litisconsortes necesarios, es decir que la sentencia deberá ser inhibitoria.

En cambio, si uno o varios litisconsortes necesarios demandantes desisten de la demanda o de un recurso o transigen sobre sus pretensiones con los demandados o uno de éstos se allana a la demanda, como tales actos no podrán perjudicar en absoluto a los demás y la sentencia sólo puede dictarse frente a todos, serán en realidad improcedentes y no tendrán eficacia procesal alguna. La sentencia vendrá a producir efectos para todos, como en el supuesto de que unos dejen de recurrir contra una sentencia desfavorable y lo hagan otros, según lo examinamos en el punto anterior.

¹⁷³ Cernelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. II, núm. 537; Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 88; De la Plaza: ob. cit., t. I, p. 296; Fairén Guillén: ob. cit., t. I, ps. 150-152; Guasp: ob. cit., p. 213; Alsina: ob. cit., t. I, p. 342; Podetti: ob. cit., ps. 340-341.

Si en el proceso no estaba presente alguno de los litisconsortes necesarios y quienes sí actuaban celebran transacción o desisten, los ausentes no pueden resultar perjudicados ni obligados por esos actos, y las consecuencias serán idénticas; es decir que éstos podrán iniciar proceso con entera libertad, sin que se les pueda oponer tal transacción o desistimiento, a menos que se trate de obligaciones solidarias o indivisibles; a este proceso deberá citarse a los demás litisconsortes necesarios que actuaron en el primer proceso, para integrar el contradictorio, quienes podrán beneficiarse con la sentencia si les resulta favorable.

f) En cuanto a costas y expensas.

Siempre que exista la condena en costas contra litisconsortes necesarios o voluntarios sin que se haga una especial distribución, debe entenderse que las personas que la forman quedan obligadas a cancelar por iguales partes su valor; pero el juez debe distribuir las en proporción a sus intereses en el proceso. Las expensas de diligencias, dictámenes de peritos, secuestros, etc., son de cargo de quien pidió la prueba o diligencia, a menos que otra parte intervenga formulando adiciones o ampliaciones, pues en el último caso son de cargo de ambas, en proporción a éstas.

Claro está que si un litisconsorte activo desiste de la demanda y los demás insisten en ella o unos apelan y otros no lo hacen, la condena en costas que se imponga en la sentencia debe afectar sólo a quienes apelaron o no desistieron ¹⁷⁴.

Las costas por apelaciones interlocutorias o incidentes deben imponérsele únicamente a quien recurrió o promovió el incidente, sea o no litisconsorte.

Cuando la condena en costas es a favor de la parte litisconsorcial, debe aplicarse el mismo criterio, esto es, que las costas deben dividirse por igual entre las personas que la forman, a menos que se causen en un asunto interlocutorio o incidental promovido exclusivamente contra una de ellas, pues entonces debe ser ésta quien las reciba en su totalidad.

Las costas son a favor o a cargo de las partes; no de los apoderados. Pero aquéllas pueden cederlas a éstos.

g) En punto o representación.

Generalmente los Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y Contencioso-administrativo permiten que los litisconsortes ne-

¹⁷⁴ Podetti: ob. cit., p. 389; Guasp: ob. cit., ps. 213-214.

cesarios o voluntarios concurren representados por diversos apoderados. En esta forma, ningún efecto especial tiene sobre la representación el litisconsorcio ¹⁷⁵. Ésta es la fórmula que nosotros preferimos.

h) En el caso de ser improcedente el litisconsorcio.

Cuando en la demanda se introduce un litisconsorcio voluntario activo o pasivo sin ser procedente (por no existir conexión ni afinidad jurídica, tal como lo explicamos en el núm. 182), faltará un presupuesto material para la sentencia de fondo, y, por lo tanto, el juez debe abstenerse de resolver sobre las peticiones de la demanda a menos que por su naturaleza sea posible resolver sobre unas o no sobre otras. Y puede rechazar la demanda inicialmente.

i) En cuanto a condiciones para actuar válidamente en el proceso y a legitimación e interés en la causa.

Cada litisconsorte debe reunir la capacidad, la *legitimatio ad processum*, la legitimación en la causa y el interés sustancial para la sentencia de fondo, y encontrarse debidamente representado si no actúa en su propio nombre.

La legitimación en la causa y el interés sustancial son unos mismos para todos los litisconsortes necesarios (véase núm. 184), pero pueden variar en los voluntarios.

187. El litisconsorcio en el proceso penal.

En el proceso penal no existe litisconsorcio necesario, en cuanto a la pretensión penal propiamente dicha, puesto que siempre será posible juzgar a un sindicado o imputado, aunque no obren en el proceso y ni siquiera hayan sido emplazados o declarados reos ausentes, otras personas que hayan sido copartícipes del delito. No hay situaciones penales indivisibles, que sólo pueden juzgarse simultáneamente frente a todos los posibles autores y partícipes del hecho delictuoso. Respecto a la pretensión civil para la indemnización de perjuicios, tampoco vemos que pueda operar el litisconsorcio necesario, puesto que cada sujeto pasivo del delito y cada heredero de aquéllos puede hacerse parte civil por separado e impetrar la indemnización que a él corresponde, o renunciar a ella, cuando la ley permita esa intervención.

¹⁷⁵ Fairén Guillén: ob. cit., t. I, p. 146.

En el proceso penal todos los litisconsorcios son voluntarios o facultativos, en el sentido que acabamos de explicar, aunque pueden ser litisconsorcios *forzosos* y no espontáneos, en el sentido de que no importa el factor voluntad o consentimiento de los sindicados y procesados para verse reunidos en una misma investigación sumarial y en un mismo proceso, sino que basta con la providencia del juez que así lo ordene (autos de detención, llamamientos a indagatoria, auto de proceder y acumulación de procesos).

Por consiguiente, el litisconsorcio voluntario o facultativo (en el sentido que hemos explicado) tiene perfecta aplicación en el proceso penal: varios denunciante o querellantes del mismo delito; varias personas que comparezcan como parte civil: varios sindicados y procesados. La suerte de cada cual en el proceso puede ser diferente; en cuanto a los efectos de los actos procesales que ejecuten, se aplica lo expuesto para el litisconsorcio facultativo en los procesos civiles y laborales (véase núm. 185).

No existe litisconsorcio, ni siquiera facultativo, entre el sindicado y el ministerio público, o entre éste y la parte civil. Entre ellos existe una relación *sui generis*, pues tampoco se trata de "tercerista" o de "interviniente *ad excludendum*", ni de coadyuvante (como sí ocurre en los demás procesos); el segundo es una parte principal, imparcial y autónoma, que obra independientemente en representación de la sociedad y como el único fin de que se haga justicia en el caso concreto.

188. Responsabilidad de las partes por los daños causados con motivo de actuaciones judiciales.

Si hay acuerdo fraudulento de la parte y el funcionario, la responsabilidad civil y penal será conjunta y solidaria. Si el particular interesado se limita a formular petición sin respaldo legal (importa lo mismo que conozca o no su legalidad), y el juez por error inexcusable la acepta y causa el daño con su actuación, la responsabilidad civil de ambos es también evidente, y la del Estado, en consecuencia ¹⁷⁶.

Si se responde civilmente por el abuso del derecho de litigar y de formular denuncias penales, de acuerdo con jurisprudencia

¹⁷⁶ Devis Echandía: *Nuevo procedimiento civil colombiano*, Bogotá, 1970, t. I, ps. 19-23; *Innovaciones y reformas al procedimiento civil*, en "Derecho Colombiano", agosto 1971, ps. 154-155, y en "Derecho", revista del Colegio de Abogados de Medellín, ps. 70-71.

nacional muy reiterada y con la doctrina general, aun cuando el juez no incurra en error y a la larga se desestime la demanda o la denuncia, con mayor razón debe responder la parte interesada que ha abusado de este derecho e inducido a grave error al funcionario.

El abuso del derecho de litigar no existe, siempre que se pierda el pleito, porque podía haber causa seria para incoarlo. Se requiere el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen las leyes rituales para el reconocimiento y la efectividad o la defensa de los derechos. Es una calificación que en cada caso debe ser examinada por el juzgador. Como ejemplo se pueden citar los excesos inmoderados en los embargos y secuestros preventivos, lo mismo que la renovación de litigios ya fallados o en curso para inmovilizar bienes del demandado. Por esto es mejor hablar de temeridad.

Conviene consagrar la imposición, en el mismo proceso, de la condena e indemnizar perjuicios, además de pagar las costas, a la parte vencida que haya obrado con temeridad (que incluye el abuso del derecho a litigar) o mala fe. Igualmente, la misma condena a cargo del apoderado, solidariamente con su cliente, cuando la mala fe o temeridad haya sido de aquél; el cliente tendrá entonces derecho a repetir contra su abogado lo que se vea forzado a pagar, si prueba que él fue ajeno a la mala conducta de éste, en proceso separado. Esta condena se impone en la sentencia, por regla general; pero algunas veces se impone en autos, como cuando se levantan los embargos y secuestros en los casos que contempla la ley procesal.

Cuando en la sentencia de instancia que ponga fin al proceso se declare que no hay lugar a condenar en perjuicios, habrá cosa juzgada sobre ese punto, que impedirá una condena en proceso posterior; pero si en aquélla nada se dijo, podrá obtenerse la condena en proceso separado si existiere causa para ella.

CAPÍTULO XXII

LOS TERCEROS Y SU INTERVENCIÓN

189. La noción de tercero.

Para comprender bien la noción de tercero en derecho procesal, es indispensable tener muy en cuenta la noción de parte, estudiada en el capítulo anterior.

De igual manera, la noción de tercero, en sentido procesal, necesariamente ha de relacionarse con el proceso. Puede decirse que en cada momento del proceso son terceros quienes no tengan la calidad de partes. Esta situación es cambiante, como hemos visto (véanse núms. 177-180), porque la intervención forzada o voluntaria puede convertir en parte secundaria o principal litis-consorcial o independiente a quien era un tercero (véanse núms. 180 y 192 a 202).

Es muy importante tener en cuenta que así como la noción de parte no tiene un sentido físico (quienes actúan personalmente en el proceso), sino jurídico (véanse núms. 174-175), lo mismo sucede con la de terceros. Por esa razón no tienen esta calidad procesal los causahabientes o cesionarios de las partes cuando se cumplen ciertos requisitos, ni el sustituido, ni el representado, sino que se les considera partes para la cosa juzgada y demás efectos procesales ¹⁷⁷.

190. Terceros en sentido procesal y en sentido material o sustancial.

La situación jurídica de los terceros en relación con el proceso no es siempre igual. En efecto, hay muchos que nada tienen que ver con el litigio que en aquél se ventila o con las pretensiones sobre que verse el de jurisdicción voluntaria, y entonces son ter-

¹⁷⁷ Couture: *Fundamentos*, Buenos Aires, 1958, p. 209; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II. p. 107.

ceros tanto en el sentido procesal como en el material; otros, en cambio, son sujetos (únicos o concurrentes) de esa relación jurídica sustancial o del interés que en la causa se controvierte, sea como pretendientes o afectados con la pretensión, sin estar presentes ni representados ni sustituidos en el proceso, y entonces, a pesar de ser partes en sentido material o sustancial, no lo son del proceso. También puede una persona ser parte en el proceso y tercero en relación con una situación o un derecho sustancial que en él se discuta (véase núm. 175).

Cuando se dice que hay terceros frente a los cuales no pueden surtirse los efectos jurídicos de la sentencia, se le está dando al término un sentido procesal (por no haber concurrido al proceso); pero esos terceros pueden ser partes o sujetos de la relación sustancial. Por eso la ley los protege, otorgándoles el derecho a oponerse a la ejecución de la sentencia contra ellos ¹⁷⁸.

La parte procesal y la sustancial del litigio deben coincidir para que la sentencia de fondo sea favorable al actor, sin incurrir en error, excepto en los casos de sustitución procesal (véanse núms. 155 y 165); pero sabemos que puede ocurrir lo contrario, sin que ello afecte en muchos casos la debida legitimación en la causa, ni impida que se dicte sentencia, pues aquella circunstancia debe influir en lo favorable de la sentencia de fondo (véanse núms. 138 y 151).

191. Clasificación de los terceros en sentido procesal.

De lo expuesto al tratar sobre pluralidad de partes y litisconsorcio y en los dos números anteriores se deduce que son varias clases de terceros procesalmente considerados, a saber: terceros con interés en el proceso o totalmente ajenos a él; terceros principales o accesorios y secundarios, impropriamente llamados adhesivos, mejor dicho, coadyuvantes; terceros que intervienen como terceristas y como litisconsortes; terceros cuya intervención es necesaria o simplemente voluntaria; terceros con interés personal en el proceso, sea excluyente o concordante con el de una de las partes, directo o indirecto, o con un interés familiar o social.

¹⁷⁸ Podetti: *Tratado de las tercerías*, Buenos Aires, 1949, ps. 32 y 36; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, p. 107.

192. Terceristas o intervinientes “*ad excludendum*”, litisconsortes y coadyuvantes o intervinientes “*ad adiuvandum*”.

Estas tres clases de terceros intervinientes corresponden a la clasificación estudiada al tratar de las partes (véanse núms. 180-185).

Los terceristas o intervinientes *ad excludendum* son principales autónomos con intereses opuestos a ambas partes ¹⁷⁹. Esta intervención es posible en los procesos de conocimiento y en los ejecutivos (en éstos se puede denominar tercería). Su situación procesal para todas sus actuaciones es independiente de la de las partes. En los procesos penales no son procedentes estas intervenciones, excepto en Colombia la de intervinientes litisconsorciales de la parte civil que reclama la indemnización de perjuicios ocasionados por el delito.

Los *litisconsortes sucesivos o intervinientes* son igualmente principales, porque pretenden un derecho propio vinculado al proceso o intervienen para que sobre él se produzca una decisión en la sentencia. Ese derecho está vinculado con el reclamado por una de las partes frente a la otra, por la conexión jurídica de sus títulos comunes y por ello su situación es autónoma e independiente, pero no opuesta sino concordante con la de la parte consorcial (por ejemplo, otro heredero del causante, que interviene en el proceso ordinario que un tercero sigue para reivindicar un bien que se cree herencial o para que se le declare hijo y también heredero) (véanse núms. 180 y 184).

Los *coadyuvantes* son aquellos terceros que no reclaman un derecho propio para que sobre él haya decisión en el proceso, sino un interés personal en la suerte de la pretensión de una de las partes (por ejemplo: el acreedor de una de las partes que discute sobre la propiedad de un bien, en un proceso ordinario de reivindicación, que interviene alegando que si su deudor pierde el proceso, no tendrá bienes con qué pagarle) y por ello concurren exclusivamente para ayudarle o coadyuvarle en la lucha procesal, razón por la cual son intervinientes secundarios o accesorios y tienen una situación procesal dependiente de la parte coadyuvada (véase núm. 196) ¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Guasp: ob. cit., ps. 209-217; Rosenberg: ob. cit., t. II, p. 118; Fairén Guillén: ob. cit., t. II, ps. 176-219; Devis Echandía: *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, 1966, núm. 193, *Tratado*, ed. cit., t. II, núms. 344 y 349, y *Nuevo procedimiento civil colombiano*, 1970, t. I, ps. 142-144.

¹⁸⁰ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núm. 376, e *Instituciones*, ed. cit., t. I, núm. 105, p. 262; Redenti: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, ps. 236 y 241; Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 89; Podetti: ob. cit., núm. 20, p. 32; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, ps. 115-121; Guasp: ob. cit., ps. 216-224.

Como ejemplo de intervención con interés social podemos dar la del ministerio público, cuando obra en interés y representación de la sociedad, y la del defensor de menores en procesos ante jueces de menores; pero son partes principales autónomas y no coadyuvantes.

En el caso de las *acciones públicas*, toda persona tiene derecho a intervenir, puesto que podría obrar como demandante, y entonces ocupará la posición de litisconsorte de éste. Puede hablarse de un interés público en estos casos.

193. Examen de la legitimación en la causa y el interés sustancial de los interventores.

Vimos que la legitimación en la causa debe existir en el momento de solicitar su intervención o de ser llamados por requerimiento de una de las partes u oficiosamente por el juez (núm. 152, *h*). Cuando la iniciativa es de los mismos interventores, aun cuando medie un emplazamiento genérico (a los acreedores, por ejemplo), por tratarse de una intervención voluntaria deben presentar la prueba de su interés sustancial en el proceso y su legitimación para ser admitidos en él, pues de no aducirla el juez debe rechazar de plano la intervención, pero el auto es apelable. En cambio, si se trata de intervención forzosa por auto del juez, bien sea de oficio o a petición de una de las partes, su ingreso al proceso se sucede por la notificación que de tal providencia se les haga, ya que su legitimación resulta entonces directamente de una norma legal que ordena su citación o de los documentos aducidos por la parte requirente. Nos remitimos a lo expuesto allí.

194. Diversas clases de intervenciones en el proceso.

De la clasificación de los terceros intervinientes se deduce la de las diversas intervenciones, a saber: intervención necesaria y no necesaria para la sentencia de fondo; intervención principal (sea litisconsorcial o como tercerista, o *ad excludendum*) y secundaria o accesorial, o coadyuvante; intervención voluntaria y obligada o forzosa; intervención permanente e incidental o transitoria; la última para los solos efectos de un incidente específico (como el levantamiento de un secuestro), o de una oposición a cierta diligencia (como la oposición a un secuestro o a la entrega material de un bien, en cuyo caso se incluye en aquélla la intervención en el incidente que para ello deba tramitarse), y entonces sólo se pueden formular peticiones dentro de y para ese incidente o diligencia.

En el derecho procesal moderno las tres clases de intervención: principal *ad excludendum* o del tercerista, principal litisconsorcial y secundaria accesoria o coadyuvante, se encuentran perfectamente delimitadas, como lo hemos visto (véanse núms. 180, 185 y 192). Réstanos ahondar un poco más en la noción de la coadyuvancia.

195. Oportunidad para intervenciones.

En cuanto a la oportunidad para las diversas intervenciones, observamos: *a)* la adhesiva o coadyuvante y la litisconsorcial puede proponerse hasta antes de ser dictada la sentencia de segunda instancia, pero jamás después de ésta, aun cuando no se encuentre ejecutoriada y se pretenda interponer recurso de casación (éste únicamente pueden interponerlo quienes hayan sido parte del proceso en el momento de pronunciarse la sentencia); *b)* la *ad excludendum* sólo puede proponerse antes de haberse dictado la sentencia de primera instancia, por obvia lógica, ya que se introduce un litigio totalmente nuevo y contra las partes iniciales del proceso.

196. La intervención por coadyuvancia o accesoria o “*ad adiuvandum*”.

El coadyuvante se encuentra en relación exclusivamente con el coadyuvado, al paso que el interviniente litisconsorcial se encuentra siempre también en relación jurídica con el adversario o la contraparte de su consorte, por lo mismo que reclama una relación jurídica propia y sobre la cual debe pronunciarse también la sentencia. Por eso el litisconsorte por intervención es parte principal y no lo es el coadyuvante ¹⁸¹.

Hemos visto las diferencias que existen entre la intervención principal y la accesoria o secundaria o por coadyuvancia (véanse núms. 180 y 192). Es contradictorio hablar de coadyuvancia litisconsorcial.

Se suele denominar esta intervención *ad adiuvandum* o adhesiva, pero ya advertimos que es más técnico calificarla de ac-

¹⁸¹ Carnelutti: *Instituciones*, t. II, núm. 105, y *Sistema*, t. I, núm. 143; Chiovenda: *Principios*, t. II, núm. 36; Guasp: ob. cit., ps. 215-218; Hugo Alsina: *Unificación de la Legislación acerca de la intervención de terceros en la relación procesal*, en *Estudios procesales; en memoria de Eduardo J. Couture*, Madrid, 1957, ps. 409-411; Couture: *Estudios*, ed. cit., t. III, ps. 219-231.

cesoria o secundaria, como lo proponen Cernelutti y Redenti. Esta intervención no es procedente en el proceso penal (véase núm. 197).

Pasamos a examinar otros aspectos importantes de esta intervención.

a) Su verdadera naturaleza.

El coadyuvante es siempre una parte accesoria o secundaria, porque actúa "para sostener las razones de un derecho ajeno", y en un plano distinto del de la parte principal, de subordinación a ésta, ligado secundariamente a la posición de su coadyuvado ¹⁸².

Esa actuación del coadyuvante puede limitarse a una colaboración con la parte coadyuvada que también actúa en el proceso, pero puede llegar a suplir la actividad de ésta, con las limitaciones que más adelante indicaremos, cuando por desinterés u otra causa abandona total o parcialmente su defensa. Sin embargo, el coadyuvante no actúa en nombre de la parte coadyuvada sino en su propio nombre, a pesar de hacerlo en defensa de la causa de aquélla, y por lo tanto, no se trata de una especie de representación.

b) Presupuestos de la intervención por coadyuvancia.

Los autores están de acuerdo en que son cinco ¹⁸³.

1º) Que el proceso esté pendiente, lo que significa que la demanda debe haberse notificado a los demandados; si se presenta antes la solicitud de intervención, el juez debe aplazar su aceptación o rechazo para cuando se haya surtido dicha notificación.

2º) Que la sentencia no haya sido dictada si no tiene recursos, o no haya quedado ejecutoriada si los tiene; pero después de dictada la sentencia de segunda instancia no puede proponerse coadyuvancia para interponer casación, porque este recurso extraordinario sólo pueden proponerlo quienes eran partes cuando se dictó la sentencia.

3º) Que el interviniente no esté actuando ya en el proceso como parte o interviniente en otra calidad.

4º) Que el interviniente tenga un interés personal en el éxito de la pretensión o la defensa de una de las partes principales, y por lo tanto, en el negocio. ¿En qué debe consistir exactamente ese interés? Una buena regla la da el C. de P. C. colombiano en

¹⁸² Véanse citas anteriores.

¹⁸³ Citas anteriores y Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, ps. 118-120 y t. I, ps. 266-267 y 271-274.

el art. 52, que dice: "Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extienden los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella".

El coadyuvante puede ser, por consiguiente, ajeno a la relación sustancial debatida en el proceso por su coadyuvado (por ejemplo: no reclama ningún derecho en el inmueble cuya propiedad se discute), pero existirá otra relación sustancial entre ellos, que puede resultar afectada con la decisión que sobre la primera se adopte en el proceso (una relación de crédito, que no podrá satisfacer si el coadyuvado pierde el pleito; o una relación de parentesco que podrá lesionarse moral y socialmente, en el mismo supuesto, como la de padres en el proceso de divorcio de los hijos menores no habilitados de edad). El coadyuvante no es cotitular de la misma pretensión del coadyuvado porque entonces tendría una pretensión propia en ese proceso y sería litisconsorte, sino titular de la suya propia, y por esto, aun cuando no está legitimado para demandar respecto a la relación sustancial de aquél, sí lo está para intervenir en el proceso que inició su coadyuvado o se sigue contra éste.

Se trata de una legitimación menos plena, que sin facultarlo para demandar la pretensión de su coadyuvado, sí lo autoriza para coadyuvarla o defenderla en el proceso iniciado por éste o contra éste.

No es necesario que se trate de un interés jurídico en la causa u objeto del proceso, sino de un interés jurídicamente tutelado que puede ser patrimonial o moral o familiar (como lo aceptan Chiovenda y Carnelutti, y como se deduce de las enseñanzas de Rocco y Alsina), cuya satisfacción o realización dependen de los resultados de ese proceso, en vista de una relación jurídica que exista entre ese tercero y una de las partes, como sucede en los ejemplos puestos. Esta circunstancia deberá ser afirmada por el interviniente para que se admita su solicitud, y ella deberá acompañar las pruebas que demuestren el hecho del cual deduce tal interés (el crédito, el parentesco, etc.).

El acreedor real con hipoteca o prenda, tiene con mayor razón interés suficiente para intervenir como litisconsorte en el proceso de nulidad o resolución del título de propiedad de su deudor, ya que la sentencia afectará su garantía, aun cuando no se solicite su cancelación en ese proceso (si se solicita, debe demandársele, como litisconsorte necesario).

En resumen, el interés debe ser siempre jurídico en la misma causa en los casos de intervención principal litisconsorcial; pero puede ser simplemente económico o moral o familiar, siempre que

esté jurídicamente tutelado en virtud de una relación jurídica existente entre el interviniente y una de las partes, que no es objeto del proceso, cuando se trate de coadyuvancia o intervención accesoria o secundaria.

5º) Por último, el coadyuvante debe ser capaz y obrar debidamente representado, condiciones éstas que rigen para toda clase de intervinientes.

c) Manera de solicitar la intervención.

Como el coadyuvante no formula ninguna pretensión propia para que en el proceso le sea definida la solicitud para ser admitido en esa calidad, no es una demanda, y, por lo tanto, no se sujeta a los requisitos de forma que para ésta exige la ley. Pero debe expresarse la voluntad de intervenir como coadyuvante del demandado o del demandante y también los hechos que configuran el interés jurídicamente tutelado que legitima su intervención, y se deben acompañar las pruebas de dicho interés.

d) Procedimiento a que da lugar la solicitud de intervención. Oposición de parte.

No se trata de incidente, y como la prueba del interés debe acompañarse a la solicitud, se resuelve por el juez de plano.

e) Término para oponerse a la coadyuvancia.

Cuando la ley no establece término para formular la oposición, creemos que tal oportunidad es la del término de ejecutoria del auto que acepta la coadyuvancia, y que se usa mediante los recursos de reposición y apelación. Si se quiere presentar alguna prueba documental, para informar las aducidas por el interviniente, debe ser acompañada al escrito de recurso o a otro dentro del mismo término.

f) Efectos procesales de la intervención coadyuvante.

Los efectos procesales de la intervención coadyuvante son los siguientes ¹⁸⁴:

¹⁸⁴ Chiovenda y Carnelutti: véase cita 184; Rosenberg: ob. cit., t. I, ps. 271-272; Schönke: *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950, p. 101; Rocco: véase cita 256; Redenti: ob. cit., t. I, p. 241; Alsina, Guasp y Couture: véase cita 254.

1º) El interviniente ingresa al proceso una vez que su solicitud es aceptada por el juez, y conserva esa calidad mientras no le sea revocada en virtud del recurso.

Si en el memorial de intervención se propone simultáneamente algún recurso contra providencias dictadas, pero no ejecutoriadas, en el momento en que se presenta, la pertinencia de tal recurso depende de la aceptación de la coadyuvancia, y en caso afirmativo debe ser resuelto como oportunamente presentado. Esto puede suceder con frecuencia, por ejemplo, cuando se interviene después de dictada la sentencia de primera instancia y antes de su ejecutoria, precisamente para apelar de ella. Pero es necesario que el coadyuvado no rechace el recurso, como en el punto 6º lo explicamos. Pero no puede intervenir después de dictada la sentencia de segunda instancia y para interponer el recurso extraordinario de casación (véase núm. 195).

2º) El coadyuvante es parte en el proceso, aunque de condición secundaria o accesoria, ya que tiene el derecho a interponer recursos, a pedir pruebas, a proponer nulidades y actúa hasta la terminación del proceso; además, las limitaciones a que está sujeto en su actividad procesal y que veremos enseguida, no afectan su calidad de parte, pues sirven apenas para reducirla a la de parte accesoria o secundaria.

3º) El coadyuvante toma el proceso en la situación en que se encuentre en el momento de su intervención.

4º) No puede modificar ni ampliar la *litis contestatio* o el objeto del litigio, ya que no introduce una pretensión propia para que sobre ella exista una decisión.

5º) No puede actuar en el proceso en contradicción con la parte coadyuvada, lo que es consecuencia de su condición de parte accesoria o secundaria y de la circunstancia de no introducir una *litis* propia en el proceso. Significa esto que si coadyuva al demandante, no puede oponerse al desistimiento de éste, ni aceptar las excepciones del demandado cuando aquél las rechace o guarde silencio acerca de ellas, etc.; y si coadyuva al demandado, no puede confesar los hechos alegados por el demandante y mucho menos allanarse a la demanda, ni tampoco oponerse a ella si el demandado la acepta y se allana a sus peticiones, pero puede pedirle al juez que rechace el allanamiento por ser fraudulento y si éste encuentra posible ese fraude deberá acceder a ello y decretar de oficio las pruebas que el coadyuvante le haya indicado y cualesquiera otras.

En cambio, sí puede proponer tachas e impedimentos y objetar documentos privados o tachar de falsos los públicos, cuando el coadyuvado guarda silencio sobre el particular, si por otras actuaciones de éste no se deduce su voluntad en contrario, porque

entonces suple la actividad del coadyuvado, lo que sí le es permitido, como lo dicen Chiovenda y Rosenberg.

6º) No puede interponer recursos que el coadyuvado no desee o en disconformidad con éste, porque entonces hay una actuación procesal contraria a la de la parte principal.

Es válido el recurso del coadyuvante cuando el coadyuvado lo interpuso ineficazmente o dejó pasar el término sin interponerlo, pero no ha consentido la providencia ni manifestado su disconformidad con la actuación de aquél. Nos apoyamos en los conceptos de Chiovenda, Rosenberg, Couture y Rocco, y en la verdadera naturaleza de esta figura procesal.

7º) Puede ejecutar todos los actos procesales propios de las partes, con las limitaciones señaladas en los dos puntos anteriores, como pedir pruebas, presentar alegatos, tachar testigos y peritos, objetar y tachar documentos, recusar jueces o magistrados, oponerse a peticiones de la contraparte, contestar traslados, etc., siempre que en esas actividades no incurra en contradicción con la actitud asumida por la parte coadyuvada; pero puede suplir el silencio o el abandono de ésta.

8º) Sus actos se estiman en favor de la parte coadyuvada, aun cuando los ejecute en su propio nombre y sin tener el carácter de representante de ésta (véase letra a).

9º) No puede ser testigo ni perito, como resultado de su condición de parte accesoria.

10º) Puede desistir libremente de su intervención y debe ser condenado en costas, si lo hace, ya que su participación en el proceso es puramente voluntaria.

11º) La sentencia lo vincula, en el sentido de que no pueda discutir en un nuevo proceso sus conclusiones, ni siquiera cuando con base en ella la parte coadyuvada le instaure posteriormente un proceso.

12º) Goza de autonomía en cuanto a capacidad o representación, y debe reunir los requisitos generales para que ambas aparezcan en debida forma.

13º) Debe sufrir la condena en costas y soportar las expensas, cuando haya recurrido o solicitado diligencias, copias, etc. En caso de que el recurso haya sido conjunto con el coadyuvado, deben dividirse las costas por iguales partes, como ocurre en el litisconsorcio y en la intervención *ad excludendum* (véase núm. 186, letra f).

g) En qué procesos es procedente.

Se ha dicho que la intervención por coadyuvancia sólo procede en procesos de conocimiento, pero no en los ejecutivos "porque la

naturaleza misma del proceso ejecutivo sólo vincula a las partes y no podría producir la sentencia efectos respecto de ningún tercero” y “por cuanto la ley concede a los terceros otros instrumentos legales a fin de que hagan valer sus derechos dentro del proceso ejecutivo”¹⁸⁵. El primer argumento es aparente, porque lo mismo ocurre con cualquier sentencia de proceso de conocimiento; el segundo sólo se refiere a los “terceristas” que intervienen en los ejecutivos, pero ellos no son coadyuvantes, sino intervinientes *ad excludendum* (véase núm. 209). Estamos de acuerdo con la tesis anterior; existen sin duda personas que pueden ser burladas en sus derechos mediante ejecuciones fraudulentas, con títulos amañados y ficticios, como a menudo les ocurre a los cónyuges que están persiguiendo o van a perseguir los bienes que les pertenecen en la liquidación de la sociedad conyugal y a los acreedores que no tienen título ejecutivo; pero no puede permitírseles que concurren en coadyuvancia de su cónyuge o deudor para proponer excepciones tendientes a demostrar esa confabulación fraudulenta que implica la inexistencia del título ejecutivo, porque eso es actuar en contra de la posición procesal y sustancial del cónyuge o deudor y una tal conducta no la puede asumir un coadyuvante. Les quedará la acción de revisión extraordinaria y la penal por estafa.

197. La coadyuvancia en el proceso penal.

Podría pensarse que en el proceso penal es posible esta intervención respecto a la pretensión civil para indemnización de perjuicios, es decir, como coadyuvantes de la parte civil, que se regiría entonces por las normas expuestas en los números anteriores. Pero creemos que no es admisible porque tendría derecho a intervenir en el aspecto penal y esto está limitado al ofendido por el delito y sus herederos. Respecto a la pretensión penal, es inadmisibles toda coadyuvancia.

198. Intervención forzosa por llamamiento al proceso.

Cuando la intervención de los terceros se origina en la citación que se les hace a petición de parte o de oficio y que por sí sola los vincula al proceso, dicha intervención tiene el carácter de forzosa u obligada¹⁸⁶. Existen emplazamientos que dan derecho

¹⁸⁵ En el anterior sentido se pronunció el Tribunal de Bogotá, por auto de 13 de marzo 1974, ejecutivo de Nemesis Piñeros contra Luis Vergara.

¹⁸⁶ Canelutti: *Instituciones*, t. I, núm. 262; Alsina: *Unificación...*, cit., p. 412.

a intervenir, pero que no convierten por sí solos al citado o emplazado en sujeto de la relación jurídica procesal, como los de acreedores en procesos ejecutivos y a todos los interesados en los de sucesión, en los de bienes vacantes y en los de pertenencia; en estos casos la intervención es voluntaria, porque mientras no se formula no se entra a ser parte en el proceso, a pesar de la citación o el emplazamiento. Lo mismo ocurre en las citaciones personales a acreedores hipotecarios en los procesos ejecutivos.

Cuatro son las clases de intervención forzosa que la doctrina contempla: 1ª) el *llamamiento en garantía*, en sentido general, que comprende las obligaciones personales cuando la parte vencida tendría acción reversible contra el llamado; 2ª) la *denuncia del pleito*, que se refiere especialmente al saneamiento de derechos reales y que en el fondo es un llamamiento en garantía, por lo cual en los códigos que no distinguen estos dos conceptos, como el anterior nuestro, pueden refundirse las dos nociones, pero que es mejor separar; 3ª) la *laudatio* o *nominatio autoris*, cuando el tenedor demandado denuncia el nombre de la persona por quien posee y que debe responder de la demanda; 4ª) el *llamamiento del tercero pretendiente*, que alega el verdadero titular del derecho discutido, con exclusión de las dos partes, que en nuestro Código no existe.

Conviene autorizar además el llamamiento de oficio de quienes tengan el carácter de litisconsortes necesarios, para integrar el contradictorio; por ejemplo, de quienes sean titulares o tradentes del derecho emanado del contrato o el título cuya nulidad se pide, o de derechos reales en el inmueble objeto de la demanda de deslinde o de servidumbre. Pero en estos casos, si la citación se hace inicialmente, esas personas adquieren en realidad la condición de demandantes o demandados y no de terceros intervinientes (véase núm. 184).

En todos estos casos, con la sola citación adquiere el citado la calidad de parte aun cuando no concurra al proceso.

199. Del llamamiento en garantía.

Se presenta el llamamiento en garantía en sentido amplio, siempre que entre la parte citada y la principal que la hace citar exista una relación de garantía, tal como la acabamos de definir en el número anterior. Esa garantía puede ser de dos clases: garantía real, cuando consiste en responder por el goce y disfrute de un derecho real que ha sido transferido por el garante al garantizado, y que, por lo tanto, tiene siempre un origen contractual, como sucede en la evicción de que responde el vendedor al

comprador, que recibe la denominación de *litis denuntiatio* o denuncia de pleito; o garantía personal, cuando se trata de responder por obligaciones personales, como la de indemnizar perjuicios o restituir lo pagado, y por tanto puede originarse directamente en la ley (como en el caso del patrón que responde por los daños causados a terceros por su empleado o dependiente y queda con derechos a repetir contra éste; o también puede originarse en contrato, como en el caso del fiador o asegurador que es obligado a pagar por su fiador o asegurado, pero queda con derecho a repetir contra él ¹⁸⁷.

200. Denuncia del pleito o *litis denuntiatio*.

La doctrina no limita la *litis denuntiatio* a los casos de garantía de derechos reales, sino a los más generales en que exista la acción reversible o de regresión hacia el tercero a quien se denuncia el pleito, y así se comprende la garantía personal, tan frecuente en el campo de las obligaciones por solidaridad o fianza o responsabilidad común por hechos extracontractuales culposos o dolosos.

De esta suerte, en el moderno derecho procesal la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía se consideran como una misma institución procesal; para extenderla tanto a la garantía real como a la personal de origen contractual o extracontractual ¹⁸⁸.

La denuncia del pleito no se limita al caso de evicción de derechos reales, sino que se refiere, en general, a los casos en que tenga el derecho a denunciar el pleito conforme a la ley sustancial. Pero esto no significa que sea necesaria una disposición legal que expresamente hable de denuncia del pleito, pues es suficiente que de su contenido se deduzca tal derecho.

a) *Quiénes pueden hacerlo y en qué momento procesal.*

Lo lógico es que la denuncia del pleito debe hacerse, por el demandante, en el libelo de la demanda, y por el demandado, dentro del término que tiene para contestarla. El denunciado puede denunciarlo a su vez, dentro de los mismos términos.

¹⁸⁷ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 90. Calamandrei: *Chiamata in garanzia*, Milano, 1913, ps. 6-15; Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, núms. 262-263 y 152.

¹⁸⁸ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., núm. 90; Redenti: *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 170, 321 y 327; Rosenberg: *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 281; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, p. 123.

Ocurrirá esa cadena de denuncias cuando la causa alegada por el demandante para las pretensiones que pretende imponer al demandado o para la reclamación del bien que éste posee, es un hecho anterior a varias tradiciones por venta u otro título cualquiera, pues entonces proceden las denuncias sucesivas de los diversos adquirentes, a sus tradentes, hasta llegar a aquel que hizo la primera tradición afectada por esa causa.

b) *Denuncia "per saltum".*

Si bien lo ordinario es que las denuncias del pleito se sucedan en el orden señalado en el punto anterior, conviene autorizar al demandado a quien se demanda una cosa comprada, de proceder *per saltum* a denunciar el pleito al "tercero de quien su vendedor la hubiere adquirido", para efectos del saneamiento que contra dicho tercero competiría al vendedor, si éste hubiera permanecido en posesión de la cosa. Pero si se desea vincular al vendedor del demandado a los efectos del proceso y exigirle personalmente el saneamiento, debe procederse a denunciarle el pleito, y dicho vendedor verá si a su vez lo denuncia a su tradente; o puede denunciársele a ambos de una vez.

c) *A quién se denuncia el pleito.*

En el número anterior dijimos que debe limitarse la denuncia a los casos de saneamiento de derechos reales, porque cuando se trata de derechos personales y exista una obligación de garantía o una acción reversible, tendrá el simple llamamiento en garantía.

Cuando se trata de derechos personales hay que examinar si la obligación es solidaria o indivisible por naturaleza o en razón del contrato, o si, por el contrario, es divisible; en el primer caso podrá ejercitarse *in solidum* el derecho al llamamiento en garantía, es decir, basta con hacerlo a cualquiera de las varias personas obligadas en garantía; en el segundo caso será indispensable llamar en garantía a todas, pues si no se hace así sólo podrán reclamarse las cuotas en dinero que correspondan a quienes fueron citados.

d) *Efectos procesales de la intervención del denunciado.*

Este adquiere la calidad de parte principal, pero el demandante conserva su calidad de parte como tal (véase núm. 185).

Puede decirse que el denunciado defiende su propia causa y que está en litigio tanto con la contraparte de su denunciante

como con este mismo, por lo cual es parte principal. Si el denunciado fuera un simple coadyuvante, no podría recurrir cuando el denunciante no quisiera hacerlo, ni tendría una posición independiente en el proceso. Y esto no ocurre, pues él tiene libertad para recurrir y actuar en general.

En la denuncia del pleito, la carga de la defensa queda gravitando sobre el denunciado, que comparece con facultades y derechos procesales de demandado o demandante, según el caso, y que, por lo tanto, no puede exonerarse de responsabilidad alegando que su denunciante abandonó el proceso y dejó de interponer defensas o recursos, ya que puede abstenerse en lo sucesivo de intervenir activamente.

Los efectos del litisconsorcio que se produce entre denunciante y denunciado se asemejan a los del litisconsorcio necesario, en cuanto a la indivisibilidad de la sentencia y a las consecuencias de los recursos interpuestos por cualquiera de ellos y en cuanto a la confesión, reconocimiento de documentos y allanamientos, ya que no es posible que exista una condena o una absolución frente a la parte contraria para uno y no para otro, ni que la sentencia quede en firme para uno solo de ellos, como sí puede ocurrir en el litisconsorcio voluntario (véase núm. 186, letras *a* y *d*). Cualquier recurso que uno de ellos interponga favorece necesariamente a ambos. Pero no significa esto que tengan la calidad de litisconsortes necesarios, pues es facultativo del interesado —demandante o demandado— denunciar o no el pleito, en cuanto al saneamiento, al resarcimiento o a la indemnización a que ello puede dar lugar. Es un litisconsorcio voluntario, porque si el garante no concurre ni se le cita, no se afecta el proceso ni la procedencia y eficacia de la demanda; pero tiene efectos diferentes en los aspectos indicados, dada su peculiar naturaleza.

En materia de unidad de procedimiento, de efectos de los actos procesales que ejecuten, de alegaciones, de pruebas, de nulidades, de costas y expensas, se aplican las conclusiones a que llegamos en materia de litisconsorcio (véase núm. 186). Pero debe tenerse en cuenta que no es posible la terminación del proceso sin el consentimiento tanto del denunciante como del denunciado.

La sola citación vincula al denunciado al proceso, porque sus efectos respecto de las obligaciones y derechos que como consecuencia de este proceso pueden surgir entre él y el denunciante se surten aunque no intervenga.

La sentencia debe resolver si condena o no al denunciante, cuando éste sea el demandado, o si accede o no a las pretensiones de aquél si actúa como demandante, de acuerdo con la demanda; en caso de que en cualquiera de los dos casos resulte la sentencia

desfavorable al denunciante, en ella misma el juez o el tribunal deberá resolver sobre la obligación de saneamiento o de reintegro que a favor de dicho denunciante tiene el denunciado, condenando a éste a indemnizar al denunciante los perjuicios que sufran y a reintegrarle lo que éste deba pagar a la parte contraria. Esto se aplica al simple llamamiento en garantía, pero en éste puede el juez condenar directamente al llamado en garantía, para que pague al demandante solidariamente con el demandado garantizado, reconociéndole a éste el derecho de repetir contra aquél si fuere obligado a pagarle al demandante.

e) *En qué procesos puede denunciarse el pleito.*

Es posible tanto en los procesos ordinarios como en los especiales que por su naturaleza lo permitan.

Nosotros creemos que procede en los siguientes procesos especiales: en el *divisorio*, cuando el denunciante alegue haber adquirido a título oneroso una mayor cuota de la que sus condueños le reconocen; en los de *deslinde*, si los colindantes alegan que el predio del denunciante es de menor extensión que lo recibido por éste del denunciado o que sus linderos no son los que figuran en su título de adquisición; en los abreviados *posesorios* de despojo, cuando el demandante alega una causa anterior a la adquisición del bien por el demandado, y éste denuncia el pleito a su tradente; en los abreviados de *servidumbre* por acción negatoria, si se trata de imponerle al predio del denunciante una servidumbre que en su título no consta y en razón de una causa anterior, o por acción confesoria, si se le desconoce una que se está utilizando o se utilizó antes en favor de su predio y que fue adquirida junto con éste o se pretende modificarla; en los *ejecutivos de venta de cosa hipotecada o dada en prenda*, si el gravamen existía antes de la adquisición del bien por el denunciante y no fue conocido por éste o el tradente quedó obligado a liberarlo; en los *ejecutivos mixtos* en que se persiga un bien hipotecado o dado en prenda y además otros bienes, en los casos indicados para los anteriores; en los *bienes vacantes*, si el denunciante considera que con la demanda se desconoce el dominio y la posesión que le transfirió el denunciado; en los que versen sobre *pactos accesorios de la compraventa* que puedan afectar la integridad o la conservación del derecho transferido por el denunciado al denunciante, en razón de la demanda de un tercero tradente del denunciado; en el *lanzamiento* o restitución de la cosa arrendada, cuando se demanda a un subarrendatario solo o conjuntamente con el arrendador y aquél denuncia el pleito a éste; en los que versen sobre *controversia entre codueños*, cuando se discuta sobre la integridad o el alcance del

derecho adquirido por el denunciante del denunciado o por el demandado.

201. Llamamiento *ex officio* a personas que puedan perjudicarse con la colusión o el fraude procesal.

Es importante autorizar al juez para que, en cualquiera de las instancias, siempre que advierta colusión o fraude en el proceso, ordene oficiosamente la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos. Sería un deber utilizar esa facultad, cuando sea procedente.

Se diferencia esta citación de la que ocurre en la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía, en dos aspectos: 1º ese tercero citado no queda vinculado al proceso por el solo hecho de la citación, sino una vez que concurra; y 2º) la citación no tiene por fin imponerle responsabilidad (como ocurre en los dos casos anteriores), sino por el contrario, darle oportunidad procesal de defender sus intereses de la maniobra fraudulenta de las partes.

Esta citación procede sólo en los procesos de conocimiento, tal como ocurre con la intervención espontánea adhesiva o litisconsorcial ¹⁸⁹.

202. Intervención por “*laudatio vel nominatio autoris*”.

No se trata de un llamamiento en garantía ni de una denuncia de pleito. Dicha intervención se presenta, en primer lugar, cuando el demandante se equivoca respecto a la persona que debe citar como demandada para la restitución de una cosa y dirige su demanda contra quien tiene en apariencia la posesión del bien objeto de sus pretensiones, pero en realidad sólo es un simple tenedor que detenta o disfruta ese bien a nombre del verdadero poseedor, que es quien ha debido ser demandado; y, en segundo lugar, cuando se demanda a alguien como tenedor de la cosa sin serlo. El demandado por ese error debe limitarse a indicar el nombre del verdadero poseedor o tenedor y suministrar además el dato del domicilio o residencia de éste y de la oficina o casa donde puede ser hallado, si los conoce.

Las consecuencias del silencio del demandado sobre este particular, sea que conteste la demanda o que no lo haga, se

¹⁸⁹ Devis Echandía: *Nuevo procedimiento civil colombiano*, Ed. Rosarista, t. I, ps. 137-138.

reflejan en la sentencia, con un alcance definido claramente en el texto legal, pues entonces se le condena a pagar al demandante los perjuicios que éste sufra por tal conducta, que pueden ser el valor de la cosa si era mueble y se pierde o se hace imposible su recuperación, o el valor de los frutos y productos durante el tiempo perdido en ese proceso, y cualesquiera otros, además de las costas del proceso.

El juez ordena citar a ese tercero, en la forma indicada para la denuncia del pleito; si comparece y reconoce que es el poseedor o tenedor (según el caso), se le tiene como parte en lugar del demandado y éste queda fuera del proceso; si no comparece, o si niega su calidad de poseedor o tenedor, el proceso continúa con el demandado pero la sentencia surte efectos respecto de ambos. Es decir, el citado queda de todas maneras vinculado al proceso por el solo hecho de la citación.

203. Diferencia entre intervención y sucesión de partes.

La intervención de terceros ocurre siempre que alguna persona distinta del demandante y del demandado ingresa al proceso, transitoria o permanentemente, sea en forma principal o secundaria, sin desplazar a ninguna de las partes (salvo en el caso del número anterior). La sucesión de partes es un caso muy diferente, pues se refiere a un cambio en los sujetos de la relación jurídica procesal, con la transmisión de las facultades y deberes procesales que conlleva esa posición como lo expusimos en el capítulo anterior (véase núm. 179).

204. Diferencia entre sucesión de partes y sustitución procesal.

En la sucesión de partes, quien concurre al proceso sustituye al demandante, al demandado o al denunciado, si se toma el término en su sentido simplemente gramatical. Pero es indispensable no confundir por ese motivo la sucesión de partes con la sustitución procesal (véase núm. 142), en la cual una persona concurre a demandar en interés y en nombre propio, pero en defensa de un derecho ajeno del que es titular otra persona, en virtud de una legitimación extraordinaria que la ley le concede, como el acreedor cuando ejercita la pretensión de su deudor con el fin de reivindicar para éste un inmueble, y luego poderse pagar su crédito con el remate del mismo.

205. Inaplicabilidad de las anteriores nociones al proceso penal.

Por razón de la peculiar naturaleza del objeto del proceso penal, en él no pueden tener aplicación las nociones de terceristas o intervinientes *ad excludendum*, de coadyuvancia (ni siquiera en cuanto a la parte civil para la indemnización de perjuicios), de *litisconsorcio* por intervención voluntaria, de llamamiento en garantía, de denuncia del pleito, de llamamiento *ex officio* a quienes puedan perjudicarse con una posible colisión o fraude, o de intervención por *laudatio auctoris*.

CAPÍTULO XXIII

CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN Y POSTULACIÓN PROCESALES DE LAS PARTES E INTERVINIENTES

206. Condiciones para actuar válida y eficazmente en el proceso.

Cualquiera que sea la situación de la parte en el proceso y su modo de actuar (véanse núms. 176 y 180), para que su concurrencia sea válida y sus actos produzcan efectos legales procesales, debe reunir las siguientes condiciones: a) capacidad para ser parte; b) capacidad procesal o para comparecer al proceso, es decir, *legitimatio ad processum*; c) debida representación cuando no se actúa personalmente o se trata de una persona jurídica; d) adecuada postulación.

Es un error incluir la legitimación en la causa y el interés para obrar entre las condiciones para la válida actuación en el proceso o entre los requisitos para la validez de los actos procesales (véanse núms. 134 y 137, 144, 151) ¹⁹⁰.

207. Capacidad para ser parte en procesos.

Ser parte en el proceso equivale a ser sujeto de la relación jurídica procesal (véanse núms. 174-179); por consiguiente, la capacidad para ser parte se identifica con la capacidad de ser sujeto de esa relación como demandante, demandado, interviniente, sindicado, parte civil o ministerio público.

La capacidad para ser parte en el proceso es la misma que para ser parte en cualquier relación jurídica sustancial, es decir, para *ser sujeto de derechos y obligaciones*, o capacidad jurídica en general, que reglamenta el Código Civil.

¹⁹⁰ Rosenberg: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 219; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, p. 128; Redenti: ob. cit., t. I, p. 151; Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, núms. 322-323.

Por consiguiente, toda persona natural o jurídica, de derecho privado o público, tiene capacidad para ser parte en el proceso, o, lo que es igual, para ser sujeto del proceso o de la relación jurídica procesal ¹⁹¹.

Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso.

Lo anterior significa que no existe nulidad procesal por falta de capacidad para ser parte en procesos, porque no se trata de incapacidad procesal para comparecer *por sí mismo* al proceso (véase núm. 210). Se trata de cuestión de fondo o mérito que debe resolverse en la sentencia, o en excepción previa si la ley lo autoriza. Dicha sentencia, en caso de faltar la prueba de la existencia jurídica del demandante o del demandado, debe ser inhibitoria.

Esa identificación de la capacidad para ser parte en sentido procesal y sustancial (civil, comercial, etc.), tiene, sin embargo, una excepción: al proceso civil o comercial, laboral y contencioso-administrativo pueden concurrir como partes ciertos patrimonios o masas que no tienen esa condición en la vida jurídica general, a saber: la herencia yacente y la masa de los bienes de la quiebra o concurso. Además, en derecho laboral existe la peculiaridad de que sólo pueden ser partes dependientes las personas físicas. En el proceso penal sólo pueden ser partes sindicadas o imputadas, las personas físicas. Es cierto que las personas jurídicas pueden ser sujetos de multas y otras sanciones económicas, pero entonces no se trata de una verdadera sanción penal ni de proceso penal propiamente dicho, sino de sanciones administrativas y de procesos administrativos (véase núm. 210).

De lo expuesto en este número se concluye cuán equivocado es el uso de la expresión "capacidad para ser parte" en un proceso, dándole el sentido de ser el titular de la relación jurídica sustancial o del derecho sustancial objeto de la demanda o del litigio planteado en aquélla, lo mismo que en el sentido de tener en ese proceso interés sustancial para la sentencia de fondo o mérito y legitimación en la causa.

208. Quiénes pueden ser partes en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos.

Contemplamos aquí las personas que pueden ser partes como demandantes, demandadas o intervinientes permanentes, en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos.

¹⁹¹ Eduardo B. Carlos: *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, 1959, p. 164.

1) *Las personas físicas o naturales.* Toda persona natural tiene capacidad para ser parte desde el momento que existe como tal, es decir, desde su nacimiento. Se requiere únicamente que haya sobrevivido un momento siquiera a la completa separación de su madre, para que se le reconozca existencia legal como persona, y por lo tanto, para ser parte.

Pero la criatura que está por nacer puede ser parte en defensa de los derechos que se le deferirán en la sucesión de otra persona, si llega a tener un momento de existencia propia; el curador que se le designe puede en su nombre y en representación demandar o ser demandado, para cualquier efecto relacionado con dicha herencia. También se permite investigar su filiación paterna extra-matrimonial.

Puede demandarse a personas naturales inciertas o indeterminadas, como a quienes sean herederos de una persona o a quienes tengan interés en controvertir la prescripción adquisitiva de un inmueble; entonces esos demandados son emplazados y se les designa un curador *ad litem* para que los represente y defienda.

La personalidad de las personas naturales termina con la muerte. En ese momento se extingue la capacidad para ser parte y la persona queda sustituida por sus herederos, quienes le suceden en sus derechos y obligaciones en el proceso, si estaba en curso. No puede demandarse a una persona muerta. Sólo la herencia yacente puede ser parte; no la aceptada por herederos.

2) *Personas jurídicas.* Puesto que las personas jurídicas de derecho privado y de derecho público tienen *personalidad jurídica*, les corresponde también la capacidad de ser partes en procesos lo mismo que a las personas físicas o naturales ¹⁹².

En derecho laboral existen los *sindicatos*, que son agrupaciones obreras. Las *cooperativas* son en realidad sociedades y tienen personería lo mismo que éstas.

Las *personas jurídicas* pueden distinguirse en cuatro grupos: a) las de derecho público, que existen por privilegio legal, como la nación, los departamentos, comisarías, intendencias y municipios, los establecimientos de beneficencia e instrucción pública, las corporaciones creadas o reconocidas por la ley; b) las de derecho público, que requieren el reconocimiento de su personería por el gobierno nacional (sistema del privilegio administrativo o gubernamental), como fundaciones y corporaciones, creadas por ordenanza, acuerdos o decretos departamentales y municipales, con

¹⁹² Guasp: *Derecho procesal civil*, ed. 1962, ps. 180-181; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, p. 129; Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, núm. 106; Redenti: ob. cit., t. I, núm. 39.

fondos públicos y para fines de interés general; c) las de derecho privado, creadas por particulares, con fines similares a las anteriores o de orden diferente, pero sin ánimo de lucro, es decir, las fundaciones y corporaciones particulares, los sindicatos, las órdenes, comunidades y asociaciones religiosas o *ab homine*, las cuales requieren también el reconocimiento de su personería por el gobierno nacional (por lo cual forman parte del grupo llamado de privilegio administrativo o gubernamental), y las demás personas morales canónicas que necesitan de ese reconocimiento oficial; d) las sociedades, es decir, personas jurídicas de derecho privado y con fines de lucro, que adquieren personería por el acuerdo de voluntades particulares (o de entidades públicas, ya que pueden ser socios fundadores de toda clase de sociedades), desde el momento en que quedan legalmente constituidas, por reunir los requisitos de forma y de fondo que para cada clase de sociedad establece la ley. Las últimas tienen su origen y una finalidad diversas a las anteriores, pero son personas jurídicas como éstas, aun cuando de diferente naturaleza; se incluye en ellas a las cooperativas, pero éstas no tienen fines de lucro.

3) *Patrimonios autónomos y uniones sin personería jurídica.*

Las personas jurídicas tienen entidad propia y estable, aunque no permanente, porque son susceptibles de extinción, bien sea por el acuerdo de voluntades particulares, cuando ése ha sido su origen, o por mandato de la ley cuando ella las ha creado. Por eso, esas personas jurídicas pueden ser partes en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, de igual manera que las personas naturales.

