NOCIONES GENERALES DE

DERECHO PROCESAL CIVIL

HERNANDO DEVIS ECHANDIA
EX PROFESOR DE LA MATERIA EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL
Y EN LA UNIVERSIDAD LIBRE DE BOGOTA (COLOMBIA)

NOCIONES GENERALES

DE

DERECHO PROCESAL CIVIL

PROLOGO DE

JAIME GUASP

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Madrid



AGUILAR

PROLOGO

Si alguna duda pudiera abrigarse todavía sobre la singularidad y trascendencia que en su día representó la extraordinaria aparición y desarrollo científico de lo que ya no cabe llamar, con justicia, «nueva» ciencia procesal, fenómenos cotidianos nos disiparían esa incertidumbre y afincarían en nosotros la convicción, tan antigua, de que tal empuje y desarrollo no ha sido un momento pasajero, una simple moda del pensamiento jurídico fácilmente marchitada, sino una etapa larga y fecunda de la ideología del Derecho con la que ya habrá que contar siempre.

Un orden peculiar de acontecimientos acredita la característica impar de la eclosión de la ciencia jurídica del proceso. Tal es la comprobación de que, muy lejos en el tiempo de su primera floración, tan distanciados como estamos hoy en los primeros estudios de Wach o de los grandes descubrimientos de Chiovenda y de los no menos magistrales que después de ellos han venido produciéndose y sucediéndose, la maravillosa rama de este árbol científico sigue todavía con su virtud fecundadora a distancia, despertando en terrenos jurídicos, más o menos inertes hasta el presente, el mismo estremecimiento renovador, el mismo despertar inaugural que obtuvieron en su día en los focos originarios donde brotaron sus apariciones iniciales.

No es nada infrecuente que, en marcadas ocasiones, hayamos de llamar la atención acerca de nuevas conquistas territoriales del pensamiento jurídico procesal moderno. Lo que en su día fue, o pudo pensarse que era, una presentación más o menos audaz de temas tradicionalmente desdeñados por su irrelevancia dogmática, se ha mostrado, a lo largo de la historia de estos últimos años, con una virtualidad incomparable, que ha trastornado esas estructuras en apariencia tan sólidas por su vetustez y ha dado paso en los lugares más insospechados a una admisión de las concepciones que integran eso que se llama la ciencia moderna del derecho procesal.

Hemos asistido hace bien poco tiempo a un acaecer de esta clase en un lugar entrañablemente unido con el jurista español, la Colombia hispanoamericana, por obra de un autor que, siguiendo la huella de los procesalistas de hoy, produjo en su país la «acostumbrada» revelación y revolución en el mundo y en los ámbitos jurídicos en que se desenvolvía.

Efectivamente, en el año 1961, se publicaba en Bogotá el primer tomo de un monumental Tratado de Derecho procesal civil, *debido a la pluma del mismo autor de este libro, es decir, de Hernando Devis Echandía. Hasta entonces,*

en Colombia, y según nos dice el propio autor en el prólogo de aquel tratado, apenas si habían aparecido unas pocas obras elementales sobre la materia, entre ellas, como proclama él mismo con una ejemplar modestia, su propio Derecho procesal civil, *que publicó en el año 1947 y que se negó a reeditar por estimar que necesitaba una total revisión y ampliación para dejarla a la altura de sus aspiraciones.*

Como consecuencia del esfuerzo extraordinario que el autor se impuso para poder llevar a cabo esta tarea, consagrándole la mitad de su tiempo, aparece en ese año el tomo primero de dicho Tratado de Derecho procesal civil, *dedicado a generalidades; continuado en el año 1962 con un tomo segundo, dedicado a los sujetos de la relación jurídica procesal, y en los años 1963 y 1964 con los tomos tercero y cuarto, respectivamente, que tratan de los actos procesales.*

Pero la virtualidad fecundadora, de que antes hablábamos, de la moderna dogmática procesal civil, no solo se comprueba en este instante primitivo, en que un autor aborda la exposición de los problemas de siempre abrazándose a la nueva problemática, como el converso abraza su nueva fe, sino que se observa notando cómo la adopción de esta postura metodológica va perfeccionando y elevando la línea y la calidad de quien se sujeta a la disciplina rigurosa de la ciencia nueva, permitiéndole a él mismo, y no solo a los que vienen después de él, aquilatar y mejorar progresivamente sus resultados. Y así, el propio Hernando Devis Echandía, que ya en 1963 había resumido en un compendio las nociones de la parte general del derecho procesal civil, expuestas científicamente con vistas a su enseñanza universitaria, hoy brinda a los autores de habla española, desde una tribuna editorial española, una nueva perspectiva científica de su trabajo, superior en el orden estricto de los conceptos en cuanto que prescinde en ella de toda legislación particular positiva y se enfrenta a los temas del derecho procesal, en su desnuda abstracción teorética, en un estricto despliegue doctrinal, en una obra, por tanto, de la máxima exigencia y de la máxima responsabilidad. Basta recordar lo que los ejemplos históricos de obras de esta clase nos han proporcionado, como los Fundamentos *del llorado Couture, para darnos cuenta del alborozo con que debemos recibir la noticia de la consumación de una obra de esta clase.*

Realmente, una simple ojeada al índice de este nuevo libro «abstracto» de Hernando Devis Echandía, de estas nociones generales del derecho procesal, basta para convencernos de la ambición y fidelidad a los propósitos fundamentales con que se ha llevado a cabo la tarea. El autor comienza presentándonos la noción del derecho procesal y su historia, la función judicial, la ley procesal y los principios fundamentales del derecho procesal y del procedimiento. Sigue después con el estudio de la jurisdicción y de la competencia. Analiza a continuación el proceso, la acción y el derecho de contradicción, la pretensión y la oposición a la pretensión, el interés y la legitimación. Continúa

con el examen de los presupuestos procesales y materiales, los sujetos de la relación jurídica procesal, tanto funcionarios judiciales como partes, y los terceros. Sigue después con la teoría de los actos procesales, capacidad, representación y postulación para hacerlos y la demanda, excepciones, actos de los jueces y congruencias. Examina más adelante la cosa juzgada y la prejudicialidad. Después se ocupa de los modos excepcionales de poner término al proceso y de los recursos y vicios de los actos procesales, con lo que termina la exposición en veintinueve apretados capítulos, que prácticamente constituyen un repaso sintético pero universal de los conceptos no solamente básicos, sino de desarrollo, de la ciencia jurídica procesal de hoy.

No solamente para su país, que de este modo pasa a ocupar un relevantísimo puesto en la línea de los ordenamientos preocupados del derecho procesal, sino para todos los países, la obra actual de Hernando Devis Echandía es de una valía cuya ponderación favorable rebasa, por su volumen, los adjetivos habitualmente usados en ocasiones como esta. No nos damos cuenta, del todo, de hasta qué punto los conceptos generales, que habríamos de afinar y pulir diariamente, los dejamos enmohecer, no por el desuso, sino, al contrario, por su manejo diario, que no deja tiempo para cuidarnos de ellos, ni nos damos cuenta de cómo semejante desatención pone en peligro la base misma de nuestra disciplina o de cualquier otra. Por ello, cuando del inmenso mar de la literatura puramente profesional, y sin duda indispensable, emerge o sobrenada un título o una obra de mayor pureza y de más desinterés, hemos de subrayar con la máxima energía lo que de valioso existe en tal acaecimiento y de mérito en su autor. A fuerza de estar familiarizados con ellos, ya estábamos casi en trance de olvidar el significado intrínseco, aunque no la aplicación práctica, de los conceptos modernos, ya con tanta solera, de la jurisdicción, de la acción o del proceso. Hemos de agradecer, pues, a Hernando Devis Echandía el que, sin la cobertura de una preocupación forense ni siquiera universitaria, que también es profesional, elabore, para que brillen en el reino vacío y por eso puro del pensamiento no aplicativo, sus nociones generales del derecho procesal.

El que lea este libro trabaja, pues, en favor propio, pero trabaja sobre todo para su futuro. No resolverá la duda concreta de hoy, pero disminuirá sus dudas de mañana. No tendrá el resultado del caso, del problema, de la lección concreta de cada día; le brindará, no obstante, una formación desde la que semejante tarea habrá de encontrar un nivel de satisfacción enormemente más fácil. Libro, pues, para ociosos, que por ello tienen que leer, sobre todo, los que se hallan máximamente ocupados, y, sobre todo, agobiados por su ocupación de cada día.

No se le puede dar al autor, en el año 1965, la bienvenida al derecho procesal, pues hace mucho tiempo que él comparte, con todos los honores, el puesto de anfitrión de la casa. Pero por lo mismo que en él singularmente la

evolución no ha ido, como en otros, de un más a un menos teórico, sino a la inversa, el saludo a su obra se hace, en el momento actual, más imperioso y más admirativo. Pues uno de estos ejemplares indiscutibles de ascensión hacia la ciencia y no de descenso de la ciencia será sin duda el que, en el día de mañana, después de haber sido bien venido a nuestra casa, nos dé, a todos, la despedida.

JAIME GUASP.

INDICE

PRÓLOGO ... ... *Pág.* IX

Cap. I.—Noción del derecho procesal 3

1. Razón de ser del derecho procesal 3
2. Definición del derecho procesal. 4
3. Naturaleza y características del derecho procesal 4
4. División del derecho procesal ... 6
5. Derecho, obligaciones y cargas procesales 7

Cap. II.—Historia del derecho procesal 15

6. Síntesis de su evolución 15
   A) El derecho procesal en el mundo clásico antiguo 15
      1) La fase del antiguo proceso romano o "per legis actiones" 16
      2) Fase del procedimiento "extra ordinem" 17
      3) Período justinianeo 17
   B) El derecho procesal después del Imperio romano 18
      1) Fase religiosa y proceso acusatorio 18
      2) Fase legal, mejor denominada del sistema de la tarifa legal, y proceso penal inquisitivo 20
      3) Divorcio absoluto de los procesos penal y civil ... 24
      4) La fase científica. Nueva aproximación de los procesos civil y penal 25
      5) Características de los procesos acusatorio e inquisitorio. Los modernos procesos mixtos 27
         I. Carasterísticas del proceso acusatorio 27
         II. Carasterísticas del proceso inquisitorio... ... 28
         III. Los modernos procesos mixtos 29
         a) El proceso penal moderno 29
         b) El proceso civil moderno 30
         c) El proceso laboral... ... 31
         d) Los procesos contencioso-administrativo, fiscal y aduanero... 31
7. Evolución del derecho procesal civil en Colombia e Hispanoamérica 32
8. Fases del estudio del derecho procesal 32
9. Fuentes del derecho procesal ... 34

Cap. III.—La función judicial 35

10. Características de la función judicial 35
11. Cómo se realiza la función judicial 36
12. Importancia de la función del juez en la vida del Derecho ... 36
13. Interpretación de la ley procesal. 38

Cap. IV.—La ley procesal 42

14. Qué se entiende por ley procesal. 42
15. La ley procesal en el tiempo ... 42
16. La ley procesal en el espacio ... 45

Cap. V.—Principios fundamentales del derecho procesal y del procedimiento 47

17. Distinción 47
18. I. Principios fundamentales del derecho procesal 47
   A) Carácter exclusivo y obligatorio de la función judicial del Estado 47
   B) Independencia de la autoridad judicial 47
   C) Imparcialidad rigurosa de los funcionarios judiciales 48
   D) Igualdad de las partes ante la ley procesal 48
   E) Necesidad de oír a la persona contra la cual va a surtirse la decisión. Principio de la

contradicción o audiencia bilateral 48
F) Publicidad del proceso 49
G) Obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley 50
H) El principio de que las sentencias no crean, sino declaran derechos 50
I) El principio de la verdad procesal 50
J) El principio de la cosa juzgada 51
19. II. Principios fundamentales del procedimiento 52
A) El principio dispositivo o inquisitivo 52
B) Principios de la tarifa legal de pruebas, conocido también como sistema legal de pruebas, o de la libre apreciación de su valor 56
C) El principio de impulsión del proceso 58
D) El principio de la economía procesal 59
E) El principio de la concentración del proceso 59
F) El principio de la eventualidad, también llamado de la preclusión 60
G) El principio de la inmediación 61
H) El principio de la oralidad o de la escritura 61
I) El principio del interés para intervenir en los juicios 63
J) Principios del interés legítimo para pedir o contradecir una sentencia de fondo y de la legitimación en la causa. 63
K) Principio de la buena fe y la lealtad procesal 64
L) Principio de la impugnación. 65
M) Principio de las dos instancias 66
N) Principio de la motivación de las sentencias 66

Cap. VI.—La jurisdicción 67

20. Qué se entiende por jurisdicción. Cuál es su fin 67
21. La jurisdicción como derecho subjetivo público y como obligación 70
22. Poderes de la jurisdicción 74
a) Poder de decisión 74
b) Poder de coerción 74
c) Poder de documentación ... 74
d) Poder de ejecución 75
23. Función jurisdiccional y función administrativa 75
24. Función judicial y función legislativa 79
25. Unidad de la jurisdicción y su clasificación 81
26. Jurisdicción voluntaria y contenciosa. Diversas doctrinas 83
27. Concepto de Carnelutti 83
28. Concepto de Ugo Rocco 85
29. Concepto de Redenti 86
30. Concepto de Rosenberg 88
31. La doctrina española 89
32. Crítica a las doctrinas expuestas y nuestro concepto 92
33. Resumen de nuestro concepto ... 97
a) Por la posición que las partes ocupan en la relación jurídica procesal 97
b) Por la posición del juez al dictar sentencia 97
c) Por los sujetos de la relación jurídica procesal 97
d) Por el contenido de la relación jurídica procesal al iniciarse el juicio 97
e) Por los efectos de la sentencia 97
34. Jurisdicción ordinaria o común y jurisdicciones especiales 98

Cap. VII.—Distribución de la jurisdicción entre los diversos despachos. La competencia 99

35. Qué se entiende por competencia 99
36. Factores para la determinación de la competencia externa 101
37. La "Perpetuatio jurisdictionis" ... 101
38. Competencia absoluta y relativa: prorrogable e improrrogable ... 104
39. La prórroga convencional previa al juicio 106
40. Competencia privativa y preventiva 107
41. Competencia externa y competencia interna. Reparto 107
42. Competencia legal y competencia por delegación 108
43. Pérdida y suspensión de la competencia 108

44. Qué se entiende por competencia por el valor del pleito 108
45. Competencia por la materia o la naturaleza del negocio. Cómo opera este elemento del factor objetivo 111
46. Competencia por razón del territorio. Noción de fuero o foro. Y de domicilio 112
I. El fuero personal o general. 113
II. El fuero real. Competencia del juez del lugar de ubicación de los bienes 117
47. El fuero convencional. En qué consiste 118
A) Fuero convencional expreso ("forum contractus" o "pactum de foro prorrogando" en sentido estricto) 118
B) Fuero convencional tácito ("forum destinatae solutionis") 119
48. Competencia por el factor funcional 120
49. La conexión en relación con la competencia. El llamado fuero de atracción 121
50. La analogía en materia de competencia 123
51. Efectos procesales de la falta de competencia 124
52. Cómo se determina, en definitiva, el despacho judicial competente para una demanda 125
53. En qué consisten los conflictos de competencia 126
54. Capacidad subjetiva de los funcionarios judiciales. Condiciones subjetivas para administrar justicia 127

Cap. VIII.—Del proceso 129
55. Qué se entiende por proceso ... 129
56. Estructura y fin del proceso ... 132
57. Proceso y litigio 135
58. Funciones del proceso civil ... 135
59. Clasificación de los procesos ... 137
60. Proceso declarativo y dispositivo. 137
61. Proceso declarativo puro 138
62. Proceso de condena o de prestación 140
63. Proceso de declaración constitutiva 141
64. Procesos mixtos 141
65. Procesos de juzgamiento o conocimiento y de ejecución 142
66. El proceso cautelar 143
67. Proceso represivo y proceso preventivo 144
68. Proceso singular y proceso colectivo 144
69. Proceso contencioso y proceso voluntario 145
70. La relación jurídica procesal. 145
71. Nuestro concepto 151
72. Acción y relación procesal. 152

Cap. IX.—De la acción 154
73. Concepto general de acción ... 154
74. La noción de acción en derecho procesal 155
75. Teoría de la acción como elemento del derecho material subjetivo, o como este derecho en movimiento 157
76. Teorías de la acción como autónoma e independiente ... 158
77. Teoría de la acción como derecho subjetivo que se produce con el juicio (Bulow) 159
78. Teoría de la acción como facultad del derecho de la personalidad (Kohler) 159
79. Teoría de la acción como un derecho subjetivo público concreto para obtener la tutela del Estado, por sentencia favorable (Muther y Wach) ... 161
80. Teoría de la acción como derecho autónomo, potestativo y privado (Chiovenda) 161
81. Teoría del derecho subjetivo procesal abstracto y público para el cumplimiento del proceso (Carnelutti) 164
82. La doctrina posterior a Carnelutti 168
A) Los estudios de Eduardo J. Couture, Santi Romano y Zanzuchi 168
83. Los conceptos de Allorio, Rosenberg y Redenti 172
84. La doctrina española 174
85. El concepto de Ugo Rocco. Su nuevo "Trattato" 175
86. Nuestro concepto sobre la acción 179
A) Es una actividad jurídica por naturaleza 179
B) Es un derecho autónomo, subjetivo, individual, público, cívico y abstracto.

Es un derecho abstracto de elementos indeterminados 179
C) Protege primordialmente el interés público y general, y sólo secundariamente el interés privado del actor 180
D) Su objeto es la sentencia mediante el proceso (inhibitoria o de fondo, favorable o no) 181
E) El demandado no es sujeto de la acción, sino de la relación jurídica procesal. El derecho de contradicción. La acción jamás se dirige al demandado ni contra el demandado 181
F) Se distingue del derecho material subjetivo y de la pretensión 183
G) Pertenece a toda persona material o jurídica, por existir siempre un interés público que le sirve de causa y fin 183
H) Definición 185
87. Elementos del derecho de acción y de la pretensión 186
1) Los sujetos del derecho de acción y de la pretensión. 186
2) El objeto de la acción y el objeto de la pretensión ... 186
El "petitum" 187
3) "Causa petendi" de la pretensión y la causa de la acción 187
88. La acción en los Códigos de procedimiento civil 189
89. Clasificación de las acciones. 189
A) Sentido material o sustancial y sentido procesal ... 189
B) Clasificación procesal de las acciones 193
90. Acción de juzgamiento o conocimiento y ejecutiva 194
91. Acción dispositiva y declarativa general 196
92. Acción declarativa pura 197
93. Acción de condena 198
94. Acción de declaración constitutiva ("accertamento constitutivo") 199
95. Acción cautelar 201
96. Acciones mixtas 201
97. La mal llamada acumulación objetiva de acciones 202
98. Ejercicio de la acción por varias personas, mal denominado acumulación subjetiva de acciones 202
99. Un verdadero caso de acumulación de acciones en un mismo proceso: la demanda de reconvención 202
100. Extinción, caducidad y accidentes de la acción. Cuándo es renunciable 203
101. Cesión de las acciones y del derecho de contradicción. Y su transferencia por causa de muerte 205

Cap. X.—El derecho de contradicción. 208
102. Naturaleza 208
103. El derecho de contradicción no tiene por objeto desvirtuar o anular el derecho de acción ni la pretensión del demandante. Se diferencia de la excepción y de la pretensión del demandado 211
104. Diversas maneras de ejercitar el derecho de contradicción... 214

Cap. XI.—De la pretensión 216
105. Noción de pretensión 216
A) Su naturaleza 216
B) Sus elementos: objeto y razón 218
C) Sus sujetos 220
D) Sus requisitos o presupuestos 220
E) Sus efectos 221
F) La oposición a la pretensión 222
G) Diversas clases de pretensiones 222

Cap. XII.—La oposición a la pretensión del demandante. Las defensas del demandado 223
106. Observaciones generales 223
107. La noción de oposición 223
108. De las defensas en general y sus distintas clases 225
109. Origen y desarrollo de la distinción entre defensas y excepciones 227
110. Resumen de nuestra opinión sobre la distinción entre defensa y excepción 230

Cap. XIII.—El interés para obrar o interés en la pretensión o la sentencia de fondo 232

111. Importancia de esta materia e indecisión doctrinaria 232
112. La noción del interés para obrar 232
113. El concepto de José Chiovenda y nuestra crítica 233
114. El concepto de Rosenberg y nuestra crítica 236
115. El concepto de Redenti y nuestra crítica 239
116. El concepto de Carnelutti y nuestra crítica 240
117. El concepto de Fairén Guillén y nuestra crítica 241
118. El concepto de Rocco y nuestra crítica 242
119. Sistematización de nuestro concepto 245
A) ¿Qué significa el interés para obrar, o mejor dicho, el interés en la pretensión o sentencia de fondo? ... 245
B) No es el interés para accionar sino en la sentencia de fondo 246
C) Tampoco es el interés para contradecir en general. 247
D) No es un presupuesto procesal ni de la acción, sino de la sentencia de fondo. 247
E) No se confunde con la titularidad del derecho material pretendido 248
F) Es distinto de la legitimación en la causa. Sus relaciones 249
G) Debe ser subjetivo, concreto, legítimo o serio y actual 249
H) Cómo se determina en cada clase de proceso y acción 252
En las acciones declarativas 252
En las acciones de declaración constitutiva ... 253
En las acciones de condena 253
En las acciones ejecutivas 254
En las acciones cautelares 254
I) Sus relaciones con la legitimación en la causa 255
J) El interés para obrar en los terceros intervinientes... ... 255
K) Su falta no constituye una excepción 256
L) Su adecuada denominación 256
M) La sentencia inhibitoria, caso de faltar, no constituye cosa juzgada 256
N) Su falta debe declararse de oficio en la sentencia ... 257
O) Casos en que debe examinarse de oficio para la admisión de la demanda y en que puede alegarse su falta como excepción previa 257

Cap. XIV.—La «legitimatio ad causam» o legitimación en la causa ... 258

120. Importancia de la noción e indecisión de la doctrina 258
121. El concepto de José Chiovenda y nuestra crítica 258
122. El concepto de Piero Calamandrei y nuestra crítica 261
123. El concepto de Kisch y nuestra crítica 262
124. El concepto de Eduardo J. Couture y nuestra crítica 264
125. El concepto de Rosenberg y nuestra crítica 266
126. El concepto de Adolfo Schönke y nuestra crítica 267
127. El concepto de Enrico Allorio y nuestra crítica 268
128. El concepto de Redenti y nuestra crítica 268
129. El concepto de Manuel de la Plaza y nuestra crítica 271
130. El concepto de Víctor Fairén Guillén y nuestra crítica 272
131. El concepto de Jaime Guasp y nuestra crítica 272
132. El concepto de Francisco Carnelutti y nuestra crítica 273
133. El concepto de Ugo Rocco y nuestra crítica 277
134. Sistematización de nuestro concepto sobre "legitimatio ad causam" 281
A) No se identifica con el derecho material 281

B) No es condición de la acción 282
C) No basta para obtener sentencia favorable. En qué sentido puede ser condición de la sentencia favorable 283
D) La sentencia inhibitoria no constituye cosa juzgada ... 284
E) Es personal y subjetiva ... 286
F) La legitimación no se cede ni se transmite 287
G) Es elemento de la procedencia de la demanda y presupuesto de la pretensión para la sentencia de fondo 287
H) No es presupuesto procesal, sino cuestión sustancial 288
I) Debe existir en el momento de la "litis contestatio". Qué sucede cuando se altera en el curso del juicio 288
J) El caso de las sentencias sobre el estado civil de las personas —particularmente sobre filiación legítima o natural— cuando aparece otro heredero no demandado 290
K) No debe confundírsela con el interés para obrar o interés para la sentencia de fondo o mérito 291
L) Debe distinguirse la "legitimatio ad causam" de la "legitimatio ad processum" 292
M) No tiene aplicación en las acciones públicas 293
N) No se la debe confundir con el principio de la demanda ni con el principio del contradictorio 294
Principio de la audiencia bilateral 294
Se trata de condiciones o presupuestos para tener derecho a controvertir en el fondo las pretensiones del demandante 295
O) Determinar no sólo quiénes pueden obrar en juicio, sino, además, quiénes deben estar presentes, para que sea posible la decisión de fondo 296
P) ¿Qué sucede cuando no se demanda a todos o por todos los necesarios contradictores? 298
Q) ¿En qué consiste la legitimación en la causa? 299
¿Cuándo existe esa facultad o idoneidad? 300
Son condiciones o cualidades que se refieren a la relación sustancial que se pretende 300
En lo que respecta al demandante 300
Cuando se trata de un sustituto procesal 301
En cuanto a los terceros intervinientes 301
R) Su adecuada denominación 304
S) Distintas clases de legitimación en la causa 304
Legitimación activa y pasiva 304
Legitimación principal y secundaria 305
Legitimación total y parcial 305
Legitimación permanente y transitoria 305
Partes legitimadas para pretender, controvertir o intervenir 305
El caso del representante o apoderado 306
T) La legitimación en las dististas clases de procesos o pretensiones 306
En las pretensiones y procesos declarativos 306
El Ministerio público 307
En las pretensiones y procesos de declaración constitutiva 307
En las pretensiones y procesos de condena 308
En los procesos ejecutivos. 309
En los procesos cautelares. 310
En los procesos mixtos ... 310
U) Su falta debe declararse de oficio en la sentencia 310
V) Casos en que debe examinarse para la admisión de

la demanda y en que su ausencia puede alegarse como excepción previa 310
135. La sustitución procesal o legitimación extraordinaria 312
El sustituto procesal 312
136. La llamada personería sustantiva de las partes 315

Cap. XV.—Presupuestos procesales y materiales 317
137. Naturaleza de los presupuestos procesales. Conceptos 317
Las cuestiones de formas, rito o procedimiento y las de fondo o mérito 318
138. Clasificaoión de los presupuestos procesales 319
139. Presupuestos procesales de la acción 319
Capacidad jurídica y la capacidad procesal del demandado o "legitimatio ad processum". 319
140. Presupuestos procesales de la demanda 320
La capacidad y la debida representación del demandado. 320
La debida demanda que incluye el cumplimiento de los requisitos de forma y la presentación de los documentos ... 321
141. Presupuestos procesales del procedimiento 321
Medidas preventivas 321
Citación o emplazamiento de los demandados 321
La caducidad temporal de la acción 322
Emplazamientos y citaciones necesarios en el curso del juicio 322
La cláusula compromisoria ... 322
La cosa juzgada, la transacción y el desistimiento definitivo 323
142. Control y declaración de oficio de los presupuestos procesales 323
Los impedimentos procesales. 323
143. Presupuestos materiales de la sentencia de fondo y de la sentencia condenatoria o absolutoria 324
144. Presupuestos materiales de la pretensión o sentencia de fondo 324
a) La "legitimatio ad causam" 324
b) El interés para obrar 324
c) Cumplimiento de determinados actos señalados en la ley 325
d) Agotar la vía administrativa en lo contencioso-administrativo 325
e) La correcta acumulación de pretensiones 325
f) La incorrecta petición que impide la sentencia de fondo 325
g) La vía procesal adecuada. 325
h) La ausencia de cosa juzgada, transacción o caducidad y desistimiento con valor de tal 325
i) La litispendencia, cuando es total, o si es parcial, siempre que constituya una necesaria prejudicialidad... 325
j) El caso del incumplimiento del plazo o condición. 325
145. Presupuestos materiales de la sentencia absolutoria o condenatoria 326
Presupuestos de la sentencia favorable al demandante ... 326
Presupuestos de la sentencia favorable al demandado 326
146. Algunas consecuencias de los errores en esta materia 326

Cap. XVI.—Sujetos de la relación jurídico-procesal.—I. Los funcionarios judiciales 328
147. Quiénes son sujetos de la relación jurídico-procesal 328
148. Justicia y jueces 329
149. Jueces y órganos jurisdiccionales 330
150. Principios fundamentales de la organización judicial 332
A) Independencia de los funcionarios judiciales 332
B) Imparcialidad de jueces y magistrados 332
C) Permanencia de los órganos de la jurisdicción ... 333
D) La organización judicial debe abarcar el territorio nacional y estar al alcance de todos 334

E) Debe existir suficiente número de funcionarios 334
F) Distribución del territorio en diversas circunscripciones, con jueces separados para cada una 334
G) Pluralidad de los grados de jurisdicción 334
H) Jerarquía de los oficios o despachos judiciales 335
I) La distinta composición de los oficios o despachos ... 335
J) Un sistema de selección, nombramiento y ascensos de los funcionarios que garantice su independencia, su imparcialidad y su capacidad jurídica y moral. 335
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 336
L) Separación de las distintas jurisdicciones 336
M) Existencia de un Ministerio público paralelo a la organización judicial 337
151. Selección, nombramiento y ascensos de los funcionarios judiciales 337
152. La carrera judicial 337
153. Clasificación de los órganos, despachos u oficios judiciales. 340
I. Desde el punto de vista de sus funciones 340
II. Desde el punto de vista de su composición y formación 340
154. Deberes de los funcionarios judiciales 341
155. Poderes de los funcionarios judiciales 342
156. Garantías contra los abusos de los funcionarios judiciales. Observaciones generales 344
157. Incompatibilidades 344
158. Revisión de las sentencias ... 345
159. Prevención de posible parcialidad de los juzgadores y secretarios. Los impedimentos 345
160. Vigilancia del trabajo y sanciones disciplinarias a los funcionarios judiciales 345
161. Responsabilidad penal y civil de los funcionarios judiciales. 345
162. Responsabilidad del Estado por la culpa o dolo de los funcionarios judiciales 348
163. Responsabilidad de las partes por los daños causados con motivo de actuaciones judiciales 350
164. Etica del juez 351

Cap. XVII.—Sujetos de la relación jurídico-procesal.—II. Las partes ... 352
165. Generalidades previas 352
166. El concepto de parte en la doctrina 353
167. Nuestro concepto 360
168. Parte en sentido material y en sentido formal o procesal ... 361
169. Distinta posición del juez y las partes en el proceso 362
170. Demandante y demandado. Actor y opositor 363
171. La igualdad de las partes en el proceso. Principio de la contradicción o de la audiencia bilateral o de "auditur et altera pars" 364
172. Distintas clases de partes y su determinación 365
173. El caso del apoderado o representante legal de una parte 368
174. Bilateralidad de las partes en el proceso contencioso 369
175. Diversa posición de las partes en el proceso 370
176. Modos de actuar las partes en el proceso 371
177. Modificaciones de las partes durante el proceso. La sucesión procesal 372
A) Sucesión de una parte por sus herederos, en caso de muerte 372
B) Sucesión de la parte que muere, por el legatario del derecho litigioso o del bien objeto del proceso 372
C) Sucesión de una parte por el cesionario mediante acto entre vivos 373
D) Sucesión de la persona jurídica extinguida, por que-

nes reciben los derechos o asumen las obligaciones materia del juicio 274
E) Sucesión de una parte cuando sus derechos sustanciales se extinguen ... 374
F) Intervención de terceros sin afectar la posición de las partes demandante y demandada 374
G) Separación o retiro de una persona que viene actuando en el juicio 375
H) Cambio o supresión del representante o apoderado de una de las partes 375
178. Pluralidad de las partes 376
179. La noción de litisconsorcio ... 377
180. La noción de terceristas 379
181. Las diversas clases de litisconsorcio 379
182. Litisconsorcio necesario u obligatorio (inicial o sucesivo) ... 380
183. Litisconsorcio facultativo o voluntario y sus varias clases: inicial y sucesivo, propio e impropio, activo y pasivo o mixto, simple y recíproco ... 384
184. Efectos procesales del litisconsorcio 388
A) En cuanto a la sentencia. 388
B) En lo que hace al procedimiento 391
C) En cuanto a los efectos de los actos procesales de las partes 391
D) En materia de alegaciones. 392
E) En cuanto a las pruebas aportadas 393
F) En materia de recursos y nulidades 394
I. En el liticonsorcio voluntario 395
II. En el litisconsorcio necesario 399
G) Respecto a los desistimientos, transacciones y allanamientos 402
H) En cuanto a costas y expensas 403
I) En punto a representación. 404
J) En el caso de ser improcedente el litisconsorcio ... 405
K) En cuanto a condiciones para actuar válidamente en juicio y la legitimación e interés para obrar 405

Cap. XVIII.—Los terceros y su intervención 406
185. La noción de tercero 406
186. Terceros en sentido procesal y en sentido material o sustancial 407
187. Quiénes son, en definitiva, terceros en un proceso 408
188. Clasificación de los terceros en sentido procesal 409
A) Terceros con interés en el proceso o totalmente ajenos a él 409
B) Terceros principales y terceros secundarios o accesorios, impropiamente llamados adhesivos 410
C) Terceristas o intervinientes "ad excludendum" y coadyuvantes o intervinientes "ad adiuvandum" 412
D) Terceros cuya intervención es facultativa o necesaria para que pueda existir sentencia de fondo 413
E) Terceros con interés personal, familiar o social. Diversas clases de interés personal 413
F) Terceros con legitimación en la causa permanente y total o parcial y transitoria 414
189. Fundamento constitucional y doctrinario de la intervención. 414
190. Examen de la legitimación en la causa de los interventores. 415
191. Diversas clases de intervención en el proceso 415
192. La intervención y su subdivisión 415
193. Intervención principal "ad excludendum" o de tercerista ... 417
A) La intervención principal introduce en el proceso nuevos litigios 420
B) Presupuestos de esta intervención principal 422
C) Situación del tercero que no intervino en el proceso ante la sentencia ejecutoriada 425
D) Efectos procesales de la in-

tervención "ad excludendum" 425
E) Procedimiento para la intervención "ad excludendum" 429
194. Intervención por oposición de terceros a la ejecución de la sentencia 429
195. Intervención incidental de terceros para oponerse a secuestros o embargos o pedir su levantamiento, y en otras actuaciones ordenadas en el curso del juicio 430
196. La intervención por coadyuvancia o accesoria o "ad adiuvandum" 430
A) Su verdadera naturaleza ... 431
B) Presupuestos de la intervención por coadyuvancia... 432
C) Manera de solicitar la intervención 437
D) Efectos procesales de la intervención coadyuvante ... 437
197. Intervención forzosa por llamamiento al juicio 443
198. Del llamamiento en garantía... 444
199. Denuncia del pleito o "litis denuntiatio" 447
200. "Laudatio" o "nominatio auctoris" 451
201. Llamamiento del tercero pretendiente 452
202. Diferencia entre intervención y sucesión de partes 452
203. Diferencia entre sucesión de partes y sustitución procesal 453

Cap. XIX.—Teoría de los actos procesales 454

204. Noción general 454
205. La voluntad en los actos procesales y su interpretación ... 455
206. La violencia y el dolo en los actos procesales 456
207. Requisitos del acto procesal... 458
I. Requisitos de fondo y de forma 460
II. Requisitos subjetivos y objetivos 461
III. Requisitos para la validez y para la eficacia del acto. 461
208. Efectos de las formas procesales 461
209. Necesidad de las formas procesales 463
210. Naturaleza de las formas procesales 463
211. Clasificación de los actos procesales 464
212. El negocio jurídico-procesal ... 465
213. Las nociones de acuerdo y de contrato procesales 467

Cap. XX.—Capacidad, representación y postulación para los actos procesales 470

214. Condiciones para actuar válida y eficazmente en el proceso... 470
215. Capacidad para ser parte 472
A) Las personas físicas o naturales 472
B) Personas jurídicas 473
C) Los patrimonios autónomos y uniones sin personería jurídica 474
216. Capacidad para comparecer al juicio o capacidad procesal, conocida también como "legitimatio ad processum" 476
217. Representación judicial. Incapaces y personas jurídicas de derecho privado y de derecho público 477
218. El derecho de postulación ... 477
219. Agencia oficiosa judicial 478

Cap. XXI.—La demanda; su contestación y sus resultados 479

220. Generalidades 479
221. Noción de demanda 480
222. Condiciones para demandar ... 482
223. A quién debe demandarse. Noción de demandado 483
224. Requisitos generales de la demanda 484
225. El "petitum" de la demanda. Acumulación de pretensiones, mal llamada de acciones 484
226. Los fundamentos de hecho ... 486
227. Los fundamentos de derecho... 489
228. Cuándo procede el rechazo de la demanda 490
229. Efectos de la demanda 491
1.º Efectos jurídicos materiales 491
2.º Efectos jurídicos procesales 492
230. Admisión y traslado de la demanda 493

231. Contestación de la demanda. La llamada "litis contestatio". 493
232. Interpretación de la demanda. 495
233. Demanda de reconvención ... 496
234. Eficacia o desestimación de la demanda. Sentencia favorable al demandante o al demandado 496
235 Diferencia entre demanda en debida forma y demanda debidamente fundada 499

Cap. XXII.—Excepciones e impedimentos procesales 501

236. Necesaria distinción entre excepciones e impedimentos procesales 501
237. Naturaleza jurídica de la excepción de la doctrina moderna y su definición 502
238. La noción procesal de objeción en la doctrina 506
239. Sistematización de nuestro concepto sobre la excepción 507
240. La excepción en el derecho procesal penal 509
241. Clasificación de las excepciones en la doctrina 510
242. Excepción y reconvención ... 512
243. Las excepciones en nuestro Código procesal y en el español... 513
244. Clasificación de las excepciones en derecho español y colombiano 516
1.ª Excepciones dilatorias o previas 516
2.ª Excepciones perentorias ... 516
1) Excepciones perentorias absolutas o definitivas... 516
a) Excepciones perentorias definitivas materiales 516
b) Excepciones perentorias definitivas procesales 516
2) Excepciones perentorias del juicio o temporales. 517
3.ª La excepción de pleito pendiente ("litis pendentia")... 518