Pero hay una tercera clase de partes procesales, que no encuadran en ninguna de las dos especies de personas naturales y jurídicas que hemos estudiado; por circunstancias especiales la ley y la doctrina reconocen capacidad para ser partes en el proceso civil, a pesar de carecer de personalidad propia, a ciertas *uniones* y a algunas masas de bienes y patrimonios autónomos ¹⁹³.

Esa similitud con las personas jurídicas es sólo aparente, porque no se trata de entidades con capacidad propia ni personería autónoma. Veamos cuáles son:

a) *La herencia yacente.* Es la que no corresponde a ningún heredero conocido, a quien por la muerte del causante se le haya deferido.

Un caso especial se presenta cuando el único heredero posible de mejor derecho es un hijo por nacer; durante el tiempo que va de la muerte del causante al nacimiento del hijo póstumo, los

¹⁹³ Guasp: ob. cit., p. 182; Redenti: ob. cit., t. I, núms. 44-45; Rosenberg: ob. cit., t. I, núms. 233-234.

bienes herenciales los administra el curador designado en el testamento o a falta de éste el que nombre el juez a petición de la madre o de cualquier persona que haya de suceder al causante, a falta de tal hijo. Naturalmente, al producirse el nacimiento y sobrevivir el hijo un segundo siquiera a la completa separación de su madre, ésta asume su representación en el ejercicio de la patria potestad y acepta la herencia en su nombre; si muere, tal derecho pasará a sus herederos.

Esos curadores están sujetos a especiales restricciones en el ejercicio del cargo y a ellos les corresponde la representación judicial.

b) *La masa del concurso o la quiebra* tiene una situación parecida a la de la herencia yacente.

En ambos casos se separa al deudor, concursado o quebrado, de la administración de los bienes, y se designa un síndico con las facultades y deberes de un curador de bienes. El síndico en realidad representa al concursado o quebrado, aunque éste no puede intervenir ni en su designación, ni en su gestión, y sólo en un sentido formal representa esa masa de bienes, para su administración, para el cumplimiento de las obligaciones, para la efectividad de los derechos y para la ejecución de los actos propios del proceso de concurso o de quiebra.

c) *El caso de la comunidad, de la herencia no yacente o sucesión, de la sociedad conyugal y la curaduría del ausente.* El comunero ejerce en favor de la comunidad las acciones para la defensa del bien común, lo que puede hacer sin necesidad del concurso de los otros comuneros (véase núm. 185), y obra entonces en su propio nombre, para su interés; pero los efectos favorables de la sentencia vienen a beneficiar a los demás comuneros. Ni siquiera en forma provisional y relativa existe personería propia de la comunidad, ni tiene ésta el carácter de patrimonio autónomo.

d) *El caso de la sucesión y de la herencia que no es yacente* es igual a la de la comunidad. No existe ninguna personalidad para aquélla o ésta. Muerto el causante, los herederos lo suceden en sus derechos y obligaciones, y por ello son éstos quienes comparecen activa o pasivamente en el proceso. Muy generalizada está la costumbre de demandar en nombre de la sucesión o de demandar a ésta, representada por los herederos; pero en verdad se trata de que los herederos demandan para fines relacionados con la herencia o de que son demandados para iguales fines. Demandar a la sucesión o para ella, es lo mismo que demandar a los herederos o que éstos demanden, en tal calidad ¹⁹⁴. La sucesión ilíquida no puede ser parte, con la salvedad de la herencia yacente.

¹⁹⁴ Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. III, núm. 374, 3º, c.

Otra cosa es que mientras la sucesión está ilíquida y la herencia no se haya partido, los herederos no pueden reclamar los bienes y derechos herenciales sin aducir la condición de tales, ni pueden demandar a los terceros en relación con esos mismos bienes y derechos herenciales sino en su calidad de herederos. Si no se obra así, existirá una ilegitimidad de personería sustantiva o falta de legitimación en causa, porque aún no pueden pretender para ellos esos determinados bienes y derechos que corresponden a la herencia ilíquida.

El albacea no representa la herencia ni la sucesión, porque éstas no tienen personería jurídica. Cuando se le otorga la tenencia de bienes puede ejercitar pretensiones relacionadas con la administración de éstos, pero en ese caso obra, en realidad, en representación de los herederos; y puede ser llamado al proceso o comparecer voluntariamente, al lado de los herederos, siempre que se trate de impugnar o defender el testamento o de ejecutarlo, en cuyo caso es parte en el proceso, lo mismo que aquéllos. Pero con su sola citación no puede adelantarse proceso alguno contra la "sucesión", ni representa a los herederos en procesos contra éstos (es absurdo adelantar, por ejemplo, una petición de herencia o una investigación de paternidad, citando como representante de la parte demandada al albacea).

Para nosotros, la sucesión es apenas una comunidad y debe ser considerada de igual modo que ésta.

Disuelta la sociedad conyugal, se forma una comunidad universal de bienes; pero no existe, sin embargo, una persona jurídica. La sociedad conyugal disuelta no es una entidad que pueda comparecer al proceso como parte; tampoco lo es durante su existencia. Los interesados pueden obrar en defensa de sus propios intereses radicados en esa comunidad, exactamente como lo hacen en los casos de comunidad singular y de comunidad herencial; pero deben alegar su especial calidad y no deben pedir para ellos lo que corresponda al haber ilíquido de aquélla. Es decir, no pueden pedir para sí restituciones o pagos o declaraciones de propiedad, etc. (como reivindicar bienes, cuando se trata de intereses o bienes de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida o de una sucesión ilíquida), sino que deben pedirlo para éstas; pero en el fondo se está pidiendo para todos los interesados o comuneros, no para una entidad jurídica que no existe, por lo cual, cuando se demande a favor de la comunidad herencial o de la sociedad conyugal disuelta, una restitución de bienes u otra pretensión, basta que como demandante concorra un heredero o el cónyuge sobreviviente, para que su acción favorezca a los demás si pide para la sucesión o comunidad herencial o para la sociedad conyugal disuelta pero ilíquida; en cambio, cuando se les demanda debe citarse a todos.

Cuando se demande en calidad de heredero o de socio de la sociedad conyugal disuelta, o sea alguien demandado en una de esas calidades, la falta de prueba de ellas configura un problema de falta de legitimación en la causa, como vimos al tratar de esta institución en el cap. XVI, que debe conducir a sentencia inhibitoria.

209. Quiénes pueden ser partes en el proceso penal.

En el proceso penal se debe distinguir quiénes pueden ser partes en cuanto a la acción y pretensión penales propiamente dichas y quiénes pueden serlo en cuanto al aspecto de la acción y la pretensión civiles, para la indemnización de perjuicios a las víctimas del delito o sus herederos; los últimos si la ley les permite intervenir.

Por el aspecto estrictamente penal, cuando se trate de procesos por delitos que impliquen penas o medidas de seguridad de carácter penal de privación de la libertad o de la vida, además del ministerio público en representación del Estado, sólo pueden ser partes como imputadas o procesadas las personas físicas. Las jurídicas (como sociedades) pueden ser sancionadas con multas y otras sanciones económicas como pérdida de los bienes involucrados en el ilícito (por ejemplo, en los delitos contra el régimen legal de importaciones); hay que distinguir dos casos: *a*) cuando se trata de un procedimiento administrativo y de una sanción administrativa, las personas jurídicas son partes como sujetos pasivos de la imputación; *b*) cuando se trate de una sanción económica de carácter penal, por un delito consagrado en el derecho penal económico, mediante un proceso penal, también pueden ser partes imputadas o procesadas las personas jurídicas.

Cuando la ley autoriza la parte civil en el proceso penal, para la pretensión de recibir la correspondiente indemnización de perjuicios, puede ser una persona física o cualquier persona jurídica, en cuyo caso se aplican las normas expuestas en el número anterior.

210. Capacidad para comparecer al proceso por sí mismo o capacidad procesal denominada "*legitimatio ad processum*".

Así como la capacidad jurídica, que en general tienen todas las personas, no implica su habilidad para usar de ella en forma personal e independiente, así también la capacidad de las perso-

nas para ser partes en un proceso civil, laboral o contencioso-administrativo, no implica que siempre puedan intervenir de manera personal, directa e independientemente. A los incapaces del derecho material, corresponden los incapaces del derecho procesal. La regla general es la misma: es capaz para comparecer al proceso o para ejecutar actos procesales válidamente, toda persona que lo sea para la celebración de actos jurídicos en general (contratos, cuasicontratos, etc.), y únicamente tales personas; es decir, quien no sea mayor, interdicto, sordomudo que no pueda darse a entender por escrito, o demente.

Las personas jurídicas actúan necesariamente por medio de sus representantes, pero no significa que sean procesalmente incapaces.

En el proceso penal se aplica el mismo criterio en cuanto a la parte civil. El sindicado o imputado comparece siempre por sí mismo, pero debe disponer de un defensor, bien sea designado por él o por el juez, o de un representante legal si es incapaz. En los procesos penales contra menores actúan siempre los defensores oficiales de éstos.

Esta capacidad para comparecer en proceso por sí mismo se suele denominar *legitimatio ad processum* (véase núm. 138, letra i). Pero debe tenerse mucho cuidado en no confundirla con la *legitimatio ad causam*, que nada tiene que ver con la capacidad, como lo explicamos ampliamente en el capítulo XVI.

La *legitimatio ad processum* forma parte de lo que se ha conocido con el nombre de *personería adjetiva*, que mira a la capacidad, a la adecuada representación y a la habilidad litigiosa de las partes, o sea, al derecho a comparecer por sí misma o sólo por conducto de abogado. Su ausencia constituye excepción previa en los procesos civiles, y es falta de un presupuesto procesal (véanse núms. 146-147).

211. Representación judicial. Incapaces y personas jurídicas del derecho privado o derecho público. Personas ausentes cuyo paradero se ignora. Curadores “ad litem”.

Hemos visto que la capacidad para ser parte corresponde a toda persona natural o jurídica, pero que esto no impide que existan personas que no puedan concurrir por sí mismas a un proceso, porque necesitan hacerlo por intermedio de otras, representantes o apoderados.

Veamos lo que ocurre en los procesos civiles.

Los incapaces comparecen al proceso como demandantes o como demandados, por medio de sus representantes legales, y las

personas jurídicas lo hacen por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales, según sea su naturaleza.

A las sociedades civiles o comerciales, cuando están en liquidación, las representa el liquidador, y, durante el término social, el gerente o quien tenga el derecho de usar la razón social y los apoderados generales o especiales, que éstos designen y las demás personas que la ley determine.

Los curadores *ad litem* son defensores designados por el juez, que sustituyen a los apoderados y deben ser abogados inscriptos. Se designan a quienes no pueden ser notificados de la admisión de la demanda que contra ellos se promueva y a quienes sean incapaces y carezcan de representantes para obrar como demandantes o demandados, o deban litigar contra sus representantes.

Existen también los tutores y curadores permanentes que la ley civil regula.

Por otra parte, las personas capaces pero no hábiles para litigar por sí mismas, por no ser abogados inscriptos, cuando el negocio lo requiere concurren por intermedio de apoderados que sí lo sean y que se llaman *apoderados judiciales*; lo mismo les ocurre a los representantes de los incapaces. Esto en razón del llamado *derecho de postulación* (véase núm. 212).

Puede suceder que un menor necesite concurrir a un proceso civil y que sus representantes legales no existan o se hallen ausentes. Entonces si es relativamente incapaz puede exponer personalmente su caso al juez. Si el menor no puede exponer su voluntad, por edad o incapacidad mental o ausencia, cualquier persona puede plantear el caso al juez oficiosamente o pedirle al ministerio público que lo haga o al defensor de menores. Una vez conocida la solicitud por el juez, éste debe proceder, con conocimiento de causa, a dar su autorización para ello, nombrando un curador para la litis. Del mismo modo se procede cuando ese menor es demandado.

Como es obvio, siempre que el menor o pupilo deba demandar a su representante legal o cuando éste debe demandar a aquél, hay absoluta incompatibilidad para que el segundo lleve la representación del primero.

Las *entidades públicas* obran por medio de sus representantes constitucionales o legales.

La debida representación de las partes en el proceso se relaciona con la llamada personería adjetiva o *legitimatio ad processum* y su defecto configura la excepción previa.

En materia laboral y contencioso-administrativa rigen las mismas normas que para los procesos civiles.

En materia penal, los incapaces están representados por el apoderado que les designe su representante legal o su curador,

y a falta de aquél por el defensor que de oficio les nombra el juez. Pero en los procesos penales seguidos contra menores, existen además los defensores de los mismos.

Cuando se demanda a una persona ausente o cuyo paradero se ignora, es necesario proceder a emplazarla como ordene la ley procesal, y si no se presenta en la oportunidad que se señala, se le designa un curador *ad litem* que la representará en el proceso hasta cuando concurra a él (véase núm. 204).

212. El derecho de postulación.

Se entiende por derecho de postulación el que se tiene para actuar en los procesos, como profesional del derecho, bien sea personalmente en causa propia o como apoderado de otra persona.

La ley exige que quien no sea abogado, actúe generalmente en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, e igualmente en los penales como parte civil, por conducto de apoderado que sí lo sea. No se trata de disminuir la capacidad para comparecer a procesos, sino de reglamentar el ejercicio de ella en defensa de los mismos interesados y de la profesión de abogado, que por su contenido social merece esa protección.

En materia penal, a los procesados es forzoso designarles apoderado gratuito, cuando ellos no contraten uno especial ni se lo designe su representante.

En procesos contencioso-administrativos rigen las mismas normas que para los civiles.

La ley debe reglamentar la profesión de abogado y exigir que se utilicen los servicios de uno de ellos para comparecer en procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, lo mismo que en los penales como parte civil, salvo en ciertos casos que por su mínimo valor o por otras circunstancias merezcan tratamiento excepcional.

El derecho de postulación, para ejercer la profesión de abogado, puede perderse o suspenderse, por sanción disciplinaria o por condena penal.

213. Consecuencia procesal de aceptar apoderados o actuación propia sin que se tenga la calidad de abogado.

No creemos que la calidad de abogado constituya un requisito de la debida personería adjetiva de las partes, cuando no existía excepción legal para actuar sin aquélla; por lo cual consideramos que cuando faltase no produce un vicio de nulidad procesal.

La comentada irregularidad sólo será motivo de sanción disciplinaria al juez o magistrado que acepte la actuación de quien no tenga la calidad de abogado inscripto, cuando la ley lo exija. La parte contraria podrá pedir reposición del auto que acepte esa representación, para que el juez corrija su error.

214. Apoderados judiciales. Otorgamiento y extinción de poderes.

Son apoderados judiciales los mandatarios que las partes y los terceros designan para el proceso, es decir, los mandatarios judiciales que representan a aquéllas o éstos mediante un poder general o especial.

El poder es especial cuando se refiere a un solo proceso o a varios determinados. Si se refiere a toda clase de procesos, es general.

Los curadores *ad litem* tienen las mismas facultades que los apoderados, salvo las de sustituir y recibir; tampoco pueden disponer del derecho en litigio.

Si una persona actúa en un proceso como apoderado de otra sin serlo y por tanto sin que exista poder, hay un vicio de nulidad por indebida representación, pero las simples deficiencias del poder no causan nunca nulidad.

215. Prueba de la facultad de representar a otro.

Conforme al art. 7 del C. de P. C. colombiano, el que pide a nombre de otro, debe probar la facultad con que lo hace, y el juez debe abstenerse de darle curso a la petición en caso contrario (art. 85 *ibídem*). Esta prueba comprende la de la existencia de la persona jurídica y su representación por el poderdante. El demandante debe presentar también con la demanda la prueba de que la persona que señala como representante del demandado lo es en realidad; se exceptúan los casos que la ley determine.

216. Agencia oficiosa judicial.

También en materias judiciales tiene aplicación la agencia oficiosa. En efecto, cualquier persona, sin necesidad de poder, puede promover demanda a nombre de otra que esté ausente o impedida para hacerlo, con el fin de evitar que pueda sufrir algún perjuicio; para ello debe dar garantía a satisfacción del juez, de

que el interesado por quien obra le dará su aprobación. Los C. de P. regulan esta materia.

Esta institución se aplica en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos. En los penales, en cambio, es improcedente inclusive para efectos de la llamada acción civil para la reparación de los perjuicios sufridos por la víctima del delito o sus herederos.

CAPÍTULO XXIV

DERECHOS, FACULTADES, DEBERES, CARGAS Y RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES EN EL PROCESO

217. Derechos y facultades procesales de las partes.

En el núm. 7 vimos que existen verdaderos derechos procesales subjetivos y públicos de las partes como los de acción y contradicción (el primero del actor y el segundo del demandado), de probar o aducir pruebas al proceso, de recurrir contra las providencias desfavorables del juez, de concurrir a un proceso ya iniciado cuando se tiene un interés serio y actual para ello, de que se le paguen las costas del proceso y se les indemnicen los perjuicios sufridos con ocasión de éste, si triunfan. Son derechos subjetivos que emanan de normas legales de derecho público; lo cual explica que tengan algunas peculiaridades especiales que en el número citado explicamos. El primero existe antes del proceso, puesto que éste se inicia precisamente en razón del ejercicio de la acción por el demandante o si es investigación o proceso penal y no se inicia de oficio, por acción que ejercita el denunciante o el ministerio público; el segundo surge para el demandado como resultado de la admisión de la demanda y para el sindicado o imputado como efecto de la iniciación del sumario tan pronto aparezcan imputaciones contra él; los demás se originan como consecuencia del trámite del proceso. Los dos últimos (a las costas y la indemnización) tienen naturaleza mixta: procesal y sustancial.

El ejercicio de estos derechos subjetivos procesales impone al juez, como órgano del Estado, deberes correlativos, que también son de derecho público; por ejemplo: el deber de proveer e iniciar el proceso, de citar y oír al demandado o imputado, de decretar las pruebas oportuna y debidamente solicitadas por las partes, de atender los recursos que se le interpongan en tiempo y con las formalidades legales, de aceptar la intervención del tercero que reúna los requisitos legales.

Pero, como también vimos en el número 7, del proceso emanan para las partes simples facultades de derecho público, de

las cuales puede hacerse uso pero sin que exista coacción alguna para ello ni siquiera de tipo patrimonial, ni el no uso de ellas les acarrea consecuencias procesales desfavorables, como la de recusar al juez o a los peritos (porque a pesar de no hacer uso de tal facultad, puede ocurrir que el juez o perito decida o dictamine correctamente y no se produzca perjuicio alguno para la parte), la de designar un abogado que lo represente en el proceso a pesar de que la ley no lo exija (como en los procesos de mínima cuantía o en los de menor cuantía que se ventilen en primera instancia en municipios que no sean cabecera de circuito y en donde no ejerzan habitualmente por lo menos dos abogados inscriptos) y la de designar partididor, síndico de la quiebra e inclusive secuestre (el último obrando todas de consuno).

En cambio, el no ejercicio oportuno de algunos de los derechos subjetivos procesales puede acarrear perjuicios o consecuencias desfavorables a su titular, por ejemplo: el no ejercicio oportuno de la acción puede conducir a la caducidad de la vía procesal especial, como la posesoria o ejecutiva (véanse núms. 105 y 130), e inclusive a la prescripción del derecho sustancial; la no interposición oportuna del recurso deja en firme la providencia desfavorable; la no presentación o petición en tiempo de las pruebas puede conducir a la sentencia desfavorable (si el juez en ejercicio de sus facultades oficiosas no lleva al proceso esas pruebas). Existe entonces una carga procesal.

Conviene, pues, a las partes, ejercitar sus derechos procesales oportunamente e inclusive hacer uso de sus facultades procesales, porque si bien puede que no reciban perjuicios por el no ejercicio de las últimas, es posible, sin embargo, que se beneficien si las utilizan. Asumir una conducta activa será siempre beneficioso para todas las partes, en cualquier clase de proceso, inclusive en el penal, porque la colaboración con el juez para que éste conozca y pruebe los hechos favorables al imputado o sindicado, podrá hacer más posible la sentencia absolutoria o la disminución de la responsabilidad y la pena.

218. Cargas procesales de las partes.

Como vimos en el número 7, al lado de los derechos subjetivos y de las simples facultades, en el grupo de las relaciones jurídicas activas, se encuentran en el proceso las llamadas cargas procesales, cuya naturaleza y características enunciamos allí ¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Devis Echandía: *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, eds. 1970, 1972, 1974 y 1976, t. I, núms 119-121; y *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, núms. 747-749.

Hay derechos subjetivos cuyo no ejercicio no acarrea consecuencias desfavorables en el proceso (por ejemplo: el no cobro de unas costas o de una indemnización reconocidas por providencia ejecutoriada); en cambio, existen otros, como los mencionados en el párrafo anterior, cuyo no ejercicio trae consecuencias procesales desfavorables, que pueden incidir también desfavorablemente en los derechos subjetivos sustanciales que se están reclamando o defendiendo en el proceso. En el último caso existirá una carga procesal de su ejercicio oportuno y en debida forma, para evitar esas consecuencias desfavorables: demandar antes de que se produzca la caducidad de la acción o la prescripción del derecho sustancial; comparecer el demandado o imputado a defenderse para no agravar su situación en el proceso; probar para no recibir sentencia desfavorable; recurrir para no sufrir las consecuencias de una providencia del juez adversa y equivocada.

Pero existen también ciertas cargas que surgen de una orden procesal del juez y no de la conveniencia de ejercitar un derecho subjetivo; por ejemplo, la de comparecer ante el juez o someterse a interrogatorio o a manifestar si es auténtica o no una firma que aparece en un documento y que se le imputa; si no comparece, recibe una consecuencia desfavorable: se le tiene por confeso o se le deduce un indicio grave en su contra, o se tiene por auténtica la firma. Pero el juez no puede ordenar que se le conduzca por la fuerza, ni imponerle multa ni arresto por la desobediencia, por lo cual no es un deber ni una obligación, sino una simple carga procesal. Otras surgen de un mandato legal, como la de denunciar la dirección donde se recibirán notificaciones personales y cualquier cambio de la misma durante el proceso.

Estas cargas procesales exigen entonces una vigilancia continua del proceso, una actividad positiva en el mismo y una colaboración oportuna con el juez. La inactividad de las partes y con mayor razón su no comparecencia al proceso o su abandono, pueden acarrearles consecuencias desfavorables para los intereses sustanciales que en él están defendiendo.

219. Deberes procesales de las partes.

También surgen del proceso verdaderos deberes procesales, a cargo de las partes y sus apoderados, cuyo cumplimiento puede hacerse efectivo mediante coacción (multas o arresto) o por la fuerza (intervención de la policía, para conducir a una persona ante el juez o para allanar una casa y entrar a ella, etc.), y cuyo incumplimiento puede acarrear la condena a indemnizar perjuicios a las otras partes. En el número 7 estudiamos este concepto.

Son deberes de derecho público, que recaen sobre las partes y cuyo incumplimiento les acarrea sanciones (multas, indemnización de perjuicios, sanciones por falta de ética profesional) o sobre personas ajenas al proceso como las que son llamadas a testificar, pues si no concurren, se les impone multa o arresto, y además se les puede conducir a la fuerza ante el juez, por la policía, o a quienes se ordena exhibir un documento, pues se le impone una multa, si no obedece.

Los nuevos C. de P. C. colombianos consagran varios deberes de las partes y sus apoderados.

Son ejemplos los deberes de obrar con lealtad y buena fe en el proceso; obrar sin temeridad en la formulación de pretensiones o defensas y en la interposición de recursos, incidentes u otras peticiones.

El proceso no es una guerra en la cual el fin justifique los medios empleados para obtener la victoria, así sean inmorales, deshonestos o desleales. De ninguna manera. El Estado presta el servicio público de justicia, a un tremendo costo, para que se tutelen por conducto de los jueces los derechos subjetivos de las personas, su libertad y su honor, con el fin primordial de mantener la armonía y la paz sociales (véanse núms. 5, 19, 72 y 98); pero de dicho servicio debe hacerse uso con estricta sujeción a la ley, la moral, la buena fe y la prudencia.

La violación de los deberes de actuar con buena fe en el proceso, se garantiza con sanciones penales en los casos de perjuicio, colusión, falsas imputaciones, encubrimiento; pero también con la imposición de la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados, que estudiaremos en el número siguiente. La del deber de actuar sin temeridad se garantiza con la imposición de dicha responsabilidad patrimonial.

El juez tiene el deber de prevenir, remediar y sancionar por los medios que la ley consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal. Para ello se les deben dar amplísimas facultades para citar a terceras personas, decretar pruebas de oficio, someter a las partes a interrogatorios y a careos juramentados. Con estos instrumentos y la imposición de responsabilidad patrimonial, creemos que se conseguirá una eficaz moralización de la profesión de abogado y del ejercicio del derecho de litigar. Estas normas se aplican a los procesos penales, laborales y contencioso-administrativos.

220. Responsabilidades patrimoniales de las partes y sus apoderados por sus actuaciones en los procesos.

En materias civiles y laborales y contencioso-administrativas, es indispensable la solicitud de parte para que la jurisdicción entre en actividad, y de ello se deduce que, cuando exista un perjuicio causado a una de las partes o terceros por motivo de culpa o dolo de funcionarios judiciales, seguramente habrá mediado un requerimiento de la otra parte para la actuación del funcionario, a no ser que la ley autorice la medida de oficio o que el juez haya procedido así sin facultades o incurrido en un delito de abuso de autoridad.

Si hay acuerdo fraudulento de la parte y el funcionario, la responsabilidad civil y penal será conjunta y solidaria. Si el particular interesado se limita a formular petición sin respaldo legal (importa lo mismo que conozca o no su ilegalidad) y el juez por error inexcusable la acepta y causa el daño con su actuación, la responsabilidad civil en ambos es también evidente, y la del Estado, en consecuencia (véanse núms. 163-164).

Si el error del juez es excusable, no habrá responsabilidad civil de la parte, porque el error excusable para aquél tiene que serlo para ésta; pero como se responde civilmente por el abuso del derecho de litigar y de formular denuncias penales, de acuerdo con jurisprudencia nacional muy conocida y con la doctrina general, aun cuando el juez no incurra en error y a la larga se desestime la demanda o la denuncia, con mayor razón debe responder la parte interesada que ha abusado de ese derecho e inducido a grave error al funcionario obrando con temeridad o mala fe.

Creemos que aun sin norma legal que la consagre expresamente, existe la responsabilidad civil de las partes por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales, basadas en la responsabilidad civil general por culpa o dolo ¹⁹⁶.

Los Cs. de P. contemplan algunos casos de errores judiciales que al ser reconocidos por el mismo funcionario o superior, producen la revocación de la medida y la condena simultánea a daños y perjuicios de la parte que la provocó; así ocurre cuando se practican medidas preventivas de embargo y secuestro antes del proceso y éstas son revocadas, o se absuelven al demandado, o se ordena cesar la ejecución.

¹⁹⁶ Sobre este importante tema puede consultarse: Enrique Véscovi: *De la responsabilidad derivada de la actuación en juicio en el derecho uruguayo*, Montevideo, 1958.

Otras veces se impone a la parte temeraria una multa.

En materia de denuncia criminal, la sospecha que pudiera tener el denunciante no le servirá para eximirlo de culpa al poner en movimiento la investigación criminal contra una persona determinada, a quien se cause daño, si se obra con temeridad, ya que la ley le exige el conocimiento de que se ha cometido un hecho punible; mientras que al funcionario judicial y al fiscal acusador sí le basta la sospecha razonablemente fundada para adelantar el informativo.

El abuso del derecho de litigar o la temeridad (que se identifican) no existe siempre que se pierda el pleito, porque puede haber causa seria para incoarlo. Se requiere el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen las leyes rituales para el reconocimiento y la efectividad o la defensa de los derechos. Es una calificación que en cada caso debe ser examinada por el juzgador. Como ejemplo se pueden citar los excesos inmoderados en los embargos y secuestros preventivos, lo mismo que la renovación de litigios ya fallados o en curso, la interposición frecuente de recursos o de incidentes sin fundamento.

Conviene consagrar expresamente esa responsabilidad patrimonial de las partes y extenderla a los apoderados, con lo cual se elimina cualquier discusión que pudiera presentarse respecto a la aplicación (en nuestro concepto, indudable) de los textos civiles sobre responsabilidad extracontractual. Es decir, tal responsabilidad ha existido siempre al tenor de las normas civiles; pero es mejor que se consagre expresamente y se permita hacerla efectiva en el mismo proceso, donde ocurra la actuación temeraria o de mala fe, lo cual es una gran economía de tiempo y trabajo.

Si son varios los litigantes responsables de los perjuicios, se les condenará en proporción a su interés en el proceso o incidente, lo cual se debe considerar implícito cuando nada diga sobre el punto la sentencia o el auto respectivo. Se persigue con esta norma disminuir los casos de demandas y oposiciones temerarias y las actuaciones de mala fe, que tanto perjuicio causan no sólo a las demás partes, sino a la justicia en general.

Y se debe extender la anterior responsabilidad al apoderado, cuando obre con temeridad o mala fe, de tal manera que será condenado a pagar los perjuicios y las costas solidariamente con la parte que representa; además, si tal actuación no ha sido autorizada por el poderdante y éste es obligado a pagar dichas sumas, podrá repetir contra el apoderado, en proceso separado. Esperamos que esta norma contribuya eficazmente a disminuir la litigación inmoral o simplemente incorrecta que tanto ha proliferado.

Creemos que esta responsabilidad personal se aplica a los curadores *ad litem*, porque son apoderados de oficio; pero por su temeridad o mala fe no puede imponerse responsabilidad a la parte representada por ellos.

Y para que sea más eficaz conviene definir en la ley procesal expresamente los casos en que el juez está obligado a considerar que hubo temeridad o mala fe, para que la timidez de los funcionarios no deje sin eficacia las dos normas anteriores, a saber: "1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso u oposición; 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; 3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósito de pruebas; 4. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso" (ejemplos del último caso son la frecuente interposición de recursos sin fundamento, de incidentes sin razón, de peticiones para demorar el trámite y sin base legal).

La no concurrencia de las partes a interrogatorio o a careos no conlleva esa consecuencia porque es inobservancia de una carga procesal que trae únicamente el resultado probatorio que determina la ley (véase núm. 7).

Para que el abogado de buena fe no resulte sospechoso de estar actuando por su iniciativa con temeridad o mala fe, en los tres casos, sería conveniente exigirle a la parte una relación escrita y firmada de los hechos y acompañarla a la demanda o su contestación, o que firme estos actos junto con aquél. Porque la verdad es que a menudo los abogados son víctimas de mentiras de las partes, que para obtener sus servicios desfiguran los hechos o afirman la existencia de pruebas que luego no aparecen o fracasan.

PARTE TERCERA

**DE LOS ACTOS PROCESALES:
OBJETO, INICIACIÓN, DESARROLLO
Y TERMINACIÓN DEL PROCESO**

CAPÍTULO XXV

TEORÍA DE LOS ACTOS PROCESALES

221. Noción general.

Los actos en que se descompone el proceso tienen un aspecto común: producen efectos jurídicos. Por consiguiente, se trata de hechos jurídicos como todos los que tienen importancia para el derecho, es decir, de hechos jurídicamente relevantes, y se distinguen en actos jurídicos procesales y simples hechos procesales, según intervenga o no la voluntad humana ¹⁹⁷.

Por lo tanto, los *actos procesales* son simplemente actos jurídicos que inician el proceso u ocurren en él, o son consecuencia del mismo para el cumplimiento de la sentencia con intervención del juez ¹⁹⁸.

Debe existir una relación inmediata y directa entre el acto y el proceso para que se trate de actos procesales, porque existen actos jurídicos que pueden servir para el proceso y que, sin embargo, no son actos procesales, tales como el poder que se otorga a un abogado para demandar u oponerse a una demanda, como el contrato que sirve de título ejecutivo, como el pago que puede ser alegado para demostrar la falta de derecho en el demandante, etc.

Y son *hechos procesales* los que no se originan en la voluntad de una persona, pero ocurren durante el proceso y producen efectos jurídicos en él. Con un criterio muy amplio se pueden considerar como tales, la muerte de una de las partes, su enfermedad, la destrucción por fuerza mayor del expediente o de piezas de éste, el transcurso del tiempo que puede producir la caducidad o pe-

¹⁹⁷ Calamandrei: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, ps. 369 y ss.

¹⁹⁸ Chiovenda: *Principios*, Madrid, 1922, t. II, p. 231; Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. III, ps. 3-145, e *Instituciones*, ed. cit., t. I, ps. 298-300; Guasp: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, ps. 283-294; Enrique Vescovi: *Derecho procesal civil*, Madrid, t. III, Montevideo, Eds. Idea, 1975, ps. 7 a 52.

rencia, la fuerza mayor, por ejemplo, la muerte o enfermedad del apoderado o de ciertos parientes para los efectos de la suspensión del término o del proceso.

Mas los actos procesales no se limitan a los que provienen de las partes, porque también el juez es sujeto de la relación procesal y es autor de muchos de suma importancia, sin los cuales el proceso sería imposible. Los secretarios y sus subalternos ejecutan otros actos procesales, como notificaciones y traslados.

Puede decirse que el acto procesal de las partes por excelencia, que sólo se concibe como propio de ellas, es la demanda; y que el acto especial del juez, que sólo de él puede venir, es el proveimiento; es decir, tan propio es de la parte demandar como del juez proveer, y no se concibe a éste demandando, ni a aquélla dictando providencias.

Los actos de los terceros intervinientes pueden considerarse como actos de partes, una vez que son admitidos en el proceso.

Existen actos de terceros ajenos al proceso, que producen efectos jurídicos en éste, y son, por lo tanto, actos procesales, como las declaraciones de testigos, los dictámenes de peritos, la rendición de cuentas de secuestres, etc.

222. La intención, la violencia, el dolo y el fraude en los actos procesales.

Puede existir discrepancia no intencional entre el acto y la voluntad en los actos procesales de las partes, por error personal o por el dolo de otra parte. Si de los hechos enunciados o del conjunto del escrito resulta posible conocer la verdadera intención que tuvo la parte, el juez debe darle preferencia sobre el tenor literal; en los demás casos, el juez tendrá que atenerse al contenido del memorial o a la petición verbal que se le ha presentado ¹⁹⁹.

Es decir, el juez puede interpretar los escritos y las alegaciones de las partes, inclusive la demanda y su contestación, la proposición de excepciones y el recurso que se quiso interponer, estudiándolos de conjunto y buscando su verdadero contenido jurídico; pero una vez interpretado adecuadamente el acto de la parte, el juez debe atenerse a él, sin que la circunstancia de haber sido producto de un error pueda suplir el que dejó de ejecutarse en su lugar o sirva para no tener en cuenta el ejecutado.

¹⁹⁹ Guasp: ob. cit., ps. 283-284; Corte Suprema: 3 setiembre 1937, G. J., t. XLV, núm. 1927, p. 488; 16 noviembre 1957, t. LXX, núms. 2107-2108, p. 787; 28 enero 1955, t. LXXIX, núm. 2151, p. 437; 30 abril y 18 mayo 1955, t. LXXX, núms. 2153-2154, ps. 108 y 326; 14 febrero 1957, t. LXXXIV, núm. 2177, p. 55.

Sin embargo, en los actos probatorios (confesión, testimonio, peritación, inspección), la prueba del error conduce a modificar sus efectos procesales, pues dejarán de tener eficacia probatoria.

Muy especial es el caso de los actos unilaterales que cualquiera de las partes ejecuta en el proceso con mala fe, para producir efectos perjudiciales a otra o en busca de la dilación de los trámites, e inclusive con el ánimo de engañar al juez y de hacerle formular declaraciones improcedentes. Esa mala fe da lugar a multas, a la imposición del pago de las costas e inclusive a la condena de indemnizar perjuicio (véanse núms. 25 y 188), además de sanciones disciplinarias al abogado y a investigación penal, pero en nada afecta la validez procesal del acto de la parte ni del que realice el juez como resultado de aquél, si queda ejecutoriado por no interponer la otra parte oportuno recurso (véase núm. 256). Es decir, el remedio radica en el buen criterio del juez y en los recursos.

Es importante recordar que si la sentencia ejecutoriada se dictó por cohecho, colusión, violencia o fraude, existe el recurso extraordinario de revisión (véase núm. 316), sin que importe que ambas partes hayan consentido o fraguado, con el consejo o intervención o por falta de asesoría de sus apoderados, dicho fraude. Lo mismo ocurrirá si en el proceso se presenta la colusión de los abogados, en perjuicio de una de las partes, aun cuando ésta haya consentido ese grave ilícito por consejo de su apoderado o a falta de la asesoría que éste está en el deber de suministrarle para disuadirla de tal maniobra.

Si bien el fraude que de común acuerdo realicen las partes en él o con el proceso, generalmente en perjuicio de terceros, no lo vicia de nulidad ²⁰⁰, el juez debe investigarlo si sospecha que existe y tratar de impedir que surta sus efectos, además de procurar su sanción penal (es un caso de estafa procesal y por tanto un delito). La sentencia que se dictó como resultado del fraude debe tener revisión extraordinaria, como vimos.

Si la violencia se ejerce sobre una de las partes, para que no ejecute determinado acto procesal (como la petición de una prueba

²⁰⁰ Otros países y algunos autores aceptan la nulidad por el principio "*fraus omnia corrumpit*". En ese sentido o como motivo de revocación aun después de ejecutoriada la sentencia, se pronuncian: Enrique Vescovi: *Derecho procesal civil*, Montevideo, 1975, t. III, p. 25, y *Fraude procesal*, en "Revista de Estudios Procesales", de Rosario, Argentina, t. II, p. 1; Couture: *Revocación de los actos procesales fraudulentos*, en *Estudios*, ed. cit., t. III, p. 387; Gelsi Vidart: *Noción de fraude procesal*, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1970, p. 7; Devis Echandía: *Fraude procesal*, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", octubre-diciembre 1970, ps. 743 a 758.

o la interposición de un recurso), estaremos en presencia de una fuerza mayor; queda también el camino del denuncia penal y de la queja para la sanción por falta de ética profesional (lo último si se trata de un abogado). Si la violencia produjo la ejecución de un acto procesal (como un desistimiento o el allanamiento a la demanda o el saneamiento de una nulidad), puede plantearse en el mismo proceso la nulidad, siempre que no haya concluido, asimilando el caso al de falta de capacidad de la parte ²⁰¹. Además, si la sentencia final fue producto de la violencia, debe darse el recurso de revisión extraordinaria.

223. Requisitos del acto procesal.

Los actos procesales están sujetos a requisitos; unos se refieren al fondo y otros a su forma; unos son subjetivos y otros objetivos.

Entre los requisitos de fondo se tiene, en primer lugar, la capacidad jurídica de la persona que los ejecuta y su debida representación en caso de que no obre personalmente. Por otra parte, es necesario que su autor tenga la especial legitimación para cada acto procesal que realice y que éste sea idóneo para el fin que con él se persigue. Los primeros son requisitos para la validez del acto, y los últimos para su eficacia.

Pero la ley señala no sólo quiénes pueden ejecutar actos procesales, sino también las formalidades que éstos deben reunir, es decir, *cómo*, *cuándo* y *dónde* deben ejecutarse. Éstos son los requisitos de forma. Se incluye en éstos el debido procedimiento, el papel oficial, el lugar donde deben ocurrir, el idioma obligatorio, las firmas y la oportunidad para su ocurrencia o factor de tiempo o término procesal.

Algunos de esos requisitos se refieren al sujeto que ejecuta el acto y otros al acto mismo. Los primeros se llaman subjetivos y los segundos objetivos ²⁰²; por ejemplo: son subjetivos la capacidad, la representación y la legitimación; son objetivos los que constituyen formalidades del acto mismo mencionado en el párrafo anterior.

²⁰¹ Guasp: ob. cit., p. 285.

²⁰² Guasp: ob. cit., ps. 279-283; Mario Aguirre Godoy: *Derecho procesal civil*, Guatemala, 1973, t. I.

224. Importancia y efectos de las formas procesales.

De lo dicho en el párrafo anterior se infiere que los actos procesales están regulados por la ley en cuanto a su forma, y que ni las partes ni el juez pueden escoger libremente el modo ni la oportunidad de lugar y tiempo, para realizarlos. Es lo que constituye *el principio de la obligatoriedad de las formas procesales*.

La ley fija el *modo* como el acto ha de cumplirse: escrito u oral, en papel común o en papel oficial, personalmente o por intermedio de apoderado, ante el juez o sin él, etc.; el *tiempo* en que debe ejecutarse: antes de iniciado el proceso o después, en la primera o en la segunda instancia, dentro de un término preciso, etc.; el *lugar* donde debe celebrarse: en el recinto del juzgado o fuera de él, durante una diligencia o posteriormente por escrito presentado al juzgado, etc.; el *sujeto* que debe ejecutar el acto y también a menudo, el *orden* en que debe sucederse, en relación con los otros actos del proceso, por ejemplo: la contestación de la demanda debe seguir a ésta; el traslado se surte a partir de la notificación, etc. El requisito "tiempo" da origen al concepto de términos procesales, que respecto de las partes produce la preclusión de las oportunidades para ejecutar ciertos actos o ejercer determinados derechos procesales (véase núm. 12, punto 6).

Los efectos del incumplimiento de esas formalidades legales de los actos procesales pueden ser dos: la nulidad de lo actuado o la pérdida de la oportunidad para ejecutarlos (véase núm. 326).

No se crea que estas formalidades de los actos procesales obedecen a simples caprichos, o que conducen a entorpecer el procedimiento en perjuicio de las partes. En realidad se trata de una preciosa garantía de los derechos y de las libertades individuales, pues sin ellas no se podría ejercitar eficazmente el derecho de defensa ²⁰³.

Couture opina que una de las garantías constitucionales más importantes es la del debido proceso con sus secuelas de la garantía de defensa, de petición, de prueba y de igualdad ante los actos procesales ²⁰⁴; nuestra Constitución Nacional lo consagra en el art. 26. Nada de esto se conseguiría sin la previa regulación de las formalidades de los actos procesales, que son la única manera de hacer efectivas esas garantías.

²⁰³ Piero Calamandrei: ob. cit., p. 245; Canelutti: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1952, p. 108; *Sistema*, ed. cit., t. III, p. 193; Montesquieu: citado por Carlos A. Leites: *La forma de los actos en el proceso*, Buenos Aires, 1955, ps. 18-32.

²⁰⁴ Couture: *Estudios*, Buenos Aires, 1948, t. I, ps. 18-24.

La naturaleza de las formas procesales no es otra que la de la ley procesal, es decir, son de derecho público, de orden público y imperativas (véase núm. 2).

Igualmente, la vigencia en el tiempo y en el espacio de las formas procesales, no es cosa distinta de la vigencia de la ley procesal (véanse núms. 14-16).

225. Clases de actos procesales.

En cuanto al sujeto, existen actos procesales del juez, de los subalternos de éste, de las partes, de los terceros intervinientes y de auxiliares de la justicia (como secuestres, síndicos, peritos, testigos).

Los actos procesales del juez pueden ser providencias que pronuncia en el proceso o actos diferentes como oficios librados a particulares o a otras autoridades, y despachos también dirigidos a otras autoridades para que practiquen una diligencia o expidan una copia.

Las providencias que dicta el juez pueden ser simples órdenes de trámite, que suelen denominarse autos de sustanciación (véase núm. 253), o decisiones sobre cuestiones de fondo (actos decisorios), que se subdividen en *sentencias* (cuando le ponen fin normal a la instancia, porque resuelven sobre las pretensiones contenidas en la demanda y las excepciones de fondo opuestas a aquéllas; y también las que resuelven los recursos de casación y de revisión), y en *autos* o *providencias interlocutorios* que son decisiones pronunciadas en el curso de las instancias o del trámite de los recursos extraordinarios de casación y revisión, o para el cumplimiento de la sentencia en el mismo proceso, sobre puntos que no son de simple trámite, que contienen alguna cuestión de fondo distinta de resolver sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones de fondo o mérito opuestas a ellas y que en ocasiones le ponen fin al proceso, por ejemplo, cuando se declara su perención o caducidad o se acepta una transacción total o el desistimiento de la demanda o del recurso de apelación o casación contra la sentencia.

Desde otro punto de vista, pueden calificarse los actos procesales, tanto del juez como de las partes, según el momento en que se ejecuten y el fin que persiguen, así:

a) *actos introductorios*, o que inician el proceso, como la demanda, el auto del juez que la admite y ordena su traslado al demandado y la contestación de éste; el auto que ordena iniciar el sumario o la investigación penal;

- b) *actos de impulso procesal*, que hacen transcurrir al proceso por sus distintas etapas y lo conducen hacia la sentencia;
- c) *actos probatorios*, que se relacionan con la petición, presentación, aceptación, decreto y práctica de las pruebas;
- d) *actos decisorios*, que corresponden exclusivamente al juez y se dividen, como vimos, en autos interlocutorios y sentencias;
- e) *actos para la terminación del proceso* que pueden ser de las partes (el desistimiento de la demanda o del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia o del recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por un tribunal superior) o del juez (la sentencia, aunque si ella es apelada o recurrida en casación, sólo la del superior le pone fin al proceso); o un auto interlocutorio que declara la nulidad total del proceso, o una caducidad o perención del mismo, o acepta un desistimiento de los mencionados antes, o una transacción total. El fin natural del proceso ocurre con la sentencia; los demás casos son de terminación anormal o especial (véase cap. XXXIV).

226. El negocio jurídico procesal.

Según enseña Chiovenda ²⁰⁵, debe reconocerse el carácter de negocio procesal a aquellos actos cuyos efectos se hallan ligados por la ley a la voluntad de las partes; tales son, en general, las declaraciones de voluntades unilaterales o bilaterales que están dirigidas a producir, modificar o extinguir derechos procesales. Por lo tanto, son negocios jurídicos procesales los nombramientos de árbitros y de peritos o de secuestres cuando la ley permite que los hagan las partes, o el saneamiento de una nulidad, o el desistimiento, o la transacción efectuada dentro del proceso, etc. Es una noción no sólo aceptable, sino muy útil, en el derecho procesal ²⁰⁶.

Característica común de los negocios jurídicos es que el efecto jurídico no se produce si el interesado no lo quiere. En ocasiones, el interesado determina la extensión del efecto jurídico o sus condiciones, y entonces se llama *negocio discrecional*, como sucede en el compromiso para someter un litigio a arbitramento y en el acuerdo para designar secuestre o en el nombramiento del defensor. En otros casos el interesado puede hacer producir o no el efecto jurídico, pero no señalar el alcance que tenga, porque la ley lo determina precisamente, y se llaman *negocios vinculativos*, como cuando se sana una nulidad o se allana un impedimento del juez.

²⁰⁵ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 52.

²⁰⁶ Rocco: *Trattato*, ed. 1966, t. II, ps. 207-212.

También se subdividen en negocios jurídicos procesales unilaterales y bilaterales, según que sean el producto de una manifestación unilateral de voluntad (como en las renunciaciones expresas a ciertos derechos procesales), o de una bilateral, como sucede en los nombramientos de peritos o secuestres hechos en común por las partes, en el mutuo allanamiento de nulidades o de impedimentos en el concordato realizado dentro del proceso de quiebra y en el remate de bienes en que la voluntad del funcionario sustituye la del demandado y se une a la voluntad del rematante para efectuar la enajenación del bien.

227. Nociones de acuerdo y de contrato procesales.

Los negocios jurídicos procesales bilaterales de que acabamos de hablar son convenciones y pueden surgir por la colaboración entre las partes (tal como ocurre en el allanamiento de nulidades o impedimentos, o en la designación de secuestre por las dos partes) o por actos de colaboración entre las partes y el juez, o entre éste y un tercero (como en el caso del remate o la venta forzosa en pública subasta). Esas convenciones procesales se dividen en dos grupos: acuerdos y contratos ²⁰⁷.

El *acuerdo procesal* existe cuando es necesario que las partes actúen de acuerdo, simultánea o sucesivamente: por ejemplo, la renuncia de términos, la suspensión voluntaria del proceso, la designación de secuestre o síndico.

Los ejemplos citados se refieren a acuerdos entre partes. Pero también existen entre una parte y el juez, y en Colombia tenemos consagrado el caso de la designación de un curador *ad litem* por el menor púber o del partidor en el proceso de sucesión por causa de muerte cuando hay menores, ya que debe ser aceptada por el juez, quien debe estudiar si es idónea la persona nombrada.

Hay casos en que para la consecución de un efecto procesal se necesita una combinación de actos, que sin duda tienen *naturaleza contractual* y cuyo ejemplo típico lo encontramos en la venta forzosa en pública subasta o remate. Se trata entonces de verdaderos contratos procesales ²⁰⁸. Para la aceptación de la noción de contrato en este caso existe naturalmente la dificultad que pre-

²⁰⁷ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. III, núms. 435-437, Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, ps. 207-209.

²⁰⁸ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. III, núms. 435-437, e *Instituciones*, Buenos Aires, 1959, t. III, ps. 698-700.

senta el hecho de que en vez de concurrir el deudor a la celebración del acto, lo hace el juez en su lugar; pero esto no es obstáculo para reconocer la naturaleza contractual del acto, porque sencillamente esa igualdad de las partes y de los actos de éstas se exige sólo para una especie de contrato, eso es, para los de derecho privado, pero no para todos. Sucede que no se trata de un contrato de derecho privado, sino de uno que pertenece a la especie de los contratos de derecho público, que es muy diferente.

En relación con los otros aspectos del contrato, no existe problema: hay una enajenación y adquisición de bienes; dos actos de distintas personas que se combinan para producir esos efectos; un objeto y un precio.

El *datio in solutum*, que se presenta cuando el juez no vende los objetos del deudor para pagar con su producto al acreedor, sino que los adjudica a éste, es similar al remate, y debe considerarse como contrato procesal. Lo mismo ocurre en el concordato del deudor insolvente, en los procesos de quiebra del comerciante y de concurso civil, cuando por razón de ese concordato se adjudican los diversos bienes del quebrado a los varios acreedores, y en los concordatos preventivos sin quiebra ni concurso.

CAPÍTULO XXVI

ACTOS DE INTRODUCCIÓN PROCESAL: LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN. LA QUERELLA Y LA DENUNCIA PENAL

228. Nociones de demanda, denuncia y querella.

El derecho de acción abstracto, subjetivo y público a que se realice un proceso y se dicte una sentencia debe ejercitarse por medio de un instrumento adecuado. Es decir, como la acción es un derecho y como por su ejercicio se impone al funcionario público, sujeto pasivo del mismo en representación del Estado, la obligación de proveer, es obvio que ese derecho debe ser ejercitado mediante la comunicación de su titular con el juez y que sólo mediante este medio se surten sus efectos. Pero esto no quiere decir que la acción se origine con el proceso, porque ella existe antes de ser ejercitada; por el contrario, el proceso se origina con el ejercicio de la acción (excepto cuando el juez lo inicia de oficio, sin que nadie ejercite acción) (véase núm. 98).

En otras palabras, el ejercicio de la acción se traduce en una petición dirigida al juez para que produzca el proceso. Esta petición está siempre contenida en todas las demandas ²⁰⁹. De ahí que por este aspecto la demanda sea un acto introductivo. En lo civil, laboral y contencioso-administrativo, la demanda es necesaria para que se inicie el proceso: *nemo iudex sine actore* (véase núm. 12, punto 1).

Desde este punto de vista, la demanda es el instrumento para ejercitar la acción, y no se la debe confundir con ésta; pues en la demanda se contiene, además, la pretensión del demandante (véase núm. 113). En efecto, quien presenta una demanda no se limita a pedirle al juez que mediante un proceso dicte una sen-

²⁰⁹ Canelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. II, núms. 50 y 150; Guasp: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, ps. 309-313; Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 41; Fairén Guillén: ob. cit., t. I, ps. 439-441; Couture: *Fundamentos*, ed. cit., p. 107; Aragonese Alonso: *Sentencias congruentes*, Madrid, 1957, p. 17.

tencia, sino, además, que en esta sentencia le resuelva favorablemente determinadas peticiones para satisfacer su interés, lo que no constituye objeto de la acción, sino de la pretensión. Esta no puede formularse sin la demanda.

Tampoco la pretensión es la demanda judicial, sino que aquélla está contenida en ésta. La acción es diferente de la pretensión, como hemos explicado, pero la demanda las contiene a ambas, sin que se identifique con ninguna de ellas (véanse núms. 98 a 106).

En *materia penal*, la querella y la denuncia del ministerio público o de particulares u otros funcionarios, contienen el ejercicio de la acción y la pretensión punitiva contra el imputado, siempre que se presenten a un juez y que en ella se le pida a éste que inicie el proceso o la investigación previa a éste, conocida en muchos C. de P. P. como sumario (según el sistema legal vigente de practicar toda la prueba en el proceso, o de adelantar una instrucción judicial previa al verdadero proceso como ha ocurrido en Colombia). Si solamente se le da al juez la noticia del crimen, no se ejercita acción (véase núm. 99).

La acción se dirige al juez, y por eso los sujetos de ella son únicamente éste y el actor; la pretensión va dirigida a la contraparte, y por eso la demanda, además de reunir los presupuestos procesales necesarios para que pueda originarse el proceso, debe contener lo que se pide, con sus fundamentos de hecho y de derecho; es decir, la pretensión y su razón. Para que el objeto de la acción se cumpla y haya proceso, basta que se reúnan los presupuestos procesales (competencia, capacidad de las partes, debida representación, ausencia de vicios de nulidad, condiciones de forma para toda la demanda y las especiales para la clase de proceso de que se trata; véanse núms. 144-149); pero para que prospere la pretensión y la sentencia sea favorable, se requiere, además, que el actor pruebe el derecho en que la funda, que ese derecho no sea desestimado por consecuencia de una excepción del demandado, que se tenga legitimación en la causa e interés sustancial estudiados en el capítulo XV.

Teóricamente, puede concebirse que una persona ejercite la acción sin la pretensión, pero entonces no existe demanda, a menos que se le dé ese nombre a la solicitud que para asuntos de mínima cuantía se le hace al juez, a fin de que ordene la citación de una persona a una audiencia en la que el peticionario le formulará sus pretensiones; pero creemos que es en la audiencia en donde se produce la demanda una vez que el demandante formula sus pretensiones, y que aquella petición no alcanza a configurarla.

De acuerdo con las nociones expuestas podemos construir la siguiente definición:

Demanda, denuncia y querrella es un acto de declaración de voluntad, introductivo y de postulación, que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la formulación de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la ley, por una sentencia favorable y mediante un proceso, en un caso determinado.

Se habla de sentencia favorable en razón de que en la demanda se incluye la pretensión; a diferencia de lo que ocurre con la acción (véase núm. 116).

Se reúnen los tres aspectos de la demanda como acto de introducción del proceso, como instrumento para formular la pretensión y como objeto del proceso. Los tres se complementan para una visión completa de este acto jurídico procesal.

La demanda es un acto de postulación, en cuanto por ella se formula la pretensión. Por lo mismo es una declaración del demandante ²¹⁰.

En toda demanda hay que distinguir la afirmación de que existe un interés legítimo que debe ser protegido conforme a derecho (fundamentos de hecho y de derecho), y el pedimento, que es la conclusión de tales fundamentos y que constituye la materia de la decisión o sentencia, que se identifica con la pretensión.

Demandan sólo el demandante y el demandado cuando conviene, razón por la cual se diferencia sustancialmente de la excepción y la reconvencción (véanse núms. 127 y 131).

Cuando se dice que la demanda (junto con las excepciones) es el objeto del proceso, se hace referencia a las pretensiones contenidas en ella. Es más técnico hablar de que el objeto del proceso lo constituyen las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado, o la pretensión punitiva penal.

Sirve la demanda también para señalar, al menos inicialmente, quiénes son los sujetos de la relación jurídica procesal que con ella se origina (véanse núms. 87 y 154-155), y para delimitar los elementos de la acción y de la pretensión que se dejaron estudiados (véase núm. 100).

229. Condiciones para demandar. Quién es demandante y quién demandado.

Es demandante, tanto en los procesos contenciosos como en los de jurisdicción voluntaria, la persona que ejercita la acción y formula una pretensión para obtener una sentencia mediante un proceso, lo cual significa que no es indispensable la presencia de

²¹⁰ Véase cita anterior.

un demandado, porque tal cosa sucede únicamente cuando existe un litigio y el proceso es contencioso, como en varias ocasiones lo hemos explicado, y cuando se demanda frente a alguien en proceso contencioso, sin que exista verdadero litigio.

Para demandar es necesario ejercitar válidamente la acción. Esto significa que el demandante debe pretender que necesita la intervención del órgano jurisdiccional del Estado para desatar el litigio que plantea (proceso contencioso) o para resolver sobre la declaración que pide (proceso de jurisdicción voluntaria).

Para ejercitar válidamente la acción, se necesita la capacidad para ser parte y para comparecer en procesos, y cumplir los demás presupuestos procesales de la acción y la demanda (véanse núms. 146-147).

Estas condiciones determinan la viabilidad de la demanda y de ahí que, si falta alguna de ellas, el juez no la atiende y no inicia el proceso.

Cuando varias personas concurren a demandar existe el ejercicio conjunto por ellas, de una sola acción; lo mismo ocurre si se demanda a varias personas. Se presentan entonces los casos de litisconsorcio inicial (véanse núms. 167 y 184-185).

Se entiende por demandado aquel contra quien se piden las declaraciones de la sentencia o simplemente frente a quien se formula la pretensión contenida en la demanda que inicia un proceso contencioso; porque puede suceder que no exista oposición de intereses, por perseguir ambas partes el mismo resultado, como sucede en los procesos de deslinde y como puede acontecer en los de divorcio, nulidad del matrimonio, separación de bienes entre cónyuges, filiación natural cuando se demanda a los herederos del padre. Por esta razón es más técnica y exacta la segunda expresión en los procesos declarativos puros y de declaración constitutiva; en los de condena son correctas ambas.

Es decir, el demandado es la persona frente a quien se quiere hacer valer el derecho que pretende el demandante o la negación del derecho que reclama el demandado y, por consiguiente, la persona que debe contradecir la pretensión y sufrir la sujeción que resulte en caso de que prospere la demanda.

Para ser demandado deben reunirse los mismos requisitos que para ser demandante, a saber: capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso.

El demandado es generalmente el sujeto pasivo del litigio, pero esto no ocurre siempre, porque puede demandarse la declaración negativa de que no existe una obligación que otra persona quiere imponerle al demandante, y entonces el demandado viene a ser el sujeto activo del litigio, aun cuando sea el sujeto pasivo de la demanda y la pretensión.

La condición de demandado surge exclusivamente de la demanda, es decir que corresponde al demandante señalar la persona a quien se quiera vincular con la sentencia. Sin embargo, en los Cs. de P. C. de Italia, Brasil y Colombia se faculta al juez para citar de oficio o a solicitud del demandado, a las personas cuya presencia en el proceso se requiere para completar el "necesario contradictorio" y evitar que existan así procesos inútiles que concluyan con un fallo inhibitorio (véase 184, letra p).

En la demanda debe determinarse claramente la persona o personas demandadas, y si se trata de incapaces, personas jurídicas o ausentes, es necesario también indicar quién es su representante legal o convencional y debe acompañarse la respectiva prueba (véanse núms. 211-212). Pero puede demandarse a los herederos indeterminados de una persona determinada.

230. Requisitos generales de la demanda.

Dos clases de requisitos deben reunir las demandas para su admisión: de fondo y de forma ²¹¹.

1) *Requisitos de fondo:*

- a) capacidad del demandante;
- b) capacidad del demandado;
- c) competencia del juez;
- d) haberse escogido el procedimiento adecuado, ordinario o especial del caso; pero el juez puede corregir el error del demandante y adecuar el procedimiento al señalado en la ley;
- e) habilidad para demandar personalmente o poder de postulación, cuando no se hace por intermedio de abogado inscripto, cuando la ley así lo exige;
- f) prueba del derecho a representar al demandante, si se demanda a nombre de otro;
- g) prueba de la representación del demandado;
- h) cuando la ley exige que se demande a varias personas o se trata de un litisconsorcio necesario, debe dirigirse la demanda contra todas ellas;
- i) En los casos que la ley exija la prueba inicial del interés sustancial del demandante para formular sus pretensiones y del demandado para contradecirlas y de la legitimación en la causa de las partes, éstos serán otros tres requisitos de fondo de la

²¹¹ Devis Echandía: *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núms. 224-227; *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. III, núms. 286-290.

demanda; así ocurre cuando se demanda a una persona en calidad de heredero o cónyuge de otra y en los procesos de ejecución respecto al demandante y al demandado en razón de que debe resolverse de plano acerca de si aparece clara la titularidad del derecho en el primero y de la obligación correlativa en el segundo (véanse núms. 134 y 138);

j) que no exista una indebida acumulación de pretensiones o subjetiva de partes (véase núm. 231).

ii) *Requisitos de forma:*

a) redacción de la demanda, con los detalles exigidos por la ley procesal;

b) papel competente cuando la ley exige uno especial; pero en Colombia fue eliminado afortunadamente en 1981, porque era un impuesto indirecto por el servicio de justicia, contrario al principio de su gratuidad;

c) presentación de la demanda en debida forma;

d) anexos exigidos en la ley.

La mayoría de estos requisitos serán estudiados en los respectivos cursos especiales.

231. El *petitum* de la demanda, acumulación de pretensiones, mal llamadas de acciones.

Para la admisión de la demanda se requiere que no haya duda acerca de cuáles son las declaraciones que se solicitan o la condena que se pide contra el demandado o el efecto constitutivo que se persigue, si se trata del proceso de conocimiento; y de la clase y monto de la orden de pago que se busca, si de proceso ejecutivo. En una palabra: se requiere que aparezca clara la pretensión o el objeto de la demanda. Además, se deben cumplir los otros presupuestos procesales de la acción y de la demanda (véanse núms. 146-147).

En los procesos declarativos de conocimiento, para la admisión de la demanda no hace falta que las peticiones sean pertinentes ni que la existencia o exigibilidad del derecho que se alegan resulten evidentes, puesto que eso es materia de la sentencia, una vez que se conozcan las excepciones del demandado y las pruebas. Pero en los procesos ejecutivos esos puntos deben examinarse para la admisión de la demanda, debido a que esto implica librar la orden de pago.

En ocasiones, la causa de la obligación objeto de la demanda es inseparable de ella y constituye parte de la determinación de lo que se pide, como sucede, por lo general, en las pretensiones

de condena para el pago de sumas de dinero, especies y perjuicios, pues no será suficiente decir por cuánto y de qué clase debe ser la condena, para que aparezca en forma clara el objeto de la demanda, sino que es indispensable, además, determinar la causa o hecho jurídico de donde se hace derivar esa petición para que el demandado sepa en qué consiste el litigio que se le plantea, a saber: un cierto contrato de mutuo, un precio pendiente de un contrato de venta, una lesión sufrida por determinado acto culposo o doloso, etc.

La causa está contenida en los hechos de la demanda. Pero no es necesario que la causa y la petición se redacten en el mismo lugar de la demanda, ni que la una vaya a continuación de la otra; lo que importa es que ambas aparezcan en ella.

Tampoco es necesario denominar jurídicamente la petición, es decir que no hace falta calificar la pretensión que se requiere ejercitar (la llamada acción en sentido material, como algunos dicen); por ejemplo: reivindicación, pauliana, de nulidad o de simulación, de filiación, de petición de herencia, etc., pues es suficiente que no haya duda sobre lo que se pide. E inclusive, si el actor usa una denominación inadecuada, no es ello obstáculo para que si el juez encuentra probados los hechos y claro el sentido de lo que se pide, se pronuncie favorablemente, desatendiendo tal impropiedad, porque es al juzgador a quien corresponde calificar jurídicamente la pretensión incoada, ya que la naturaleza de ésta no depende del nombre que se le dé, sino de los hechos en que se la fundamenta. Pero el juez no puede separarse de la pretensión que emana del conjunto de la demanda y que precisa el objeto del litigio y de la decisión (véase núm. 264).

En cambio, sí es necesario indicar cuál es la *acción* incoada, en cuanto se refiere al procedimiento o clase de proceso que debe seguirse, es decir, ordinario o abreviado o ejecutivo, etc.; pero el juez no queda obligado a seguir un trámite inadecuado y debe disponer de oficio el que corresponda. Este requisito emana de la naturaleza misma de la acción, ya que se trata de obtener la aplicación de la ley a un caso concreto, y responde a un mismo tiempo al principio de la contradicción o audiencia bilateral, porque sólo así es posible la defensa del demandado en igualdad de condiciones.

El *petitum*, es decir, las peticiones o pretensiones que se formulan, tiene mucha importancia en cuanto al fondo del litigio, porque fija los límites de la sentencia, que sólo puede pronunciarse sobre lo que se haya pedido y hasta el máximo pedido, aun cuando se pruebe más en el proceso (si se demuestra menos de lo pedido, se debe condenar a esto únicamente). Los fundamentos de hecho delimitan también la *causa petendi* que el juez debe considerar

en la sentencia. Es lo que se conoce como congruencia de la sentencia. Sin embargo, en el proceso laboral se autoriza al juez para separarse de aquélla (véase núm. 264).

Teóricamente es posible que la demanda contenga una sola pretensión, pero en la práctica es frecuente que el demandante formule por lo general diversas pretensiones relacionadas con el mismo litigio, como la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios, o unas subsidiarias de otras, para el caso de que las principales le sean rechazadas, como el cumplimiento del contrato, o en subsidio, su resolución. Igualmente, puede aprovecharse la demanda para la tramitación en el mismo proceso de los diversos litigios que tenga con el mismo demandado; es lo que suele llamarse erradamente acumulación objetiva de acciones y, técnicamente, acumulación de pretensiones, como ya expusimos anteriormente (véanse núms. 103-104).

Para que la acumulación de pretensiones sea posible, todas deben tener el mismo procedimiento (pero las de menor y mínima cuantía pueden acumularse a una de mayor) y no ser incompatibles entre sí (lo último si se proponen como principales todas, porque la subsidiaria puede ser incompatible con la principal, pues sólo se entra a resolver aquélla en caso de negarse ésta); también deben ser compatibles entre sí cuando ambas son subsidiarias del mismo grupo o grado. Pero la indebida acumulación no impide resolver en el fondo o de mérito, sobre todas las pretensiones en todos los casos, sino cuando haya incompatibilidad, por ser excluyentes o contradictorias, entre unas y otras del mismo grupo principal o de cada grupo de subsidiarias (en el último caso cuando deba resolverse sobre el respectivo grupo de subsidiarias por haberse negado las de los grupos anteriores y las respectivas principales); pero si se trata de que respecto de algunas de las pretensiones principales no es posible resolver por falta de jurisdicción o competencia, pero para otras que no sean necesaria consecuencia de las primeras, si existen aquéllas, debe pronunciarse sentencia de mérito respecto de éstas, porque el proceso no es nulo debido a que el vicio sólo afecta el trámite respecto a algunas pretensiones y es válido para las otras; e igual ocurre si el problema, en la misma hipótesis, es la falta de otro requisito para poderse proferir sentencia de mérito respecto sólo a algunas pretensiones (por ejemplo, el no haberse demandado a quien la ley señala como único contradictor de tales pretensiones, como a quien no era heredero del presunto padre extramatrimonial del hijo que demanda la declaración de esa paternidad, o el haber demandado quien según la ley no podía ejercitar esa pretensión), pero ese obstáculo para la decisión de fondo no existe respecto a otras pretensiones que no dependen de las primeras. Naturalmen-

no podrá resolverse de mérito sobre las pretensiones consecuenciales o subsidiarias de las que no tuvieron esa decisión.

Si la acumulación no reúne estos requisitos, el juez debe rechazar la demanda; si se tramita por error de aquél, puede pedírsele reposición o proponerse la excepción previa de ineptitud formal de la demanda; pero si llega a la sentencia, ésta debe ser inhibitoria y no de fondo, a menos que sea posible resolver de fondo sobre unas e inhibirse sobre las mal acumuladas, sin romper la unidad jurídica de la causa.

Es decir, cuando exista un solo demandante y un solo demandado, aquél puede acumular en la demanda todas las pretensiones que quiera, aun cuando no sean conexas ni afines, siempre que les corresponda el mismo procedimiento y no sean incompatibles entre sí (lo último no rige cuando se propongan las unas como subsidiarias de las otras, pues entonces no importa que exista esa incompatibilidad).

Cuando se demanda a varias personas para responder de una misma pretensión, se presentan los casos de litisconsorcio pasivo inicial (véase núm. 184). También puede demandarse a varias personas por litigios distintos, pero siempre que exista conexión entre éstos, por tener la misma causa o el mismo objeto o utilizar las mismas pruebas, o que haya afinidad de hecho y de derecho entre ellos (véase núm. 185); y que se tramiten por el mismo procedimiento.

232. Diversas clases de acumulación de pretensiones.

Existen diversas clases de acumulación de pretensiones:

1ª) Acumulación meramente *subjetiva*, cuando varias personas son titulares, o pretenden serlo, de un mismo derecho o situación jurídica, y utilizan la misma demanda para formular su pretensión (por ejemplo, los varios herederos para reclamar un derecho de su causante, o los varios acreedores por un mismo título del deudor común); o cuando un solo demandante demanda a varias personas respecto a la misma pretensión, o varios demandantes a varios demandados.

2ª) Acumulación *objetiva* de pretensiones, que ocurre cuando un demandante o varios demandantes, en la misma demanda ejercitan diferentes pretensiones, como es lo más frecuente.

Esta acumulación objetiva se subdivide así:

a) Pretensiones *principales* y *subsidiarias*, cuando las segundas se formulan para que el juez resuelva sobre ellas únicamente en caso de negar aquéllas; pudiendo existir todo un grupo de subsidiarias para el caso de negarse todas las princi-

pales, o subsidiarias de alguna o de varias de las principales (en ambos casos puede formularse cada subsidiaria a continuación de la respectiva principal, o también después de formuladas todas las principales plantearse todas las subsidiarias, a gusto del abogado).

b) Pretensiones *subsidiarias de otras subsidiarias* y entonces éstas se conocen como de primer grado y aquéllas como de segundo grado, y así sucesivamente (hemos conocido demandas de cinco grupos de sucesivas subsidiarias, por ejemplo: como principal la inexistencia de un contrato; subsidiaria de primer grado, su nulidad; subsidiaria de segundo grado, declaración de lesión enorme; subsidiaria de tercer grado, resolución por otra causa; subsidiaria de cuarto grado, cumplimiento de las obligaciones insolutas). Es muy importante estudiar todas las posibles subsidiarias, para el caso de fracasar las anteriores, para evitar la necesidad de otro proceso posterior y el riesgo de que durante el trámite del primero se produzca la caducidad o la prescripción del derecho que dejó de reclamarse subsidiariamente.

c) Dentro de cada grupo de principales o de subsidiarias, es muy frecuente que unas (que deben presentarse como primeras), sean causa necesaria de otras, que deben formularse a continuación, de tal manera que de no prosperar las primeras, tampoco pueden lograrlo las otras; por ejemplo: se pide la nulidad de un contrato de compraventa y como consecuenciales la restitución del bien objeto del mismo, el pago de perjuicios, de frutos y productos; o la resolución de dicho contrato y las mismas consecuencias (pueden hacerse varios grupos: uno con la principal de nulidad y sus consecuenciales; otro con la principal de resoluciones y sus consecuenciales; lo mismo en cada grupo sucesivo de subsidiarias). Puede hablarse, por tanto, de pretensiones principales *iniciales* y *consecuenciales*; también de pretensiones subsidiarias *iniciales* y *consecuenciales*.

d) Pretensiones *sucesivas* para que todas se satisfagan y pretensiones *alternativas*, para que bien sea el demandante o el demandado, según fuere el caso, escoja exigir (el primero) o satisfacer (el segundo); por ejemplo: la resolución de contrato de compraventa viciado de lesión enorme, o completar o restituir (según que el demandante sea el comprador o el vendedor) la parte del precio justo que faltó o sobró; la entrega de cierta mercancía o del valor comercial de ella. Estas pretensiones alternativas pueden formar parte del grupo de principales o de cualquiera de las subsidiarias.

Cuando se han acumulado varias pretensiones en la demanda, si encuentra el sentenciador que solamente existe jurisdicción y competencia respecto de unas, pero no de otras, o que falta otro

requisito para resolver en el fondo sobre algunas pero no sobre las demás, debe proferirse sentencia de mérito respecto a las que no tienen ese vicio o tal defecto procesal.

233. Los fundamentos de hecho.

El señalamiento de los hechos es fundamental en toda demanda, ya que vienen a ser como la historia del litigio, cuando lo hay por tratarse de proceso contencioso, o de las circunstancias que motivan la necesidad y procedencia de la declaración debida, en los procesos de jurisdicción voluntaria. De esos hechos emana el derecho que se pretende; de ahí que la *causa petendi* y los hechos son términos sinónimos, como lo explicamos al estudiar la pretensión (véanse núms. 114-115).

Para los simples efectos de la admisión de la demanda basta presentar una relación clara y numerada de hechos, entre los cuales pueden aparecer o no los que sirvan para determinar lo que se pide. La improcedencia, inexactitud, contradicción e ilicitud de los hechos o su insuficiencia no son cuestión de previo examen, y menos aún motivo para la no admisión de la demanda; deben examinarse en la sentencia.

En cambio, si los hechos están redactados en forma confusa, que no permita saber con precisión su contenido o significado, se faltaría a este requisito formal. Las denominaciones jurídicas de los hechos son innecesarias, pero si se incluyen no obligan al juez ni desvirtúan su naturaleza, en caso de ser erradas. Tampoco es defecto acompañar los hechos de raciocinios y apreciaciones de derecho, pues esto, en ocasiones, contribuye a precisar su sentido. Para el éxito de la demanda y el contenido de la sentencia, los hechos alegados en aquélla son trascendentales, puesto que, como hemos dicho, constituyen la *causa petendi* o el título de donde se hace emanar el derecho pretendido, y por esto la sentencia tiene que versar sobre las pretensiones en relación con la causa invocada para ellas en la demanda y sobre las excepciones y hechos afirmados por el demandado, para que no resulte incongruente (véase núm. 264).

En los procesos de jurisdicción voluntaria la ausencia de litigio y de controversia, al menos inicialmente, los hace menos importantes para la eficacia de la demanda.

La afirmación de los hechos constituye, pues, un acto jurídico procesal, cuyos efectos jurídicos son de suma importancia; no así las alegaciones de derecho, porque su ausencia o error es suplido forzosamente por el juez (véanse núms. 19-20).

La doctrina moderna considera suficiente para el éxito de la demanda la indicación de los hechos necesarios “para individualizar o identificar la acción que se propone”, como dice Chiovenda ²¹²; es decir, para fijar las pretensiones de manera que no exista incertidumbre sobre el objeto de la demanda. Es la teoría de la individualización ²¹³, a la cual se opone la de la sustanciación, que es más rigurosa y exige indicar todos los hechos que fundamentan el derecho que se hace valer. Entre los sostenedores de esta última, algunos exigen que todo el material de hecho de que quiere servirse el actor en el pleito se indique en la demanda, de manera que la alegación posterior de un hecho no comprendido en aquélla sería cambio de demanda y por lo mismo inadmisibile. Pero, como dice Chiovenda, “esta opinión se enlaza con formas de procedimiento hoy en desuso y no tiene muchos adeptos” ²¹⁴.

Es decir: basta alegar los hechos fundamentales, de donde emana la pretensión, sin exigir que se enuncien todos los detalles o todos los hechos circunstanciales que puedan interesar.

De lo anterior se deduce que la *causa petendi* debe ser el conjunto de hechos de donde se derive el derecho pretendido por el demandante o la relación jurídica sustancial que alega; pero en la práctica puede haber diferencia entre aquélla y éstos, cuando hubo error o deficiencia en la enunciación de tales hechos en la demanda. Entonces la demanda fracasará.

No es indiferente la manera como se formulan; pero no debe exagerarse, porque si es posible conocer la verdadera intención encerrada en los hechos expuestos, ésta debe prevalecer sobre el tenor literal.

Es necesario distinguir los *hechos sustanciales* y los *meramente accesorios o circunstanciales*, para limitar tal exigencia a los primeros, es decir, a aquellos que configuran la *causa petendi*, la fuente de la pretensión, como determinado accidente, el contrato cuyo cumplimiento se pide o del cual emana el derecho pretendido, las relaciones sexuales o la posesión de estado en los casos de filiación extramatrimonial, el vicio que configura la nulidad reclamada, etc. En cambio, la mayor o menor velocidad del vehículo que ocasione el accidente, el estado de salud o sobriedad del conductor y demás circunstancias que existieron en el caso; el lugar donde ocurrieron las relaciones o la posesión de estado y la manera como sucedieron; las circunstancias que ro-

²¹² Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 41.

²¹³ Fairén Guillén: *Estudios de derecho procesal*, ed. cit., t. I, ps. 466 y 370; Guasp: ob. cit., p. 318; Chiovenda: cita anterior.

²¹⁴ Chiovenda: cita anterior; Guasp: ob. cit., p. 330.

dearon el contrato y que condujeron al vicio del consentimiento que señala, etc., vienen a formar hechos accesorios que en caso de no enunciarse en la demanda, no impiden que la *causa petendi* resulte claramente determinada y, por consiguiente, basta probarlos en el curso del proceso para que en la sentencia se tengan en cuenta con todas las consecuencias legales. De lo contrario se pecaría por una exagerada exégesis y se sacrificaría el derecho a la forma, con violación del principio general sobre interpretación de las normas de procedimiento, de manera que se hagan efectivos los derechos sustanciales que con ellas se tutelan y de los actos procesales en general (véanse núms. 19-20).

Naturalmente, como el título o causa del derecho aducido por el actor es el mismo generador de la obligación que se imputa al demandado, porque entre ellos existe una relación de causa a efecto, si se demanda a una persona para que sea condenada a pagar una suma de dinero por una causa y en el curso del proceso se prueba que existe su obligación, pero por otra causa distinta, no es procedente reconocer dicha obligación, porque no es materia de la *litis contestatio*. En estos casos, los hechos son determinantes del *petitum* y su ausencia haría ineficaz la demanda; éste es un aspecto de la necesaria congruencia de la sentencia (véase núm. 264).

Se exceptúa de esta limitación cuando, en virtud de la expresa facultad legal que se otorga al juez de primera instancia, puede otorgar más de lo pedido o una prestación no pedida; así lo autoriza el C. de P. Laboral colombiano en su art. 50. Mas no hay que confundir la *causa petendi* (hechos) con las pruebas que en la demanda se pidan para demostrarla; éstas pueden variar en el proceso, sin que ello signifique alteración de aquélla, y siempre deben considerarse en la sentencia. Lo mismo sucede con las razones jurídicas para apoyar la pretensión.

También para la fijación de la cuantía son muy importantes los hechos de la demanda, y en caso de que de ellos aparezca clara, deben primar sobre la apreciación arbitraria que haga el demandante en otro lugar del libelo.

Insistimos en que lo que importa es la naturaleza de los hechos, no la calificación jurídica que les dé el demandante, y para apreciarlos debe el juez considerarlos en conjunto, relacionándolos a un mismo tiempo con los fundamentos de derecho y con las peticiones, para desentrañar su verdadero contenido y alcance. Es decir, la demanda se debe interpretar, en su conjunto, con criterio jurídico y no literal, como veremos en el núm. 240, y lo ha enseñado nuestra jurisprudencia que allí citaremos. Hay que buscar en esos hechos todas las consecuencias lógicas sin limitarse a un examen literal de sus enunciadores.

Muy importante es la autorización al juez para que tenga en cuenta en la sentencia hechos ocurridos después de presentada la demanda y que obviamente no han sido alegados en ella, que modifiquen o extingan el derecho pretendido por el demandante (pero no cuando constituyen una nueva *causa petendi* o generen una diferente pretensión), siempre que aparezcan probados en el proceso y que se aleguen antes de la sentencia de la respectiva instancia o sean de aquellos que la ley permite considerar de oficio (como los constitutivos de excepciones de mérito distintas de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa). Así lo autoriza el art. 305 del C. de P. C. colombiano.

234. Los fundamentos de derecho.

Para la admisión de la demanda suelen exigir los Códigos que se señalen los fundamentos de derecho, es decir, las normas legales que el demandante pretende que son aplicables, a su favor, al caso materia del proceso.

Pero no hace falta señalarlos en forma detallada, y menos aún que sean conducentes y precisos, por dos razones: porque la conveniencia de su aplicación al caso no puede ser apreciada sino en la sentencia, y porque el juez está obligado a aplicar el derecho, cualquiera que sea la norma que lo contenga, haya sido o no citada o alegada por la parte y sin necesidad de probar su existencia: *iura novit curia*.

Por eso la afirmación de los fundamentos de derecho no es un acto jurídico-procesal, sino un acto intransitivo o neutro, puesto que no produce ningún efecto jurídico ²¹⁵.

235. Inadmisión y rechazo de la demanda.

Como vimos (véanse núms. 144-146), para que la relación procesal nazca se deben reunir los presupuestos procesales, que son las condiciones generales necesarias para que ella surja y se produzcan sus efectos jurídicos. El juez debe examinar oficiosamente si se encuentran o no cumplidos, antes de darle curso a la demanda, sea que la relación procesal surja con su comunicación al demandado o con la aceptación de proveer cuando no existe contraparte o se debe resolver de plano. Si no se cumplen, debe negarse a tramitarla. En este caso pueden ocurrir dos situaciones:

²¹⁵ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núm. 161.

la inadmisión o el rechazo de la demanda. Se *inadmite* la demanda cuando le falta algún requisito o un anexo o tenga algún defecto subsanable y con el fin de que sea subsanado en el término que la ley procesal señale; por lo tanto, la inadmisión es una medida transitoria. Se *rechaza* la demanda, como medida definitiva en dos casos: *a posteriori*, cuando no se subsana oportunamente el defecto que motivó la inadmisión, y de plano o *in limine* cuando el juez carezca de jurisdicción o de competencia para el asunto y cuando la acción haya caducado por haber transcurrido el término que la ley señale para su ejercicio.

En el auto que rechaza la demanda, el juez debe ordenar la devolución de los anexos presentados con ella y el archivo del libelo, lo cual hace que no se produzca la suspensión por su presentación de la caducidad ni la prescripción; pero esto no procede cuando el rechazo fue por falta de competencia, porque entonces el juez debe enviar el expediente al otro juez o al tribunal que estime ser quien tenga dicha competencia, por economía procesal. Si quien lo recibe tampoco se cree competente, debe solicitar que el conflicto lo desate la autoridad a quien corresponda. Y cualquiera que sea la decisión del conflicto, la suspensión de la caducidad o la prescripción y los demás efectos de la demanda, se surte desde el momento de su presentación ante el primer juez.

En la mayoría de los sistemas vigentes, salvo en los procesos ejecutivos, el juez debe limitarse a examinar el cumplimiento de los requisitos externos, su competencia, la representación y existencia y domicilio de las partes; la petición o presentación de las pruebas aducidas; si los hechos y las peticiones son inteligibles; la designación de la cuantía; la denuncia de dónde (casa, apartamento o lugar de trabajo) se van a recibir las notificaciones personales o por aviso, tanto el demandante como el demandado, o la afirmación bajo juramento de que se ignoran los de éste; la presentación en legal forma y con los necesarios anexos; los especiales requisitos que la ley contempla para ciertas demandas; la correcta acumulación; la posible caducidad de la acción. Pero para la admisión de la demanda no le corresponde entrar a estudiar la procedencia o exactitud de tales hechos y peticiones, ya que su examen de fondo debe reservarse para la sentencia, y aun cuando por la lectura del libelo se convenza el juez de la falta de derecho del demandante, no puede rechazar la demanda, porque son cuestiones para decidir en la sentencia o a veces como excepciones previas que debe formular el demandado (véase núm. 152). Lo mismo sucede con los fundamentos de derecho.

Sería mejor darle facultades al juez para exigir de oficio que se cumplan los requisitos de fondo de la legitimación de la causa

y el interés sustancial para la sentencia de mérito, y permitir que el demandado proponga como excepción previa estas cuestiones, para evitar procesos inútiles, cuyo fracaso se conoce de antemano ²¹⁶. Con mayor razón para la falta de integración del litisconsorcio necesario y a la falta de prueba de la calidad de heredero o de cónyuge, en virtud de la cual se cita al demandado; nosotros preferimos una norma general, para todos los casos de falta de legitimación en causa o de interés sustancial serio y actual en cualquiera de las partes.

Puede suceder que el juez no caiga en la cuenta de la falta de algunos de los requisitos exigidos por la ley y que le dé curso a la demanda; en tal caso, el demandado puede proponer la excepción previa correspondiente, cuando exista un defecto que tiene este valor según la ley procesal; pero si tampoco el demandado lo hace, o no puede hacerlo porque la ley no se lo permite, el juez no puede luego negarse a proveer alegando tal circunstancia, a menos que se configure una nulidad no saneable, pues si lo es se produce su saneamiento; naturalmente, los defectos de la demanda pueden motivar una sentencia desfavorable si afectan la prueba del derecho o impiden reconocer la pretensión o hacen imposible la condena, y también pueden conducir a un fallo inhibitorio (véase núm. 151).

En los procesos de jurisdicción voluntaria ha de tenerse un criterio más amplio que en los contenciosos para la apreciación de los requisitos de admisión, cuando no respondan a exigencias especiales de la ley, a competencia y a capacidad, dado que no hay partes opositoras (véanse núms. 27 y 147).

236. Retiro, reforma y adición de la demanda.

Puede retirarse la demanda, sin que esto implique desistimiento, ni impida volverla a presentar, mientras no se haya notificado al demandado el auto que la admitió y siempre que no se hayan practicado medidas cautelares. Se permite reformarla o adicionarla por las veces que se quiera antes de la notificación del auto que la admite a todos los demandados, y con ciertos requisitos y por una sola vez después de dicha notificación.

²¹⁶ Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. I, núms. 150, literal 0, 166, literal V; *Nociones generales*, ed. cit., núms. 119 y 134.

237. Efectos de la demanda.

Como observa Guasp, los efectos de la demanda son de dos clases: sustanciales o materiales, cuando pertenecen al ámbito jurídico-sustancial, es decir, los que se producen sobre el derecho o relación jurídico-sustancial objeto del litigio; procesales, cuando pertenecen al ámbito del proceso o recaen sobre las relaciones jurídico-procesales ²¹⁷. Los examinaremos por separado.

1º) *Efectos jurídico-materiales o sustanciales.*

Como efectos jurídicos de esta clase podemos indicar los siguientes:

a) En primer lugar el darle al derecho sustancial el carácter litigioso. De este modo, el derecho sustancial sufre una “aparente disminución”, como dice Fairén Guillén ²¹⁸. Ambas circunstancias se reflejan en la disponibilidad del derecho sustancial y en los efectos de los actos extraprocesales que se realicen, como ventas o hipotecas o adjudicaciones en sucesiones por muerte, sea afectando de nulidad el contrato (como ocurriría en el sistema anterior colombiano cuando se registraba la demanda que versara sobre inmuebles), o sujetándolo al resultado de la sentencia (para que si el demandante gana el pleito esos actos y sus registros queden sin efectos y se cancelen tales registros, que es el actual sistema colombiano), y determinan la procedencia del llamado derecho de retracto. Lo último, a partir de la notificación al demandado.

b) Determina el momento en que el demandado poseedor de buena fe queda sujeto a la obligación de restituir los frutos y productos en caso de prosperar la demanda y, por consiguiente, en que el demandante adquiere el derecho a esos frutos una vez notificada la demanda.

c) Interrumpe la prescripción adquisitiva y extintiva, impidiendo que el demandado complete el término para adquirir el dominio del bien o para que se extingan sus obligaciones. Este efecto se condiciona a que la aceptación de la demanda quede en firme, pero se surte desde su presentación, porque la ley no exige para ello la previa notificación al demandado, sino que en término que señale la ley se le haga la notificación personalmente o por conducto de curador *ad litem*, designado luego de emplazamientos. También creemos que si se presentan circunstancias que hayan hecho imposible la designación y posesión del curador *ad litem* y

²¹⁷ Guasp: ob. cit., ps. 319-322.

²¹⁸ Fairén Guillén: ob. cit., t. I, p. 439.

luego su notificación, dentro del término que señale la ley, debe aceptarse que la última aparezca cumplida en un término razonable, porque sería injurídico imponer la pérdida de los beneficios de la interrupción de la prescripción al demandante que no tuvo culpa en esa demora. Ese efecto desaparece cuando el demandante desiste de la demanda, o si se produce la perención del proceso, o si éste termina con absolución del demandado o sentencia inhibitoria, y cuando se decreta una nulidad que comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda.

d) También interrumpe la llamada *caducidad del derecho sustancial* y la *caducidad de la acción procesal*; aquélla con el requisito complementario de que se surta la notificación al demandado en la oportunidad que exija la ley; la segunda con la sola presentación de la demanda, como ocurre para las acciones contencioso-administrativas de policía, ejecutivos, posesorias, etc.

2º) Efectos jurídico-procesales.

Pueden señalarse los siguientes:

a) La determinación de los sujetos iniciales de la relación jurídico-procesal (juez y partes y demandante y demandada), lo mismo que las diversas personas que los forman (véanse núms. 87 y 154-155).

b) La fijación de la competencia que, por lo general es inmodificable, a menos que se trate de juez municipal que pierda competencia por razón de una reconvención, o de acumulación de procesos de un fuero de atracción (quiebra o concurso de acreedores), o por el avalúo dado a los bienes objeto de un proceso de sucesión por muerte, y cuando se adelante ante cualquier juez y concurra un agente diplomático acreditado ante el gobierno nacional. Ese principio general se conoce como *perpetuatio jurisdictionis*.

c) La delimitación del interés y de la legitimación en la causa, del demandante y del demandado, al tiempo de notificarse al último la admisión de la demanda, como vimos al tratar de esas materias (véanse núms. 134, letra g, y 138, letra h). De ahí que Guasp proponga el principio de la *perpetuatio legitimacionis*, por analogía con el anterior, lo que encontramos muy acertado; sólo que el profesor español fija esos efectos en el momento de la *litis pendentia* y ésta en el de la interposición de la demanda, al paso que nosotros creemos que sólo se producen al quedar consumada la relación procesal con su admisión y notificación al demandado, ya que antes no hay proceso y es entonces cuando se delimita el conflicto que debe desatarse mediante la sentencia.

d) La formación de la *litis pendentia*, para los efectos de fijar la competencia del juez que podía conocer a prevención con otros, haciéndola privativa y excluyente, y para impedir como consecuencia lógica que se inicie nuevo proceso sobre lo mismo y entre idénticas partes, mediante la formulación de la excepción previa que lo paralice o le ponga término (véanse núms. 130 y 148). Para que este efecto se produzca es necesaria la admisión de la demanda y notificación al demandado, porque antes no existe proceso.

e) La determinación del contenido y alcance del debate judicial y, por consiguiente, de la resolución de la sentencia (su congruencia), debiéndose tener en cuenta las excepciones del demandado, naturalmente (véanse núms. 262-264). El juez no puede acceder a las pretensiones con base en hechos sustanciales o principales probados pero no alegados en la demanda.

f) El momento en que se vinculan las partes al proceso y quedan sujetas a sus deberes y cargas y en general a la jurisdicción del Estado con los efectos de la cosa juzgada que pueda producirse y les surgen ciertos derechos y facultades procesales (lo cual ocurre para el demandante desde la admisión de la demanda y respecto al demandado desde su notificación).

e) El momento en que nace para el juez la obligación de proveer como resultado de la obligación de jurisdicción del Estado, por la presentación de la demanda (véanse núms. 24 y 98).

Algunos de esos efectos pueden modificarse relativamente si la demanda es corregida; pero como la corrección sustituye o adiciona la demanda inicial, en realidad el principio de que con ésta o con la notificación de la providencia que la admite se producen, no sufre alteración. Si la demanda es retirada antes de la notificación al demandado, esos efectos no alcanzan a producirse y ni siquiera se tratará de un desistimiento, ya que no ha existido proceso.

238. Admisión y traslado de la demanda.

Si la demanda reúne los requisitos generales y especiales que determina la ley, el juez debe admitirla, y ordenar su traslado al demandado cuando se trate de proceso contencioso. El traslado consiste en poner en conocimiento del demandado la demanda y el auto que la admitió, mediante la notificación de éste, en entregarle copias de la demanda y sus anexos y en otorgarle un término para que la estudie y conteste formulando, si lo desea, oposición y excepciones.

El incumplimiento de las formalidades para la notificación y el traslado vicia de nulidad el acto y todo el proceso, puesto que

se viola el derecho de defensa y de contradicción del demandado (véanse núms. 11, punto 6, y 107).

Téngase en cuenta que las demandas no se notifican, sino la providencia que la admite y ordena su traslado al demandado.

239. La contestación de la demanda. La llamada “*litis contestatio*”.

Cuando por la naturaleza contenciosa del proceso exista parte demandada y traslado del libelo, se presenta la contestación de la demanda como uno de los actos principales del proceso. Así como el demandante usa de la demanda para plantear su litigio, formular sus pretensiones y perseguir una sentencia favorable, así también el demandado tiene un instrumento similar para oponer sus defensas, ampliar el litigio y pedir la desestimación de las pretensiones del primero (véanse núms. 112 y 123-124). En este sentido debe entenderse hoy el concepto de *litis contestatio*: el momento en que queda configurado el litigio para resolver.

La doctrina romana y durante un tiempo la vieja escuela clásica consideraron ese momento procesal de la *litis contestatio* como un contrato o cuasicontrato, apreciación que sólo se justificaba cuando se le daba a la administración de justicia un carácter privado, incompatible con su naturaleza pública y sus fines de interés público distintos de lo que cada parte persigue en el proceso, como lo enseña la doctrina moderna. No existe, pues, el cuasicontrato de *litis contestatio*. Si las partes se vinculan al proceso y deben soportar sus resultados, es en virtud del poder de jurisdicción del Estado y del ejercicio de los derechos de acción y de contradicción (véanse núms. 24, 98 y 107).

La importancia de la contestación de la demanda es muy grande para la determinación del contenido u objeto del proceso y, más especialmente, del litigio que en él debe ser resuelto, formado por la pretensión y la oposición (véanse núms. 11 y 123-124 y 239), razón por la cual en muchas legislaciones se exige al demandado formular en aquélla sus excepciones. En nuestro proceso civil se exige únicamente que se aleguen allí las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa (véanse núms. 127 y 130). Las demás pueden ser declaradas de oficio por el juez, si aparecen probadas. La falta de contestación o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y las pretensiones contenidas en ella deberá ser apreciada por el juez como un indicio grave contra el demandado.

Hay procesos, como los de rendición espontánea de cuentas, de lanzamiento del arrendatario si el demandante acompaña

prueba siquiera sumaria documental o confesión del contrato. y los divisorios comunes, en que la falta de oposición dentro del término del traslado lleva como consecuencia una especie de presunción de que el demandado acepta los hechos de la demanda, y entonces se dicta sentencia favorable al demandante. En esos casos se dispone que el proceso se abra a prueba sólo cuando el demandado se opone a la demanda, dentro del término del traslado. Pero debe tenerse en cuenta que el silencio, como norma general, no implica en modo alguno aquiescencia o aceptación del demandado salvo norma legal en contrario, como en los casos acabados de mencionar. Las diversas actitudes que puede asumir el demandado fueron estudiadas al tratar del derecho de contradicción (véanse núms. 111 y 112).

Cuando no existe demandado, como sucede en los procesos de jurisdicción voluntaria, no opera este acto procesal, como es obvio, y tampoco en algunos procesos contenciosos especiales en que se procede de plano, como en el ejecutivo y el de quiebra. En estos casos se le notifica al demandado el auto que contiene la orden de pago o la declaración de la quiebra, pero no hay traslado de la demanda, en sentido estricto, aun cuando con dicha notificación quedará informado de la demanda.

El objeto de la contestación es, pues, conocer el concepto y voluntad del demandado respecto a las pretensiones del demandante, principalmente por tres aspectos: 1) la aceptación o negación de los hechos y de las peticiones de la demanda; 2) la presentación de las excepciones de mérito y previas que pueda tener; 3) la petición o presentación de sus pruebas.

240. La interpretación de la demanda.

Mucho hemos adelantado en el estudio de este tema al tratar de los fundamentos de hecho y del *petitum* de la demanda (véanse núms. 231-232), de la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda (véanse núms. 235 y 238), y de la intención en los actos procesales (véase núm. 222); por ello nos limitaremos ahora a una breve adición.

Si para el estudio de la ley procesal no puede el juzgador aferrarse a las palabras ni al sentido literal, sino que debe perseguir el conocimiento del contenido jurídico que en ella se encierra, y si el objeto de los procedimientos es la tutela de los derechos reconocidos por la ley sustancial, con mayor razón es imperativo adoptar un criterio de interpretación conjunta, razonada y científica de la demanda. Además, es susceptible de interpretación jurídica y lógica, para buscar el derecho impetrado

en su contenido general, y al interpretarla no es obligatorio afe-rrarse a la calificación jurídica que a los hechos y a las preten-siones incoadas les dé el demandante. De esta suerte, el juzgador debe perseguir siempre determinar su naturaleza para decidir de conformidad con ella. La parte petitoria debe estudiarse y ana-lizarse relacionándola con los hechos y con los fundamentos de derecho expuestos.

Cabe aplicar a la interpretación de la demanda el criterio científico moderno para la interpretación general de los negocios jurídicos unilaterales ²¹⁹.

Pero esa facultad de interpretación tiene su límite, que no es otro que los hechos fundamentales afirmados y las peticiones, que a su vez pueden ser analizadas para su debida comprensión, teniendo en cuenta el conjunto del libelo, pero cuya existencia o ausencia no puede ser desconocida ni suplida por el juez (véanse núms. 233 y 264).

Es al tribunal y al juez de las dos instancias a quienes corresponde esa interpretación de la demanda, porque es cuestión de hecho. En casación la Corte sólo puede corregir esa interpre-tación cuando se haya incurrido en error de hecho manifiesto o evidente como consecuencia del cual aparezca la violación indi-recta de normas legales sustanciales.

241. La demanda de reconvencción.

En varias ocasiones hemos visto que cualquiera de los varios demandados, o todos en un solo libelo o en libelos separados, pueden aprovechar el proceso iniciado por el demandante, para formular a su vez demanda contra éste, con el fin de que se tramite simultáneamente con la suya y se decida por la misma sentencia. Sabemos también que la reconvencción se distingue esencialmente de la excepción, pues ésta se limita a atacar las pretensiones del demandante, sin sacar el litigio del terreno que éste le asigna en la demanda; la reconvencción, por el contrario, consiste en el planteamiento de un nuevo litigio y de una nueva controversia. y, por tanto, lleva el proceso a un terreno distinto (véanse núms. 118 y 224).

Pero entre las pretensiones de la reconvencción y de la de-manda inicial debe existir alguna conexión o afinidad, aunque no es necesario que se originen en el mismo título que les sirva de

²¹⁹ Devis Echandía: *Nociones generales*, ed. cit., núm. 232, y *Tratado*, ed. cit., t. III, núm. 399.

causa petendi. Desde que las pretensiones del demandado se relacionen con los hechos que sustentan la relación jurídica llevada al debate por el demandante, es pertinente la reconvención, como cuando se demanda para la entrega de una cosa y se reconviene para el pago de los gastos de conservación. Con mayor razón es admisible la reconvención cuando ambas pretensiones provienen de un mismo título, como si se reconviene al comprador que demanda la entrega de la cosa, para el pago de su precio o para la resolución del contrato. También debe admitírsela cuando la conexión existe entre las pretensiones de la reconvención y alguna de las excepciones del demandado inicial. Y en los casos de conexión instrumental o de identidad de pruebas.

Se autoriza con tres requisitos: 1º) que el mismo juez sea competente para ambas demandas, pero con la salvedad de que no importa que no lo sea para la reconvención por el factor territorial o por cuantía (lo último significa que puede reconvenirse por mayor cuantía ante un juez municipal, pero éste debe remitir el proceso al juez del circuito); 2º) que entre las dos demandas exista la conexión que permitiría pedir la acumulación en caso de iniciarse procesos separados (es decir que puedan tramitarse por el mismo procedimiento, que haya alguna relación de dependencia entre las pretensiones de ambas demandas o alguna conexidad o afinidad, lo cual debe apreciarse con criterio amplio); 3º) que se proponga durante el término para contestar la demanda.

La reconvención, se repite, es una demanda y por tanto debe reunir todos los requisitos de fondo y de forma que hemos expuesto, y el juez debe inadmitirla en caso contrario y rechazarla si no se corrige.

La ley procesal determina los casos en que se puede presentar. Jamás en procesos de ejecución.

En muchos casos es importante recurrir a la reconvención, para darle mayor eficacia a la defensa con el contraataque o para obtener el mismo resultado que persigue el demandante (como el divorcio o la separación de cuerpos o de bienes), pero no por los motivos que éste alega y que se basan en culpa o dolo del demandado, sino por otros que impliquen la responsabilidad de aquél, para beneficiarse con ciertos efectos jurídico-sustanciales como pensión alimentaria, indemnización de perjuicios, pérdida de derechos herenciales o de porción conyugal, etc. Hay excepciones como la de prescripción, que pueden alegarse reconvencionalmente. Este procedimiento tiene, además, la ventaja de que si se produce un desistimiento de la demanda por el demandante, el proceso deberá continuar de todas maneras sobre las pretensiones de la reconvención.

242. Eficacia o desestimación de la demanda. Sentencia favorable al demandante o al demandado.

Los presupuestos procesales se necesitan para la admisión de la demanda y para que el proceso así constituido se desarrolle normalmente y sin vicios de nulidad (véanse núms. 144-149).

El juez debe conservar su aptitud subjetiva por la ausencia de causales de impedimento o recusación.

Si estas condiciones se cumplen, el proceso debe terminar con una sentencia, que es el fin de la acción (véase núm. 98). Pero esa sentencia puede ser inhibitoria o de fondo y en el último caso favorable al demandante o al demandado, en los juicios contenciosos, y favorable o no al demandante o peticionario, en los voluntarios, según que se hayan cumplido o no los presupuestos materiales o mejor dicho sustanciales de la sentencia de fondo y de la favorable (véanse núms. 150-152).

Entre la demanda y la sentencia existe una etapa fundamental: la instrucción, que puede definirse como la "búsqueda de los medios necesarios para proveer", según Carnelutti²²⁰. Estos medios son las razones y las pruebas, cuando el proceso es de conocimiento y el proveimiento consiste en una *decisión*, y además, los bienes, cuando se trate de proceso ejecutivo y consiste en una *transferencia*.

Las razones se descomponen en la regla de derecho y en los hechos a que deba aplicarse. De las razones y las pruebas se deduce una conclusión: la sentencia. Como no existe la carga de los fundamentos de derecho, según hemos visto (véase núm. 234), la carga de la razón se limita a la *carga de la alegación de los hechos*; pero debe limitarse a los hechos sustanciales (véase núm. 233).

Pero si bien en principio la carga de la prueba corresponde al demandante, también el demandado está sujeto a la carga de la excepción, es decir, de la alegación y prueba, o sólo ésta, de los hechos que sirven de presupuesto fáctico a la norma legal en la cual se fundamentan sus excepciones. Sucede que la ley distribuye lo que Carnelutti llama, muy técnicamente, el riesgo de la falta de prueba, y esto porque las partes están sujetas al riesgo de una sentencia desfavorable, en caso de que no estén probados los hechos en que fundan la pretensión o la excepción.

Surge aquí la diferencia, que ya estudiamos, entre defensa y excepción (véanse núms. 126-128). No existe la carga de la prueba de la simple negación de los hechos y del derecho del

²²⁰ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núm. 151.

demandante; en este caso se ejercita la defensa, pero no se propone excepción alguna.

Además, es al demandante a quien corresponde en primer término la carga de probar los hechos contemplados en las normas legales que consagran los efectos jurídicos que constituyen sus pretensiones, salvo que estén presumidos o sean notorios o indefinidos; a falta de esa prueba, deben desestimarse sus pretensiones, a pesar de la ausencia de toda prueba en contrario y de toda excepción (véase núm. 152).

Concluido el debate probatorio, el juez entra a decidir el proceso, con base en los hechos de la demanda (incluyendo los accesorios o secundarios no alegados en ella; véanse núms. 233 y 264) y de la defensa, que estén debidamente probados, teniendo en cuenta que las excepciones perentorias deben declararse de oficio si aparecen demostrados los hechos que las constituyen, aunque falte al respecto toda alegación de parte interesada, menos las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa.

En los procesos de jurisdicción voluntaria, la ausencia de contraparte permite la afirmación de hechos con posterioridad a la demanda con el fin de que en la sentencia se tengan en cuenta, y lo importante es que el derecho pretendido esté de acuerdo con los hechos que en el momento de decidir el juez se hallen probados en el proceso. Pero es necesario que aparezcan el interés sustancial, la legitimación en la causa y la prueba del derecho.

La sentencia debe considerar en favor o en contra del demandante tanto los hechos afirmados en la demanda como los alegados por el demandado, siempre que se encuentren debidamente establecidos en el proceso por los medios probatorios que señala la ley y que los últimos se relacionen con la *causa petendi* contenida en la demanda, en cuyo caso tendrá el carácter de accesorios o circunstanciales. También deben ser considerados en la sentencia los hechos ocurridos después de la demanda y por tanto no contenidos en ella, que modifiquen o extingan el derecho sustancial pretendido por el demandante, siempre que hayan sido probados oportunamente y que se aleguen antes de la sentencia o la ley permita considerarlos de oficio; pero esos hechos no pueden modificar la *causa petendi*, ni constituir una nueva pretensión, sino apenas modificar o extinguir ésta.

Si el hecho constitutivo de la excepción se tiene en cuenta cuando se encuentre demostrado en el proceso, a pesar de que haya sido afirmado y probado por el demandante, es lógico concluir que igualmente deben tenerse en cuenta en favor de éste los hechos afirmados y probados por el demandado, desde que no modifiquen la *causa petendi* o constituyan una nueva. De lo contrario se rompe la igualdad de las partes en el proceso y se

cae en la tesis, hoy rechazada, que exige se enuncien en la demanda todos los hechos que pueden ser considerados en la sentencia.

Por ejemplo, si se demanda el pago de una suma de dinero con base en cierto contrato, la afirmación hecha por el demandado de que se debe una cantidad o la misma cantidad por razón de otro contrato u otro título diferente, no podría servir para una sentencia condenatoria en ese proceso; pero, en cambio, si se ha pedido la nulidad de un contrato y en los hechos se afirma que hubo violencia, si el demandado alega hechos distintos de los contenidos en la demanda, pero que concurren a probar tal violencia, nos parece indudable que el juez debe hacer la declaración pedida en la demanda, basándose en tales hechos, si admiten prueba de confesión o en el proceso se encuentra la exigida por la ley. Al fin y al cabo, la *litis contestatio* surge con la demanda y su contestación.

243. Diferencia entre demanda en debida forma y demanda debidamente fundada.

De los números anteriores surge como algo elemental esta diferencia. La demanda puede estar formulada en debida forma, porque reúne los requisitos para su admisión y para que el proceso transcurra normalmente; pero, en cambio, en el fondo puede ser infundada, bien sea porque falta la legitimación en la causa o el interés sustancial de alguna de las partes o de ambas, o porque el demandante carece del derecho sustancial que pretende o porque no sea exigible todavía, o se ejercite inadecuadamente, o exista una excepción que la desvirtúe (véanse núms. 150-152).

Lo primero se estudia por el juez en el auto que debe resolver sobre la admisión o el rechazo de la demanda y puede plantearse por el demandado en excepciones previas. Lo segundo debe ser examinado y resuelto en la sentencia (con excepción de la legitimación en la causa y el interés sustancial para obrar, que pueden ser examinados al admitirse la demanda y ser objeto de excepciones previas, en algunos casos, como hemos visto; véanse núms. 133-138).

244. La denuncia y la querella en el proceso penal.

Frecuentemente, en nuestro sistema procesal actual (siempre en otros sistemas) el procedimiento penal se inicia como resultado de una denuncia o una querella presentada por un particular, o un

funcionario público del órgano administrativo o judicial, o por un agente del ministerio público ²²¹. Entonces, esa denuncia o querella constituye el acto introductivo que inicia la etapa preliminar del proceso penal, conocida como sumario o instrucción, y que todavía no constituye verdadero proceso, pues éste se inicia bien sea con el llamado auto de proceder que formula la pretensión punitiva del Estado contra el sindicado o imputado, es decir, los cargos penales que se le hacen, o sea con la acusación que formule un fiscal acusador al juez competente para juzgar la causa, y aceptar el segundo dicha acusación y ordenar el trámite subsiguiente.

Resulta absurdo contraponer los conceptos de "proceso" y de "juicio" que son procesalmente lo mismo; e igualmente resulta incorrecto denominar proceso a la etapa de simple investigación previa o de instrucción.

Por denuncia se entiende, en sentido genérico, el simple aviso que toda persona que tenga noticia de un hecho que pueda constituir una infracción penal, debe dar de tal hecho a un funcionario de la rama penal jurisdiccional o una autoridad de policía; pero en sentido estricto debe entenderse por tal sólo el acto de voluntad por el cual un particular o un funcionario público solicita de un juez penal competente que inicie la investigación de un posible delito, sea que la denuncia se dirija o no contra persona determinada. En el primer caso, se da simplemente la *notitia criminis*, pero no se ejercita la acción penal pública, puesto que no se pide la iniciación de las actuaciones procesales para la investigación del delito; en el segundo caso, se ejercita indudablemente la acción pública (véase núm. 99).

Por querella se entiende la solicitud para que se inicie la investigación y se adelante el proceso, que la parte ofendida por el delito, a quien corresponda privativamente la acción penal por tratarse de ilícito no investigable de oficio, formula al juez competente. Es, pues, una especie de denuncia; ésta puede ser considerada como el género; pero no se concibe una querella para dar simplemente la noticia del crimen, sin pedir la investigación, por lo cual siempre se ejercita con ella acción procesal penal.

²²¹ Luis Eduardo Mesa Velásquez: *Derecho procesal penal*, Medellín, 1963, t. I, ps. 39 y 45-49; Bernardo Gaitán Mahecha: *Esquemas de derecho procesal penal colombiano*, Bogotá, 1958, t. I, ps. 197-199; Gustavo Humberto Rodríguez: *Nuevo procedimiento penal colombiano*, ed. 1972, ps. 33-34, y 2ª edición 1976, ps. 19 a 38; Jorge Clariá Olmedo: *La querella en delitos de acción de ejercicio privado*, en *Jurisprudencia Argentina*, mayo 1970, ps. 95-112 y *La denuncia en la función represiva*, en *Jurisprudencia Argentina*, noviembre 1970, ps. 74-93; Antonio Vicente Arenas: *Procedimiento penal*, Bogotá, 1972, ps. 78-81. Y los comentaristas del C. de P. P. de 1981.

En los sistemas que limitan el ejercicio de la acción penal al ministerio público, se entiende por querella la petición que la persona ofendida por el delito presenta a aquél, para que a su vez formule ante el juez instructor o ante el de la causa (según el sistema que rija) petición para que inicie la investigación o sumario, el primero, o el proceso, el segundo.

La denuncia y la querella son menos formalistas que la demanda civil, laboral y contencioso-administrativa, pues sólo se exige el juramento y una relación sucinta, verbal o escrita, de los hechos. Si el juez no la considera suficiente, llamará al denunciante o querellante para que la amplíe.

245. La demanda de parte civil en el proceso penal.

Sabemos ya que por demanda de parte civil, en el proceso penal, cuando es aceptada, se entiende la formulación, por la víctima del delito o sus herederos, de la pretensión indemnizatoria contra el responsable de aquél. Se trata de una verdadera demanda y en ella se contiene dicha pretensión y el ejercicio de la acción civil, para que el proceso se extienda a resolver también sobre aquélla. Es un caso de verdadera acumulación de acciones en el mismo proceso.

Esta demanda debe reunir los requisitos de la demanda civil que no serán incompatibles con el objeto de aquélla: fundamentos de derecho y de hecho, peticiones, juez a quien se dirija, proceso de que se trata, pruebas del interés sustancial y la legitimación en la causa si se trata de herederos (la víctima misma del delito tiene necesariamente estas dos condiciones y no necesita aducir pruebas sobre ellas) ²²².

Esta pretensión civil contra el responsable del delito puede ejercitarse dentro del proceso penal; la que pueda tenerse contra otras personas que deban responder patrimonialmente por la conducta del sindicado o imputado, corresponde a la jurisdicción civil. Surge entonces el problema de la influencia que la sentencia penal pueda tener en ese proceso civil, es decir, de la llamada prejudicialidad penal en el proceso civil que se estudiará más adelante (véanse núms. 286-296).