Cap. XXIII.—Actos procesales del juez y principalmente la sentencia. 525

245. Actos procesales del juez ... 525
246. Naturaleza de la sentencia ... 526
247. Vicios de las sentencias 527
248. Ejecutoria de las providencias y sus efectos 528
249. Efectos de las sentencias ejecutorias y diferencias con los de la cosa juzgada 529
250. Ejecución de las sentencias y otras resoluciones judiciales ... 530
251. Cumplimiento de sentencias extranjeras. "Exequatur" 530
252. La sentencia extranjera como prueba en juicio ante jueces nacionales 534

Cap. XXIV.—De la congruencia en las providencias del juez 536

253. Qué se entiende por congruencia 536
A) La congruencia por "plus o ultra petita" ("Ne eat judex ultra petita partium")... 541
B) Incongruencia por "extra petita" ("Ne eat judex extra petita partium") 543
C) Incongruencia por "citra petita" ("Ne eat judex citra petita partium") 543

Cap. XXV.—De la cosa juzgada 545

254. Importancia de esta institución. 545
255. Doctrinas sobre la naturaleza y el fundamento de la cosa juzgada 546
A) Teoría de la presunción de verdad. El derecho romano y el Código de Napoleón... 546
B) Teoría de la ficción de verdad 546
C) Teoría contractualista y cuasi-contractualista 547
D) Teoría normativa o de la ley especial 548
E) Teoría materialista... 548
F) La doctrina alemana moderna, conocida como teoría procesalista 549
G) La doctrina italiana moderna 551
H) La doctrina hispanoamericana 561
256. Sistematización de nuestro concepto sobre la cosa juzgada ... 565
A) Importancia de la institución 565
B) Cuál es el objeto y fin de la cosa juzgada 565

C) Alcance y efectos de la cosa juzgada 566
D) Naturaleza y definición ... 567
E) Cómo operan los efectos de la cosa juzgada 569
F) La imperatividad u obligatoriedad y la ejecutabilidad de la sentencia no son efectos de la cosa juzgada ... 569
G) No es técnico hablar de cosa juzgada formal y material 569
H) Fundamento o razón jurídica de la cosa juzgada ... 570
257. Las llamadas cosa juzgada material y formal 571
A) Primer sentido de esta distinción 571
B) Segundo sentido de esta distinción 573
258. Las mal llamadas excepciones a la inmutabilidad de la cosa juzgada: "rebus sic stantibus" y nulidad 574
259. De los límites o contenciones de la cosa juzgada 575
260. Límite objetivo: A) Identidad de cosa u objeto ("eadem res") 575
261. Límite objetivo: B) Identidad de causa ("eadem causa petendi") 578
262. Límite subjetivo (identidad de partes) 582
263. Excepciones al límite subjetivo: sentencias con valor "erga omnes" 584
A) Sentencias sobre filiación legítima o natural 584
B) Sentencias en juicios promovidos por acción popular 585
C) Juicios de declaración de pertenencia 585
D) Casos en que en la práctica la sentencia tiene valor "erga omnes" 585
E) Valor probatorio ante terceros de las sentencias sobre estado civil, con efectos relativos de cosa juzgada 586
264. Eficacia ante terceros de la sentencia con valor relativo. Efectos reflejos de la sentencia y de la cosa juzgada 586
265. Efectos externos de la sentencia y de la cosa juzgada 588
266. Eficacia de la sentencia y de la cosa juzgada en el tiempo y en el espacio 589
267. Las verdaderas excepciones a la inmutabilidad de la cosa juzgada. El recurso de revisión y el proceso simulado o fraudulento 590
A) El recurso de revisión ... 591
B) El proceso simulado o fraudulento 591
268. Sentencias que no producen cosa juzgada: revisables en juicio posterior; inhibitorias y de jurisdicción voluntaria. La sentencia nula. Los casos "rebus sic stantibus" y el cumplimiento de la sentencia o la transacción posterior ... 592
a) Algunos juicios contenciosos especiales 592
b) Las sentencias inhibitorias. 592
c) En los procesos voluntarios 593
d) El caso de la sentencia o el juicio nulo 593
e) Los casos "rebus sic stantibus" 593
f) Los casos de cumplimiento de la condena impuesta por la sentencia y de transacción posterior 594
269. La cosa juzgada no existe sobre las pretensiones de la demanda que no fueron resueltas en la sentencia 595
270. En qué parte de la sentencia se encuentra la cosa juzgada. Valor de las motivaciones e interpretación. Caso de los hechos que se consideran probados en las motivaciones ... 597
271. Para qué clase de resoluciones existe la cosa juzgada. No opera para las interlocutorias. Efectos de la ejecutoria de éstas 600
272. Medios para hacer efectiva la eficacia de la cosa juzgada. Sentencia posterior que le sea contraria 601
273. Casos en que la cosa juzgada no impide una sentencia de

fondo en el nuevo juicio, sino que delimita su contenido ... 603
274. Modificaciones a la cosa juzgada por acuerdo entre las partes (transacción y novación) y extinción de sus efectos por el cumplimiento o pago y por prescripción 604
275. La cosa juzgada en las sentencias extranjeras 605

Cap. XXVI.—De la prejudicialidad. Influencias recíprocas de los procesos penal y civil 606
276. Noción de prejudicialidad ... 606
277. Nuestro concepto 611
278. Noción de excepción prejudicial 613
279. Prejudicialidad genérica y específica 613
280. Distinción entre puntos, cuestiones y causas o pleitos prejudiciales 614
281. Prejudicialidad de competencia y de jurisdicción 614
282. Prejudicialidad a la acción y a la sentencia 615
283. La regla "el juez de la acción es juez de la excepción" 615
284. Decisiones "incidenter tantum" 616
285. La prejudicialidad penal en el proceso civil 617
286. La autoridad de la cosa juzgada penal sobre el proceso civil, en la doctrina y las legislaciones 617
287. La pretendida primacía del proceso penal sobre el civil ... 620
288. Nuestro concepto 622
289. Límites y requisitos de la autoridad de la cosa juzgada penal en lo civil 624
290. Alcance e interpretación de la sentencia penal para los efectos civiles 625
291. La suspensión del juicio civil por el penal en la doctrina y las legislaciones 633
292. Prejudicialidad civil o administrativa en el proceso penal, en la doctrina y las legislaciones extranjeras 635
A) La suspensión del proceso penal por la prejudicialidad civil o administrativa 636
1) Prejudicialidad extrapenal absoluta 636
2) Prejudicialidad penal absoluta 636
3) Prejudicialidad extrapenal relativa 636
B) Efectos de la cosa juzgada civil y administrativa en el proceso penal 641
C) La reglamentación en Colombia 643

Cap. XXVII.—Modos excepcionales de poner término al proceso 644
293. Cuáles son los modos extraordinarios 644
294. El arbitramento 644
295. La transacción 645
296. El desistimiento, naturaleza, fundamento, historia, doctrina sobre su bilateralidad y sistema legal 648
A) Naturaleza del desistimiento 648
B) Fundamento jurídico del desistimiento 649
C) Breve historia del desistimiento como instituto procesal 650
D) La bilateralidad del desistimiento en las legislaciones europeas y en la Argentina 651
E) Nuestro concepto 656
F) Sistema legal colombiano. 658
297. Desistimiento y renuncia de derechos procesales 659
298. La renuncia de derechos procesales antes del juicio. Caso del nombramiento del secuestre y del perito 660
299. La caducidad 661
300. Terminación del juicio por pago completo 662

Cap. XXVIII.—Recursos contra las providencias del juez 663
301. Nulidad y revocabilidad 663
302. Conveniencia de distinguir los vicios y los errores de los actos procesales del juez. Noción de recurso y de impugnación. 664
303. El derecho de recurrir 665
304. Quién puede recurrir. Interés para recurrir 666

305. Oportunidad y preclusión a recurrir 667
306. Otros requisitos para recurrir. 668
307. Qué ley regula los recursos ... 668
308. Naturaleza del acto del juez (sentencia o auto) sujeto a recursos 668
309. Breve referencia a los diversos recursos 671
A) El recurso de reposición ... 671
B) El recurso de apelación ... 671
310. La "reformatio in pejus". Lo favorable en la apelación ... 673
311. El recurso de casación 676
A) Fines del recurso de casación 677
B) Breve historia del recurso de casación 679
C) Características de la casación 681
312. Quién puede proponer el recurso 682

Cap. XXIX.—De los vicios de los actos procesales y sus remedios: inexistencia, nulidad, anulabilidad y revocación 684

313. Los defectos de los actos procesales 684
314. Diversas clases de defectos de los actos procesales y sus remedios 684
A) Errores de contenido y vicios de forma 685
B) Vicios trascendentes e intrascendentes 687
C) Irregularidades y motivos de anulación, nulidad e inexistencia 687
D) Nulidades expresas e implícitas 687
E) Nulidades sanables e insanables 691
F) Nulidades absolutas y relativas 691
G) Nulidades totales y parciales 692
H) Nulidades extensibles o no extensibles 692
I) Nulidad, anulabilidad, inexistencia y revocabilidad. 694
a) La nulidad 694
b) La anulabilidad 695
c) La inexistencia 696
d) La revocabilidad 698
315. Falta de las firmas del secretario o del juez 699
A) Falta de firma del secretario en las providencias y notificaciones 699
B) El caso de la sentencia o providencia de otro orden, que carezca de la firma del juez o de los magistrados que la dicten ... 700
316. Nulidad por violación de la garantía constitucional del debido proceso, por pretermisión de las formas propias del juicio, por seguirse un procedimiento equivocado y por falta de motivaciones en la sentencia. Teoría del antiprocesalismo 706
A) Nulidad por violación de la garantía constitucional del debido proceso 706
B) Nulidad por grave pretermisión del procedimiento. 708
C) Nulidad por procedimiento equivocado o inadecuado 709
D) Nulidad por falta de motivaciones en la sentencia. 710
E) Teoría del antiprocesalismo 712
F) Ratificación tácita de estas nulidades 713
317. Quién puede pedir la nulidad. 713
a) La falta de representación. 714
b) La falta de citación o emplazamiento 715
c) La falta de competencia prorrogable 715
318. Cuándo puede alegarse la nulidad 715
319. Cuándo puede pedirse en juicio posterior o alegarse como excepción cuando se ejecuta la sentencia 716
320. Efecto o extensión de la nulidad declarada 718
321. Las sentencias inexistentes y nulas 718
322. Ratificación o allanamiento de la nulidad y revalidación de lo anulado 722

NOCIONES GENERALES
DE
DERECHO PROCESAL CIVIL

CAPITULO I

NOCION DEL DERECHO PROCESAL

1. 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, por naturaleza, de ser violadas y, algo más, esas violaciones son de ocurrencia casi necesaria y continua, dadas las limitaciones y supuestos los defectos propios de toda persona, que hacen imposible la idea de una vida de relación sin choques, sin querellas, sin disparidad de pretensiones y conceptos. La misma comunidad de necesidades y la convergencia de apetitos por satisfacer con unas mismas cosas, crean intereses opuestos y excluyentes.

De manera que 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, mediante la intervención del Estado, 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 actos ilícitos, con base en dos principios: la restricción de tal facultad al Estado y la determinación de normas para su ejercicio.

Igualmente, sabemos que no puede concebirse el derecho sustancial sin la acción, aun cuando esta última bien puede existir y ser ejercitada válidamente, sin que el actor tenga el derecho sustancial que pretende (cfr. núm. 86); de manera que la existencia misma de los derechos subjetivos presupone la del derecho procesal. El señalamiento de normas para el ejercicio de la facultad de administrar justicia es ya una limitación al poder absoluto del Estado, y solo se presenta a medida que surge en la conciencia de los pueblos el concepto de que la autoridad no debe ser ilimitada y que debe someterse también a normas preestablecidas para su ejercicio.

Esa facultad es por parte del Estado una emanación de su soberanía, lo que trae dos consecuencias: la que hemos señalado 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.

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 extendido sus normas para actos muy numerosos en los cuales la idea de un choque de intereses no existe [1].

2. Definición del derecho procesal

Puede definirse, por tanto, el derecho procesal como la rama del Derecho que estudia *el conjunto de normas que fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo, lo mismo que las facultades, derechos, cargos y deberes relacionados con éste y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla.*

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

Esas normas o principios se refieren, como se ve, a una de las fundamentales actividades del Estado, y su importancia es inmensa, ya que se relacionan con la organización misma de la sociedad. La función jurisdiccional del Estado comprende no solo lo que constituye el proceso y es regulado por el derecho procesal, sino también la elaboración misma de la ley, su reglamentación por el Gobierno y su ejecución por éste. De manera que, como observa Carnelutti, no se debe confundir la función jurisdiccional con la función procesal [2].

3. Naturaleza y características del derecho procesal

Podemos decir que en un principio los pueblos se interesan más en las normas que definen sus derechos que en 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 llamados clásicos del Derecho consideraban a esta última rama de la ciencia jurídica como secundaria y al derecho procesal como accesorio y adjetivo, en oposición al derecho civil, que era para ellos el principal y sustantivo. Este criterio lo encontramos inclusive en escritores de este siglo.

Pero tal criterio es fundamentalmente equivocado, pues no es cierto que la importancia de unas normas sea superior a la de las otras, ni que su naturaleza las señale como principales y secundarias o accesorias; y ni siquiera lo es que el procesal sea un derecho que dependa para existir del derecho sustantivo o privado que defiende o realiza.

Tanto vale no tener un derecho como no poder ejercerlo o defenderlo;

---

[1] Carnelutti: *Sistema*, núms. 72, 89 y 96.
[2] Carnelutti, ob. cit., núm. 48.

sin la tutela del Estado la existencia de los derechos subjetivos sería irrisoria, teórica. Y, por otra parte, dentro de la organización del Estado, tan importante es la definición de los derechos subjetivos como la determinación de la función judicial que a él le corresponde, indispensable en presencia de esos mismos derechos.

Algo más: las normas que los clásicos llaman sustantivas, en oposición a las procesales, forman por lo general parte del derecho privado; en cambio, al grupo del derecho público pertenecen aquellas en cuya existencia está radicado el interés general, que priman sobre las primeras en caso de oposición, que se dejan fuera de la voluntad soberana de los particulares, y en ellas se consideran incluidas las que constituyen el derecho procesal.

Debemos rechazar por absurdas tales clasificaciones o distinciones. El derecho procesal constituye hoy, gracias al esfuerzo de los procesalistas modernos, entre los cuales sobresalen CALAMANDREI, CARNELUTTI, CHIOVENDA, ROCCO, REDENTI, GUASP, COUTURE y GOLDSCHMIDT, una rama propia e independiente del Derecho, no un acápite del civil o penal, dotada de sus propios principios fundamentales, con un contenido doctrinario formidable. De sus normas se deducen verdaderos derechos y obligaciones de naturaleza especial.

Se distingue por otros el *derecho material* o sustancial del derecho formal y se considera como formal el *derecho procesal,* fundándose en que el derecho procesal reglamenta las exigencias sociales, como lo anota CARNELUTTI [3], *principalmente* por el aspecto de la forma; o porque sirve de instrumento para aplicar la ley, pero sin que signifique esto que su importancia sea secundaria. Pero hay normas procesales de carácter sustancial (véase núm. 14).

Rocco explica este carácter formal del derecho procesal diciendo que, como ocurre también con el derecho constitucional y el administrativo, aquél regula la formación de un órgano del Estado, fijando y limitando sus funciones, sin que determine su contenido, su materia o sustancia ni los fines de estas actividades; por lo que si bien en este sentido también aquellos derechos son formales, sin embargo suelen distinguirse del derecho procesal [4]. Y agrega: «En tal virtud, junto al derecho que regula la forma de la actividad jurisdiccional, está el derecho que disciplina el contenido, la teoría, la sustancia de la actividad jurisdiccional. El uno es el derecho procesal, que precisamente regula la forma de la actividad jurisdiccional, toma el nombre de derecho formal; el otro es el derecho material o sustancial. Derecho material o sustancial es, pues, el derecho que determina el contenido, la materia, la sustancia, o sea el fin de la actividad o función jurisdiccional» [5].

Las normas procesales son *normas medios,* porque sirven de medio para la aplicación o realización de las normas objetivas materiales. Y *normas instrumentales,* porque sirven de instrumento para la realización del derecho. Sin embargo, no todas las normas instrumentales son procesales, pues las hay también en el derecho material; pero cuando regulan el ejercicio de la actividad jurisdiccional para la realización del derecho, son sin duda procesales. Estas dos características de normas medios e instrumentales miran a un mismo aspecto del derecho procesal.

Es indispensable tener en cuenta que no es la ubicación de la norma en de-

---

[3] CARNELUTTI, ob. cit., t. I, núm. 26.
[4] ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile,* ed. 19, t. I, p. 182.
[5] ROCCO, ob. cit., p. 183.

terminado código lo que determina su naturaleza. Porque dentro de los códigos procesales se encuentran normas materiales o sustanciales, como también normas procesales en los Códigos Civil y de Comercio e inclusive en la Constitución nacional, como las que regulan el funcionamiento del órgano judicial.

Por último, el derecho procesal, por el mismo hecho de referirse a una de las funciones esenciales del Estado, es un derecho público, con todas las consecuencias que esto acarrea, es decir, sus normas son de orden público; no pueden derogarse por un acuerdo entre las partes interesadas; son de imperativo cumplimiento; prevalecen en cada país sobre las leyes extranjeras. En realidad, desde que una norma se relacione con el interés general o interese a la organización social, es de derecho público [6].

Mas también aquí vemos que existen excepciones, pues algunas normas procesales, expresamente consagradas en los códigos de procedimiento civil, tales como las que determinan a quién corresponde pagar las costas o los derechos de remuneración de peritos o testigos, son claramente de derecho privado y de interés particular; por eso las partes pueden renunciar costas y los peritos sus honorarios. Otras normas son dispositivas, y las partes pueden renunciar a su aplicación, como las que ordenan ciertos traslados.

Con las salvedades expuestas, se puede afirmar que el derecho procesal es un *derecho público, formal, instrumental y de medio, autónomo y de principal importancia.*

Por eso en el derecho moderno el juez ya no es un espectador, sino un sujeto activo del proceso o de la relación jurídico-procesal. La única clasificación aceptable hoy es la que distingue las normas jurídicas en materiales y procesales.

4. División del derecho procesal

De acuerdo con la naturaleza de las normas en conflicto o cuya aplicación se solicita, el derecho procesal puede dividirse así: derecho procesal civil, penal, administrativo, contencioso-administrativo, del trabajo, coactivo o fiscal. Esto en Colombia, porque en otros países existen distintas ramas.

La evolución del Derecho conduce lógicamente hacia su especialización o diversificación, a medida que los fenómenos sociales de todo orden que debe regular, se complican y se transforman. Si permaneciera estático, se haría pronto incapaz de cumplir sus funciones, ya que la realidad social evoluciona constantemente. No es, pues, el derecho procesal el código de procedimiento; éste contiene la mayor parte de sus normas, pero ni siquiera todas ellas, y apenas consagra, mal o bien, los principios que le sirven de fundamento, de la misma manera que el código de la materia no es todo el derecho civil.

Hay que recordar que en los Códigos Civil y Comercial, en numerosas leyes y en la Constitución existen principios y normas procesales, algunas de ellas, como las de la Carta fundamental, de vital importancia.

---

[6] Ricardo Reimundin: *Derecho procesal civil*, 1956, t. I, p. 7, y H. Devis Echandía: *Características esenciales del derecho civil moderno*, ed. 1943, p. 81 y ss.

5. Derecho, obligaciones 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 del derecho a elegir o ser elegido para cargos públicos y del derecho de acción, como de dos clases de derechos públicos subjetivos.

Algunos de los derechos subjetivos procesales, como el de producir un proceso con todas las formalidades legales mediante una demanda, o el de no ser condenado sino mediante un juicio, tienen un origen claramente constitucional. Pero contemplados desde el punto de vista procesal, esos serían los derechos de acción y de contradicción, fundamentalmente procesales [7].

El proceso es una relación jurídica que, como explica Ugo Rocco, surge de la fusión de dos relaciones jurídicas distintas: la que media entre el actor y el Estado (relación jurídica de acción) y la que existe entre el demandado y el Estado (relación jurídica de contradicción). De ahí que los sujetos de la relación jurídica procesal sean el Estado, el demandante y el demandado [8].

La relación jurídico-procesal exige a las partes o sujetos determinados actos que deben tener cumplimiento en el desarrollo del proceso, y cuya insatisfacción 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 e inclusive la pérdida del juicio.

Una vez que se ha puesto en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado mediante la demanda (ejercicio del derecho de acción) y que esta ha sido admitida y el auto respectivo notificado al demandado, tanto aquel como este están inexorablemente vinculados a las resultas de ese juicio, a menos que se le ponga fin por un medio excepcional que impida su normal terminación con la sentencia, tal como sucede cuando se presenta el caso de transacción o desistimiento. La sentencia que se dicte en ese juicio y que quede ejecutoriada vincula generalmente en forma definitiva e ineludible a ambas partes, con los efectos propios de la *cosa juzgada*, que se estudiarán posteriormente, o mientras no se obtiene nueva sentencia si no contiene cosa juzgada, pero siempre existe para las partes la obligación de someterse a los resultados del juicio y la vía coercitiva para suplir su obediencia. Y la naturaleza favorable o desfavorable de esa sentencia depende, en primer término, de la actividad que esas partes desarrollen en el juicio, especialmente cuando prevalece el carácter dispositivo en el procedimiento civil y a las partes les corresponde el aducir sus pruebas, alegar sus defensas, interponer sus recursos, etc.

Durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte el ejercitar determinado acto, cuya ausencia le traerá la pérdida de una oportunidad procesal; así, el demandante debe solicitar y hacer practicar las pruebas de los hechos en que funda sus pretensiones, y el

[7] Eduardo Couture: *Estudios de derecho procesal civil*, t. I, p. 22.
[8] Rocco, ob. cit., p. 181.

demandado el de las excepciones que aduce; y si no lo hacen, aquel verá desestimada su pretensión o este sus excepciones, aun cuando realmente tuvieran la razón. Para el juez, un hecho vale solo en cuanto aparezca demostrado en el juicio, y la razón o el derecho lo tiene quien así lo demuestre. Por eso, es una carga procesal del demandante la prueba de los hechos de su demanda, y del demandado la de sus excepciones. Igualmente, cuando el juez otorga un término para designar un perito o partidor, o para oponerse a una petición de la contraparte, o para alegar algo, es una carga procesal la ejecución del respectivo acto, y su falta conlleva la pérdida de la respectiva oportunidad o del derecho.

De ahí la necesidad de la vigilancia continua del proceso por los abogados, pues su abandono puede conducir a la pérdida de importantes oportunidades o derechos procesales, con lesión de los intereses de sus representados. Una sentencia puede ser injusta, contraria claramente a la ley, y si ha sido dictada en primera instancia o en segunda, pero contra ella quepa el recurso de casación, la parte perjudicada puede interponer este recurso o el de apelación, y conseguir así su reforma favorable. Mas si no presenta en tiempo el recurso respectivo, esa sentencia quedará ejecutoriada y generalmente pasará a tener fuerza de cosa juzgada inmodificable y de forzoso cumplimiento.

De lo anterior se deduce que al lado de la noción de derechos procesales subjetivos, o sea de aquellos que corresponden a las partes dentro del proceso, como consecuencia de la relación jurídica procesal, existe la noción de las cargas procesales nacidas y originadas en el proceso, cuya realidad es indiscutible.

Pero no se debe confundir la *carga procesal* con las obligaciones o los deberes procesales. Los autores distinguen la *obligación procesal* de la *carga procesal*.

Las obligaciones procesales se derivan de lo que Rocco llama relación jurídica procesal independiente de derecho público, derivada del derecho de jurisdicción del Estado, del que son sujeto activo el Estado y sujetos pasivos los particulares [9].

Porque para Rocco, y en esto lo seguimos, la jurisdicción no es solamente una función o potestad del Estado, sino un verdadero derecho del Estado que impone el sometimiento de los derechos individuales a su actuación; derecho subjetivo y público, que tiene como natural consecuencia las obligaciones correlativas de los ciudadanos a comparecer en juicio, a ejecutar en él los actos necesarios para su marcha y a sufrir sus resultados.

A continuación precisamos los conceptos de carga y obligación, el primero de los cuales forma parte de la teoría general del derecho, pero su aplicación principal ocurre en el campo del derecho procesal.

1) La carga es una *relación jurídica activa*, a contrario de la obligación y el derecho, que son relaciones jurídicas pasivas. Aquella se debe catalogar al lado del derecho subjetivo y la potestad, como una facultad o poder, porque su aspecto fundamental consiste en la posibilidad que tiene el sujeto, de acuerdo con la norma que la consagra, de ejecutar libremente el acto objeto de ella, para su propio beneficio; en esto nos adherimos a los conceptos de Rosenberg, Micheli, Silva Melero, Sentís Melendo, Kisch e Isidoro Eisner. La tesis que consideraba la carga como relación jurídica pasiva, al lado de la sujeción

[9] Rocco, ob. cit., p. 143.

y el vínculo, como una categoría de deber, brillantemente defendida por CARNELUTTI, lo mismo que la que le asigna el carácter de imperativo del propio interés, que podemos calificar de intermedia, defendida por COUTURE y GOLDSCHMIDT, las consideramos definitivamente superadas y no se compaginan con la libertad del sujeto que estos mismos autores reconocen como una característica fundamental de la carga. La obligación, en cambio, es una relación jurídica pasiva y una categoría del deber [10].

2) En la carga, el sujeto se encuentra en absoluta libertad para escoger su conducta y ejecutar o no el acto que la norma contempla, no obstante que su inobservancia le puede acarrear consecuencias desfavorables, de manera que puede decidirse por soportar estas, sin que ninguna persona (ni el juez en las cargas procesales) pueda exigirle su cumplimiento y mucho menos obligarlo coercitivamente a ello, de lo cual se deduce que la inobservancia de la carga es perfectamente *lícita*, por estar autorizada en la ley; en este punto, quizás el más importante, están de acuerdo GOLDSCHMIDT, KISCH, MICHELI, CARNELUTTI, ROCCO, COUTURE, EISNER, SENTÍS MELENDO, SILVA MELERO, BRUNETTI y muchos más [11]. En la obligación, en cambio, el sujeto pasivo se encuentra sometido a una sujeción jurídica, a un *vinculum juris* y a una típica coacción que le quitan su libertad de conducta (en la práctica puede decidirse a no cumplir y soportar los efectos respectivos, pero se le puede exigir coercitivamente) y existe otro sujeto (acreedor o el Estado cuando se trata de obligaciones de derecho público) que puede exigirle la ejecución (o no ejecución) del acto, razón por la cual su incumplimiento es un *ilícito*, porque implica violación de la ley. La misma diferencia existe entre carga y deber, pues el vínculo existe con el Estado o la colectividad y la conducta es exigible cuando no puede ejecutarse el acto debido por conducto del juez o de otra persona (como sucede en los servicios personalísimos o *intuito personae*); existe una aparente libertad del obligado de obedecer o no la norma; pero en realidad está sujeto a coacción y sanción jurídicas, que se traducen en la obligación compensatoria de indemnizar perjuicios, que a su vez se hace efectiva coactivamente o mediante ejecución forzosa. Nada de lo cual aparece en la carga. Siempre que exista medio legal para obligar coercitivamente al sujeto a obedecer el mandato o a pagar los perjuicios o una multa o pena por el incumplimiento, se estará en presencia de una obligación o de un deber y no de una carga.

3) Esa conducta contemplada en las cargas es siempre activa, es decir, se refiere a la ejecución de actos y no a prohibición de ejecutarlos; las obligaciones y los deberes, en cambio, pueden tener por objeto tanto conductas positivas como negativas.

4) La inobservancia de la carga, precisamente por ser libre y lícita, no acarrea ninguna sanción jurídica ni económica, pues las consecuencias desfavorables que puede acarrearle al sujeto no tienen esa calidad, sino son apenas

---

[10] ROSENBERG: *La carga de la prueba*, Ed. Buenos Aires, 1956, p. 49-53; MICHELI: *La carga de la prueba*, Ed. Buenos Aires, 1961, p. 59-104; SILVA MELERO: *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, p. 90-91; SENTÍS MELENDO: *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, octubre-diciembre 1964, p. 9 y ss.: KISCH: *Elementos*, Madrid, 1940, p. 205-208; EISNER: *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires 1964, p. 50-52; CARNELUTTI: *Sistema*, t. I, p. 52 y t. II, p. 68-74; *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1955, p. 215-224; COUTURE: *Estudios*, Buenos Aires, 1949, t. II, p. 143 y 157-158; GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, Barcelona, 1936, p. 82.

[11] ROCCO, *Trattato*, t. II, p. 162; BRUNETTI, cit. MICHELI, ob. cit., p. 63-75 y citas anteriores.

el normal resultado de abstenerse voluntariamente de la conducta prevista en la norma como presupuesto para evitarlas o, contemplada la situación desde otro punto de vista, se trata de no cumplir los presupuestos de la norma para recibir los beneficios que en ella se contemplan, como el acto de la demanda para obtener la restitución de la propiedad e impedir que el poseedor la adquiera por prescripción, lo que guarda una perfecta analogía con el incumplimiento de las formalidades legales para la validez de ciertos actos o contratos; en este punto nos adherimos a los conceptos de ROSENBERG y MICHELI. Por eso ROSENBERG dice, muy gráficamente, que los actos que deben ejecutarse en la carga, son simples presupuestos del triunfo de la misma parte. El incumplimiento de la obligación, en cambio, acarrea una sanción jurídica, como consecuencia de su ilicitud.

5) Existe, por consiguiente, una *conveniencia práctica* de observar la carga, pero no una *necessitas* o necesidad jurídica y tampoco un deber ni una obligación para consigo mismo y mucho menos respecto del Estado ni del juez o de la parte contraria en el proceso o de terceros en general, razón por la cual nadie tiene un derecho correlativo a exigir su cumplimiento; no se trata de un acto jurídicamente necesario, porque no hay un *vinculum juris* que obligue a ejecutarlo, sino un *interés propio* del sujeto que le hace aconsejable esa conducta y por eso es exacto decir que la carga se cumple *exclusivamente en beneficio propio* (la parte contraria, en las cargas procesales, tiene generalmente interés en que no se observen por el sujeto y muchas veces se beneficia con la inobservancia, porque desmejora la situación procesal de este y favorece la suya); en este punto están de acuerdo todos los autores citados. La obligación y el deber, en cambio, crean una sujeción jurídica y representan un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y el activo, de manera que el segundo tiene interés en el cumplimiento y recibe principalmente el beneficio que este produce; el acto debido redunda siempre en beneficio de otra persona o de interés general, aun cuando el sujeto pasivo o deudor puede tener interés en cumplir y en liberarse de ese vínculo e inclusive recibe cierto beneficio en ello; en este sentido es cierto que el acto debido se ejecuta en *interés ajeno* o, más exactamente, que existe un interés ajeno en el cumplimiento y con este *se beneficia siempre a otro sujeto,* quien tiene un derecho correlativo a exigirlo.

6) Puede pensarse, con sobrada razón, que la observancia de ciertas cargas como la de probar o concurrir la parte a declarar bajo juramento o presentar un documento cuya exhibición se ha pedido, representan un interés general en la veracidad y lealtad en el proceso e inclusive pueden tutelar un interés de la parte contraria (cfr. punto 8 más adelante) y que, por tanto, no contemplan solamente el interés del sujeto que debe observarlas; esto pone de manifiesto que las normas que consagran las cargas no tutelan exclusivamente un interés propio, de la misma manera como el deudor de la obligación no obra siempre solo en interés ajeno. Pero la diferencia surge clara cuando se mira el interés de la otra parte porque en la carga lo tiene en que *no* se observa, para beneficiarse así con los efectos procesales desfavorables al adversario que la incumple, de manera que solo el sujeto gravado tiene interés en ejecutar el acto; en la obligación, en cambio, el acreedor está interesado siempre en el cumplimiento del deudor.

7) No se trata de un derecho subjetivo o personal, porque la carga permite ejecutar el acto *(agere licere* o *facultas agendi),* pero no obligar a otro

sujeto a que lo realice *(no se trata, pues, de un jubere licere)*. Sin embargo, cuando se contempla el proceso en abstracto y no la ejecución concreta de ciertos actos, puede decirse que existen derechos procesales cuyo ejercicio concreto constituye una carga, como los derechos a probar e impugnar o recurrir y los de acción y contradicción, que estudiamos en otros lugares. Estos derechos abstractos tienen su obligación correlativa, que pesa sobre el juez o el Estado, de proveer o de respetar su ejercicio (nunca sobre la parte contraria); aparecen entonces dos sujetos (activo y pasivo), pero, como observa MICHELI, no se trata de sujetos contrapuestos o con intereses en oposición (como sí sucede en la obligación y el derecho subjetivo). Es decir, como ocurre también en el terreno del derecho material, las cargas pueden corresponder (pero no siempre) al ejercicio voluntario de ciertos derechos subjetivos, lo cual confirma la teoría que las ubica entre las relaciones jurídicas activas.

8) La norma que consagra las cargas es por lo general *permisiva*, es decir, otorga la facultad de ejecutar el acto si así lo desea el sujeto, sin que contenga una orden ni dé lugar a que el juez la imparta (p. ej., la facultad de formular la demanda si se desea obtener una concreta tutela jurídica o de afirmar ciertos hechos si se quiere deducir determinados efectos jurídicos y de presentar las pruebas de estos si se desea convencer al juez para que los reconozca en la sentencia). Sin embargo, puede ocurrir lo contrario, sin que por esto deje de tratarse de una carga. En efecto, en ocasiones, de la redacción de la norma o de la providencia que debe dictar el juez de acuerdo con aquella, aparece una orden para cierta conducta (p. ej., para que la parte comparezca a declarar bajo juramento o a manifestar si reconoce o no un documento como auténtico o para que lo exhiba); pero, si el sujeto conserva la libertad jurídica de obedecer o no, sin que pueda el juez obligarlo coercitivamente a ello (a comparecer y a declarar o a presentar el documento en los ejemplos anteriores), ni pueda aplicarle una sanción en caso de no obedecer y sin que exista otra persona que pueda exigir el cumplimiento, es decir, si no se impone un *vinculum juris* y una consecuente sujeción, se tratará siempre de una carga y no de obligación ni de deber. Rectificamos, pues, el concepto que expusimos en el tomo I, número 26, de nuestro Tratado, 1.ª edición, 1960, respecto del contenido de las normas que consagran estos actos (posiciones, reconocimientos, exhibiciones y otros análogos); dijimos entonces que se trataba de obligaciones procesales, pero reconozcamos nuestro error [12].

En efecto, esas normas legales autorizan a una parte para solicitarle al juez que ordene a la otra esas conductas o permiten al juez decretarlas de oficio, pero no otorgan el derecho a que el citado sea obligado a comparecer y a declarar, de manera que este pueda escoger libremente el no hacerlo, sometiéndose a las consecuencias adversas previstas en las mismas normas. La existencia de esa orden judicial que parece contener la exigencia de un acto y una sanción por su incumplimiento y la circunstancia de que se pronuncia a solicitud de la parte contraria que la solicita y tiene, por tanto, interés en ella, crean cierta analogía con los casos de la obligación y el deber, por lo cual antes nos inclinamos entonces a asignarles este carácter; pero un examen más cuidadoso conduce a advertir diferencias fundamentales, como la libertad jurí-

[12] Agradecemos la crítica que sobre el particular nos hizo SANTIAGO SENTÍS MELENDO, en comentario a nuestro tratado, con que nos honró, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, abril-junio 1965, p. 173.

dica en que se encuentra el sujeto de observar o no la conducta ordenada y, por tanto, de escoger entre esta o soportar la consecuencia que las mismas normas prevén para el caso de su inobservancia y el no podérsele obligar coercitivamente a ejecutar el acto. Si bien es cierto que la parte contraria tiene interés en la orden del juez en que el acto se realice, no lo es menos que cuando el citado comparece o presenta el documento lo hace por su propio interés, para evitar la declaración de confeso o que se tengan por ciertos los hechos afirmados y los perjuicios que esto pueda acarrearle o porque le es conveniente o indiferente obedecer; por otra parte, la concurrencia del citado o la exhibición del documento pueden redundar en beneficio de quien cumple el acto y en perjuicio de quien lo solicitó (cuando se trate de documento falso o adulterado o su contenido le sea favorable), de manera que el segundo se beneficia siempre con la inobservancia del primero y en cambio puede resultar perjudicado si obedece la orden del juez (en la obligación, por el contrario, el acreedor siempre se beneficia con el cumplimiento del deudor, aun cuando este solo piense en su interés propio de adquirir su libertad). La declaración de confeso no es una sanción si no se presume que la parte que resuelve no comparecer o exhibir el documento reconoce tácitamente que son ciertos los hechos, tal como ocurre cuando al demandado se impone la carga de oponerse a la demanda con la consecuencia de que si no lo hace se dicta sentencia en su contra.

También le asignan el carácter de carga a esas conductas, CARNELUTTI [13], COUTURE [14], SENTÍS MELENDO [15] y se deduce esta tesis de las enseñanzas de ROSENBERG y MICHELI [16] expuestas en el punto anterior, dada la libertad en que se deja al sujeto.