²²² Antonio Vicente Arenas: ob. cit., p. 61; Mesa Velásquez: ob. cit., ps. 65-94; Gaitán Mahecha: ob. cit., ps. 279-324; Gustavo Humberto Rodríguez: ob. cit., ed. 1972, ps. 87-99, y ed. 1976, ps. 83 a 94; Tulio Chiossone: *Manual de derecho procesal penal*, Caracas, 1967, ps. 10-15.

CAPÍTULO XXVII

ACTOS DE IMPULSIÓN Y TRÁMITE DEL PROCESO, DE ASEGURAMIENTO, PROBATORIOS Y DE ALEGACIÓN

246. Qué se entiende por actos de impulsión y trámite del proceso.

Son actos procesales de esta clase los que tienen por fin el hacer marchar el proceso a través de las diferentes etapas que la ley procesal establece e impedir su paralización.

247. La impulsión oficiosa del proceso por el juez y el secretario.

Como expusimos en el número 12, se entiende por principio de la impulsión oficiosa del proceso el que exige que una vez iniciado éste con la demanda o la denuncia o querella, debe el juez o el secretario, según el acto de que se trate, impulsar su marcha, sin necesidad de que las partes lo insten verbalmente o por escrito para que lo hagan, con el fin de que no haya estancamientos ni demoras en su trámite ²²³. También cuando el proceso se inicia de oficio.

La efectiva consagración de este principio evita la exagerada prolongación del proceso y por tanto de la incertidumbre sobre los derechos o relaciones jurídicas que en aquél se tutelan, lo cual significa la consecución más rápida del fin de interés general en la paz y la armonía sociales (véanse núms. 5, 21 y 72). Su importancia es, por lo tanto, extraordinaria.

²²³ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núms. 150 y 165; Santiago Sentís Melendo: *Caducidad o perención de instancia, y Derechos del juez y cargas procesales*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1967, t. I, ps. 299-319 y 355-376.

Al secretario le corresponde ejecutar sin dilación los actos propios de sus funciones, como librar los oficios, elaborar los edictos y estados para notificar las providencias del juez, hacer las citaciones y notificaciones personales que exija la ley (pero cuando éstas deban ocurrir fuera de su oficina, se requiere que la parte interesada suministre los datos y pague el arancel autorizado), dar los informes que la ley o el juez ordene, y el muy importante de pasar al despacho del juez los expedientes inmediatamente venza el término para el cual debían mantenerse en secretaría (como el de traslado a las partes, el de práctica de las pruebas, el de emplazamiento a terceros, etc.); por tanto, ningún negocio debe permanecer inactivo en la secretaría, una vez vencido el término respectivo. El incumplimiento de estos deberes es causa de multas que el juez tiene a su vez el deber de imponerle al secretario, so pena de quedar aquél responsable de las mismas que le podrán ser impuestas por su superior.

Al juez le corresponde vigilar que el secretario cumpla los anteriores deberes y proferir oficiosamente las providencias que correspondan cuando el expediente le sea pasado al despacho, en forma que jamás quede el proceso paralizado en la secretaría ni en su poder sino que vaya avanzando por las diferentes etapas que la ley procesal determine, hasta que se produzca la sentencia que finalice la instancia o el recurso extraordinario de casación o revisión.

Debe imponerse a los jueces responsabilidad patrimonial por los perjuicios que causen a las partes y terceros intervinientes, cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente "proyecto" (véase núm. 163). Naturalmente, si el juez tiene dos o tres veces más trabajo del normal, su demora estará justificada en igual proporción.

Los C. de P. P. consagran este principio implícitamente en los textos que regulan la iniciación y el trámite oficioso del sumario y del proceso.

248. La carga de impulsión del proceso por las partes.

Existen actos de impulsión procesal de las partes, que consisten en peticiones escritas u orales que deben formular al secretario o al juez.

Aparentemente parece que en vista del deber del juez y del secretario de impulsar oficiosamente el proceso, no exista para las partes la carga procesal de su impulsión. Pero esto no es cierto: éstas están sujetas a tal carga, cuando aquéllos no cumplan con

su deber, para lo cual deben formular las correspondientes peticiones orales o escritas, según fuere el caso ²²⁴.

El incumplimiento por las partes de dicha carga produce diferentes consecuencias desfavorables, según el caso. Cuando por inactividad de ellas se deja que el expediente permanezca indebidamente en la secretaría, es decir, por no presentar un escrito o una petición verbal para que sea pasado al despacho del juez, o cuando el secretario se vea forzado a dejarlo allí porque falte un acto que indispensablemente debe provenir de la parte interesada, por más de seis meses, la consecuencia es el decreto de la perención o caducidad del proceso o del recurso de apelación, casación o revisión si la parte contraria lo solicita; si estando el negocio al despacho del juez no se reclama para que se dicte la providencia que corresponda, luego de vencido el término legal la sanción anterior no puede ser aplicada, pero sufren los perjuicios por la demora. Sin embargo, en el último caso, si tal demora es injustificable (lo cual debe apreciarse con el criterio que expusimos en el número anterior), las partes tienen el derecho a exigirle al juez, en proceso separado, responsabilidad patrimonial por los perjuicios que sufran.

De esta manera, mediante la imposición de deberes al juez garantizados con sanciones y responsabilidad civil, y de la carga de vigilancia e impulsión del proceso a las partes, se hace efectivo y drástico el principio del impulso del proceso y de su máxima aceleración.

249. Actos procesales de aseguramiento.

La ley procesal contempla medidas especiales para asegurar el éxito del proceso y el efectivo cumplimiento de la sentencia una vez ejecutoriada; de tales medidas, unas se aplican a las personas y otras a los bienes y unas se practican antes de iniciar el proceso (pero generalmente después de presentada la demanda) y otras en el curso del mismo ²²⁵.

²²⁴ Rocco: *Trattato*, ed. 1966, t. II, p. 162; Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núm. 165; Sentís Melendo: *Perención de instancia y carga procesal*, en *Estudios de derecho procesal*, ed. cit., t. I, ps. 321-353; Aragonese Alonso: *La inactividad de las partes*, en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", 1960, núm. 3.

²²⁵ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. III, núm. 401; Manuel Serra Domínguez: *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1969, ps. 493-516; Carlos de Miguel y Alonso: *Aseguramiento de bienes litigiosos*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1951, t. III, ps. 33 y ss., y *Notas sobre el proceso cautelar*, en "Revista de Derecho Procesal", Madrid, oct.-dic. 1966, ps. 87-93.

Son ejemplos de medidas de aseguramiento personales, la detención preventiva del proceso penal, y el arraigo que en algunos países se aplica para impedir que el demandado abandone el lugar donde debe tramitarse el proceso, que por fortuna no existe en Colombia.

Son ejemplos de las medidas de aseguramiento de bienes, el registro de la demanda, el embargo y el secuestro. El primero se refiere a los bienes inmuebles y derechos reales constituidos en ellos; consiste en comunicar al registrador de instrumentos públicos que tome nota de la demanda iniciada y que versa sobre uno de tales bienes o derechos, para que ella no resulte burlada con el traspaso que el demandado haga de ellos, o con los gravámenes que constituya a favor de terceros, o con otros actos de imitación de su derecho. En dicho registro de la demanda puede regularse de dos maneras: para que impida que se puedan inscribir tales actos de disposición o gravamen, de manera que el respectivo bien o derecho quede fuera del comercio, como si se tratara de un embargo o para que no impida las inscripciones de las ventas, hipotecas, etc., pero en el caso de que como resultado de la sentencia deba cancelarse el título del demandado, simultáneamente y sin orden especial del juez, deba el registrador cancelar aquellos otros registros. Es mejor el segundo sistema porque se garantiza suficientemente el derecho del demandante, sin permitir que se causen perjuicios innecesarios al demandado ni se le someta a presiones ilícitas; éste es el vigente en Colombia.

El embargo consiste en poner el bien, mueble o inmueble, fuera del comercio; el secuestro consiste en entregar el bien a un secuestre, designado por el juez, quien debe custodiarlo y si es el caso, administrarlo. Cuando se trata de inmuebles o derechos reales constituidos en ellos, el embargo se perfecciona mediante el envío al registrador de instrumentos públicos de un oficio ordenándole su inscripción y con dicha inscripción en el libro correspondiente. Si se trata de muebles, por regla general su embargo se realiza mediante el respectivo secuestro, con entrega del bien al secuestre; pero en algunos casos especiales el procedimiento es distinto; así, el embargo de derechos que por razón de mejoras o cosechas tenga una persona que ocupe un predio ajeno, se perfecciona previniendo al dueño que se entienda con el secuestre para todo lo relacionado con ellas; el de créditos, se perfecciona con la notificación al deudor mediante oficio que se le entrega personalmente; el de derechos que se persigan en otro proceso, se efectúa con la comunicación por oficio al juez que lo tramite; el de acciones en sociedades mediante comunicación al gerente, administrador o liquidador, o a la autoridad encargada de la matrícula y registro de sociedades personales comerciales,

o al socio gestor si se trata de sociedad en comandita, o a los otros socios y al gerente o liquidador si es sociedad civil; el de salarios o sueldos, se comunica al pagador o empleador; el de dineros depositados en banco o establecimientos similares, se comunica a éstos; el de derechos indivisos en bienes muebles se comunica a los otros copartícipes. Por consiguiente, tratándose de bienes muebles ordinarios, el embargo se perfecciona con el secuestro y las dos medidas se confunden; tratándose de los especiales indicados, opera primero una especie de retención y el secuestro ocurre cuando el título o el producto del derecho embargado se entrega al secuestre.

En algunos casos, el secuestro implica la administración de un negocio (almacén, fábrica, hacienda, etc.), como ocurre siempre que se trate de un establecimiento comercial y en las quiebras comerciales o concursos civiles de acreedores (en estos dos últimos casos el síndico asume las funciones de secuestre).

Un caso especial de aseguramiento de bienes, que tiene por fin garantizar el pago de los posibles perjuicios que una medida procesal puede causar (como la práctica de secuestros preventivos o la interposición del recurso de casación, o el manejo de bienes por un secuestre), es la caución judicial. Consiste en otorgar una fianza, prenda o hipoteca, o en depositar una suma de dinero a las órdenes del juez.

250. Actos procesales probatorios.

Se entiende por actos probatorios procesales aquellos que se ejecutan para la petición, presentación, admisión o decreto y práctica de los medios probatorios que se utilizan en el proceso, con el fin de llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos que debe tener en cuenta para sus decisiones. Son también actos de instrucción ²²⁶.

Estos actos pueden ser del juez, de las partes, de los terceros que en forma permanente u ocasional concurren al proceso para intervenir en él, y de terceros no intervinientes como peritos, intérpretes, traductores y testigos.

Algunos de tales actos son privativos del juez, como los de admisión y decreto de pruebas; otros son exclusivos de las partes y los intervinientes, como los de petición o aducción de las pruebas,

²²⁶ Devis Echandía: *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, Editorial Zavalia, eds. 1970, 1972, 1974 y 1976; *Compendio de la prueba judicial*, Ed. Rubinza-Culzoni, Santa Fe, República Argentina, 1984, t. I, núms. 6-12 y 136-145.

los hay en los cuales concurren el juez y las partes o esos terceros, como los de práctica de las pruebas cuando aquél y éstos intervienen; por último, en algunos concurren el juez y terceros ajenos al proceso como traductores, intérpretes, peritos y testigos.

En el proceso civil clásico, dominado por el criterio privatístico o de interés particular, los actos introductorios de pruebas debían provenir de las partes, como regla casi general, mientras que la intervención del juez estaba limitada a la admisión, el decreto, la práctica y valoración de las distintas pruebas; en cambio, en el proceso penal se le otorgaba al juez iniciativa oficiosa para investigar y decretar las pruebas. Pero en el derecho contemporáneo como lo hemos explicado varias veces (véanse núms. 12 y 250), el juez civil tiene amplias facultades para decretar de oficio todas las pruebas que estime convenientes para la formación de su convicción sobre los hechos, es decir, para verificar si corresponden o no a la realidad ²²⁷. Igual facultad se otorga en el C. de P. Laboral y se aplica al proceso contencioso-administrativo. Existe, además, para las partes la carga de probar los hechos en los cuales fundamentan sus pretensiones o excepciones y que son el supuesto de las normas que consagran ese efecto jurídico, por lo cual corren el riesgo de sufrir consecuencias desfavorables si llegare a faltar dicha prueba (véanse núms. 7 y 12).

Existen algunos actos que pueden servir como medios de prueba en el proceso, pero que no son procesales; se trata de los documentos, sean públicos o privados, elaborados fuera del proceso, pero que más tarde son aducidos por las partes o llevados por orden del juez al proceso.

El juez debe valorar o apreciar esas pruebas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para saber cuál es la fuerza de convicción que contienen y si gracias a ella puede formar su convicción sobre los hechos que interesan al proceso; pero ese acto del juez no es probatorio, sino decisorio, puesto que se trata de adoptar la decisión que sea procedente.

En razón de existir nuestras obras *Teoría general de la prueba judicial* y *Pruebas judiciales*, acabadas de citar, y porque esta materia exige un curso anual especial en las Universidades

²²⁷ Devis Echandía: *Teoría general de la prueba judicial*, eds. cit., t. I, núms. 21-30; *Compendio de derecho procesal*, t. II, *Pruebas judiciales*, Bogotá, Ed. ABC, 1984, y *Pruebas Judiciales*, ed. argentina, núms. 13 a 17; *El moderno proceso civil inquisitorio y con libertad para apreciar la prueba*, en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", Madrid, 1965, t. I, ps. 15-70; *Dos reformas indispensables a nuestro proceso civil: facultades inquisitivas al juez y libertad de apreciación de la prueba*, en "Revista Derecho Positivo", Bogotá, 1964, t. I; véanse autores y obras mencionadas en las citas 32 y 33 del cap. III.

como ocurre en Colombia desde hace un siglo), nos abstenemos de extendernos aquí en su explicación. Bástenos ahora observar que su importancia es extraordinaria, puesto que sin ellos no sería posible para el juez pronunciar sus decisiones interlocutorias y sus sentencias, salvo el caso excepcional de muy rara ocurrencia de que se le planteen simples cuestiones jurídicas aisladas de todo problema sobre la existencia o inexistencia de los hechos y sus características o que la ley presuma ciertos los hechos en que debe basar su resolución o los exima de prueba por otro motivo (como su notoriedad o su carácter indefinido). Salvo estos casos, para el juez los hechos solamente existirán cuando aparezcan demostrados en el proceso y su personal conocimiento de ellos por causas extraprocesales, es decir, su conocimiento privado, no puede servir para reemplazar la prueba que ha debido llevarse o practicarse.

251. Actos procesales de alegación.

En sentido general se entiende por alegación el acto procesal por el cual las partes o los terceros intervinientes suministran al juez datos de hecho o de derecho que interesan al proceso. Son simples declaraciones de ciencia, es decir, comunicación de lo que el autor del acto dice conocer o saber sobre los hechos o el derecho aplicable a ellas, y no siempre declaraciones de verdad, porque puede suceder que no correspondan a ella, y también actos de voluntad (en el sentido de que son el producto de la voluntad humana y se ejecutan con un fin concreto y para producir determinados efectos jurídicos) como las de hechos de la demanda y de excepciones, la formulación de las pretensiones y la sustentación de los recursos.

Desde el punto de vista amplio, son alegaciones las contenidas en la demanda, tanto respecto a los hechos como al fundamento en derecho de las pretensiones e inclusive éstas; lo son también las contenidas en la contestación a la demanda, incluyendo las negaciones de los hechos afirmados por el demandante y la afirmación de hechos diversos que estructuren excepciones de mérito e inclusive de simple trámite previo o impedimentos procesales; igualmente lo son las postulaciones de pruebas o su aducción directa, pues son especies de alegaciones para fijar los hechos en el proceso; lo son las que contengan la interposición de recursos, puesto que el interesado alega expresa o implícitamente error de la providencia; asimismo lo son las que solicitan la declaración de nulidades procesales, puesto que se basan en la alegación de un vicio que la ley considera causal de nulidad; lo son también los alegatos orales o escritos que las partes presentan

al juez, bien sea para valorar o apreciar las pruebas allegadas al proceso o para insistir en la aplicación a los hechos probados de las normas jurídicas que ellas consideran pertinentes; y por último, lo son las manifestaciones de querer desistir o haber transado o conciliado el litigio ²²⁸.

Por consiguiente, las alegaciones pueden ser *actos de introducción* al proceso (las contenidas en la demanda y su contestación) o *actos de instrucción* para la fijación de los hechos (las relaciones con la proposición y aducción de los medios probatorios), o simples *actos de razonamiento lógico* (los recursos, las solicitudes de nulidad y los alegatos propiamente dichos), o *actos de disposición* del proceso o del derecho pretendido (el desistimiento, la transacción y la cancelación).

En un sentido muy restringido suelen entenderse en la práctica procesal, como alegaciones, únicamente los alegatos orales o escritos que acabamos de mencionar.

En cuanto a los requisitos que deben cumplir los actos de alegación, ellos se determinan en cada caso por la ley procesal y son los que hemos visto para los actos procesales en general: capacidad y representación de la parte que las presenta, postulación adecuada, escritura u oralidad según el caso, contenido formal requerido según la clase de alegación, oportunidad procesal, lugar adecuado para su formulación, competencia del juez ante quien se formulan.

Los efectos procesales de las alegaciones dependen de la clase a que correspondan: las contenidas en la demanda y su contestación producen el muy importante de iniciar el proceso y fijar la *litis contestatio* y determinar el alcance de la resolución que el juez debe pronunciar en su sentencia, es decir, los límites de su congruencia (véanse núms. 262 y 264), y además determinan el juez competente para el proceso y las partes demandantes y demandadas y las que deben citarse inicialmente para vincularlas a sus resultados; las petitorias de pruebas imponen al juez el deber procesal de decretarlas, si no le parecen claramente irrelevantes, inconducentes o superfluas; las que reclamen nulidades imponen al juez el deber de resolver sobre su procedencia; las que contengan recursos imponen al juez y al superior de éste cuando se trate de apelación o casación, el deber procesal de tramitarlos y resolverlos; las que sean simples alegatos sobre cuestiones de hecho o de derecho, únicamente imponen al juez el deber procesal de estudiarlos y tenerlos en cuenta para sus decisiones.

²²⁸ Viada Aragoneses Alonso: *Curso de derecho procesal penal*, Madrid, 1968, t. I, ps. 331-335; Guasp: *Derecho procesal civil*, ed. 1962, núm. 22; *Carnelutti*, Sistema, ed. cit., t. III, núm. 399.

CAPÍTULO XXVIII

ACTOS DECISORIOS DEL JUEZ: AUTOS Y SENTENCIAS

252. Actos procesales del juez.

El juez dirige y decide el litigio o resuelve las peticiones que sin controversia se le presenten. Para esto dispone de ciertos poderes, que en los núms. 25 y 159 agrupamos en cuatro categorías: de decisión, de coerción, de documentación y de ejecución. Naturalmente, el ejercicio de esos poderes se hace mediante actos adecuados, que pueden ser de gobierno y de composición.

Los actos de gobierno procesal del juez son las órdenes, y los de composición procesal, las decisiones.

253. Actos decisorios del juez: autos y sentencias.

Los actos decisorios del juez están contenidos en las providencias que dicta y se clasifican en dos categorías: providencias interlocutorias y sentencias.

En muchos países como Colombia, se utiliza el término *sentencia* exclusivamente para la decisión definitiva de la instancia, respecto a la demanda y las excepciones de mérito o fondo contra las pretensiones contenidas en aquélla (con algunas salvedades), o de los recursos extraordinarios de casación y revisión; las demás providencias se denominan autos y se distinguen éstos en interlocutorios y de mera sustanciación, según se refieran a cuestiones incidentales o accesorias relacionadas con el fondo del asunto (los primeros) o simplemente con el gobierno del proceso (los últimos).

En estos sistemas los actos decisorios de composición procesal se dividen entre nosotros en sentencias y autos interlocutorios; y los actos de gobierno procesal se denominan autos de sustanciación. Todos son especies del género providencias.

Son interlocutorios las providencias que contienen alguna decisión sobre el contenido del asunto litigioso o que se investiga

y que no corresponde a la sentencia, o que resuelven alguna cuestión procesal que puede afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento, es decir que no se limitan al mero impulso procesal o gobierno del proceso. Son ejemplos las que resuelven un incidente, o inadmiten o rechazan la demanda, o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, o niegan el decreto o práctica de una prueba, o señalan una caución, o decretan embargos o desembargos, o admiten la intervención de un tercero o la rechazan.

Las providencias de sustanciación son las que se limitan a disponer un trámite de los que la ley establece para dar curso progresivo a la actuación, y se refieren a la mecánica del procedimiento, a impulsar su curso, ordenar copias y desgloses, citaciones y actos por el estilo.

En ocasiones se pone término al proceso mediante providencia interlocutoria, como cuando se declara probada la excepción previa de cosa juzgada sobre la totalidad de la pretensión o de caducidad definitiva, o se acepta un desistimiento o una transacción. Entonces el auto tiene valor de sentencia.

Se ha discutido mucho acerca de si la providencia que decreta pruebas, o la resolución que acepta una prueba y dispone practicarla, es de sustanciación o interlocutorio.

Tanto se relaciona con el derecho controvertido el decretar una prueba como el negarla, y por esto creemos que el auto es siempre interlocutorio.

También se ha discutido acerca de la naturaleza de las providencias que admiten la demanda, que ordenan un requerimiento o la notificación de la cesión de un crédito o del título ejecutivo a los herederos o la citación para reconocer documentos privados; estos autos son de sustanciación si se limitan a eso, pero si además resuelven sobre la personería de las partes, o el registro de la demanda, o la caución que deba otorgarse, u otro punto que no sea de simple trámite, son en esa parte interlocutorios. Las que decretan pruebas anticipadas, antes del proceso, tienen la misma naturaleza que los que decretan pruebas en el proceso y por lo tanto las consideramos interlocutorias, sea que se cite o no a la futura parte contraria.

254. Naturaleza de la sentencia. Cuántas puede haber en el mismo proceso. Casos en que se presentan varias en una misma instancia.

La sentencia es el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción,

de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado.

Mediante la sentencia se convierte, para cada caso, en voluntad concreta la voluntad abstracta del legislador que la ley contiene.

Toda sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del juez, en el cual existen las premisas y la conclusión. Pero al mismo tiempo contiene un mandato, pues tiene fuerza impositiva, ya que vincula y obliga. Es, por lo tanto, el instrumento para convertir la regla general contenida en la ley en mandato concreto para el caso determinado. Pero no es por sí misma un mandato, ya que se limita a aplicar el que contiene la ley.

La sentencia puede ser de tantas clases como los procesos, según la clasificación que expusimos en el capítulo X, y, por lo tanto, puede hablarse de sentencias declarativas o dispositivas; de conocimiento o ejecutivas; declarativas, de declaración constitutiva o de condena; represivas o preventivas; singulares o colectivas; contenciosas o de jurisdicción voluntaria.

Dos tesis se han formulado sobre la naturaleza de la sentencia: una sostiene que es un *juicio lógico* y otra que es un *acto de voluntad*. En realidad, las dos tesis contemplan aspectos diversos de la sentencia y lejos de excluirse se complementan ²²⁹.

Pero no se trata de un acto de voluntad del juez, sino del Estado a través de aquél. Nosotros consideramos la sentencia como un mandato y juicio lógico del juez para la declaración de la voluntad del Estado, contenida en la norma legal que aplica en el caso concreto.

El juez no crea el derecho, sino que lo declara o reconoce, de acuerdo con los hechos de donde se origina y con la norma legal que lo regula, o la costumbre cuando es aplicable.

En los procesos de única instancia existe una sola sentencia; en los de dos instancias (que son la gran mayoría si se apela de la de primera o existe consulta forzosa ante el superior), habrá dos sentencias, una en cada instancia; además, en algunos procesos existe recurso extraordinario de casación y entonces para resolverlo se dicta una tercera sentencia; también se resuelve por sentencia el recurso extraordinario de revisión, pero es un trámite separado y posterior a la terminación del proceso. Cuando se anula una sentencia o la parte del proceso que la contenga, es necesario repetirla.

²²⁹ Rocco: *Trattato*, ed. 1966, t. II, ps. 237-238; Calamandrei: *La genesi logica della sentenza civile*, en *Opere Giuridiche*, Nápoles, 1955, ps. 11-54; Santiago Sentís Melendo: "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", 1976, núms. 2-3.

Por regla general, con la sentencia concluye la instancia, pues en nuestro sistema no se le otorga ese nombre sino a las providencias que resuelven sobre la demanda y excepciones de mérito. Sin embargo, existen tres procesos civiles en los que se pronuncian sentencias que no ponen fin a la instancia y por ello posteriormente dentro de la misma se produce otra.

255. Forma y contenido de las sentencias y providencias interlocutorias.

En los procedimientos escritos las sentencias deben constar por escrito y en su encabezamiento debe indicarse en letras la fecha en que se dictan y la denominación legal del juzgado, tribunal o Corte; además, deben llevar la firma del funcionario que los dicta, o de los varios magistrados cuando se trata de acto de sala, lo mismo que la del secretario. Igual ocurre con las providencias interlocutorias.

Cuando la providencia se dicta en el curso de una diligencia judicial o una audiencia, es inicialmente oral, pero entonces debe dejarse constancia de ella en el acta respectiva, que a su vez lleva aquellas especificaciones y las firmas de quienes intervienen.

Además, toda decisión, sea auto interlocutorio o sentencia, debe ser motivada. Se exceptúan las de sustanciación, debido a que en ellas no se contiene una decisión. De acuerdo con esto, en toda decisión interlocutoria o sentencia se distingue la parte motiva y la parte dispositiva o resolutoria.

Cuando se trata de sentencias, debe distinguirse la motivación de los hechos y la del derecho. Se debe hacer una relación concisa del litigio o la investigación, si es penal, de su objeto, de sus causas, hechos y sujetos, indicando sus nombres y domicilios; de las pruebas y la crítica que merecen; de las normas de derecho y de las razones de justicia y equidad que se tengan en cuenta, y su aplicación a las peticiones y excepciones.

La disposición o resolución puede consistir en una sola decisión o en varias, según que en la demanda se formulen una o varias peticiones y que exista o no demanda de reconvención; o que haya pluralidad de imputados o concurrencia de delitos.

En el segundo caso, se debe resolver por separado, pero en la misma sentencia, sobre cada demanda y sobre las diversas peticiones de éstas, e igualmente respecto a cada imputado y a cada delito.

Como el fin que se busca es la certeza jurídica, la sentencia debe ser clara y precisa (véase núm. 72), por lo cual, cuando presenta oscuridad en sus decisiones, el juez, de oficio o a petición

de parte, debe proceder a aclararla siempre que lo haga o se le pida dentro del término de la ejecutoria y que los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda estén contenidos en la parte resolutive, o en la motiva si influyen en el contenido de aquéllas. Naturalmente, toda sentencia debe ser interpretada racionalmente cuando no sea suficientemente clara y no se haya aclarado por el juez o el tribunal que la dictó (véanse núms. 19, 222 y 240). Y debe ser lo más breve que sea posible, por economía y celeridad.

Por otra parte, como la sentencia es un mandato concreto, debe referirse y limitarse al caso del proceso.

En la sentencia debe estudiarse primero si las pretensiones incoadas en la demanda tienen o no respaldo en los hechos probados y en la ley sustancial que los regula, y solamente cuando el resultado sea afirmativo se debe proceder al estudio de las excepciones propuestas contra aquéllas por el demandado; pues si aquéllas deben ser rechazadas aun sin considerar las excepciones, resultaría inoficioso examinar éstas.

Todas las peticiones principales deben ser resueltas en la parte dispositiva de la sentencia, a menos que ésta deba ser inhibitoria, y si no prosperan, debe resolverse sobre las subsidarias.

En cambio, cuando se han alegado o probado varias excepciones perentorias, no es necesario que el juez las estudie todas, ni que se pronuncie sobre ellas, pues le basta hacerlo respecto de aquella que debe prosperar, si desvirtúa todas las peticiones de la demanda. Si al revisar el proceso en la segunda instancia, el superior encuentra infundada la excepción declarada, debe entonces tener en cuenta las demás, y por esto puede suceder que llegue al mismo resultado de rechazar las pretensiones de la demanda, a pesar de la diferencia de criterios.

En el proceso penal, la sentencia debe resolver sobre todas las imputaciones formuladas en el auto de proceder o en la providencia que la ley procesal señale al imputado o procesado o los varios que existan, lo cual implica considerar todas las defensas de aquéllos.

El juez no puede excusarse de cumplir su obligación de dictar sentencia (sea de fondo o inhibitoria), so pretexto de que no existe norma legal aplicable, porque en tal caso debe recurrir a la costumbre, a las normas generales del derecho y a la equidad, si el proceso es civil, laboral o contencioso-administrativo, y debe absolver al imputado o procesado en el proceso penal.

Cuando se trate de pretensión de condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, si no se puede fijar su importe en cantidad líquida en la sentencia, pero aparece que se causó un

daño o que se dejó de percibir un provecho como frutos o renta, se debe imponer la condena en abstracto, y si ello es posible se deben enunciar las bases con arreglo a las cuales debe hacerse su liquidación posteriormente, mediante una especie de incidente, ante el mismo juez que conoció de la primera instancia y en el mismo expediente, pero debe presentarse la liquidación por el interesado, dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia o del auto que ordena cumplir lo dispuesto por el superior, si aquélla hubiere sido apelada; vencido dicho término, caducará el derecho reconocido *in genere* y si se presenta posteriormente la liquidación, el juez la debe rechazar de plano. Tampoco puede recurrirse a otro proceso para obtener la liquidación, es decir, el derecho sustancial se extingue.

Pero para que la condena en abstracto a pagar perjuicios sea posible, es indispensable que se haya probado que existen y que falte solamente liquidar su monto o valor.

256. Ejecutoria de las providencias y sus efectos, su complementación y corrección.

Es regla general que ninguna providencia judicial surte efectos mientras no esté ejecutoriada con especiales excepciones debidas a la urgencia de ciertos trámites, como en los embargos preventivos, y en las apelaciones en el efecto devolutivo. En todo caso, ninguna providencia judicial queda en firme sino una vez ejecutoriada. La ejecutoria se surte una vez vencido el término para recurrir, o después de vencido el término luego de notificada, que señale la ley cuando carecen de recursos; por esta razón, providencia en firme es lo mismo que ejecutoriada. Hay autos que no tienen notificación y entonces se cumplen de inmediato; al final se dispone simplemente: "cúmplase".

Pero hay una diferencia muy importante entre los efectos de la ejecutoria de las sentencias y la de autos. Las primeras, una vez ejecutoriadas, no pueden ser reformadas y producen el efecto de la cosa juzgada entre las mismas partes o sus sucesores, si el proceso es contencioso, salvo especial y expresa excepción de la ley; además, obligan a las partes y vinculan al juez, como más adelante veremos (véase núm. 257). En cambio, los autos ejecutoriados no atan al juez cuando decide en la sentencia, y por tanto puede separarse de ellos cuando dicta ésta. Sin embargo, las sentencias pueden ser "complementadas" o "adicionadas" por el mismo juez que las dicta, cuando omitan resolver sobre alguna pretensión o excepción, o reconvencción, o demanda de proceso acumulado, o sobre el pago de costas, o sobre perjuicios en casos

de temeridad o de mala fe de las partes o de sus apoderados, o en otro caso en que la ley ordene imponer tales perjuicios oficiosamente; esta complementación o adición debe hacerse dentro del término de ejecutoria si es de oficio, o a petición de parte presentada dentro del mismo término.

Pero no quiere decir lo anterior que los autos ejecutoriados no tengan ningún valor vinculativo y que el juez pueda modificarlos o revocarlos oficiosamente o a solicitud de parte, en cualquier momento. Por el contrario, si los interesados no formulan los recursos que contra ellos existen, en el término de su ejecutoria, y ésta se surte, los autos interlocutorios vinculan al juez y a las partes, como necesaria consecuencia para el orden y la marcha progresiva de la actuación, a no ser que se trate de proferir sentencia, porque en este caso el juzgador puede separarse de sus conclusiones, o que exista una causal de nulidad que afecte la parte del proceso en donde se encuentren esos autos y aquélla sea declarada ²³⁰, o que la ley contemple un incidente para resolver el punto y se tramite y en el auto que lo resuelva se llegue a otra conclusión que en el anterior.

No se puede declarar sin valor o sin efectos un auto interlocutorio o un trámite compuesto por diversos autos, sin declarar su nulidad o sin revocarlo; lo primero, cuando existe alguna causal legal de nulidad, y lo segundo, cuando se interpuso oportunamente recurso de reposición o de apelación si éste era procedente.

Sin embargo, el juez puede aclarar de oficio cualquier auto, dentro del término de su ejecutoria; las partes pueden pedirla también como reposición.

Cuando se trate de autos de mera sustanciación, puede revocarlos el juez de oficio y en cualquier momento, siempre que con ellos se esté pretermitiendo el procedimiento y que no exista actuación posterior realizada como resultado de tales autos; en el último caso el camino consiste en declarar la nulidad de esa actuación, si se ha incurrido en falta de competencia o en grave pretermisión del procedimiento o en otro motivo de nulidad (véanse núms. 326-328).

Los errores puramente aritméticos cometidos en cualquier providencia (auto o sentencia) pueden ser corregidos por el mismo juez o tribunal, de oficio o a solicitud de parte, mediante un auto susceptible de los mismos recursos que la providencia corregida, en cualquier tiempo.

Todos los autos pueden ser complementados de oficio dentro del término de ejecutoria, o mediante recurso de reposición o en

²³⁰ Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. III, núm. 438.

cualquier momento por solicitud de parte si para ello no es necesario retrotraer la actuación. Este texto es aplicable a los procesos laborales y contencioso-administrativos.

Los errores de la sentencia, distintos de los puramente aritméticos, sólo pueden corregirse mediante los recursos oportunamente interpuestos (véanse núms. 309-317).

Pero si la sentencia contiene en su parte resolutive o en la motiva a la que aquélla haya hecho referencia y por tanto forme parte de la resolución, conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, puede ser aclarada por auto, de oficio dentro del término de ejecutoria o a solicitud de parte formulada dentro del mismo término. El auto aclaratorio se considera incorporado a la sentencia.

La aclaración de providencias interlocutorias o de sustanciación procede también de oficio dentro del término de ejecutoria, o mediante recurso oportuno de reposición que debe presentarse dentro del mismo término.

El juez sólo debe acceder a la aclaración cuando de acuerdo con su criterio le parezca que existe el motivo de duda sobre su decisión, aunque el peticionario piense otra cosa. La aclaración de la sentencia no puede llegar a modificar su alcance o el contenido de la decisión, pues debe limitarse a desvanecer las dudas que se produzcan por los conceptos o frases contenidos en ella, para precisar simplemente el sentido que se les quiso dar al redactarla.

Contra el auto que deniegue la aclaración no hay recurso alguno.

Esta norma sobre aclaración de providencias rige para los procesos civiles, laborales, penales y contencioso-administrativos.

257. Efectos de las sentencias ejecutoriadas y diferencia con los de la cosa juzgada.

Debe tenerse cuidado de no confundir la cosa juzgada con la ejecutoria de la sentencia. Ésta se cumple cuando no hay recursos pendientes por no otorgarlos la ley o por haber pasado el término para interponerlos, cualquiera que sea la sentencia; aquélla es una calidad especial que la ley les asigna a algunas sentencias ejecutoriadas. No hay cosa juzgada sin ejecutoria, pero sí ésta sin aquélla.

Igualmente importa saber que toda sentencia ejecutoriada obliga a las partes y debe cumplirse voluntariamente o en forma coactiva, aun cuando no constituya cosa juzgada. Por consiguiente, es un error decir que la obligatoriedad de la sentencia sea un efecto de la cosa juzgada, pues lo es de toda sentencia ejecutoriada.

La competencia para resolver en cada proceso sobre el fondo del litigio o del asunto de jurisdicción voluntaria, se extingue definitivamente al ser dictada la sentencia, y con ella concluye la instancia (con las excepciones que vimos en el número 254) o el trámite de la casación o revisión.

Sólo en el caso especial de que se decrete la nulidad del proceso a partir de un momento anterior a la sentencia o de que como resultado de una casación se ordene por la Corte al tribunal de segunda instancia repetir la sentencia, puede el juez que la dictó volver a resolver sobre el fondo del litigio o del asunto voluntario, dentro del mismo proceso, pero entonces desaparece procesalmente la primera sentencia.

Pero puede complementarse como se explicó en el número anterior.

Por otra parte, con la sentencia ejecutoriada se producen varios efectos jurídicos: se cumple por el juez la obligación impuesta por la demanda; sirve de título ejecutivo contra el obligado a cumplirla; impone a otros funcionarios ciertas obligaciones, como al registrador de instrumentos públicos la de registrarla si produce alguna modificación en la situación jurídica de un inmueble o derecho real constituido en él, y en algunos casos al notario la de protocolizarla; sirve para llevar determinada condición o calidad ante la sociedad, como sucede con las que versan sobre el estado civil. Es decir, produce algunos efectos fuera del proceso, además de los que normalmente produce dentro de él.

Por este motivo se distingue entre la *eficacia interna* y la *eficacia externa* de la sentencia. La primera se refiere a su imperatividad y obligatoriedad, que es un efecto que se produce con toda sentencia ejecutoriada, y a su definitividad e inmodificabilidad que sólo corresponde cuando tiene la calidad de cosa juzgada, entre quienes fueron partes y sobre el juez. La segunda se refiere a consecuencias distintas de la vinculación entre las partes y el juez, pero de indudable valor jurídico ²³¹.

Por regla general, los efectos de la sentencia se surten solamente entre quienes fueron partes en el respectivo proceso y sus causahabientes a título universal o singular (los últimos cuando su título sea posterior al registro de la demanda o al secuestro de bienes), en cuanto sólo a ellas obliga; esto se llama *efectos relativos de la sentencia*. Pero algunas sentencias producen *efecto erga omnes*, o sea contra todo el mundo. Al tratar de la cosa juzgada veremos con mayor amplitud este tema (véanse núms. 270-272).

²³¹ Canelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núms. 95 y 103.

258. Ejecución de las sentencias y otras resoluciones judiciales (nociones generales y referencia a los cursos especiales).

La sentencia requiere o no ejecución de acuerdo con la naturaleza de la pretensión que en ella se reconozca y con la clase de proceso a que haya dado origen la acción incoada. Los procesos declarativos o de declaración constitutiva agotan la pretensión con la sentencia, y si es favorable el demandante queda satisfecho con los efectos jurídicos que en ella se deducen.

En cambio, la sentencia favorable al demandante en los procesos de condena deja pendiente su cumplimiento para que la pretensión quede satisfecha. Toda sentencia de condena ejecutoriada presta mérito ejecutivo si las obligaciones que impone son exigibles y líquidas o liquidables.

Ya vimos que las resoluciones judiciales se deben cumplir una vez ejecutoriadas, o antes si son apeladas en el efecto devolutivo o recurridas en casación sin que se otorgue la caución exigida por la ley procesal, con la salvedad que en este texto se indica, a menos que se fije un plazo para el cumplimiento de las obligaciones que declaren (véase núm. 256).

Para la ejecución de la sentencia de condena no es necesario por lo general recurrir a un proceso posterior y distinto, sino, por el contrario, se procede a su cumplimiento por el mismo juez de primera o única instancia, sobre el mismo expediente, sea que se trate de entrega de bienes (por ejemplo, en los casos de restitución de tenencia o de reivindicación de posesión) o de pago de sumas de dinero para lo cual sea necesario el embargo, secuestro y remate de bienes del obligado. El cumplimiento de las sentencias de condena proferidas en la jurisdicción contencioso-administrativa se pide ante los jueces civiles; pero la Nación no puede ser ejecutada.

Sin embargo, cuando se trata de verdadera ejecución y no de simple entrega del bien objeto del proceso, conviene autorizar, como ocurre en Colombia, que pueda ejecutarse ante el mismo juez y en el mismo expediente, dentro de un término breve que se señale, posterior a la ejecutoria de la sentencia o del auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, si aquélla hubiere sido apelada. Pasado dicho término, se debe recurrir a demandar ante el juez competente y en proceso separado.

Así, cuando en virtud de la sentencia se debe entregar al que ganó el pleito alguna cosa mueble o inmueble, se procede a ponerlo en posesión material de ella, sin necesidad de nuevo proceso, y si la cosa mueble no puede ser habida, puede adelantarse la correspondiente ejecución.

Naturalmente, es necesario que la resolución de la sentencia pueda entenderse a fin de librar el mandamiento de pago para que sea cumplida; pero para conocer su decisión se hace indispensable tener en cuenta la parte motiva de la sentencia, que para estos efectos forma un todo indivisible con la decisoria.

Es necesario otorgarle a las sentencias dictadas por los tribunales contencioso-administrativos o por jueces de otra jurisdicción, una fuerza ejecutiva igual, diferente de la que tienen las proferidas por los jueces civiles y laborales.

La ejecución de la sentencia penal de condena se lleva a cabo mediante un procedimiento administrativo-carcelario.

En los cursos especiales se verá esta materia con mayor extensión.

259. Cumplimiento de sentencias extranjeras.

"*Exequatur*".

Se entiende por *exequatur* el requisito que deben llenar las sentencias dictadas en un país y otras providencias que revistan tal carácter, inclusive laudos arbitrales, para tener cumplimiento en otro ²³². Se denomina también proceso de *deliberación* o de *reconocimiento* o de *homologación*. Se inicia mediante el ejercicio de una acción autónoma, e independiente del proceso donde se pronunció la sentencia. Se trata de un verdadero proceso de tipo declarativo, porque persigue que se reconozca el valor que dicha sentencia extranjera tiene. Es una condición o formalidad para su cumplimiento, pero no un acto constitutivo de su eficacia o valor que lo tiene por sí misma ²³³.

El *exequatur* se aplica a las sentencias judiciales y demás providencias que en el país donde se profieran revistan tal carácter, pronunciadas en procesos judiciales contenciosos o de jurisdicción voluntaria, y a los laudos proferidos por tribunales, es

²³² Sentís Melendo: *La sentencia extranjera*, Buenos Aires, 1958; Morelli: *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1938; Mauro Cappelletti: *Las sentencias y las normas extranjeras en el proceso civil*, Buenos Aires, 1968, ps. 1-125; Carlos de Miguel Alfonso: *El reconocimiento de sentencias extranjeras en el derecho procesal español*, Atenas, 1967; Adolfo Gelsi Bidart: *Planteamiento procesal del tema de la sentencia extranjera*, en "Revista de Derecho Procesal", Madrid, 1959, ps. 9 y ss.

²³³ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. I, p. 306, e *Instituciones*, ed. cit., t. II, p. 49, y Sentís Melendo: *La sentencia extranjera*, ed. cit., p. 158, opinan, en contrario, que se trata de una "acción constitutiva"; Giuseppe Franchi: *Giurisdizione italiana e cosa giudicata*, Padova, 1967, ps. 81-115.

decir, a actos de jurisdicción y no a simples decisiones administrativas. El carácter de judicial o administrativo se debe juzgar de acuerdo con el derecho nacional del lugar donde fue dictada; lo mismo la legalidad del laudo arbitral.

Si conforme a la ley nacional el proceso de jurisdicción voluntaria se desarrolla ante el órgano jurisdiccional y su resolución tiene el valor de sentencia, ésta es susceptible de *exequatur*.

Es suficiente que sea necesario el cumplimiento o reconocimiento de la sentencia por cualquier autoridad de la República, o que ella deba producir efectos jurídicos aquí.

Las sentencias penales no pueden tener este *exequatur*, pues su cumplimiento sólo puede ocurrir en el país donde se dictaron; si el reo está en Colombia, sólo se puede pedir su extradición.

Para el trámite del *exequatur* existen varios sistemas. El administrativo, ante autoridades de esa rama; el judicial, ante el órgano judicial; éste puede tener dos modalidades, la que permite solicitarlo directamente ante el juez que conoce de la demanda o del proceso en que se vaya a hacer valer la sentencia extranjera, lo cual tiene el inconveniente de que pueden sobrevenir diversidad de conceptos y decisiones; la que exige un trámite previo, generalmente ante el más alto tribunal nacional, cuya decisión es obligatoria para todos los funcionarios del país ²³⁴. En Colombia ha regido siempre el último sistema, que consideramos el mejor (C. de P. C., art. 695).

Para que el cumplimiento de la sentencia extranjera sea posible y para que nuestros jueces le hagan surtir cualquier efecto, se requiere el *exequatur* ²³⁵. Para ello, la sentencia debe reunir los siguientes requisitos: 1° que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio nacional en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió (porque, en tal hipótesis, es competente privativamente la justicia nacional); 2° que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento; 3° que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente autenticada y legalizada (lo cual incluye su traducción al castellano); 4° que el asunto sobre el cual recae no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos; 5° que en el país nacional no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto; 6° que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya

²³⁴ Caicedo Castilla: *Derecho internacional privado*, Bogotá, 1960, ps. 49-492.

²³⁵ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 81; Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núms. 49-53, e *Instituciones*, ed. cit., t. I, núms. 67-75.

cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria; 7º que se cumpla el requisito del *exequatur*.

Y para que el *exequatur* sea posible, se requiere, además, que el tratado existente con el otro país lo autorice, o que allí se reconozca igual valor a las sentencias proferidas en el país nacional.

Si se declara que debe darse cumplimiento a la sentencia, se pide su ejecución, en caso de que lo necesite, ante el juez que sea competente conforme a las reglas generales sobre competencia o ante el juez que la ley nacional o el tratado señale.

Debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a) las sentencias eclesiásticas proferidas en el exterior necesitan *exequatur*;

b) puede pedirse para toda providencia con valor de sentencia, conforme a la ley del país de su origen, como ocurre con la que prueba una transacción que le pone término al proceso; y rige para las dictadas en procesos contenciosos y de jurisdicción voluntaria, y en arbitramentos ²³⁶;

c) la competencia para ese negocio debía corresponder a los jueces del país donde se dictó la sentencia y no a los nacionales, y no debe existir proceso en curso o concluido ante los jueces nacionales sobre ese asunto;

d) en el trámite para el *exequatur* hay demandado únicamente cuando alguien debe cumplir en el país donde se solicite la sentencia y el peticionario debe señalarlo expresamente;

e) debe probarse la reciprocidad legislativa o el tratado que autoricen su cumplimiento y su ratificación por el Congreso. La prueba de lo primero se reduce a la de la vigencia de la ley extranjera que en una u otra forma permita la reciprocidad.

260. La sentencia extranjera como prueba en procesos ante jueces nacionales y valor de las motivaciones de cualquier sentencia para probar hechos en otro proceso.

Al lado de los efectos de la sentencia extranjera, que estudiamos en el número anterior, está el problema del valor que como prueba pueda tener la sentencia ante jueces nacionales, sin que se esté impetrando su cumplimiento.

²³⁶ Devis Echandía: *Tratado de derecho procesal civil*, Ed. Temis, t. III, núm. 446.

Si se presenta una sentencia extranjera como simple prueba en un proceso ante nacionales, sin que haya recibido *exequatur*, debidamente autenticada su copia con intervención del cónsul o agente diplomático nacional en el país de origen, sólo podrá demostrar el hecho de haberse dictado, su fecha y cuál fue el contenido de su resolución. Pero de ninguna manera el juez nacional queda vinculado a tal resolución, ni puede reconocerle efectos en Colombia. Para que la vinculación se produzca será necesario obtener el *exequatur* ²³⁷.

Algo muy diferente de la resolución es el valor que pueda tener el concepto contenido en la parte motivo de la sentencia, acerca de los hechos que quien lo profirió consideró entonces que se encontraban probados en ese proceso. Tales conceptos, acompañados o no de la transcripción o relación de las pruebas en que se apoya, jamás pueden servir de prueba de esos hechos en un proceso posterior, sea que se trate de sentencia nacional o extranjera y que ésta haya recibido o no *exequatur*. Para probar esos hechos se requerirá trasladar en copia la prueba practicada en aquel proceso, para que el juez del nuevo la aprecie libre y soberanamente, de acuerdo con la ley nacional y ratificarla cuando sea esto necesario.

261. El registro de las sentencias.

Toda sentencia definitiva o ejecutoriada que haya sido pronunciada por cualquier juez o tribunal, debe ser registrada, en la oficina que la ley determine, si implica constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, o si ordena la cancelación de cualquier inscripción relacionada con tales efectos.

Pero para el cumplimiento por el juez de la sentencia, o para ejecutar con ella, no se necesita el registro.

En casos especiales, como pérdida o retención indebida del expediente, el juez puede autorizar el registro de una copia firmada por él y su secretario, con la constancia de su ejecutoria, y en vista del auto u oficio que así lo disponga, el registrador no puede negarse a cumplir la formalidad.

La vigencia de embargos sobre el inmueble o los derechos reales no impide el registro de las sentencias, ni la vigencia de la inscripción de otras demandas ni de la del mismo proceso; ésta debe cancelarse simultáneamente, con el registro de la sentencia.

²³⁷ Sentís Melendo: *La sentencia extranjera*, ed. cit., ps. 93-101; Calamandrei: *La sentenza civile come mezzo di prova*, t. I, ps. 108-129.

CAPÍTULO XXIX

LA CONGRUENCIA EN LAS PROVIDENCIAS DEL JUEZ

262. Qué se entiende por congruencia.

Se entiende por congruencia o consonancia el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral y contencioso-administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas.

Es uno de los principios más importantes e interesantes del derecho procesal, y por ello los autores suelen estudiarlo con detenimiento ²³⁸.

La incongruencia o inconsonancia es un error *in procedendo* o un defecto procesal y no un error sustancial de la sentencia; de ahí que para efectos del recurso extraordinario de casación deba alegarse por la causal segunda y no por la primera. Pero ese defecto no vicia de nulidad la sentencia, sino que impone la necesidad de que sea corregida mediante oportuno recurso de apelación o casación ²³⁹.

No se trata de un principio aplicable sólo a las sentencias, sino a toda resolución judicial que deba responder a una instancia

²³⁸ Pedro Aragonese Alonso: *Sentencias congruentes*, Madrid, 1957; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, parte 7ª; Guasp: *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 555-557; Podetti: *Tratado de los actos procesales*, Buenos Aires, 1955, ps. 439-455.

²³⁹ L. Prieto Castro y Ferrándiz califican la congruencia de requisito interno de la sentencia; *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1975, Ed. Manuales Universitarios.

de parte, y así lo encontramos en la apelación de autos interlocutorios, que sólo da competencia al superior para decidir sobre el punto objeto del recurso y en lo desfavorable al recurrente, salvo que la otra parte se haya adherido a la apelación o que lo exija la reforma pedida en razón de su necesaria conexión con los otros puntos (*reformatio in pejus*), como veremos en el número 311; a la admisión de la demanda, porque el juez no puede modificarla para que comprenda otras materias o peticiones (pero sí puede ordenar de oficio la citación de las personas que no figuren como demandantes ni demandadas y que sean litisconsortes necesarios —véase núm. 184—, y exigir que se aclare lo que se pide y se subsanen sus deficiencias); al decreto de pruebas en el proceso civil, cuando se exija siempre la expresa solicitud de las partes, lo cual no sucede afortunadamente en Colombia.

La concordancia es, pues, un principio general normativo que delimita las facultades resolutivas del juez.

Pero es en la sentencia en donde este principio reviste su mayor importancia, por tratarse del acto procesal del juez que satisface la obligación de proveer, que como representante del Estado le impone el ejercicio de la acción y del derecho de contradicción, y que resuelve sobre las pretensiones incoadas en la demanda y las excepciones de mérito que tienden a desvirtuarlas, o sobre las imputaciones penales y las defensas del procesado. Esta identidad jurídica debe existir (en materia civil, laboral y contencioso-administrativa) entre la sentencia, por una parte, y las pretensiones contenidas en la demanda y las excepciones oportunamente propuestas si la ley lo exige así (compensación, prescripción y nulidad sustancial relativa), o simplemente probadas como regla general; porque cuando la oposición del demandado se limita a negar el derecho del demandante o a señalar los hechos impositivos de su nacimiento, nada agrega al examen que el juzgador debe hacer de las pretensiones, es decir, de la existencia y, por lo tanto, del nacimiento del derecho pretendido; sólo la excepción, en su sentido rigurosamente técnico (véase núm. 127), impone al juzgador el deber de examinar puntos que no resulten necesariamente del estudio de la pretensión. Y en materia penal la identidad jurídica debe existir entre la pretensión punitiva del Estado, contenida en el auto de proceder en el sistema inquisitorio, o en la acusación del fiscal en el sistema acusatorio, tanto respecto de los hechos y de la responsabilidad imputados y la sentencia; y entre ésta y el veredicto del jurado.

Sobre el fundamento jurídico de este principio se han presentado diversas opiniones.

Algunos consideran que en materia civil se trata simplemente de una aplicación del principio dispositivo del procedimiento (véase

núm. 15); pero se les observa que éste mira a la aportación por las partes del material del hecho y de las pruebas limitando la función del juez a valorarlo. Sin embargo, en sentido general, el principio dispositivo se refiere a que en el proceso civil son las partes quienes deben llevar la iniciativa en todo sentido, y si se le entiende así, su relación con la congruencia aparece evidente; pero aquel principio no es bastante para explicar el fundamento de ésta, ya que no da la razón de por qué una vez alegados los hechos por las partes y formuladas sus peticiones, no puede el juez resolver sobre algo distinto ni dejar de resolver sobre ellas.

Puede pensarse también que se trata de una derivación del principio de contradicción, pero como éste se refiere a que el demandado tenga el derecho y la oportunidad real de defenderse, no nos parece que la incongruencia lo desconozca, porque se trata de que, a pesar de esa defensa efectiva, el juez no puede imponer una condena mayor o distinta, o deje de resolver. En cierto sentido puede decirse que si el juez condena a algo no pedido, el demandado no ha tenido ocasión de contradecir ese punto; pero la observación es aparente, porque la contradicción de la prueba en general y la oportunidad de hacerse oír permanecen incólumes en esa hipótesis.

También se ha dicho que se trata de la necesidad de impedir un exceso de poder por parte del juez; pero esto no explica todos los supuestos de incongruencia, como los casos en que se deje de resolver; ésta puede ser una de las finalidades del principio, mas no explica su razón o fundamento ²⁴⁰.

Nosotros creemos que se trata de una consecuencia lógica de la relación de jurisdicción como derecho y deber del Estado, tal como lo estudiamos en el capítulo IV (véanse núms. 21-24). Los derechos de acción y de contradicción imponen al Estado el deber de proveer mediante un proceso y por una sentencia, cuyo alcance y contenido están delimitados por las pretensiones y las excepciones, que complementan el ejercicio de aquellos derechos ²⁴¹. Es decir, la relación de jurisdicción comprende tanto la acción y la contradicción como la pretensión y la excepción que en ejercicio de estos derechos se formulan al juez para determinar los fines mediatos y concretos del proceso, y de esta manera fija la materia sobre que debe versar la sentencia (véanse núms. 98, 107, 113 y 127). En lo penal la excepción en sentido estricto no juega papel, porque la existencia de una causa de exculpación o de inimputabilidad excluye la existencia del delito y por consiguiente son hechos impositivos de éste, y no exceptivos.

²⁴⁰ Aragonese Alonso: ob. cit., p. 142.

²⁴¹ Guasp: *Derecho procesal civil*, ed. cit., p. 533.

Nuestro concepto se aproxima al de Guasp²⁴², para quien el principio de la congruencia se deduce de las nociones de proceso y sentencia, relacionadas con la de pretensión.