9) En otros casos existen verdaderos deberes procesales, poco numerosos en realidad. Así, el caso contenido en el art. 1000 del C. J. colombiano, que exige la comparecencia del ejecutado al despacho del juez, para notificarse de la orden de pago y dispone que sea llevado por la fuerza si no obedece la citación, es un ejemplo de deber procesal (que debiera suprimirse, por innecesario e inconveniente). Lo mismo sucede en las órdenes judiciales de exhibición en materia penal, porque el juez puede hacerlas cumplir utilizando la fuerza si es necesario, y cuando se recurre a la misma ejecución forzosa de la orden de comparecer los testigos e inclusive las partes (si la ley consagra ese procedimiento coercitivo) o se imponen multas por la desobediencia. Otros ejemplos son las costas judiciales, el suministro de estampillas de timbre y el empleo de papel sellado: las primeras originan un derecho subjetivo de la parte contraria y acreedora y los dos últimos son recursos fiscales del Estado o impuestos a cargo de las partes; por eso las primeras se pueden cobrar ejecutivamente y los últimos dan lugar a multas exigibles también ejecutivamente y a la sanción de no oír a la parte deudora del timbre o la revalidación mientras no los cumpla. También existe la obligación de las partes a someterse a los resultados del proceso, es decir, a la decisión que se dé en la sentencia final y de ahí que pueda hacerse cumplir coercitivamente.

10) Las diferencias entre la carga y la obligación o el deber, pueden resumirse así:

---

[13] CARNELUTTI: *Sistema*, t. I, p. 410.
[14] COUTURE, ob. cit., p. 143 y 157.
[15] SENTÍS MELENDO, estudio citado.
[16] MICHELI: *Carga de la prueba;* ROSENBERG: *Carga de la prueba.*

a) La obligación y el deber son relaciones jurídicas pasivas y la carga es una relación jurídica activa;

b) En la obligación y el deber existe un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y otra persona o el Estado, lo cual no existe en la carga;

c) En la obligación o el deber se limita la libertad del sujeto pasivo, mientras que en la carga conserva completa libertad de ordenar su conducta;

d) En la obligación y el deber existe un derecho (privado o público) de otra persona a exigir su cumplimiento, cosa que no sucede en la carga;

e) La obligación o el deber implican, por consiguiente, una sujeción, y la carga, por el contrario, contiene una facultad o poder;

f) El incumplimiento de la obligación o el deber es un ilícito que acarrea sanción, al paso que la inobservancia de la carga es lícita, y, por tanto, no es sancionable;

g) El cumplimiento de la obligación o el deber beneficia siempre a otra persona o a la colectividad, al paso que la observancia de la carga solo beneficia al sujeto de ella, por lo que puede decirse que aquellos satisfacen un interés ajeno y esta solo un interés propio (sin que deje de existir en el primer caso un interés propio en liberarse de la obligación o el deber, es decir, en adquirir la libertad).

11) En consecuencia, podemos definir la carga como *un poder o una facultad (en sentido amplio) de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.*

El estudio de la noción de carga será muy útil para entender mejor la evolución que ha tenido el concepto específico de carga de la prueba, que hasta hace poco representó la única aplicación de aquella al campo del derecho procesal.

Expresa o implícitamente en todo proceso, por primitivo que sea, existe el problema de la carga de la prueba, es decir, de determinar a quién corresponde soportar las consecuencias de la falta de prueba de la existencia o inexistencia de los hechos investigados o discutidos. Problema trascendental, como que de su solución depende el sentido y alcance de la sentencia e inclusive de muchas decisiones previas. Pero en cada época ha existido un concepto diferente sobre la regulación y el alcance de este principio.

Con este principio de la carga de la prueba se le da al juez la solución para que dicte sentencia de fondo y no se vea obligado a pronunciar un *non liquet* (que representa el fracaso del proceso), cuando se ve en presencia de hechos inciertos debido a la insuficiencia de la prueba; por consiguiente, tiene importancia en el proceso inquisitivo y mayor en el dispositivo, porque en ambos puede encontrarse el juez en la situación de incertidumbre. De ahí, como atinadamente observa MICHELI [17], en el derecho contemporáneo: «La regla de la carga de la prueba se ha venido transformando en regla de juicio, conservando siempre el juez el deber de pronunciar en todo caso, aun en situaciones de duda». Igualmente, se separan y distinguen el principio de valoración de la prueba (regido bien sea por la tarifa legal o por la libertad de apreciación y el principio de la carga de la prueba); aquel se aplica a la prueba que existe en

[17] MICHELI, ob. cit., p. 56.

el proceso, y este solo cuando después de esa valoración se encuentra el juez ante la falta de prueba o la incertidumbre en cuanto a su contenido y obligado a decidir de fondo. Es decir, el segundo resulta innecesario y deja de aplicarse, cuando la prueba aducida es suficiente para que el juez forme su convencimiento sobre los hechos del proceso; por esto hemos dicho que la regla de la carga de la prueba es de naturaleza *sustitutiva,* puesto que reemplaza a la prueba en el momento de la decisión, es decir, es un sucedáneo de la prueba que faltó o resultó insuficiente.

El aspecto fundamental de la evolución de esta noción de carga de la prueba en el derecho moderno consiste, como lo observa MICHELI, en considerarla como regla de juicio *para el juez,* ya que le dice cómo decidir en esa situación de incertidumbre; pero no debe llevarse esta afirmación hasta olvidar que indirectamente continúa regulando la actividad probatoria de las partes, en cuanto les impone la necesidad práctica de aportar las pruebas de los hechos en que fundamentan sus pretensiones o excepciones, es decir, de defender sus intereses evitando, al dar la prueba, la consecuencia desfavorable que pueda traerles la aplicación de la regla.

Puede definirse la carga de la prueba como *la regla de juicio que le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentra en el proceso las pruebas de los hechos que deben servir de base a su decisión e indirectamente establece para las partes la carga procesal de presentar o solicitar las pruebas para la formación del convencimiento del juez sobre los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones o excepciones.*

CAPITULO II

HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL

6. Síntesis de su evolución

Ya se dijo que el nacimiento del derecho procesal se origina cuando aparece la idea de que es ilícito hacerse justicia por propia mano, 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 a la regulación de ciertos efectos jurídicos (como la tradición por causa de muerte mediante el juicio de sucesión), hasta llegar a contemplar la declaración, constitución, ejecución, reglamentación o tutela de los derechos y la realización de formalidades necesarias para ciertos actos jurídicos, no solamente en las relaciones de los ciudadanos entre sí, sino también de estos con el Estado.

A) *El derecho procesal en el mundo clásico antiguo*

En el mundo clásico antiguo, la evolución en esta, como en tantas otras materias jurídicas, fue extraordinaria, por lo que debe ser examinada por separado. Quizá pueda afirmarse que todavía, en la segunda mitad del siglo XX de la era cristiana, no han sido superadas las concepciones jurídicas que en materia de régimen probatorio existieron en la antigua Roma.

Poco es lo que sabemos sobre la regulación de esta materia en la Grecia antigua. En el estudio que en su *Retórica* hizo de la prueba Aristóteles, se encuentra una concepción lógica, ajena a prejuicios de orden religioso y a fanatismos de otra índole; el gran filósofo examina la prueba por sus aspectos intrínseco y extrínseco, la clasifica en propia e impropia, artificial y no artificial, considera que la principal está constituida por el silogismo (*entimema*) y la inducción. En cuanto a su forma, en Grecia rigió la oralidad, tanto en el proceso civil como en el penal. Por regla general imperó el principio dispositivo, que coloca sobre las partes la carga de producir la prueba, y solo en casos especiales se le permitía al juez tener iniciativa para decretarlas y practicarlas de oficio. Los medios principales de prueba fueron los testimonios, los documentos y el juramento. Existían restricciones a las declaraciones de muje-

res, niños y esclavos, pero en los procesos mercantiles podían declarar los esclavos comerciantes y en algunas causas las mujeres si lo hacían voluntariamente. La prueba documental gozó de especial importancia, especialmente en materia mercantil, habiéndose otorgado a algunos documentos mérito ejecutivo directo y, por tanto, valor de plena prueba, como sucedía con los libros de banqueros que gozaran de reputación de personas honradas y dignas de crédito. El juramento tuvo mucha importancia, aun cuando disminuida en la época clásica, y existió tanto el decisorio como el referente a sólo parte de la controversia. Lo que es muy importante, existió la crítica lógica y razonada de la prueba, sin que, al parecer, rigiera una tarifa legal que determinara de antemano su valor [1].

Un principio aristotélico que sin duda influyó en la regulación de la prueba testimonial en el derecho romano moderno es aquel que otorga mayores probabilidades de error en la percepción del mundo real a medida que este se aleja de los propios sentidos del sujeto; de aquí se deduce la limitación del testimonio a lo percibido directamente por el testigo; su exclusión cuando se trata de conjeturas o deducciones, y su escaso valor cuando es de oídas o referencias. Como puede apreciarse, la evolución que hubo en Grecia sobre esta materia fundamental para la organización judicial de cualquier país superó con mucho a la que luego existió en Europa por lo menos hasta el siglo XVI.

El derecho romano nos presenta en esta rama, como en todas, una apreciable evolución. Inicialmente, el juez es una especie de árbitro que decide de acuerdo con su criterio en lo que la ley no le da la solución; pero luego se acepta que en él la función judicial se deriva de la soberanía del Estado, siendo pública, por consiguiente, y el proceso se considera como un instrumento de certeza y de paz indispensable. La sentencia tiene valor únicamente respecto de quienes forman las partes en el juicio, y debe fundarse en las pruebas allegadas por estas; su apreciación fue inicialmente libre, pero luego se la sometió a ciertas reglas legales. En la Roma antigua la materia de las pruebas sufrió una evolución análoga a la que presenta en general el proceso y la administración de justicia. Pueden distinguirse varias etapas que examinaremos brevemente [2]:

1) LA FASE DEL ANTIGUO PROCESO ROMANO O «PER LEGIS ACTIONES»

En la fase del antiguo proceso romano o *per legis actiones*, el juez tenía un carácter de árbitro, casi de funcionario privado, pero con absoluta libertad para apreciar o valorar las pruebas aportadas por las partes; el testimonio fue inicialmente la prueba casi exclusiva, pero más tarde se admitieron los documentos, el juramento, el reconocimiento personal por el juez e inclusive los indicios; es decir, más o menos, los medios de prueba que todavía hoy conocemos. No existían reglas especiales sobre la prueba e imperaba el sistema de la libre apreciación. En los tiempos de la República era el pueblo quien juzgaba, reunido en centurias o por tribus, lo que excluía la posibilidad de que existieran reglas especiales e inclusive una apreciación jurídica de la

[1] VALENTÍN SILVA: *La prueba procesal*, ed. 1963, p. 2-5; PAOLI: "Processo attico", en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. X, p. 614 y ss., y *Studi sul processo attico*, 1933, p. 64 y ss., citas de SILVA.

[2] SCIALOJA: *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, 1954, p. 92 y ss.; C. J. A. MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en materia criminal*, ed. Madrid, 1877, p. 8-10; MICHELI: *Carga de la prueba*, ed. Buenos Aires, 1961, p. 14-30; SILVA, ob. cit., p. 5-8.

prueba. Los jueces de las *questiones perpetuae* eran asimismo jueces populares que resolvían de acuerdo con su personal convicción. Esta fase comprende el período formulario.

2) FASE DEL PROCEDIMIENTO «EXTRA ORDINEM»

Viene luego durante el Imperio la *fase del procedimiento «extra ordinem»*, de marcada naturaleza publicista, durante la cual el juez deja de ser un árbitro para representar al Estado en la función de administrar justicia. Existe un progreso en cuanto se le daban al juez mayores facultades para interrogar a las partes y determinar a cuál de ellas correspondía la carga de la prueba; pero con el tiempo sobreviene un retroceso, desde el punto de vista que en la actualidad prevalece, al restarle al juez facultades para la valoración de la prueba y entronizar un relativo sistema de tarifa legal que les regulaba su valor, con menos rigor, sin embargo, del que imperó en Europa durante los siglos XVII a XIX, en lo civil especialmente, de modo que dejó de existir la libre valoración que caracterizó el período anterior, e inclusive fueron fijados previamente los temas de prueba que debían considerarse como demostrados sin medio alguno especial (nacimiento de las presunciones *juris*). Los medios de prueba fueron los mismos del período formulario, pero se impusieron restricciones a la testimonial y se le dio mayor importancia a la documental.

No puede negarse que durante el Imperio rigió la tendencia a disminuir la libertad del juez en la apreciación de las pruebas y a imponerle reglas preestablecidas para muchos casos. Sin embargo, como observa MITTERMAIER [3], si bien bajo el Imperio caen en desuso los tribunales populares, no se encuentra aún un sistema de pruebas legales, tal como hoy se entiende, que lo obligara, por ejemplo, a tener por demostrado un hecho por la declaración de dos testigos. Los jueces continúan obedeciendo a su convicción, como antes, en cuanto no les fueron impuestas por los emperadores reglas especiales, como la que rechazaba la declaración de ciertas personas y las que negaba al dicho de un solo testigo el suficiente valor para producir la convicción. Ni siquiera en los últimos tiempos del Imperio existió un sistema completo y detallado de reglas probatorias que vincularan al juzgador. En los estudios de los jurisconsultos romanos se manifiesta «una tendencia positiva hacia la investigación de la verdad material.»

Como observa CICERÓN [4], la función del juez no se limita «a una labor mecánica de contar los testimonios, sino que debe examinar el grado de credibilidad... Por eso el deber del juez es profundizar el examen del testimonio y condenar sólo a aquellos que producen un real convencimiento de ser culpables, declarándolos, en caso contrario, en libertad». Y el mismo CICERÓN enseñaba que el objeto de la prueba era despejar las dudas del juez y aclarar lo probable: *ratio quae rei dubiae faciat fidem.* No tenía por fin producir la evidencia. La carga de la prueba estaba, en principio, sobre el demandante: *actore non probante reus absolvitur*; pero la prueba de las excepciones corresponde al demandado: *reus in excipiendo fit actor.*

3) PERIODO JUSTINIANEO

Por último, en el *período justinianeo,* aparecieron en el *Corpus* diversos textos legales que permitieron elaborar las bases sobre las cuales en la

[3] MITTERMAIER, ob. cit., p. 10.
[4] CICERÓN, cita de SILVA, tomada de Wenger, ob. cit., p. 6.

Edad Media se construyó la lógica de la prueba, a través del derecho canónico [5]. Se observa por lo general la regulación legal de las pruebas, pero sin que dejen de existir textos favorables a la apreciación personal del juez. Es un sistema mixto, en verdad, con preponderancia del legal. Se conservaron los medios probatorios del período anterior, la exclusión del testimonio de la mujer, el impúber, el perjuro, el delincuente y el loco. Se sentaron reglas sobre la carga de la prueba como defensa contra la arbitrariedad de los jueces y se conoció el principio del contradictorio como en materia de interrogatorio de testigos, que debía ser conocido por ambas partes. Al demandado se le otorgaba un eficaz sistema de defensa y el derecho a excepcionar (cfr. núms. 238-239).

En conclusión, ni en el más antiguo derecho romano se encuentran las nefandas consecuencias que el exagerado misticismo tuvo en la Europa cristiana, como la absurda costumbre de definir por la habilidad y la fuerza los litigios, al creerse que Dios intervendría en los casos concretos para darle el triunfo al débil que tuviera la razón sobre el fuerte que la desconociera, en los llamados duelos judiciales y los juicios de Dios (como las pruebas del agua y el fuego), las ordalías y los juramentos expurgatorios. Si bien existió el tormento en ciertas épocas, su uso fue restringido como medio probatorio, principalmente para las declaraciones de esclavos, y en todo caso hubo mayor moderación que en la Edad Media y parte de la llamada Edad Moderna. Contra el tormento reclamaron jurisconsultos tan notables como CICERÓN [6]. Podemos decir que es muy poco lo que se ha agregado en los últimos siglos a la concepción jurídica romana en esta materia. Si bien la tendencia moderna procura devolverle al juez la libertad de apreciación razonada y científica de las pruebas y darle facultades inquisitivas para producirlas, en busca de la verdad real, tanto en el proceso civil como en el penal, como acabamos de ver, no se trata de cuestiones ajenas a la tradición romana. Solo en la utilización de los medios que la técnica moderna ha introducido en los métodos para la investigación, especialmente en el ramo penal, podemos encontrar novedades en relación con la legislación y la jurisprudencia romanas. Como dice SILVA [7], en el derecho romano se encuentran los principios esenciales que informan el sistema probatorio de la civilización occidental.

B) *El derecho procesal después del Imperio romano*

A la caída del Imperio romano quedaron en Europa grupos étnicos que seguramente se encontraban en lo que llamamos la fase primitiva en la historia del derecho judicial posterior al romano, cuya característica general debió de ser la de un concepto más o menos rudimentario de la justicia, pero con prevalencia de prácticas locales, por lo cual los autores de derecho probatorio suelen hablar de la fase étnica de su desarrollo. Posteriormente viene la influencia del fanatismo religioso del cristianismo, que conduce a las más absurdas prácticas judiciales. Es la *fase religiosa.*

1) FASE RELIGIOSA Y PROCESO ACUSATORIO

Se impone en esta rama, como en todas, el crudo derecho germánico, en el cual la divinidad debía fallar los conflictos mediante modos especiales de mani-

[5] SILVA, ob. cit., p. 7.
[6] CICERÓN, Pro. L. Murena y Pro. P. Sila, ed. 1957, p. 149; cita de SILVA, p. 11.
[7] SILVA, ob. cit., p. 7.

festación de su voluntad, tales como los llamados *juicios de Dios,* duelos judiciales y ordalías. Se da al proceso un carácter extremadamente formal; los medios de prueba están restrictivamente señalados y son muy escasos, y el juez carece de libertad para apreciarlos, porque de antemano se señala su valor; todo proceso resulta un litigio por razón de una injusticia que se afirma haberse cometido, como observa W. KISCH; no existe diferencia entre el proceso civil y el penal; el proceso es una función de la comunidad a la que acude el lesionado en demanda de ayuda y composición; el fallo deriva su fuerza primeramente del pueblo y más tarde del rey [8].

Podemos distinguir dos *etapas o subdivisiones de esta fase religiosa*: la del antiguo derecho germano y la de influencia del derecho canónico.

El antiguo derecho germano.—Es el derecho germano el más representativo en esta nueva etapa del desarrollo de la cultura jurídica europea, madre de la americana. Al derecho romano se suele contraponer el de los pueblos germánicos [9]. Mientras en este la prueba era un medio utilizado para persuadir al juez, quien generalmente puede valorarla con libertad, con las limitaciones que durante el Imperio se introdujeron, en el proceso germánico la prueba tiene una finalidad en sí misma y conduce a fijar la sentencia, que el juez apenas reconoce, de manera que es una actividad casi exclusivamente de las partes. Surge así un nuevo concepto de prueba legal, cuyos resultados son incontrovertibles generalmente y sometida a una rigurosa formalidad; pero no se trata de un sistema legal de pruebas como hoy lo entendemos, formado por numerosas reglas contenidas en la ley, que no podían existir en esa etapa histórica, como atinadamente observa MITTERMAIER [10], aun cuando esas prácticas eran verdaderas reglas sobre pruebas, que definían la decisión del litigio, puesto que el juez no podía desconocerlas al declarar la sentencia. El proceso penal, como el civil, es acusatorio, debe originarse por acusación del ofendido y corresponde al acusado la prueba.

Ya no se persigue la verdad real o material, como suele decirse (cfr. número 19, A), sino una verdad puramente formal: la que apareciera en el proceso, mediante esos medios artificiales y por lo general absurdos, basados en las creencias de una intervención de la Divinidad, en la justicia de Dios para los casos particulares y otras semejantes, de las que son ejemplo las ordalías, los duelos judiciales y los juicios de Dios, como las pruebas del agua y del fuego. Este sistema perduró hasta bien entrada la Edad Media (se le encuentra todavía en el siglo XVI), correspondiéndole al derecho canónico la misión de combatirlo y eliminarlo.

Como decía JEREMÍAS BENTHAM [11], los procedimientos eran un juego de azar o escenas de juglaría, y en vez de lógicos existían exorcistas y verdugos; el hombre vigoroso podía defender cien injusticias, con el hierro en la mano. Y TARDE los califica de «peritaciones divino-legales del pasado» [12].

Es importante la observación de MITTERMAIER [13] de que hubo ciudades en que una precoz civilización consiguió muy pronto abandonar las ordalías y duelos y en donde se infiltraron antes las ideas del derecho romano, los medios

---

[8] KISCH: *Elementos de derecho procesal civil*, p. 23.
[9] MICHELLI, ob. cit., p. 25.
[10] MITTERMAIER, ob. cit., p. 11.
[11] BENTHAM: *Tratado de las pruebas*, ed. Buenos Aires, 1959, p. 45.
[12] Cita de GORPHE: *De la apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, p. 9.
[13] MITTERMAIER, ob. cit., p. 12.

de prueba conocidos en este y el principio de la búsqueda de la verdad real, sin que llegara a existir una doctrina completa. Así, durante mucho tiempo los *scabinos-scabini* administraron justicia sin tener base distinta para sus sentencias que la de su personal convicción, orientada por el cumplimiento de las reglas legales. Fue un antecedente valiosísimo, que sirvió luego para la expansión de los principios probatorios del derecho canónico, cuya fuente se encuentra asimismo en el derecho romano. También los capitulares de los reyes francos contienen varias disposiciones acertadas en materia de pruebas.

La aparición del derecho canónico.—La influencia del derecho germánico fue cediendo por obra principalmente del derecho canónico, que fue desplazándolo lentamente; basado en el derecho romano, este estaba, sin embargo, compenetrado de nuevas concepciones que han dejado hijuelas afortunadas en el moderno derecho procesal. Esto ocurre desde el siglo XII y principalmente en el siglo XIV. Los glosadores, los prácticos y los postglosadores trabajaron sobre la base de los esquemas conservados del derecho romano, completándolos y desarrollándolos para acomodarlos a la época y a las costumbres germánicas, por intermedio del derecho canónico. Gracias a esta labor surge un proceso mixto, que sirve para todas las cuestiones mientras una ley especial no lo derogue, y por ello se denomina *proceso común,* con elementos tomados de uno y otro derecho.

Estas reminiscencias del formalismo germánico constituyeron una de las causas de la lentitud y complicación del proceso que aún perduran en nuestros días, como lo observa el profesor José CHIOVENDA [14].

Y estos principios fueron los que informaron el derecho procesal en la casi totalidad de los países de Europa y constituyeron los caracteres generales del proceso moderno.

Los jueces eclesiásticos son verdaderos magistrados, muy diferentes a los scabinos [15]; ya no es su convicción libre la que rige, sino una verdadera apreciación jurídica de la prueba, sujeta a reglas cada vez más numerosas; pero se frena el exagerado formulismo del derecho germano antiguo, que cada día va disminuyendo, junto con sus métodos bárbaros.

2) FASE LEGAL, MEJOR DENOMINADA DEL SISTEMA DE LA TARIFA LEGAL, Y PROCESO PENAL INQUISITIVO

El derecho canónico se impone definitivamente, como un apreciable avance en la cultura jurídica, a pesar de estar dominado por el criterio de la regulación detallada de los medios de prueba y su apreciación previa, que para esa época fue quizá indispensable en la lucha contra los sistemas místicos oprobiosos que regían en toda Europa; se trató de dar una base jurídica al proceso, y la ignorancia e impreparación de los jueces hizo aconsejable la predeterminación, por el legislador eclesiástico primero y luego por el civil, de todo un sistema probatorio. Los Papas dan instrucciones detalladas para el proceso canónico, y los canonistas elaboran muchas reglas sobre pruebas, guiados por el método escolástico, utilizando las tradiciones romanas, especialmente el derecho justinianeo, pero mezclando en ocasiones principios tomados de la Biblia, como en el caso del número de testigos necesarios para formar la convicción. Este sistema de la tarifa legal se aplica tanto al proceso civil como al penal.

[14] CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil,* ed. Madrid, 1922, t. I, p. 13.
[15] MITTERMAIER, ob. cit., p. 13.

Por obra de los glosadores se establecen las reglas de la carga de la prueba en el proceso civil, sobre los principios romanos, que la hacían gravitar sobre el demandante en cuanto a los hechos afirmados en su demanda, pero la imponían al demandado respecto de sus excepciones. Se introduce en general la lógica en el proceso. Como observa MICHELI [16], los textos romanos ofrecían suficiente materia para la elaboración de toda una doctrina que respondiera a las necesidades del proceso común y a la mentalidad filosófica de esa época. Se mantiene en el proceso civil el principio acusatorio en cuanto a la necesidad de la demanda y su vinculación para el juez.

En lo penal se abandona el proceso acusatorio y surge el inquisitorio, que se inicia de oficio con facultades para obtener pruebas y procurar la confesión, de lo que surge así el tormento judicial como práctica usual, entronizado tanto en el proceso penal oficial como en esa institución eclesiástica que, para vergüenza de la Humanidad, imperó durante varios siglos y que se llamó la Inquisición del Santo Oficio, en donde el sadismo y el refinamiento llegaron a los máximos extremos [17]. En cambio, se le niega al juez el poder de apreciar las pruebas y se le somete a un sistema de tarifa legal, como antes se dijo.

En España hubo una evolución similar de mucha importancia, basada en el influjo de los derechos romano y canónico. Ya desde el *Fuero Juzgo* se encuentran normas bastante completas de jurisdicción, procedimiento, pruebas, etc., y en el *Fuero viejo de Castilla* el libro III está consagrado en parte a las materias procesales, como también parte del libro I y todo el libro II del *Fuero Real*. Posteriormente aparece la obra de las *Siete Partidas*, que rigió en 1348, de las cuales la tercera está destinada al procedimiento. Más tarde aparecen la *Nueva Recopilación*, en 1567, cuyo libro II versa sobre procedimiento, y entre 1804 y 1805 la *Novísima Recopilación*, que consta de doce libros, los dos últimos para los procedimientos civil y penal. Es el derecho procesal español el que recibió mayor influencia del derecho romano, que fue superior a la canónica en el Código de Alfonso X. La fuente esencial de su derecho procesal civil la sigue constituyendo la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 3 de febrero de 1881, que continúa en vigor, sin perjuicio de las adiciones y reformas que a ella han ido sucesivamente introduciéndosele, y además la legislación complementaria, de la cual la más importante es la representada por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, la Ley adicional a la Orgánica de 14 de octubre de 1882 y la Ley de Justicia Municipal de 19 de julio de 1944 [18]. El derecho español es la fuente del hispanoamericano.

Como observa SILVA MELERO [19], el proceso civil español deriva del llamado común, conocido con el nombre de longobardo, que resistió la influencia napoleónica.

En el derecho español se estableció el sistema de las pruebas formales desde la Edad Media, como se observa en el Ordenamiento de Alcalá y en las Leyes de Toro [20]: las ordalías desaparecieron por las excomuniones adoptadas en los concilios de Letrán, en 1215; de León, en 1288, y de Valladolid, en 1322.

---

[16] MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., p. 32.

[17] SANTIAGO SENTÍS MELENDO: *Teoría y práctica del proceso*, p. 559 y ss.; PIERO FIORELLI: *La tortura giudiciaria nel diritto comune*, Giufre, 1953, t. I y II; EDUARDO PALLARÉS: *El procedimiento inquisitorial*, ed. México, 1951.

[18] JAIME GUASP: *Derecho procesal civil*, p. 102.

[19] SILVA MELERO, ob. cit., p. 2, ed. 1956; p. 97, ed. 1962.

[20] SILVA, ob. cit., p. 10-11.

La prueba testimonial se hizo común y más tarde se introdujo la prueba documental, que adquiere notorio predominio en el Fuero Juzgo y en las Partidas. Por otro aspecto, ya no favorable, pero sí explicable por la reacción que se trataba de imponer, se le suprimen al juez todas las facultades inquisitivas y de libre apreciación de la prueba practicada. Si bien se conserva el tormento, que en el Fuero Juzgo se menciona, lo mismo que en algunos fueros municipales, no se le considera como un medio de prueba, sino como una manera (naturalmente, absurda y bárbara) de establecer la sinceridad de testigos y partes; pero voces autorizadas se alzaron contra su empleo, como la de LUIS VIVES, en el siglo XVI, y el padre FEIJOO, en el siglo XVIII, para ser por fin legalmente abolido en la Constitución de 1812 y en la Real Cédula del 25 de junio de 1814 [21].

En el derecho germano se cumple igual evolución, como ya dijimos, que encuentra su momento crucial con la promulgación de la Ordenanza de Justicia Penal de Carlos V, en el año 1532, de la cual fue autor el jurista SCHWARTZEMBERG, y en la que se observa un notable esfuerzo para dirigir los procedimientos a la búsqueda de la verdad material, como es costumbre decir (sobra realmente el calificativo; cfr. núm. 19, A), y se sientan principios básicos tomados del derecho romano y el canónico [22]. Este código carolino es la fuente del derecho germánico, a partir de tal año, y sirve de fundamento para una teoría completa de la prueba, a diferencia de lo ocurrido en Roma, en donde el legislador apenas sentó algunos principios generales sobre esa materia. En el siglo XVIII se encuentran varias codificaciones bastante completas, de las cuales sobresale la de Baviera, que, en opinión de MITTERMAIER [23], es la que más fielmente reproduce las ideas dominantes en aquel tiempo. Vino luego la Ordenanza de Justicia Penal de José II, que introduce importantes mejoras, aboliendo el tormento y el juramento purgatorio y autorizando la condena en el caso de concurso de indicios. Otra ley sobresaliente fue la promulgada por Leopoldo, gran duque de Toscana, en 1786, que abolió también el tormento y tuvo tendencias hacia la búsqueda de la verdad real.

En Inglaterra ocurrió una evolución similar. Desde el siglo XIII se abandonan los juicios de Dios y se establece el jurado. En el siglo XIV, por obra principalmente de HOBBES, se sustituye el sistema de las pruebas artificiales por la teoría de la razón natural, expuesta brillantemente por este jurista; pero en el siglo XVI se crea un sistema probatorio sobre normas de exclusión. El testimonio pasa a ser la principal prueba, hasta el punto de que «el término *evidence* significó, hasta el siglo XVII, prueba testifical» [24]; en este siglo y el siguiente se crea la mayor parte del sistema de la *law of evidence*, que es un conjunto de normas de exclusión basadas en la teoría de las probabilidades tomada del derecho canónico.

En Rusia la evolución es más o menos igual [25]: existe el sistema primitivo, el místico, con sus duelos judiciales y sus juicios de Dios, hasta que el proceso acusatorio es sustituido por el que VISHINSKI llama investigativo, que es la forma rudimentaria del posterior proceso inquisitivo; en el siglo XVII aparece el Nuevo Edicto de 1669, sobre procedimiento criminal por robo y bandidaje,

[21] SILVA, ob. cit., p. 22.
[22] MITTERMAIER, ob. cit., p. 13.
[23] MITTERMAIER, ob. cit., p. 15.
[24] SILVA, ob. cit., p. 20.
[25] VISHINSKI: *La teoría de la prueba*, ed. Buenos Aires, 1951, p. 94-96.

de tendencias inquisitivas, y en el siglo XVIII, con la legislación de Pedro I, se completa la transformación, quedando vigente el sistema de las pruebas formales y la tarifa legal.

El imperio del sistema legal de la prueba es absoluto, en lo civil y lo penal, hasta finales del siglo XVIII, tanto en las legislaciones como en la doctrina; pero en sus postrimerías surge una corriente jurídica renovadora, cuyo iniciador fue BECCARIA, con su famoso estudio *De los delitos y de las penas*, que enfoca el problema principalmente por el aspecto del proceso penal, para reivindicar el sistema del libre convencimiento, basado en «el sentido íntimo e innato que guía a todo hombre en los actos importantes de la vida», mediante la institución del jurado, y rechaza enfáticamente las aberrantes costumbres del tormento y el proceso secreto.

En Francia, escritores como MONTESQUIEU, VOLTAIRE, BRISSOT DE WARVILLE y FILANGIÈRE protestaron también contra el sistema judicial medieval, y en la Asamblea Constituyente de 1790 se recogieron esos conceptos al pronunciarse contra las pruebas formales en materia penal y consagrar el sistema de la convicción íntima de los jueces, que cristalizó en las Leyes de 18 de enero de 1791 y de 29 de septiembre del mismo año, cuyo principal autor fue DUPORT. Se entra así en la fase sentimental, que mejor sería denominar de la convicción moral.

Resumiendo la evolución del derecho probatorio en esta fase de la tarifa legal [26], puede decirse que desde mediados del siglo XII se impuso en Europa el criterio romano sobre distribución de la carga de la prueba, que liberó al acusado de la iniquidad de tener que probar su inocencia, dejándole solo la carga de probar sus propias afirmaciones constitutivas de excepciones propiamente dichas y al actor la prueba de las contenidas en la demanda, y los interrogatorios se transformaron en *positiones*, como acto de parte: desde el siglo XIII se introdujo la teoría de las presunciones, basada en el cálculo de las mayores probabilidades de verdad; el testimonio sigue siendo una de las principales pruebas, pero su objeto queda limitado a lo que el testigo haya podido percibir con sus sentidos, de modo que se les prohíbe declarar sobre sus opiniones y se los rechaza cuando se trata de probar proposiciones negativas o cuando apenas atestigüen por referencias; se le da el carácter de plena prueba a la confesión judicial; se considera inhábiles para declarar a los perjuros, delincuentes, siervos o enfermos mentales, y testigos sospechosos a los parientes o dependientes, lo mismo que a quienes no tengan domicilio fijo o sean personas desconocidas; se da cabida a la prueba de peritos y al reconocimiento o inspección judicial; se otorga pleno valor al documento público; al documento privado, lo mismo que a la confesión extrajudicial, se les da el valor de indicios. Uno de los principios fundamentales que se introdujeron, tomado también del derecho romano, es el que obliga al juez a juzgar «según lo alegado y probado», surgido al parecer en la escuela de Bolonia; no menos importante es el que establece la aplicación oficiosa del derecho positivo por el juez, vigente ya en el siglo XIV. En lo penal, del proceso acusatorio del antiguo derecho germano se pasó al proceso inquisitivo: tipos cada uno que tienen las características anotadas y que se estudiarán más adelante (cfr. punto III). El examen de las ventajas e inconvenientes del sistema de la tarifa de pruebas lo haremos posteriormente.

---

[26] SILVA, ob. cit., p. 13-20.

3) DIVORCIO ABSOLUTO DE LOS PROCESOS PENAL Y CIVIL

La fase sentimental, mejor denominada de la convicción moral, en la apreciación de las pruebas en el proceso penal.—Puede decirse que esta fase se origina en la Revolución francesa, que acogió las teorías de MONTESQUIEU, VOLTAIRE y sus secuaces con las ya citadas Leyes de 1791. El artículo 372 del Código del 3 de brumario, del año IV de la Revolución, reprodujo el precepto de aquellas leyes sobre libertad de apreciación y la convicción íntima como único fundamento del fallo. Posteriormente, el Código de Instrucción Criminal acogió el mismo principio en su artículo 342.

El nuevo derecho francés se difundió por Europa hacia mediados del siglo XIX, pero en Austria duró el sistema legal durante muchos años después, consagrado en el Reglamento de Procedimiento Criminal de 1853, que rigió casi hasta finales del siglo XIX. Así se origina esta nueva fase del derecho probatorio, que se ha convenido en denominar *sentimental,* por estar basada en la ilusoria creencia en la infalibilidad de la razón humana y del instinto natural. Como decía TARDE [27], se trata de una nueva superstición: «la fe optimista en la infalibilidad de la razón individual, del sentido común, del instinto natural». De ahí que considere el juicio por el jurado como «la revelación presunta de lo verdadero por la conciencia no iluminada y no razonadora».

El nuevo sistema se aplica al proceso penal, que se tramita por un procedimiento oral, y así se escinden los dos procesos, pues el civil continúa sujeto a la tarifa legal y al procedimiento escrito, y mientras al juez penal se le dan facultades inquisitivas para la búsqueda de las pruebas, el civil continúa sujeto a la iniciativa de las partes.

Inicialmente se exagera este criterio y se considera que no deben existir reglas para ese proceso de convicción íntima, que se creía debía surgir como por instinto natural. Considerado de esta manera, las críticas tenían que ser muchas y muy poderosas, pues «la simple convicción, como la evidencia, se encuentra muy expuesta a incurrir en la intuición afectiva» y su fuerza no sirve de garantía [28]. Pero, como proclamaba con justicia el procurador general BERARDI, «la libre convicción no entraña el juzgar por sentimiento o impresiones, sino una valuación analítica cuidadosa de los hechos y de las pruebas» [29]. Sin embargo, como observa el mismo autor, «no se descubre cómo imponer un método racional a los jueces populares, improvisados y temporales; y eso constituye el defecto fundamental de la institución» [30].

Como ya observaba BENTHAM [31], «analizar los motivos, discernir los diversos grados de intención, desembrollar las causas que influyen sobre la sensibilidad, valorar un testimonio frente a otro, sopesar un testimonio particular contra una probabilidad general, representan operaciones que suponen un gran estudio del corazón humano». Estudio que requiere conocimientos psicológicos especializados. De ahí la nueva ciencia de la psicología judicial, todavía en pañales.

---

[27] Cita de GORPHE: *De la apreciación de las pruebas,* ed. cit., p. 10.
[28] GORPHE, ob. cit., p. 11.
[29] Cita de GORPHE, ob. y p. cit.
[30] Ibídem, p. 12.
[31] BENTHAM: *Tratado,* ed. cit., t. I, cap. VIII, p. 45.

Además, como observa FLORIÁN [32], se ha descuidado una sistematización verdaderamente jurídica en la prueba penal, lo que todavía está en elaboración.

La grave falla del sistema penal del jurado consiste en que para la libre apreciación se requieren jueces más preparados que para el sistema de la tarifa legal.

4) LA FASE CIENTIFICA. NUEVA APROXIMACION DE LOS PROCESOS CIVIL Y PENAL

Pese a la renovación procesal que para la rama penal se produjo con la Revolución francesa, en el proceso civil continuó rigiendo el principio dispositivo en materia de pruebas y el sistema de la tarifa legal de pruebas, en virtud de que la corriente sentimental que impone la íntima convicción se limita al proceso penal; ello se debió al concepto privatista que del proceso civil se tenía entonces y que prevaleció hasta finales del siglo XIX. Sin embargo, hubo algunas tentativas de aplicar a la prueba civil la libertad de apreciación por el juez, como ocurrió en el célebre Código prusiano de 1793, que, desafortunadamente, tuvo corta vida. Apenas en el presente siglo el sistema de la tarifa legal ha sido abandonado en algunos códigos de procedimiento civil europeos, manteniéndose no obstante, con algunas atenuaciones, en otros países de Europa y en la América latina. Ejemplos afortunados de la nueva etapa en la apreciación de la prueba civil son los códigos de Francia, Alemania, Italia, Argentina (de la capital), Brasil, Rusia, Inglaterra, Estados Unidos. En otras partes, como España y Colombia, pese a que subsiste parcialmente la tarifa legal, la jurisprudencia ha obtenido cierta libertad de apreciación, gracias al principio de su valoración conjunta y al examen de la fuerza de convicción del testimonio y del dictamen pericial, de acuerdo con las razones del dicho o la debida fundamentación, respectivamente.

Existe, sin embargo, una diferencia fundamental entre los dos procesos, penal y civil, en el sistema de la libre apreciación o valoración de la prueba, que radica en la ausencia de jurado en el proceso civil y, por tanto, en que en éste cuenta para su aplicación con jueces especializados, doctos en la ciencia del Derecho y aptos, por consiguiente, para aplicar el criterio científico que introduce la modalidad especial que los autores indican como determinante de la quinta y última fase en la evolución de los sistemas probatorios judiciales.

En los Estados Unidos de Norteamérica existe el juicio civil con jurado en la primera instancia para muchos casos, lo cual es sencillamente absurdo y, como es natural, ha dado resultados muy poco satisfactorios. Si a esto se suma que los poderes de las partes para dirigir el proceso son muy superiores a los aceptados en otros países y pocas las iniciativas del juez, resulta un proceso anticuado y complicado, a pesar de su oralidad, de marcada tendencia acusatoria y dominado por el principio dispositivo [33].

Están en marcha también las reformas legislativas para otorgar al juez civil facultades para decretar pruebas oficiosamente, que ya existen en el Código italiano (arts. 117, 118, 155, 175, 185, 191, 200, 213, 253, 257, 258 y ss., 440); en el argentino de la capital, Ley 1.423 de 1953 (art. 21); en el brasileño (art. 117); en el ruso de 10 de julio de 1923; en el alemán (ZZP, 60, 130, 139,

[32] FLORIÁN: *La prueba penal*, ed. Temis, Bogotá, 1964, t. I, núm. 14.

[33] ANGELO PIERO SERENI: *El proceso civil en los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1958, p. 1-24, 73-82 y 113-120.

141, 144, 272, 617, 622, 640, 653, 663); en el austríaco; en el mexicano de 1934 (art. 278). En otros códigos se le dan al juez facultades más limitadas con los llamados autos para mejor proveer, como sucede en España y Colombia. Se trata de sistemas mixtos, con bastantes facultades para el juez, sin abolir la actividad de las partes, que sigue siendo fundamental, ni la carga de la prueba, porque subsiste el riesgo de que se deje de ordenar oficiosamente por el juez la prueba necesaria, por desconocerla o por olvido, aun cuando tenga facultad para ello.

Podemos decir que esta fase comienza para el proceso civil cuando se le otorgan al juez facultades para apreciar la prueba de acuerdo con su criterio y para producir pruebas de oficio a efecto de procurar la justicia en su decisión y no limitarse a reconocer la victoria del más hábil. Para el penal comienza la fase científica con la restricción de los casos sujetos a juicio con jurado y el reconocimiento de reglas lógicas y psicológicas para la libre apreciación de las pruebas, es decir, su apreciación racional y no sentimental o intuitiva.

El proceso civil del futuro debe ser oral, con ciertas restricciones, como la demanda; inquisitivo, para que el juez investigue oficiosamente la verdad, y con libertad, para apreciar de acuerdo con los principios de la psicología y la lógica el valor de convicción de las pruebas, sujeto únicamente por las que las leyes materiales contemplen *ad substantiam actus*, o sea como solemnidad para la validez de ciertos actos o contratos. En el proceso penal se debe eliminar el juicio por jurados, para que la prueba la aprecien jueces capacitados y profesionales.

Surge así una nueva aproximación de los procesos civil y penal, en varios aspectos, por lo que COUTURE [34] hablaba de «la penalización del proceso civil»: *a*) en cuanto el primero se somete al principio de la oralidad en varios países, tendencia que sin duda está generalizándose; *b*) el civil deja de ser considerado como de interés privado para adquirir un carácter definitivamente publicista, de interés general, con un objeto y un fin primordialmente de interés público y solo secundariamente para la defensa de los intereses particulares; *c*) el Estado se interesa porque haya recta justicia en lo civil como en lo penal; *d*) como resultado de lo anterior se otorgan al juez civil facultades en la producción y valoración de las pruebas y se busca su celeridad y concentración; *e*) en algunos países, como Italia y Rusia, se faculta al Ministerio público para ejercitar ciertas acciones privadas.

La aproximación se produce, como puede observarse fácilmente, del civil hacia el penal, procurando aplicar a aquel las ventajas que este contiene. Pero, claro está, sin que esto signifique que estemos reclamando una identidad de procedimientos y principios que sería inaceptable, especialmente porque para lo civil debe mantenerse el principio que exige la demanda para su iniciación y la congruencia para limitar la decisión a lo que en ella se pida. En materia de excepciones somos partidarios de dejar al juez en libertad para decretarlos oficiosamente cuando aparezca su prueba, salvo las de prescripción y compensación, que deben ser alegadas, como sucede en el sistema colombiano. En Rusia la aproximación va más lejos, porque el juez tiene facultad para resolver separándose de las pretensiones de las partes (Código de Procedimiento Criminal de 1923).

---

[34] COUTURE: *Estudios*, ed. Buenos Aires, 1948, t. I, p. 313.

5) CARACTERISTICAS DE LOS PROCESOS ACUSATORIO E INQUISITORIO. LOS MODERNOS PROCESOS MIXTOS

Vimos cómo después de la caída del Imperio romano el proceso judicial pasa del sistema acusatorio, vigente en el antiguo derecho germano y en general en Europa durante mucho tiempo (sólo a mediados del siglo XIII comenzó a declinar y se extingue en el siglo XVI), al proceso inquisitivo penal riguroso, que luego cede en varios de sus aspectos; en cambio, el proceso civil conserva su fisonomía predominantemente acusatoria hasta el siglo XIX, y sólo en las últimas décadas aparece un movimiento doctrinario y legislativo que procura darle una tendencia inquisitiva. De esta manera, en los códigos contemporáneos existen procesos realmente mixtos: con marcada tendencia inquisitiva en todos los países, el penal y el laboral; con preponderancia acusatoria en la mayoría, en cuanto al civil y el contencioso-administrativo, pero con perspectivas de una fase más inquisitiva, que ya existe en algunas partes y que será sin duda la del futuro.

Es interesante puntualizar cuáles son las características histórico-jurídicas de estos tres tipos de procesos.

I. *Características del proceso acusatorio*

a) El proceso reviste un interés casi exclusivamente privado, dentro del estrecho marco de las partes contendientes, tanto en lo civil como en lo penal, por lo cual constituía «un verdadero combate entre dos partes»[35];

b) No podía iniciarse ningún proceso oficiosamente, sino que era indispensable la acusación de los ofendidos o sus familiares (acción privada para su iniciación) e igualmente se requería de la iniciativa de las partes para su trámite posterior;

c) El juez tenía una actitud meramente pasiva y un carácter de árbitro que presencia el combate y reconoce al vencedor;

d) Aun en el proceso penal existían necesariamente tres sujetos: el juez, el acusador y el acusado;

e) No existen inicialmente jueces permanentes como hoy los conocemos, porque el juez es el pueblo o delegados de su seno, y si más tarde surgen jueces permanentes, conservan el carácter predominante de árbitros;

f) El proceso debe tramitarse íntegramente ante ese juez;

g) El proceso es estrictamente oral, pero lleno de solemnidades;

h) El proceso es público desde su iniciación;

i) El proceso es controvertido en toda su extensión, y el acusado o querellado conoce los cargos que se le formulan desde su comienzo, lo mismo que las pruebas que contra él se aduzcan;

j) El acusador no necesita presentar pruebas, porque corresponde al acusado demostrar su inocencia, es decir, la carga de la prueba para desvirtuar la acusación, tanto en el proceso civil como en el penal;

k) El juez carecía de facultades para decretar o aportar pruebas, ya que la actividad probatoria correspondía exclusivamente a las partes en ambos procesos;

---

[35] MITTERMAIER, ob. cit., p. 26.

l) La prueba conducía a establecer una verdad aparente o formal, como suele decirse; no existían reglas legales que la gobernaran, pero los medios eran primitivos, basados en la superstición religiosa (juicios de Dios, duelos judiciales, ordalías) y la confesión era la prueba por excelencia, con valor absoluto, pero el juez no la buscaba y menos la exigía; aquellos medios eran pruebas aparentes y absurdas, que dejaban la justicia en manos de la suerte o de la fuerza y habilidad de los contendientes, por la ridícula creencia de que Dios intervendría para dar el triunfo a quien tenía la razón; solo en lo civil debió aceptarse la prueba documental al generalizarse la escritura;

m) La ausencia de reglas legales que valoraran la prueba dejaba al juez en libertad para apreciarlas conforme a su sana razón, su experiencia y su educación; pero esa libertad, que los autores reconocen como una de las características esenciales del sistema, tiene que ser entendida para los casos en que la contienda no se resolvía por juicios de Dios o duelos judiciales, pues en estos quedaba en verdad conformada la sentencia según su resultado.

De estas características son fundamentales: la necesidad de la acusación para iniciar el proceso; la inactividad del juez en materia de pruebas y su papel de árbitro o director de la lucha entre particulares; el juez popular; el no coaccionar la confesión, pero su carácter de prueba absoluta si se presenta libremente; la ausencia de normas legales sobre valoración de las pruebas, y su carácter oral.

II. *Características del proceso inquisitorio*

a) Este tipo de proceso surge para la rama penal;

b) La investigación de los delitos es obra del Estado y de interés general, por constituir una ofensa social;

c) El proceso penal se inicia de oficio o por denuncia de cualquier persona, y el juez lo lleva oficiosamente hasta el final;

d) Los jueces son funcionarios permanentes que representan al Estado;

e) El proceso es escrito y se despoja de solemnidades, tanto en lo penal como en lo civil, pero se vuelve demasiado lento;

f) El proceso penal es secreto durante el período inicial o investigativo, a efecto de establecer al menos una prueba que dé verosimilitud a la acusación, lo cual constituye una garantía para la honra y la libertad del acusado, pero por el mismo motivo este no conoce inicialmente los cargos que se le formulan y las pruebas que se practican;

g) Como garantía para el acusado o demandado y una reacción contra los medios primitivos bárbaros y absurdos, se crea un sistema legal de pruebas que obliga al juez en su aceptación y su valoración, sin dejarle libertad alguna al respecto: la Ley predetermina cuáles son las pruebas y qué mérito de convicción tienen; en lo penal se limitan aquellas a la confesión y al testimonio de por lo menos dos personas, se excluyen los indicios y la confesión es considerada la prueba fundamental, de manera que el método inductivo queda eliminado (en lo civil se admiten además los documentos y los indicios);

h) El juez puede aportar oficiosamente pruebas y busca la verdad sin contentarse con la apariencia, o, como suele decirse, persigue la verdad material o real;

i) La carga de la prueba ya no pesa sobre el acusado, sino sobre el juez penal, de manera que aquel goza de una presunción de inocencia, lo cual cons-

tituye otra importante garantía para su libertad (en lo civil pesa sobre el demandante, salvo para las negaciones indefinidas y las excepciones del demandado);

j) Pero la necesidad de la prueba contra el denunciado, la exclusión de los indicios y el considerarse la confesión como fundamental conducen a generalizar el uso del tormento como medio para obtener esa confesión, costumbre bárbara e injustificable que perdura hasta mediados del siglo XVIII en unos países y hasta finales del mismo en otros;

k) En una etapa final, deja de considerarse indispensable la confesión; en consecuencia, se elimina el tormento y se admite la prueba indiciaria. Años más tarde se abandonan dos características tradicionales: la forma escrita, para implantar la oralidad, y el sistema de la tarifa legal de pruebas, para dejar al juez en libertad de apreciarlas conforme a su criterio, como innovaciones implantadas con la Revolución francesa de 1791, por influencia de las doctrinas de BECCARIA, BACON, MONTESQUIEU, VOLTAIRE y sus seguidores.

En el proceso civil se consagran también las características señaladas en los puntos *d*), *e*), *g*) e *i*), y la confesión es igualmente la prueba por excelencia; las dos últimas innovaciones (sistema oral y libre apreciación de la prueba) y el principio inquisitivo que permite producir pruebas oficiosamente, apenas en el presente siglo XX comienzan a introducirse (cfr. núm. 19).

III. *Los modernos procesos mixtos*

Vimos al final del punto anterior que como resultado de la Revolución francesa se implantaron en Francia primero, y luego en casi toda Europa, el sistema oral y la libre apreciación de las pruebas, en el proceso penal; e igualmente que la tarifa legal de pruebas, el procedimiento escrito, con jueces permanentes que representan al Estado, y el principio de la carga de la prueba sobre el demandante, salvo para las negaciones indefinidas y las excepciones del demandado, se introdujeron desde mucho antes en el proceso civil, y últimamente se están generalizando el principio inquisitivo probatorio y la libre apreciación por el juez.

Así, pues, no existe duda alguna respecto del carácter mixto de ambos procesos en los tiempos modernos y contemporáneos.

a) *El proceso penal moderno.*—Este proceso conserva como características inquisitorias las siguientes:

a') El interés público en su iniciación y trámite, mediante jueces permanentes que representan al Estado;

b') La presunción de inocencia del acusado y la necesidad de probar su culpa;

c') Las facultades al juez para investigación oficiosa y producción libre de pruebas;

d') La investigación inicial secreta y sin audiencia del acusado, pero modificado en cuanto se admite su intervención y defensa más pronto, al aparecer una prueba que justifique el llamarlo a indagatoria;

e') La aceptación de la condena basada en prueba indiciaria;

f') En algunos países, la forma escrita absoluta o parcial;

g') Intervención de la sociedad a través de un Ministerio público;

h') Por lo general, las partes no pueden disponer del proceso para terminarlo por desistimiento o transacción.

Pero tiene como características acusatorias las siguientes:

a') Una más pronta intervención del acusado con derecho a ejercitar su defensa;

b') La forma oral absoluta o predominante;

c') La libre valoración de las pruebas o sistema del libre convencimiento;

d') La sustitución de la parte civil o acusador particular;

e') La existencia de jurados compuestos por jueces populares transitorios e ignorantes en la ciencia del derecho, que, afortunadamente, está en vía de desaparecer.

El proceso es predominantemente inquisitivo.

b) *El proceso civil moderno.*—Conserva estas características acusatorias:

a') Se exige la demanda de interesado para su iniciación;

b') Se prohíbe al juez resolver sobre puntos no planteados en la demanda y excepciones del demandado (principio de la congruencia);

c') Se reconoce a las partes el derecho a disponer del proceso: desistimiento, caducidad, transacción, arbitramento;

d') La actividad probatoria está en muchos países todavía a cargo solo de las partes, y en otros últimamente se reparte entre estas y el juez;

e') El proceso es público desde su iniciación, y al demandado se le comunica la demanda una vez aceptada;

f') No existe etapa probatoria secreta, ni práctica de ninguna sin controversia o contradicción;

g') Hasta hace cincuenta años se le consideraba de interés privado y con un fin privado: el interés de los litigantes;

h') Existe la tendencia actual a abolir la tarifa legal de pruebas, salvo en cuanto a los medios solemnes exigidos para la validez de ciertos actos o contratos por las leyes materiales, consagrando la libertad de apreciación razonada y lógica que está establecida en muchos países, como Francia, Alemania, Italia, Brasil, Argentina, México, Estados Unidos, Rusia, Inglaterra, en los demás, como Colombia y España, se limita aquella tarifa por vía jurisprudencial, y en algunos puntos legislativamente, como sucede en la apreciación de testimonios y dictámenes periciales; con la ventaja, sobre el proceso penal, de que las pruebas son apreciadas siempre por jueces profesionales, presumiblemente doctos en derecho y con conocimientos de lógica y psicología.

Pero tiene estas características inquisitorias:

a') El juez es permanente y representa al Estado;

b') Es un proceso escrito y lento, en casi todos los países (en Estados Unidos de Norteamérica es oral en primera instancia);

c') Rige total o parcialmente el sistema de la tarifa legal de pruebas (donde ha sido eliminado en el aspecto procesal, se conserva en cuanto a las pruebas, que constituyen solemnidades sustanciales de ciertos actos o contractos);

d') La carga de la prueba corresponde al demandante, a menos que se trate de negaciones indefinidas, y salvo en cuanto a los hechos que conforman las excepciones del demandado que este debe probar;

e') Se le considera de interés público y con un fin público: la recta administración de la justicia;

f') En algunos países, como Italia, se autoriza al Ministerio público para

iniciar el juicio si la cuestión es de interés general, y en Rusia aun cuando se trate de derechos privados e inclusive por vía ejecutiva;

g') Existe la tendencia actual a otorgar al juez facultades para decretar y practicar pruebas oficiosamente, consagrada en varios países, como Alemania, Italia, México, Brasil, Argentina, Austria, Rusia, y en forma moderada por el sistema de las providencias para mejor proveer en casi todos los otros, como Francia, España y Colombia, siendo inevitable la generalización de aquel sistema; pero sin que deje de ser una actividad fundamental de las partes, por lo que se trata de repartir la labor probatoria y no de un sistema rigurosamente inquisitivo, propio sólo del proceso penal;

h') Al menos en Colombia, se otorga al juez facultad para declarar las excepciones de fondo que aparezcan probadas en el juicio, sin que importe quién llevó la prueba ni que el demandado no haya concurrido a defenderse o haya guardado silencio sobre ellas, salvo las de prescripción y compensación, que deben ser reclamadas expresamente por su peculiar naturaleza. Este sistema debiera generalizarse.

El proceso civil fue hasta el siglo pasado predominantemente acusatorio, pero presenta hoy relativa preponderancia inquisitiva, o por lo menos un equilibrio de los dos sistemas, que marca sin duda alguna su meta futura. Se ha producido así un nuevo acercamiento de los procesos civil y penal, por haber adoptado aquel varias de las mejores características del segundo, especialmente en materia probatoria, sin que esto signifique que pueden unificarse, ya que la necesidad de la demanda y la congruencia, lo mismo que el diferente valor de la confesión y la existencia de actos o contratos solemnes, determinan diferencias irreducibles. No existen obstáculos para una teoría general de la prueba que comprenda ambos procesos, con las pertinentes aclaraciones en los puntos que marcan peculiaridades del uno o del otro. Este acercamiento fue observado por COUTURE, quien hablaba de «la penalización del proceso civil» [36].

c) *El proceso laboral.*—Las características del moderno proceso laboral son similares a las del civil en cuanto existen facultades del juez para apreciar las pruebas conforme a su criterio y para practicarlas oficiosamente; pero tiene, al menos en Colombia, otra característica inquisitiva: el juez de primera instancia puede separarse de lo pedido en la demanda y otorgar al trabajador demandante más de lo que pide, si aparece probado su derecho. Es, por tanto, marcadamente inquisitivo. Conserva del acusatorio su forma oral y la necesidad de la demanda.

d) *Los procesos contencioso-administrativo, fiscal y aduanero.*—Estos procesos tienen las características del civil moderno; los dos últimos presentan generalmente mayores facultades inquisitivas en materia de pruebas y en cuanto a su iniciación oficiosa.

---

[36] COUTURE: *Estudios*, t. I, p. 313, ed. Buenos Aires, 1948.

7. Evolución del derecho procesal civil en Colombia e Hispanoamérica

Nosotros tomamos como fuente de nuestro derecho procesal el de España, pues durante la colonia rigieron las leyes de ese país que se dejaron enumeradas, y al venir la independencia, por virtud de lo dispuesto en la Ley de 15 de mayo de 1825, se mantuvo la vigencia de tales leyes en cuanto no se opusieran a las que la República se fuera dando. En 1845 se hizo la llamada Recopilación Granadina por D. Lino de Pombo, que consta de siete tratados, el segundo de ellos destinado al procedimiento, y de marcadísima procedencia española.

Con la organización del país en Estados independientes, por razón de la federación, cada uno de ellos se dio sus propias leyes, y a su vez vino la 29 de 1858 como Orgánica del Poder Judicial de la Confederación.

En el año 1872 apareció el Código Judicial de la nación, tomado del Código del Estado soberano de Cundinamarca, que a su vez lo había sido del de Chile, y este, a su turno, de la Ley española de 1855.

Más tarde, bajo el régimen centralista, se promulgó la Ley 57 de 1887, por la cual se adoptó el Código de 1872, que fue reemplazado luego por la Ley 147 de 1888, que conserva los fundamentos esenciales de aquella, y que es la que hoy rige en lo sustancial, con las reformas introducidas por la Ley 105 de 1931, que es el Código Judicial actual, y por decretos posteriores. Se conserva, no obstante, la marcada ascendencia española.

En la casi generalidad de las repúblicas centro y sudamericanas existe la misma influencia del derecho procesal español en materias civiles. Puede decirse que se trata de procedimientos defectuosos, faltos de renovación, lentos y dominados por la forma escrita. El primer Código procesal de Centro y Sudamérica fue el boliviano de 11 de marzo de 1833, llamado «Código de Procederes Santa Cruz».

En cambio, en lo penal los códigos de estos países han sido influidos principalmente por las doctrinas italianas del presente siglo y consagran sistemas inquisitivos y orales. El moderno Código de Procedimiento Civil del Brasil está basado en el italiano de 1940.

8. Fases del estudio del derecho procesal

Carnelutti presenta cuatro fases en la evolución de la ciencia procesal italiana, a partir de la entrada en vigor del Código de Procedimiento Civil, que son aplicables a todos los países:

a) Período o escuela exegética, caracterizada por el predominio de los comentarios, por el estudio en orden riguroso de los artículos del Código y, agregamos nosotros, por las explicaciones literales que solo tratan de dar a entender el sentido literal del texto y la famosa intención del legislador al redactarlo;

b) Período de las teorías particulares, que representa el tránsito del anterior al siguiente: la investigación se orienta hacia el sistema, mediante la búsqueda de los principios relativos a las instituciones en particular. Sobresale la

obra de LUIS MATTIROLO en Italia (en España, la obra de MANRESA Y NAVARRO puede ser catalogada en este período);

c) Período de la teoría general del proceso de conocimiento. La corriente exegética se inclina decisivamente ante la tendencia dogmática, y el influjo de la escuela alemana reemplaza al de la escuela francesa. Lo llaman también período de CHIOVENDA, su ilustre fundador, que representa una completa sistematización de todos los principios relativos a dicho proceso (exponente de esta etapa científica es el profesor JAIME GOLDSCHMIDT, de la escuela alemana);

d) Período de la teoría general del proceso, que representa una evolución ulterior de la fase precedente y está «inspirada en el deseo de alcanzar una más alta síntesis de los principios del derecho procesal, comprensiva no sólo de las instituciones del proceso de conocimiento, sino de las de cualquier otro tipo de proceso, y, por tanto, lo mismo del de conocimiento que del de ejecución, ya se trate del proceso civil o del penal». Este período lo sistematiza CARNELUTTI con su propia obra, la que empieza con los siete volúmenes de las *Lecciones de derecho procesal civil* de 1920 a 1931, y sigue luego con el *Sistema* y concluye con sus *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, y la *Doctrina general de derecho procesal*, que completa su ciclo de estudios del proceso civil.

En realidad, las dos últimas fases constituyen el período de la escuela científica del derecho procesal, siendo la última simplemente un grado más elevado de la tercera. Sobresalen también en esta última etapa diversos tratadistas: en Sudamérica, HUGO ALSINA, argentino, y especialmente EDUARDO J. COUTURE, un verdadero filósofo del derecho procesal, profesor de la Universidad de Montevideo; JAIME GUASP, VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, MANUEL DE LA PLAZA, PEDRO PRIETO CASTRO y PEDRO ARAGONESES, en España; de manera sobresaliente, UGO ROCCO con su reciente magnífico *Tratatto* (ed. italiana, 8 tomos, 1957 a 1963), ENRICO REDENTI, MARCO TULIO ZANZUCCHI y ENRICO ALORIO, en Italia, y LEO ROSENBERG, en Alemania.

NICETO ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, en sus adiciones a la traducción española del *Sistema*, enumera también cuatro tendencias en el estudio del derecho procesal en España, a saber:

1) De los judicialistas, por ser el juicio el concepto que destaca (con sus sujetos y su división en tiempo o en fases) en los trabajos que la integran;

2) De los prácticos, caracterizada por la contemplación de la materia procesal, más como un arte que como una ciencia;

3) La procedimentalista, inspirada principalmente en la doctrina francesa, acompañada y aun dominada hacia el final por la italiana, iniciada con la «Ley de enjuiciamiento en negocios y causas de comercio, en 1830 y hasta 1920, cuyos autores no consiguen colocarse aún a la altura de las otras ramas jurídicas, y siguen muy de cerca el plan de las instituciones legales y en su desarrollo conservan, en muchas partes, sus concepciones privatistas»;

4) El procesalismo científico, impulsado por la influencia de CHIOVENDA, que extiende el conocimiento de la ciencia procesal italiana y alemana.

Cabe hablar, más sencillamente, de tres períodos: el exegético, el procedimentalista y el científico.

9. Fuentes del derecho procesal

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 étnico, económico y psíquico; pero la fuerza que modela con mayor vigor sus orientaciones es la económica, y dentro de ésta las relaciones de clase principalmente, y 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, siendo importante la costumbre judicial como medio de suplir vacíos, pero no para tratar de modificar sus preceptos.

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 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, en cuanto no sean incompatibles con sus claros términos. Se identifican en realidad la jurisprudencia y la costumbre judicial, pues aquella crea a esta.

Nuestro Código trae un principio fundamental en esta materia, cuya adecuada utilización puede dar magníficos resultados, en el artículo 472, cuando dice: «El fin del procedimiento es hacer eficaces los derechos que la ley sustantiva consagra.» Y se deben aplicar en los casos de ausencia de disposición las normas que regulen situaciones procesales análogas, ya que no existe razón para excluir del procedimiento la regla general de la analogía (cfr. núms. 13 y 50), y a falta de ésta, los principios generales de derecho procesal, conforme al texto general del artículo 80 de la Ley 153 de 1887. En verdad, son muchos los problemas que surgen en el curso de los juicios y que no encuentran solución directa en la Ley, pero que la jurisprudencia debe resolver (véase núm. 12).

CAPITULO III

LA FUNCION JUDICIAL

10. Características de la función judicial

La administración de justicia debe ser permanente, general, exclusiva y definitiva.

Permanente, puesto que la existencia de conflictos entre particulares o entre estos y el Estado es continua y no dejará de presentarse jamás, siendo utopía suponer una vida de relación en que las actividades de cada uno transcurran dentro de los límites precisos de sus facultades.

Por otra parte, la organización jurídica de las modernas sociedades hace que continuamente sea necesario recurrir ante los funcionarios públicos que ejercitan la función judicial para fines varios, aun cuando no exista conflicto, presente ni eventual, entre particulares ni con el Estado (cfr. núms. 26-33).

General, porque todo titular de derechos, es decir, toda persona natural o jurídica, está en posibilidad inminente de necesitar la tutela del Estado, de modo que, por una parte, para todos deben estar abiertas las puertas de la justicia, y por la otra, pesa sobre ellos la obligación de someterse a sus decisiones.

Naturalmente, el alcance de esta característica está condicionado al alcance de los efectos de la Ley de cada Estado en cuanto a las personas sujetas a ella y al territorio en donde rige. Por regla general, todos los actos que hayan de tener efectos en un país están sujetos a los tribunales de ese país, sea que se hayan celebrado en él o en el extranjero, y sean sus autores nacionales o no.

La ejecución de sentencias dictadas en otro país requiere orden expresa de tribunal nacional, como veremos (cfr. núm. 251).

Cuando decimos que la administración de justicia debe ser *exclusiva,* queremos significar no solamente que 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 esta una función fundamental del Estado ejercida por este como una emanación de la soberanía nacional.

Algunos autores entienden esta exclusividad en el sentido de que debe ser función de un órgano del Poder público con exclusión de los demás, pero nos parece que el desarrollo de los Estados modernos y la evolución del derecho procesal han traído la creación de funcionarios encargados de administrar justicia que no pertenecen al llamado órgano judicial, en número tal, que ya no puede afirmarse el principio de su independencia, sino el de su interdependencia, con los otros órganos. Pero, en todo caso, nos parece más lógico este carácter de exclusividad en el sentido que dejamos expuesto.

Por *definitiva,* entendemos el hecho de que las decisiones pronunciadas por los funcionarios competentes deben quedar libres de toda revisión o discusión

futura, es decir, que deben tener fuerza obligatoria indefinida, salvo que por causas excepcionales y taxativamente enunciadas por la Ley se deba revisar la sentencia, que es lo que constituye entre nosotros el recurso de revisión, o que esté afectada de nulidad alegable en juicio posterior. Naturalmente, para que esta fuerza de cosa juzgada tenga aplicación, se necesita que haya identidad entre el caso fallado y el que pretende llevarse a nueva decisión, condición que se estudiará al tratar de los efectos de la cosa juzgada (cfr. cap. XXV, núms. 259-262).

11. Cómo se realiza la función judicial

Los funcionarios encargados de ejercer la función jurisdiccional del Estado, por regla general y cuando pertenecen al órgano judicial, se denominan jueces o magistrados, bien sean parte de la justicia ordinaria, de la contenciosa o de alguna otra rama especial.

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. *b*) Pronunciando declaración que persona interesada le ha solicitado y sin que ello entrañe conflicto por desatar contra otra, o bien, actuando para investir de legalidad ciertos actos. *c*) Realizando la ejecución forzosa o coactiva de un derecho. En las dos primeras el juez investiga la existencia del derecho pretendido, al paso que en la última su existencia debe aparecer clara e indiscutible, aparentemente al menos, del título aducido como base de partida de su actuación. De otro lado, en la primera y en la última surge un conflicto inicial entre quienes la promueven y los que deben soportar la decisión solicitada, y es por ello por lo que se denomina jurisdicción contenciosa. Cuando se trata de la intervención contemplada en el punto *b*), al menos en principio, no existe conflicto de intereses, ya que lo que origina la intervención del juez es una declaración solicitada por el recurrente, de interés solo para él, y es ella la que constituye la llamada jurisdicción voluntaria. Posteriormente se volverá en forma extensa sobre esta materia (números 26-33).

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

12. 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.

Para considerar la jurisprudencia como fuente del Derecho, se pueden alegar tres argumentos de orden experimental y práctico: 1) al juez le corresponde crear la norma que resuelva el caso controvertido cuando no existe disposición consagrada al respecto; 2) el respeto que el juez debe tener por la Ley es

en ocasiones simplemente ficticio; 3) en la práctica las tesis de la jurisprudencia pueden llegar a ser obligatorias y generales.

La misión del juez tiene tres aspectos distintos:

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

b) Interpretar el contenido de la Ley; y

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 ley para el caso.

Bajo ciertos aspectos, el juez crea una ley nueva; pero téngase presente que si el juez en cierto sentido legisla, no lo hace nunca en su nombre. El necesita salvar la autoridad moral del derecho consagrado, y por eso coloca sus innovaciones bajo el manto de la Ley o de la costumbre, cubriéndolas con el sello de la legalidad. Su actuación no es directa; no ataca de frente la regla consagrada, pero por vías indirectas puede llegar a neutralizar sus efectos. Bajo pretexto de ajustarse a su espíritu o de encontrar el fondo de equidad que en ella se encierra, va atemperándola y conformándola a la evolución social, impidiendo que su eficacia caduque con su ancianidad. Su vía es indirecta, pero no por esto menos eficaz.

No solamente en ausencia de disposición legal y de costumbre aplicable el juez crea normas de derecho, sino que, aun frente a reglas consagradas, su acción no es menos fecunda; desde este punto de vista también podemos hablar de un derecho del juez distinto del derecho del legislador. Si se le ha exigido un respeto absoluto de la norma legal, en la práctica, como lo decimos, ha sido siempre el artesano del derecho nuevo. En efecto, ha sido siempre un juez-legislador.

Por otra parte, el juez no debe aplicar su derecho, sino el derecho que la sociedad necesita y exige. El no es el director de la conciencia jurídica de la nación, sino el «servidor impersonal de la utilidad social aplicada de una manera objetiva». No debe hacer justicia con su ideología personal, olvidándose de la Ley, porque sería el caos. Por eso se ha dicho que «mucha anarquía es el desorden, pero un poco de anarquía es el progreso».

No puede negarse, por lo tanto, que la jurisprudencia es una fuente del Derecho y que contribuye a la permanente revaluación de sus normas. Su carácter es semejante al de la costumbre; como ella, es experimental, nace del contacto directo y permanente con la realidad y es fruto de una elaboración lenta; refleja mejor la realidad y procura que el Derecho actualice sus normas para hacerlas más oportunas y prácticas.

Pero podemos anotarle también como posible inconveniente que se hace a menudo prisionera de la rutina judicial que tiende a fosilizarla en un punto determinado de su evolución; y se observa que es más difícil la lucha contra ella misma que contra la Ley. Va adquiriendo un ropaje de intangibilidad que termina por inmovilizarla, y por eso se ha dicho que «la jurisprudencia ha empezado todas las reformas, pero casi nunca las ha terminado».

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 jurisprudencial, tampoco es posible admitir la noción del juez omnipotente y con poderes ilimitados para dar a los asuntos llevados a su estudio la solución libre que quiera escoger. Como dice COUTURE[1]: «El juez de poderes discrecionales y el de

[1] COUTURE: *Estudios de Derecho procesal*, t. I, p. 79.

derecho libre no solo representan una *contradictio in adiecto* con la esencia misma del Derecho, sino que son la amarga negación de un proceso histórico por el cual se han hecho tantas revoluciones.»

Para UGO ROCCO el proceso debe estudiarse no solo como un medio para la realización de las justas pretensiones del actor y del demandante, sino como el filtro a través del cual pasan, depurándose y sistematizándose, los principios generales del Derecho [2].

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*, que debe ser el fin de toda sentencia. La sentencia no debe ser la Ley del caso concreto, sino la justicia del caso concreto dictada de acuerdo con las previsiones de la Ley. Por eso la jurisprudencia puede variar aun cuando la Ley permanezca inmutable y puede conducir su interpretación hasta soluciones contrarias a las primeramente adoptadas, con fundamento en la misma Ley.

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.

13. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PROCESAL

Se concluye 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; desentrañando su verdadera finalidad, que es la realización del derecho material en el caso concreto.

La finalidad de la Ley no es la famosa intención del legislador. Esta mira al fin perseguido por quien la hizo en el momento de dictarla; aquella la contempla en el momento de aplicarla. Lo importante es, pues, obtener en la interpretación de la Ley el fin que por ella se persigue, lo que puede llevar a darle un alcance muy distinto del contemplado por el legislador al dictarla, debido a las transformaciones del medio y de la misma necesidad a que corresponde.

Los principios generales que conforman cada clase de derecho (civil, penal, laboral, administrativo, impositivo o fiscal, comercial, militar) varían sustancialmente y, por tanto, también el criterio que con fundamento en ellos debe guiar al intérprete y al juzgador. Igualmente, dentro de cada clase de derecho varían esos principios generales según sean las normas que orientan la organización jurídica del país en el respectivo momento; así, en un país capitalista no puede tenerse el mismo criterio de interpretación para el derecho civil o social, que en un país comunista o socialista. Las transformaciones políticas

[2] Rocco, ob. cit., p. 7.

y especialmente las revoluciones, sean o no violentas, determinan un cambio radical en la interpretación del derecho positivo del país, aun antes que se produzca un cambio literal de las leyes; porque la norma particular que va a aplicarse tiene que ser relacionada con el sistema general objetivo de derecho de cada país.

Pero es importante la observación de que lo que varía es el criterio que se aplica en la interpretación y, por tanto, el resultado, la conclusión, pero no las normas de interpretación. Estas son las mismas. Así, aplicando los principios que dejamos expuestos, tiene que variar la conclusión al interpretar la misma Ley, cada vez que se produzcan nuevos hechos políticos, económicos, sociales, nuevo criterio jurídico en el país. Por esto sostiene UGO ROCCO que las normas de interpretación no son jurídicas, sino *lógicas*: cánones de lógica, que apenas ofrecen una guía o un medio para desentrañar el verdadero espíritu de las normas jurídicas en un momento dado; que en su interpretación no juega la voluntad, sino la inteligencia que busca conocer el contenido real de las normas jurídicas [3].

Estamos de acuerdo en que esas normas de interpretación no son normas jurídicas, sino de lógica o hermenéutica, sin que importe para esto que el legislador las recoja en parte para presentarlas con carácter obligatorio, como sucede en muchos países.

Pero, evidentemente, estas normas de interpretación, como también las que por lógica y doctrina se formulan, serían las mismas para una época u otra, aun cuando el criterio que de ellas se deduzca variara con los principios generales de derecho que en el país imperen en presencia de cambios políticos, sociales y económicos; con los mismos instrumentos de interpretación se podría entonces llegar a conclusiones muy distintas, sobre los mismos textos literales.