263. Delimitación de la congruencia respecto de las excepciones.

Las legislaciones y los autores concuerdan en la delimitación de la resolución de la sentencia por las pretensiones contenidas en la demanda, aunque con frecuencia incurren en el error de hablar de acciones en vez de pretensiones. En cambio, en cuanto a las excepciones se refiere, si bien hay acuerdo en que la congruencia significa que se debe resolver sobre las alegadas por el demandado, no lo hay acerca de si las que aparecen probadas en el expediente deben ser consideradas de oficio por el juez, o si se requiere siempre la petición de aquél. Como lo estudiamos en el capítulo XIV, las legislaciones y la doctrina europeas se inclinan a negarle al juez la facultad de declarar de oficio las excepciones de mérito, aun cuando aparezcan demostradas en el proceso; en cambio, en Colombia, tanto en los procesos civiles como en los laborales y contencioso-administrativos, de acuerdo con el criterio consagrado en el Código anterior de 1931 y en el actual de 1970, se le impone al juzgador la obligación de estudiarlas oficiosamente, desde el momento en que aparezca su prueba y sin que importe que ésta provenga del propio demandante, salvo las de prescripción (porque no extingue la llamada obligación natural), compensación (por depender ésta de la voluntad del demandado y tener un cierto sentido reconventional) y nulidad sustancial relativa (porque su no alegación la sana) ²⁴³. Como allí dijimos, consideramos más técnico, más moderno, más de acuerdo con las actuales nociones de acción, de derecho de contradicción, de proceso y jurisdicción, el sistema consagrado en nuestro Código, y creemos que el sistema europeo es un rezago del concepto privatista del derecho procesal y del proceso, que debe ser remozado. No se viola el principio de la igualdad de las partes, porque existe contradicción, y porque al declarar de oficio la excepción de mérito no se sale el juez del campo del litigio planteado en la demanda. Ade-

²⁴² Guasp: ob. cit., p. 533, y *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1950, t. I, p. 974.

²⁴³ Devis Echandia: *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. III, núms 418-423 y 426-428; *Nociones generales de derecho procesal civil*, Ed. Aguilar, Madrid, 1966, p. 542.

más, el principio fundamental de la recta administración de justicia exige aplicar los procedimientos en forma de tutelar los derechos sustanciales reconocidos por la ley, pero sólo éstos, por lo cual es necesario el examen de oficio de las excepciones de mérito para que no se otorgue un derecho inexistente, con grave quebranto de la justicia, salvo las tres mencionadas en razón de su peculiaridad.

Por consiguiente, en materia de excepciones la congruencia tiene un sentido diferente, según el sistema acogido en la ley; en el nuestro, exigirá al juez que resuelva sobre las de mérito que aparezcan probadas en el proceso (con las tres salvedades indicadas que deben haber sido alegadas en la contestación de la demanda); en el europeo, le exigirá solamente la resolución respecto de las propuestas por el demandado en la debida oportunidad y le impedirá resolver sobre las demás, aun cuando aparezcan probadas.

Nos referimos a la oportunidad legal, porque algunos Códigos imponen la carga procesal de alegar todas las excepciones de mérito en la contestación de la demanda con un sentido preclusivo; el nuestro, en cambio, sólo exige alegar en la contestación de la demanda las tres mencionadas y las otras pueden alegarse en cualquier momento, antes de la sentencia, como lógica consecuencia de que aun de oficio se deben declarar en ésta si aparecen probadas.

En materia penal no opera la excepción en sentido estricto (véase núm. 129) y el juez oficiosamente debe considerar todas las defensas del sindicado o imputado. Por lo tanto, nunca hay incongruencia por este aspecto. Pero es admisible el concepto de excepciones previas o de previo pronunciamiento, al comienzo del proceso o juicio, para evitar adelantarlos innecesariamente.

264. Delimitación de la congruencia respecto de las pretensiones o las imputaciones.

Menos sencillo es delimitar el alcance de la congruencia en relación con las pretensiones o las imputaciones. En derecho romano se conocía este principio, y de él provienen las máximas con que se le suele representar: *Sentencia debet esse conformis, libello; ne eat iudex, ultra, extra o citra petita partium; tantum ligatum quantum iudicatum; iudex iudicare debet secundum allegata et probata.*

1) *En materia civil, laboral y contencioso-administrativa*, siempre que se trate de conocer si hay identidad entre dos deman-

das o entre una sentencia y una demanda o dos sentencias, el factor determinante es la pretensión aducida en aquéllas y resuelta en ésta. La acción es una misma para cada tipo de procesos: declarativa de condena, declaración constitutiva, ejecutiva, cautelar, ordinaria o especial (en cada uno de estos tipos la pretensión varía de acuerdo con sus tres elementos: sujeto, objeto y causa) (véase núm. 115).

Suele hablarse de que la correlación debe existir entre acción y sentencia ²⁴⁴, lo cual es un error, pues se toma aquel término en el sentido de pretensión; también de que debe ser entre demanda y sentencia, lo cual es más técnico, pero debe entenderse que ello es así en cuanto que en la demanda se encierra la pretensión del demandante. Por ello es mejor hablar de identidad entre pretensiones y sentencia, ya que aquéllas delimitan las cuestiones que se le plantean al juez para que las resuelva, con relación a un objeto, a una causa o un título y respecto a ciertas personas. De ahí la importancia de esta noción de pretensión, que en el capítulo XIII estudiamos.

El sentido y alcance de la congruencia en relación con la pretensión puede resumirse en dos principios: a) el juzgador debe resolver sobre todo lo pedido en la demanda, sin conceder cosa distinta ni más de lo pedido; b) la resolución debe basarse en los hechos sustanciales aducidos en la demanda y en los circunstanciales o accesorios simplemente probados. Si la sentencia otorga menos de lo aceptado por el demandado, o de lo probado, habrá un error de fondo, pero no incongruencia, porque habrá resuelto sobre lo pedido ²⁴⁵.

Naturalmente, deja de operar la primera limitación cuando la ley procesal autoriza al juez para otorgar cosa distinta o más de lo pedido, si aparece probado el derecho, como ocurre en el proceso laboral colombiano ²⁴⁶. Por lo tanto, la incongruencia se presenta sólo cuando el sentenciador rebasa las facultades oficiosas que la ley le otorga, al resolver sobre las pretensiones y excepciones. En materia penal, la congruencia se refiere a los

²⁴⁴ Rocco: *Trattato*, Torino, 1966, t. II, ps. 233-234.

²⁴⁵ Rocco: *Trattato*, cita anterior; Guasp: *Comentarios*, ed. cit., t. I, ps. 964-966 y *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 555-556. Nuestra Corte Suprema lo ha entendido así, pues cuando ha querido puntualizar los casos de incongruencia los ha limitado a conceder algo distinto de lo pedido (*extra petita*), o más de lo pedido (*ultra petita*) o a nada resolver sobre una pretensión o excepción (*citra petita*); así en: sentencia de 16 agosto 1972, citada; febrero 8 de 1974, publicada en "Foro Colombiano", núm. 56, p. 200; 18 mayo 1972, "G. J.", t. CXLII, núms. 2356-2357, publicada también en "Foro Colombiano", núm. 37, p. 88.

²⁴⁶ Aragoneses Alonso: *Sentencias congruentes*, ed. cit., p. 115.

hechos imputados y a responsabilidad por éstos; sólo puede condenarse por los mismos hechos y por el delito o la contravención que de ellos resulte, y también a la concordancia entre el veredicto del jurado y la sentencia.

La iniciativa o pasividad del juez en la investigación de los hechos no forman parte de la congruencia, que mira sólo a la actividad de resolver. Aquéllas se relacionan con los principios inquisitivo y dispositivo del procedimiento (véase núm. 12) y determinan la legalidad o ilegalidad de la conducta del juez en materia de pruebas, pero no se refieren a la congruencia del fallo, que mira sólo a la armonía entre decisión y pretensión-excepción, o entre imputación y decisión (lo último en el proceso penal).

Las peticiones contenidas en la demanda determinan el objeto de las pretensiones; los hechos que las partes alegan en la demanda configuran la causa jurídica de donde se pretende que emane el derecho para perseguir tal objeto, que delimita exactamente el sentido y alcance de la resolución que debe adoptarse en la sentencia. Lo mismo ocurre con los hechos que se deducen al alegarse o simplemente probarse (lo último en nuestro sistema) las excepciones del demandado. La máxima *judex judicare debet secundum allegata et probata* significa, en materia de congruencia, que el juez debe atenerse a los hechos de la demanda y de las excepciones probados en el proceso, pero el juez puede considerar hechos secundarios o accesorios no alegados en la demanda, si se encuentran probados (véase núm. 233) ²⁴⁷.

En cambio, los elementos de derecho que las partes suministran al juez, al citar en la demanda las normas en que cree el demandante apoyar sus pretensiones y en los escritos de excepciones el demandado, o en ambos alegatos, no tienen ninguna aplicación para la materia de la congruencia, en razón de que el juzgador mantiene una absoluta libertad en la aplicación del derecho y las normas que lo contienen (véanse núms. 15, 19, 25 y 234), lo mismo que en la valoración de los hechos alegados y probados por las partes: *jura novit curia*.

Esta diferencia entre hechos y normas de derecho se explica también porque en aquéllos se contiene la *causa petendi* o título jurídico invocado como la fuente de donde se quiere deducir el derecho pretendido que, por tanto, delimita uno de los aspectos o elementos esenciales de la pretensión (véase núm. 115). No es lo mismo pretender algo por una causa determinada, que por otra;

²⁴⁷ José Carlos Barbosa Moreira: *O novo processo civil brasileiro*, Edit. Forense, Río de Janeiro, 1975, vol. I, p. 22; Marcos Alfonso Borges: *Comentários ao código de processo civil*, San Pablo, 1975, ps. 150-151.

se puede tener el derecho en razón de aquélla y no de ésta; por ejemplo: reclamar la propiedad de un inmueble por haberlo comprado, es diferente a reclamarla por haberlo ganado por prescripción, y la causa juzgada sobre lo primero no impide sentencia de mérito y favorable sobre lo segundo. Por ello el juez debe limitarse al examen de la causa invocada en los hechos, única que el demandado ha controvertido y que es materia de resolución.

La libertad de valoración de los hechos y sus pruebas es consecuencia de la libertad de aplicación del derecho, porque no es más que el examen de la fuerza de convicción que a esas pruebas le asigna el juez, en uso de las facultades que la ley le otorga.

En relación con las pretensiones, la incongruencia, tiene tres aspectos: a) cuando se otorga más de lo pedido (*plus petita* o *ultra petita*); b) cuando se otorga algo distinto a lo pedido (*extra petita*); c) cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citra petita*).

2) *En materia penal*, debe existir congruencia entre las imputaciones o pretensiones punitivas (que son las mismas) formuladas al imputado o sindicado para su procesamiento o enjuiciamiento definitivo y la decisión contenida en la sentencia que resuelva sobre la absolución o condena que por aquéllas se pronuncie o imponga al por entonces ya procesado, para no sorprender a éste con decisiones ajenas a tales imputaciones, lesionando su derecho constitucional de defensa. Pero se deben tener en cuenta los hechos imputados y no su calificación jurídica.

3) *Distintas formas de incongruencia.*

A) *La incongruencia por "plus" o "ultra petita" ("Ne eat iudex ultra petita partium").*

Para los diferentes procesos en *materias civiles, laborales y contencioso-administrativas*, significa esta incongruencia que la sentencia no debe otorgar cuantitativamente más de lo pretendido en la demanda ²⁴⁸. Se refiere, pues, a la armonía cuantitativa. En cambio, no se afecta la congruencia cuando la sentencia concede menos de lo pretendido por el demandante, porque entonces está resolviendo sobre la totalidad de la pretensión, aunque limitándola a lo que el juez considera probado; si esta decisión es equi-

²⁴⁸ Guasp: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, ps. 964-966, y *Comentarios* ed. cit., t. I, p. 971; Aragoneses Alonso: ob. cit., ps. 89-120; Rocco: *Trattato*, ed. cit., ps. 233-235.

vocada, se habrá violado la ley como resultado de errores en la apreciación de la prueba o en la aplicación de las normas sustanciales o materiales, pero no habrá incongruencia, como tampoco la hay cuando el juez niega la totalidad de la pretensión ²⁴⁹.

La sentencia debe resolver sobre la totalidad de las pretensiones del demandante, estén o no aceptadas por el demandado; esta circunstancia influirá en el sentido de la resolución, aunque no siempre lo determinará, porque sólo cuando lo aceptado de la pretensión sea legalmente susceptible de prueba de confesión, la admisión del demandado conducirá a una sentencia condenatoria. Pero aun en el último supuesto, si la sentencia no accede a la pretensión aceptada, habrá resuelto sobre ella y se tratará de un error y de una ilegalidad de su decisión, pero no existirá incongruencia. Si el demandado acepta toda la pretensión o parte de ésta, la sentencia de todas maneras debe resolver si accede o no a ella, según valga o no la prueba de confesión (en esto radica la congruencia); en el primer supuesto no puede dejar de resolver so pretexto de que no hay controversia, pues la demanda le impone la obligación de hacerlo, con prescindencia de que el demandado se oponga o no a sus peticiones. Además, son muchas las relaciones jurídicas que necesitan obtener la certeza jurídica de la sentencia, pese a que el demandado esté de acuerdo con ellas, como sucede en los casos de estado civil de las personas y de divorcio o nulidad del matrimonio o separación de cuerpos entre los esposos.

En las legislaciones que prohíben al juez declarar de oficio las excepciones perentorias y dilatorias, el pronunciamiento de la sentencia con violación de tal norma constituye también el vicio de *ultra o plus petita*, porque equivale a reconocerle al demandado más de lo que pide. En nuestro sistema legal, esto ocurrirá sólo cuando se declaren de oficio las excepciones de prescripción, compensación o nulidad sustancial relativa ²⁵⁰, no alegadas en el término para contestar la demanda.

Pero hay que tener en cuenta que la incongruencia desaparece cuando la ley faculta al juez para separarse de las peticiones de la demanda, como sucede en Colombia en el proceso laboral, pues el sentenciador de primera instancia puede otorgar lo que aparezca probado que le corresponde al trabajador demandante, aun cuando por error se haya pedido menos. Pero si el juez otorga más de lo pedido, sin que la ley faculte para otorgarlo de oficio, habrá incongruencia.

²⁴⁹ Véase cita 248.

²⁵⁰ Véase cita 346.

Cuando el juez otorga en la sentencia más de lo probado, pero igual a lo pedido o menos de esto, su decisión será ilegal, de acuerdo con el principio *actore non probante, reus absolvitur*; pero la congruencia será perfecta. Lo mismo sucede cuando declara probada una excepción que fue alegada, pero que no se demostró. La congruencia mira a las peticiones y excepciones; no a las pruebas.

En *materia penal* no opera esta clase de incongruencia, porque la cuantía de la pena la regula la ley y el juez la aplica de oficio; si el juez la excede se tendrá un error de fondo y violación directa de aquélla, pero esto es un defecto diferente por violación de la ley sustancial, al paso que la incongruencia es un error *in procedendo*, y todas las defensas del procesado deben ser consideradas de oficio por el juez.

B) *Incongruencia por "extra petita"* ("*Ne eat iudex extra petita partium*").

Existe esta incongruencia en *materias civiles y contencioso-administrativas*, cuando el sentenciador sustituye una de las pretensiones del demandante por otra o cuando además de otorgar las primeras concede algo adicional, y cuando se otorga lo pedido, pero por *causa petendi* diferente a la invocada ²⁵¹. Pero no la hay si el juez decreta una medida que es consecuencia legal de lo pedido, como la entrega del bien materia del contrato de venta que se anula o se resuelve. Se incurrirá en *citra petita* si se deja de resolver sobre el punto pedido; pero puede ocurrir que éste sea negado, en cuyo caso no existirá *citra petita*, y que se otorgue en su lugar algo distinto, por lo que habrá *extra petita*.

En lo *laboral* no existe esta incongruencia en la sentencia de instancia, cuando, como ocurre en Colombia, la ley autoriza al juez para reconocerle al trabajador demandante los derechos que le correspondan aun cuando no los haya pedido; pero en la segunda instancia no se acepta esta *extra petita* si el juez *a quo* no la declaró, lo cual no se justifica y urge la reforma que lo permita.

Este aspecto de la congruencia se refiere a la *armonía cualitativa*. Se entiende que hay desarmonía cualitativa, cuando se otorga un derecho diferente al pedido, aunque verse sobre el mismo bien, o se declara una relación jurídica diferente; o se otorga lo pedido, pero por una *causa petendi* distinta a la invocada en la demanda, ya que siendo aquélla uno de los elementos que estruc-

²⁵¹ Rocco y Guasp: obs. y ps. citadas; Aragoneses Alonso: ob. cit., ps 137-138.

turen la pretensión, si varía se habrá concedido algo diferente de lo pedido en la demanda (esto ocurrirá cuando la sentencia se fundamenta en los hechos esenciales distintos de los invocados en la demanda, pero no cuando sean accesorios o secundarios, ni cuando se apliquen normas de derecho por iniciativa del juzgador, ya que para esto tiene absoluta libertad; este criterio se aplica también para efectos de saber si existe *litispendencia* o cosa juzgada (véanse núms. 130, 233, 244 y 237).

En cuanto a las excepciones de mérito, habrá esa incongruencia cuando el juez declare oficiosamente una que la ley exige sea alegada por el demandado, como las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa en los procesos civiles colombianos y todas las verdaderas excepciones de mérito en otros países.

Por ejemplo, existirá incongruencia cuando se reclame la restitución de la tenencia de un bien como simple arrendador y se decrete la restitución de su posesión al demandante como propietario; cuando se reconozca la propiedad por compraventa, habiéndose alegado prescripción; o se condene a pagar una suma en razón de un contrato cuando se invocó otro (pero no si se trata de corregir la simple denominación jurídica del contrato, por haberla equivocado el demandante; tampoco si el juez corrige la denominación jurídica de la excepción, si los hechos están invocados).

Una vez más aparece la importancia de determinar con exactitud lo que se entiende por pretensión y sus elementos (véanse núms. 113-121).

El vicio de *extra petita* desaparece cuando la ley faculta al sentenciador para otorgar lo no pedido, si aparece probado, como sucede en Colombia en la primera instancia en materia laboral y en lo civil con la nulidad absoluta del título o contrato. Tampoco existe incongruencia cuando el juez declara u ordena algo accesorio no pedido, pero que es consecuencia natural de las pretensiones formuladas o de las excepciones que prosperan, ni cuando se decide sobre algo no pedido explícitamente, pero que "es un complemento obligado de las pretensiones invocadas y resueltas" como cuando ordena la restitución de la cosa material del contrato que se anula o declara simulado, o cuando reconoce al poseedor demandado y vencido, derecho sobre mejoras y prestaciones mutuas ²⁵².

²⁵² Jorge Clariá Olmedo: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1964, t. IV, ps. 414-416; Giovanni Leone: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1963, t. III, ps. 186-187 y 230; Vincenzo Manzini: *Tratado de derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, t. II, ps. 920-921; Emilio Gómez Orbaneja - Vicente Herce Quemada: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1968, ps. 247-248; Carlos Viada-Pedro Aragoneses: *Curso de derecho procesal penal*, t. I, ps. 427-435.

En *materia penal* esta clase de congruencia consiste en que la sentencia se limite a resolver sobre las imputaciones hechas al sindicado o imputado en el llamado auto de proceder o en la providencia que la ley procesal señale o en la acusación del fiscal y a imponer la pena que corresponda a la responsabilidad declarada en el veredicto del jurado, si lo condena por algo diferente, aunque el ilícito aparezca probado en ese proceso, la sentencia será incongruente, o si se le impone la pena prevista en la ley para otro tipo de responsabilidad (caso el último diferente a la incongruencia por *plus* o *ultra petita*, que ocurre cuando se excede la pena señalada para el mismo ilícito juzgado). Las imputaciones estarán determinadas por los hechos delictuosos que en el auto de proceder o en la acusación se imputan al sindicado o imputado, como autor, cómplice o encubridor, y por la clase de delito que de ello deduce el juez cuando procesa de oficio, o el fiscal al acusar; si en la sentencia se consideran únicamente aquellos hechos, pero se le condena por delito diferente a aquel que de ellos se deduce, habrá incongruencia, y también la habrá si se le condena por el tipo de delito calificado en el auto de proceder o la acusación, pero por hechos diferentes a los que se le imputaron.

Cuando en el proceso interviene jurado de conciencia, al que corresponde emitir el veredicto acerca de si el procesado es o no responsable, hay también incongruencia de la sentencia cuando esté en desacuerdo con tal veredicto. Pero en el sistema colombiano procesal penal, el juez está autorizado para rechazar por una vez el veredicto del jurado, cuando lo considere claramente contrario a la evidencia de los hechos, mediante auto que debe ser consultado con el superior, y si éste lo confirma se procede a convocar nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo; es decir, en vez de dictar sentencia, el juez declara la contraevidencia del veredicto por auto, en el supuesto examinado; si el superior revoca dicho auto, el juez debe proceder a dictar la sentencia de acuerdo con el veredicto; también en segunda instancia puede el Tribunal Superior declarar la contraevidencia del veredicto.

C) *Incongruencia por "citra petita"* ("*Ne eat iudex citra petita partium*").

En *materias civiles, laborales y contencioso-administrativas*, se trata de dejar de resolver sobre el litigio o no hacerlo sobre algún punto de la pretensión o sobre alguna excepción perentoria o dilatoria de fondo ²⁵³; en *materia penal*, sobre alguna imputación

²⁵³ Guasp, Aragoneses, Alonso, Rocco: citas anteriores.

penal. Pero téngase en cuenta que *la decisión puede existir implícitamente en la sentencia*, caso en el cual no existirá incongruencia; esto puede ocurrir cuando en la parte motiva de la sentencia se trató el punto en forma de que aparezca el implícito rechazo de una pretensión o excepción, a pesar de no haberse dicho nada en la resolución final, y cuando la sentencia negó alguna pretensión o excepción que necesariamente implica el rechazo también de otra, aun cuando no se diga nada sobre ésta en la parte resolutive e inclusive tampoco en la motiva. No se trata, pues, de una simple falta de conformidad literal.

Respecto a las excepciones, bastará en el sistema legal colombiano que aparezcan probadas, salvo las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa, que deben ser alegadas en la contestación de la demanda, Pero pueden estar resueltas tácitamente y entonces no existirá incongruencia (véanse núms. 127-131).

Cuando exista esta incongruencia se tendrá entonces una sentencia negatoria de justicia o sólo incompleta, con la cual el juzgador no cumple a cabalidad el deber que al Estado le impone el derecho de acción y de contradicción (véanse núms. 24, 98, 108). Lo primero ocurrirá cuando se deniegue la decisión en el fondo, sin ser procedente la inhibición; cuando se aplase la resolución o se diga que será pronunciada en otro proceso, sin que así lo ordene la ley. Lo último cuando se dicta sentencia de fondo, pero se deja de estudiar alguna petición o excepción.

No hay que confundir la incongruencia por omitir la decisión, con la resolución que condena en abstracto o genéricamente y deja para un incidente posterior a la ejecutoria de la sentencia el fijar su monto o cuantía. Entonces no existe vicio alguno de la sentencia, ya que tal medida se adopta cuando aparece la prueba de que sí debe haber condena, pero no la de su cuantía; es decir, se prueba el derecho a recibir la indemnización o los frutos y productos, pero no el monto de aquélla o de éstos; si tampoco se demuestra lo primero, la sentencia debe ser absolutoria.

Tampoco existe este defecto de la sentencia cuando se deja de resolver sobre las peticiones subsidiarias de la demanda, si prospera la principal, porque aquéllas deben ser examinadas sólo cuando es negada ésta (en cambio, hay incongruencia por *plus petita* si se declaran principales y subsidiarias); ni cuando se trata de peticiones alternativas a voluntad del demandado o a juicio del juez y se acoja la escogida guardando silencio sobre la otra; ni cuando las peticiones están formuladas tan defectuosamente que no es posible entenderlas y resolver sobre ellas; ni cuando se profiera sentencia inhibitoria porque existe una indebida acumulación de pretensiones o falte la legitimación en la causa o el

interés sustancial para obrar, o exista cosa juzgada (pero si se equivoca el juez al invocar estas causas de su abstención y en realidad el fallo de fondo era procedente, aparecerá la *citra petita*).

Tampoco puede decirse que se trata de excepción al principio de la congruencia cuando el juez aplaza la sentencia por existir una prejudicialidad penal o civil, pues entonces no existe decisión incongruente, sino suspensión del proceso; ni cuando deja de estudiar varias excepciones porque prospere otra de igual alcance o una que haga improcedente el examen de las demás.

En *materia penal* existirá esta clase de incongruencia cuando la sentencia deje de resolver sobre alguna de las imputaciones formuladas al sindicado o imputado en el auto de proceder (en el sistema inquisitorio) o en la acusación del fiscal; el veredicto del jurado adolecerá de esta incongruencia si deja de pronunciarse sobre alguno de los ilícitos contenidos en el cuestionario, pero no cuando se pronuncia, mas cambiándole la calificación jurídica. Pero si la sentencia queda en firme, produce cosa juzgada para todas las imputaciones.

En cambio, no opera esta clase de incongruencia, *en el proceso penal*, porque el juez haya impuesto una pena superior a la prevista como máxima en la ley, pues el juez debe aplicar de oficio la pena que considere vigente para el caso; ese error de excederse en la cuantía de la pena o en su calidad, no es incongruencia, pero puede ser corregido mediante los recursos de apelación y de casación, por error de derecho en la interpretación de la norma sustancial penal que regula el punto o por equivocada aplicación de otra norma (véase punto A).

CAPÍTULO XXX

LA COSA JUZGADA

265. Importancia de esta institución.

Mediante el instituto de la cosa juzgada se determina que la voluntad del Estado, contenida en la ley, es para ese litigio o conflicto (civil, laboral, contencioso-administrativo y penal; el último creado por la imputación penal contra determinadas personas) y en ese caso concreto, definitiva e inmutablemente la que el juez declara en la sentencia ²⁵⁴.

La razón de ser de esta institución es la necesidad de ponerles término a los litigios decididos y a la amenaza que contra la libertad, la vida, el honor y hasta el patrimonio representan las imputaciones penales, cuando hayan sido decididas por sentencia judicial o por otra providencia con efectos de tal, para impedir su sucesivo replanteamiento por la parte desfavorecida, evitando así la incertidumbre en la vida jurídica y dándole eficacia a la función jurisdiccional del Estado, que de otra manera sería casi inútil, pues no se obtendría con los procesos judiciales la tutela que con ellos se quiere conseguir, de la vida, el honor, la libertad y la dignidad de las personas, ni la paz y la armonía sociales.

266. Doctrinas sobre la naturaleza y fundamento de la cosa juzgada.

Esta materia de la naturaleza y fundamento de la cosa juzgada es una de las más discutidas del derecho procesal, y ha merecido una abundante bibliografía.

Examinaremos muy brevemente las principales teorías:

²⁵⁴ Chiovenda: *Principios*, Madrid, 1941, t. II, p. 415; Devis Echandía: *No- ciones generales de derecho procesal civil*, Editorial Aguilar, Madrid, 1966, ps. 545-605, y *Tratado de derecho procesal civil*, t. III, Ed. Temis, 1963, ps. 367-478.

a) *Teoría de la presunción de verdad. El derecho romano y el Código Napoleón.*

Para los romanos el fundamento de la cosa juzgada estaba en una *presunción de verdad* "*juris et de jure*", que venía a darle inmutabilidad a la decisión, ya que descartaba todo nuevo examen de la cuestión en proceso posterior.

Esta teoría fue llevada luego al Código Napoleón y gozó de favorable acogida durante un tiempo. Sin embargo, el derecho moderno la rechaza, porque considera que se fundamenta en una hipótesis reñida con la realidad, porque puede suceder que la decisión no corresponda a la verdad de los hechos ni a las normas jurídicas que los regulaban, por haber incurrido el juez en error o en mala fe al pronunciarla; o por deficiencia de la prueba llevada al proceso.

b) *Teoría de la ficción de verdad.*

Es la teoría de Savigny. Dice que es mejor aceptar que el Estado supone que toda sentencia, justa o injusta, contiene la verdad, como una simple ficción, no como una presunción.

Esta teoría, como la anterior, peca contra la realidad, y, además, es inútil e injurídico recurrir a tal ficción para explicar la cosa juzgada y sus efectos ²⁵⁵.

c) *Teoría contractualista o cuasicontractualista.*

Esta teoría también tiene su raíz en el derecho romano, ya que se basa en la abolida noción del cuasicontrato de *litis contestatio*.

Los romanistas la acogieron en forma tan decidida que prevaleció durante muchos años. Pero el derecho procesal moderno la rechaza porque el supuesto acuerdo de voluntades de demandante y demandado para concurrir al proceso con el fin de someterse a sus resultados está reñido con la realidad y con las nuevas teorías de la jurisdicción, el proceso y la acción ²⁵⁶. Es frecuente que el demandado quede vinculado al proceso contra su voluntad.

²⁵⁵ Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. I, p. 303; Rodolfo Pablo Migliore: *Autoridad de la cosa juzgada*, Buenos Aires, 1945, ps. 35-39; Abitia Arzapalo: *De la cosa juzgada*, México, 1959, p. 45.

²⁵⁶ Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, ps. 304-305; Devis Echandía: *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, 1966, núm. 255.

d) *Teoría materialista.*

Esta teoría considera la sentencia como un hecho jurídico material y no procesal, y por eso hace recaer sus efectos únicamente sobre el derecho material o la relación jurídica privada que se ventila en el proceso. De eso resulta que la sentencia vendría a ser un negocio jurídico que otorgaría derechos subjetivos y no se limitaría a declarar el derecho objetivo. La sostienen Pangentecher, Wach, Kohler y otros.

Acierta esta doctrina al ver en la fuerza de la sentencia un efecto de la ley y no de ella misma, pero al darle eficacia constitutiva y hacerle producir por sí misma y como negocio jurídico derechos subjetivos, desconociéndole su carácter puramente declarativo, desvirtúa su naturaleza (véase núm. 11, punto 9) ²⁵⁷.

e) *Doctrina alemana moderna o teoría procesalista.*

Se acostumbra llamar teoría procesalista a la creada por Hellwig y luego sostenida por Stein, Goldschmidt y Rosenberg ²⁵⁸. Consideramos que esta calificación es inadecuada, porque en verdad son procesalistas todas las teorías que fundan en la ley procesal la eficacia y el fundamento de la cosa juzgada, en oposición a la teoría materialista; pero tal denominación se debe a que le reconoce a la cosa juzgada sólo efectos procesales. Reduce la cosa juzgada a la declaración de certeza contenida en la sentencia, con el carácter de obligatoria e indiscutible, que impide una nueva sentencia diferente; y por otra parte, niega que ella produzca efectos sobre las relaciones jurídicas sustanciales que son objeto del proceso y la sentencia.

Razón tienen estos autores al ver en la cosa juzgada el efecto vinculante de la sentencia, o mejor dicho, su inmutabilidad y definitividad. Por esto y por haber separado radicalmente la fuerza de la sentencia y los efectos generales del proceso, de toda idea privatista y contractualista, libertándola a un mismo tiempo de la ficción o presunción de verdad, representa esta teoría un notable progreso, que es patrimonio definitivo del moderno derecho procesal. Puede decirse que todas las teorías modernas son procesalistas y que sólo varían en matices más o menos importantes.

²⁵⁷ Rocco: ob. cit., t. II, p. 305; Abitia Arzapalo: ob. cit., ps. 54-55; Enrique Tulio Liebman: *Eficacia y autoridad de la sentencia*, Buenos Aires, 1946, ps. 60-62; Migliore: ob. cit., ps. 44-47; Devis Echandía: *Nociones generales*, ed. cit., núm. 255.

²⁵⁸ Rosenberg: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1955, t. II, ps. 448-450.

Sin embargo, podemos hacerle tres observaciones: 1ª) no pueden ignorarse los efectos de la cosa juzgada sobre las relaciones y derechos sustanciales, pues si bien no los constituye ni crea y tampoco los sustituye, sí los reviste de firmeza y certidumbre, gracias a la definitividad de la decisión; 2ª) no ofrece una suficiente explicación de la razón o fundamento jurídico que sustenta la existencia de la cosa juzgada y determina por qué la sentencia puede producir esta fuerza vinculante definitiva, y 3ª) se equivoca al considerar que sólo impide otra sentencia diferente, pues impide resolver de nuevo sobre ese litigio aun en la misma forma y por eso la existencia de la cosa juzgada impide nueva sentencia de fondo (véase núm. 151).

f) *La doctrina italiana moderna.*

Esta doctrina está representada principalmente por Chiovenda, Redenti, Calamandrei, Carnelutti, Rocco y Liebman²⁵⁹. En el rechazo de las teorías de la presunción o ficción de verdad, la contractualista y la materialista, lo mismo que en cuanto considera la cosa juzgada una institución de derecho procesal y público, emanada de la voluntad de la ley, no del juez, la doctrina italiana está de acuerdo con la moderna alemana. Pero corrige los defectos que a ésta le anotamos, ya que no desconoce los efectos de la cosa juzgada sobre las relaciones y derechos sustanciales, y es terminante en el sentido de que impide toda nueva decisión de fondo sobre el mismo litigio y no solamente una que sea diferente (*ne bis in idem*).

No están de acuerdo los maestros italianos en todos los detalles del instituto de la cosa juzgada, pero sí en los puntos esenciales que hemos señalado. Por lo general limitan los efectos propios de la cosa juzgada a la inmutabilidad o definitividad de la sentencia, ya que la imperatividad u obligatoriedad existe también en las que no tienen ese valor por ser posible su revisión en proceso posterior, por el solo hecho de su ejecutoria.

Chiovenda, Calamandrei y Redenti consideran la cosa juzgada como un efecto de la sentencia (no de la voluntad del juez); en cambio, Carnelutti, Rocco y Liebman la consideran, más téc-

²⁵⁹ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 78; Redenti: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1957, t. I, núm. 15; Calamandrei: *El proceso civil*, Buenos Aires, 1945, ps. 425, 599, 601-605; Carnelutti: *Sistema*, Buenos Aires, 1944, t. I, ps. 157-158, e *Instituciones*, Buenos Aires, 1959, t. I, núms. 78-82; Rocco, *Trattato*, Torino, 1966, t. II, cap. VII, ps. 308-354; Liebman: *Eficacia y autoridad de la sentencia*, que consideramos el mejor trabajo sobre el tema, ed. cit.

nicamente, como un efecto de la voluntad de la ley, con lo cual se advierte mejor la diferencia entre la sentencia de fondo que no tiene valor de cosa juzgada, por ser revisable en proceso posterior, y la que sí lo tiene por voluntad del legislador.

Rocco presenta dos tesis originales: 1ª) los efectos materiales de la cosa juzgada "no son efectos jurídicos, sino simples consecuencias de hecho"; 2ª) la cosa juzgada se fundamenta en que la sentencia definitiva que la constituye cumple una doble función: "la de extinguir el derecho de acción y de contradicción en juicio y la de impedir que el derecho mismo, justamente por extinguido, pueda revivir, y, por consiguiente, ejercitarse nuevamente (*ne bis in idem*)". Estamos en desacuerdo con estos dos conceptos.

Los efectos de la cosa juzgada son consecuencia de su inmutabilidad y definitividad, y en este sentido puede aceptarse que ellos sean indirectos, como opina Rocco; pero eso no puede significar que no sean efectos jurídicos emanados de la ley.

Por otra parte, con la sentencia definitiva, sea de fondo o inhibitoria, haga o no tránsito a cosa juzgada, cumple el órgano jurisdiccional la obligación que le impone el ejercicio de la acción y ésta satisface su objeto, con lo cual se extingue jurídicamente, y lo mismo ocurre con el derecho de contradicción. Pero de allí no puede deducirse que cuando cualquiera de las partes formula una nueva demanda con desconocimiento de la cosa juzgada, carezca de acción, pues entonces ejercita otra. La acción es un derecho abstracto, independiente de la pretensión y del contenido y alcance de la sentencia, y por lo tanto es indudable que en la demanda se ejercita una acción diferente, así sea que se trate de reabrir un litigio clausurado por la cosa juzgada (véanse núms. 48 y 113-114). La acción no se reproduce; se reproduce el litigio o la pretensión; la ley prohíbe ejercitar otra vez esa pretensión, no la acción como lo observa Jaime Guasp²⁶⁰.

Igualmente, en cada proceso surge el derecho de contradicción, con absoluta independencia de cualquiera anterior, sea que haya concluido o no con una sentencia con valor de cosa juzgada o con otra providencia a la que le otorgue el mismo efecto de determinar el proceso, y se satisface y se extingue con la sentencia definitiva, sea inhibitoria o de fondo, con o sin valor de cosa juzgada, o con la providencia interlocutoria que la sustituya.

²⁶⁰ Guasp: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 597.

267. Sistematización de nuestro concepto sobre la cosa juzgada.

Al criticar las diversas doctrinas sobre la cosa juzgada, hemos adelantado gran parte de nuestro concepto. Procuraremos ahora sistematizarlo ²⁶¹.

a) *Cuál es el objeto especial de la cosa juzgada.*

No es correcto decir que el objeto de la cosa juzgada sea llevar la certeza de la existencia de la voluntad de la ley para el caso controvertido, porque éste es el de toda sentencia, haga o no tránsito a cosa juzgada. La diferencia está en la inmutabilidad y definitividad de tal declaración de certeza; si no hay cosa juzgada será una certeza provisional, ya que existirá sólo mientras por un nuevo proceso no se la modifique, al paso que si la hay, no será posible examinarla en otro proceso, y, por lo tanto, no debe pronunciarse nueva sentencia de fondo, sea que confirme o modifique la decisión contenida en la primera, lo que significa que se tendrá una certeza definitiva e inmutable *ne bis in idem*. Esto conduce también a distinguir los efectos de la cosa juzgada y los propios de toda sentencia ejecutoriada.

En *materia penal*, la definitividad e inmutabilidad de la cosa juzgada no impiden que posteriormente se disminuya la pena o que se otorgue la libertad condicional, en la forma como la ley generalmente autoriza; ni que se suspenda, desde un comienzo. Pero en estos casos no se desconoce la sentencia, ni se juzga de nuevo, sino que aquélla está sujeta a tales eventualidades por mandato legal.

b) *Alcance y efectos de la cosa juzgada.*

En materia civil, laboral y contencioso-administrativa, no significa la cosa juzgada que la parte favorecida adquiera esa certeza definitiva e inmutable frente a todo el mundo, porque su fuerza vinculativa se limita a quienes fueron partes iniciales e intervinientes en el proceso en que se dictó y a sus causahabientes. Es el efecto relativo de la cosa juzgada, que todas las legislaciones aceptan como norma general y que sólo tiene limitadas excepciones para los casos en que expresamente la ley le otorga valor *erga omnes* (véase núm. 271). En cambio, en *materia penal*, la absolución o la condena tiene siempre efectos *erga omnes*.

²⁶¹ Devis Echandía: *Nociones generales*, ed. cit., núm. 256; *Tratado*, ed. cit., t. III, núm. 453.

c) *Naturaleza y definición.*

No es la cosa juzgada un efecto general de toda sentencia, sino uno especial, o mejor dicho, una calidad especial que la ley les asigna a ciertas sentencias, en virtud del poder de jurisdicción del Estado.

La naturaleza de la cosa juzgada es la misma de la sentencia que la contiene (véase núm. 254).

En toda sentencia ejecutoriada se contiene un mandato singular y concreto, que es imperativo y obligatorio, no por emanar de la voluntad del juez, sino por voluntad de la ley. Pero la cosa juzgada le agrega una calidad especial: la inmutabilidad y la definitividad, que son los efectos propios de ella.

Cuando a la sentencia se le otorga el valor de cosa juzgada, no será posible revisar su decisión, ni pronunciarse sobre su contenido, así sea en el mismo sentido, en proceso posterior. En presencia de tal sentencia, el juez del nuevo proceso civil, laboral o contencioso-administrativo, debe abstenerse de fallar en el fondo, si encuentra que hay identidad entre lo pretendido en la nueva demanda o en las imputaciones penales formuladas al proceso y lo resuelto en esa sentencia. Pero cuando se trate de procesos penales, no debe dictarse en ese caso (ni en ningún otro) sentencia inhibitoria, como veremos en el punto d. Tiene, pues, la cosa juzgada una naturaleza estrictamente procesal, porque es una consecuencia del proceso y la emanación de la voluntad del Estado manifestada en la ley procesal. Pero sus efectos jurídicos se extienden también indirectamente fuera del proceso y sobre las relaciones jurídicas sustanciales, como una consecuencia de la inmutabilidad de la decisión, que es su efecto directo, produciendo así la definitividad de la certeza jurídica de aquéllas. Ambos son efectos jurídicos de la cosa juzgada; directo y procesal, la inmutabilidad de la decisión; indirecto y sustancial, la definitividad de la certeza jurídica del derecho sustancial declarado o de su rechazado o negación ²⁶².

²⁶² Además de los autores mencionados en la cita 367, sobre este punto también: Mario Vellani: *Naturaleza de la cosa juzgada*, Buenos Aires, 1958, ps. 115-133; Couture: *Fundamento de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1958, ps. 308-315 y 401-412; Hugo Alsina: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1941, t. I, p. 264; t. II, ps. 124-126, y t. III, p. 34; Devis Echandía: véase cita 362; Jairo Ochoa Franco (colombiano), buen trabajo publicado en la revista "Estudios de Derecho" de la Universidad de Antioquia, Medellín, núm. 87, marzo 1975, ps. 153-242; Ada Pellegrini Grinover: *Direito processual civil*, 2ª ed., 1975, São Paulo, ps. 85-88; Hernán Fabio López (colombiano), *Derecho procesal civil*, Bogotá, 1974, ps. 333-335.

Se trata de una institución de derecho público y de orden público, como lo son las de la acción, el derecho de contradicción y la jurisdicción, de las cuales es su resultado. La voluntad de las partes y del juez no influye para nada en la formación de la cosa juzgada ni en sus efectos. Es la voluntad del Estado, mediante la regulación legal, la que crea e impone la cosa juzgada como una calidad de ciertas sentencias, generalmente las proferidas en procesos contenciosos (los penales siempre lo son ^{262 bis}), pero con las excepciones que la misma ley establece (véanse núms. 275-277).

Así, pues, definimos la cosa juzgada como la calidad de inmutable y definitiva que la ley otorga a la sentencia y a algunas otras providencias que sustituyen aquélla, en cuanto declara la voluntad del Estado contenida en la norma legal que aplica, en el caso concreto.

d) Cómo operan los efectos de la cosa juzgada.

Los dos efectos de la cosa juzgada (el procesal y el sustancial), su inmutabilidad y su definitividad, operan de manera análoga, ya que éste es consecuencia de aquél.

El primero impone a los jueces, tanto a quienes dictaron la sentencia definitiva o la providencia con similar efecto, como a los demás, la prohibición de entrar a resolver sobre el fondo de las pretensiones que han sido materia de la sentencia y les otorga la facultad de paralizar la acción que se ejercite con desconocimiento de ello, si se les alega como excepción previa o de inhibirse a resolver en el fondo, si deben hacerlo en la sentencia; o sea, debe dictarse sentencia inhibitoria, salvo en procesos penales porque en ellos esta clase de sentencia es improcedente y debe sustituirse por auto que declare la nulidad de lo actuado o que simplemente ordene poner fin, bien sea a la etapa de la investigación o al proceso, según fuere el caso; en éste, aun cuando no se haya propuesto la excepción previa o se haya desestimado equivocadamente (lo último se aplica también a los otros procesos: civiles, etc., pero mediante sentencia inhibitoria); por otro lado, otorga a las partes el derecho de impetrar la suspensión definitiva del proceso (o sólo de parte de las pretensiones incoadas cuando existe cosa juzgada parcial o no total) mediante excepción previa, o la inhibición de la decisión de fondo si lo alegan como excepción perentoria para su estudio en la sentencia (cuando no se trate de proceso penal) y les impone la obligación de abstenerse de revisar

^{262 bis} Devis Echandía: *Principios fundamentales del derecho procesal penal*. Bogotá, Edit. ABC, 1981, ps. 5 y 85, y ed. Buenos Aires, 1983.

esa pretensión resuelta positiva o negativamente, en procesos posteriores. En lo penal, si se inicia investigación sobre asunto que ya haya sido resuelto por sentencia con fuerza de cosa juzgada, se debe ordenar la cesación del procedimiento tan pronto se compruebe aquélla, respecto al imputado o procesado sujeto a dicha sentencia, o a declarar la nulidad ^{262 ter}.

El segundo otorga definitividad a la declaración de certeza contenida en la sentencia (entendida en su sentido amplio y con inclusión de las declaraciones constitutivas), haciéndola indiscutible en nuevos procesos, y por eso les otorga a las partes el mismo derecho y les impone igual obligación que el efecto procesal. La sentencia penal sólo puede ser de condena o absolutoria.

Tiene la cosa juzgada una función o eficacia negativa: la prohibición a los jueces para decidir sobre lo ya resuelto; y una función o eficacia positiva: la seguridad o definitividad que se le otorga a las relaciones jurídicas sustanciales sobre la que versa la decisión o a la situación del imputado penalmente.

Sin embargo, en materia penal la definitividad de la cosa juzgada no impide que posteriormente se disminuya la pena, cuando se considera que la parte cumplida ha satisfecho su finalidad, o que se modifique otorgando la libertad condicional antes de que haya sido cumplida totalmente, ni impide que se suspenda la pena desde un comienzo si la ley lo autoriza. Pero en todos estos casos no se juzga de nuevo ni se desconoce la sentencia, sino que se parte de la base de ella para aplicar una medida autorizada por la ley.

La acción, como derecho subjetivo a adelantar cada proceso, se extingue con la sentencia, por quedar satisfecha, sea que ésta produzca o no cosa juzgada; si se inicia luego otro proceso para el mismo litigio y con desconocimiento de la cosa juzgada, se renueva ese litigio, pero la acción es diferente, porque ella es distinta cada vez que se formula una demanda (en eso nos separamos de Ugo Rocco); lo que se renueva indebidamente, cuando se inicia nuevo proceso sobre la misma pretensión o imputación, es el litigio que sobre ésta quedó definido. Es decir, la cosa juzgada impide formular de nuevo la misma pretensión o imputación en otros procesos, pero si se viola esta prohibición y se formulan, se ejercitará una distinta acción, pero podrán paralizarse sus efectos proponiendo la excepción de cosa juzgada como previa, o se impedirá (si se trata de proceso civil, o laboral o contencioso-administrativo) que haya sentencia de fondo o mérito si sólo se propone como excepción perentoria; en el último caso la sentencia será

^{262 ter} Devis Echandía: obra acabada de citar, ps. 17-18.

inhibitoria en razón, precisamente, de existir esa cosa juzgada. En lo penal se debe ordenar la cesación del procedimiento o declarar su nulidad.

Es decir, la cosa juzgada, que es privativa de los procesos contenciosos, extingue o satisface definitivamente la pretensión o imputación al producirse la indiscutibilidad o definitividad de la decisión que sobre ésta se contiene en aquélla.

La cosa juzgada no es, pues, un efecto de la sentencia, sino de la voluntad del Estado manifestada en la ley que la regula.

e) La imperatividad u obligatoriedad y la ejecutabilidad de la sentencia no son efectos de la cosa juzgada.

Al tratar de la ejecutoria de la sentencia explicamos estos puntos.

Toda sentencia ejecutoriada tenga o no efectos de cosa juzgada, es imperativa u obligatoria y si impone condena es además ejecutable, y en ocasiones antes de quedar en firme (como sucede en los casos de apelación en el efecto devolutivo y de recursos de casación cuando no se otorga caución para suspender su cumplimiento). Luego no se trata de efectos de la cosa juzgada. Ésta tiene influencia en aquéllos, pero en cuanto los convierte en inmutables y definitivos, al excluir su revisión en proceso posterior y prohibir la nueva decisión de fondo, en caso de que alguna parte pretenda desconocerla.

f) No es técnico hablar de cosa juzgada formal y material.

Suele hablarse de cosa juzgada formal para indicar que la sentencia está en firme, aunque sea inhibitoria o revisable en proceso posterior; sin embargo, en este caso no existe en realidad cosa juzgada y se trata de la simple ejecutoria. Se habla de cosa juzgada material en el sentido de que hace inmutable e irrevisible la decisión en proceso de la cosa juzgada, denominación que nos parece más técnica; también se habla de cosa juzgada material para referirse a los efectos de ella sobre el derecho sustancial, pero es mejor hablar simplemente de tales efectos. Esto es, cuando se habla de simple cosa juzgada formal, se quiere decir que no existe cosa juzgada, lo que encierra una contradicción, a pesar de lo cual la denominación ha sido usada en este sentido por Carnelutti, Chiovenda, Redenti, Calamandrei y otros, lo mismo que por la Corte colombiana ²⁶³.

²⁶³ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, ps. 323-324, y ps. 351-353, e *Introducciones*, ed. cit., t. I, ps. 80-82; Chiovenda, Redenti y Calamandrei: citas anteriores.

g) *Fundamento o razón jurídica de la cosa juzgada.*

Este fundamento consiste en la voluntad del Estado manifestada en la ley, como lo aceptan los autores modernos. Pero es erróneo e innecesario buscar, además, un fundamento distinto a la cosa juzgada y recurrir para explicarla a la tesis de la extinción de la jurisdicción (que, como potestad permanente del Estado, jamás puede extinguirse) o del derecho de acción (que si bien se extingue al concluir el proceso, es independiente y distinto cuando se formula una nueva demanda a fin de iniciar otro proceso o mediante denuncia o querella se pide la iniciación de la investigación previa o sumarial y mediante acusación fiscal se pide la iniciación del verdadero proceso o enjuiciamiento). (Véase nuestra crítica al concepto de Rocco, en el punto d) ²⁶⁴.

Creemos que el fundamento o la razón jurídica de la cosa juzgada, que explica por qué existe y se impone con su inmutabilidad y su definitividad tanto a los jueces como a las partes, está en la *potestad jurisdiccional del Estado*, de la que emana el poder suficiente para imponer, en la forma como el legislador lo desee, los efectos y la eficacia de la sentencia definitiva y de otras providencias a las cuales les otorgue los mismos efectos de cosa juzgada.

Así como de la jurisdicción emana el deber de proveer y juzgar, y los poderes de decisión, de coerción, de documentación y de ejecución (véanse núms. 24-25), así también emana de ella la voluntad del Estado de darle carácter definitivo e inmutable a los efectos de la sentencia ejecutoriada dictada en proceso contencioso y en proceso penal.

Y así como la jurisdicción otorga a las partes el derecho a obtener una sentencia mediante un proceso y la obligación de someterse a él, de idéntica manera les impone la prohibición de pretender otro proceso para obtener nueva sentencia de fondo cuando existe cosa juzgada sobre la pretensión (civil, laboral, contencioso-administrativa o penal), dándole al demandado el derecho de oponer esa circunstancia como excepción previa, o como ausencia de un presupuesto sustancial para la sentencia de fondo, con valor de excepción de mérito, si la invoca para que ponga fin a la investigación o sumario y al proceso o enjuiciamiento (si se alcanzó a llegar hasta él), en el último caso formulando la excepción previa cuando la ley lo autorice.

²⁶⁴ Puede consultarse nuestro concepto expuesto más ampliamente, en: *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núms. 256-257, ps. 565-573, y *Tratado de derecho procesal civil*, t. III, núm. 453, ps. 400-413.

No hace falta, ni es pertinente, recurrir a mayores explicaciones ni a tesis más o menos sutiles, para justificar lo que es una sencilla consecuencia de la potestad jurisdiccional del Estado.

268. De los límites o contenciones de la cosa juzgada.

Puesto que los jueces no pueden proveer por vía general y deben limitarse a decidir el caso concreto y con valor para el mismo (sin perjuicio de que la ley otorgue efectos *erga omnes* a ciertas sentencias), la cosa juzgada está sujeta a dos límites: el *objetivo*, por razón del objeto o cosa o hecho sobre que versó el litigio o proceso penal y de la causa o título de donde se quiso deducir la pretensión, y el *subjetivo*, en razón de las personas que han sido partes en ese proceso.

269. Límite objetivo de la cosa juzgada.

Como acabamos de observar, el límite objetivo de la cosa juzgada se compone de dos elementos: 1º) identidad de cosa u objeto (en lo civil, comercial, laboral y contencioso-administrativo) o de hechos (en lo penal); 2º) identidad de *causa petendi* (en materia civil, laboral y contencioso-administrativa) o de *causa imputandi* (en materia penal).

a) *Primer aspecto del límite objetivo: identidad de cosa u objeto (eadem res) o de hecho punible.*

El límite objetivo de la cosa juzgada está constituido, por una parte, por el objeto de la pretensión materia del proceso anterior, es decir, el "bien de la vida" reconocido o negado en la sentencia ejecutoriada, o sea: la cosa o relación jurídica respecto de la cual se aplica su fuerza vinculativa, en los procesos civiles, comerciales, laborales y contencioso-administrativos; el hecho por el cual se ha juzgado al procesado en materia penal sin que importe que en la segunda investigación o en el nuevo proceso se varíe la calificación jurídica penal del ilícito ²⁶⁵.

O, mejor dicho, cuando varía el objeto, varía el litigio y la pretensión o la imputación penal o pretensión punitiva, y por esto nos hallamos en presencia de otros ajenos al anterior proceso y a su sentencia (véanse núms. 115-120).

²⁶⁵ José Carlos Barbosa Moreira: *Temas de direito processual*, Ed. Saraiva, Río de Janeiro, 1977, ps. 90-109.

En materia civil, laboral y contencioso-administrativa, el objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas, o la relación jurídica declarada, según el caso. Porque sobre la misma cosa pueden existir diversos derechos (dominio, usufructo, habitación, etc.), y puede tenerse el mismo derecho sobre distintas cosas. De este modo, si falta la identidad del derecho o la de la cosa, estaremos en presencia de un litigio y de una pretensión distintos. Si se demanda el dominio de un bien, la sentencia desestimatoria no impide que luego se demande su usufructo y tampoco el dominio de otro bien con el mismo título ²⁶⁶.

Véanse las explicaciones que dimos sobre la noción de pretensión y acerca de la identidad parcial o total del objeto de las dos demandas (núms. 115, 231 y 237).

Puede decirse que la cosa juzgada, en cuanto al objeto se refiere, se extiende a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente; por ejemplo, si la sentencia condena a la restitución del bien y nada dice sobre el pago de frutos, debe entenderse que el demandado quedó absuelto de ellos.

Cuando en una sentencia se ha resuelto sobre un todo del que forma parte la cosa materia de la nueva demanda, existirá sin duda identidad de objeto. Esto se enunciaba ya en el derecho romano con la fórmula *pars in toto est* (la parte está comprendida en el todo), y se aplica a cantidades y a áreas: quien pide mil pesos o hectáreas en razón de un título y se le niega totalmente, no puede luego pedir cien o quinientos. Sin embargo, este principio no puede tomarse en su sentido literal de manera absoluta, sino que es indispensable examinar el contenido de la sentencia para fijar su alcance. Si en la primera sentencia se dijo que el demandado no tenía derecho alguno sobre ninguna parte de un inmueble, sea en su resolución o en sus motivaciones que la aclaran y determinan el alcance de la cosa juzgada, existirá ésta frente a la nueva demanda que reclama una parte, pero no si se examinó sólo la pretensión sobre el globo general.

En materia penal, la identidad de objeto consiste en que se trate de juzgar de nuevo por los mismos hechos, es decir, en que se formule nueva imputación penal en razón de los mismos hechos. Si esto ocurre y se trata del mismo imputado o sindicado, habrá

²⁶⁶ Devis Echandía: *Nociones generales*, ed. cit., núm. 260, y *Tratado*, ed. cit., t. III, núm. 456; Corte Suprema: véase cita 370.

cosa juzgada, sin que importe que cambie la denominación jurídica del delito. Por ejemplo, si a quien se apoderó de cosa mueble ajena se le juzga por robo y es absuelto en sentencia de mérito u obtiene sobreseimiento definitivo (el cual tiene igual alcance jurídico que la sentencia absolutoria), no se le puede volver a juzgar por hurto en razón del mismo hecho; cierto es que se trata de dos delitos diferentes, por el aspecto jurídico, pero el objeto del proceso penal es el hecho delictuoso mismo y su calificación es indiferente para los efectos de la cosa juzgada; es un error disponer en un C. de P. Penal que esa calificación jurídica tenía una exagerada e inconveniente importancia para el efecto de la congruencia que debe existir entre sentencia e imputación contenida en el auto de proceder, de manera que si antes de la sentencia de ambas instancias, el juez considera que había error en la calificación jurídica del delito, dada en el auto de proceder, debía decretar la nulidad a partir de éste inclusive, para que se dictara de nuevo y se repitiera el proceso o juicio (así lo dispone desafortunadamente el art. 498 del C. de P. P. colombiano de 1971) (véase núm. 264).