Los principios generales de interpretación de la Ley son aplicables, cualquiera que sea su naturaleza, material o procesal. Pero los tratadistas contemporáneos han planteado la cuestión de si existen normas de interpretación de la ley procesal. En verdad que en las obras de derecho procesal no se encuentra una teoría especial de interpretación de esta especie de leyes. Sin embargo, no puede negarse que deben existir normas propias, porque tiene que existir un criterio diferente para cada clase de leyes, según su contenido, naturaleza y fines; es indudable que el criterio que se debe aplicar para interpretar las leyes civiles es muy distinto del que rige para las leyes sociales o administrativas o penales. Precisamente por eso en los Estados modernos se ha procurado establecer distintas jurisdicciones, con jueces separados, para el conocimiento de los asuntos civiles, laborales, administrativos, penales, comerciales y fiscales; porque la formación jurídica de cada grupo de juzgadores es muy variada y distinto el criterio que los orienta. UGO ROCCO es quien más insiste en la necesidad de establecer normas propias de interpretación para el derecho procesal, teniendo en cuenta sus modalidades y características [4].

Entendemos que los principios generales de interpretación examinados sirven para el derecho procesal; pero, además de éstos, 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

[3] ROCCO: *Trattato*, t. I, p. 193-95.
[4] Rocco, ob. cit., t. I, p. 192-98.

obra del intérprete está más restringida, por cuanto sus disposiciones son más rigurosas, y cuando se trata de esa parte, su interpretación es restrictiva; así, las normas que establecen los diversos tribunales y 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.

También es evidente que en el derecho procesal es menor la influencia de las transformaciones sociales y económicas, porque el mismo procedimiento sirve para casos diversos y para darle efectividad al nuevo criterio jurídico y a las nuevas leyes sustanciales, y, por tanto, es medio apto para llegar a muy distintas conclusiones jurídico-materiales. Más bien el factor político sí tiene influjo en el derecho procesal, porque puede determinar una variación en los procedimientos, en las garantías, en las limitaciones de la potestad del Estado para someter a los ciudadanos a su jurisdicción, en las defensas e impugnaciones otorgadas a las partes; pero este influjo servirá más para cambiar la ley procesal, que para darle una distinta interpretación, sin que pueda negarse que también obrará en este último aspecto, como sucede respecto de las normas establecidas para la detención preventiva, para excarcelaciones y en las que regulan en general la protección del sindicado o la defensa del trabajador. En el procedimiento penal, en el contencioso-administrativo y en el laboral, el influjo de las transformaciones políticas para la interpretación de la ley procesal será más posible y amplio que en materia civil o comercial.

La fuente de normas especiales y propias para la interpretación de la ley procesal está en ese conjunto de principios fundamentales del derecho procesal y del procedimiento, que exponemos más adelante (cap. V, núms. 18-19). De esos principios emana un criterio propio, que debe ser tenido en cuenta por el intérprete y especialmente por el juez cuando administra justicia; cada uno de ellos puede constituir una norma de interpretación, y en conjunto configuran el proceso como entidad y determinan el sentido de las distintas normas, en los múltiples casos que regulan.

Cuando se interpreta la ley procesal es imposible dejar de lado esos principios fundamentales que conforman en cada país el derecho procesal, y menos aquellos que tienen ya un alcance universal.

Otro principio es el de analogía; 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, se acudirá a los antecedentes jurisprudenciales, a los principios 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 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.

Lo importante es tener en cuenta cuál es la *razón jurídica* de la norma que se trata de aplicar por analogía o, mejor, cuál debe ser la razón o principio jurídico que debe regular el caso no contemplado por el legislador. Y si ese principio se encuentra en alguna norma consagrada, tendremos que esta le es aplicable por analogía. Existe entonces *eadem ratio*. Por eso, CARNELUTTI dice que «una norma jurídica estatuye no sólo sobre casos que entren en su expresión formal, sino también para los que estén eventualmente comprendidos en

el ámbito de los principios generales inexpresos que la norma presume en su expresión formal: casos semejantes o materias análogas son, precisamente, todos estos últimos» [5].

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.

Cabe transcribir aquí el siguiente párrafo de UGO ROCCO: el proceso se estudia «no sólo como un medio para la realización de las justas pretensiones del actor o del demandado, sino como el filtro al través del cual pasan, depurándose y sistematizándose, los principios generales del Derecho, la íntima filosofía de la cual, de acuerdo con las inmortales palabras de CICERÓN, *haurienda est iuris disciplina*. Estudiar en forma el proceso equivale, por tanto, a aquilatar las bases fundamentales de todo derecho» [6].

---

[5] CARNELUTTI: *Sistema*, t. I, núm. 37.
[6] ROCCO: *Curso*, p. 7 y 8.

CAPITULO IV

LA LEY PROCESAL

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 material y la procesal está en su contenido (Wach); otros, que es la diversa finalidad de cada una (Chiovenda); otros, que es su objeto, ya que a la ley procesal le corresponde regular la tutela judicial de los derechos, y a la material, 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 las llame *formales*.

La ley procesal puede definirse, en todo caso, así: *la que se ocupa de regular el proceso y las relaciones que de él nacen y se concluyen, 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 Civil o Comercial, o en la Constitución, o en leyes distintas.

Hay normas procesales que miran a la sustancia misma de la situación que regulan, como la que da derecho a terceros que se creen lesionados, para concurrir a un juicio; la que otorga el derecho de pedir la ejecución del deudor con base en un título ejecutivo; la que consagra el derecho de apelación o el recurso de casación. Y hay otras normas que miran a la forma de los actos, a la manera como esa intervención de terceros, o esa demanda ejecutiva, o esos recursos, deben formularse o ejercitarse; estas son normas formales propiamente dichas. Por eso nos parece que no todas las normas procesales son formales, y que para distinguir esta clase de normas es mejor hablar de *normas procesales y normas materiales*, según que regulen el proceso y las relaciones que de él emanan, o los derechos y situaciones jurídico-materiales ajenos al proceso.

15. La ley procesal en el tiempo

Algunos autores han sostenido la tesis de que las leyes procesales tienen carácter retroactivo y 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.

La ley procesal, por lo mismo que contempla el proceso, que es una serie de actos coordinados, estrechamente vinculados y que tienden a un mismo fin, cuya realización implica en ocasiones largo tiempo, años inclusive, no surte

efectos en forma inmediata y acabada, sino de manera sucesiva y continua para cada caso. De ahí que siempre que existe un cambio de leyes procesales, se encuentren muchas situaciones que venían rigiéndose por las anteriores y que van a continuar necesariamente después de la vigencia de la nueva. Esto suscita problemas, y de ahí que los expositores han tratado de constituir un sistema para solucionarlos.

FERRARA distingue a este respecto entre hechos consumados, pendientes y futuros, como medio de determinar la forma de aplicación de la nueva ley, cuando no existe en esta disposición en contrario, porque a menudo la Ley trae una serie de artículos transitorios, encaminados a facilitar su aplicación. Pero esta distinción, si bien resuelve los casos en que los hechos procesales tienen aplicación instantánea, es decir, que concluyen o se ejecutan completamente en un período breve, presenta dificultades cuando se trata de hechos que se cumplen en un período más o menos largo, pues queda entonces por definir si la ley nueva, que entra a regir mientras el hecho está cumpliéndose, tiene o no aplicación para él.

CHIOVENDA resuelve el problema distinguiendo entre procesos terminados, no iniciados y pendientes. De acuerdo con esta clasificación, los efectos del proceso tramitado conforme a la ley anterior son inmodificables, y, por el contrario. los procesos que se inicien después de la vigencia de la nueva ley, se regulan íntegramente por ésta. En los procesos pendientes o en curso, al verificarse el cambio de legislación los actos procesales ya realizados y sus efectos quedan reglamentados por la ley anterior, pero la nueva ley se aplica a los actos que se ejecuten con posterioridad.

Aclara CHIOVENDA que «el tiempo y lugar en que ha nacido el derecho deducido en juicio no tienen, por lo tanto, importancia en lo que se refiere a la ley procesal que deberá aplicarse. Esta no podrá ser sino la del momento y del lugar en que se hace valer aquel derecho en juicio. Este principio se deriva de la separación sustancial entre el derecho y el proceso. Solo la Ley vigente al tiempo y en lugar del proceso puede decir lo que es lícito buscar en él».

Así, si una ley procesal suprime algunos modos de 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 aun a los acreedores preexistentes. Lo mismo sucedería con la Ley que derogase el embargo y secuestro preventivo. 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 hasta ahora no lo tienen, podrían así utilizarlos los acreedores anteriores a su vigencia.

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 de su ejecución, 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 como es difícil la cuestión y presenta muchos inconvenientes en la práctica para los procesos en curso o pendientes, dice CHIOVENDA que teórica-

mente son posibles dos soluciones: aplicar la ley antigua hasta el término del proceso, con lo cual se evitan perturbaciones y complicaciones; o aplicar la nueva ley a los actos sucesivos; pero que hay una solución intermedia, esto es, dividir el pleito en períodos, de suerte que hasta el término de cada uno se aplique la ley antigua, y luego, para los siguientes, la nueva; respetando, en todo caso, los actos ya realizados, y aplicando para los no cumplidos la nueva ley, salvo disposición en contrario de esta [1].

CARNELUTTI, por su parte, dice, en acuerdo con CHIOVENDA en cuanto a esto, que «la aplicación de la norma procesal posterior no queda excluida por la circunstancia de que los hechos cuya eficacia jurídica se discuta hayan ocurrido mientras regía una ley procesal distinta, sino sólo por la circunstancia de que durante la vigencia de esta se hayan realizado los hechos a los que viene atribuida eficacia jurídica procesal». Y por eso, 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 [2].

Lo importante para CARNELUTTI es distinguir si la nueva ley se refiere al litigio (a los hechos que originan el derecho y la obligación correlativa que va a discutirse), o al proceso mismo. De ahí que, en materia de pruebas, esté de acuerdo con CHIOVENDA en la aplicación de la nueva ley a hechos acaecidos antes de su vigencia, si en la prueba se reconoce algo que pertenece al proceso y no al litigio. Pero, conforme a este orden de ideas, si la prueba mira a la validez del acto, por ser una solemnidad de su esencia (como la escritura pública en la venta de inmuebles), la nueva ley sólo se aplica a los hechos ocurridos después de ella y no a los anteriores, aun cuando el proceso se inicie luego de su vigencia.

Todos los efectos que la norma jurídica atribuye a un hecho efectuado bajo su dominio, y únicamente ellos, subsisten, pese al cambio de la ley. Y trae dos ejemplos: si una ley posterior priva al ciudadano del derecho a presentar demanda judicial para la solución de una determinada categoría de litigios, subsiste, no obstante, el deber del juez de pronunciarse acerca de un litigio de esta clase si la demanda fue interpuesta durante la vigencia de la ley anterior, porque la presentación de la demanda, en su debida forma, es el hecho necesario y suficiente para producir el efecto jurídico consistente en atribuir al juez aquella obligación; y, por otra parte, si una ley posterior modifica la competencia para juzgar de determinada clase de litigios, el juez que conocía de uno de ellos y que conforme a la nueva ley no puede conocer, pierde su competencia para juzgar, porque de la presentación de la demanda nace el deber, mas no el poder del juez de juzgar, y no existe un hecho efectuado durante la vigencia de la ley anterior que le atribuya al juez el efecto de la competencia. Igualmente, la ley posterior que modifica las normas del juicio rige también los procesos iniciados en virtud de una demanda debidamente propuesta durante la vigencia de la ley anterior, porque no ha nacido el efecto de imponerle al juez el deber de juzgar conforme a la ley anterior.

Creemos que, lejos de oponerse, los conceptos de CARNELUTTI y de CHIOVENDA se completan y se armonizan perfectamente, como puede observarse,

[1] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 155-65.
[2] CARNELUTTI, ob. cit., t. I, p. 33.

con prescindencia de la solución intermedia que éste propone como algo posible simplemente de adoptar por el legislador.

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 ocurrirán luego de su vigencia como los sucedidos con anterioridad. Es decir, rige la ley vigente en el momento del proceso [3].

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, cuando no se trata de requisitos para su validez. Quienes han pretendido demostrar esta tesis incurren en la confusión de identificar el medio de prueba con el acto o el hecho jurídico que ese medio probatorio quiere demostrar.

Cosa diferente son las solemnidades *ad substantiam actus*, sin las cuales no puede existir el acto jurídico. Aunque la nueva ley autoriza celebrar ese acto con otra clase de formalidades, ella no daría validez a los actos que durante la vigencia de la ley anterior se verificaron sin los requisitos demandados entonces, pues ya no se trataría de nuevos medios de prueba simplemente.

No quiere significar lo anterior que se esté dando efecto retroactivo a la nueva ley sobre pruebas cuando se sostiene que su aplicación se efectúa en los procesos en curso o que se inicien luego de su vigencia. En cambio no podría pretenderse una revisión de procesos concluidos so pretexto de admisión de nuevos medios probatorios, que podrían cambiar la decisión adoptada antes.

16. La ley procesal en el espacio

En esta materia, sujeta a menos controversias que la anterior, 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 deban reunir las pruebas de los actos que tienen lugar en otro país, 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.

Consecuencia, también, de este principio es que las sentencias dictadas en otro país no pueden cumplirse cuando van contra el orden público de la nación, y aun en el caso contrario necesitan de la autorización de los tribunales locales o *exequatur* (cfr. núm. 251) 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). Otra consecuencia es que los extranjeros están sometidos a leyes procesales locales respecto de los hechos que ejecuten o que deban tener efectos allí.

En cuanto a las leyes sobre pruebas, deben distinguirse las que regulan los

[3] Francisco Ricci: *Pruebas judiciales*, ed. Madrid, cap. I, p. 41-43; Luis Alzate Noreña: *Pruebas judiciales*, Bogotá, 1944, p. 32; Florián: *Pruebas penales*, t. I, núm. 12; Micheli: *La carga de la prueba*, ed. Buenos Aires, 1961, p. 233; Lessona: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. Madrid, 1928, p. 41-42.

actos extraprocesales, es decir, solemnidades para el nacimiento de las obligaciones o la validez del contrato, que se rigen por la ley del lugar donde ocurrió el acto o se celebró el contrato (*locus regit actum*), y las que miran a los simples medios probatorios de hechos o actos y a la apreciación de esos medios, que se rigen por la ley del país donde cursa el proceso [4].

[4] FLORIÁN, ob. cit., t. I, núm. 13; GIAN ANTONIO MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. Buenos Aires, 1961, p. 228-29; LESSONA: *Teoría general de la prueba en derecho civil*, ed. Madrid, 1928, p. 43 y 53; PLANIOL Y RIPERT: *Tratado de derecho civil*, t. VII, núm. 1.431.

CAPITULO V

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL Y DEL PROCEDIMIENTO

17. Distinción

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, aunque en algunos países, por circunstancias desafortunadas, ha habido en ocasiones olvido más o menos acentuado de ellos.

18. I. Principios fundamentales del derecho procesal

A) *Carácter exclusivo y obligatorio de la función judicial del Estado*

De lo expuesto se concluye muy claramente este principio, sin el cual la vida en comunidad se haría imposible en forma civilizada. El fundamenta la existencia misma del Estado como organización jurídica y de la sociedad. Sus consecuencias son: prohibición de la justicia privada y obligatoriedad de las resoluciones judiciales (veánse núms. 1, 3, 21, 249).

B) *Independencia de la autoridad judicial*

Para que se pueda obtener el fin de una recta aplicación de la justicia, indispensable es 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 determine en cuanto a la forma de adelantar su conocimiento y proferir su decisión, que se refieren bien sea al procedimiento que han de seguir o a las pruebas que deben apreciar.

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. Toda intervención que trate de desviar su criterio en cualquier sentido, peca contra él y hace desvirtuar la esencia misma de su cargo. 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 legis-

ladores, 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 (cfr. núms. 148-50).

C) *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 no sólo la ausencia de toda coacción, por parte de los otros funcionarios del Estado y de particulares, sino también la ausencia de interés en su decisión, distinto de la recta aplicación de la justicia.

Consecuencia de este principio es el considerar como delictivo todo lo que atente contra la imparcialidad y honestidad del juez, o que tienda a obtener decisiones por razones o causas diferentes a las que prescribe la Ley o el Derecho. Al juez le está vedado conocer y resolver de asuntos en que personales intereses se hallen en conflicto con su obligación de aplicar rigurosamente el Derecho. No se puede ser juez y parte a un mismo tiempo (cfr. núms. 150 y 159).

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

D) *Igualdad de las partes ante la ley procesal*

Dos consecuencias se deducen: 1.ª La de que en el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo cual halla fundamento en la máxima *audiatur ex altera parts,* y 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.ª Que no son aceptables los procedimientos privilegiados, al menos en relación con raza, fortuna o nacimiento de las personas.

Unicamente se admite que para juzgar determinados funcionarios del Estado y en consideración, no a la persona en sí, sino a la investidura del cargo, conozcan otros jueces, y ello acontece principalmente en materias penales por jueces distintos a los que de ser simples ciudadanos tendrían competencia para juzgarlos (cfr. núm. 36).

E) *Necesidad de oir a la persona contra la cual va a surtirse la decisión. Principio de la contradicción o audiencia bilateral*

Es consecuencia del anterior. En efecto, es principio consagrado en nuestra Constitución y en todas las promulgadas después de la Revolución francesa, que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio. Es la reacción contra las órdenes de prisión salidas de manos de los gobernantes absolutos, que inclusive con el espacio correspondiente al nombre de la víctima en blanco y para beneficio de algún enemigo, se daban, y que, para oprobio de la Humanidad, existieron en las monarquías absolutas. Estas órdenes

las hemos visto reaparecer en los gobiernos despóticos contemporáneos (artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional).

Y en materias civiles tiene este principio tanta importancia como en las penales, pues la defensa del patrimonio es tan necesaria como la de la propia vida. De él emanan dos consecuencias: la sentencia proferida en un juicio sólo afecta a las personas que fueron parte en el mismo; y debe ser citado el demandado de manera necesaria, para que concurra a defender su causa. Absurdo resultaría imponer pena o condena civil a quien no ha sido parte en el juicio en el que la sentencia se dicta (cfr. núms. 319 y 321).

Desarrollo de este principio es el de la *bilateralidad de la audiencia,* según KISCH [1], o *principio de la contradicción,* como nos parece mejor enunciarlo, y significa que al demandado debe respetársele su derecho de defensa y que no es posible adelantar el juicio sin que este haya tenido noticia de él y dispuesto de algún término para contestar la demanda y preparar su defensa. Esa noticia se le da mediante la notificación personal del auto que admite la demanda y el traslado de la misma para su estudio; pero si no es posible encontrárselo o se oculta, se surte la diligencia con una especie de apoderado de oficio que le designa el juez y se llama curador *ad litem,* quien entra a representarlo en el juicio, sin perjuicio de que asuma él personalmente su defensa en cualquier momento.

También significa que toda decisión del juez debe ser objeto de estudio, desde el punto de vista de ambas partes, para lo cual, por lo general, se les da oportunidad de hacerse oír previamente, y contra ella se les da ocasión de interponer recursos, por lo cual en este aspecto se relaciona íntimamente este principio con el de la impugnación.

Igualmente significa que para la validez de toda prueba en el juicio es necesario que la parte contra quien se aduce haya tenido oportunidad de contradecirla; por eso las declaraciones obtenidas antes del juicio por una de ellas deben ser ratificadas dentro del juicio, para que puedan ser estimadas como prueba, y las diligencias practicadas antes del juicio sin citación de la otra parte, apenas constituyen indicios. Pero si la prueba se ventiló en un juicio anterior, en el cual fue parte la persona contra quien se presenta, no es necesaria su ratificación, porque ya fue controvertida por ella; basta entonces con su traslado en copia autorizada.

F) *Publicidad del proceso*

Significa este principio que no debe haber justicia secreta, procedimientos ocultos, fallos sin antecedentes ni motivaciones, el cual encuentra consagración en nuestra Carta fundamental (arts. 26 y 28).

Es una reacción contra la justicia de las viejas y modernas tiranías. La sociedad debe saber cómo se administra justicia, para que exista confianza en los funcionarios encargados de aplicarla.

Mas no quiere decir que todo el proceso debe ser necesariamente público, y que toda persona pueda conocer en cualquier momento un juicio. Esto perjudicaría gravemente la buena marcha de los procesos, lo que es más posible en materias penales. La publicidad se reduce a la discusión de las pruebas, a la motivación del fallo y a su publicación.

[1] KISCH, ob. cit., p. 121.

En materia criminal, la instrucción del sumario es reservada y sólo pueden tener acceso a él las partes o sus apoderados y el Ministerio público. Y en lo civil, la ley de reglamentación de la profesión de abogado restringe el derecho a estudiar los expedientes a las mismas partes y sus apoderados o a quienes tengan el título de abogado con derecho a ejercer; y en ocasiones, cuando el asunto puede afectar el honor de una familia, se limita exclusivamente a las partes y sus apoderados.

G) *Obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la Ley*

La Ley señala cuáles son los procedimientos que se han de seguir para cada clase de litigios o para obtener determinadas declaraciones judiciales, sin que les sea permitido a los particulares, ni aun existiendo acuerdo entre todos los interesados en el caso, modificarlos o pretermitir sus términos, salvo cuando expresamente la misma Ley autoriza hacerlo. Como vimos antes, las normas procesales son por lo general absolutas, imperativas, y siempre lo son las que determinan los procedimientos; limitándose las dispositivas al señalamiento de algunos términos o cargos procesales, con el carácter de excepciones (véase núm. 3).

H) *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 les otorga ninguno que ellas no consagren.

Puede ser objeto de duda el caso de la sentencia que resuelve una acción constitutiva, como la 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 aquella, 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.

I) *El principio de la verdad procesal*

Entiéndese por verdad procesal la que surge del juicio; la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos. Esta puede ser diferente de la verdad real. ¿Qué 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 derechos que la Ley consagra, y que si esto

acontece por descuido o negligencia o torpeza de la parte interesada, la rectitud del fallo no se afecta por ello.

De ahí que pueda afirmarse que en derecho procesal no es la existencia del derecho, sino su evidencia o demostración en el juicio, lo que importa. Y que tanto vale no tener un derecho como no poder demostrarlo.

El juez tiene que fallar conforme a lo probado en el juicio, y por eso la trascendencia de darle facultades para exigir las 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 justicia.

J) *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 entre determinadas partes, éstas deben acatar la resolución que le pone término, sin que les sea permitido plantearlo de nuevo. 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 esa intervención o determinación no podría imponerse como obligatoria definitivamente. El proceso estaría siempre sujeto a revisión o modificación, lo que haría imposible la vida 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 juicios que no estén excluidos 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, lo cual puede deberse a que no sea recurrible por disposición legal o a que los recursos posibles en principio no hayan sido interpuestos o hayan quedado a su vez desestimados. La sentencia sólo obliga como cosa juzgada a las partes respecto de las cuales se dictó, con excepciones de algunos casos de efectos *erga omnes*, expresamente consagrados en la Ley; únicamente se aplica para el mismo objeto o relación jurídico-material que fue controvertida y respecto de la cual se surtió la litis, 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.

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 (cfr. 301-12).

19. II. Principios fundamentales del procedimiento

Consideramos como tales los siguientes:

A) *El principio dispositivo o inquisitivo*

De la consagración en forma exclusiva o simplemente preponderante de uno de estos dos principios en el derecho procesal de un país, se deducen consecuencias fundamentales para la marcha de los procesos y la interpretación de las normas que los regulan.

El principio dispositivo significa que corresponde a las partes iniciar el juicio formulando la demanda y proporcionar los elementos para su decisión (peticiones, excepciones, recursos, pruebas), es decir, la iniciativa en general, y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de estas, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni a establecer la verdad y conocer de parte de cuál de ellas está la razón en la afirmación de los hechos. El principio inquisitivo, por el contrario, 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 éstas le lleven a los autos, y lo faculta para iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales.

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 éste 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 de estos principios), y al mismo tiempo ciertas iniciativas exclusivamente a las partes, de manera que el juez no pueda tomarlas en su lugar.

Actualmente, en materia civil predomina el principio dispositivo; en el proceso penal es el inquisitivo el dominante. Y la razón de ello radica en que se ha considerado generalmente 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 es 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 lo cual el juez debe ser un simple espectador que se limite a darle la razón al vencedor. En cambio, fue más fácil que se aceptara que, a fin de mantener la estabilidad de ese orden, la sociedad representada por el agente del Ministerio público debía hacerse parte en el proceso penal, y el juez debía tener como misión averiguar por todos los medios e iniciativas a su alcance la verdad, a fin de que se hiciera recta justicia, sancionando a los culpables y restableciendo de esta manera la tranquilidad pública.

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, si bien no se deben dar al juez facultades tan amplias que dejen eliminada su posición imparcial en el proceso, sí deben atribuírsele los poderes necesarios para que la iniciativa de las partes no ahogue su criterio ni burle los fines de la ley procesal, especialmente en materia de pruebas, y para hacer efectiva la lealtad procesal, la buena fe y la economía en el proceso, poniendo freno a las actividades dilatorias o dolosas de las litigantes y buscando una mayor realidad del principio de la igualdad de las partes. Debe aplicarse aquí el principio fundamental del derecho moderno, sobre *la protección de los débiles*, porque, como dice DE LA PLAZA, «la inactividad del magistrado frente a las deficiencias de una parte, puede desembocar en una auténtica denegación de justicia» [2].

El primer resultado de la aplicación del principio dispositivo es el de que en materias civiles la actividad jurisdiccional no puede ponerse en movimiento, iniciar el proceso, 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 debe 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. El segundo resultado de este principio es la prohibición al juez de resolver sobre cuestiones no planteadas en la demanda y, en algunos países, de no considerar excepciones 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 Código de Procedimiento Civil colombiano no existe, afortunadamente, como veremos en su oportunidad (cfr. núms. 243 y 253).

Son cuatro las consecuencias de la demanda: iniciar el juicio; delimitar su objeto. de modo que el juez no puede resolver sino sobre lo contemplado en ella; determinar las partes que deban sujetarse a sus resultas, y las causas por las cuales deben resolverse las peticiones formuladas. Pero puede ocurrir la concurrencia de terceros al juicio, cuando tengan interés legítimo para ello, y la sentencia entonces les favorece o perjudica.

El tercer efecto del principio dispositivo radica en que, contestada la demanda y nacida así la litis, son las partes quienes deben solicitar y luego presentar las pruebas de sus alegaciones, sin que al juez le sea permitido llamarles la atención sobre alguna que, en su concepto, sea importante, y mucho menos se le faculte para decretar y practicar de oficio o por su iniciativa otras pruebas para aclarar las practicadas o investigar la verdad de los hechos que le resulten dudosos. Este efecto del principio dispositivo continúa rigiendo con mayor o menor rigor en el proceso civil contemporáneo, a pesar de que en los últimos códigos se ha procurado atenuarlo, y nos parece injustificable a la luz de los modernos conceptos del proceso y la acción.

El juez debe atenerse a lo probado en el expediente, sin que su conocimiento personal y privado de los hechos pueda influir en la sentencia. pero esto no es una consecuencia del principio dispositivo, sino de los que exigen la publicidad del proceso, la motivación de la sentencia y la contradicción de la prueba.

En cuanto a la aplicación de la norma de derecho, si bien la Ley manda al demandante indicar en qué disposición funda sus pretensiones, el juez puede decidir el litigio con base en otras no mencionadas *(jura novit curia)*. El prin-

[2] MANUEL DE LA PLAZA: *Derecho procesal*, t. I, p. 313.

cipio dispositivo no se aplica a ella. Se exceptúa, sin embargo, el fallo en el recurso de casación, pues cuando la causa alegada es el ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, le corresponde al recurrente demostrar que el tribunal de instancia incurrió en el error de derecho que reclama, y no puede el tribunal de casación revocar o modificar la sentencia recurrida por un error no alegado por aquel.

Un cuarto aspecto de la aplicación del principio dispositivo es el de que 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 él en la debida oportunidad, aun cuando este se deba a olvido o descuido; lo mismo que el que sufran consecuencias adversas si no cumplen los actos que las diversas cargas procesales les imponen (cfr. núm. 5).

Pero también el principio inquisitivo tiene algunas aplicaciones en nuestra ley procesal civil, como en la generalidad de los códigos actuales. El juez debe declarar de oficio su incompetencia, los impedimentos que tiene para conocer del litigio (art. 434) y las nulidades que afectan el juicio (art. 455); puede hacer preguntas a los testigos y peritos (arts. 687 y 728); eliminar en la absolución de posiciones las preguntas que considere inadmisibles o ininteligibles (art. 616); puede dictar en ciertos casos «autos para mejor proveer», o sea para que se reciban algunas pruebas indispensables a su pronunciamiento; puede tomar ciertas medidas preventivas en defensa de la parte afectada de debilidad o incapacidad, como en los juicios de divorcios (art. 792), o de separación de bienes, interdicción judicial, nulidad del matrimonio o liquidación de la sociedad conyugal (C. J., arts. 792, 801, 822); en la interdicción del disipador puede ordenar la práctica de las pruebas que estime indispensables para un perfecto conocimiento de causa (art. 820), como también cuando se trata de discernir la guarda a un incapaz (art. 825); hay casos en que el fallo, aun no siendo apelado por las partes, debe ser remitido al superior en consulta, cuando se condena a una entidad pública (arts. 821 y 508); en los casos de muerte de un extranjero puede tomar ciertas medidas preventivas (C. J., art. 913); en el juicio de alimentos fija la cuantía conforme a su criterio y con base en la capacidad comprobada del demandado; cuando al cumplimiento de la obligación no se le fijó término, lo determina a veces atendiendo a las circunstancias (C. C., arts. 1.587, 2.226, 2.309).

De manera que el principio inquisitivo o dispositivo del procedimiento se refiere, exclusivamente, a la actividad del juez en la iniciación del proceso, a su sometimiento a las peticiones y hechos esenciales de la demanda y a la investigación por medio de las pruebas de los hechos afirmados o simplemente conducentes para la cuestión debatida o examinada. El juez con o sin iniciativa personal. Pero el aspecto primordial es el segundo: será inquisitorio 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)*[3].

Debe tenerse cuidado de no confundir el proceso dispositivo civil o penal (éste abolido hace siglos), con el sistema de reglas de apreciación o valoración de la prueba impuestas previamente por el legislador, conocido como sistema legal y que mejor es denominar de la tarifa legal; lo mismo que no confundir

[3] Véase la magnífica monografía de TITO CARNACINI "Tutela jurisdiccional y técnica del proceso", en *Revista de la Facultad de Derecho*, México, diciembre 1953, núm. 12, p. 97-182.

el proceso inquisitivo con el sistema de libertad de apreciación de la prueba por el juez [4].

Lo ideal puede ser un proceso civil inquisitivo (excepto en cuanto a su iniciación y al objeto del mismo y de la sentencia, puntos en que debe conservarse el principio dispositivo: necesidad de la demanda y congruencia), que al mismo tiempo otorgue al juez libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la psicología, la técnica jurídica y la lógica; pero no solo teóricamente puede existir un divorcio entre estos dos principios y proyectarse un proceso civil dispositivo riguroso, pero con un juez dotado de libertad para la valoración de la prueba o un proceso inquisitivo para la producción oficiosa de pruebas y, sin embargo, con una tarifa legal para su apreciación, sino que históricamente esto ha ocurrido. En efecto, el proceso acusatorio del antiguo derecho germano y en general europeo dependía de la iniciativa de las partes en materia de producción de la prueba, pero dejaba al juez en libertad para apreciar su valor o su fuerza de convicción, sin que existieran reglas legales al respecto; mientras que el proceso inquisitorio que reemplazó a aquel siglos más tarde, se caracterizó, al menos en materia penal, por la libertad de iniciativa del juez en la iniciación del proceso y en la producción de la prueba, simultáneamente con un sistema de tarifa legal que llegó a ser en ocasiones absoluto o total [5]. En la Roma antigua existió, durante el período de la *legis actiones* en el antiguo derecho, el juez sin poderes para obtener la prueba, con un carácter casi de árbitro y, sin embargo, con libertad para valorar las pruebas que aportaran las partes; luego, durante el Imperio, el juez tuvo mayor iniciativa, como representante del Estado, pero se le sometió a reglas de apreciación de la prueba, aun cuando sin llegar a una completa tarifa legal [6].

Como observa muy bien CARNACINI [7], la disponibilidad del derecho material discutido en el proceso civil nada tiene que ver con la disponibilidad de los medios probatorios para establecerlo; por lo cual, aun considerando que el proceso civil versa sobre cuestiones de interés privado y derechos de libre disposición de las partes (lo que no es cierto en muchos casos), y olvidándose de que tiene un objeto y un fin de claro interés público (la recta aplicación de la Ley y el ejercicio de la jurisdicción del Estado a los litigios privados; cfr. núms. 20 y 56), no puede obtenerse de ello argumento alguno en contra de las facultades inquisitivas del juez para llevar al proceso la prueba de los hechos sobre los cuales debe versar su sentencia. No existen razones que justifiquen el negarle al juez civil esas facultades oficiosas, que cada día se admiten más en la doctrina universal [8].

En los nuevos códigos de procedimiento civil de los últimos treinta años aparece una marcada tendencia a darle al juez facultades para la producción oficiosa de pruebas, sin que por esto se abandone del todo el principio dispo-

---

[4] CARNACINI, ob. cit.; CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. Buenos Aires, 1955, p. 10, nota 10.

[5] MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. Buenos Aires, 1961, p. 25-32; MITTERMAIER: *Prueba en materia criminal*, ed. Madrid, 1877, p. 11-15.

[6] MITTERMAIER, *ob. cit.*, p. 10; SCIALOJA: *Procedimiento civil romano*, ed. Buenos Aires, 1954, p. 131 y ss.; MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., p. 5-8.

[7] CARNACINI, ob. cit., p. 173.

[8] MANUEL DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, t. I, p. 441-49; SCHONKE: *Derecho procesal civil*, ed. Barcelona, 1950, p. 198; COUTURE: *Estudios*, t. I, p. 140; CARNELUTTI: *La prueba civil*, ed. cit., p. 22; MICHELI: *La carga*, p. 248.

sitivo, de modo que el mayor peso de la actividad probatoria continúa en cabeza de las partes. Así sucede en el Código italiano (arts. 115, 117, 200, 440), en el brasileño (art. 117), en los argentinos (art. 21, Ley 14.237 de 1953 de la capital), en el alemán (arts. 45, 47, 144, 272).

De lo expuesto resulta cuán errado es el concepto de quienes, como PLANIOL y RIPERT, dominados por un criterio de civilistas, llegan a considerar la iniciativa del juez en el proceso civil como la violación de «la regla fundamental de la neutralidad» y como contraria a su misión [9].

Como muy bien dice FENECH [10], «no son solo las partes las que tienen interés en convencer al juez de la verdad de unos hechos, sino que es el propio juzgador el principal interesado en descubrir dicha verdad y formar su propio convencimiento», y por consiguiente es un interés general o público, ya que el juez representa al Estado, agregamos nosotros.

Es interesante recordar que en Rusia se consagró un procedimiento civil inquisitorio, similar al penal, en el Código de 1793; pero, desgraciadamente, el sistema fue abandonado en la Ley de 21 de julio de 1846.

B) *Principios de la tarifa legal de pruebas, conocido también como sistema legal de pruebas, o de la libre apreciación de su valor*

Para administrar justicia, en cualquiera de sus ramas (civil, penal, contencioso-administrativa, militar, laboral, fiscal), es necesario delimitar las facultades en la apreciación de los medios o elementos probatorios que se lleven al juicio. 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 el juez para apreciar esas pruebas aportadas al proceso de una u otra manera, y cuáles los efectos que debe y puede sacar de cada uno de los medios de prueba. Son dos principios diferentes, a menudo confundidos, que pueden tener regulación legislativa simultánea que incluya la función dispositiva con una amplia libertad de apreciación de las pruebas que las partes aporten, o facultades inquisitivas para practicar pruebas, con tarifa legal para señalarles su valor de convicción.

Así como no se justifica actualmente que al juez civil se le aten las manos en materia de investigación de la verdad de los hechos afirmados por las partes, tampoco se justifica la supervivencia de la tarifa legal de pruebas o sistema legal de apreciación de estas (cfr. núm. 6, punto 4).

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 convenido o no ante ella, si tiene plena fuerza o es relativo el convencimiento nacido de un medio determinado, y el segundo, denominado de *la libre apreciación,* que otorga al juez la facultad de apreciar el valor o fuerza de convicción fundado en una sana crítica probatoria y en los principios generales de la materia.

En el proceso penal, desde hace muchos años, se le da acogida al segundo,

---

[9] PLANIOL Y RIPERT: *Tratado de derecho civil,* ed. Habana, 1945, t. VII, p. 758-59.
[10] FENECH: *Derecho procesal penal,* ed. Barcelona, 1960, p. 575.

y en el proceso civil, por lo general, se sigue aplicando el primero, con atenuaciones más o menos importantes. Sin embargo, actualmente existe la tendencia a darle libertad de apreciación al juez civil, acogida en algunos códigos.