Si por error se pronuncia sentencia absolutoria o condenatoria penal y no se interpone casación para alegar aquella discordancia entre la tipificación legal del delito y la calificación dada en el auto de proceder, se producirá cosa juzgada y no se podrá juzgar de nuevo a la misma persona cambiando, así sea correctamente, dicha calificación (por hurto, si se le absolvió por robo, en el ejemplo anterior).

Esto conduce a concluir que en materia penal no existe el elemento "causa" (que sería la *causa imputandi*, por analogía con la *causa petendi*) como algo diferente de los hechos mismos, en la determinación del límite objeto de la cosa juzgada, pues éste se configura exclusiva y totalmente por la identidad fáctica o de simple hecho entre lo que fue materia del primer proceso y lo que es materia del segundo.

Y en los procesos penales no hay ausencia de cosa juzgada porque se deja de resolver sobre algunos de los ilícitos imputados, pues al quedar en firme la sentencia, se produce esa cosa juzgada absolutoria de esas imputaciones, pues no puede volverse a juzgar sobre los hechos en que se basaban.

b) Segundo aspecto del límite objetivo: identidad de causa petendi (eadem causa petendi).

En materia civil, laboral y contencioso-administrativa, la causa petendi es el fundamento o razón alegado por el demandante para obtener el objeto de la pretensión contenida en la demanda que al mismo tiempo es el fundamento jurídico de su aceptación

negación por el juez en la sentencia, como lo explicamos al tratar de la pretensión y de la congruencia (véanse núms. 115 y 264).

Es un error hablar de objeto, de causa y de sujetos de la acción, cuando se quiere hacer referencia a la cosa juzgada o la litispendencia, porque en estos casos se trata de los elementos de la pretensión, en cuanto ésta se encuentra contenida en la demanda, e igualmente de los elementos del litigio; pero no se trata de la acción (véanse núms. 100 y 115).

La *causa petendi* debe ser buscada exclusivamente dentro del marco de la demanda y con un criterio formal amplio que conduzca a su interpretación lógica y no a su simple tenor literal y, por otra parte, debe ser separada radicalmente del interés para accionar, que puede denominarse causa de la acción, lo mismo que del título o causa real del derecho sustancial pretendido por el demandante, con el cual puede coincidir (demanda bien incoada) o no, y en el último caso aparecerá la *causa petendi* suficientemente formulada en la demanda, pero la sentencia será desfavorable a la pretensión en virtud de ese divorcio. Al estudiar la pretensión, vimos que los hechos jurídicos y las conclusiones o peticiones son dos de sus elementos esenciales (véase núm. 115). De tales hechos se hace reducir la razón de la pretensión.

Por consiguiente, en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos la *causa petendi* es la razón de hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión²⁶⁷. Los fundamentos de derecho invocados le son indiferentes y por eso el juez debe de oficio aplicar otras normas legales.

Pero debe tenerse en cuenta que la razón de hecho está formada por el conjunto de hechos alegados como fundamento de la demanda, no por cada uno de ellos aisladamente; por este motivo, la presentación de nuevos hechos que constituyan circunstancias que no alteren la esencia de la razón de hecho discutida en el proceso anterior, no constituye una *causa petendi* distinta. Por consiguiente, es necesario distinguir los hechos esenciales y los hechos circunstanciales, como lo explicamos al tratar de los fundamentos de hecho de la demanda. Los primeros forman el título alegado, los segundos únicamente modalidades o detalles de éste; los primeros determinan la *causa petendi*, que sigue siendo una misma aun cuando los segundos se modifiquen (véanse núms. 115 y 264).

²⁶⁷ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 79, y t. I, núm. 12; Corte Suprema: 24 febrero 1948, "G. J.", t. LXIII, núm. 2057, p. 726; 31 marzo 1955, t. LXXIX, núm. 2151, p. 869, t. XX, y sentencias mencionadas en la cita 372; Devis Echandía: obs. cit., *Tratado*, núm. 457, y *Nociones generales de derecho procesal civil*, núm. 261; Jairo Ochoa Franco: trabajo mencionado en la cita 373.

Hay que distinguir también entre la *causa petendi* y las pruebas aducidas para demostrar los hechos que la constituyen (esto tiene aplicación a los procesos penales). Es decir, no pueden alegarse nuevas pruebas en contra de la cosa juzgada cuando la causa es la misma. Como una excepción se admite en ciertos casos el especial recurso de revisión cuando después de pronunciada la sentencia final se encuentran documentos que habrían variado la decisión y que por obra de la otra parte o por fuerza mayor o caso fortuito no pudieron ser aportados al proceso y cuando se demuestre que la sentencia fue obtenida con documento o alguna otra prueba secreta que no existía en el momento del fallo, o cuando hubo condenación penal y se presenten pruebas no aportadas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o la irresponsabilidad del condenado o que constituyan duda razonable que favorezca esa inocencia o irresponsabilidad y en toda clase de procesos cuando la sentencia se basó en pruebas declaradas falsas. Pero no se trata de que las pruebas constituyan un elemento de cosa juzgada, sino de que ésta cede ante el imperativo de razones de interés general, de equidad y de recta justicia, por mandato legal (véase núm. 316).

Téngase cuidado de no confundir la causa con el derecho invocado. Es decir, no hay la misma causa por la sola circunstancia de que se reclame en ambos procesos un mismo derecho, como el dominio del mismo bien, por ejemplo, sino cuando ese derecho se hace emanar del mismo hecho o título jurídico (la prescripción o una compraventa o una donación).

Si en la nueva demanda se invocan, además de la misma *causa petendi*, otras causas no contempladas en el anterior proceso, la cosa juzgada impedirá nueva decisión sobre aquélla, pero no sobre éstas. Pero la agregación en la nueva demanda de hechos accesorios o complementarios no significa nueva *causa petendi*.

Como se ve, el límite objetivo lo forman, en conjunto, el objeto y la *causa petendi*; si aquél es el mismo (el mismo inmueble, por ejemplo), pero la causa varía (prescripción en vez de la adquisición por compra), ya no existirá identidad objetiva entre los dos litigios, ni tampoco cosa juzgada. Ni el objeto, ni la *causa petendi*, tomados en forma aislada, son suficientes, en materia civil, laboral, contencioso-administrativa y comercial.

En el proceso penal, la causa de la imputación o *causa imputandi*, se identifica con los hechos imputados, en los que se incluye el elemento psíquico en algunos casos, por lo cual no es un factor separado del objeto materia del proceso, como sí ocurre en lo civil, laboral y contencioso-administrativo. La calificación jurídica del delito tampoco constituye un factor determinante y

su variación no significa nuevo hecho por juzgar, como vimos en el número anterior ²⁶⁸.

Hay, pues, esta importante diferencia en el límite objetivo de la cosa juzgada penal, frente a la de otras clases de proceso: en aquélla no juega papel la *causa petendi* o *imputandi*.

270. Límite subjetivo (identidad de partes).

La sentencia no produce cosa juzgada sino entre las mismas partes. No se trata de identidad de personas, porque ya sabemos que no todas las personas que concurren a un proceso lo hacen como partes y que no siempre las partes obran personalmente, porque suelen hacerlo por intermedio de sus apoderados o representantes ²⁶⁹.

Es necesario recordar la distinción que hemos estudiado entre las partes en sentido sustancial y en sentido formal (véase núm. 175).

A) En los procesos civiles, laborales, comerciales y contencioso-administrativos ocurre lo siguiente:

En cuanto a la cosa juzgada, la identidad de partes se refiere a los sujetos del proceso o partes en sentido formal: demandantes, demandados y terceros intervinientes ²⁷⁰. Pero hay que tener en cuenta que los causahabientes de las partes a título universal o singular están obligados por la sentencia, de la misma manera que éstas (véase núm. 179); sin embargo, es indispensable tener en cuenta que se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando se trate de causahabientes de quienes figuraron como tales en el proceso, en todos los casos si se trata de “sucesores *mortis causa*”, pero si se trata de adquirente por título entre vivos solamente cuando dicho acto “fue celebrado con posterioridad al registro de la demanda (se entiende del proceso en el cual se dictó la sentencia) si se trata de derechos sujetos a registro” o con posterioridad “al secuestro en los demás casos”. Esto significa que si faltó dicho registro o secuestro, según fuere el caso, esos adquirentes a título entre vivos son terceros frente a la sentencia y por lo tanto no pueden ser perjudicados ni obligados por ella.

²⁶⁸ Leone: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1954, t. III, ps. 342-378; Manzini: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1954, t. I, p. 437, y t. IV, p. 521.

²⁶⁹ Véanse los autores citados en el número anterior.

²⁷⁰ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núm. 99.

Puede suceder que la identidad se refiera a una o varias de las personas que forman las partes demandante y demandada, y que en ellas concurren otras distintas, y entonces, como sucede con la *litispendentia* en estos casos (véanse núms. 130 y 237), opera la cosa juzgada respecto de las primeras y no de las últimas, siempre que no sean éstas causahabientes de las primeras ni litisconsorcios necesarios; lo último, porque, como sabemos (véanse núms. 179 y 184-186), no puede haber cosa juzgada para uno y no para otros, razón por la cual, si por error se pronunció la sentencia faltando alguno de ellos viene a resultar ineficaz respecto de todos, si les fue desfavorable, y a beneficiarlos a todos, si les fue favorable, dada la indivisibilidad de la relación jurídica objeto de la sentencia y de la decisión que sobre ella se adopte.

En consecuencia, lo que importa es la identidad jurídica de las partes, no su identidad física ²⁷¹.

No se diferencian los sucesores a título singular que lleguen a serlo después de ejecutoriada la sentencia, de los que adquieran esa calidad durante el proceso, si en éste no hubo registro de la demanda o secuestro, según el caso, anterior al título de dicho sucesor.

Por consiguiente, a quien no ha sido parte en un proceso (con las aclaraciones anteriores), no le puede vincular la sentencia que en él se dicte, es decir, no se le pueden imponer la sujeción y las obligaciones que ella contenga. De ahí la máxima *res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*; máxima que proclama la relatividad de las sentencias o el valor relativo de las sentencias.

B) *En materia penal* existen varias peculiaridades:

Por lo general sólo pueden ser partes imputadas y procesadas, es decir, sujetos pasivos del proceso, las personas naturales; pero en los llamados delitos económicos y fiscales, que sean sancionados solamente o adicionalmente con penas patrimoniales, es posible investigar y procesar a las personas jurídicas responsables para el fin de imponerles dichas sanciones patrimoniales (multas, perjuicios, confiscación).

Hay que distinguir el efecto puramente penal de la cosa juzgada, del civil referente a la indemnización por los daños morales y materiales causados por el delito; el primero es estrictamente personal, de modo que se refiere al sujeto físico juzgado.

²⁷¹ Devis Echandía: *Nociones generales de derecho procesal*, ed. cit., núm. 262, y *Tratado*, ed. cit., t. III, núm. 458.

sin que pueda ser sustituido por sus herederos ni causahabientes a título singular ²⁷², y tampoco cabe la intervención de terceros, quienes puedan pasar a ser partes vinculadas al proceso; en cambio, el efecto civil (indemnización de perjuicios, multas o sanciones económicas de otra clase) sí es transmisible a los herederos o sus sucesores por el aspecto pasivo, como cualquier otra deuda del causante condenado, y por el aspecto activo como crédito o derecho a recibir la indemnización la víctima, es transmisible no sólo a los herederos sino por acto entre vivos y por legado testamentario.

Por otro aspecto, *en materia penal* la sentencia absolutoria o condenatoria es inmutable y definitiva frente a todo el mundo, con fuerza *erga omnes*, pues nadie puede desconocerla ni pretender un nuevo proceso contra ese imputado o sindicado y por los mismos hechos, ni desconocer su absolución. En cambio, respecto a las demás personas que pudieron participar en los mismos ilícitos juzgados, pero que no fueron imputadas ni procesadas, nada impide que se les inicie investigación y proceso, por los mismos hechos, pues respecto a ellas no hay cosa juzgada en el primer proceso.

C) *En materia disciplinaria*, se aplica lo dicho para lo penal.

D) Pero deben tenerse en cuenta las excepciones que se explican en el número siguiente.

271. Excepciones al límite subjetivo en materia civil, comercial, laboral, contencioso-administrativa, constitucional, penal y disciplinaria. Sentencias con valor "erga omnes".

A) En las sentencias de las cuatro primeras clases el principio general es su relatividad, que limita su fuerza vinculativa al litigio para el cual se pronuncian y respecto a las personas que intervienen en ella; pero sufre algunas excepciones de rigurosa interpretación taxativa y que sólo existen mediante expresa disposición del legislador. Se dice entonces que el fallo civil, laboral, comercial y contencioso-administrativo obliga a todo el mundo, razón por la cual nadie puede desconocerlo, y que puede oponerse como cosa juzgada en cualquier proceso posterior. Veamos cuáles son éstos:

²⁷² Leone: ob. cit., t. III, ps. 339-341; Manzini: ob. cit., t. I, ps. 270 y 358, y t. IV, p. 521.

1) *Sentencias sobre filiación legítima o extramatrimonial.*

Las sentencias recaídas en procesos sobre filiación producen efectos *erga omnes*, cuando se dictan contra legítimo contradictor; esto ocurre por el solo hecho de que la demanda le haya sido notificada, aun cuando haya fallecido durante el curso del proceso y antes de dictarse el fallo, en cuyo caso los herederos lo suceden en esa calidad especial. En cambio, si la demanda se dirige contra los herederos, después de muerto el padre, la sentencia tiene un simple valor relativo.

Para que se produzcan esos efectos *erga omnes* se necesita: 1º) que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada, o sea que se encuentre ejecutoriada; 2º) que se haya pronunciado contra legítimo contradictor; 3º) que no haya habido colusión en el proceso. Legítimo contradictor es, en proceso de paternidad, el padre contra el hijo o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre y la madre contra el hijo (conviene permitir que la colusión se alegue en recurso extraordinario de revisión).

Es muy importante recordar que el fallo no es oponible en ningún tiempo, aun en el caso de haberse pronunciado contra legítimo contradictor, “a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que lo desconoce”, cuando dicho interesado no ha sido parte en el proceso; es decir, si quien figuró como legítimo contradictor no lo era en efecto. Pero a quien fue vencido en el proceso no le es dable desconocer la sentencia con ningún pretexto. Por ejemplo: si una persona demanda a otra para que se le declare hijo de ésta y vence en el proceso, tal fallo produce valor *erga omnes*; pero si posteriormente un tercero alega ser el verdadero padre, puede demandar al hijo para que se le declare su paternidad, sin que la primera sentencia sea obstáculo para el nuevo proceso. Esta acción es, además, imprescriptible ²⁷³.

²⁷³ Sobre esta materia trató nuestra tesis de grado: *Investigación de la paternidad natural después de muerto el padre presunto*, Bogotá, 1941, en la cual refutamos la doctrina que por mayoría escasa de votos acababa de sostener la Sala de Casación Civil de la Corte, negando la procedencia de la acción de investigación de la paternidad natural después de muerto el padre. Apenas se produjo un cambio parcial de los magistrados de la Sala, pocos años después, nuestra tesis y la de quienes salvaron el voto en aquella sentencia, sobre la viabilidad de dicha acción, fue acogida por la Sala de Casación y rige desde entonces. Véase también nuestro *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. III, núm. 459, y la abundante bibliografía que allí citamos.

2) *Sentencias en procesos promovidos por acción popular.*

La sentencia recaída sobre demanda formulada mediante la acción popular produce también efectos *erga omnes*, por considerarse que quien la ejercita obra en nombre de la sociedad interesada, en cuya defensa se otorga dicha acción.

3) *Procesos de declaración de pertenencia.*

Cuando estos procesos, para que se declare que el demandante ha adquirido la propiedad de un inmueble por prescripción, se adelantan previa citación por edictos y publicaciones a todo interesado en oponerse, la sentencia produce cosa juzgada respecto de todo el mundo.

4) *Casos en que en la práctica la sentencia tiene valor "erga omnes".*

Existen casos en que por la naturaleza de su objeto, la sentencia tiene en la práctica valor respecto a todo el mundo, aunque no exista norma legal alguna que así lo consagre. Son los siguientes:

a) Algunos fallos que modifican un estado civil o establecen uno nuevo (sentencias de declaración constitutiva), como en los procesos de divorcio, separación de bienes, nulidad de matrimonio. El carácter de soltero, divorciado o separado que se adquiere en virtud del fallo, no puede ser desconocido por nadie. Es un caso similar al de la sentencia penal absolutoria o condenatoria.

b) Cuando la ley limita la legitimación en causa a determinadas personas y éstas ya la han ejercitado: porque entonces, como nadie tiene legitimación para adelantar nuevos procesos, no existe la posibilidad de que se modifique lo resuelto en el primero. Por ejemplo, cuando el marido impugnó al hijo de su esposa y perdió el pleito, o cuando se discutió la paternidad natural en vida del padre presunto.

5) *Valor probatorio ante terceros de las sentencias sobre estado civil, con efectos relativos de cosa juzgada.*

Esas sentencias tienen valor de prueba del estado civil, en el caso de que la declaración sea favorable al demandante, frente a los terceros, mientras éstos no las impugnen en nuevo proceso, tal como sucede con las actas notariales de estado civil. Pero los efectos patrimoniales sólo se surten contra quienes fueron partes.

B) *En lo contencioso-administrativo*, tienen valor *erga omnes* las sentencias que se dicten en procesos de simple nulidad de actos administrativos, como consecuencias del ejercicio de la acción pública, sea que decreten o nieguen la nulidad.

C) *Las sentencias de la Corte Suprema sobre inexequibilidad de leyes o decretos-leyes*, tienen valor "*erga omnes*". Esto es aplicable tanto a las sentencias que se dictan cuando la Corte desata el conflicto entre el Congreso y el Presidente de la República, por objeción que éste formule a un proyecto de ley aprobado por aquél, en razón de inconstitucionalidad, como a las que se profieren en la revisión forzosa de los decretos-leyes expedidos por el gobierno durante el estado de sitio o de emergencia económica, y a las que se dictan para resolver las demandas de inexequibilidad formuladas por cualquier persona en ejercicio de la acción pública, contra leyes y decretos con fuerza de ley.

D) *En lo laboral*, las sentencias que homologan pactos colectivos de trabajo tienen en la práctica efectos *erga omnes*, puesto que nadie puede discutir luego la validez de aquéllos.

E) *En lo penal*, como hemos visto, las sentencias producen efectos *erga omnes* en cuanto a la absolución o condena del imputado o sindicado, pero no en cuanto a la situación jurídica de las demás personas que pueden haber participado en el ilícito y no hayan sido juzgadas en ese proceso. Lo mismo ocurre con el sobreseimiento definitivo y con el auto de cesación del procedimiento.

F) *En procesos disciplinarios*, las sentencias, por ser absolutorias o condenatorias punitivas, respecto a imputaciones, no penales sino estrictamente disciplinarias, producen también efectos *erga omnes*.

272. Eficacia ante terceros de la sentencia con valor relativo. Efectos reflejos de la sentencia y de la cosa juzgada.

Del hecho de que generalmente en lo civil, comercial, laboral y contencioso-administrativo, la sentencia no obliga a quienes no fueron partes en el proceso, no se deduce que para esos terceros no exista.

Se trata de que no se *impongan* perjuicios *jurídicos* a los terceros con una sentencia de valor relativo; pero como consecuencia de las relaciones conexas entre los distintos derechos de las

personas, la privación de un bien jurídico a una mediante una sentencia, puede perjudicar *de hecho* a otras ²⁷⁴. Por ejemplo: los posibles futuros herederos de la parte condenada a una cuantiosa indemnización sufren el perjuicio de ver reducida su expectativa herencial, y los acreedores de la misma el de perder una parte de los bienes que garantizan sus derechos; de igual manera, los unos y los otros se benefician, en el caso contrario; las sentencias con efectos relativos, cuando versan sobre el estado civil de las personas, tienen valor ante los terceros mientras no las impugnen, pero sus efectos patrimoniales sólo se surten entre quienes fueron partes.

El perjuicio jurídico no existe sino cuando la sentencia extingue o modifica el derecho del tercero extraño al proceso o le impone una pena o una obligación.

Estos efectos reflejos son propios de toda sentencia definitiva, haga o no tránsito a cosa juzgada, y en general de todo acto jurídico. Pero pueden ser considerados como efectos reflejos de la cosa juzgada, en cuanto adquieran la definitiva que les agrega la sentencia que goce de inmutabilidad.

Los acreedores y terceros perjudicados con estos efectos reflejos de la sentencia civil, comercial, laboral y contencioso-administrativa ejecutoriada, pueden pedir su revisión mediante recurso extraordinario, si consideran que hubo colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes para conseguir esa sentencia, siempre que formulen el recurso dentro del término que la ley señale.

En *materia penal*, tanto la absolución como la condena existen y producen efectos *erga omnes*; pero la cosa juzgada es estrictamente personal en el aspecto penal, en cuanto la pena se aplica únicamente al sujeto juzgado, sin que pueda ser sustituido por herederos o causahabientes a título singular; el efecto civil, de la indemnización de perjuicios, sí es transmisible a los herederos o sucesores, por el *aspecto pasivo* de la obligación de pagarlos, como cualquiera otra deuda del causante, y también por el *aspecto activo* como crédito o derecho a recibir la indemnización es transmisible a los herederos y por acto entre vivos.

273. Efectos externos de la sentencia y de la cosa juzgada.

Existen ciertas consecuencias externas de la sentencia, distintas de la vinculación que produce entre las partes, o sea, de

²⁷⁴ Canelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núm. 103, e *Instituciones*, ed. cit., t. I, núm. 79; Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, ps. 429-430.

su imperatividad, que se cumplen fuera del proceso, en relación con personas que no han sido partes en él. Así, consecuencia de la sentencia favorable en proceso reivindicatorio es su registro, que tiene el mismo valor que el de una escritura de compraventa emanada del legítimo dueño; de una sentencia de estado civil, su protocolo como acta respectiva o la corrección, en razón de ella, del acta anterior; el divorcio vincular y la nulidad del matrimonio que una sentencia declaren, le dan validez al nuevo vínculo que contraigan las partes, y el estado de soltero o divorciado no puede ser desconocido por nadie; la sentencia que declare la cancelación de una hipoteca o la nulidad de una compraventa o de otro título cualquiera, da derecho a que se cancele la inscripción de éstos en la oficina de registro, aunque así no lo disponga, en cuyo caso debe ordenarse por un auto, que en nuestro concepto es de simple sustanciación.

Se trata de efectos que por lo general rigen para terceros, muy diferentes, por lo tanto, de la imperatividad y obligatoriedad de la sentencia entre las partes. El vínculo que para esos terceros pueda emanar no procede de la voluntad del juez, sino de la voluntad de la ley que hace de la sentencia únicamente una condición para que el vínculo surja ²⁷⁵.

Efecto externo de la sentencia penal absolutoria es el eliminar el antecedente que por la imputación que la precedió se hizo figurar en la hoja de vida del imputado.

Se trata aquí también de efectos naturales de toda sentencia, tenga o no valor de cosa juzgada. Serán efectos de ésta únicamente en cuanto les agregue la definitividad y la inmutabilidad propias de su calidad especial.

274. Eficacia de la sentencia y de la cosa juzgada en el tiempo y en el espacio.

a) *En cuanto al tiempo*, se aplican las normas que estudiamos al tratar de la vigencia de la ley procesal ²⁷⁶, es decir, en materia civil, laboral y contencioso-administrativa, los procesos concluidos, y, por lo tanto, sus sentencias, no pueden ser afectadas por la nueva ley (véase núm. 15); pero no quiere decir esto que el transcurso del tiempo no puede afectar en ningún caso los efectos de la sentencia. Es ésta la regla general, pero algunas sentencias de naturaleza especial, como las de alimentos e inter-

²⁷⁵ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núm. 103.

²⁷⁶ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. I, núm. 109.

dicción, pueden ser afectadas en sus efectos u obligatoriedad cuando en el transcurso del tiempo cambien las circunstancias que las motivaron, y entonces la ley permite su revocación o modificación (véase núm. 278).

En materia penal, la situación es diferente, porque la ley posterior sustancial, que sea más favorable al condenado porque elimina el carácter de delito del hecho, o disminuye la pena o la clase de ésta, se aplica en beneficio del reo, en virtud del *principio de la favorabilidad* o del *favor rei* ^{276 bis} (véase núm. 12).

El comienzo de la eficacia es por lo general el de la ejecutoria de la sentencia, pero por razones de conveniencia la ley permite anticipar o demorar esa eficacia, en algunos casos. Lo primero sucede cuando la ley autoriza su ejecución antes que esté en firme, como pasa en la apelación en el efecto devolutivo y cuando por no dar el recurrente en casación caución para garantizar los perjuicios que su recurso pueda ocasionar a las otras partes, se procede a ejecutar la sentencia.

Cuando los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la demanda o al de la celebración u ocurrencia del hecho o acto jurídico, como en los casos de nulidad de los contratos o de pago de frutos en la reivindicación, puede decirse que tiene un efecto retroactivo.

El retardo de la ejecución de la sentencia ocurre cuando existen razones para darle un término al demandado vencido, con el fin de que cumpla lo ordenado por ella.

Igualmente, si en la sentencia no se ha especificado o liquidado la condena, por haberse pronunciado en abstracto, su eficacia queda sujeta a su previa regulación o liquidación, mediante incidente que se tramita ante el juez de primera instancia, en cuyo caso el auto que apruebe o regule la liquidación tiene valor de sentencia y presta mérito ejecutivo (véase núm. 258).

En materia penal puede decirse que el efecto de la sentencia y de la cosa juzgada condenatorias, se retrotrae a la fecha en que fue privado de su libertad el procesado (para ese entonces sólo imputado o sindicado), puesto que se tiene en cuenta ese tiempo anterior a la sentencia para computarlo al impuesto por ésta como pena o medida de seguridad.

b) *En cuanto al espacio*, se aplican las reglas sobre la vigencia de la ley procesal, ya que la eficacia de la cosa juzgada se asimila a la de la ley (véase núm. 15). Por consiguiente, el doble efecto de inmutabilidad e imperatividad de la sentencia no se

^{276 bis} Devis Echandía: *Principios fundamentales del derecho procesal penal*, ed. cit., ps. 43 a 48 y 50.

produce ante las autoridades ni en el territorio de otro Estado, sino en virtud del *exequatur* que le otorguen los jueces nacionales (véase núm. 259).

Por otra parte, sería contrario a la certeza jurídica y se pecaría contra la unidad del ordenamiento jurídico, si la cosa juzgada obligara en una parte del territorio del Estado y no en otra. Por consiguiente, tal como sucede con la ley, la sentencia en firme dictada por cualquiera de los jueces del país tiene valor en todo el territorio nacional; su valor en el extranjero dependerá de que allí se le otorgue el *exequatur* (véase núm. 259).

275. Excepciones a la inmutabilidad de la cosa juzgada en materia civil: recurso extraordinario de revisión y proceso de revisión. El proceso simulado o fraudulento.

El recurso extraordinario de revisión es un verdadero proceso, puesto que el anterior ha concluido con sentencia ejecutoriada, a pesar de denominársele recurso extraordinario. Lo consagran los Códigos para los casos en que faltaron los elementos esenciales para la garantía de la justicia. Esto se presenta cuando la sentencia ha sido producto del fraude, la violencia, la colusión o el cohecho; cuando después de pronunciada se recobran piezas decisivas retenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida; cuando hubo colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes, en perjuicio de terceros y éstos interponen el recurso, caso en el cual no importa que quien pide la revisión haya participado o consentido el fraude o la colusión; cuando hubo un vicio de nulidad que no podía reclamarse antes de la sentencia y se deba a indebida representación o falta de notificación a una de las partes, o que se originó en la sentencia definitiva, y cuando se haya desconocido una cosa juzgada anterior y el interesado hubiera sido representado en el segundo proceso por el curador *ad litem* y no hubiera conocido la existencia de ese proceso (véanse núms. 222, 277 y 316).

No se trata de repetir el proceso, sino de un recurso especial contra la sentencia, a pesar de su ejecutoria, por lo cual constituye un verdadero nuevo proceso; si se encuentra fundado, se invalida el fallo y se dicta en su lugar el que se estime arreglado a derecho, sin que el primer proceso deba repetirse, excepto cuando se declara su nulidad.

Deben ser causales de revisión extraordinaria, el haber existido colusión o proceso fraudulento o simulado, o cohecho o vio-

lencia sobre el juez o falsedad en las pruebas que fueron fundamento de la sentencia ²⁷⁷.

Cuando la acción es ejercida por los terceros, no hay en realidad excepción a la cosa juzgada, porque frente a ellos no se configura ésta; pero como si la revisión prospera dejan de surtirse los efectos de la sentencia entre quienes sí fueron partes en tal proceso, puede hablarse en este caso de excepción a la inmutabilidad de la cosa juzgada y de que el tercero perjudicado ejercita la acción en nombre propio, aunque en sustitución de la parte que es su deudora o su cónyuge, etc., que lo ha lesionado con ese fraude procesal, para burlar el cobro de su crédito o sus derechos gananciales en la sociedad conyugal o su legítima herencia. Es decir, es un caso de legitimación extraordinaria o sustitución procesal (véase núm. 142).

276. Excepciones a la inmutabilidad de la cosa juzgada en el proceso penal.

1) *En cuanto al cumplimiento total de la pena: la rehabilitación del condenado, la liberación condicional y la nueva ley favorable.*

La sentencia penal condenatoria ejecutoriada otorga inmutabilidad y definitividad al hecho de la condena, también al máximo de la pena impuesta (que no podrá ser elevada) y a la obligación de indemnizar los perjuicios impuestos al procesado. Pero como la pena debe corresponder a la necesidad de represión del delito, si durante su ejecución resulta excesiva, por la conducta del penado, ya no se justifica el cumplimiento del tiempo que falte para completarla, y por eso existen los institutos de la liberación condicional y de la rehabilitación a efectos de suspender dicho cumplimiento. Es decir, no existe inmutabilidad de la condena en cuanto al cumplimiento total de la pena ²⁷⁸.

Lo anterior se aplica con mayor razón a la sentencia que impone simples medidas de seguridad.

Como vimos al tratar del principio de la favorabilidad o del *favor rei*, cuando una nueva ley reduce la pena o elimina el carácter de delito del hecho por el cual fue condenada una persona, favorece

²⁷⁷ Devis Echandía: *Nociones generales de derecho procesal civil*, Edit. Aguilar, Madrid, España, 1968, núm. 267.

²⁷⁸ Manzini: ob. cit., t. II, p. 549, y t. III, ps. 657-660; Leone: ob. cit., t. I, ps. 551-522, y t. II, p. 523.

de inmediato a ésta, por lo cual su pena queda reducida o eliminada y en el último caso debe otorgársele la libertad (véase núm. 12).

II) *La amnistía y el indulto.*

La amnistía y el indulto son excepciones a la inmutabilidad de la cosa juzgada, pero por disposición de la ley posterior (la primera), o por decreto del Presidente de la República en ejercicio de la facultad que le otorgase la ley y sólo por delitos políticos y sin que comprenda la responsabilidad civil del indultado frente a los particulares (el segundo).

La providencia que concede la amnistía (cuando la ley que la otorga la haga necesaria) o del indulto, se comunica al juez que dictó la sentencia de primera instancia y a las demás autoridades a quienes se comunicó dicha sentencia.

Estas instituciones son peculiares y privativas del proceso penal, pues no se las concibe en materia civil, laboral o contencioso-administrativa.

Son, como se puede observar, excepciones a la inmutabilidad de la cosa juzgada, en favor o para el beneficio del condenado. No existen, en cambio, en su contra o para agravar la condena.

A diferencia de lo que ocurre para la revisión en materia civil, la de sentencias penales no está sujeta a ningún término preclusivo. En cuanto a su naturaleza y fines se aplica lo dicho sobre aquélla.

Puede decirse que los tres grupos de casos acabados de examinar constituyen una especie de condición extintiva de los efectos de la cosa juzgada en materia penal.

277. Sentencias que no producen cosa juzgada: revisables en proceso posterior, inhibitorias y de jurisdicción voluntaria. La sentencia nula.

a) La ley otorga revisión en un proceso separado posterior.

Esta hipótesis es realmente anormal e indeseable, pues si el procedimiento especial consagrado para un asunto no da la suficiente garantía, lo lógico es suprimirlo, y si la da no existe razón para revisar su sentencia en otro proceso posterior.

Pero si la ley procesal incurre en tal impropiedad, la sentencia dictada en el primer proceso no causa cosa juzgada, a pesar de que con marcada impropiedad suele hablarse entonces de cosa juzgada formal (véase núm. 267, f).

Es un error dejar revisables en proceso ordinario sentencias dictadas en procesos especiales. Si éstos no merecen confianza deben suprimirse.

b) Sentencias inhibitorias.

Para que se surta la cosa juzgada se necesita que la sentencia haya recaído sobre el fondo del litigio y por lo tanto, cuando en virtud de una excepción de mérito temporal (dilatatoria conforme a la doctrina) el juez se abstiene de fallar sobre la existencia del derecho o relación jurídica y no se pronuncia sobre el *petitum*, nada impide que se promueva nuevo proceso entre las mismas partes y por la misma causa y el mismo objeto. Así sucede cuando prospera la excepción de petición de antes de tiempo o de modo indebido, de falta de prueba de la existencia del demandado como persona jurídica, de condición no cumplida, de excusión, de falta de interés sustancial para obrar o de legitimación en la causa (como cuando falta la prueba de la calidad de herederos de los demandados en los procesos de filiación extramatrimonial después de muerto el padre). No se trata de excepciones a la cosa juzgada, sino de que no existe (véanse núms. 134, letra *j*, 138, letra *d*, y 151).

c) Procesos de jurisdicción voluntaria.

Por último, la cosa juzgada tiene por objeto ponerle fin a los litigios y de ahí su doble fuerza vinculativa. Pero como este motivo no opera para los procesos de jurisdicción voluntaria, en los que no existe litigio sino un simple interés de certeza jurídica, en ellos no se produce la cosa juzgada (véase núm. 27).

d) El caso de la sentencia o del proceso nulos.

Cuando el proceso o únicamente la sentencia ha quedado viciado de nulidad por una causa que puede ser alegada al ejecutarse la sentencia o en recurso de revisión (véanse núms. 316 y 329), no existe cosa juzgada, ya que ésta exige un proceso y una sentencia válidos. Tampoco se trata de hacer una excepción a la inmutabilidad de la cosa juzgada, sino de que ésta se produce sólo en apariencia, y en el nuevo proceso o en el incidente de ejecución se demuestra, precisamente, que no existe en realidad, por ser nula la sentencia.

278. Los casos *rebus sic stantibus*.

Ciertos procesos, a pesar de ser contenciosos, por la naturaleza especial de la cuestión que es objeto de ellos, no pueden concluir con una decisión cuyos efectos permanezcan vigentes indefinidamente a pesar de que varíen las circunstancias de hecho que la motivaron. Así ocurre con los contenciosos de alimentos y suspensión de la patria potestad. Es un caso similar al de muchos de jurisdicción voluntaria, como los de interdicción de incapaces y licencias para enajenar bienes de éstos cuando se niegan.

La prestación a que se condena al alimentante en los primeros, está sujeta al mantenimiento de las circunstancias que la motivan; y por tal razón, si éstas desaparecen, se le permite al demandado pedir que se suprima o disminuya su obligación. También el alimentario puede solicitar que se fije nuevamente la cuantía señalada en la primera sentencia, en razón de las nuevas condiciones económicas del alimentante.

La interdicción tampoco puede subsistir cuando las causas que la produjeron han desaparecido, y de ahí que puede pedirse la rehabilitación, por el mismo inhabilitado o su representante.

Estos casos presentan marcada analogía con los contratos sobre situaciones continuadas que se regulan por la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, y por ellos los autores suelen referirse a ésta, al estudiarlos. Consisten en que por su naturaleza en los procesos de jurisdicción voluntaria, como regla general, y como excepción en los procesos contenciosos al extinguirse las circunstancias de hecho que se regularon, termina la vigencia de la cosa juzgada, porque el juez no ha pretendido dar una decisión inmodificable sino en cuanto subsistan aquellas circunstancias. Es un efecto natural de la clase especial de sentencia y no una revisión de la sentencia ni una excepción de la cosa juzgada. Ésta existe sólo sobre esa situación de hecho *sui generis*, oponible mientras no se pruebe la nueva situación que viene a plantear un nuevo litigio no regulado por ella, de acuerdo con las reglas generales estudiadas (véase núm. 269). Existe cosa juzgada, pero limitada en el tiempo ²⁷⁹.

En los procesos penales encontramos la aplicación de este principio en las causales de revisión extraordinaria por haberse pronunciado sentencias contradictorias que hayan condenado por el mismo hecho a dos o más personas, cuando solamente ha podido

²⁷⁹ Abitia Arzapalo: *De la cosa juzgada en materia civil*, México, 1959, p. 156; Carnelutti: *Sistema*, t. I, ps. 357-358; Liebman: *La eficacia y la autoridad de la sentencia*, ed. cit., ps. 42-44.

ser cometido por una o por un número menor; cuando después de la condena aparezcan hechos nuevos o pruebas que establezcan la inocencia del condenado o demuestren que el hecho por el cual se condenó se adecua a una disposición penal que señala una pena menor.

279. La cosa juzgada no existe sobre las pretensiones de la demanda que no fueron resueltas en la sentencia.

Cuando hay sentencia de fondo o mérito, pero al juzgador se le olvidó resolver expresa o tácitamente sobre parte de las pretensiones de la demanda, debiendo hacerlo (porque si accede a las principales no necesita resolver sobre las subsidiarias, y si se trata de alternativas a voluntad del demandado o del juez, debe limitarse a la escogida), no existe cosa juzgada sobre la cuestión omitida ²⁸⁰.

En cambio, si se omite resolver sobre alguna excepción del demandado, la situación es muy diferente. Habrá una ilegalidad en la decisión, pero como tal excepción es inseparable de la pretensión que atacaba, al resolverse favorablemente sobre ésta queda constituida la cosa juzgada respecto de cualquier medio de defensa que haya sido alegado o hubiera podido alegarse fuera de ella. En estos casos existirá el defecto sustancial de incongruencia por *citra petita*, que puede ser corregido por la apelación o el recurso de casación. El problema se presenta sólo cuando se trate de sentencia definitiva sin recursos o ejecutoriada por falta oportuna de impugnación; entonces la cosa juzgada hará definitiva e inmodificable la sentencia, pese al error que en ella se contenga y no podrá el demandado plantear en nuevo proceso la excepción que en aquél no se tuvo en cuenta, en forma de pretensión de su propia demanda.

En materia penal, cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las imputaciones formuladas al procesado por los hechos objeto del proceso y se produce la absolución, no puede iniciarse otro proceso por ellas y la cosa juzgada absolutoria las comprende (el remedio está en recurso o nulidad, antes de la ejecutoria) y nunca debe ocurrir sentencia inhibitoria en un buen C. de P. P., porque siempre debe ser absolutoria o condenatoria; también habrá cosa juzgada sobre todas las imputaciones que se hubieran podido formularle al procesado y no se le formularon, cuando se pronunció sobre el fondo o mérito, porque entonces se debe considerar que hay

²⁸⁰ Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, núm. 78; Guasp: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 604; Rocco: *Trattato*, Torino, 1966, t. I, ps. 305-308; Chiovenda: *Principios*, t. I, ed. cit., núms. 78-79; Liebman: ob. cit., ps. 73 y 77.

absolución implícita respecto a tales imputaciones, ya que por el mismo hecho ilícito juzgado no puede producirse un nuevo proceso penal con el pretexto de darle distinta calificación al ilícito o de que éste constituía un diferente ilícito.

280. En qué parte de la sentencia se encuentra la cosa juzgada. Valor de las motivaciones e interpretación. El caso de los hechos que se consideran probados en las motivaciones.

Así como para interpretar la demanda se hace necesario su estudio conjunto y racional, el mismo criterio rige para interpretar la sentencia.

Generalmente se dice que la cosa juzgada está contenida en la parte resolutive y dispositiva de la sentencia, pero esta afirmación tiene un valor relativo. En esta parte se encuentra de ordinario la resolución, es decir, la conclusión a que ha llegado el sentenciador; pero esa conclusión es producto de un análisis, cuya trayectoria queda expuesta en las consideraciones o motivaciones que la anteceden. De esta manera es imposible separar aquélla de éstas, para conocer su sentido y alcance.

Tampoco debe tomarse el tenor literal de la decisión en forma rigurosa, sino, por el contrario, investigar su alcance y contenido racional y lógico²⁸¹ y para eso es muy útil y aun indispensable el examen de la parte motiva del fallo. De ahí que existan decisiones implícitas de excepciones (véase núm. 263) y de puntos relacionados con la demanda, como cancelación de registros y restitución de bienes (véanse núms. 272-273).

La cosa juzgada no se aplica al valor que a las pruebas le haya reconocido el sentenciador²⁸², y por esta razón en proceso distinto entre las mismas partes el juez puede apreciarlas y estimarlas soberanamente, aunque es indispensable trasladarlas en copia completa para que su calificación sea posible. La relación que de las pruebas practicadas se hace en la motivación de la sentencia no sirve para que en el nuevo proceso entre las mismas partes se considere

²⁸¹ Cernelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núm. 92. Además, véanse citas siguientes.

²⁸² Chiovenda: *Principios*, t. II, núm. 79; Calamandrei: *El proceso civil*, Buenos Aires, 1945, ps. 601-605; Rosenberg: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, núm. 150; Cernelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, núm. 79; Liebman: ob. cit., p. 49; Guasp: ob. cit., p. 604; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, p. 319; Devis Echandía: *Tratado de derecho procesal civil*, t. III, núm. 467, y *Nociones generales de derecho procesal civil*, núm. 270, eds. citadas.

que el hecho se encuentra probado con la copia de la sentencia. Hay una diferencia muy importante entre el caso de tratarse de pruebas practicadas en proceso anterior, entre las mismas partes, o entre partes distintas: en el primero la prueba trasladada tiene todo su valor en el nuevo proceso, sin necesidad de ratificarla, porque ha sido controvertida por la parte contra quien se opone; en el segundo, en cambio, debe ser ratificada, mediante la repetición de la diligencia o la confirmación del testimonio.

Por lo tanto, es indispensable distinguir entre el valor de las motivaciones para interpretar el alcance de la decisión o resolución y su valor para probar en proceso distinto los hechos que allí se dice fueron probados en ese proceso; lo primero es admitido por la doctrina en general, al paso que lo segundo es negado con igual firmeza por ella.

281. Para qué clase de resoluciones existe la cosa juzgada. No opera respecto de autos. Efectos de la ejecutoria de éstos.

El principio de la cosa juzgada se refiere sólo a las sentencias. No quiere decir esto que las decisiones interlocutorias o de sustanciación no vinculen al juez y a las partes; lo que sucede es que sus efectos son distintos de los de las sentencias.

El juez no puede reformar de oficio lo resuelto por él en un auto interlocutorio, y sólo puede revisarlo en virtud de la reposición que le interponga un interesado, cuando se trata de procesos contenciosos, a menos que decreta su nulidad por causa legal. Nos remitimos a lo dicho al tratar de la ejecutoria de las providencias en el número 257. Por ello se deben rechazar de plano los incidentes que se promuevan por la misma causa de otro que ya fue resuelto o está en curso.

Cuando por un auto interlocutorio se rechaza un recurso o se niega una petición que debe formularse dentro de cierto término, dicho auto obliga al juez y a las partes y, vencido ese término, no es procedente reformarlo aun cuando se presente una nueva causa para su conducencia o se subsane el defecto que motivó el insuceso.

En cambio, las apreciaciones o conclusiones a que se haya llegado en esos autos, no vinculan al juez al dictar sentencia. De lo contrario se rompería la unidad del proceso y se desconocería su más elemental concentración ²⁸³ (véase núm. 256).

²⁸³ Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. III, núm. 468, y *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núm. 271.

Pero el error cometido por el juez en un auto ejecutoriado no lo obliga a incurrir en otro yerro. Por ejemplo, si el juez admite ilegalmente una tercería en proceso ejecutivo, el auto no lo vincula en el momento de dictar la sentencia de prelación de créditos; si accedió una vez a cierta solicitud equivocadamente, no está obligado a hacerlo de nuevo cuando se le vuelva a plantear el caso.

Igualmente, el auto que rechaza la excepción previa de cosa juzgada, la de transacción o la de desistimiento anterior, no impide que en la sentencia esas excepciones se declaren probadas si el juez cambia de criterio o se han traído nuevos elementos de juicio. Lo mismo ocurre con el auto que rechaza la excepción previa de pleito pendiente (véase núm. 256) o de caducidad o prescripción y con los autos que declaren probadas estas excepciones, pero no hayan puesto fin al proceso.

Los únicos autos que tienen valor de sentencia son los que ponen término al proceso, por lo cual éste no puede continuar, ni se puede revivir, tal como ocurre con la sentencia ejecutoriada; ejemplo es el auto que declara probada una excepción previa contra todas las pretensiones, pues le pone fin al proceso; pero no cuando la excepción prospera sólo respecto a parte de las pretensiones, caso en el cual el proceso continúa respecto de las otras. En principio, la cosa juzgada se produce respecto de sentencias dictadas en procesos contenciosos; pero los autos que aceptan transacciones totales y desistimientos completos de la demanda, tienen el mismo efecto si se trata de procesos contenciosos.

En materia penal, tienen valor de cosa juzgada también los autos o providencias de sobreseimiento definitivo y de cesación del procedimiento, excepto cuando aquél se basa en querella ilegítima.

Cuando existen autos ejecutoriados afectados de nulidad, por alguno de los motivos señalados en los Códigos de Procedimiento, lo procedente es declarar su nulidad, junto con la demás actuación viciada, y luego repetirla. En tal sentido debe entenderse la llamada doctrina de los autos antiprocesales.

282. Medios para hacer efectiva la eficacia de la cosa juzgada. Sentencia posterior que le sea contraria.

La ley consagra medios efectivos para garantizar la eficacia procesal de la cosa juzgada. En primer término está la excepción previa para impedir el nuevo proceso; en segundo lugar, la excepción de mérito para obtener en la sentencia la desestimación de la demanda (véase núm. 145); en tercer lugar la impugnación de la sentencia de primera instancia mediante apelación y la de segunda por el recurso de casación cuando es procedente. El C.

de P. C. colombiano permite, además, que durante las instancias el juzgador declare de oficio la excepción de mérito cuando aparezca probada; lo mismo rige para lo laboral, penal y contencioso-administrativo; tal declaración de oficio se hace en la sentencia (véase núm. 127). Esta facultad deberá existir en todos los Códigos de Procedimiento.

Pero puede suceder que a pesar de estos remedios, por descuido de la parte interesada que no los interpone o por error del juez, se dicte sentencia en el nuevo proceso contrariando lo resuelto por el fallo anterior. ¿Qué sucede entonces?

Algunos creen que la sentencia con efectos de cosa juzgada "hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes". Pero se trata de un error pues el término "nulidad" está mal utilizado. En realidad se trata de que la cosa juzgada impida una nueva decisión sobre el mismo litigio, si se alega como excepción, y obliga a revocar la decisión que se dicta contrariándola, siempre que se use de la impugnación oportunamente. Sólo el demandado que no estuvo presente en el proceso (por haber sido representado por un curador *ad litem*) puede reclamar contra la segunda sentencia, en proceso posterior, o en recurso extraordinario de revisión.

Los autores, por lo general, excluyen toda idea de nulidad en el pronunciamiento de una segunda sentencia que contraría la que tenga valor de cosa juzgada²⁸⁴, y cuando hablan de nulidad en tal caso, como lo hace Chiovenda, consideran subsanado el vicio por la ejecutoria de la nueva decisión²⁸⁵. Nuestro concepto tiene, pues, un serio respaldo.

Si en el nuevo proceso se propone la excepción de cosa juzgada y es rechazada, tanto en el incidente de excepciones previas (cuando se proponga como tal) como en la sentencia definitiva (donde de todas maneras podrá estudiarse el punto si se alega), no hay ya lugar a revisión, es decir, el rechazo se considera definitivo y las partes deberán atenerse a lo resuelto en el nuevo proceso.

En materia penal, suele existir el recurso extraordinario de revisión, cuando en virtud de sentencias contradictorias estén cumpliendo condena dos o más personas por un mismo delito que no haya podido ser cometido sino por una o por un número menor de sentenciadas. Es una excepción a la inmutabilidad y definitividad de la cosa juzgada.

²⁸⁴ Canelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núm. 107, e *Instituciones*, t. I, núm. 82; Planiol y Ripert: *Tratado de derecho civil*, La Habana, 1945, t. VII, p. 898, Abitia Arzapalo: ob. cit., ps. 150-154; Demolombe: cita de Abitia, p. 150.

²⁸⁵ Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 76.

283. Casos en que la cosa juzgada civil, laboral y contencioso-administrativa no impide una sentencia de fondo en el nuevo proceso, sino que delimita su contenido.

Cuando en la demanda del nuevo proceso no se pide resolución sobre los puntos materia de la cosa juzgada, sino que con fundamento en ésta se solicita el reconocimiento de pretensiones que son consecuencia de ella, el juzgador no puede revisar las conclusiones que en la sentencia se adoptaron y debe limitarse a decidir si efectivamente lo pedido es una consecuencia legal de lo resuelto. Un ejemplo de ello se presenta cuando en el primer proceso se solicitó la declaración de hijo extramatrimonial y en el segundo se persigue la herencia a que aquella condición da derecho.

Puede suceder también que en la nueva demanda se incluyan puntos resueltos en la primera sentencia y otros distintos. Entonces la cosa juzgada impedirá que el juzgador se pronuncie sobre aquéllos, pero no sobre éstos; a menos que los últimos sean consecuencia de los primeros, de modo que no puede resolverse sobre los unos sin hacerlo también sobre los otros, pues entonces, si la sentencia anterior desestimó las primeras pretensiones, que son causa necesaria de las otras, no puede haber una decisión de fondo sobre esas aparentes nuevas pretensiones ²⁸⁶.

Si se propone la cosa juzgada como excepción previa y se la declara probada respecto a una parte de las pretensiones contenidas en la nueva demanda (véase núm. 130), seguirá adelante el nuevo proceso respecto de las demás, si no hay indivisibilidad de aquéllas y éstas que impida resolver sobre las segundas. Pero en la sentencia se puede revisar lo dispuesto en el auto que resolvió las excepciones previas, pues no produce cosa juzgada.

284. Modificaciones a la cosa juzgada por acuerdo entre las partes (transacción y novación) y extinción de sus efectos por el cumplimiento o pago o por prescripción.

En materia civil, laboral y contencioso-administrativa, cuando los derechos que reconoce la sentencia son renunciables, las partes pueden modificar sus efectos por transacción o novación, e inclusive puede extinguirse totalmente por donación. No se trata

²⁸⁶ Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. III, núm. 470, y *Nociones generales*, ed. cit., núm. 273.

en este caso de una excepción a los efectos normales de la cosa juzgada y tampoco de un caso *rebus sic stantibus*, sino de extinción de los derechos y obligaciones contenidas en la sentencia por hecho posterior. También pueden extinguirse sus efectos por prescripción, en el caso de condenas.

El cumplimiento de la condena impuesta en la sentencia, sea por pago, compensación, ejecución de hecho debido, restitución del bien, etc., satisface la cosa juzgada al agotar sus efectos, pero esto no significa que la cosa juzgada tenga una relativa vigencia en el tiempo. Es el efecto normal del cumplimiento de toda obligación impuesta contractual o extracontractualmente. La eficacia de la cosa juzgada permanece inalterable.

En materia penal no tienen aplicación estas modificaciones a la cosa juzgada por acuerdos entre las partes; pero sí la reducción de la pena impuesta en los casos que vimos en el núm. 276, lo cual es muy diferente. La extinción de los efectos de la sentencia por pena cumplida, indulto, amnistía y nueva ley favorable si opera, como vimos en el mismo número 276. También opera la prescripción de la pena, por el tiempo señalado en la ley y contado desde la ejecutoria de la sentencia, sin que hubiere sido posible la captura del condenado. La rehabilitación extingue algunas penas; también la amnistía y el indulto.

285. La cosa juzgada en las sentencias extranjeras.

La cosa juzgada es una misma, cualquiera que sea el lugar en donde la sentencia haya sido proferida. Cuando se trate de sentencia extranjera, el problema consiste en determinar si la cosa juzgada que en ella se encuentra debe ser reconocida obligatoriamente por los jueces nacionales. Es un problema de jurisdicción y soberanía, que en cada país se regula por la propia ley.

Si la ley nacional permite hacer valer la sentencia extranjera una vez cumplidos los trámites que para ello se señalen (*exequatur*), los efectos de la cosa juzgada se regulan por las normas y principios generales que hemos expuesto en este capítulo (véanse núms. 259 y 269-273).

CAPÍTULO XXXI

LA PREJUDICIALIDAD. INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL Y DEL SEGUIDO ANTE OTRAS JURISDICCIONES EN EL CIVIL Y VICEVERSA

286. La noción de prejudicialidad. Diversos significados.

Desde el punto de vista puramente lógico, una cuestión es prejudicial a otra desde el momento en que debe ser examinada para llegar a la conclusión perseguida. Jurídicamente puede hablarse de prejudicialidad, en un sentido muy general, en todos los casos en que “en el *praeiudicium* puedan encontrarse elementos esenciales de todo *iudicium*”²⁸⁷. Esta amplia noción de la prejudicialidad debe ser restringida en el terreno estrictamente procesal, para un buen entendimiento de la materia. Sin embargo, la doctrina no es uniforme en este particular.

Es necesario distinguir, en primer lugar, la *prejudicialidad lógica* y la *jurídica*; aquélla es el género y ésta la especie, y por ello todo lo que es jurídicamente perjudicial, lo es también lógicamente, pero no viceversa. La jurídica implica la igualdad de naturaleza y de fin.

En segundo lugar, hay que distinguir la *prejudicialidad jurídica extraprocesal* y la *procesal*. Aquélla existe siempre que se presenten presupuestos jurídicos, o sean cuestiones jurídicas que requieren un examen previo para llegar a una conclusión final, en el estudio de cualquier cuestión jurídica; ésta se limita al campo del proceso, cuando esos supuestos deben ser examinados y resueltos judicialmente para adoptar determinada conclusión en la sentencia.

En este sentido general, dentro del mismo proceso existen numerosas cuestiones prejudiciales: los incidentes de previa sustanciación, las cuestiones resueltas por autos interlocutorios e

²⁸⁷ Hugo Alsina: *Las cuestiones prejudiciales*, Buenos Aires, 1959, ps. 44-62; Menestrina: *La pregiudiziale nel processo civile*, p. 27.

inclusive las definiciones o soluciones que en la misma sentencia se den a puntos que deben servir de fundamentos a la decisión sustancial del litigio.

Algunos autores le dan a la prejudicialidad jurídica procesal este amplio sentido, por lo cual recurren a clasificaciones y divisiones con el fin de distinguir los diversos casos que se presentan ²⁸⁸. Menestrina y Chiovenda hablan de puntos prejudiciales cuando deben ser examinados en el mismo proceso como antecedentes lógicos, pero sin ser controvertidos; de *cuestiones prejudiciales* cuando son controvertidos y el juez resuelve sobre ellos previamente a la decisión principal, dentro del mismo proceso y sin valor de cosa juzgada (*incidenter tantum* o *inter tantum*), y de *causa o pleito prejudicial* cuando el punto debe ser resuelto previamente por el mismo juez o por otro, con valor de cosa juzgada.

Otros autores restringen la noción de prejudicialidad a las cuestiones que deben ser materia de pronunciamiento previo, sea en el curso del proceso, o en otro diferente. Entre ellos se cuentan Manzini, Guasp y Rocco ²⁸⁹. Es todavía una concepción demasiado genérica de la prejudicialidad.

En tercer lugar, están los autores que reclaman la necesidad de restringir la denominación de prejudicialidad, en un sentido técnico, a los casos en que se requiera una previa resolución sobre un punto, por un tribunal o juez distinto, o por el mismo juez pero con efectos generales y no sólo para el determinado litigio, es decir que la decisión sobre ese punto obliga a todos los litigios que versen sobre él con efectos de cosa juzgada y no se limita al proceso donde se pronuncia. Tal es el concepto de Carnelutti ²⁹⁰.

Una cuarta tesis, que defienden Morel y Alsina ²⁹¹, restringe aún más el ámbito de la prejudicialidad procesal y reserva la denominación para las cuestiones que deben ser resueltas previamente en otro tribunal y en otro proceso, con efectos de cosa juzgada.