Se han otorgado en el proceso laboral mayores facultades al juez para la valoración de la prueba que las dadas en el proceso civil, y ya es tiempo de eliminar esa diferencia. Existen algunas normas que suavizan ese rígido sistema en el proceso civil, cuando prevalece la tarifa legal, como ocurre en Colombia, tales como en el caso de las presunciones de hombre y de indicios, cuando existen declaraciones contradictorias, cuando se trata de testigo único o de dictamen de peritos y en la apreciación de la confesión extrajudicial o de única declaración de testigo (arts. 664, 665, 702, 704, 721, 723, 608 y 696 C. J. colombiano, respectivamente), en que se le otorga al juez cierta libertad de valoración y crítica. Igualmente, la Ley permite al juez calificar la prueba testimonial, que en principio es plena por el número plural de testigos, y si estos reúnen los requisitos intrínsecos para darle mérito o credibilidad, dejándole la facultad de apreciar si está suficientemente fundado el testimonio en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que hagan creíble la verdad de lo expuesto (C. J. Col., art. 697).

Con excepción de las pruebas solemnes que la ley material exija como requisitos *ad substantiam actus* o para la validez del acto o contrato, creemos que es ya hora de consagrar en el proceso civil el principio de la apreciación subjetiva y razonada por el juez del valor de convicción de las pruebas, sin que esto signifique una libertad arbitraria, puesto que estaría sujeto a las reglas de la lógica y de la psicología, con obligación de motivar su conclusión o de explicar las razones que lo condujeron a aceptar unas pruebas y rechazar otras.

Pero no se trata de un principio jurídico nuevo, ni mucho menos. La libertad de apreciación de la prueba es tan vieja como el derecho procesal; existió relativamente en la antigua Grecia [11] y en el período republicano o de las *legis actionis* de la Roma antigua [12]; fue aplicado siglos después en la Europa del medioevo por los *scabinos* [13], pero desde entonces quedó olvidado durante mucho tiempo, inclusive para el proceso penal, y restablecido en cuanto a este se refiere por la Revolución francesa en 1791, se generalizó en Europa en esta rama y últimamente ha sido incorporado en algunos códigos de procedimiento civil.

No se le debe confundir con la interpretación arbitraria o caprichosa de la prueba, y es un error histórico el dejar a particulares ignorantes, en calidad de jurados, su libre apreciación en materia penal, sobre la base de la tan renombrada intuición o razón natural de que se habló a raíz de la Revolución francesa y que TARDE calificó de «fe optimista en la infabilidad de la razón individual, del sentido común, del instinto natural» y de verdadera superstición [14]. Mucho antes, BENTHAM [15] decía que «analizar los motivos, discernir los diversos grados de intención, desembrollar las causas que influyen sobre la sensibilidad, valorar un testimonio frente a otro, sopesar un testimonio particular contra una probabilidad general, representan operaciones que suponen un gran estudio del corazón humano».

[11] VALENTÍN SILVA: *La prueba procesal*, ed. Madrid, 1963, p. 2-5.

[12] SCIALOJA: *Procedimiento civil romano*, ed. cit., p. 92 y ss.; MITTERMAIER: *Tratado de la prueba en moteria criminal*, ed. cit., p. 8-10; MICHELI: *Carga de la prueba*, ed. cit., p. 14-30; SILVA, ob. cit., p. 5-8.

[13] MITTERMAIER, ob. cit., p. 12.

[14] Cita de GORPHE: *De la apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, 1955, p. 11.

[15] BENTHAM: *Tratado de las pruebas*, t. I, cap. VIII, p. 45.

Pero, como lo explica BERARDI [16], «la libre convicción no entraña el juzgar por sentimiento o impresiones, sino una valuación analítica cuidadosa de los hechos y de las pruebas», que, naturalmente, es imposible conseguir en jueces populares improvisados y temporales, ignorantes, por lo general. El juez es libre frente a la Ley, pero está sometido a las reglas de la lógica, la psicología y el Derecho. La doctrina moderna es uniforme en este sentido.

Quizá la labor más difícil y delicada en la administración de justicia es la de apreciar las pruebas, cuando no se está sometido a una detallada y exhaustiva tarifa legal; el juez debe ser jurista, lógico y psicólogo, conocer el medio social en donde las pruebas se producen y las máximas de experiencia que lo puedan guiar. Pero las dificultades para conseguir jueces capaces para esta tarea no justifican que todavía en la mayoría de los países se conserve, más o menos completo, el sistema de la tarifa legal, que impide a menudo llegar al descubrimiento de la verdad, especialmente si se le acompaña de limitaciones más o menos absolutas para la producción oficiosa de la prueba; de ahí que muchos juristas hablen de que en estos sistemas solo se obtiene en el proceso una verdad formal, que muchas veces no es la verdad, y una justicia aparente, que puede no ser la justicia.

Ya hace medio siglo decía el gran CHIOVENDA: «El derecho moderno rechaza el sistema de la prueba legal, adoptando el principio de que la convicción del juez debe formarse libremente» [17]. Y más recientemente afirma ROSENBERG [18]: «La apreciación libre de la prueba ha librado al juez del tormento que significa la teoría de la prueba legal.» Si al juez civil no se le da esa libertad, más probable será que resulte engañado en su misión de impartir justicia, y, como la decía MONTESQUIEU, «la injusticia cometida contra uno solo es una amenaza para todos», sin que se pueda distinguir la calidad civil o penal del proceso.

La doctrina moderna reclama unánimemente la libre apreciación del juez [19].

En los códigos de procedimiento civil modernos se ha venido introduciendo el principio de la libre apreciación del mérito de las pruebas, como sucede en el alemán, el italiano, el argentino, el brasileño, el ruso y, anteriormente, en el francés. En otros países, como España y Colombia, pese a la tarifa legal, la jurisprudencia ha obtenido facultades de libre apreciación para el juez, gracias a la valoración conjunta de las pruebas y a la crítica del testimonio y del dictamen de peritos.

C) *El principio de impulsión del proceso*

Se relaciona directamente con el inquisitivo, y consiste en que, una vez iniciado el juicio, debe el juez o el secretario, según el acto de que se trata, 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 aquel es responsable de cualquier demora ocasionada por su culpa.

---

[16] Cita de GORPHE, ob. cit., p. 11.

[17] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, vol. I, núm. 59, p. 281.

[18] ROSENBERG: *Carga de la prueba*, ed. Buenos Aires, 1956, 6, p. 57.

[19] KISCH: *Elementos*, ed. Madrid, 1940, p. 202-03; GUASP: *Derecho procesal civil*, p. 550; DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, t. I, p. 443-44 y 462-64; GORPHE: *La apreciación de las pruebas*, p. 457-59.

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.

No obstante, creemos que puede separarse este principio del impulso procesal y el 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.

D) *Principio de la economía procesal*

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

Resultado de él es el rechazo de la demanda que no reúna 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 o incidentes inconducentes o que la Ley no permite para el caso; la acumulación de acciones para que bajo una misma cuerda se ventilen varias, y evitar, en consecuencia, la necesidad de diversos procesos; la restricción de los recursos de apelación y casación y otros hechos semejantes.

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. 44 y 150), con lo cual también se procura imponerles menores gastos a las partes y proporcionados al valor o importancia del litigio.

Y *justicia más rápida,* eliminando los procedimientos engorrosos y los recursos dilatorios, que, desgraciadamente, subsisten en nuestro Código Judicial.

E) *El principio de concentración del proceso*

Emana del anterior y tiende a que el proceso se realice en el menor tiempo posible. Es, como lo observa DE LA PLAZA, cualidad opuesta a la dispersión de los actos procesales y está inspirada por la necesidad de que la actividad judicial y la de las partes no se distraiga, con posible y perjudicial repercusión en la decisión de fondo. Para esto se deben procurar los medios de que la relación nacida del proceso, que, como lo veremos, se denomina jurídico-procesal y tiene su propia fisonomía, se desenvuelva sin solución de continuidad y de manera de evitar que las cuestiones accidentales o incidentales entorpezcan el estudio de lo fundamental del juicio; lo cual solo se obtiene restringiendo el derecho de interponer recursos e incidentes de previa definición, lo que está muy lejos de existir en nuestro procedimiento, pues, por el contrario, se les da a las partes demasiada facilidad para postergar la solución definitiva del litigio y hacerlo interminable.

Igualmente tiende este principio de la concentración a dejar todas las

cuestiones planteadas, los incidentes, excepciones y peticiones, para ser resueltas en una misma sentencia.

De lo dicho se concluye que es en los procedimientos orales en donde este principio tiene aplicación adecuada, ya que en la audiencia se presentan todas las excepciones y se plantean todos los incidentes, además de allegarse las pruebas y formularse los alegatos de derecho, y por regla general en la sentencia se resuelven todos estos hechos y problemas, sin que pueda suspenderse el curso del litigio para darle previa solución a uno de ellos (cfr. número 150).

F) *El principio de la eventualidad, también llamado de la preclusión*

Tiende a buscar orden, claridad y rapidez en la marcha del proceso y tiene lugar dentro de los procedimientos escritos, y solo 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, 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. núm. 5).

El proceso ordinario, por ejemplo, contiene estos períodos fundamentales: *el de presentación y contestación de la demanda,* dentro del cual es posible reformarla o adicionarla, y que vence en el momento de la apertura a prueba, lo que es lógico, ya que es indispensable dejar definitivamente trabada la litis, con sus características especiales, para enderezar la actividad probatoria; *el de las pruebas,* que se divide, a su vez, en tiempo para solicitarlas y tiempo para practicarlas, de manera que las que no fueron pedidas o practicadas oportunamente no pueden llevarse a los autos, con algunas excepciones para las que, habiendo sido pedidas en tiempo, no alcanzaron a ser practicadas, pues entonces la Ley permite que en ciertos juicios se las pueda recibir dentro de la segunda instancia; *el de alegaciones,* que empieza una vez vencido el de pruebas y concluye cuando se cita para sentencia en los juicios en que esto tiene lugar o cuando concluye el término otorgado para ello.

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. Como ellos son útiles después por las derivaciones posibles de la litis *(in eventum),* se opera lo que se denomina *el principio de la eventualidad.* Como no se pueden ejercitar esos medios de defensa o de ataque en períodos diferentes a los que la Ley señala, si se dejan transcurrir sin utilizarlos, se dice por ello que son oportunidades precluidas, y de ahí que se lo designe como *principio de la preclusión.*

Las partes son responsables de las consecuencias jurídico-procesales que en su contra se deducen al no ejercitar los actos conducentes en el respectivo período preclusivo, y por eso MICHELI observa atinadamente que se trata del

ejercicio de un poder (carga), conferido en el interés de la parte misma, por lo cual «de preclusión se puede hablar cuando se puede referir a la autorresponsabilidad del sujeto procesal», pero no en otras hipótesis [20]. Es decir, precluye la oportunidad para ejercitar un acto en interés de la parte que debía ejecutarlo.

G) *El principio de la inmediación*

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

Se entiende por *inmediación subjetiva* la proximidad o contacto entre el acto probatorio y determinados elementos personales o subjetivos, bien sean los sujetos mismos del proceso, bien sean 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 verifique ante el juez.

La inmediación objetiva se refiere a la comunicación del juez con las cosas y los hechos material del juicio.

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 actor del acto 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. 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.

Por último, se da el requisito formal de la *inmediación de actividad* cuando se prescribe la proximidad o contacto del acto probatorio con otro acaecimiento distinto, que a su vez puede preceder, acompañar o seguir a la actividad de prueba, originándose de este modo los correspondientes presupuestos, simultáneos y condiciones [21].

H) *El principio de la oralidad o de la escritura*

Es, como se ha podido apreciar por el estudio de los anteriores, uno de los más fundamentales, pues de que exista el uno o el otro dependen la orientación general del proceso en gran parte y la acogida que tengan los que hemos dejado explicados. Mas téngase en cuenta que si existe el procedimiento exclusivamente escrito, no pasa lo mismo con el oral, pues en realidad cuando hablamos de este queremos significar que la forma oral es la que predomina dentro de él. Aun dentro de nuestros procesos escritos encontramos actuaciones orales, como audiencias, o incidentes dentro de las inspecciones, que deben ser resueltos de inmediato por el juez.

---

[20] MICHELLI: *La carga de la prueba*, ed. Buenos Aires, 1961, p. 164.
[21] JAIME GUASP: *Derecho procesal civil*, p. 360 y 361.

La forma oral predominó en el procedimiento romano. En el procedimiento germano, en cambio, imperó la forma escrita, la que se continuó hasta el siglo XVIII, en el cual hacen su aparición los precursores de la oralidad, entre los que se destacan PAGANO, en Italia, y BENTHAN, en Inglaterra. Es de anotar que estos limitaron su tesis al campo del proceso penal. Por esta época, y en Francia, se aplicó, en parte, la forma oral al proceso civil.

Fueron los jusprivatistas alemanes quienes, luego de ardua lucha en defensa de la oralidad para el procedimiento civil, lograron su implantación mediante la ley procesal alemana que se dictó en el año de 1887. Esta conquista influyó en los demás países y fue así como se logró la consagración de estos principios en la casi totalidad de las legislaciones europeas, pero con grandes deficiencias.

Hoy se tienen como modelos de procedimiento oral las legislaciones que rigen en Alemania e Italia. En España y Colombia continuamos dominados por el principio de la escritura, con todos sus defectos y demoras.

Muchas críticas han sido hechas al procedimiento oral, pero anotamos como principales las que siguen: la de no permitir conservar con precisión los elementos en que se ha de fundamentar el fallo y aquellos en que basan su defensa las partes; la de dar lugar a la charlatanería, y, finalmente, que trae sorpresas y crea celadas a la parte menos hábil. Observan los críticos de este sistema que el escrito, en cambio, permite seguir más cabalmente los pormenores del proceso; mantiene con fidelidad la historia del litigio, prestando así mejores ventajas a la defensa y evitando las argucias del más hábil en esgrimirlas o plantearlas.

Por otra parte, se ha anotado 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 en veces hace aparecer lo accidental como esencial. Se pone de presente, en tanto, que en el oral la concentración e inmediación se opera de manera perfecta; que 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 que dispone, por último, de una mayor actividad y de más amplias facultades. Todo esto hace concluir en un mejor predominio en este sistema del principio inquisitivo. No puede negarse, anota DE LA PLAZA, que el procedimiento oral permite que el juez ejerza más humanamente su ministerio, sin ser relegado a la condición de espectador en la lucha jurídica de las partes.

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; se permite presentar un resumen escrito de las alegaciones o se hacen estas exclusivamente por escrito (como en nuestro procedimiento para los juicios del trabajo); la contestación de la demanda, si bien puede ser oral, ha de constar por escrito en los autos; y se admite la práctica de pruebas fuera de la audiencia, si son necesarias.

De suerte que la mayoría de las objeciones formuladas al sistema dejan de ser valederas, haciéndose, en cambio, más notorias sus ventajas. La concentración, la inmediación, el predominio del principio inquisitivo, la economía procesal, que impiden impugnar separadamente las providencias interlocutorias

y los términos más breves que dejan, por lo tanto, menores oportunidades para entorpecer la marcha del proceso, ponen en evidencia la superioridad del sistema.

I) *El principio del interés para intervenir en los juicios*

Como algo indispensable al orden y buena marcha de los procesos, se limita a las personas que tengan un interés jurídico el derecho a intervenir en los juicios. Si todo el mundo pudiera intervenir, alegar, formular peticiones, interponer recursos, los procesos serían dispendiosos, enredados e incapaces para cumplir el fin que con ellos se persigue; y quedarían abiertas las puertas para que el litigante de mala fe e interesado en prolongar el juicio, pudiera dilatarlo indefinidamente trayendo personas que se encargaran de enredarlo con sus peticiones.

Naturalmente, el demandante y el demandado tienen interés jurídico suficiente para intervenir en el juicio, por el solo hecho de la admisión de la demanda. Al demandante, como se verá luego, le basta con la afirmación de tener necesidad de la intervención del juez para solucionar un conflicto o comprobar un derecho, para que pueda ejercitar válidamente la acción y con ella surja la obligación para el Estado de proveer a través del juez o magistrado que ejerzan jurisdicción; y al demandado le es suficiente con habérsele señalado como tal, para que contra él o frente a él se hagan las declaraciones pedidas en la demanda, y por mandato constitucional es indispensable citarlo y oírle sus defensas (cfr. núms. 102-104, 171 y 230, 237-239).

Pero los terceros no pueden intervenir en el juicio a voluntad y mucho menos para controvertir las peticiones de la demanda o las excepciones del demandado. Es indispensable que tengan un interés serio y actual en las resultas del juicio, 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 en los resultados del proceso.

Por errada que sea una providencia, por muy graves que resulten sus consecuencias y los perjuicios que una de las partes pueda recibir con ella, no se permite que quien no es parte en el proceso interponga recursos y solicite su reforma o su revocación.

Puede ocurrir que sea necesaria la intervención de personas distintas del demandante y del demandado, a fin de que el juez pueda resolver sobre el litigio planteado, y entonces la Ley exige que se las cite a juicio, mediante notificación personal o emplazamientos especiales, a falta de aquella. Entonces tienen interés suficiente para intervenir en el juicio, por el solo hecho de su citación.

Existe intervención voluntaria e intervención forzosa de terceros en el juicio (cfr. núms. 191-199).

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

Significan estos principios que quien formula peticiones dentro del juicio debe tener interés legítimo, serio y actual en la declaración que se persigue, sin que sea suficiente el ser parte principal o tercero admitido en el proceso,

para tener derecho a que se dicte sentencia de fondo. Porque hay peticiones que solo corresponde hacerlas a o contra determinada persona y no a o contra las demás. Puede haber interés para intervenir en el juicio, pero no 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 (véanse números 111-19).

Significa la legitimación en la causa que para impetrar determinadas declaraciones en la demanda y tener derecho a que sobre ellas se resuelva por sentencia de fondo o mérito, es necesario ser titular del interés en el litigio o del interés en la relación jurídica cuya declaración o constitución se reclame; y se requiere, además, que la persona demandada sea también titular del interés en la contradicción de la pretensión material del litigio o la persona frente a la cual permite la Ley que se declare o constituya la relación jurídico-material objeto de la demanda. Es lo que se ha llamado impropiamente *legitimación para obrar* (cfr. núms. 120-34).

No se trata ya 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 o constituir una relación jurídico-material (véase núm. 86); 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-material que se reclama.

El proceso puede ser iniciado e inclusive adelantado hasta la sentencia, pero no ser posible una decisión de fondo sobre esas pretensiones, favorable o desfavorable al demandante, por faltar el interés para obrar y la legitimación en la causa, o uno de estos requisitos, en el demandante o el demandado. En tal caso la sentencia será simplemente inhibitoria, es decir, en ella dirá el juez que no es el caso de resolver sobre las peticiones de la demanda, por impedírselo la ausencia de esos presupuestos de fondo.

De manera que es necesario distinguir el interés para intervenir en el juicio, el interés para obtener sentencia de fondo o mérito y la legitimación en la causa. Estas cuestiones serán estudiadas, respectivamente, en los capítulos IX, X, XIII y XIV.

K) *Principio de la buena fe y la lealtad procesal*

Puesto que ya el proceso civil no es considerado como una actividad privada, ni las normas que lo regulan como de derecho privado, sino, por el contrario, que el Estado y la sociedad están íntimamente vinculados a su eficacia y rectitud, debe considerarse como un principio fundamental del procedimiento el 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 [22].

[22] REIMUNDIN, ob. cit., t. I, p. 144.

La ley procesal debe sancionar la mala fe de las partes o de sus apoderados, estableciendo para ello severas medidas. Consecuencia del principio que estudiamos es la obligación de las partes de decir la verdad en la demanda y en su contestación principalmente, pero, en general, en todo el curso del proceso. «Es el deber de ser veraces y proceder con buena fe», de que hablan PODETTI y COUTURE.

Por lo menos debe exigirse que ciertos hechos básicos del litigio se afirmen bajo juramento y establecer penas muy severas para el perjurio, tanto de las partes como de los testigos.

En Argentina se aprobó hace poco la Ley núm. 14.237, artículo 21, incorporada al Código de Procedimiento Civil de la capital y de aplicación supletoria para el resto del país, que establece que los jueces y tribunales podrán disponer, en cualquier estado del proceso, las medidas necesarias para prevenir y sancionar todo acto contrario a la buena fe [23]. Ojalá se estableciera norma similar en todos los códigos.

Así como en el derecho civil vemos numerosas aplicaciones del concepto de la buena o mala fe, de similar manera debe acontecer en el procedimiento civil. Si los códigos civiles dicen que los contratos deben ejecutarse de buena fe, con mayor razón debe exigirse ella en los actos procesales.

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.

Claro está que dentro de un proceso inquisitivo y de una libre apreciación de la prueba, está el juez en mejor capacidad para vigilar la actuación de las partes y hacer efectivo este principio 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, o que sirva para impulsar el proceso y conducirlo a sus distintas etapas preclusivas, sea impugnable; es decir, que exista algún recurso contra él, para que se enmienden los errores o vicios en que se haya incurrido.

No puede concebirse la existencia de actos de decisión o impulsión que no sean impugnables. Pero varían los remedios que la Ley ofrece, según la naturaleza del acto y la clase de funcionario que lo haya dictado.

Pero de esos recursos no puede hacerse uso indiscriminadamente, sino en los términos y condiciones que la ley procesal señala; y no es indiferente que se use de ellos, en cada caso concreto, por cualquiera de las partes, sino, por el contrario, es aquella en cuyo favor los consagra la Ley quien debe y puede ejercitarlos. Así, corresponde únicamente a la parte perjudicada con la providencia del juez interponer reposición, apelación o casación contra ella; puede pedir la nulidad por indebida representación, solo la parte mal representada; puede allanar una nulidad la parte que resulta lesionada por el defecto o vicio procesal; el motivo de impedimento para que un juez conozca de un

[23] REIMUNDIN, ob. cit., t. I, p. 146.

juicio determinado, para el cual tiene jurisdicción y competencia, puede ser allanado por la parte en cuya defensa lo consagra la Ley (cfr. núms. 159, 304, 317).

M) *Principio 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, 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 juicio sea conocido por dos jueces de distinta jerarquía, si los interesados lo requieren oportunamente mediante el recurso de apelación.

En los números 48 y 150 estudiaremos este principio y sus consecuencias.

N) *Principio de la motivación de las sentencias*

Igualmente, la publicidad del proceso no es suficiente garantía de una recta justicia. Es indispensable que los funcionarios judiciales expliquen y fundamenten sus decisiones, a menos que se trate de simples órdenes para el impulso del proceso (cfr. núms. 18, letra F, y 316, letra *d*).

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

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 el Código de Procedimiento Civil colombiano autos interlocutorios.

CAPITULO VI

LA JURISDICCION

20. Qué se entiende por jurisdicción. Cuál es su fin

Se ha repetido que es condición de toda sociedad civilizada que su administración de justicia se halle a cargo de funcionarios públicos y no en poder de los propios interesados o agraviados. E igualmente se ha explicado que no es propio de los particulares la función más general de declarar y realizar el derecho. Y es esta función la que constituye en sentido amplio la jurisdicción.

No debe ni puede confundirse la jurisdicción en sentido general y el proceso. Y ello porque no solamente declara el derecho el juez al decidir en juicio, sino que también lo hace el legislador al dictar la ley y el Gobierno cuando promulga un decreto-ley. La jurisdicción 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.

En sentido estricto, por jurisdicción se entiende la facultad de administrar justicia, función pública encomendada a un órgano del Estado, que tiene por fin la realización o declaración del derecho mediante la actuación de la ley a casos concretos. Y el fin de la jurisdicción se confunde con el del proceso.

De modo que la potestad de administrar justicia es función de uno de los órganos del Estado y ella emerge de su soberanía.

La jurisdicción es *autónoma,* puesto que cada Estado la ejerce soberanamente, y es *exclusiva,* tanto en el sentido de que los particulares no puedan ejercerla, como porque cada Estado la aplica con perscidencia y exclusión de los otros. Y debe ser *independiente* frente a los otros órganos del Estado y a los particulares.

A la palabra jurisdicción se le dan, a menudo, diferentes significados jurídicos, y así vemos que el Código Judicial colombiano la emplea erradamente como sinónima de competencia en algunos artículos (146, 147, 148, 448, 449), e igual ocurre en otras legislaciones hispanoamericanas; en otras 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 y poco apropiado: se dice que es el conjunto de asuntos sometidos al conocimiento del juez. Estas acepciones son impropias y erradas.

El primer significado no pasa de ser una falta de técnica jurídica en la redacción de los artículos del Código, lo cual explicaremos al tratar de las nulidades, de la suspensión, de la derogación, pérdida y usurpación de competencia o jurisdicción.

Con el segundo se quiere significar los límites y el alcance de las funciones

de cada órgano del Estado y se le hace equivalente a la noción de poder. Pero la jurisdicción en sentido estricto no es toda clase de poder, sino únicamente el aplicado a administrar justicia, y además encierra la noción de deber del Estado de ejercer esa función, como lo explica UGO ROCCO y lo advierte COUTURE.

En el tercer significado se trata de identificar la extensión de la ley nacional con el *imperium* del Estado, en un determinado territorio. Y suele decirse que cada Estado ejerce jurisdicción dentro de los límites territoriales, sobre el mar territorial y sobre el espacio que los cubre. Se la confunde así con la soberanía, en forma poco técnica.

En cuarto lugar, se utiliza esa palabra por el mismo legislador y por la jurisprudencia y los autores, para significar el territorio donde el juez o tribunal ejercen sus funciones, es decir, como jurisdicción territorial. Y así se habla de que el juez no puede desempeñar el cargo fuera de su jurisdicción; de que si el inmueble que debe inspeccionarse está en otra jurisdicción, se debe comisionar al juez de allí. Pero salta a la vista que es un uso errado del término, y que en todos los estados debe hablarse de competencia territorial.

La quinta acepción es también notoriamente inapropiada. El conjunto de negocios o asuntos puestos al conocimiento de los jueces constituye la materia sobre la cual ejercen su jurisdicción, a través de las reglas de la competencia por las cuales se distribuye aquella en cada caso.

Por último, tampoco debe confundirse la jurisdicción con las funciones de los jueces, en general; porque algunas de estas son administrativas y no jurisdicionales, como la de nombrar empleados, reglamentar sus funciones en lo que la Ley no lo haga, cobrar sus sueldos, cumplir el horario de trabajo y otras.

De modo que 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.

Como observa COUTURE, la configuración técnica del acto jurisdiccional no es solamente un problema de doctrina, sino de seguridad individual y de tutela de los derechos humanos [1]. Al delimitar exactamente la función jurisdiccional, están poniéndosele límites a la ejecutiva y por ende a los poderes del gobierno frente a los ciudadanos; de suerte que se relaciona con el problema de la libertad y el derecho. De donde se tiene que es no solo una cuestión de doctrina jurídica, sino de concepción política. En Europa se ha estudiado más por el primer aspecto y en los Estados Unidos de Norteamérica por el segundo.

Al lado del elemento subjetivo tenemos que colocar los elementos formal, material y funcional, a fin de que la noción de acto jurisdiccional quede completa.

En el elemento *subjetivo* encontramos, además del juez o tribunal, las partes y los terceros que intervienen en el proceso ya formado. Por este aspecto se diferencia de las actividades de la administración encaminadas a desatar conflictos, 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 y compañías de seguros, a través de las res-

[1] COUTURE: *Fundamentos*, p. 31.

pectivas superintendencias. Pero sin que esto delimite las características de esos actos administrativos y de los jurisdiccionales.

El *elemento formal* lo constituyen el procedimiento que se ha de seguir, las normas contenidas en los respectivos códigos procesales, civil, laboral, penal, militar, contencioso 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 modo que la sola existencia de un procedimiento no sirve para distinguir las diversas clases de actos. Tanto la jurisdicción como la administración están sujetas a un método o procedimiento. Así, existen procedimientos para los asuntos de aguas públicas, para marcas y patentes, para baldíos, para licencias farmacéuticas, para registros de propiedad intelectual, para obtener personerías jurídicas, etc. Y también hay algunos procesos para los cuales la ley no señala procedimiento especial, en algunos países, sin que por eso dejen de ser jurisdiccionales.

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

Para CARNELUTTI (en el *Sistema*), el fin del proceso contencioso es la composición de la litis, y dicho proceso es el único que para él es jurisdiccional, puesto que el proceso voluntario que tiende a prevenir la litis tiene una naturaleza administrativa (concepto que atenúa mucho en sus *Instituciones*). Esta diferencia, hemos observado, no tiene aplicación en Colombia. COUTURE sigue en esto al gran italiano y dice: «Por contenido de la jurisdicción se entiende la existencia de un conflicto con relevancia jurídica que es necesario decidir mediante resoluciones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada. Es lo que en doctrina se denomina el carácter material del acto»[2].

Por las mismas razones que exponemos para no aceptar este concepto del proceso y a su fin, rechazamos esta identificación de jurisdicción con existencia y composición del conflicto o litigio (cfr. núms. 56-58). Para el profesor alemán LEO ROSENBERG[3], la jurisdicción «es la actividad del Estado dirigida a la realización del ordenamiento jurídico»; concepto similar al de Rocco. Y agrega que el «poder de jurisdicción» consiste en la aplicación del derecho objetivo al caso concreto[4]. El proceso, según él, sirve «especialmente para la seguridad jurídica de todo el pueblo»[5].

REDENTI[6] da también a la jurisdicción un fin público y no privado, puesto que dice: «En el ejercicio de la función jurisdiccional el Estado obra y actúa, finalmente, para asegurar y *garantizar el vigor práctico del derecho*, quienquiera y contra cualquiera que fuere (aun contra sus propios oficios si es necesario), promoviendo y controlando su observancia, o reprimiendo los hechos cometidos *injuria*, o poniendo (o constriñendo a poner) remedio a las consecuencias de eventuales transgresiones.» Y agrega que el Estado obra según el derecho, lo que suministra la *finalidad específica, característica y diferencial de la función*. (Los subrayados son suyos.) (Cfr. núm. 56.)

Es un concepto parecido al de Rocco, ya expuesto. Este nos habla de *realización* del Derecho, y REDENTI, de *garantizar el vigor práctico del Dere-*

[2] COUTURE: *Fundamentos*, p. 36.
[3] ROSENBERG: *Tratado*, p. 45.
[4] ROCCO: *Trattato*, t. I, p. 46.
[5] ROCCO, ob. cit., p. 7.
[6] REDENTI: *Derecho procesal civil*, t. I, p. 6.

cho[7]. En el fondo concuerdan en cuanto al carácter público del fin del proceso, como un interés del Estado. Para REDENTI, ese fin lo obtiene el Estado *aplicando las sanciones conminadas por las normas jurídicas*, en presencia de un conflicto o contienda, que es lo que constituye la jurisdicción contenciosa, de modo que la aplicación de la sanción para resolver el conflicto viene siendo el medio usado por el Estado para la realización de su interés: la garantía práctica del Derecho. De suerte que no nos parece pertinente la objeción que ROCCO le hace de que asigne a la actividad jurisdiccional, como característica diferencial, la de función destinada a aplicar sanciones; creemos que, bien entendida la teoría de REDENTI, se aproxima mucho a la del mismo ROCCO[8]. Este asigna a la jurisdicción como función mediata o secundaria la composición de la litis, y REDENTI, en la misma graduación, la aplicación de las sanciones conminadas por las normas jurídicas; pero ambos, repetimos, le dan como función primordial el interés del Estado en la realización o garantía del vigor práctico del Derecho. Con estas conclusiones estamos totalmente de acuerdo.

Para nosotros, cuando hay litigio (cosa que no siempre sucede, inclusive en algunos procesos contenciosos, como cuando las partes quieren el mismo resultado, pero la Ley no les permite llegar a él sino a través del proceso, tal como sucede en los casos de nulidad del matrimonio, divorcio, separación de cuerpos o bienes), esa composición es el fin secundario. El fin primordial, que caracteriza el acto jurisdiccional, no es ese interés privado de la composición de los litigios, sino el interés público del Estado en la realización o garantía del Derecho, en los casos concretos y mediante decisiones que obliguen o vinculen a las partes del proceso.

Entonces, desde un punto de vista funcional y general, en sentido estricto podemos definir la jurisdicción como la *soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, para la realización o garantía del Derecho, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, mediante la aplicación de la Ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos, y en forma obligatoria y definitiva.*

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 la forma cómo estos actúan 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 y definitivo de las sentencias, que constituye la cosa *juzgada*, sin la cual la justicia sería irrita, como se verá oportunamente.

21. LA JURISDICCIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO PÚBLICO Y COMO OBLIGACIÓN

De lo expuesto en este capítulo se deduce que así como el Estado *tiene la obligación* de actuar, mediante su órgano jurisdiccional, para la realización o el acertamiento o declaración de certeza de los derechos, cuando el particular o

[7] REDENTI, ob. cit., p. 9.
[8] ROCCO: *Trattato*, t. I, p. 56-57.

una entidad pública se lo solicita con las formalidades legales, así también el Estado *tiene el poder* de someter a la jurisdicción a quienes necesiten obtener la composición de un litigio o la realización de un derecho. 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 de derecho público del Estado de prestar su jurisdicción para esos fines y *el derecho subjetivo público* de los ciudadanos de recurrir ante él, a fin de poner en movimiento su jurisdicción mediante un proceso.

Al considerar el segundo aspecto no puede decirse que la obligación del Estado de proveer mediante el proceso sea una consecuencia correlativa del derecho subjetivo del particular que demanda, porque esta es una obligación *ex lege,* impuesta directamente por la norma legislativa o derecho objetivo que la regula y delimita, y de ahí que la misma ley sanciona al juez que con cualquier pretexto deniegue justicia. El artículo 48 de la Ley 153 de 1887 dijo: «Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.» Luego incurre en ese ilícito con mayor razón si lo cometen por cualquier otro pretexto. El ejercicio del derecho del particular (derecho de acción) pone en movimiento la jurisdicción e inicia el proceso, cuando ocurre con todas las formalidades y presupuestos que la Ley exige. Pero téngase presente que es la Ley la que directamente impone esa obligación al Estado, y no el particular.

El ejercicio en forma legal de la acción viene a ser una especie de condición para el *funcionamiento* de la jurisdicción, y en ese sentido entendemos la clásica sentencia: *nemo iudex sine actore*; *ne procedat iudex ex officio,* que es aplicable tanto a la jurisdicción civil como a la laboral y a la contencioso-administrativa. Pero no es una condición para la existencia de la obligación de proveer a cargo del Estado.

La prestación jurisdiccional que así se obtiene es obligatoria para el Estado. Su objeto es someter a ella los intereses particulares en juego y adelantar el proceso hasta su culminación normal con la sentencia, que tendrá ya un carácter de declaración de certeza o *accertamento* de la relación jurídico-material o del derecho en el caso concreto, o bien para obtener su realización coactiva. Pero la sentencia no surge por el solo ejercicio de la acción, sino porque, además, se han cumplido las formalidades rituales propias y progresivas del juicio en forma que culminen con la sentencia y sin que siempre deba producirse una sentencia de fondo, pues para ello se requiere que también exista la debida legitimación de las partes y el interés para obrar. Es decir, como en su lugar se explicará mejor (cfr. núms. 150 y 166), la sentencia puede limitarse a declarar que no es posible un procedimiento de fondo, por ausencia de legitimación o de interés para obrar, y, sin embargo, la obligación jurisdiccional quedará cumplida.

Cuando se ha hablado del ejercicio de la acción en *forma legal,* se ha querido significar que es necesario dar cumplimiento a los presupuestos procesales (cfr. núms. 129 y ss.), pues de no hacerlo así no se originará el proceso, o sea, no se logrará poner en movimiento la jurisdicción del Estado mediante la formulación del derecho subjetivo del particular o derecho de acción.

De manera que si la demanda reúne los requisitos formales y se cumplen los presupuestos procesales, la relación jurídica procesal surge y el proceso se desarrollará hasta culminar con la sentencia; pero si en el momento de

fallar, el juez encuentra que falta el interés para obrar o la legitimación de una de las partes, la sentencia que dicte no recaerá sobre el fondo de la litis, sino que se reducirá a explicar que no es posible tomar una decisión de fondo, precisamente por la falta de esa condición sustancial. Por ello dice REDENTI que «los jueces se encuentran en el deber de entrar en actividad siempre que haya una demanda formalmente legítima, antes de saber si estará luego sustancialmente fundada» [9].

En el capítulo siguiente estudiaremos en forma amplia la naturaleza, objeto y sujetos del derecho de acción.

Volvamos ahora al primer aspecto: la jurisdicción considerada como un derecho público del Estado.

Al estudiar el proceso y su fin, vimos cómo el Estado tiene un interés propio y público en la realización de los intereses tutelados por el derecho objetivo y que ese interés constituye el fin principal del proceso. Ese interés del Estado es autónomo y público, y, según ROCCO, pertenece a la categoría de los *derechos de supremacía*, porque las normas del derecho procesal civil lo protegen y garantizan, y regulan su ejercicio detalladamente; además, configuran un verdadero derecho de jurisdicción, que en lo civil presenta, como todo derecho, dos momentos: el de la *facultas agendi* y el de la *pretensión* [10].

Desde este punto de vista se tiene que es un poder político del Estado, que en un tiempo fue absoluto e ilimitado, pero que merced a la reglamentación que de él ha hecho el derecho positivo, se convirtió en *poder jurídico* de obrar en persecución de un fin especial y determinado. Por donde se debe aceptar que el derecho procesal lo limita, lo regula y lo transforma en *derecho subjetivo*.

El derecho subjetivo de jurisdicción tiene un fundamento en la soberanía del Estado, que es su causa última. El *sujeto activo* es el Estado, que tiene poder supremo sobre el 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. *Sujeto pasivo* de este derecho es la totalidad de los súbditos, inclusive aquellos que lo sean transitoriamente (como los extranjeros que vivan en su territorio a 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 (C. C., art. 18, y C. P. y M., art. 57). La obligación surgida de ello es negativa en cuanto significa someterse a la jurisdicción del Estado, sin pretender hacerse justicia por sí mismo, respetando así el derecho de este para resolver el litigio o dar certeza jurídica al derecho mediante su sistema procesal.