²⁸⁸ Menestrina: ob. cit., ps. 27, 89, 92; Chiovenda: *Instituciones*, ed. cit., t. I, núms. 124-125; Jiménez Asenjo: *Las cuestiones prejudiciales en materia civil*, cita de Alsina, ob. cit., p. 58; Pontes de Miranda: *Comentários ao código de processo civil*, Rio de Janeiro, 1959, t. IV, p. 60.

²⁸⁹ Manzini: *Tratado de derecho procesal penal*, ed. cit., núms. 59 y 75. Guasp: *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, ed. cit., t. I, p. 983, y *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, ps. 517-522; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. III, ps. 215-228.

²⁹⁰ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núm. 374, y t. IV, núm. 657.

²⁹¹ Morel: *Traité élémentaire de procedure civile*, París, 1949, núms. 273-275; Alsina: ob. cit., ps. 66-69.

287. Nuestro concepto sobre la noción procesal de prejudicialidad.

Para nosotros existe prejudicialidad cuando se trate de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre lo que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca y sin que sea necesario que la ley lo ordene ²⁹².

Es decir, nuestro concepto es similar al de Carnelutti y Alsina. Nos separamos del primero en que excluimos sin excepción las decisiones incidentales dentro del mismo proceso, pues nuestro Código de Procedimiento no las contempla con efectos generales o con valor de cosa juzgada, y del segundo, en cuanto incluimos las cuestiones que deben resolverse en proceso separado ante el mismo juez y no sólo las que se tramitan ante otro de igual o distinta jurisdicción ²⁹³.

Pero no debe confundirse la prejudicialidad con el pleito pendiente (véanse núms. 130 y 237). La cuestión prejudicial existe aun cuando no se haya iniciado el proceso donde debe ser decidida, al paso que el pleito pendiente exige que esté en curso otro proceso. Por otra parte, si bien cuando existe prejudicialidad y se está tramitando el proceso puede alegarse tal circunstancia como pleito pendiente en excepción previa, no siempre que haya pleito pendiente existe prejudicialidad, porque el primero generalmente se refiere a que la misma cuestión litigiosa se está ventilando en otro proceso, y en cambio, la segunda radica en otra cuestión sustancial diferente de la planteada en el proceso donde se alega, pero conexa con ella y cuya solución previa es indispensable para adoptar una resolución en la sentencia.

Cuando en materia civil se permite alegar la cuestión prejudicial como excepción previa, para impedir el trámite del nuevo proceso, como ocurre en el Código de P. C. colombiano (art. 97, núm. 8), se tiene *prejudicialidad a la acción*, y cuando sólo suspende la sentencia existe la *prejudicialidad a la sentencia*.

²⁹² José Guarneri: *Las influencias del proceso civil en el proceso penal*, Puebla, 1952, ps. 9-43; Alsina: ob. cit., p. 73.

²⁹³ Devis Echandía: *Tratado de derecho procesal civil*, t. IV, Edit. Temis, Bogotá, 1964, núms. 607-626, y *Nociones generales de derecho procesal civil*, Edit. Aguilar, Madrid, 1966, núms. 276-292.

288. Prejudicialidad de competencia y de jurisdicción.

Existen estas dos clases de prejudicialidad específica, que algunos autores denominan homogénea y heterogénea. La primera, cuando ambos procesos corresponden a jueces de igual jurisdicción o al mismo pero en proceso separado (porque entonces existen sólo motivos legales de competencia o de procedimiento para que en el mismo proceso no se pueda resolver sobre estas cuestiones). La segunda, cuando correspondan a jueces de distintas ramas jurisdiccionales, como a la penal uno y a la civil, la laboral o la contencioso-administrativa el otro, o viceversa ²⁹⁴.

Como ejemplos de la prejudicialidad de jurisdicción en Colombia, podemos citar la de la cuestión penal que aparezca en el proceso civil; la de la validez o nulidad del matrimonio católico de la partida eclesiástica, que se plantee en un proceso civil y que corresponde a la jurisdicción eclesiástica; la de la validez o nulidad de un acto administrativo, que debe ser acusado ante el contencioso-administrativo y que se plantee en un proceso civil; la de la cuestión civil que resulte en un proceso penal.

Como ejemplos de prejudicialidad de competencia tenemos los litigios sobre la herencia o derechos en ella sobre el testamento que suspenden la partición en el proceso de sucesión (véase núm. 64); la nulidad del matrimonio discutida en proceso ordinario, en relación con la separación de bienes que se pida en proceso abreviado.

289. La regla “el juez de la acción (mejor dicho, de la pretensión) es juez de la excepción”.

En primer lugar observamos que en el moderno lenguaje procesal esta regla debe enunciarse diciendo que “el juez de la pretensión, es juez de la excepción”, porque en su primera parte se refiere al contenido de las peticiones de la demanda.

Esta regla es aceptada en general por los procesalistas y significa que el juez que conoce de la demanda debe resolver sobre todos los medios exceptivos que el demandado alegue en su defensa, salvo los casos en que la ley asigne el conocimiento de la cuestión exceptiva a los jueces de otra jurisdicción o exija un procedimiento diferente ante los jueces de la misma jurisdicción, porque entonces en razón de ese mandato legal no será posible

²⁹⁴ Manzini: *Tratado*, ed. cit., núm. 60; Prieto Castro: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, p. 150; Guasp: *Comentarios*, ed. cit., p. 983, y *Derecho procesal*, ed. cit., ps. 517-522; Jiménez Asenjo: ob. cit., p. 58.

decidir sobre esa cuestión en el mismo proceso ²⁹⁵. En estos casos existirá prejudicialidad, y podrá suspenderse el proceso en razón de ella; pero no cuando el juez de la causa tenga jurisdicción y competencia para resolver sobre la excepción en el mismo proceso, como sobre la nulidad del título o la extinción de la obligación que se cobra en un proceso ejecutivo.

290. Decisiones "*incidenter tantum*".

Se entiende por decisiones *incidenter tantum* las que deben ser adoptadas en el curso del proceso y antes de la sentencia que le pone fin a la instancia (entre nosotros mediante autos interlocutorios y en Italia por las llamadas sentencias interlocutorias) sobre cuestiones que las partes proponen y cuya decisión previa es indispensable para llegar normalmente a la sentencia, pero sin valor de cosa juzgada ²⁹⁶. Tales decisiones preparan el pronunciamiento de la sentencia para que sea posible. Es lo que Chiovenda y Menestrina llaman "cuestiones prejudiciales" ²⁹⁷, que se resuelven por incidentes u otros trámites previos sin efectos de cosa juzgada.

Ejemplos de otras decisiones en nuestro procedimiento civil son los incidentes de excepciones previas y nulidad, y la tacha de testigos por inhábiles o de documentos por falsedad.

Existen otras que se adoptan en la misma sentencia pero sin que se incorporen a su parte resolutive, que son como premisas jurídicas para la decisión de fondo que en ella se toman, y de las cuales dependen el éxito de la demanda o de las excepciones, pero que carecen de valor en un proceso posterior, así sea entre las mismas partes, y no constituyen cosa juzgada. Estas decisiones pueden considerarse también *incidenter tantum*. Así sucede, por ejemplo, cuando para la sentencia de alimentos o separación de bienes o divorcio, el juez necesita calificar la validez del matrimonio en el lógico desarrollo de las motivaciones de la sentencia, sin que exista proceso ordinario separado sobre el punto.

Se incluye en esta categoría el juicio que sobre la prueba de los diversos hechos aducidos por demandante y demandado adopta el juez en la sentencia, como lo explicamos al tratar de la cosa juzgada (véase núm. 280); en un proceso posterior entre las mismas partes será necesario trasladar esa prueba para que el nuevo juez

²⁹⁵ Morel: ob. cit., núm. 273; Manzini: ob. cit., núm. 75; Guasp: obs. y ps. citadas; Alsina: ob. cit., ps. 66-68.

²⁹⁶ Chiovenda: *Instituciones*, ed. cit., t. I, núms. 124-125; Alsina: ob. cit., ps. 64 y 71.

²⁹⁷ Menestrina: ob. cit., ps. 123-133; Chiovenda: cita anterior.

la califique sin que resulte obligado por las conclusiones que en el proceso anterior se acogieron.

291. La pretendida supremacía del proceso penal sobre el civil.

Muy frecuente es encontrar en las obras de los autores de derecho penal y de derecho procesal penal, la afirmación de que existe una supremacía del proceso penal sobre el civil, en razón de la suspensión que del segundo se hace cuando media una cuestión penal que influye en su decisión y del respeto que en éste debe tenerse a lo resuelto en la sentencia que le ponga fin a aquél.

Consideramos que esta supuesta supremacía no existe, que los dos procesos son de idéntica jerarquía, que persiguen un fin público, en interés público, y que las diferencias de objeto y de contenido no justifican tamaña pretensión. Quienes sostienen aquella tesis demuestran un absoluto desconocimiento de lo que ha sido la evolución del derecho procesal civil en el presente siglo y continúan aferrados al caduco concepto del interés privado como objeto y fin del proceso civil y de la acción civil, que predominó hasta finales del siglo pasado (véanse núms. 21, 72 y 98).

Tanto la suspensión del proceso civil, como el respeto a lo resuelto en el proceso penal, se deben exclusivamente a la unidad de la jurisdicción y a los naturales efectos de toda cosa juzgada, sea penal o civil. Es la misma razón que justifica la excepción previa de litispendencia y la institución de la cosa juzgada para impedir nuevos litigios civiles sobre cuestiones ya resueltas por sentencia anterior. Es exactamente lo que sucede cuando aparece una prejudicialidad civil en el proceso penal y debe suspenderse la sentencia de éste mientras en el proceso civil se resuelve sobre tal cuestión, como cuando el ilícito penal de bigamia o incesto depende de la validez del matrimonio o del verdadero estado civil de una persona cuando está siendo objeto de discusión en proceso ordinario civil, o en el caso de quiebra del comerciante, ya que no puede existir el delito si previamente no se la declara para los efectos civiles y comerciales (pero el proceso penal de la quiebra se adelanta acumulado al civil y por el juez de éste, lo cual debe modificarse).

292. Interferencia de la cuestión penal en el proceso civil.

La interferencia de la cuestión penal en el proceso civil puede ocurrir de dos maneras: 1) como cuestión prejudicial dentro del

proceso civil, para suspender éste; 2) como cosa juzgada para impedir el proceso civil o el pronunciamiento de fondo.

293. Suspensión del proceso civil, laboral o contencioso-administrativo por investigación penal.

Cualquiera que sea la clase de delito (perseguable o no de oficio), la sentencia del proceso civil laboral o contencioso-administrativo debe suspenderse cuando la cuestión penal es fundamento necesario de la decisión civil; se distinguen el caso de que el juez civil procede oficiosamente a declarar la suspensión y a ordenar que se dé noticia de lo conducente al juez penal, y el caso en que el último procede a comunicar al juez civil la existencia del proceso penal o por la iniciativa de la parte interesada. No hay suspensión ni cuando la cuestión penal se refiere a un hecho que no es determinante de la decisión civil porque su presencia o ausencia no la haría modificar, debido a los demás elementos probatorios que existan en el expediente. En estos dos casos el proceso civil no debe suspenderse. Esto lo debe resolver el juez civil, y el penal no puede ordenar a aquél la suspensión (véase núm. 294).

Téngase en cuenta que en los casos anteriores el proceso civil se suspende generalmente cuando esté por dictarse sentencia; de esta manera, la existencia del proceso penal o el hecho de que en el civil aparezca que se configura el delito perseguible de oficio, no impiden que el trámite civil se adelante hasta poner el proceso en estado de proferir sentencia; sin embargo, como la adopción de ciertas medidas en el curso de la instancia puede causar perjuicios irreparables a una parte, debe autorizarse al juez para suspender el pronunciamiento de autos interlocutorios, si lo considera necesario; un ejemplo es la entrega de bienes y el levantamiento de secuestros, en el proceso de sucesión por muerte, cuando el título del heredero que los recibiría es objeto de un proceso penal.

La suspensión del proceso civil, laboral y contencioso-administrativo, decretada en razón del penal, durará hasta que el juez que conoce de aquéllos decreta su reanudación por habersele llevado la copia de la providencia que puso fin a dicho proceso penal; pero esta suspensión no podrá durar más tiempo del que la ley procesal debe señalar (por ejemplo: dos años). Se corre el riesgo de que sobrevengan sentencias contradictorias, pero se prefiere esto a una suspensión más prolongada. Además, nada justifica que un proceso penal dure más de dos años, que ya es un término exagerado.

294. La cosa juzgada penal en el proceso civil.

En muchos Cs. del P. P. (como el colombiano) se faculta al lesionado con un delito para ejercer dentro del proceso penal su pretensión civil indemnizatoria, mediante la formulación de la acción civil; pero si el lesionado no interviene en el proceso penal y no se conforma con los perjuicios que en la sentencia oficiosamente se le reconozcan, puede ejercer la pretensión civil en proceso civil separado, dentro de los términos establecidos para la prescripción de ésta.

En la última hipótesis se presenta la necesidad de determinar la trascendencia que en el proceso civil pueda o deba tener la sentencia penal.

Cuando la ley prohíbe la intervención del lesionado con el delito, como parte civil en el proceso penal, será de forzosa aplicación la doctrina que exponemos para el caso de no comparecencia de dicha persona al proceso penal; debe disponerse entonces que el juez penal incluya en la sentencia de condena la indemnización, en concreto, de los perjuicios causados por el ilícito permitiendo que el lesionado pueda rechazar tal liquidación y demandar en proceso civil.

Cuando la sentencia penal ha sido condenatoria no hay duda acerca de que tiene pleno valor en el proceso civil, por cuanto con ella se prueba la ejecución del hecho por el demandado y su responsabilidad, y por ello lo único que en éste se ventila es el monto de la indemnización o la cuantía de los perjuicios y la responsabilidad de terceros, como el empleador, el padre o curador.

Más difícil es la cuestión cuando la sentencia penal es absolutoria. En efecto, la absolución penal puede ser motivada por una de las siguientes causas:

- 1) porque el hecho en sí no se haya cometido;
- 2) porque el autor de ese hecho no es el acusado;
- 3) porque se obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de legítima defensa;
- 4) porque la víctima del hecho fue la responsable;
- 5) porque a pesar de haberse ejecutado el hecho por el acusado, no se trata de una infracción penalmente sancionable;
- 6) porque a pesar de haberse ejecutado el hecho por el acusado y de constituir delito en ciertas circunstancias, no se demostró suficientemente la responsabilidad penal o no existió dolo ni culpa penal.

En los cuatro primeros casos el fallo penal hace tránsito a cosa juzgada para lo civil, pero no en los dos últimos. En el quinto puede sobrevenir una condena civil en perjuicios, porque, para la existencia de la responsabilidad civil, nada importa que el hecho

no sea delictuoso, sino que haya ocasionado un daño y se deba a culpa civil del autor. También puede haber condena civil en el sexto, porque la culpa penal y la civil tienen configuraciones completamente distintas en cuanto a su naturaleza y a su prueba, y por esto bien puede suceder que no obstante la absolución penal, en el proceso civil deba condenarse a indemnizar perjuicios, ya porque al aplicarse una presunción de culpa o responsabilidad la carga de la prueba pase al demandado y éste no logre satisfacerla, ya porque la prueba que lleve el demandante sea suficiente para esa condenación. Esto es más evidente cuando se exige responsabilidad civil a la persona de quien dependía el autor material del hecho, en razón de su propia culpa en la elección o en la vigilancia, como al patrón, padre, tutor, curador o maestro.

El auto de sobreseimiento definitivo y el de conclusión del procedimiento penal cuando aparezca que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, tiene el mismo valor que la sentencia absolutoria y por lo tanto producen la misma prejudicialidad en el proceso civil en los casos que para ésta acabamos de examinar.

295. Prejudicialidad civil o contencioso-administrativa en el proceso penal y efectos de la cosa juzgada en aquéllos sobre éste.

Como regla general, “la competencia del juez se extiende, para el solo efecto de la represión, a las cuestiones civiles y administrativas que surjan en el proceso penal”.

296. Prejudicialidad civil o contencioso-administrativa en otro proceso civil. Suspensión del proceso por otro proceso civil o contencioso-administrativo.

“Cuando la decisión que deba adoptarse en la sentencia dependa de la que debe adoptarse en otro proceso civil, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso-administrativo”, se suspenderá el proceso civil, salvo que se disponga lo contrario en norma legal especial.

Luego no habrá lugar a la suspensión si en el proceso podía haberse planteado y resuelto la cuestión alegada como prejudicialidad y con mayor razón si efectivamente ha sido planteada allí; sólo cuando el punto no podía ser discutido en ese proceso, sea

porque el juez no podía adquirir competencia para conocerlo como pretensión, excepción o por acumulación de procesos, o porque exija indispensablemente un procedimiento distinto, podrá haber lugar a la suspensión.

Por consiguiente, no podrá suspenderse un proceso ejecutivo alegando la existencia de otro proceso ordinario sobre la nulidad o falsedad del título, la resolución del contrato por incumplimiento del ejecutante, una compensación o cualquier otro motivo, porque corresponde al ejecutado proponer todas sus excepciones, tanto de mérito como simplemente previas, entre las cuales se influyen la falsedad del título, para que sean resueltas por la sentencia de excepciones, con fuerza de cosa juzgada. Es allí donde deben plantearse dichas excepciones, aunque se hubiere iniciado antes proceso ordinario sobre el particular. Si se inicia el proceso ordinario con posterioridad a la notificación del mandamiento de pago en el ejecutivo, puede proponerse en aquél la excepción previa de pleito pendiente. La primera sentencia ejecutoriada constituirá cosa juzgada en el otro proceso, si se lleva antes de que se profiera la otra, aunque haya vencido el término probatorio, porque el juez de oficio deberá decretarla como prueba en tal caso; pero no puede haber suspensión de ninguno de los dos por razón de prejudicialidad. Si en el ejecutivo no se proponen excepciones, la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución causa cosa juzgada que puede ser alegada como excepción previa en un ordinario posterior.

En cambio, será prejudicial para suspender un proceso de alimentos la existencia de un ordinario sobre nulidad del matrimonio, y para suspender uno de sucesión por muerte, la existencia de otro ordinario de nulidad del testamento o del matrimonio, o de declaración de heredero de mejor derecho a cualquier título, inclusive como hijo natural como consecuencia de la filiación que allí mismo se está pidiendo que sea declarada, porque entonces la prejudicialidad es evidente, pues en el ordinario se definirá a quién corresponde el título de heredero, y porque en esta hipótesis el punto no puede ser discutido por el procedimiento de los alimentos o del sucesorio.

Por último observamos que el proceso contencioso-administrativo que autoriza suspender por prejudicialidad uno civil, es el que verse sobre la nulidad del acto que deba servir de fundamento necesario a la decisión civil, sea que se haya pedido en aquél además la indemnización de perjuicios porque se trate de una acción de plena jurisdicción, o porque sea una simple acción contenciosa de anulación.

CAPÍTULO XXXII

ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL Y ESPECIALMENTE LA NOTIFICACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS DEL JUEZ

297. Qué se entiende por actos de comunicación procesal.

En un sentido amplio, se entiende por actos de comunicación procesal todos aquellos que sirven para transmitir las órdenes y las decisiones del juez a las partes o terceros y otras autoridades, como también para transmitir las peticiones de las partes o los terceros al juez. Desde este punto de vista se comprenden no sólo las notificaciones de las providencias del juez, las citaciones y los emplazamientos que éste ordena, sino también muchos actos de las partes y terceros como la demanda, su contestación, los alegatos y cualesquiera memoriales en los que pidan algo al juez.

En sentido estricto la noción se limita a los primeros, es decir, a los actos procesales mediante los cuales se pone en conocimiento de las partes, de terceros y de otras autoridades, las providencias y órdenes del juez relacionadas con el proceso o previas a éste. (Véanse núms. 252-253).

298. Las notificaciones.

Se entiende por notificación un acto generalmente secretarial, mediante el cual se pone en conocimiento de las partes y en ocasiones de terceros, las providencias que el juez dicta para iniciar el proceso, para adelantar su trámite y para ponerle fin, pero también puede ser un acto de la misma parte cuando se notifica espontáneamente ²⁹⁸.

²⁹⁸ José Ramón Camiruagua: *De las notificaciones*, Santiago de Chile, 1963; Cernelutti: *Sistema*, t. III, p. 40, e *Instituciones*, ed. cit., t. I, núm. 310; Redenti: *Derecho procesal civil*, t. I, ps. 209-212.

Se trata de un acto procesal de suma importancia, pues sin esa comunicación las providencias serían secretas y las partes carecerían de oportunidad para contradecirlas y por lo tanto para ejercitar el derecho constitucional de defensa. Por esta razón, la regla general es que ninguna providencia puede cumplirse ni queda en firme o ejecutoriada, sin haber sido antes notificada a todas las partes; se exceptúan las providencias de simple trámite que la ley autoriza cumplir sin notificación (por lo cual se sustituye la orden de su notificación por la de "cúmplase") y las que decretan medidas cautelares previas (como embargo y secuestro de bienes, o la detención preventiva del imputado o sindicado, que se cumplen antes de su notificación a la parte afectada con la medida).

Por regla general las notificaciones se hacen a personas determinadas, pero en ocasiones se surten con demandados o interesados indeterminados, mediante edictos emplazatorios de quienes tengan interés en el proceso, como ocurre en los procesos de pertenencia o adquisición del dominio por prescripción y en los de quiebra de comerciantes o concursos de acreedores de un deudor no comerciante.

299. Clases de notificaciones.

Existen seis clases de notificaciones: la personal, informando directamente al notificado; la personal, por conducta concluyente; por aviso fijado en la puerta de entrada de la casa u oficina del notificado; por emplazamiento publicado en periódicos y por radiodifusoras; por acto realizado en la secretaría mediante la fijación de un "estado" o un "edicto"; en estrados, cuando se surten en diligencias o audiencias.

a) *Personales.*

Las primeras son las llamadas notificaciones personales, que se efectúan informando directa y personalmente al interesado la existencia de la providencia, que se le pone de presente en su original o en copia o leyéndosela bien sea por el mismo secretario o por un subalterno de éste. De la diligencia se deja constancia en un acta que firman el notificado y el notificador y naturalmente se indica la fecha en que ocurre. Si el notificado no sabe, no puede o no quiere firmar, se expresará esta circunstancia en el acta y firmará por él un testigo que haya presenciado el acto. Si el notificado firma el acta de la notificación, la falta de firma del secretario y del notificador no invalida la diligencia. El notificado

podrá dejar constancia de que consiente la providencia o de que convalida lo actuado si se trata del traslado de una nulidad; podrá también hacer el nombramiento que la providencia dispone e interponer los recursos de apelación o casación, pero no se le debe admitir ninguna otra manifestación.

La notificación personal sólo es necesaria cuando la ley la exige expresamente.

Si una persona es representante de varias, e inclusive si actúa también en su propio nombre, la notificación personal que se le haga se entiende surtida para todas aquéllas y para ella.

Cuando la persona a quien debe hacerse una notificación personal no se encuentra en el territorio donde ejerce jurisdicción el juez o tribunal que dictó la providencia, se puede comisionar por despacho a otro juez del respectivo territorio para que por conducto de su secretario u otro subalterno la efectúe.

b) Por conducta concluyente.

Hay una clase especial de notificación personal que se produce cuando la parte que debía recibirla presenta un escrito en el cual se da expresamente por sabedor de la providencia, o manifiesta esto verbalmente en una audiencia o diligencia respecto a providencias dictadas anteriormente fuera de aquéllas (porque las dictadas durante la audiencia o diligencia quedan notificadas allí mismo, en estrados) y queda de ello constancia en el acta; entonces se considera notificada en la fecha de presentación del escrito, aunque no lo haga personalmente, o en la de dicha audiencia o diligencia. Esta clase de notificación es aplicable cuando la ley procesal la autorice, como ocurre en Colombia en los procesos civiles, penales, laborales, contencioso-administrativos y fiscales. Pero la sola presentación del poder a favor del abogado que vaya a representar a una parte no es suficiente para que quede aquélla notificada de las providencias que se hayan dictado antes, especialmente si se trata del auto que admitió la demanda; el actuar en una diligencia o trámite significa darse por notificado de la providencia que lo decretó, pero no de las otras providencias dictadas antes y menos de la que admitió la demanda; tales notificaciones deben hacerse al apoderado o a esa parte personalmente o por el otro medio que autorice la ley.

Se ha suscitado una interesante polémica respecto a si esta notificación por conducta concluyente opera para el auto-mandamiento ejecutivo. Nosotros nos inclinamos por la respuesta afirmativa.

c) *Por retiro del expediente.*

Existe otra clase de notificación especial personal, que sólo rige para lo civil, laboral y contencioso-administrativo, porque su peculiaridad no permite extenderla a lo penal sin norma que la autorice: "cuando una parte retire el expediente de la secretaría en los casos autorizados por la ley, se entenderá notificada desde el vencimiento del término para su devolución, de todas las providencias que aparezcan en aquél y que por cualquier otro motivo no le hubieren sido notificadas" (C. de P. C. colombiano, art. 330, inc. 2º). También la denomina el C. de P. C. colombiano, "por conducta concluyente" (art. 330).

d) *Por aviso.*

Las notificaciones por aviso se autorizan únicamente para ciertas providencias en los procesos civiles, como la que cita a interrogatorio a la parte dentro del proceso, la que admite la reforma de la demanda, la que declara oficiosamente una nulidad, la que cita para reconocimiento de documentos, la que ordena una exhibición, la que dispone recibir testimonios anticipados o previos al proceso, la que pone en conocimiento la liquidación de la condena *in genere*, la que admite la demanda de restitución de la tenencia y da traslado de ella al demandado, la que admite la demanda en procesos verbales y da traslado al demandado. La notificación queda surtida al terminar el día en el cual se entregue copia del aviso a cualquier persona que habite o trabaje en este lugar y se fije otra copia en la puerta de acceso; por lo cual no vale la notificación si lo anterior ocurre el mismo día en que deba surtirse la diligencia objeto de aquélla. Ese lugar es la casa de habitación o sitio de trabajo que el mismo notificado haya declarado en la demanda o contestación, o en escrito posterior, y a falta de tal denuncia el lugar que la parte contraria haya denunciado por escrito y bajo juramento. Cuando una parte cambie su habitación o lugar de trabajo, debe denunciar el nuevo por escrito, pues de lo contrario serán válidas las notificaciones que se surtan en el anterior denunciado.

También se utiliza este sistema de notificación por aviso, para el mandamiento ejecutivo, al ejecutado, cuando se trata de cumplimiento de la condena impuesta en sentencia, o de liquidación de costas, perjuicios o multas, por demanda presentada ante el juez de primera instancia del proceso donde aquéllas ocurrieron, dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia o del auto de obediencia al superior si aquélla fue apelada o recurrida en casación *per saltum*, o del auto que haya aprobado

la condena en costas si la hubo, o del auto que apruebe la liquidación de la condena *in genere*, ante el inferior, cuando de ella se trate. Pero el aviso debe fijarse en la dirección denunciada en el proceso ordinario o especial donde ocurrió tal condena, por el ahora ejecutado, o en la que a falta de aquélla haya denunciado el ahora ejecutante, bajo juramento.

Con excepción de los tres últimos casos, las notificaciones por avisos no sirven para notificar autos admisorios de demandas (C. de P. C. colombiano, arts. 335, 434 y 444).

Si la fijación del aviso se hizo en un lugar diferente a los acabados de mencionar, o si la denunciada por la parte contraria bajo juramento no corresponde a la verdad, la notificación será nula; en el primer caso bastará pedirle al juez que así lo declare de plano, pero en el segundo será necesario adelantar incidente por existir hechos por probar. Es un caso análogo a cuando se jura falsamente que se ignora el lugar donde puede notificarse personalmente al demandado, para pedir su emplazamiento. A quien hizo esa falsa afirmación bajo juramento se le debe adelantar el correspondiente proceso penal.

e) Por emplazamiento y con curador "ad litem".

Cuando se ignora dónde puede ser hallado el demandado y se jura esta circunstancia, lo cual puede consistir en ignorarse el municipio de su domicilio o residencia, o simplemente su casa de habitación y el lugar donde trabaja no obstante conocer aquel municipio (lo último es muy posible en ciudades grandes y cuando se habite en zonas rurales, o porque el demandado se encuentra ausente y no se conozca su paradero), se le notifica el auto que admite la demanda y se le da traslado de ella, por el siguiente procedimiento: el juez, previo juramento de parte interesada, que se considera prestado por la sola presentación de la solicitud, siempre que se afirme que se presta, ordenará el emplazamiento, por medio de un edicto en el que se expresará la naturaleza del proceso, el nombre del demandante y del demandado o de las varias personas que actúen en tales calidades y la prevención al segundo o a los segundos de que se les designará curador *ad litem* si no comparecen en oportunidad. Este edicto se fija durante un mes en un lugar visible de la secretaría y se publica en un diario de amplia circulación en esa localidad y por medio de radiodifusora si la hay en el mismo lugar, por tres veces tanto en el periódico como en la radiodifusora, e indispensablemente dentro del mes de su fijación en la secretaría, y con intervalos no menores de 5 días comunes. Además, una copia del edicto debe remitirse, antes de designar el curador *ad litem*, a la dirección del deman-

dado que figure en el directorio telefónico, o con un empleado que la debe entregar a la persona que allí se encuentre o fijar en la puerta de acceso, o por correo certificado.

Cuando se trata de verdadero ocultamiento del demandado no se publica el edicto, sino que se envía copia por correo certificado a la dirección indicada en la demanda o en la solicitud de emplazamiento y además a la que figure en el directorio telefónico del lugar o se entrega por un empleado a quien se encuentre en dichos lugares, o se fija en su puerta de acceso, según fuere el caso, además de fijarse por diez días hábiles en lugar visible de la secretaría; pero es además indispensable que antes de ordenarse el emplazamiento hayan transcurrido por lo menos cinco días desde cuando el demandante o cualquier persona por él haya suministrado lo necesario para la notificación personal (la dirección del lugar donde trabaje o habite el demandado debe figurar en la demanda o en memorial complementario y además se debe pagar la expensa secretarial para la diligencia, que incluye el transporte cuando sea necesario) y que el funcionario notificador (que puede ser el mismo secretario o un subalterno autorizado por aquél para ello) haya hecho realmente la tentativa de notificación personal trasladándose a ese lugar denunciado en la demanda, averiguando si realmente allí habita o trabaja el demandado y en caso afirmativo cerciorándose por hechos concretos, todo lo cual debe relatar en informe escrito rendido en el expediente o en el despacho comisorio cuando éste haya existido, de que allí se encontraba aquél en ese momento pero que eludió la notificación (por ejemplo: que primero se le informó que sí se encontraba o lo vio salir por otra puerta o una ventana o saltando una tapia, o hechos análogos; pero de ninguna manera es suficiente con no haber sido encontrado en ese momento siendo el lugar donde efectivamente habita o trabaja, aun cuando esto ocurra varias veces, pues en este evento ni siquiera cabe el emplazamiento, que sería procedente sólo si se informara que el demandado está ausente de la ciudad o el pueblo o que ya no habita o trabaja allí y el demandante solicita el emplazamiento afirmando bajo juramento que ignora en qué otros lugares puede ser encontrado).

Si no se cumplen los requisitos anteriores y se designa curador *ad litem* sin los emplazamientos y cumpliendo solamente con lo dispuesto, no quedará notificado el auto admisorio de la demanda en legal forma y por lo tanto se producirá la nulidad del proceso desde tal designación en adelante, que puede reclamar el demandado en cualquier momento del mismo, pero inmediatamente actúa, pues de lo contrario se produce el saneamiento implícito y si la sentencia final ya fue dictada, puede ese demandado pedir la nulidad mediante el recurso extraordinario de revisión.

Obviamente, la nulidad por indebido emplazamiento o notificación incorrecta por otro motivo no puede comprender el auto admisorio de la demanda, sino la actuación posterior. Si hay varios demandados y el defecto ocurrió solamente respecto de uno o varios, el emplazamiento y/o la notificación a los demás, a través del curador *ad litem* o personalmente, serán válidos y es absurdo comprenderlos en el trámite que se anule. Además, sólo la parte mal emplazada y/o notificada puede pedir tal nulidad, que no puede beneficiar a las demás.

Cuando la notificación personal deba practicarse por juez comisionado, porque el lugar de habitación o trabajo esté en municipio distinto del que sea la sede del juez que conoce de la demanda, aquél hará los emplazamientos; pero el comitente designará el curador *ad litem* una vez que le fuere devuelto el despacho debidamente diligenciado, lo cual exige el informe detallado del notificador sobre los hechos que indican el ocultamiento, el auto del comisionado ordenando el emplazamiento, el original del edicto en el cual conste el término de su fijación, el envío o la entrega o la fijación de la otra copia del edicto, y que hayan transcurrido en el despacho del comisionado los diez días hábiles del término del emplazamiento o que se dejen correr en el despacho del comitente.

f) Por acto secretarial.

Estas notificaciones se efectúan mediante un aviso que el secretario fija en lugar visible de la secretaría, y se subdividen en notificación por *estado* (para los autos que la requieren), que es un aviso que debe fijarse por un solo día y puede ser conjunto para varios autos, y que sólo requiere indicar la denominación del proceso, los nombres de las partes (pero si son varias las personas que forman una parte, bastará el nombre de la primera de ellas seguido de la expresión "y otros"), la fecha, el cuaderno y folio en que se halla, la fecha de fijación y la firma del secretario; y notificación por edicto, que se aplica a las sentencias, dura fijado por cinco días en lugar visible de la secretaría, uno por cada una, y comprende además de la designación del proceso, el encabezamiento y la parte resolutive de la sentencia, la fecha y hora en que se fija y la firma del secretario.

g) En estrados.

Estas notificaciones operan sólo en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, y consisten en que sin ninguna formalidad se entiende que las providencias dictadas en el

curso de audiencias y diligencias (como inspecciones, entrega de bienes, secuestros) quedan notificadas allí mismo y ese día a todas las partes, hayan o no concurrido a ellas, y allí mismo, antes de terminar la audiencia o diligencia, deben interponerse los recursos contra la providencia del juez, pues de lo contrario queda ejecutoriada si el proceso es civil o contencioso-administrativo; pero las sentencias y los autos interlocutorios en procesos laborales pueden apelarse dentro de los tres días siguientes a la audiencia en que se dicten.

300. Consecuencias procesales de los defectos u omisiones en la notificación.

Cuando una notificación es incompleta o no reúne los requisitos legales, el acto procesal no se surte y por lo tanto debe ser repetida; pero se exceptúa la falta de firma del notificador o secretario cuando ha sido notificación personal y el notificado firmó el acta respectiva, pues entonces no se causa perjuicio alguno a éste, y cuando el notificado se niega a firmar, pero lo hizo en su lugar otra persona que presenció el acto y también el empleado notificador, pero falta la firma posterior del secretario; entonces no se vicia de nulidad la notificación. Creemos que esta tesis es consecuencia de la falta de firma del secretario, en una sentencia o un auto, no lo vicia de nulidad, es un caso análogo y menos grave al en que tal firma falte en una notificación personal por estado o edicto.

Cuando falta la notificación que la ley exige, sea porque no se hizo o porque resultó incompleta o le faltaron requisitos, la providencia no adquiere firmeza, es decir, no se ejecutoria. La omisión tiene distintos efectos. Si se trata de la notificación al demandado del auto que admitió la demanda, o del mismo a otra persona que debía recibirla, se produce la nulidad de todo el proceso a partir de la actuación siguiente a dicho auto, salvo las otras notificaciones del mismo que hayan sido bien hechas y que no hay por qué repetirlas (es obvio que tal auto conserva su validez, puesto que se dicta antes de las notificaciones a los demandados); en cambio, cuando se trate de otra clase de providencia, la falta de su notificación se subsana procediéndose a efectuarla y solamente será nula la actuación posterior que dependa de ella, pero si la parte o ese tercero comparecen al proceso y no alegan la nulidad como primera actuación, se sana el vicio.

En lo penal es causa de nulidad el no haberse notificado el auto de proceder en debida forma al procesado y a su defensor, o a éste cuando aquél no es hallado; pero desaparece el vicio si el procesado comparece al proceso y no lo alega dentro de los

quince días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal. La omisión de otras notificaciones sólo es motivo de nulidad cuando lo actuado depende de ellas.

301. Comunicación procesal por oficios, boletas y despachos.

El juez comunica ciertas medidas adoptadas en sus providencias (como el embargo de bienes inmuebles o derechos reales en aquéllos, el de sumas depositadas en bancos o establecimientos similares, el del crédito que alguien tenga a cargo de otra persona o el de derecho que se persiga en otro proceso), mediante oficios dirigidos a quien debe cumplirlas.

A las personas llamadas a rendir testimonio se les cita mediante boletas firmadas por el secretario.

Cuando un juez necesita comisionar a otro para que en su lugar practique cierta diligencia (como entrega o secuestro de bienes, inspección judicial, notificación de alguna providencia, recepción de testimonios o interrogatorios de partes), libra al segundo un despacho, que es una comunicación en la cual se transcribe la providencia que dispone la comisión y señala su objeto y además le indica el proceso dentro del cual se dictó y el término que otorga para su cumplimiento (véase núm. 63).

302. Sanciones por falso juramento para emplazar al demandado.

“Si se probare que el demandante o su apoderado o ambos conocían el lugar donde hubiera podido encontrarse al demandado, se le impondrá por trámite incidental, multa y condena individual o solidaria, según el caso, a indemnizar todos los perjuicios que con su conducta hayan ocasionado al demandado o a terceros”. Esto significa que si solamente se prueba que el demandante conocía el lugar donde era posible encontrar al demandado (casa de habitación o sitio de trabajo), pero no que el abogado no lo ignoraba, se impondrá la condena sólo al primero, que si se prueba que el abogado tuvo de su cliente esa información o que por otro motivo aquél también tenía conocimiento de dicho lugar, se debe imponer la condena a ambos, y si solamente se prueba que ese conocimiento lo tuvo el abogado, pero no el cliente, la condena debe ser a cargo de aquél (pero el cliente responde solidariamente por la condena impuesta a su abogado, quedando aquél con derecho a repetir contra éste por lo que pague como consecuencia de tal condena). Naturalmente, el perjurio da lugar a investigación y sanción penales.

CAPÍTULO XXXIII

RECURSOS CONTRA LAS PROVIDENCIAS DEL JUEZ

303. Impugnación, recursos y revocabilidad. Diferencias con la nulidad.

La revocabilidad es un remedio jurídico contra la *injusticia* de la resolución del juez, al paso que la nulidad lo es en contra de su *invalidéz*. La impugnación es el género, el recurso es la especie. La revocación procede no sólo cuando el juez aplica indebidamente la ley o deja de aplicarla, sino también cuando se dejan de cumplir las formalidades procesales, si se recurre en tiempo; después sólo puede pedirse la nulidad. La impugnación debe hacerse oportunamente, hasta cierto momento, llegado el cual la decisión adquiere firmeza, pues de lo contrario sería imposible concluir un proceso y se pecaría contra la certeza jurídica.

Por recurso se entiende la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias (véanse núms. 181, 194 y 195), para que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la revise, con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento (*in judicando* o *in procedendo*) que en ella se hayan cometido ²⁹⁹.

En la noción de *defectos* de los actos procesales se comprenden los que causan revocación y los que producen nulidad. Pero al fin de entender mejor estas cuestiones es conveniente hablar de *vicios* de los actos del juez para indicar los motivos de nulidad o anulabilidad que la ley procesal consagre, y de *errores* del juez para referirse a los que apenas dan derecho a pedir su revocabilidad mediante recursos. La *rectificación* del acto procesal es el resultado del recurso que prospera; la *invalidación* lo es de su nulidad.

El efecto inicial del recurso interpuesto oportunamente y en debida forma es el de impedir la vigencia del acto del juez y por

²⁹⁹ Pontes de Miranda: *Comentarios*, ed. cit., t. XI, p. 3.

lo tanto su cumplimiento, a menos que la ley autorice proponerlo en el efecto devolutivo (para que se cumpla y se mantenga como vigente mientras el superior no lo revoque). Su efecto final es la rectificación o confirmación de dicho acto.

304. El derecho de recurrir.

Puede hablarse de un *derecho de recurrir*, cuya naturaleza es estrictamente procesal y que es uno de los varios que surgen de la relación jurídica procesal. Se trata de un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso a cualquier título y condición, para que se corrijan los errores del juez, que le causan gravamen o perjuicio ³⁰⁰.

Los errores de las partes e intervinientes no dan lugar a recursos sino indirectamente, en cuanto pueden conducir al juez a cometerlos también.

El recurso es un acto procesal exclusivo de los litigantes (partes e intervinientes), como el proveimiento lo es del juez.

El recurso es un acto del proceso y con ello se descarta la pertinencia de hablar de recurso cuando se trata de un nuevo proceso, salvo el caso del recurso extraordinario de revisión que es un verdadero proceso contra la sentencia ejecutoriada, como vimos en el núm. 275.

305. Quién puede recurrir. Interés para recurrir.

En principio todas las personas que figuran en el proceso como partes tienen el derecho de recurrir contra las providencias del juez. Pero como el recurso es un medio para obtener la corrección de los errores del juez que perjudican al recurrente, de una determinada providencia, sólo pueden recurrir quienes reciben con ella un perjuicio ³⁰¹.

³⁰⁰ Manuel Ibáñez Frocham: *Tratado de los recursos en el proceso civil*, ps. 41, 48-49; Goldschmidt: *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936, p. 399; Luis Loreto: *La adhesión a la apelación*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, diciembre 1958, núms. 31-32, p. 126, y en *Ensayos jurídicos*, Caracas, 1970, ps. 77-142; Hernando Morales M.: *Curso de derecho procesal civil*, Parte General, Bogotá, 1965, p. 578; Devis Echandía: *Nociones generales de derecho procesal civil*, Edit. Aguilar, Madrid, 1966, núm. 303, y *Tratado de derecho procesal civil*, t. IV, Ed. Temis, Bogotá, núm. 475.

³⁰¹ Loreto: *La adhesión a la apelación*, ed. mexicana, p. 127.

Puede aceptarse como regla general que sin *interés no procede recurso*. Se trata del interés especial por resultar perjudicado con la providencia ³⁰².

Ese perjuicio puede ser material o moral, así como puede serlo el interés para obrar en el proceso, pero concreto y actual respecto del asunto materia de la providencia. No es suficiente un interés teórico en la recta aplicación de la ley, salvo que se trate de recurso del ministerio público.

Al tratar de la intervención principal litisconsorcial y del coadyuvante, vimos la situación de estos diferentes terceros respecto al derecho de recurrir; también estudiamos allí la posición del intervisor incidental (véanse núms. 194-202).

306. Oportunidad y preclusión del derecho a recurrir.

La marcha ordenada del proceso hace indispensable que por ley se señale un término preclusivo para recurrir, cualquiera que sea la naturaleza de la providencia del juez. Uno de los principios fundamentales del procedimiento es, precisamente, el de la preclusión o eventualidad (véase núm. 12, punto 6).

307. Otros requisitos para recurrir.

Para la validez de recurso interpuesto, además de que sea formulado en tiempo, se requiere, en materia civil, el pagar oportunamente los portes del correo cuando deba enviarse el expediente por este conducto y se trate de proceso civil. Para la casación, en todas las ramas, se necesita, además, la debida y oportuna fundamentación ante la Corte.

308. Naturaleza del acto del juez (sentencia o auto) sujeto a recursos.

La sentencia o el auto de juez sujeto a recurso es un acto jurídico procesal perfecto cuando reúne todos los requisitos que la ley establece para su validez (en el caso contrario existirá una nulidad, pero el mismo vicio puede presentarse en las sentencias definitivas ³⁰³; la diferencia con la sentencia definitiva no sujeta

³⁰² Devis Echandía: obs. cit., núms. 303 y 476, respectivamente.

³⁰³ Rocco: *Derecho procesal civil*, México, 1944, p. 175 y ss.; Ibáñez Frocham: ob. cit., p. 111; Devis Echandía: *Tratado de derecho procesal civil*, t. IV, ed. cit., núm. 480, y *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., núm. 308.

a recursos o cuyos recursos han sido resueltos o ha precluido el término para interponerlos, está sólo en sus efectos y en su cumplimiento, pues salvo expresa autorización legal no se surten aquéllos ni es posible éste. Pero esto no puede significar que se trate de un acto procesal de diferente naturaleza o imperfecto o incompleto ³⁰⁴, y menos en potencia o sujeto a condición suspensiva o resolutoria ³⁰⁵.

En los procesos civiles, penales, laborales y contencioso-administrativos, se consagra el cumplimiento excepcional de las providencias apeladas cuando expresamente se dice en los respectivos Códigos de Procedimiento que puede otorgarse la apelación en el efecto devolutivo. Pero la reposición y la apelación en los efectos suspensivo y diferido impiden dicho cumplimiento. También lo impide la casación, a menos que la ley procesal exija que, para suspender el cumplimiento de la sentencia recurrida el recurrente otorgue caución que garantice el pago de los perjuicios que a la otra parte causa la suspensión del cumplimiento.

Pronunciada la segunda sentencia, la unidad jurídica de ambas es incuestionable, sea que ésta reforme, aclare, confirme o revoque la primera. Lo mismo ocurre con el auto del superior que resuelva la apelación de otro auto.

309. Qué recursos consagran los códigos de procedimiento.

La ley procesal consagra los siguientes recursos:

1º) *Contra los autos:*

a) El de reposición para los autos de sustanciación e interlocutorios que dicten los jueces en ambas instancias y contra los de trámite e interlocutorios que dicten los magistrados ponentes en los tribunales (contra los últimos, siempre que no tengan súplica) y contra los de trámite del magistrado ponente en la Corte y los interlocutorios de la Sala de Casación Civil; b) el de apelación únicamente para algunos interlocutorios que en forma expresa se señalen en el Código; c) existe también el recurso de súplica que es equivalente al de reposición y lo sustituye, para algunos autos que en los Tribunales Superiores dicta el ponente, si son interlocutorios que de producirse en primera instancia serían apela-

³⁰⁴ Couture sostiene esta tesis: *Estudios*, ed. cit., t. III, p. 376.

³⁰⁵ Defienden la última tesis Mortara y Kolher: citas de Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 82, p. 462.

bles; d) el de queja, cuando se niega la apelación o casación para que se otorgue por el superior.

2º) *Contra las sentencias:*

a) Contra las de primera instancia, el de apelación como ordinario, y el de consulta que suple aquél únicamente para algunas sentencias (véase núm. 324); b) contra algunas de segundo grado, no ejecutoriadas y de primera instancia cuando se recurre *per saltum*, el extraordinario de casación; c) el de revisión, como recurso extraordinario posterior al proceso, contra algunas de las sentencias ejecutoriadas; d) el de queja para que el superior otorgue el recurso de apelación o de casación, que el inferior no conceda. Sólo las de única instancia y las de segunda instancia carecen de apelación.

310. El recurso de reposición.

Existe este recurso únicamente para los autos, con el fin de que el mismo juez o magistrado que los dicta los estudie de nuevo y los revoque, modifique, aclare o adicione.

La regla general es que todos los autos son susceptibles de reposición; pero excepcionalmente se excluyen unos pocos casos.

El auto que decide una reposición no es susceptible de nuevo recurso de reposición a menos que en él se traten puntos no contenidos en el anterior, es decir, puntos nuevos, pues entonces sí es posible solicitar nueva reposición, pero sólo en cuanto a esos puntos nuevos se refiere. Por punto nuevo se entiende el contenido en las decisiones del auto, es decir, en las resoluciones adicionales que adopte y no los argumentos o fundamentos complementarios o sustitutivos que se tengan en cuenta para confirmar o modificar las conclusiones del primer auto. Cuando el auto que falla la reposición se limita a revocar total o parcialmente el anterior, no puede alegarse punto nuevo para una nueva reposición. La parte contraria a quien obtuvo la reposición, puede apelar si el auto tiene este recurso.

311. El recurso de apelación.

Por apelación se entiende el recurso ante el superior para que revise la providencia del inferior y corrija sus errores; sólo cabe respecto de los autos interlocutorios (pero no contra todos cuando la ley indica taxativamente cuáles son apelables, lo cual

es el mejor sistema para evitar la excesiva duración del proceso y está vigente en el actual C. de P. C. colombiano de 1970). Es ésta una de las diferencias más importantes entre dichos autos y los de sustanciación, para los cuales no existe apelación.

Como regla general, las apelaciones son en el efecto suspensivo, es decir que no se cumple la providencia mientras el superior no la haya confirmado o cuando se declare desierto el recurso y el proceso y la competencia del *a quo* se suspenden hasta cuando regresa a éste el expediente; se otorgan en los devolutivos cuando la ley así lo dispone, o cuando así lo solicita el apelante, en cuyo caso no se suspende su cumplimiento, ni el proceso, ni la competencia del *a quo*; pero en lo civil se introdujo en el nuevo Código el efecto diferido, para los casos que expresamente se señalan, que consiste en que no se cumple la providencia apelada (como en el suspensivo), pero el *a quo* sigue adelantando el proceso (como en el devolutivo), lo cual acelera el trámite de la primera instancia.

En el momento de apelar no se necesita decir contra qué parte del auto o sentencia se recurre ante el superior, ni se fundamenta el recurso; basta manifestar que se apela, y se entiende que la apelación procede sólo en lo que la providencia sea desfavorable al recurrente.

No conviene exigir que se fundamente la apelación ante el superior, cuando le llega a éste el expediente, por la razón de que en el derecho procesal moderno se considera que este recurso, como el extraordinario de casación o de revisión, tiene principalmente el fin de tutelar el interés general en la buena justicia judicial y sólo secundariamente tutela el interés particular del recurrente.

Son diferentes las facultades del superior en los casos de apelación de autos interlocutorios o de sentencias. En efecto, la apelación de la sentencia otorga al superior competencia sobre todo el proceso como fallador de instancia, y por lo mismo tiene la obligación de revisar el expediente en todos sus aspectos para dictar la sentencia que resuelva sobre el litigio; en cambio, cuando se apela de un auto interlocutorio el superior no adquiere competencia sino sobre el punto incidental o especial que fue materia del recurso, porque la instancia continúa ante el inferior, y por esto no puede ocuparse de los demás aspectos del proceso.

Es muy importante tener en cuenta que cuando se trata de autos interlocutorios, la apelación se puede solicitar de plano sin pedir reposición, pero dentro del término de ejecutoria, o bien como subsidiaria de ésta en el mismo escrito o por separado, pero en la misma oportunidad. Si se niega, se interpone queja ante el superior, para que éste decida si la apelación es o no procedente, pero previamente debe pedirse reposición del auto que negó la apelación y en subsidio copias para la queja (véase núm. 315).

Otro efecto peculiar de la apelación, que también comparte la casación, es, en materia civil, que el superior no puede agravar la situación del apelante único, porque se entiende que la interpuso sólo en lo desfavorable de la providencia. Esto se conoce como *reformatio in pejus*, y significa una especie de limitación de la competencia del superior en la revisión de la providencia apelada. Cuando ambas partes apelan, el superior puede reformar la providencia en cualquier sentido. Sin embargo, si la sentencia es consultable de oficio y no ha habido apelación, como la consulta de competencia para reformar en cualquier sentido la decisión, el superior puede agravar la condena que en primera instancia haya habido contra la parte en razón de la cual se establece tal consulta, pues para ésta no rige la *reformatio in pejus*. Pero también puede el superior mejorar la situación del condenado, aunque éste no haya apelado, en virtud de las facultades que le otorga la consulta.

Muy diferente es el caso cuando la providencia del *a quo* fue favorable totalmente a una parte, con base sólo en alguna de las razones alegadas por ésta, y el superior encuentra que esa razón no es valedera; entonces, tiene el deber de examinar las demás razones expuestas por esa parte, aun cuando no haya apelado como era lo obvio, pues sería absurdo exigirle que apele, a pesar de serle totalmente favorable la providencia, sólo para que se tengan en cuenta las demás razones no consideradas por el inferior. Inclusive, el superior debe tener en cuenta cualquier razón no alegada ante el inferior, pero que puede sustentar lo resuelto por éste.

No obstante, cuando es preciso hacerle modificaciones a la providencia en puntos desfavorables al único apelante, pero íntimamente relacionados con lo favorable al mismo, y que no pueden coexistir, está facultado el superior para reformar ambos aspectos, porque de lo contrario se incurriría en contradicción en la decisión, lo que debe evitarse naturalmente.

Este principio se aplica también en casación cuando triunfa el recurrente en el recurso y debe dictarse nueva sentencia de instancia que sustituya la del tribunal en segunda instancia; si la reforma resultare desfavorable al recurrente, la Corte hace la corrección doctrinaria, pero se abstiene de casar para no agravar la situación de éste.

La *reformatio in pejus* es un rezago del antiguo concepto del proceso civil como contienda privada y de interés particular. Para ser lógicos con el interés público que hoy se reconoce en conseguir la justicia de la sentencia civil, debería permitirse que en toda apelación el superior pudiera revisar la decisión en todos sus aspectos, sin importar que el recurso resultara desfavorable al apelante único. Este sistema se llama de la comunidad de la

apelación. También se busca atenuar los efectos de la *reformatio in pejus* con el sistema de la adhesión a la apelación interpuesta por la parte contraria, aunque el adherente haya dejado vencer el término para apelar ³⁰⁶; esta atenuante fue consagrada en el C. de P. C. colombiano, en el art. 353, que permite usarla hasta el vencimiento del término para alegar ante el superior, norma que se aplica en materia laboral y contencioso-administrativa, por ser punto no regulado en los respectivos Códigos, y que no se opone a lo dispuesto en éstos. Para adherirse, basta decir que se adhiere a la otra apelación.

Existe el más moderno sistema de comunidad de la apelación, según el cual, cualquiera que sea la parte que apela, el superior “podrá modificar en favor o en disfavor la resolución recurrida” y “su decisión comprenderá a las partes no recurrentes”; lo cual significa que podrá revisar la providencia apelada en todos sus aspectos, sin que importe que agrave la situación del apelante y favorezca o desfavorezca a quienes no apelaron. Estamos de acuerdo con este importante sistema que debería introducirse en lo civil, penal, laboral y contencioso-administrativo.

312. Consultas.

Tiene lugar la consulta de la sentencia cuando el legislador dispone que sea necesaria y oficiosamente revisada por el superior, sin lo cual no se ejecutoria. No se trata de un recurso, puesto que nadie lo interpone y no rige, para la competencia del superior y el alcance de la decisión que adopte, el principio de la *reformatio in pejus*, que opera en la apelación (véase núm. 318). En Colombia, en lo civil, las sentencias de primera instancia adversas a la Nación, los departamentos, comisarías, intendencias y municipios, las que decreten la interdicción o declaren bienes vacantes o mostrencos o pertenencias y las que fueren adversas a quien estuvo representado por curador *ad litem*, deben ser consultadas con el superior si no son apeladas; dichas consultas se sustancian y deciden por el superior como las apelaciones. En lo penal tienen consulta forzosa otras providencias. En lo laboral, cuando son desfavorables al trabajador las sentencias completamente.

Si la sentencia fue parcialmente desfavorable a la entidad pública y apela de ella el particular, pero no el representante de aquélla, el superior puede revisarla en lo favorable al segundo (que será la condena parcial contra la primera), en virtud de las facultades que le otorga la consulta forzosa que en esa parte

³⁰⁶ Luis Loreto: *La adhesión a la apelación*, citada.

procede, y llegar a conclusión más favorable a la entidad o persona en cuyo beneficio se consagra la consulta.

313. Recurso de súplica.

Los autos interlocutorios que dicte un magistrado de tribunal plural y que no procede como juez *ad quem*, es decir, cuando obre en segunda o única instancia, o en apelación de un auto que por su naturaleza serían apelables de proferirse en la primera, sólo tienen el recurso de súplica para ante los magistrados restantes de la sala de decisión; el recurso se sustancia y falla como el de reposición y tiene el mismo alcance que éste. Contra el auto que decide la súplica no queda recurso alguno.

314. Recurso de casación.

De todos los recursos contra las providencias judiciales es éste el que requiere un estudio más detenido y el que presenta mayores complicaciones ³⁰⁷.