Considerado en 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. Consecuencia de esta obligación es que las partes, una vez iniciado el proceso, deben ejecutar ciertos actos procesales, que son: alegar sus excepciones el demandado, probar los hechos de la demanda o de las excepciones, interponer recursos si se desea la reforma de las providencias, concurrir a las citaciones personales que se les

[9] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 10.
[10] ROCCO: *Trattato*, t. I, p. 232 y 233.

hagan (para absolver posiciones o reconocer documentos), suministrar papel competente, pagar los honorarios a los peritos o secuestres, atender a los gastos de copias y todos los demás que resulten del desarrollo del proceso.

El ejercicio del derecho público subjetivo de jurisdicción del Estado crea una relación jurídica de derecho público entre este y los particulares que concurren al proceso como partes. Esta relación es totalmente distinta e independiente a la creada entre ellas por el derecho privado material, objeto de la litis (cfr. núms. 70-72).

De manera que en ese derecho subjetivo del Estado existen dos elementos, como observa ROCCO: uno sustancial, constituido por ese interés del Estado, y otro formal, representado en un poder de voluntad del Estado para someter a los particulares a su jurisdicción mediante un proceso. Ese interés del Estado puede coincidir o no con los intereses de los particulares; pero como aquel debe primar sobre estos, ya que el proceso busca la realización del derecho objetivo en el caso concreto, solamente cuando tal coincidencia se presenta, el Estado hace suyo el interés de la parte y lo satisface con su actividad y con la aplicación de la fuerza de su soberanía.

No toda la doctrina considera la jurisdicción como un derecho público subjetivo del Estado, pues algunos autores ven en ella una simple potestad soberana de aquel. COUTURE dice que «las definiciones que la conciben como una potestad solo señalan un aspecto de la jurisdicción. No se trata solamente de un conjunto de poderes o facultades, sino también de un conjunto de deberes de los órganos del poder público» [11]. A pesar de rechazar la concepción de simple potestad y de reconocer su aspecto de obligación o de deber del Estado, no es bien claro COUTURE en lo que hace a su verdadera naturaleza, pues se limita a afirmar que «ante todo es una función» [12], y agrega: «La idea de jurisdicción, como la de proceso, es esencialmente teleológica. La jurisdicción por la jurisdicción no existe. Solo existe como medio de lograr un fin. El fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del Derecho» [13].

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 reciente *Trattato*, es la acertada y técnica. Mientras se consideró al Estado como ente dotado de poderes ilimitados frente al ciudadano inerme y desprovisto de derechos inalienables, la doctrina de la potestad soberana fue lógica consecuencia. Pero en el derecho público moderno, el Estado tiene actividades limitadas y reguladas por el derecho objetivo, que ya no se confunden con la Ley. El individuo es dueño de un patrimonio jurídico que puede oponer al mismo Estado y que emana de un estatuto superior de derecho objetivo: el estatuto de los derechos humanos. Esta nueva concepción del Estado se refleja necesariamente en el derecho procesal, y por eso vemos que las normas positivas de este reglamentan la actividad jurisdiccional de aquel, no solo estableciendo la forma en que debe entrar y desarrollarse esa actividad en el curso del proceso, sino fijándole sus límites y alcance, mediante principios que han sido consagrados en las constituciones políticas de la gran mayoría de las naciones, como el que ordena que a nadie se le puede juzgar sin el cumplimiento de las formalidades del juicio previa-

[11] COUTURE: *Fundamentos*, ed. 1958, p. 40.
[12] COUTURE, ob. cit., p. 40.
[13] COUTURE, ob. cit., p. 43-44.

mente establecido para el efecto, y que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido, o el que estatuye que las sentencias deben disponer de oportuna y suficiente defensa, etc.

Y entonces ya no estamos simplemente ante una potestad, sino ante un verdadero derecho subjetivo preciso, limitado, determinado y reglamentado. La soberanía del Estado es la causa remota, el fundamento último de la jurisdicción y de los otros poderes del Estado, como lo dice nuestra Constitución; pero eso no excluye que cuando el Estado ejercita su jurisdicción en la forma regulada y limitada, como el derecho objetivo le exige, esté ejercitando un verdadero derecho público subjetivo.

22. Poderes 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 del cual dirimen con fuerza obligatoria la controversia, hacen o niegan la declaración solicitada, cuyos efectos en materia contenciosa vienen a constituir el principio de la cosa juzgada. Otras veces, la providencia que pone fin al proceso no contempla el fondo de la cuestión debatida, sino que ella hace referencia a los presupuestos procesales, y es entonces cuando no niega ni reconoce a la parte el bien pretendido, sino que se limita a declarar la imposibilidad de que se continúe adelantando la relación procesal; o bien, no obstante que el proceso llega hasta la sentencia, esta no resuelve sobre las pretensiones y excepciones, sino se inhibe de hacerlo por faltar la legitimación en la causa o el interés para obrar (cfr. caps. XIII y XIV). En estos casos no se produce la cosa juzgada, ni lo resuelto afecta la facultad de reanudar el debate mediante otro proceso. Ordinariamente, la declaración de fondo está comprendida en la sentencia. En ocasiones se pone fin al proceso, por medio de providencia interlocutoria, que viene a producir los efectos de sentencia. Puede incluirse el poder de apreciar libremente las pruebas que afortunadamente se le reconoce en muchas partes (cfr. núm. 19, B).

b) *Poder de coerción,* con lo cual se procuran los elementos necesarios al juicio (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. A veces, la sanción consiste en ciertas consecuencias jurídicas adversas, como la declaración de confeso en las posiciones o en la exhibición.

c) *Poder de documentación,* o sea de decretar y practicar pruebas, que en ocasiones va unido al anterior, como sucede en las diligencias oculares cuando hay oposición de hecho. De este poder pueden usar los jueces; en materia penal, generalmente de oficio, y en cuestiones civiles, únicamente cuando la Ley los autoriza, como vimos al estudiar la aplicación de los principios dispo-

sitivos e inquisitivos (cfr. núm. 19, letra *a*). Ejemplos de ello serían la exhibición de documentos y objetos que van a figurar en un juicio, autorizada por nuestra Ley reglamentada por los artículos 297 y siguientes del Código Judicial; la citación de testigos, la orden de comparecer para la absolución de posiciones, etc. El derecho procesal moderno reclama mayores facultades inquisitivas para el juez civil (cfr. núm. 19, A).

d) *Poder de ejecución,* que se relaciona con el de coerción, pero que tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de coacción y aun de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el juicio, sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que este 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 (cfr. núms. 65 y 90).

Las resoluciones judiciales se deben cumplir una vez ejecutoriadas o en firme, salvo que en ellas se determine un plazo 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, generalmente, se hace mediante un juicio distinto y por un juez diferente del que las dictó, pues corresponde conocer del caso al funcionario a quien señalen las reglas comunes sobre competencia. Hay veces en que no se necesita un nuevo juicio, y entonces la ejecución de la sentencia toca al juez o tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia (C. J., art. 550).

Como observación común al poder de coerción y al de ejecución, debe hacerse la de que en derecho moderno no se admite el ejercicio de medidas coercitivas para obligar al demandado a comparecer en el juicio cuando no se trata de cuestiones penales; y en estos casos la detención del acusado responde a consideraciones de orden muy distinto. Mas, sin embargo, algunas legislaciones, como la nuestra, consagran una excepción en el caso del juicio ejecutivo, y así, el juez, al dictar el mandamiento de pago, ordena al ejecutado presentarse en su despacho para la diligencia de notificación, y si no lo hace, puede disponer su comparecencia por medio de la fuerza pública (C. J., artículo 1.000). Esta norma carece en absoluto de razón y es, además, inconveniente, porque ocasiona demoras injustificadas; lo pertinente es la notificación personal del auto de mandamiento de pago, como la del admisorio de cualquier demanda, y la continuación del juicio, sea que el ejecutado concurra o no a defenderse. Así se contempla en el proyecto de Código al estudio del Congreso.

23. 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 se ejercen por los órganos ejecutivo y legislativo.

En primer término estudiaremos 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 estos y entidades públicas. De manera que 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.

CHIOVENDA propone como característica de la función jurisdiccional la de ser la sustitución de una actividad pública a una actividad privada, puesto que el Estado, al intervenir, desarrolla una actividad de carácter público, no en representación de las partes interesadas, sino *en lugar* de ellas.

En la administración, por el contrario, no existe esa sustitución, sino una actividad autónoma, impuesta directa e indirectamente por la Ley a los órganos públicos. De manera que así como el propietario obra por cuenta propia en los límites de su derecho de propiedad, así también la administración pública, en los límites de su poder, obra por cuenta propia, no en lugar de otros.

UGO ROCCO se inclina por la tesis de CHIOVENDA, cuando dice que «el elemento específico y característico de la actividad jurisdiccional consiste en la *sustitución* de la actividad del Estado por medio de su órgano jurisdiccional, a la actividad de los particulares titulares de los intereses jurídicos protegidos en caso de conflicto. La actividad jurisdiccional es una actividad que se sustituye a la actividad de los particulares en la actuación del derecho» [14].

Pero CARNELUTTI rechaza la tesis anterior, y no acepta tampoco la distinción fundada en el predominio del momento de la voluntad para los actos administrativos y del momento del juicio para los actos procesales, enunciada por otros autores.

Para CARNELUTTI la distinción se funda en la diferencia entre el interés público *en cuanto a la composición de los conflictos* y 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 el conflicto. Por tanto, la diferencia entre acto procesal y acto administrativo es claramente causal» [15].

La actividad del órgano judicial no sustituye a la privada, ni el juez juzga en lugar de las partes, sino *sobre ellas*, como no cumple el órgano ejecutivo la obligación en vez del obligado, sino que la realiza contra el obligado.

Tanto la autoridad judicial como la administrativa, juzgan, porque actúan en la esfera del Derecho, y por ello aplican las normas en razón de las cuales actúan. Por otra parte, la una y la otra mandan. Pero el órgano judicial no es parte en el conflicto, mientras que el órgano administrativo sí representa a la Administración como parte en el conflicto, por estar el interés público en él, y con el fin de desenvolverlo. En este caso se trata de un juicio y de un mandato de parte, no de un juicio y de un mandato imparciales, puesto que la auto-

[14] ROCCO: *Trattato*, t. I, p. 49.
[15] CARNELUTTI, ob. cit., t. I, núm. 77.

ridad administrativa es uno de los sujetos en conflicto, mientras que la judicial se halla sobre los sujetos en conflicto.

Lo que constituye la diferencia entre jurisdicción y administración es, pues, la posición del agente. Es un criterio externo, porque no busca la finalidad, sino el hecho externo de la posición del juez y de la Administración al obrar: el primero frente a las partes; la segunda, como parte.

CARNELUTTI representa la función procesal como un triángulo en el cual existen tres términos subjetivos correspondientes a sus respectivas vértices, de modo que A, vértice superior, representa al órgano procesal; B y C, vértices inferiores, a las partes, y una línea de puntos trazada entre estas, al conflicto de intereses.

La función administrativa la representa por una línea recta, en la cual, por tanto, solo existen dos términos: el órgano administrativo y el particular que eventualmente se le enfrenta.

Según LEO ROSENBERG, de la escuela alemana [16], «la separación de la justicia y la Administración es un postulado basado en que las autoridades administrativas defienden los *intereses unilaterales del Estado*, por lo que dependen del gobierno en ejercicio y están obligados a seguir sus instrucciones; mientras los tribunales, como guardianes del ordenamiento jurídico y de la justicia objetiva, deben mantenerse libres de la influencia de los titulares del poder y de las concepciones políticas vigentes». La Administración «es la función del poder público al servicio de las tareas y fines generales del Estado para satisfacción de los intereses y necesidades culturales de la comunidad». Para cumplir estas tareas, las autoridades administrativas penetran en la vida en forma autónoma y fecunda, invaden la esfera jurídica de los individuos; pero no en forma arbitraria, sino de acuerdo con el Derecho y en beneficio de la cultura. Se diferencia fundamentalmente de la actividad de resolución de litigios, propia del tribunal. «Para hacer esta diferenciación es decisivo si ante un litigio resuelve, a petición de las partes, un *juez independiente de ellas*, conforme a derecho, esto es, jurisdicción, o, si no sucede de este modo, en este caso se trata de administración. La actividad de la administración no está dirigida, como la jurisdicción, a la declaración y constitución de los derechos en cuanto a tales, sino que toma de las leyes únicamente la dirección y los límites de su obra. La aplicación del Derecho no es para ella un fin en sí, como lo es el dictar justicia; es *solamente medio* para el fin y, por tanto, de importancia secundaria.» Corresponde a la justicia contencioso-administrativa comprobar si la actividad administrativa ha respetado esos límites legales [17].

El concepto de ROSENBERG se asemeja al de CARNELUTTI, pues al decir que la Administración defiende los intereses unilaterales del Estado, que no obra como juez independiente y que la aplicación del Derecho es para ella solamente un medio y no un fin, acepta, con otras palabras, que la Administración está en el conflicto y es parte de él, lo que significa que hay una diferencia externa en la posición del juez y de la Administración: el primero frente a las partes y 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 *sus intereses*, desarrolla una actividad administrativa; al paso que cuando interviene

[16] ROSENBERG: *Tratado*, t. I, p. 49.
[17] ROSENBERG, ob. cit., p. 47.

para la satisfacción de intereses que no son suyos, sino de titulares particulares o 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 indirecto [18].

En nuestro concepto, tienen razón CARNELUTTI, ROSENBERG y ROCCO en esta clara diferencia de posición del sujeto de la función judicial o administrativa, en lo que están de acuerdo. Y, en cambio, consideramos errada la idea de la sustitución de la actividad particular por la del Estado, al administrar justicia, de que es autor CHIOVENDA, 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.

Tampoco aceptamos la diferencia en cuanto la jurisdicción desate conflictos e imponga penas, que parece ser la de REDENTI [19]; porque ambas cosas pueden ser también actividades de la Administración cuando esta arregla conflictos, toma medidas e impone sanciones, en los asuntos de baldíos, aguas públicas, bosques, marcas y patentes, rutas de transportes, licencias de drogas, demolición de paredes y edificaciones que amenacen ruina, asuntos de policía, control de sociedades anónimas, bancos y compañías de seguros, aeronáutica civil, control de arrendamientos y precios, licencias para construcciones y urbanizaciones y otros más.

Otra diferencia entre estas dos funciones consiste en que 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 encuentren en las condiciones y circunstancias previstas, como ocurre con la Ley; al paso que los funcionarios judiciales no pueden proveer sino para el caso especial y en cada juicio.

MANRESA Y NAVARRO considera como otra diferencia que las disposiciones administrativas no son inmutables y que la Administración puede «anularlas, derogarlas o sustituirlas por otras, si nuevas exigencias o necesidades de la nación y del bien común lo demandan» [20]. Efectivamente, las sentencias judiciales que cierran el proceso, por no existir recursos contra ellas o no haberse interpuesto en tiempo oportuno, vinculan al órgano judicial, que no puede revocarlas o sustituirlas por otras, y tampoco en juicio posterior, a menos que se trate de nulidad por falta de citación o emplazamiento o por indebida representación de quien no estuvo presente en el primer juicio o por vicios en la propia sentencia final. Pero también en la rama administrativa existen providencias que no pueden ser revocadas por sus funcionarios, ni siquiera por los superiores de quien las dictó, si están agotados los recursos o no se interpusieron; son aquellas que crean derechos o establecen situaciones jurídicas concretas (aguas, baldíos, bosques, reconocimiento de prestaciones sociales, etc.). En tales casos, si la Administración desea la revocación o modificación de esos actos concretos, por estimar que se equivocó o que violó la Ley, debe recurrir, como demandante, ante los tribunales contenciosos y acusar ese acto. Nuestro Código Contencioso-Administrativo consagra para ello estas dos ac-

---

[18] ROCCO: *Trattato*, p. 77-79.
[19] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 10.
[20] MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, p. 229-30.

ciones: la de nulidad de actos abstractos u objetivos, que persigue solamente su revocación en defensa de la norma positiva violada, y la de nulidad de actos subjetivos concretos, sin que se pretenda condena alguna contra el particular beneficiado por ellos.

De 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. De manera que las anteriores consideraciones se refieren solamente al procedimiento administrativo o gubernamental.

También conviene aclarar que cuando el acto de un funcionario administrativo es revocado, a petición del particular, por el superior jerárquico, también funcionario administrativo, no existe proceso. La posición del superior es la misma que la del inferior: obra como parte y representa a la Administración interesada. Pero cuando la cuestión es llevada ante un tribunal administrativo o el Consejo de Estado, la situación se transforma, como acabamos de explicar. Y recuérdese que una de las condiciones que generalmente la Ley establece para tener derecho al recurso ante el contencioso, es haber agotado la vía administrativa o gubernamental, es decir, haber pasado por la revisión jerárquica.

Y por eso, como, respecto a Italia, lo admite CARNELUTTI, los tribunales administrativos y el Consejo de Estado deben considerarse como partes del órgano judicial, lo mismo que los tribunales de otras jurisdicciones (cfr. número 25).

24. 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.

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, y es esta en el fondo la función de toda norma jurídica: la armonía social. Pero el acto legislativo es general y autónomo, mientras que el judicial es concreto y complementario, con algunas excepciones.

Recuérdese que la Ley prohíbe a los jueces pronunciarse en los negocios de su competencia por vía de disposición general y reglamentaria.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Y como el juez aplica el derecho que la ley, la costumbre o los principios generales de derecho contienen, su providencia no es autónoma, sino complementaria. La sentencia no crea derechos, sino que los declara, como consecuencia de esto; sin que signifique que sea exactamente la voz de la Ley, porque puede llegarse a soluciones que no estén conforme a ella por error o que le hagan producir efectos no buscados por el legislador. Por eso explica REDENTI que no es exacto que en las providencias del juez se exprese únicamente la *voluntad de la Ley* y que esta actúe por su medio; que la Ley no es un sujeto pensante u operante, a quien se pueda atribuir una voluntad práctica; que más bien sería la voluntad del Estado, por con-

ducto de su órgano judicial, la que se expresa en concreto y en acto en la sentencia [21].

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 CARNELUTTI no acoge este criterio formal y dice que únicamente es posible establecer la verdadera diferencia desde un punto de vista causal. En efecto, no todo conflicto de intereses se halla regulado por normas materiales, sino en ocasiones es el juez quien se encuentra revestido de poder para resolverlo (normas instrumentales), y entonces obra con autonomía al elaborar su mandato. De manera que la cuestión de la autonomía no sirve para distinguir las dos funciones. Y hay también leyes que se refieren a un caso singular, aunque sean muy escasas, como hay sentencias que tienen un alcance general, tal como sucede con las que se dictan en la justicia del trabajo, sobre el valor de un contrato colectivo o legalidad de una huelga, es decir, cuando el proceso es colectivo. Se está resolviendo entonces una serie o categoría de conflictos, y el mandato judicial ya no es concreto, sino abstracto [22]. Nosotros creemos que la multiplicidad de partes no le quita el carácter de concreto al fallo.

Como observa CARNELUTTI, si se mira el problema con un criterio causal, aparece la verdadera diferencia, que consiste en que la función procesal se refiere a la composición del litigio, al paso que la función legislativa contempla únicamente los conflictos de intereses. Pero el conflicto de intereses no se convierte en litigio, mientras no sobrevenga la pretensión insatisfecha o discutida. 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 solo. Cuando esta arrebata 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. Para lo primero se dicta la Ley; para lo segundo se recurre a la sentencia.

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 puede crear derechos. La jurisprudencia puede ser fuente formal del Derecho, en cuanto recoge y precisa los principios generales de derecho, que si bien la Ley no enuncia expresamente, sí se encuentran contenidos o reflejados en el conjunto de sus disposiciones. Siempre al fallar obra el juez por autoridad de la Ley y de esta se deduce la obligatoriedad de su mandato, mientras que la Ley la deriva de sí *misma* como manifestación de la soberanía del Estado. La norma jurídica existe completa en todos sus elementos con anterioridad a la sentencia, y antes que esta obliga ya como mandato del Estado, y los derechos y deberes que de ella derivan están consagrados en la Ley [23].

El legislador puede ser un 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, pues, como dice REDENTI, «no puede constituirse en juez del Derecho, ni aun bajo la apa-

---

[21] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 35.
[22] CARNELUTTI, ob. cit., t. I, núm. 79.
[23] ROCCO, ob. cit., t. II, p. 68.

riencia de adecuarlo a ideales subjetivos según sus convicciones, o de promover a su modo el bien o el interés de todos (*salus publica*)»[24]. Pero no hay que tomar la frase de REDENTI en sentido muy estricto, ya que le quitaría a la jurisprudencia el carácter de fuente del Derecho, que desde hace muchos años le reconoce la ciencia jurídica. Para nosotros el juez no puede fallar en contra del derecho consagrado en la Ley; en cambio, sí puede atemperarla a las nuevas condiciones sociales; estirar su mandato, por decirlo así, para ponerlo a tono con la realidad nueva que deba regular, llegando a crear verdaderas normas de derecho, tal como en el número 12 lo explicamos.

Es evidente que la posición del juez respecto al ordenamiento positivo es muy distinta de la posición del legislador, ya que aquel está vinculado por las normas vigentes, al paso que éste puede modificarlas a su antojo: aquel tiene que trabajar indirectamente para conseguir una mejor adaptación de las normas a las condiciones del momento en que vaya a aplicarlas, en tanto que este obra directamente; aquel provee en forma concreta y singular, para el caso materia de la sentencia, aun cuando pueda interesar a muchas personas, mientras que éste dispone por vía general y abstracta.

Por otra parte, a pesar de esa diferencia causal, la función legislativa y la judicial tienen un elemento común, como observa UGO ROCCO: ambos son una forma de tutela de intereses, y 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 la 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 este no sea o no pueda ser espontáneamente actuado. Con la actividad jurisdiccional se hace eficaz 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 una, concreta la otra; inmediata la una, mediata la otra[25].

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 como entre ambas existen diferencias de forma y de sustancia, según hemos explicado, tales diferencias subsisten inclusive cuando la norma legal emana del ejecutivo por autorizaciones del Congreso o de la Constitución directamente, como en los tiempos de perturbación del orden público o estado de sitio, porque la naturaleza y el contenido de la norma general son siempre unos mismos.

25. UNIDAD DE LA 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, el derecho subjetivo del Estado a someter los intereses particulares al interés público en la realización del derecho mediante el proceso, es claro que cualquiera que sea la materia a que se aplique, las personas que sean partes en el juicio y la clase de litigio o de

[24] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 34.
[25] ROCCO: *Trattato*, p. 64-66.

26. Jurisdicción voluntaria y contenciosa. Diversas doctrinas

Limitándonos ahora a la jurisdicción civil, tenemos, en primer término, la distinción entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa, distinción que tiene carácter casi universal y se halla consagrada en los Códigos de Procedimiento y en la doctrina desde remotos tiempos.

No se crea, sin embargo, que el criterio para distinguir la jurisdicción voluntaria de la contenciosa es simple y que ha sido aceptada uniformemente por los autores. Al contrario, las divergencias a este respecto son muy numerosas. Inclusive se llega hasta discutir si la voluntaria es en realidad jurisdicción en sentido técnico, o si, por el contrario, es una especie de la actividad administrativa confiada a funcionarios del órgano jurisdiccional.

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 invitos o adversus volentes*; mientras que la jurisdicción voluntaria se ejercita a solicitud de una o más personas que necesitan darle legalidad a una actuación o precisión a un derecho, sin que exista desacuerdo al hacer tal solicitud; es decir, que se ejercita *inter volentes o provolentibus*.

Conforme a los profesores Wach y Chiovenda, la diferencia radica en que los actos de jurisdicción voluntaria tienen siempre un carácter constitutivo, pues tienden a *establecer un acto jurídico nuevo*, o, por lo menos, a desarrollar relaciones jurídicas existentes. Pero se critica esta tesis diciendo que también las sentencias contenciosas pueden crear un estado jurídico nuevo, es decir, pueden tener finalidad constitutiva, como sucede en los juicios de divorcio, separación, nulidad de matrimonio, filiación legítima o natural, y, en general, en los procesos de declaración constitutiva que estudiaremos (cfr. núm. 63). De lo anterior dedujo el profesor Cristofolini que lo importante es la *posición que las partes ocupen en la relación jurídico-procesal*, ya que en la jurisdicción contenciosa el órgano público actúa para la composición de un conflicto, al paso que en la voluntaria actúa para tutelar un interés público o colectivo, ya sea la certeza de las relaciones jurídicas, la defensa de ciertas personas o de las instituciones familiares, o bien la autenticidad de determinados actos.

27. Concepto de Carnelutti

En su última obra [26] aclara y precisa Carnelutti su concepto sobre el proceso voluntario; acepta que la actividad del juez puede ser utilizada «para fines distintos de la composición de la litis» y que cuando así ocurre, se acostumbra conocerla como jurisdicción voluntaria, pero que esta noción es demasiado restringida; dice que «la prevención de la litis es el fin específico

[26] Carnelutti: *Instituciones del proceso civil*, trad. de la 5.ª ed. ital., Buenos Aires, 1959, t. I, núms. 18 y 23.

del proceso voluntario», fin que se obtiene regulando justamente y determinado con certeza las situaciones jurídicas en los casos en que exista un peligro más grave de injusticia e incertidumbre; agrega que con la colaboración de las partes, el juez interviene en la constitución de un efecto jurídico, que sin tal intervención no se produciría, y que con la palabra *negocio* se puede identificar la realidad actual que constituye su materia, que el negocio mira más el acto por realizar que al ya realizado, y lo define como «un interés o un grupo de intereses respecto al cual se plantea, en el conflicto con uno o varios intereses de otro, la exigencia del cumplimiento de un acto para su tutela según el Derecho (*negotium* de *nec otium*)». Afirma el citado autor que el sujeto del negocio es el sujeto del interés a cuya tutela jurídica se refiere aquel, y que, como la tutela supone el conflicto de intereses, no hay negocio en cuyo fondo no pueda observarse un conflicto; pero se trata de un solo sujeto, por lo que es extraña al negocio la noción de parte; el sujeto no es la parte, sino el interesado, a quien pertenece el interés que se trata de tutelar, aun cuando a veces hay contradicción y figuran partes en el proceso, como en el caso de inhabilitación o incapacitación, pero entonces la dualidad de sujetos ocurre en el proceso, mas no en el negocio; aquel es el continente y este es el contenido, que no pueden confundirse. La causa de ese negocio es el interés que se trata de tutelar: el interés de la buena administración del patrimonio del incapaz, por ejemplo.

Dice CARNELUTTI que el nombre de jurisdicción voluntaria deriva de que el juez no decide entre dos litigantes, y en consecuencia contra uno de ellos *(contra volentem)*; en este sentido considera correcta la denominación y concluye por mantenerla, a causa de la dificultad de encontrar una mejor [27]. Y en cuanto a sus efectos, dice más adelante que son los de una *medida procesal voluntaria*; que responde a la función del proceso voluntario *tanto jurisdiccional como ejecutivo* el servir para constituir el efecto jurídico material necesario al desarrollo del negocio o tutela del interés que se trata de proteger, y que por ello «el valor material de la medida se determina según las normas del derecho material que la exigen»; así, la sentencia que pronuncia la incapacitación constituye el estado de incapacidad; la decisión que ordena la participación entre coherederos convierte el derecho de cuota de cada uno en un derecho sobre la parte que se le asigna; la providencia que autoriza una adopción modifica el *status* del adoptante y del adoptado. Se trata verdaderamente de un valor material, lo que se pone de manifiesto por la situación de las normas que a él hacen referencia, las que no se encuentran, ni se deben encontrar, en el Código Procesal.

El valor procesal de esta medida voluntaria se regula conforme a los principios de la cosa juzgada formal, salvo las disposiciones relativas a la revisión, cuando el proceso voluntario tiene la estructura de un proceso contencioso; en otros casos, ese valor hay que deducirlo de las normas que establecen los tipos particulares de proceso voluntario; y cuando no existe contradicción, se subordina la eficacia material de la medida a la no impugnabilidad del fallo y se elimina la inmutabilidad de la decisión no impugnable, excepción hecha de la tutela de terceros de buena fe (es decir, no constituyen cosa juzgada, al no existir inmutabilidad en la decisión) [28].

---

[27] CARNELUTTI, ob. cit., p. 42-46.
[28] CARNELUTTI, ob. cit., p. 104-05.

Es muy importante que en esta nueva obra, en la cual CARNELUTTI ajusta su concepción procesal, no se dice que la jurisdicción voluntaria ejercitada por el juez sea actividad administrativa, y en cambio acepta que el proceso voluntario es tanto jurisdiccional como ejecutivo; lo cual está de acuerdo con la tesis que expone sobre el fin de la jurisdicción como prevención de la litis, que, según él, se encuentra en el fondo del negocio jurídico que le sirve de materia.

En el *Sistema* dice CARNELUTTI que el nombre de jurisdicción voluntaria *(inter volentes)* alude más bien a una pugna de voluntades que a pugna de intereses, y, por ello, en realidad a la falta de los elementos formales del litigio [29].

28. CONCEPTO DE UGO ROCCO

UGO ROCCO explica el origen de la jurisdicción voluntaria diciéndonos que en los primeros tiempos de la evolución del Derecho se les encomendó a los órganos normales de la jurisdicción, que se distinguían por su capacidad e independencia, el conocimiento de materias extrañas a las que normalmente les correspondían. Y fue así como surgió al lado de la jurisdicción verdadera y propia, que se llamó contenciosa, otra forma de jurisdicción secundaria y accesoria, llamada *voluntaria.* Pero la semejanza entre estas dos jurisdicciones solamente es de nombre, puesto que la voluntaria se liga a la función que la voluntad privada tiene en el campo del Derecho, a la que este le atribuye efectos jurídicos. Pero para que esos efectos jurídicos se produzcan, la Ley demanda requisitos de forma y de tiempo que pueden ser determinados por la intervención de un órgano estatal, de varias maneras: bien para que el acto de la voluntad se documente por medio de un funcionario del Estado o de otra entidad pública (notario u oficial del estado civil); bien para custodia del documento, o para revisión de sus requisitos, como en la homologación, del concordato del quebrado; o bien para su examen y con la destinación de apreciar su conveniencia y la exacta consecución de los fines que según la Ley deben lograrse con el acto; o para establecer si las facultades del sujeto son insuficientes por razón de enfermedad, o para determinar si se ha confiado a otro sujeto su persecución a causa de impotencia o ineptitud del titular del interés, como sucede en los casos de tutelas. Y concluye: «En todos esos casos el Estado ejercita su actividad, que usando de un nombre comprensivo y genérico, puede llamarse *jurisdicción voluntaria,* y tal actividad podría teóricamente ejercitarse, no por medio de órganos jurisdiccionales, sino por medio de otro órgano administrativo del Estado, pero la ejercita por conducto de los órganos de la jurisdicción verdadera, por ofrecer mayores garantías de competencia e imparcialidad en función tan delicada» [30].

Por esto ROCCO considera que es una función administrativa y no jurisdiccional. La verdadera jurisdicción tiene por objeto la *actuación del derecho objetivo y presupone la concreta relación jurídica ya formada,* cuya declaración se desea, y, por tanto, ya realizadas las condiciones de que las normas jurídicas hacen depender el nacimiento de la relación. En cambio, en la voluntaria

[29] CARNELUTTI: *Sistema,* t. I, p. 279.
[30] ROCCO: *Trattato,* t. I, p. 114-15.

el Estado interviene en la formación de las relaciones jurídicas concretas, declarando en forma característica y determinada, no la existencia o inexistencia de la relación jurídica, sino la *conveniencia o legalidad de la condición establecida en la Ley* para el acto realizado o por realizar. El acto jurídico *sigue siendo declaración privada de voluntad* y el Estado solo le agrega un elemento extrínseco para que produzca la plenitud de sus efectos jurídicos, función que es similar a la del notario cuando autoriza una escritura [31]. La jurisdicción voluntaria se determina por la sustancia del acto.

Trae luego Rocco los casos de jurisdicción voluntaria, que se resumen así: *a*) en lo que el Estado participa en la formación de los sujetos de derecho no físicos (sociedades); *b*) tutela de incapaces (pero con la advertencia de que el procedimiento para declarar la interdicción es de jurisdicción contenciosa, y de voluntaria el nombramiento del autor y las autorizaciones que se le otorguen); *c*) para completar una deficiente capacidad volitiva de un sujeto de derecho, cuando es persona jurídica que se encuentra en condiciones semejantes a las de la persona física incapaz, interviniendo en el nombramiento del órgano que la presente y en su vigilancia para que obre correctamente en interés de la persona jurídica; *d*) en la administración de los patrimonios, como bienes del ausente; *e*) y la categoría más importante, en la participación del Estado en la formación de los negocios jurídicos privados, cuando exigen que al acto de voluntad del particular se agregue el acto de un órgano suyo; pero el acto sigue siendo acto jurídico privado, que para producir efectos necesita que se le agregue un cierto elemento por parte del Estado, de modo que la intervención de este funciona solo como condición *(condicio iuris)* para su plena eficacia jurídica; entre los casos más importantes de esta clase están la autorización para enajenar la dote y la homologación del concordato en la quiebra [32].

29. Concepto de Redenti

Enrico Redenti dice que las intervenciones esporádicas que *en vía de auxilio o de control* se confían a funcionarios judiciales y que sirven para prevenir de raíz las inobservancias de normas jurídicas o *eliminarlas al nacer* mientras están todavía *in itinere*, que por su índole son administrativas, son las que vienen a formar la jurisdicción voluntaria, en contraposición al método de *represión*, que es el contencioso. La función de la jurisdicción contenciosa (en contraposición a la voluntaria) consiste precisamente en aplicar sanciones conminadas por las normas jurídicas, aplicación que debe ser demandada al juez por alguien (sujeto u órgano), «a cargo o en contra de algún otro». De allí surge un contraste, un conflicto, que se traduce legalmente en una *contienda «inter alios»* (entre otros), que el juez (tercero frente a los contendientes) resolverá y decidirá, acogiendo o rechazando la demanda por absolución o condena; esto es lo que configura el origen y la explicación del atributo *contencioso*. En la jurisdicción voluntaria, como la función del juez es *preventiva*, auxiliar o auxiliadora en orden a la mejor aplicación de los preceptos jurídicos, en interés de todos, no se puede pensar en una contienda legítima en sentido propio. Se

[31] Rocco: *Trattato*, t. I, p. 116-17.
[32] Rocco, ob. cit., t. I, p. 119-20.

puede imaginar, sin embargo, que el juez provea *pro volentibus* (por los que lo quieren), o *inter volentes* (entre los que lo quieren) y no entre litigantes [33].

Más adelante agrega REDENTI que en los ejemplos de jurisdicción voluntaria se contempla la característica de «un control ordinario de legitimidad (contra eventuales desviaciones, aberraciones o fraudes a la Ley), o de concurso o auxilio a la autoridad para el buen funcionamiento de instituciones jurídicas, allí donde la voluntad de los particulares, abandonada a sí misma, sería impotente, inepta, inadecuada, y podría hacerse instrumento de prepotencia o fraude de los poderosos en daño de los débiles o de los inermes, o podría conducir en cualquier modo a resultados incongruentes o perturbadores en orden a la finalidad del ordenamiento jurídico». Por el fin y por el contenido, tales intervenciones parecen sustancialmente homogéneas a actividades administrativas; formalmente, en cambio, por la competencia y por el *modus procedendi* parecen más o menos homogéneas a actividades jurisdiccionales propiamente dichas (contenciosas). El *quid* está en que la preservación del derecho asume en ella una importancia primordial y preponderante, y no solo secundaria y normal, como en tantas otras actividades administrativas [34].

Trae REDENTI una enumeración más completa, pero sin carácter exhaustivo, en los casos de jurisdicción voluntaria:

a) En cuanto a las personas físicas: la documentación sobre su existencia y su *status*: nacimiento, muerte, matrimonio, ciudadanía, mediante órganos administrativos y a través del registro civil (pero, en ocasiones, la autoridad judicial interviene cuando hay equívocos, perplejidades o irregularidades de la documentación, como en las llamadas *rectificaciones* para establecer la ausencia y declarar la muerte presunta); para tomar providencias acerca de la incapacidad, como la inhabilitación y la interdicción, y de la representación o asistencia de los incapaces, como en materia de patria potestad, tutelas; intervenciones en los casos de adopción, de filiación, de homologación de la separación *consensual* de los cónyuges (la separación por culpa es contenciosa).

b) En el campo de las relaciones patrimoniales: controles de los registros públicos inmobiliarios (transcripciones, anotaciones, inscripciones hipotecarias); registro de empresas cuando se exija; atribuciones en materia de sucesión por causa de muerte, como colocación y remoción de sellos (medidas preventivas), formación del inventario, liquidación de la herencia, separación de bienes del difunto y el heredero, nombramiento del curador de la herencia yacente, autorización para la venta de bienes hereditarios y disposiciones sobre cauciones y ejecutores testamentarios: la separación judicial de bienes entre los cónyuges cuando no da lugar a impugnaciones; la cancelación de hipotecas sobre los inmuebles, en el mismo evento; los concordatos preventivos y de quiebra, con los que se puede prevenir o cerrar un procedimiento de quiebra.