La casación no da lugar a una instancia, como sucede con las apelaciones de las sentencias, pues precisamente existe contra las sentencias dictadas en segunda por los tribunales superiores y que reúnan ciertos requisitos, y ya sabemos que ningún proceso puede tener más de dos instancias (véanse núms. 12, letra *m*, y 51). Se trata de un recurso *extraordinario*, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza lo justifica. Esa limitación tiene tres aspectos: 1º) en

³⁰⁷ Calamandrei: *La casación civil*, Buenos Aires, 1945; Manuel de la Plaza: *La casación civil*, Madrid, 1944; E. Faye: *La cour de cassation*, París; Ibáñez Frocham: *Tratado de los recursos en el proceso civil*, ed. cit.; Fernando de la Rúa: *La casación*, Buenos Aires, 1968; Carlos J. Colombo: *La corte nacional de casación*, Buenos Aires, 1943; Carlos Hernández Bernal: *La casación venezolana*, Bogotá, 1959; Antonio Gordils: *El recurso de casación civil*, Caracas, 1964. Y en Colombia: Hernando Morales: *Técnica de casación civil*, Bogotá, 1963; Álvaro Pérez Vives: *Recurso de casación*, Bogotá, 1966; Alberto Zuleta Ángel: *Técnica de casación*, Ed. Rosarista, Bogotá, 1956; también nuestro *Tratado*, ed. cit., t. IV, núms. 494-523; Humberto Murcia Ballén: *Casación civil*, Bogotá, 1977, Edit. Temis; Aurelio Camacho Rueda: *Recursos de casación y revisión en materia civil*, Bogotá, 1978, Ed. Externado de Colombia. Devis Echandía: *Tratado de derecho procesal civil*, t. IV, Bogotá, Edit. Temis, 1964, núms. 494-525; también en el tomo III, volumen I, del Compendio, núms. 138 a 40, y nuestro trabajo *Presente y futuro de la casación civil*, donde se estudia su evolución y características actuales en Francia, Italia, España, Venezuela y Colombia y las reformas que requiere, publicado en el tomo I de nuestros *Estudios de derecho procesal*, Bogotá, Edit. ABC, 1979, ps. 9 a 106.

cuanto a las sentencias que puedan ser objeto de él, pues sólo se otorga para algunas de las dictadas por tribunales superiores en segunda instancia y en lo civil además para las que dicten en única instancia en procesos de responsabilidad civil contra jueces (pero en lo civil y laboral puede proponerse también *per saltum* contra la del juez de primera instancia); 2º) en cuanto a las causales que sirven para que estas sentencias puedan ser revocadas o reformadas, que están taxativamente señaladas; y 3º) en cuanto a las facultades de la Corte en el examen y decisión del recurso, pues no puede examinar errores de la sentencia que el recurrente no acuse ni por causales que la ley no contemple. Es, además, un recurso exageradamente formalista, lo cual debe reformarse para atemporarlo con criterio contemporáneo, a efectos de no sacrificar la justa decisión por ritualidades exageradas en la calificación de los cargos y de las variedades del genérico por violación de la ley sustancial, como lo recomendamos en el último trabajo citado y fue acogido por unanimidad en el Congreso Ibero Americano de Derecho Procesal, de Valencia, Venezuela, en 1978. Se debe interponer antes de que venza el término para la ejecutoria de la sentencia.

Se interpone ante el Tribunal de instancia, sin fundamentación; pero ante la Corte Suprema que lo tramita y resuelve, es indispensable formular su sustentación, mediante lo que en Colombia se ha venido llamando "demanda de casación", en la cual se formulan las acusaciones contra la sentencia recurrida, por separado y encajándolas en alguna de las causales que taxativamente consagra la ley; allí es donde aparece su exagerado formulismo, que se debiera suavizar al mínimo ^{307 bis}.

La Corte no puede examinar causales no alegadas, ni errores de la sentencia no alegados aunque puedan corresponder a una de las causales escogidas por el recurrente. En esto se diferencia de la apelación y por ello no se trata de otorgar una tercera instancia.

Fue en Francia donde tuvo origen este recurso, durante la famosa revolución de finales del siglo XVIII; en Colombia se creó en el año de 1886.

El interés particular del recurrente es el medio para que opere el recurso de casación, interponiéndose oportunamente, pero se otorga y se tramita en razón del interés público que radica en el doble fin que con él se persigue: la *defensa del derecho objetivo* contra el exceso de poder por parte de los jueces o contra las aplicaciones incorrectas que de la ley hagan y la *unificación de su interpretación, es decir, de la jurisprudencia*, necesaria para la certidumbre jurídica y para que exista una verdadera igualdad

^{307 bis} Devis Echandía: *Estudios de derecho procesal*, t. I, Bogotá, Edit. ABC, 1979.

de los ciudadanos ante la ley. Sólo secundariamente tiene como fin otorgarle a la parte agraviada con la sentencia o con el vicio de procedimiento, una oportunidad adicional para la defensa de sus derechos.

Para recurrir en casación no basta ser parte principal o coadyuvante; es necesario, además, tener interés en la reforma de la sentencia, por sufrir algún perjuicio con ella. Se aplican aquí las consideraciones expuestas al tratar del interés para interponer válidamente recursos en general (véase núm. 305).

Para que el interés aparezca basta que resulten parcialmente insatisfechas las pretensiones o excepciones, pero cuando juega papel el valor o la cuantía, es indispensable que ese perjuicio equivalga por lo menos al mínimo señalado en los Códigos de procedimiento. Si el fallo es inhibitorio, el demandado favorecido con tal decisión puede recurrir en casación para que en su lugar se le absuelva de mérito y con valor de cosa juzgada, y el demandante para que se pronuncie sentencia de fondo. Si se niega el recurso por el Tribunal Superior o por el juez *a quo* cuando se interpone *per saltum*, se puede proponer el de queja ante la misma Corte.

El agravio al recurrente debe aparecer en la parte resolutive de la sentencia, y por lo mismo las consideraciones que le sean desfavorables no le dan interés para el recurso, si la resolución le fue favorable totalmente. Pero en ocasiones la resolución se complementa con la motivación y entonces hay que considerarlas en conjunto.

Cuando el tribunal concede el recurso, se provoca por lo general la suspensión del cumplimiento de la sentencia, pues no se surte su ejecutoria; sin embargo, en materia civil en Colombia se procede a su cumplimiento si el recurrente no presta caución, a juicio del tribunal, para responder de la restitución y del perjuicio que por el recurso se cause en caso de que la Corte no la revoque, la cual se cancela si el recurso triunfa o se utiliza para el pago de los perjuicios en el caso contrario. En lo penal puede ocurrir que el procesado esté bajo detención preventiva y entonces se mantiene ésta si la sentencia fue condenatoria.

En los respectivos cursos especiales se estudia el trámite, las diversas causales y la técnica de este recurso, que presenta bastantes dificultades.

315. Recurso de queja.

Como hemos dicho, cuando el juez de primera instancia se niega a otorgar apelación contra una sentencia o un auto, por

considerarlo inapelable, y cuando el tribunal superior niega la concesión del recurso de casación por cualquier motivo, si el recurrente considera equivocada tal decisión, puede pedir reposición del auto y en subsidio que se expida copia de la providencia recurrida y de las demás piezas pertinentes del proceso, para con éstas solicitar ante el superior que se le conceda el recurso denegado, quien así deberá hacerlo si lo encuentra procedente. En algunos códigos se le denomina recurso "de hecho", pero todo recurso es "de derecho", por lo que en el C. de P. C. colombiano de 1970 se le denomina "de queja" (arts. 377 y 378).

316. El recurso extraordinario de revisión.

Se trata de otro recurso extraordinario y excepcional contra la sentencia que puso término al proceso. Se diferencia de los otros en que procede contra sentencia ejecutoriada, razón por la cual algunos consideran, y nosotros con ellos, que se trata más bien de un proceso separado contra la sentencia dictada en el anterior; se asemeja a la casación en cuanto tiene limitaciones, pues el Tribunal o la Corte que lo tramita sólo puede examinar la sentencia acusada por las causales que invoque el recurrente y éste sólo puede alegar las que expresamente contemplan los Códigos de Procedimiento (en Colombia no existe en lo contencioso-administrativo).

Al estudiar las excepciones de la cosa juzgada vimos que este recurso extraordinario de revisión es una de ellas, y que tiene por finalidad proteger la buena fe, el derecho de contradicción y la cosa juzgada anterior, cuando han sido violados en el proceso y por la sentencia ejecutoriada (véanse núms. 275-276).

Consideramos que en Colombia es un recurso *sui generis*, que origina un nuevo proceso pero con trámite propio, que si bien se inicia con demanda independiente, se tramita sobre el mismo expediente, que es solicitado por el Tribunal o la Corte, que recibe aquélla, en caso de admitirla por ser de su competencia y reunir los requisitos de forma y de fondo para la integración del contradictorio; en lo cual se diferencia de los casos en que la ley autoriza revisar una sentencia en firme mediante otro proceso posterior ordinario o especial igual al anterior.

317. Referencia a los cursos especiales respecto al trámite de los diversos recursos.

En los cursos especiales se estudiará el trámite que los diversos Códigos de Procedimiento le asignan a cada recurso.

CAPÍTULO XXXIV

MODOS EXCEPCIONALES DE PONERLE TÉRMINO AL PROCESO

318. Cuáles son los modos extraordinarios o excepcionales de ponerle término al proceso.

El modo ordinario de terminar la relación procesal es la sentencia. Sin embargo, existen otros actos que producen el mismo resultado, aunque son de naturaleza distinta y algunos de ellos tienen efectos diferentes.

Estos modos excepcionales son: 1° el arbitramento; 2° la transacción; 3° el desistimiento; 4° la caducidad o perención; 5° la excepción previa que produzca este efecto.

El proceso penal y la investigación sumarial solamente pueden terminar por desistimiento, cuando se necesite querella para iniciarlo y se desista de ésta, pero jamás por desistimiento de la denuncia por acción pública o de la acusación fiscal; cuando hay demanda de parte civil para obtener el pago de sus perjuicios, puede desistirse de ésta, pero no termina el proceso penal. Tampoco es procedente la terminación del proceso penal y de la investigación por transacción (pero ésta es válida sobre los perjuicios causados), ni por acordarse un arbitramento, ni por perención debida a la inactividad de las partes. En cambio, puede terminar la investigación o el sumario, sin que se llegue al juicio o verdadero proceso, por el auto de sobreseimiento definitivo o de conclusión del proceso o del sumario.

También la nulidad le pone término al proceso cuando lo comprende desde su iniciación y no puede repetirse lo actuado, pero es una causa diferente (véanse núms. 326-331).

319. El arbitramento.

Contemplamos la hipótesis del arbitramento iniciado en el curso del proceso civil, caso en el cual el juez queda separado de su conocimiento y debe proceder a entregar el proceso al presi-

dente del tribunal arbitral. Los efectos de la cláusula arbitral sobre la competencia se estudiaron en el capítulo IX (véase núm. 64).

En realidad, el proceso no concluye con la separación del juez y con la entrega del expediente al tribunal de arbitramento, sino que se transforma, para continuar éste por el trámite especial que al efecto señala la ley, y deja de ser un proceso público para pasar a ser proceso privado, ya que los árbitros no son funcionarios del Estado. Lo que extingue la relación jurídica procesal es el fallo o laudo arbitral ³⁰⁸.

Corrobora la anterior conclusión el hecho de que después de entregados los autos por el juez, puede suceder que el compromiso arbitral cese en sus efectos, por alguna causa legal, y entonces el juez readquiere la competencia y el proceso debe reanudarse, a partir del estado en que se encontraba cuando cesó el procedimiento. Estos casos son: 1º) el vencimiento del término que los árbitros tienen para dictar la decisión, sin que la hayan dictado, ni las partes lo hayan prorrogado; 2º) la voluntad unánime de las partes; 3º) la no consignación oportuna de los honorarios de los árbitros (C. de P. C. colombiano, art. 669; C. de Com. colombiano, art. 2017).

La sentencia arbitral se denomina *laudo*.

La sentencia arbitral debe acomodarse, en lo posible, a las reglas que rigen para las sentencias judiciales. Pero si los árbitros deben fallar en conciencia, pueden transigir las pretensiones opuestas.

En Colombia, la sentencia arbitral sólo está sujeta al recurso de anulación por causas especiales (C. de P. C., art. 672; C. de Com., art. 2020) y al extraordinario de revisión por los mismos motivos que las sentencias civiles (C. de P. C., art. 674; C. de Com., art. 2022). Estos dos recursos son necesarios para prever los abusos y los graves errores procesales de los árbitros, y le dan mayor garantía y confianza al arbitramento. En firme el laudo, el presidente y el secretario protocolizan el expediente en una notaría.

320. La transacción o conciliación.

La transacción es un contrato por el cual las partes convienen en resolver un litigio de común acuerdo y en forma definitiva,

³⁰⁸ Redenti: *El compromiso y la cláusula compromisoria*, Buenos Aires, 1961; Tito Carnacini: *El arbitraje*, Buenos Aires, 1961; Patricio Aylwin Azocar: *El juicio arbitral*, Santiago de Chile, 1958; Jaime Guasp: *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, 1956.

antes o después de iniciado el proceso civil, laboral o contencioso-administrativo. En lo laboral se llama conciliación y no puede recaer sobre derechos ciertos y causados; pero si hay proceso ordinario, el derecho ya no es cierto.

Como todo contrato, sólo puede celebrarlo la persona que sea capaz y que además pueda disponer de los objetos comprendidos en la transacción. El mandatario o apoderado extrajudicial no puede transigir sin autorización especial en la cual se especifiquen los bienes, derechos y acciones sobre los cuales se quiera transigir. Pero es suficiente que en el poder para el proceso se faculte para transigir. Naturalmente, no se puede transigir cuando se trata de derechos irrenunciables o no enajenables, como los de estado civil, pero sí sobre los beneficios económicos que de ellos se deduzcan.

La transacción o conciliación produce el efecto de una sentencia ejecutoriada, con valor de cosa juzgada. Por lo tanto, cuando ha sido anterior a la demanda, puede oponerse como excepción previa o como perentoria; cuando ocurre después, caso que ahora contemplamos, debe ponérsele término al proceso, una vez que se haga saber al juez, mediante auto en el cual éste ordena estarse a lo estipulado en ella, siendo nula cualquier actuación posterior, por falta de competencia.

Cuando ocurre alguna causal de las contempladas en el Código Civil o de las generales para todo acto o contrato, puede pedirse la nulidad o rescisión de la transacción en proceso posterior. También puede pedirse la resolución del contrato de transacción por incumplimiento de una de las partes, como la de cualquier contrato. En ambos casos, decretada la nulidad o la resolución, debe ordenarse en la sentencia la reanudación del proceso anterior a partir del momento en que se le dio por terminado en virtud de esa transacción ³⁰⁹.

La transacción puede ser respecto de parte del litigio, y entonces el proceso continúa para las otras cuestiones y los anteriores efectos sólo se surten en aquella parte. Como no produce efectos sino entre los contratantes, si hay otras personas en el proceso, éstas no se perjudican ni aprovechan por ella, salvo los efectos de la novación, en caso de solidaridad, y los que se producen en el litisconsorcio necesario (véase núm. 184).

Como no es un contrato solemne, para su validez no requiere escritura pública ni privada; a falta de documento privado o público, podrá probarse dentro de un proceso (por ejemplo, si se alega como excepción), con confesión, con principio de prueba escrita, con testimonio e indicios de acuerdo con las reglas probatorias

³⁰⁹ Devis Echandía: *Tratado*, ed. cit., t. IV, núm. 529; Corte Suprema: "G. J.", t. LXXX, núm. 2155, p. 692, y t. LXXXVII, núms. 2192-2193, p. 57.

civiles; pero si se trata de inmuebles o de derechos reales o de herencia en éstos, y se dispone de ellos o se les modifica, necesariamente ha de ser por escritura pública, la que debe llevarse al registro para que se surtan sus efectos. Además, para que el juez la acepte y termine en razón de ella el proceso, se le debe pedir por todas las partes si está contenida o celebrada en el mismo memorial y para aceptarla respecto de una o varias solamente se le debe pedir por ella y la contraria.

Pero si la transacción se hace en el mismo escrito que se presenta al proceso para informar de ella al juez, tribunal o Corte Suprema, se debe presentar personalmente por todas las partes que la celebran; pero si aquélla consta en un documento separado auténtico que lleve la firma de esas partes, el memorial acompañado de dicho documento, que la pone en conocimiento del juez, basta que lleve la firma de una de ellas; pues de lo contrario se permitiría el fraude de burlar la transacción, por cualquiera de quienes la han celebrado legalmente, negándose luego a firmar el memorial, lo cual es absurdo, y además se desconocerían los efectos que al contrato mismo le otorga la ley sustancial a partir de su celebración.

Los representantes legales de entidades públicas necesitan autorización de éstas para transigir; los de menores e incapaces, los secuestres y los curadores *ad litem* requieren autorización del juez de la causa si ocurre en el curso del proceso, y en los demás casos del juez competente en proceso especial de jurisdicción voluntaria; los apoderados necesitan facultad expresa, sea en el poder especial o en uno general, pero no se requiere escritura pública, aunque la transacción verse sobre inmuebles.

En el proceso penal sólo cabe la transacción respecto a la indemnización de perjuicios. Sobre la acción y la pretensión penales no puede operar.

La transacción que se celebre para ponerle término a un proceso sobre estado civil es nula porque equivale a disponer de éste y el juez debe rechazarla; si no se le comunica al juez su existencia, sino apenas el desistimiento del proceso, el juez deberá aceptarlo si reúne los requisitos propios, pero en proceso ordinario separado podrá obtenerse la nulidad, probando que tal desistimiento fue consecuencia de transacción que signifique la disposición ilegal del estado civil.

321. El desistimiento.

El desistimiento es una declaración de voluntad y un acto jurídico procesal, en virtud del cual se eliminan los efectos juri-

dicos de otro acto procesal ³¹⁰. Las partes pueden desistir del proceso o de un incidente o recurso o de la demanda de reconvencción, mediante un memorial presentado personalmente, separada o conjuntamente. El desistimiento de la demanda puede ser total, en cuyo caso le pone fin al proceso y equivale a desistir de éste; o de parte de la demanda y entonces el proceso continúa. También se pone fin al proceso cuando versa sobre la apelación de la sentencia de primera instancia o de un auto con efectos similares, y como consecuencia se produce su ejecutoria; pero en el último caso el proceso no concluye propiamente por el desistimiento sino por la sentencia o el auto que desata la litis.

Cuando se desiste de la demanda, o sea del proceso, en la segunda instancia o durante la casación, pero el recurrente era el demandado, el proceso termina en razón del desistimiento y por tanto es un medio especial de ponerle fin.

El verdadero desistimiento del proceso o demanda debe ser incondicional y total.

Cuando el desistimiento es conjunto, respecto de la demanda principal y de la reconvencción, si existe, y cuando se sujeta a condiciones, en realidad hay una transacción total o parcial, según se refiera a la totalidad o a parte de aquéllas.

a) Desistimiento total e incondicional de la demanda.

El desistimiento total e incondicional de la demanda no requiere para su admisión el consentimiento de la otra parte, pero si éste no existe, se debe condenar en costas a quien lo haga y produce el efecto de una sentencia favorable al demandado. Como se trata de un acto de voluntad respecto a un derecho renunciante, el juez no tiene facultades inquisitivas para continuar un proceso cuando el actor desea su terminación. Si se presenta en segunda instancia o en casación, se entiende que comprende el del recurso.

Cuando la sentencia favorable al demandado, o sea, desestimatoria de las pretensiones del demandante, hubiere producido, de ser dictada, efectos de cosa juzgada, el desistimiento total e incondicional de la demanda producirá los mismos efectos de cosa juzgada; pero no cuando la sentencia no los hubiera producido.

³¹⁰ Fairén Guillén: *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955, ps. 593-623 y *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia*, Barcelona, 1950; Chiovenda: *Principios*, Madrid, 1922, t. II, núm. 75; Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. IV, núm. 761.

b) Desistimiento parcial de la demanda.

El desistimiento parcial que signifique una reforma a la demanda se hace dentro del término y mediante el procedimiento que para este acto existe, y no es un verdadero desistimiento. Pero puede hacerse en cualquier momento de acuerdo con el demandado, lo cual será una transacción parcial.

Para poder desistir de la demanda se necesita capacidad, como para transigir, y no pueden hacerlo los curadores *ad litem*, salvo que el juez los autorice con conocimiento de causa; ni los representantes legales de los incapaces, con la misma excepción; ni los apoderados que no tengan facultad expresa para ello; ni los agentes del ministerio público, a no ser que los autorice en forma legal la entidad que representan. La licencia podrá obtenerse en el mismo proceso, si así lo autoriza la ley procesal.

Cuando se trata de desistir de recursos contra autos o sentencias, el apoderado puede hacerlo sin facultad expresa, el curador *ad litem* y los representantes legales tienen facultades para ello, y el ministerio público no necesita autorización especial. Pero el desistimiento de la apelación de la sentencia no produce efectos cuando ésta tenía consulta forzosa.

Los autores suelen hablar de la "bilateralidad del desistimiento", noción que implica la necesidad de la concurrencia de las dos partes para desistir de la demanda, con derecho a volverla a presentar ³¹¹, y esto se debe a que en sus países el desistimiento de la demanda no produce el efecto de sentencia adversa al demandante. La bilateralidad sólo se aplica para el desistimiento parcial o condicionado, cuando la ley permita que el demandante pueda formular nueva demanda, pero no cuando el desistimiento produzca los mismos efectos de la sentencia adversa al demandante, y para el proceso cuando haya reconvencción o cuando se trate de deslinde o división de bienes y de disolución o liquidación de sociedades conyugales, civiles o comerciales. Por eso en el C. de P. C. colombiano el inc. 5° del art. 342 dice que en ellos no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada si ésta no se opuso a la demanda, porque entonces su actitud tiene cierto valor reconvenccional, al querer utilizar ese proceso para el ejercicio de su derecho personal a la división o al deslinde de su predio o para liquidar la sociedad.

³¹¹ Fairén Guillén: obs. citadas; Guasp: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 546; Cernelutti: *Sistema*, t. I, núm. 56; Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 75; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, ps. 414 y ss.; Kisch: *Elementos de derecho procesal civil*, Madrid, 1940, ps. 187-195; Sentís Melendo: *El proceso civil*, Buenos Aires, 1957, ps. 309-335.

Si hay demandas inicial y de reconvencción, cada parte puede desistir de la suya unilateralmente con los efectos explicados; pero el proceso continuará sobre la otra demanda.

El C. de P. C. colombiano mezcla en el desistimiento de la demanda, la renuncia al proceso y la renuncia absoluta al derecho pretendido cuando la sentencia adversa hubiera tenido efectos de cosa juzgada. Puede decirse que se consagra la regla general de que no es lícito desistir del proceso con derecho a reiniciarlo, salvo consentimiento del demandado o que se trate de proceso cuya sentencia no hubiera impedido iniciarlo nuevamente.

c) Efectos del desistimiento.

El desistimiento de la demanda o del proceso puede ser definitivo o temporal. El primero constituye la regla general y sus efectos son similares a los de una sentencia adversa al demandante que en ese proceso se hubiera dictado; pero las partes pueden convenir otra cosa. Esto significa que si la ley no permite reclamar la pretensión por vía distinta, el desistimiento produce efectos de cosa juzgada, ante la imposibilidad de todo nuevo proceso. También el desistente puede darle unilateralmente alcance de cosa juzgada a su desistimiento, cuando la ley no se lo otorgue.

Existe desistimiento temporal de la demanda cuando el demandante se obliga a no formular su pretensión por el término que fijen las partes de común acuerdo, por lo que el proceso concluye y no puede iniciarse otro mientras no transcurra ese tiempo; en este caso se tratará de una transacción y se requiere por tanto el consentimiento del demandado.

Ambos desistimientos se refieren a la totalidad de la demanda, pues de otra manera no le pondrían fin al proceso.

Cuando el desistimiento ha sido definitivo, puede oponerse como excepción previa o como perentoria similar a la cosa juzgada, contra la demanda que por la misma vía o por vía distinta se inicie posteriormente, si se le dio expresamente ese alcance o si se renunció al derecho sustancial o si la sentencia adversa hubiera tenido ese efecto. Cuando ha sido temporal, puede proponerse como excepción previa equivalente a transacción, y como dilatoria de fondo equivalente a la de petición antes de tiempo (véase núm. 130).

Siempre que el desistimiento esté sujeto a condiciones, es bilateral y tiene el carácter de una transacción, por lo que necesita el consentimiento de todas las partes si versa sobre toda la demanda y es hecho por todos los demandantes; o por el demandante que lo haga y los demandados si hay varios demandantes.

Cuando haya litisconsorcio necesario, el desistimiento de la demanda sólo produce efectos si proviene de todos.

El desistimiento de un recurso produce el efecto de dejar en firme la providencia materia del mismo cuando la parte contraria no lo ha interpuesto a su vez, ni se había adherido a la apelación cuando de ésta trate. Por consiguiente, en tal hipótesis, si se trata de recurso contra sentencia, el proceso concluye, porque aquélla queda en firme y desata la litis; pero es la sentencia la que le pone fin.

Si la otra parte interpuso el mismo recurso, el desistimiento hace que se considere la providencia en firme para quien lo hizo, tal como si no lo hubiera interpuesto; pero debe resolverse el recurso de aquélla y por lo tanto el proceso continúa. En los casos de litisconsorcio y coadyuvancia se presentan los problemas estudiados en los núms. 186 y 196.

Corresponde desistir de un incidente a la parte que lo promueve. El desistimiento produce el efecto de terminarlo y por lo mismo el proceso continúa como si no hubiera existido y la misma parte no puede promoverlo otra vez. El juez debe aceptarlo de plano. Si la otra parte tiene interés en ello puede plantearlo de nuevo para los fines que persiga; pero el caso será muy raro en la práctica.

d) Cómo, cuándo y ante quién se puede desistir.

El desistimiento debe hacerse por memorial presentado personalmente, con la manifestación precisa de si se obra en propio nombre o en representación de una de las partes y de cuál de ellas, indicándose la facultad o el poder que para hacerlo se tiene en el segundo de los casos.

No es necesario usar términos especiales, ni emplear la palabra desistimiento o el verbo desistir, pero en todo caso debe aparecer claramente la voluntad de producir estos efectos jurídicos, porque el juez no puede declararlo por meras deducciones o presunciones.

En caso de que las partes o sus representantes no se encuentren en el lugar del proceso, puede presentarse el memorial ante un juez y su secretario, o ante notario, como se exige para las demandas, pues lo importante es que se haga personalmente y que no quede duda acerca de la autenticidad de las firmas.

El desistimiento puede hacerse en cualquier estado del negocio, es decir, mientras no se haya pronunciado sentencia definitiva o no sujeta a recursos. Antes de la notificación del auto que admite la demanda, como no existe relación procesal o procesos, no hay propiamente desistimiento, y el actor puede retirarla libremente, siempre no se hayan practicado medidas cautelares.

Si la sentencia de primera instancia ha sido dictada, puede desistirse de la apelación ante el mismo juez, quien por tal acto reasume la competencia, aun cuando se haya concedido apelación ante el superior; lo mismo ocurre con el desistimiento de la casación y de apelaciones de autos en el efecto suspensivo.

Pero si el expediente ya se remitió al superior, por el correo o por empleado del inferior u otro medio, el desistimiento debe presentarse ante aquél.

Si el negocio ya subió a la Corte en casación, ante ésta se puede desistir del proceso, lo cual implica el desistimiento del recurso, aunque no se diga expresamente.

Si el superior está conociendo del proceso por apelación de un auto interlocutorio, éste sólo puede resolver sobre el desistimiento del recurso, pues el del proceso debe resolverlo el juez que está conociendo de la instancia. Pero pueden presentarse ambos simultáneamente ante el superior y el segundo implica el primero y se procederá de igual manera: el superior sólo aceptará el del recurso y al inferior corresponde resolver sobre el del proceso.

Presentado a la Corte el desistimiento del recurso y del proceso debe aceptar ambos y ordenar devolver el expediente al tribunal de origen, el cual dicta auto de obediencia a lo dispuesto por aquélla; si la Corte se limita a aceptar el desistimiento del recurso y deja al tribunal la consideración del de la demanda o el proceso (en nuestro concepto sin razón), en el mismo auto de obediencia o en uno posterior debe manifestar el tribunal que se tenga en cuenta este desistimiento, sin que pueda desconocerlo.

Si se trata de desistimiento ante la Corte por transacción, el procedimiento es el mismo, pero es claro que entonces ésta debe disponer que se esté a lo convenido por las partes en aquélla, si reúne los requisitos legales (véase núm. 320).

Si el desistimiento se limita al recurso de casación o apelación en el auto que lo acepta, se ordena la devolución del expediente y se declara ejecutoriada la sentencia o auto objeto de aquél.

Cuando el negocio se encuentra en segunda instancia por apelación de la sentencia de primera, pueden presentarse los mismos casos, y las soluciones y trámites son iguales. Entonces no puede dudarse de que el superior debe aceptar el desistimiento del proceso o la demanda.

Por último, si se ha dictado sentencia no sujeta a recurso, o si se encuentra ésta ejecutoriada, el desistimiento no es pertinente, porque el proceso ha concluido. Pero las partes pueden renunciar los derechos que en ella se declaran, si son renunciables, o transar sobre ellos, con las solemnidades que su naturaleza exija (escritura pública si se trata de derecho sobre inmuebles, por ejemplo).

e) Nulidad del desistimiento.

Si el desistimiento era nulo y el juez por error lo acepta y se ejecutoria el auto, su nulidad debe ser demandada en proceso ordinario separado, y al declarársela en la sentencia debe ordenarse que el primer proceso se reanude a partir del momento en que se aceptó aquél. Igual ocurre cuando la nulidad del desistimiento tiene como causa el haber sido consecuencia de una transacción nula (por ejemplo, por haber significado la disposición o renuncia del estado civil); pero entonces debe pedirse en la demanda del segundo proceso la nulidad de la transacción y como consecuencia la del desistimiento. Así lo ha aceptado la Sala de Casación Civil de nuestra Corte.

f) El desistimiento en el proceso penal.

La acción penal sólo es desistible cuando se trata de ilícito que sólo puede investigarse en virtud de querrella o petición de parte ofendida; pero el desistimiento no producirá efectos si el acusado no lo acepta. Puede desistirse también de la demanda de parte civil para reclamar perjuicios, y se aplica lo dicho para la demanda del proceso civil.

322. Renuncia de derechos procesales.

Los derechos procesales pueden ser renunciados, después de adquiridos. Así, un término para que se objete un dictamen o se formulen peticiones o recursos, puede renunciarse por la parte interesada una vez que se otorga.

Por ejemplo: se desiste de un recurso que se ha interpuesto; se renuncia un término en señal de que no se desea usar de él; y se renuncia al derecho que la ley otorga a designar síndico o partidor o secuestre (el último de acuerdo todas las partes).

La renuncia puede hacerse antes de usar del derecho, pero dentro del proceso; el desistimiento después, cuando es admisible. Pero en algunos casos una vez usado el derecho no puede desistirse de lo actuado en ese particular; así, si se designa un síndico o secuestre y el juez lo reconoce, ya no cabe renunciar el derecho a designarlo ni desistir del nombramiento; si se pide una prueba y se practica, ya no cabe desistir de ella.

La renuncia a los términos procesales que se den en beneficio de una parte o de todas, puede hacerse por aquélla o éstas, pero después de que el término ha sido otorgado o se ha iniciado por ministerio de la ley.

323. Terminación del proceso por pago completo.

Los procesos ejecutivos y de condena, civiles y laborales, deben terminar si el deudor paga totalmente su deuda; pero no se trata propiamente de transacción ni de desistimiento. Lo primero, porque la transacción implica la mutua concesión en las pretensiones, y en este caso se satisfacen completamente; lo segundo, porque el desistimiento del proceso es propiamente la renuncia a la pretensión y cuando hay pago se satisface y aquél termina por sustracción de materia. Si el pago lo hace un deudor solidario no demandado, produce el mismo efecto que si lo hiciera el codeudor demandado.

Por eso no es necesaria la firma del demandado o de su apoderado en el memorial que pida la terminación del proceso por pago, ni se debe condenar en costas ni en perjuicios al actor; pero si aquél se opone alegando falsedad de la afirmación de pago o pide reposición por ese motivo, el juez debe considerar el caso como desistimiento simple e imponer las costas al demandante.

324. Perención o caducidad del proceso o la instancia.

Ambos términos (caducidad o perención) son correctos, pero es mejor utilizar el segundo, debido a que se habla de caducidad de la acción procesal como motivo del rechazo de la demanda y no convenía utilizar el mismo término con dos significados diferentes.

Tiene lugar cuando el demandante abandona el proceso en la secretaría durante la primera instancia, sin promover actuación por escrito durante seis meses, contados desde la notificación del último auto o desde el día de la práctica de la última diligencia ³¹².

La perención es una sanción al litigante moroso, y responde a un principio de economía procesal y de certeza jurídica, para impulsar la terminación de los pleitos, razón por la cual se aplica inclusive cuando se trate de menores e incapaces, y no obstante que el juez y su secretario tienen el deber de impulsar de oficio el trámite, por lo cual el segundo incurre en falta si deja el expediente en secretaría.

La perención del proceso en la primera instancia no se decreta de oficio sino a petición del demandado, y una vez que el auto que la decreta quede ejecutoriado mediante su notificación

³¹² Devis Echandía: *Tratado de derecho procesal civil*, ed. cit., t. IV, núm. 537.

personal o por edicto como las sentencias, se levantan los secuestros y embargos, se ordena la cancelación de las inscripciones de la demanda y se archiva el expediente.

a) En la primera instancia del proceso.

La *perención* le pone siempre término al proceso, pero su eficacia varía. Cuando opera por primera vez, el proceso concluye, pero no extingue el derecho sustancial sino que suspende su ejercicio, y por ello el demandante no puede promover nuevo sino pasados dos años a partir de la fecha de la notificación del auto que la declara. Pero si instaurada nuevamente la demanda se produce otra vez la perención, entre las mismas partes, no sólo se declara extinguida la instancia sino el derecho sustancial, y, por lo tanto, no se puede iniciar un nuevo proceso por el mismo objeto, por la misma causa y entre las mismas partes; es decir, los efectos del auto que declara la perención por segunda vez son de una sentencia absolutoria definitiva con valor de cosa juzgada, que puede alegarse como tal en forma de excepción previa o perentoria. La acción se extingue en ambos casos, si se toma el término en sentido estrictamente procesal, porque el proceso concluye; lo que queda pendiente la primera vez es el posible derecho sustancial, por lo que puede hacerse valer en nuevo proceso (véanse núms. 98 y 113-115), mediante el ejercicio de una nueva acción.

Durante el trámite del recurso extraordinario de revisión procede también esta perención, con los mismos efectos; pero como la que se decreta por primera vez impide presentar nueva demanda antes de dos años, habrá caducado generalmente para entonces la acción de revisión.

b) En la segunda instancia y en el recurso de casación.

Cuando el apelante en la segunda instancia abandona el proceso en la secretaría durante seis meses, el juez, a petición del opositor, declara ejecutoriada la sentencia de primera instancia, y, por lo tanto, el abandono equivalente al desistimiento tácito del recurso. Entonces el proceso termina en realidad por aquella sentencia al quedar en firme. Lo mismo ocurre en casación.

c) Durante el trámite de la apelación de un auto.

En este caso la perención opera sobre el recurso que se declara desierto, quedando en firme el auto apelado, y se devuelve la actuación al *a quo*.

d) *Excepciones a la procedencia de la caducidad o perención.*

No hay lugar a la perención contra la nación, los departamentos, municipios, intendencias y comisarias. En los procesos ejecutivos (sean singulares, de quiebra o de concurso de acreedores) tampoco procede la perención y sólo se decreta el desembargo y el levantamiento del secuestro de bienes, los que no podrán embargarse de nuevo en el mismo proceso, antes de un año. Pero cuando se estén persiguiendo bienes dados en hipoteca o prenda, el levantamiento de los embargos dejará vigente el gravamen y el proceso seguirá, aunque no podrá renovarse el embargo hasta después de un año; en tal hipótesis, si el bien hipotecado o dado en prenda industrial o agraria (que se perfecciona por el solo registro) es enajenado durante ese año, será necesario iniciar proceso separado contra el nuevo propietario del inmueble o de la nave o aeronave materia de la hipoteca o prenda y luego pedir acumulación de los dos procesos, para resolver el problema que tal enajenación presentará. Si se trata de prenda corriente, al levantarse el secuestro debe restituirse la cosa al acreedor prendario, puesto que se encontraba en su poder al iniciarse el proceso, por lo cual no se presentará aquel problema.

Tampoco la hay en los procesos de división de bienes comunes, de deslinde, de jurisdicción voluntaria, de sucesión por causa de muerte y de liquidación de sociedades, por su peculiar naturaleza.

e) *Observaciones finales.*

El término de la prescripción del derecho no se estima interrumpido por la demanda inicial de la instancia que ha caducado o perimido. Es decir, se considera como si la demanda no hubiera existido, y por ello para la prescripción se cuenta el término anterior a la demanda, el transcurrido durante el proceso y el posterior hasta la nueva demanda, que no puede ser menor de dos años.

El término de años comprende los días hábiles e inhábiles. Lo mismo el término de meses.

Para que un memorial interrumpa el término del abandono y excluya la perención, es necesario que contenga una petición al juez relacionada con el trámite del proceso, para que pueda considerarse como una actuación del mismo. No es suficiente una solitud de copias, de desgloses, de certificaciones, u otra por el estilo.

Sólo procede la perención cuando el negocio ha permanecido inactivo en la secretaría por falta de esa gestión; pero no cuando la demora ocurre en el despacho del juez en espera de sentencia o auto.

f) En los procesos e investigaciones penales.

No opera esta caducidad o perención, en materia penal, ni durante el sumario o la investigación, ni en el juicio o proceso.

325. Terminación por prosperar una excepción previa.

Algunas excepciones previas persiguen solamente que se subsane un defecto de la demanda o la falta de cierta prueba o de un anexo (como las de incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado; falta de prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad o albacea en que se le cita; ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones; trámite inadecuado de la demanda, por habérsele dado un curso distinto del que le corresponde; no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario; pleito pendiente, cosa juzgada, perención con efectos de aquélla, transacción, prescripción o caducidad, compromiso, cuando sólo comprendan algunas de las pretensiones de la demanda y no todas). En estos casos la prosperidad de la excepción no le pone fin al proceso, sino lo sana.

Otras excepciones previas le ponen fin al proceso en caso de prosperar, a saber: inexistencias del demandante o demandado único o de los varios que figuren en la demanda; falta de jurisdicción, compromiso, cosa juzgada, perención que produzca el mismo efecto, transacción, prescripción o caducidad, pleito pendiente, cuando comprendan todas las pretensiones de la demanda (pues si cualquiera de las enunciadas apenas se refiere a algunas de las pretensiones, el proceso debe continuar respecto de las demás que no dependan de aquéllas).

Se denominan "previas" porque deben resolverse al comienzo del proceso, tan pronto vence el término para contestar la demanda. Los Cs. de P. C. viejos las denominan "dilatorias", lo cual es un error, pues en doctrina por éstas se entienden las que son de mérito o fondo, para dilatar la exigibilidad del derecho pretendido por el demandante (véase núm. 130).

CAPÍTULO XXXV

LOS VICIOS DE LOS ACTOS PROCESALES Y SUS REMEDIOS: INEXISTENCIA, NULIDAD, ANULABILIDAD Y REVOCACIÓN

326. Diversas clases de defectos de los actos procesales y sus remedios.

No todos los defectos de los actos procesales tienen la misma importancia, y, por consiguiente, tampoco pueden producir iguales efectos.

a) Errores de contenido y vicios de forma.

La primera clasificación que en esta materia debe hacerse, consiste en separar los *errores de contenido* que tanto el juez como las partes cometan al ejecutar los actos procesales, y los *vicios de forma* que en ellos se presenten.

Los primeros se reflejan en la legalidad y justicia del acto del juez y en la eficacia o idoneidad del acto de parte; los segundos afectan su validez en grado que puede variar según su importancia. El remedio que para los primeros consagra la ley consiste en la impugnación, para que sean revocados, mediante la oportuna formulación de los recursos (véanse núms. 309-316); para los segundos el remedio va desde la impugnación hasta la anulabilidad, la mitad relativa o absoluta y la inexistencia del acto. Un defecto de contenido puede hacer el acto ineficaz pero no nulo.

Es necesario separar debidamente las nociones de nulidad (cuando hay vicios) y revocabilidad de los actos procesales del juez (cuando existen defectos de fondo y también cuando por interposición oportuna de recursos se revoca el auto viciado de nulidad antes de quedar ejecutoriado). La sentencia viciada de nulidad no puede ser anulada ni ser objeto de revocación por quien la dicta (excepto la nulidad en el caso de alegarse en el trámite de la ejecución de la sentencia, con base en indebida representación o notificación o falta de ésta, por la parte mal representada o notifi-

cada o no emplazada, y entonces se tramita incidente) y el superior ante quien se apela debe declarar su nulidad y no revocarla; también en casación y en revisión extraordinaria puede ser anulada.

Los errores del juez que ocasionan nulidad forman parte del grupo más general de los errores *in procedendo*, pero no se confunden, porque éstos no siempre causan nulidad ³¹³.

En estricto sentido, la nulidad procesal es una enfermedad propia y exclusiva de los actos del juez. Cuando las partes ejecutan actos procesales sin las formalidades de tiempo, modo o lugar que la ley prescribe (véase núm. 223), sus efectos jurídicos quedan total o parcialmente eliminados, según la gravedad y clase del defecto, pero entonces técnicamente estaremos en presencia de un caso de ineficacia, de inocuidad o de inexistencia procesal del acto, pero no de nulidad.

Los vicios de los actos procesales de parte, como falta de capacidad o carencia de poder suficiente, pueden acarrear la nulidad de los actos procesales del juez que los atienda, pero la nulidad procesal se limita a éstos. En cierto sentido puede hablarse de nulidad de la demanda, del poder, de la petición, pero técnicamente se trata de su ineficacia o inexistencia, y, en todo caso, la declaración de nulidad recae sobre los actos ocurridos en el proceso y que constituyen su trámite.

b) Vicios trascendentes e intrascendentes.

En segundo lugar, tanto los vicios como los errores procesales pueden calificarse de *trascendentes e intrascendentes*, según que afecten o no la validez del acto, respectivamente.

c) Simples irregularidades y motivos de anulación, nulidad e inexistencia.

En el mismo sentido se distinguen los defectos de forma en simples *irregularidades* y motivos de *anulación o nulidad o inexistencia*, según su gravedad, como luego explicaremos ³¹⁴.

³¹³ Cernelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, núms. 360-361; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, cap. IV; Redenti: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, núm. 61; Pallares: *Derecho procesal civil*, México, 1961, p. 62; Hernando Morales M.: *Curso de derecho procesal civil*, Parte General, Bogotá, 1965, ps. 421-427; y ed. 1978, ps. 393-424; Briceño Sierra: *Derecho procesal*, México, 1969, t. III, ps. 315-367.

³¹⁴ Prieto Castro: *Derecho procesal civil*, ed. cit., ps. 220-222; Manuel Morón Palomino: *La nulidad en el proceso civil español*, 1957, ps. 85 y 109-115; Guasp: *Derecho procesal civil*, 1962, p. 302; De la Plaza: *Derecho procesal civil*, ed. cit., t. I, ps. 431-435; Cernelutti: *Sistema*, ed. cit., t. III, ps. 558 y ss.

d) *Nulidades expresas e implícitas.*

Existen también *nulidades expresas e implícitas*. Si bien es indispensable limitar la nulidad a los vicios esenciales, cuando el legislador no los contempla taxativamente debe aceptarse que los casos señalados en la ley no son los únicos y que el remedio debe ser igual cuando se incurra en otros vicios de similar importancia, principalmente cuando se desconozcan los principios del derecho de defensa y de la debida contradicción o audiencia bilateral ³¹⁵.

Cuando los Códigos de Procedimiento no contienen norma que excluya las nulidades implícitas y las que enumera son deficientes, es necesario elaborar la doctrina de las nulidades de origen constitucional por violación de la Carta, que nosotros hemos defendido, como ocurrió en Colombia durante la vigencia del anterior C. de P. C. y ocurre todavía con el C. de P. P. actual ³¹⁶.

Pero es mejor que en los Códigos de Procedimiento se haga una enumeración completa, que incluya los casos de nulidades por violación de normas constitucionales, y se le dé a aquélla carácter taxativo, para evitar el abuso que prolongue demasiado los procesos.

e) *Nulidades saneables e insaneables.*

Importante es la clasificación de las nulidades en *saneables e insaneables*, según que pueda convalidarse o ratificarse la actuación, por la simple manifestación de las partes o su silencio, o que, por el contrario, ese remedio resulte improcedente ³¹⁷. La economía procesal aconseja extender el saneamiento de la nulidad a la mayor cantidad de casos, y, por lo tanto, salvo disposición legal en contrario, debe considerarse como la regla general. Es decir, las nulidades procesales deben ser saneables mientras la

³¹⁵ Morón Palomino: ob. cit., ps. 89 y 109 a 112; Guasp: ob. cit., ps. 301-306; De la Plaza: ob. cit., t. I, p. 34; Alsina: *Tratado*, ed. cit., t. I, p. 722; Chioyenda: *Principios*, ed. cit., t. III, núm. 41 bis; Carnelutti: *Instituciones*, t. II, núms. 361-363; Redenti: ob. cit., t. I, núms. 61-62.

³¹⁶ Devis Echandía: *Tratado de derecho procesal civil*, Edit. Temis, Bogotá, 1964, t. IV, núm. 547; Corte Suprema: 22 octubre 1935; "G. J.", t. XLIII, núm. 1907, p. 374; 2 octubre 1951, t. LXXI, núm. 2113, p. 669; 13 diciembre 1965, t. LXXXIII, núms. 2174-2175, p. 932; 19 enero 1956, t. LXXXII, núms. 2163-2164, p. 174; 9 mayo 1956, t. LXXXII, núm. 2167, p. 673; 6 marzo 1957, t. LXXXIV, núm. 2179, p. 469; 29 octubre 1959, t. XCI, núms. 2217-2219, p. 812. Consejo de Estado: 3 octubre 1950, Anales, núms. 367-371, p. 310.

³¹⁷ Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, núm. 363; Rocco, *Trattato*, ed. cit., t. II, p. 289.

ley no disponga lo contrario. Pero son insaneables la falta de jurisdicción, el proceder contra providencia ejecutoriada del superior o revivir procesos legalmente concluidos, o pretermitir integralmente la instancia, o el seguir un procedimiento distinto del que legalmente corresponda y la incompetencia funcional. Esto se aplica al proceso penal, pero en éste existen otras insaneables.

f) *Nulidades absolutas y relativas.*

Esta clasificación es muy importante y no hay que confundirla con la de nulidades saneables e insaneables³¹⁸. La primera se refiere a que el juez pueda o no declararlas de oficio; la segunda, a que pueden o no ser eliminadas mediante el saneamiento o la convalidación. Por eso existen nulidades absolutas que son saneables. La regla general es que las nulidades son absolutas y que el juez de oficio debe proceder a declararlas y conviene consagrarlo así en los Cs. de P.; pero cuando el motivo de la nulidad es saneable, debe ponerlo en conocimiento de las partes para saber si la sanean y en caso negativo debe declararla.

El traslado previo a las partes sólo procede cuando la nulidad es saneable, por ser inútil en el caso contrario.

g) *Nulidades totales y parciales.*

Las primeras afectan la totalidad del proceso, y las segundas sólo una parte del mismo o un determinado acto. Ejemplos de aquéllas son la falta de competencia o de jurisdicción, la incapacidad o la indebida representación de las partes; de las segundas, la falta de notificación a los herederos del litigante que muere, o de formalidades del remate, o la falta de apertura a pruebas o de traslados para alegar en cualquier proceso.

h) *Nulidades extensibles y no extensibles al trámite posterior del proceso*³¹⁹.

Por regla general, la nulidad procesal retrotrae el proceso al momento anterior al en que ocurre, pero puede suceder el caso contrario, como cuando afecta un incidente aislado o un trámite

³¹⁸ Redenti: ob. cit., t. I, núm. 61; Guasp: ob. cit., p. 303; Alsina: ob. cit., t. I, ps. 716-718; Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, núms. 362-363; Rocca: *Trattato*, ed. cit., t. II, ps. 227-288.

³¹⁹ Carnelutti: *Instituciones*, ed. cit., t. I, núm. 362, Redenti: ob. cit., t. I, núm. 62.

ajeno al curso del proceso, y cuando la actuación posterior no dependa del acto viciado. El auto que la declare debe señalar la actuación que debe renovarse.

327. Diversos grados de invalidez de los actos procesales.

Veamos ahora cuáles son las diversas clases de invalidez que pueden presentarse en los actos procesales.

a) Nulidad y anulabilidad.

La nulidad impide los efectos jurídicos del acto y se debe a defectos de forma, capacidad, representación o competencia.

El acto nulo no produce sus efectos jurídicos mientras no se cumple un hecho que lo sanee, si esto es posible; el acto anulable, por el contrario, *inicialmente produce todos sus efectos jurídicos*, pero si luego se cumple un hecho previsto por la ley, esos efectos desaparecen.

Por consiguiente, no es lo mismo acto anulable que acto nulo pero saneable; en realidad, constituyen dos formas antagónicas de actos viciados ³²⁰. El primero está sujeto a una condición resolutoria, en forma que, si no se cumple, se lo considera válido siempre, desde su ejecución, y por eso el juez no puede declarar el vicio sino hasta cuando en ese evento aparezca la petición del interesado para que se declare su nulidad; el acto nulo saneable está sujeto a una condición suspensiva, y, como es nulo, mientras no se cumpla esa condición (saneamiento o convalidación), la nulidad existe aun cuando el juez no pueda declararla de oficio. La anulabilidad tampoco puede ser declarada de oficio, pero esta sola circunstancia no la identifica con la nulidad, aunque se presenta también en la nulidad relativa.

Ejemplos de anulabilidad son: cuando la ley procesal dice que para que se produzca la nulidad de lo actuado por falta de notificación o emplazamiento a una parte o por indebida representación, o por enfermedad grave del apoderado o de la parte que litigue personalmente, se necesita que esa misma parte la reclame en oportunidad, o de lo contrario se produce su saneamiento si habiendo concurrido y tenido oportunidad para alegarla, no lo hizo.

Pero aclaramos que si la persona mal representada o no citada ha comparecido al proceso, el vicio será de simple anula-

³²⁰ Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. III, núms. 551-552; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, cap. IV, núm. 3; Chiovenda: *Principios*, ed. cit., t. II, núm. 41 bis.

bilidad porque el juez ya no puede declararla de oficio; pero mientras no haya comparecido aquélla se tratará de nulidad saneable y el juez debe poner en conocimiento de ella el vicio, y sólo cuando no lo sana en tiempo debe declararla de oficio.

b) *Inexistencia.*

Distinguen los autores los actos nulos de los inexistentes, para efectos procesales, siguiendo la diferencia que para los mismos se observa en el derecho sustancial ³²¹.

Pero la separación del acto nulo y el inexistente no es fácil, especialmente frente a las nulidades absolutas insaneables. Sin embargo, estos actos nulos insaneables *pueden llegar a producir efectos jurídicos* cuando ya no procede su impugnación, ni hay oportunidad para declarar su nulidad, y en derecho procesal tenemos el caso de la falta de jurisdicción o de trámite equivocado o de haberse revivido un proceso concluido, cuando no es alegada ni declarada dentro del proceso. En cambio, el acto inexistente no se convalida por falta de impugnación. Por tanto, hay que distinguirlos.

Los vicios que producen la inexistencia son, por lo general, de carácter *formal*; por ejemplo, no existe sentencia cuando no ha sido firmada o cuando es dictada por quien no es juez o magistrado.

c) *Revocabilidad.*

La nulidad se refiere a la existencia de vicios que afectan la validez del acto; la revocabilidad generalmente contempla *los defectos del acto que lo hacen injusto o equivocado a pesar de su validez y eficacia*, pero puede también operar en razón de aquellos vicios si se interpone en tiempo el recurso pertinente.

Surge claramente la diferencia entre invalidar y revocar un auto; la invalidación tiende a eliminar un acto nulo o anulable; la revocación, además, a *excluir la eficacia de un acto válido*.

En todas las legislaciones existe la tendencia a *generalizar la pertinencia de la revocación y a limitar la anulación de los actos procesales*. Así sucede también en los Códigos colombianos y de

³²¹ Chiovenda: *Principios*, ob. cit., t. II, núm. 41 bis; Carnelutti: *Sistema*, ed. cit., t. II, núms. 562 y 564; Redenti: ob. cit., t. I, núm. 61; Rocco: *Trattato*, ed. cit., t. II, p. 272; Pontes de Miranda: *Comentários ao Código de Processo Civil*, Río de Janeiro, 1959, t. IV, p. 13; Hernando Morales M.: *Curso de derecho procesal civil*, Parte General, Bogotá, ed. 1978, ps. 393-394.

esta suerte la regla general está representada por aquélla y la excepción por ésta. De ahí que mientras todo acto del juez puede ser impugnado (sea mediante reposición o por apelación, casación o consulta), salvo expresa excepción (véase núm. 309-316), únicamente son nulos los que incurren en determinados vicios.

328. Aplicación de las anteriores nociones.

Sin embargo, las distinciones que hemos dejado expuestas de los varios vicios que pueden afectar los actos procesales y sus remedios, tienen perfecta aplicación en Colombia y en la Argentina.

En nuestros procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, la *regla general* es que *toda nulidad es saneable a menos que por la naturaleza del vicio no sea posible la ratificación o el saneamiento*; éstas son únicamente las seis mencionadas en la letra e del número 326. En los procesos penales la regla general se invierte.

También es aplicable la distinción entre *actos nulos* y *actos inexistentes*. Si una persona ejecuta un acto procesal haciéndose pasar por otra, respecto de ésta el acto procesal no existe; si una sentencia o un auto deja de ser notificado, el acto procesal de notificación no existe; si falta la firma del juez, no existe sentencia ni auto; si se presenta demanda ante un funcionario administrativo, no existe proceso judicial; si un particular conoce de un proceso y dicta sentencia, sin que se trate de un tribunal de árbitros, no existe proceso ni sentencia.

No puede negarse la diferencia que hay entre estos casos y los de nulidad relativa o absoluta. El acto procesal nulo absolutamente existe, es un acto de funcionario judicial, no obstante que no produce efectos; el acto inexistente, por el contrario, no nace, ni se produce jurídicamente.

329. El caso de la sentencia definitiva, inexistente o nula.

Cuando la inexistencia del acto se sucede en un momento del proceso que no permite ya impugnación, no puede impedirse que posteriormente se la desconozca. Si es la sentencia de casación, o la de única instancia, o la de segunda que no tiene aquel recurso la que ha dejado de firmarse en la forma y por los funcionarios que exige la ley, sería irritante que, sin embargo, de no tener impugnación obligara a las partes y no hubiera defensa. *La parte perjudicada con el fallo podría desconocerla y oponerse a su*

cumplimiento, o pedir en recurso extraordinario de revisión que se declare su inexistencia. En el proceso penal podrá pedirse en cualquier momento al juez de la causa que declare su inexistencia.

La misma solución tiene que aplicarse cuando en la sentencia definitiva, que no tiene recurso alguno, se incurre en causal de nulidad que la afecta a ella, pero no al proceso hasta ese momento. El nuevo Código de P. C. colombiano la consagra expresamente en el inciso final del art. 154. Y puede ocurrir cuando haya falta total de motivaciones, cuando se condene a un tercero que no figuró como demandante ni demandado ni intervino en el proceso y cuando se reviva un proceso concluido sólo para dictar sentencia (lo último, por ejemplo, porque se hubiera declarado concluido por desistimiento total o transacción, estando para dictar sentencia). Esta nulidad se puede reclamar en recurso especial de revisión (véase núm. 316).

Como es absurdo mantener como válida una sentencia nula, si el vicio consiste en falta de formalidades esenciales, podrá el juez de la causa declararla inexistente; cuando se trate de otros motivos, sólo quedan dos caminos: aceptar la revisión extraordinaria de la sentencia, o permitir que el juez de la causa la declare.