Nos hemos detenido en el concepto y en las explicaciones de ROCCO y REDENTI por considerarlos importantes para la adecuada comprensión del problema y para el examen de su regulación en el Código Judicial colombiano. Vale observar que en la enumeración de los actos de jurisdicción voluntaria que nos presentan ROCCO y REDENTI se hallan comprendidos muchos de los que en Colombia se ejercitan por autoridades administrativas (Superintendencia de Sociedades Anónimas y Superintendencia Bancaria; notarios, registradores de ins-

[33] REDENTI: *Derecho procesal civil*, ed. 1957, t. I, p. 9-11.
[34] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 29-30.

de contiendas» (como en los casos de controversia sobre los hijos entre padres separados; sobre el deber de la mujer de prestar servicios personales; de la administración de los bienes de la esposa o de los comunes por el marido; entre padres e hijos, sobre el consentimiento para el matrimonio, o sobre prestación de alimentos; sobre la declaración de herederos entre los interesados en la herencia, o sobre separación del albacea testamentario). «Es errónea—dice—la concepción de que la jurisdicción voluntaria sirve para *la creación* de derechos y la contenciosa para el reconocimiento del derecho existente; porque, en amplia medida, la voluntad tiene la misión de aseguramiento de derechos existentes (en la declaración de herederos, rectificaciones del registro catastral o de otros registros públicos), al paso que la contenciosa crea nuevos derechos o modifica o suprime derechos existentes en las sentencias de constitución y en la venta forzosa por remate judicial.» Y concluye diciendo que la diferenciación solo puede tener éxito sobre la *base del Derecho vigente*; es decir, según que la Ley remita el trámite a la una o a la otra. A menudo la Ley remite a la voluntaria asuntos que podrían ser de la contenciosa, y viceversa, y afirma que parece imposible señalar una diferencia material decisiva [35].

También en Alemania, la jurisdicción voluntaria tiene sus órganos propios. Las decisiones de esta no obligan por lo común al juez del proceso, y en particular no lo obligan ni rechazan una petición, con algunas excepciones, como la declaración de nulidad de un contrato de adopción. En la sucesión por causa de muerte intervienen el juez del proceso y el juez de sucesiones. Ambas jurisdicciones le dan fuerza obligatoria a sus decisiones, mientras actúen dentro de su competencia funcional sus respectivos funcionarios. En principio son independientes cada uno de los órganos de ambas jurisdicciones.

De todo lo expuesto se debe concluir que en Colombia existen claras y fundamentales diferencias en la materia y en relación con las legislaciones italiana y alemana; diferencias que surgen tanto en el campo de acción o amplitud de la jurisdicción voluntaria como en lo tocante a los funcionarios que la ejercen, que aquí pertenecen, como en España, al órgano judicial, a la manera como actúan, a la calidad de sus providencias finales, a los recursos que existen contra ellas y a su vinculación para el juez en el mismo proceso. Por lo cual es menester examinar estas doctrinas italiana y alemana y aceptarlas con beneficio de inventario, cuando se necesita aplicarlas a nuestro régimen jurídico, lo mismo que al español y a cualquier otro similar.

31. La doctrina española

José María Manresa y Navarro dice que se llama contenciosa la jurisdicción «si la actividad funcional se refiere a pretensiones encontradas, defendidas por interesados que cuestionan sobre derechos en pugna desconocidos o conculcados, sobre los que ha de recaer una resolución definitiva, que las garantice y restablezca; voluntaria, si no existe controversia presentada y la pretensión es formulada por una sola persona o por varias que, teniendo un mismo interés y estando entre sí en absoluta conformidad en cuanto a la misma, solicitan una declaración del funcionario como garantía de su acuerdo

[35] Rosenberg: *Tratado*, 1955, t. I, p. 73-79.

y constancia para el porvenir (sin embargo, si en cualquier momento surge discrepancia exteriorizada en forma escrita ante el juzgador, la jurisdicción voluntaria se esfuma, convirtiéndose en contenciosa)» [36].

MANUEL DE LA PLAZA [37] dice que la función preventiva no es exclusiva del proceso de jurisdicción voluntaria, por lo que no es aceptable tenerla como distintivo entre esta y la contenciosa, ya que hay contenciosos de carácter cautelar y voluntarios que no son cautelares; que tampoco sirve separar las dos jurisdicciones por la nota de obligatoriedad, ya que puede exigirse coactivamente el cumplimiento de los actos de la jurisdicción voluntaria; ni por la existencia de una contienda, puesto que el juicio contencioso puede ser posible sin controversia; que el carácter constitutivo tampoco es exclusivo de los actos de jurisdicción voluntaria, porque algunos contenciosos también pueden tenerlo; y que «la distinción radica en la posición que las partes ocupan en la relación jurídico-procesal» (que es la tesis de CRISTOFOLINI). Y concluye diciendo que las dificultades que existen para delimitar la figura de los actos de jurisdicción voluntaria impiden establecer una doctrina acerca de sus características, con propósito exhaustivo; que la ley española, que les consagra un libro especial, al establecer las normas generales del título I, libro III, parece referirse a los casos que no estén especialmente previstos, y que la jurisprudencia ha confirmado la exactitud de ese punto de vista otorgando a las disposiciones generales condición supletoria respecto a los supuestos específicamente previstos por el legislador.

Explica luego DE LA PLAZA que los actos de jurisdicción voluntaria, por oposición a los de la contenciosa, presentan en general estas características: 1.ª, la solicitud de intervención judicial, sin que haya contienda empeñada entre partes conocidas y determinadas (art. 1.811 C. J. español), por lo que se concluye que cabe reputar de jurisdicción voluntaria los actos que, si bien no tienen ese carácter por disposición expresa, reúnan las condiciones genéricas de su clase establecida en dicho texto legal; 2.ª, la economía de sus trámites y sobre todo su sencillez, puesto que, conforme al artículo 1.816, se admiten sin solicitud ni solemnidad los documentos que se presenten y las justificaciones que se ofrezcan; 3.ª, la libertad del juez para modificar las providencias que dicta sin sujeción a los términos y formas establecidos para la jurisdicción contenciosa (art. 1.818, aunque a renglón seguido dice que es norma inaplicable cuando los asuntos tienen fuerza de definitivos y contra ellos no se hubieren interpuesto recursos, lo que hace en gran parte inaplicable tal libertad); 4.ª, las resoluciones que se dictan no producen la cosa juzgada, lo que deduce de la naturaleza de esta jurisdicción, del concepto legal de cosa juzgada y, sobre todo, de los casos en que taxativamente se reserva para un juicio posterior, y conceptúa que en los demás casos, aunque no se diga expresamente, es posible la revisión en vía contenciosa de fondo de la resolución dictada en la jurisdicción voluntaria; 5.ª, que en el evento de oposición, por lo que se hace patente la existencia de partes conocidas y determinadas, se hace contencioso expediente, sin alterar la situación que cosas y personas mantenían al tiempo de la oposición (art. 1.817), principio que la jurisprudencia ha explicado diciendo que el juicio que por virtud de la oposición ha de promoverse, no es sino una continuación en vía contenciosa del procedimiento iniciado en la voluntaria, y

---

[36] JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, ob. cit., 1943, t. I, p. 231.
[37] MANUEL DE LA PLAZA, ob. cit., p. 130.

que no siempre la oposición suscitada produce los efectos que en general se le atribuyen, porque en algunos casos la Ley señala cuáles debe surtir provisionalmente; 6.ª, algunas diferencias en cuanto a recursos [38].

De manera que en España se admite en general que la diferencia entre las dos jurisdicciones consiste en la existencia o inexistencia de pretensiones encontradas o derechos en pugna en el momento de iniciarse el juicio, por lo que la sentencia en la contenciosa persigue resolver con fuerza de cosa juzgada el conflicto que existe entre las partes, al paso que la sentencia en la voluntaria busca la garantía o la constancia para el porvenir de la pretensión común de las partes, sin que constituya cosa juzgada. Y en el Código español se consagran normas generales para la jurisdicción voluntaria, y de modo especial se remiten a ellas ciertos casos, se establecen las diferencias de procedimiento que señala DE LA PLAZA (puntos 20, 30 y 60) y se consagra el principio de la transformación del juicio voluntario en contencioso, en caso de surgir oposición y conflicto. Con excepción de GUASP, la doctrina le reconoce el carácter de verdadera jurisdicción.

JAIME GUASP [39] nos dice que «la jurisdicción voluntaria es la administración judicial del derecho privado» y que la idea esencial de esta jurisdicción es la de recoger, en concepto único, todas las funciones en que un órgano de la jurisdicción actúa como administrador, pero como *administrador del derecho privado*, esto es, realizando acerca de las relaciones jurídicas de derecho privado cometidos que no son jurisdiccionales, sino administrativos. «Esto explica el por qué la jurisdicción voluntaria, aunque sea un fenómeno que en principio pudiera pensarse aplicable a cualquier campo jurídico, solo se encuentra, con significación teórica y práctica, en la esfera del derecho material privado, ya que no existe ni teórica ni prácticamente, y solo se pueden concebir, con evidente esfuerzo, aplicaciones de la jurisdicción voluntaria a campos distintos del derecho privado, es decir, al penal, al administrativo o a cualquier otro donde, sin embargo, se dan procesos auténticos.»

Según el artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez, pero sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.

Explicando la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, dice GUASP que esta *no es auténtica jurisdicción*, por no comprender verdaderas actuaciones procesales. No hay en ella ninguna satisfacción de pretensión procesal, porque no pueden plantearse ante ella pretensiones procesales verdaderas. No puede verse en ella un conflicto *inter partes*, ni tampoco una protección, actuación o tutela coactiva, de ningún derecho, subjetivo u objetivo. Por lo tanto, la naturaleza de esta jurisdicción debe buscarse en otro ámbito jurídico, y este es el campo de la administración, pues siendo administración cualquier actividad de realización de los fines de interés general, distinta tan solo de la actividad legislativa y la actividad procesal, no queda otro cauce dentro de las figuras del derecho público, dada la presencia en ella de un órgano del Estado.

Lo esencial de esta jurisdicción es la voluntariedad, pues las partes acuden voluntariamente ante el órgano jurisdiccional, ya que esto inclusive puede ocurrir, como se ve en todos los casos en que la intervención del juez es necesa-

[38] MANUEL DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 136-41.
[39] JAIME GUASP: *Derecho procesal civil*, p. 1639.

ria. Agrega que la clásica distinción de la jurisdicción contenciosa frente a la voluntaria, porque la primera se ejerce *inter nolentes* y la segunda *inter volentes*, solo con muchas reservas puede ser aceptada, ya que hay verdaderos procesos sin contradicción de voluntades, y hay jurisdicción voluntaria en que la repulsa de algún interesado no basta para desvirtuar el carácter que normalmente tiene.

Este autor da como fundamento de la jurisdicción voluntaria *la existencia justificante de oportunidad* que, en cada país y en cada época, aconseja que las tareas de la jurisdicción voluntaria permanezcan, como hasta aquí, atribuidas a órganos jurisdiccionales. Es una razón puramente contingente, nacida de que las funciones públicas no reconocen ningún otro órgano más idóneo para ocuparse de la jurisdicción voluntaria. El fundamento de la jurisdicción voluntaria no existe, pues, con carácter absoluto y puede respetarse tan solo desde un punto de vista relativo, sobre la base de la actual división del trabajo entre los órganos de realización del Derecho que conocen los ordenamientos vigentes [40].

32. Crítica a las doctrinas expuestas y nuestro concepto

Se deduce de todo lo expuesto que la doctrina no ha podido llegar a un acuerdo sobre este tema. En realidad, el error ha consistido en tener conceptos extremistas y excluyentes.

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 Chiovenda), porque todos los procesos contenciosos de declaración constitutiva establecen o modifican o desarrollan relaciones jurídicas (juicios de estado civil, nulidad de 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, depósito de personas); ni el carácter preventivo de la voluntaria (Carnelutti), porque son varios los procesos cautelares contenciosos (separación de bienes y cuerpos entre cónyuges, posesorios de perturbación y para demolición de edificaciones 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 realizar la tradición del patrimonio del causante a los herederos, y 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 (solo en casos como el de licencias para vender inmuebles de incapaces, puede decirse que hay tal libertad).

Tampoco nos convence el criterio de Rocco, quien señala como objeto de la jurisdicción contenciosa la actuación del derecho sobre las relaciones jurídicas formadas, y de la voluntaria, la intervención en la formación de relaciones concretas (declarando la conveniencia o legalidad de la condición establecida en la Ley) y conservando el acto jurídico su calidad de declaración privada de

[40] Jaime Guasp, ob. cit., ed. 19, p. 1637-647.

voluntad, a la cual el Estado solo agrega un elemento externo, a fin de que produzca la plenitud de sus efectos jurídicos—función similar a la del notario cuando autoriza una escritura pública—. Como observa ROSENBERG, la jurisdicción voluntaria tiene por misión, en amplia medida, el aseguramiento de derechos existentes (declaración de herederos en juicio de sucesión), y en algunos casos la contenciosa crea nuevos derechos o modifica o suprime derechos existentes (juicios de declaración constitutiva y venta forzosa en ejecutivos, hipotecarios o prendarios). No nos parece admisible su tesis de que en la jurisdicción voluntaria el acto jurídico conserva su calidad de declaración privada de voluntad, como quiera que es necesaria la sentencia para la obtención de los fines jurídicos previstos en la Ley, y entonces no puede ser un acto privado, sino público. A pesar de que el particular satisfaga sus intereses, el proceso, como se ha visto, tiene por finalidad principal el interés público del Estado en la realización del Derecho en cada caso concreto. Además, podría añadirse que en algunos juicios contenciosos, como en los de divorcio, nulidad del matrimonio, separación de bienes, el Estado agrega solo 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 se hacen surtir los efectos jurídicos pretendidos.

Tampoco nos parece aceptable la concepción de REDENTI, porque el carácter preventivo de la voluntaria y el represivo de la contenciosa no son propiedades exclusivas de ninguna de las dos. Esta tesis, que es similar a la de CARNELUTTI, ya fue objeto de nuestra crítica. No solo en los juicios contenciosos de separación de bienes por culpa del demandado (disipación, por ejemplo) se busca defender los derechos patrimoniales del demandante a fin de evitarle mayores perjuicios, como sucede también en los posesorios, sino que igual propósito se busca, inclusive, en los contenciosos declarativos puros. Al buscarse la declaración del derecho o relación jurídica, sin condena contra el demandado, se están previniendo litigios que sin tal declaración pudieran surgir por razón del desconocimiento del derecho o relación jurídica. En cambio, nos parece muy justa la observación que hace y que se transcribió atrás, sobre la característica del control originario de legitimidad o de concurso o auxilio a la autoridad para el buen funcionamiento de institutos jurídicos, que REDENTI le asigna a los actos de jurisdicción voluntaria. Sin que ello sea, en nuestro concepto, característica exclusiva de esa jurisdicción, porque también en el proceso declarativo contencioso y en el de declaración constitutiva se está procurando un control originario de legitimidad del derecho o de la relación jurídica de filiación, paternidad o maternidad que se alegan.

Por último, el criterio formal de ROSENBERG, de considerar procesos de jurisdicción voluntaria a los que la Ley expresamente les dé ese carácter, sirve únicamente para distinguir en la práctica cuáles son contenciosos y cuáles voluntarios, pero no para establecer en doctrina por qué unos deben ser de aquella o de esta clase, y mucho menos sus diferencias intrínsecas.

La cuestión, como se ve, es muy difícil, y por ello se explica que ROSENBERG y DE LA PLAZA consideren imposible una precisa y exhaustiva delimitación entre las dos jurisdicciones.

En Alemania e Italia los funcionarios de la jurisdicción voluntaria pueden

ser o no del órgano juridicial, y se extiende la denominación a muchos asuntos puramente administrativos, atendidos por funcionarios administrativos. Esto acaba de completar la confusión. En España y Colombia los mismos jueces ejercen ambas jurisdicciones

Nosotros creemos que la vieja distinción que mira a la posición que las partes ocupan en la relación jurídico-procesal (CRISTOFOLINI), relacionada con la posición del juez al dictar sentencia *(inter volentes* o *adversus volentes),* es la única admisible.

Sin duda, la intervención del juez en la jurisdicción voluntaria se hace para llenar la formalidad exigida por la Ley y 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 estos 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 e incapaces o para llegar a resultados contrarios al Derecho. Así, el juicio de sucesión es indispensable para previsar la transferencia del patrimonio del causante a sus herederos y el pago de sus acreedores; se necesita autorización judicial para la venta de bienes inmuebles de incapaces, con el objeto de defenderlos de sus administradores; se protege a los menores al exigir la intervención del juez en los casos de adopción y emancipación, nombramiento de tutores y curadores; y se ampara al incapaz en los juicios de interdicción por demencia o disipación, que en Colombia son de jurisdicción voluntaria.

Nos parece característico de la jurisdicción voluntaria que en la solicitud que se formula al juez se le pida que haga una declaración *respecto de los solicitantes* (una o varias personas), sin que para ello sea necesaria la existencia de demandados, ni que se pronuncie una declaración que obligue a otras personas señaladas como tales. Por ello, la sentencia impetrada en la jurisdicción voluntaria se pronuncia solo *en relación con los que la demandan,* al paso que en la contenciosa se pronuncia para resolver y definir la situación jurídica planteada entre *demandante y demandado,* bien sea accediendo a las peticiones de aquel o acogiendo las defensas o excepciones de este.

No decimos que la sentencia dictada en los juicios contenciosos se pronuncia *a favor* de una parte o *en contra* de otra, porque aun cuando ello sucede en la mayoría de los casos, puede ocurrir también que el demandado no se oponga a la demanda, sino que esté de acuerdo en que se haga la declaración impetrada por el demandante, y entonces en realidad el fallo que la concede no va en contra de ninguno de los dos. Esto puede ocurrir cuando se pide la nulidad del matrimonio o el divorcio o la separación de bienes entre cónyuges, y el demandado no se opone e inclusive coadyuva al buen éxito de la demanda; cuando se reclama la calidad de hijo natural o legítimo o la paternidad o maternidad y el demandado acepta su existencia, y en otros muchos casos similares. En estos ejemplos no aparece en el juicio un litigio con oposición de pretensiones, como sí sucedería si en los mismos casos el demandado se opusiera y controvirtiera las peticiones de la demanda. Es por ello por lo que no aceptamos la concepción de CARNELUTTI sobre la composición de la litis como fin y objeto del proceso y la jurisdicción, como anteriormente quedó expuesto (cfr. núms. 20 y 56).

Pudiera alegarse que aun entonces puede existir un litigio prejudicial anterior al proceso, que ha creado la necesidad de acudir o recurrir a él (desavenencias entre cónyuges que han hecho imposible continuar la vida de matri-

monio o en la sociedad conyugal sobre sus bienes), porque la Ley no permite la disolución o liquidación por simple acuerdo de voluntades, sino que es menester una declaración judicial. A ello se responde diciendo que lo que interesa al proceso es *la conducta que en él adopten las partes* y no la que *antes* hayan tenido u observado. Puede ocurrir que entre los herederos surjan controversias sobre la herencia e inclusive la calidad de heredero de algún pretendiente, y que, sin embargo, lleguen a un acuerdo y se presenten al juicio de sucesión sin litigio. Esa controversia prejudicial no afectará la naturaleza voluntaria del juicio. En cambio, si el litigio entre los herederos continúa y alguno pretende impugnar la calidad de otro como tal, será necesario demandarle en juicio contencioso para definir esa situación.

Se tiene, entonces, que existen procesos contenciosos sin litigio cuando las previas diferencias surgidas entre las partes no son motivo de oposición a las peticiones de la demanda, y voluntarios, que pueden servir para darles solución a controversias previas entre los interesados. En aquellos existirá siempre parte demandada, al paso que en estos no la habrá. Así, si se pide al juez que declare heredero al demandante y que se excluya de la herencia a otra persona, no podrá el juez atender esa solicitud abriendo el juicio de sucesión. Deberá remitir al interesado a un juicio ordinario contencioso, y entonces de la demanda surgirá un litigio por resolver y un demandado.

Puede suceder que, después de iniciado el juicio y dentro del procedimiento de jurisdicción voluntaria, surjan conflictos de intereses, controversias e inclusive pretensiones excluyentes de unos para con otros, como ocurre en los juicios de sucesión. Entonces se tiene que si las controversias se relacionan con cuestiones secundarias, ningún efecto producen; pero si ellas atañen a lo sustancial, sus consecuencias son diferentes. Así, por ejemplo, en España, el juicio voluntario se transforma en contencioso, con el fin de decidir las pretensiones opuestas y manteniéndose válida la actuación hasta ese momento; en Colombia, el juicio voluntario no pierde su calidad de tal, pero las decisiones en él adoptadas no configuran cosa juzgada y algunas controversias no reciben decisión, sino que son remitidas a juicio contencioso. Por tanto, en Colombia lo importante es la situación inicial y la manera como se le presenta al juez (ya sea como declaración respecto al peticionario o como una decisión de litigio entre este y un demandado).

En ocasiones es indispensable para la marcha del juicio voluntario que el juez tome una decisión en relación con el punto sustancial controvertido (como, por ejemplo, en el secuestro de bienes, en la posesión efectiva de la herencia, con exclusión de alguno de los herederos reconocidos o revocación del reconocimiento de un heredero por reconocimiento de otro de mejor derecho, en el juicio de sucesión), y es entonces cuando debe pronunciarse al respecto, sin que con ello se configure la cosa juzgada, aun en el caso en que se resuelva por sentencia. Pero en otras el juez no podrá decidir y deberá atenerse a la situación que aparezca en el juicio, remitiendo al interesado a la vía contenciosa pertinente (así sucede cuando se alega en la sucesión que una partida de estado civil o un testamento es falso, o que un matrimonio probado es nulo, o que un hijo con partida de nacimiento no tiene ese carácter, etc.).

Importa tener en cuenta que en Colombia no es característica exclusiva de las sentencias pronunciadas dentro de la jurisdicción voluntaria el que no constituyan cosa juzgada, que impida, por tanto, nuevo proceso sobre el mismo asunto, pues la Ley permite revisar en juicio ordinario el fallo dictado en algu-

nos procesos contenciosos especiales. Estimamos, sí, *que ninguna sentencia de estas tiene fuerza de cosa juzgada* y que, en consecuencia, pueden ser revisadas, en juicio ordinario unas veces, otras por medio del mismo procedimiento. Sin embargo, conviene tener presente que, como los actos ejecutados de conformidad con la sentencia vigente son válidos aun cuando se haya pronunciado una nueva sentencia que modifique la situación jurídica creada por la anterior, puede ocurrir que por haberse agotado completamente los efectos de la primera, sea ya imposible su revisión y un nuevo juicio (esto acontece cuando se dio licencia para enajenar un bien inmueble de un incapaz y se consumó la venta en pública subasta). Pero existen también sentencias, pronunciadas en juicios especiales de carácter contencioso, que por mandato legal pueden ser revisadas en juicio ordinario, por una indebida reglamentación del Código Judicial, que debe ser modificada (lo que ocurre con la sentencia de excepciones y la de pregón y remate en el juicio ejecutivo, la de venta en juicio de acreedores hipotecarios o prendarios, la que fija los linderos en el juicio de deslinde). En doctrina, la cosa juzgada es efecto de toda sentencia definitiva contenciosa.

Por otra parte, consideramos un error de doctrina y de algunas legislaciones el dar la denominación de jurisdicción voluntaria a los asuntos que se ventilan ante funcionarios administrativos, que no corresponden al órgano judicial, sino al ejecutivo, tal como sucede con los asuntos de control de sociedades y bancos, con el registro de títulos o actas de estado civil y los demás que enumeran, para Italia, REDENTI y ROCCO, y para Alemania, ROSENBERG. En tal caso se trata de asuntos administrativos, como muy correctamente los considera la ley colombiana, confiados a las Superintendencias de Sociedades Anónimas y Bancaria, a registradores, a funcionarios de ministerios y a notarios.

Creemos que la noción de jurisdicción voluntaria adquiere mayor entidad y un sentido más técnico si se circunscribe su radio de actividad a los asuntos que le son planteados *al juez* con miras a obtener una sentencia, respecto a los solicitantes, pero que no constituyen cosa juzgada, y que, por otra parte, se pronuncia sin presencia de demandados y tiene como finalidad la declaración de derechos, o la prevención de conflictos, o el cumplimiento de determinados requisitos que la Ley demanda, a fin de que se surtan sus efectos jurídicos *(inter volentes)*. Circunscrita así la esfera de actividad de esta jurisdicción, desaparece la principal razón invocada para negarle su naturaleza real como tal. Entendida y limitada así la jurisdicción voluntaria, nos parece indudable que es una verdadera jurisdicción, tal como ocurre en Colombia y en España.

Reducir el concepto de jurisdicción exclusivamente a los casos en que se desee sentencia para lograr soluciones a un litigio entre demandante y demandado *(adversus volentes)*, es aceptar un rezago del concepto de que el fin del proceso y de la jurisdicción es la *composición del litigio*, rezago que la doctrina contemporánea ya ha desechado. Para nosotros, no existe diferencia sustancial entre el acto del juez que resuelve un litigio y el que da certeza jurídica a un derecho, o precisa su contenido, o produce efectos constitutivos, o legaliza la tradición de los bienes de una herencia. En ambos casos administra justicia; hace actuar la norma objetiva sobre el caso concreto; persigue la realización del derecho y primordialmente el interés del Estado que tiende a que este fin se consiga, y solo de manera secundaria satisface el interés privado de las partes.

33. Resumen de nuestro concepto

Resumiendo nuestro concepto, tenemos que las diferencias entre las dos jurisdicciones pueden establecerse por lo siguiente:

a) *Por la posición que las partes ocupan en la relación jurídico-procesal,* pues al paso que en la voluntaria los interesados que inician el juicio persiguen determinados efectos jurídico-materiales para ellos mismos, en la contenciosa los demandantes buscan producir efectos jurídico-materiales obligatorios para determinados demandados.

b) *Por la posición del juez al dictar sentencia,* pues mientras en la contenciosa el juez decide entre los litigantes *(inter nolentes* o *contra volentem* o *inter invitos),* en la voluntaria, en cambio, se pronuncia solo respecto de los interesados *(inter volentes* o *pro volentibus)*; sin que en la contenciosa el fallo deba ser siempre a favor de una parte y en contra de otras, porque puede satisfacer a ambas.

c) *Por los sujetos de la relación jurídico-procesal,* pues en la voluntaria no existe demandado, sino simple interesado peticionario, al paso que en la contenciosa existe siempre un demandado.

d) *Por el contenido de la relación jurídico-procesal al iniciarse el juicio,* porque en la voluntaria se persigue dar certeza o precisión a un derecho o ciertos efectos jurídicos materiales o legalidad a un acto, sin presentarle al juez inicialmente ninguna controversia ni litigio para su solución en la sentencia, y en la contenciosa, por el contrario, inicialmente se le está pidiendo la solución de un litigio con el demandado, sea que se haya presentado o esté por presentarse y que exista o no desacuerdo en la solución necesaria (puede suceder que el demandado esté de acuerdo en la solución de ese litigio previo mediante las declaraciones pedidas en la demanda, o sea que acepte sus peticiones, y entonces no existe pugna ni litigio controvertido dentro del proceso, pero la presencia del litigio previo viene a ser la causa del proceso, ya que aun cuando en la solución exista acuerdo, sin tal litigio no hubiera sobrevenido el proceso como medio necesario para la solución).

e) *Por los efectos de la sentencia,* porque en la contenciosa lo normal es que tenga el valor de cosa juzgada, al paso que en la voluntaria jamás constituye cosa juzgada (es un error del Código de Procedimiento Civil colombiano el permitir revisión en juicio ordinario de sentencias contenciosas dictadas en juicios especiales; pero mientras subsista esta situación, la diferencia por este aspecto no es absoluta en Colombia). La cosa juzgada hará la sentencia inmutable, además de obligatoria. La sentencia voluntaria será obligatoria mientras no sea modificada, pero no inmutable, porque puede modificarse (con la salvedad de las que autorizan la venta o permuta de bienes de incapaces, una vez consumado tal acto).

Las demás diferencias anotadas por las varias teorías no las aceptamos, porque se refieren a cuestiones que pueden ser comunes a ambas jurisdicciones o se deben a errores en la calificación de la verdadera naturaleza de la jurisdicción voluntaria y del fin perseguido con ella, como antes dejamos explicado. Y ambas son para nosotros verdaderas jurisdicciones y comprenden procesos seguidos ante funcionarios judiciales.

34. 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 denomina *fuero común*. Pero la complejidad de las relaciones sociales obligó a diversificar el derecho que debía armonizarlas, y así fue como aparecieron la rama civil y la penal; luego vinieron la comercial, la administrativa, la laboral, la de minas, la fiscal y la constitucional; posteriormente, y ante las muy diversas situaciones que en las varias ramas del derecho material se presentaban y cuyo estudio requería normas, principios y criterios diversos, surgió la agrupación de las cuestiones procesales tocantes a ellas, en grupos similares, y fue así como se cristalizaron las distintas ramas del derecho procesal que hoy conocemos, las cuales se clasifican en civil, penal, laboral, contencioso-administrativa, penal-militar, fiscal, de aduanas y, en algunos países, la comercial.

El ideal es que para cada rama del derecho procesal exista una organización judicial propia, con funcionarios especializados, que conozcan exclusivamente de una determinada rama o materia del Derecho. Para cumplir con este propósito se procedió a dividir a los jueces en grupos, se le asignaron a cada uno determinados negocios, según la rama a que pertenecieran, otorgándoles la facultad de administrar justicia. Surgieron luego organizaciones paralelas, de igual dignidad e importancia, que en ocasiones y por razones de economía de personal y de gastos se mezclaron y utilizaron en el conocimiento de asuntos diversos.

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

A pesar de esta diversificación, existe una jurisdicción a la que corresponde conocer de todos los asuntos que la Ley no asigna a una especial, y es conocida como jurisdicción ordinaria o común. A esta corresponden todos los asuntos que no han sido expresamente asignados a otras. No significa ello que la jurisdicción del Estado se divida o ramifique, porque bien sabemos que es una (cfr. núm. 25), sino que para el mejor logro de sus fines se ejerce por diferentes procedimientos y funcionarios, quienes la adquieren para administrar justicia solamente en asuntos que corresponden a su respectiva jurisdicción.

CAPITULO VII

DISTRIBUCION DE LA JURISDICCION ENTRE LOS DIVERSOS DESPACHOS. LA COMPETENCIA

35. Qué se entiende por competencia

En varias ocasiones hemos dicho que el desarrollo del Estado moderno ha impuesto la división del trabajo en la administración de la justicia, y que ello ha hecho surgir la división de las jurisdicciones (civil, penal, etc.; cfr. número 25), y en cada una de estas, la creación de una pluralidad de jueces, a quienes se ha confiado la resolución de los múltiples y diversos negocios. Esa pluralidad puede ser sucesiva o simultánea (cfr. núms. 4, 19, 25, 150, 153).

De ahí que si bien la jurisdicción, como facultad de administrar justicia, incumbe a todos los jueces y magistrados, sin embargo su ejercicio es indispensable reglamentarlo dentro de cada rama jurisdiccional. Y es esta la función que desempeña la competencia.

«La competencia—nos dice el profesor Luis Mattirolo [1]—es la medida como se distribuye la jurisdicción entre las diferentes autoridades judiciales.» Carnelutti afirma que la jurisdicción es el género y la competencia es la especie, ya que por esta se otorga a cada juez el poder de conocer de determinada porción de litigios [2]. Y Rocco [3] expresa que la competencia no es otra cosa que la parte del poder jurisdiccional que corresponde en concreto a cada oficina u órgano.

Competencia es el poder jurisdiccional que pertenece al funcionario o adscrito al despacho (juzgado, tribunal, Corte), considerado en singular. La jurisdicción corresponde a todos en conjunto. Entre ellos hay una diferencia *cuantitativa* y no cualitativa.

Por eso podemos considerar la competencia desde un doble aspecto: el *objetivo,* como el conjunto de 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.

Estas reglas de distribución que reglamentan la competencia obligan tanto a los jueces como a los particulares. De suerte que solo cuando, conforme a ellas mismas, se puede escoger entre varios jueces, los particulares tienen la facultad de elegir, pero precisamente entre los que la Ley señala. De ahí la división de la competencia en *prorrogable* e *improrrogable, absoluta* o *relativa,* que más adelante veremos (cfr. núm. 38).

---

[1] Mattirolo: *Tratado de derecho judicial civil,* 1.ª ed., Edit. Reus, Madrid, t. I, p. 3.
[2] Carnelutti: *Sistema,* t. II, p. 286 y ss.
[3] Rocco: *Trattato,* ed. 1957-1962, t. I, p. 274-75.

El profesor DE LA PLAZA dice a este respecto: «Como, en realidad, la competencia dice relación al órgano jurisdiccional, en su tratamiento procesal influye poderosamente el concepto que de la jurisdicción se tenga; si el proceso se considera negocio privado, es lógico que a los litigantes se conceda una facultad que les permita recurrir al juez de su elección. Si, por el contrario, se reputa instituto público, es la Ley la que debe determinar la competencia, sin que a las partes sea lícito separarse del criterio imperativo de la norma legal: por eso ha podido decirse que la competencia, actualmente, es más la extensión de un deber que el límite de un derecho» [4].

Es decir, un juez es competente para un asunto cuando le corresponde su conocimiento con prescindencia de los demás que ejercen jurisdicción en el mismo territorio o en territorio distinto, o que conocen de casos semejantes.

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

La distinción entre las dos nociones es más importante cuando existen diversas jurisdicciones: civil, penal, laboral, contenciosa, militar, fiscal, aduanera, eclesiástica (la última muy limitada).

De manera que lo primero que debe hacer un juez cuando se le 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 determinación de la competencia es fundamental en todo proceso, no solo para precisar el juez ante quien deba llevarse la demanda, sino para determinar los funcionarios que posteriormente puedan conocer del asunto. Fijado el funcionario de primer grado, quedan al mismo tiempo señalados los de categoría superior que podrán ocuparse del juicio, mediante los recursos ordinarios y extraordinarios que la Ley reglamenta (apelación, casación).

Además, como una consecuencia de la unidad del proceso, la incompetencia del funcionario que inicialmente conoció del asunto vicia de nulidad la relación jurídico-procesal, y, por tanto, todos los actos procesales de este y de los superiores quedan afectados del mismo vicio y desaparecen en cuanto a su validez una vez declarada la nulidad. Por el contrario, si en el momento de presentarse la demanda el juez era competente, y por un hecho posterior—como la vigencia de una nueva norma legal—deviene incompetente, los actos realizados conservan su valor y la demanda produce sus efectos (para prescripción, por ejemplo); la relación procesal se transforma simplemente y el proceso va al juez que ha llegado a ser el competente, mediante la remisión del expediente que debe ordenar el que dejó de serlo.

La distribución de los negocios judiciales opera no solo entre los distintos despachos, sino entre los varios jueces o magistrados de un mismo despacho, cuando es plural (cfr. núm. 41). 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, hay competencia *por delegación*. Esta generalmente se limita a la práctica de diligencias o pruebas.

---

[4] DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 238.

36. 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 (se llama también competencia *por materia*), o de su valor (competencia *por cuantía*), o sea el valor económico de tal relación jurídica (cfr. núms. 44-45).

El *subjetivo* mira a la calidad de públicas de las personas que forman las partes del juicio: nación, municipios, etc., cuando la Ley señala jueces especiales para conocer de sus litigios.

El *territorial* hace relación a la circunscripción territorial dentro de la cual el juez puede ejercer su jurisdicción; los diversos pleitos de igual naturaleza pueden ser conocidos por todos los jueces que existen en el país, de igual clase y categoría, de modo que para ser distribuidos se tiene de presente el lugar del domicilio de las partes o el de la ubicación del objeto materia del juicio (cfr. núms. 46-47).

El *funcional* se deriva de la clase especial de funciones que desempeña el juez en un proceso y de las exigencias propias de estas, y en razón de que su conocimiento se halla distribuido entre varios jueces de distinta categoría. Así, tenemos jueces de primera y de segunda instancia. Los anteriores factores miran «al modo de ser del litigio»; este, «al modo de ser del proceso» [5].

La *conexión* no es propiamente un factor de competencia por sí misma; se refiere a la modificación de la competencia cuando existe acumulación de pretensiones, en un mismo proceso o de varios procesos, si un mismo juez no es competente para conocer de todas aquellas o de todos estos.

Entonces tenemos que *un juez es competente* cuando por la materia, por el valor, por las personas que intervienen, por las funciones que va a desempeñar, por el lugar en donde está radicado, y en consideración a la conexión de pretensiones y procesos, le corresponde el conocimiento del pleito.

37. 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 juicio*, sin que las modificaciones posteriores puedan afectarle.

Es apenas natural que el actor se atenga a la situación existente en el momento en que demanda para cualquier efecto jurídico, y con base en ella investigará cuál es el juez que debe conocer de su demanda. El no está en capacidad de prever, por lo general, las alteraciones que en el futuro puedan ocurrir en relación con esa situación, y en caso de ser previsible no tiene la seguridad de que ellas se sucedan. Su litigio de todas maneras versará sobre lo que existe en ese momento, y el juez, al asumir su conocimiento, deberá basarse también en esa realidad.

---

[5] Carnelutti: *Sistema*, t. II, núm. 231.

Como dice DE LA PLAZA [6], la *perpetuatio jurisdictionis* no es otra cosa que el reflejo de los efectos procesales de la demanda en la jurisdicción y en la competencia del juez, ora para evitar que las modificaciones que durante el juicio se produzcan, en las circunstancias determinantes de la competencia, sustraigan el asunto, *ya iniciado*, de su conocimiento, bien para señalar el momento en que las partes queden vinculadas a esa competencia sin serles posible retirar la demanda para someterla a otro juez. DE LA PLAZA habla de «desistir de la demanda», pero nos parece que el desistimiento significa que la relación jurídico-procesal está constituida, por haberse admitido la demanda y citado al demandado; al paso que ese segundo efecto de la *perpetuatio jurisdictionis* se refiere a la preclusión de la oportunidad de *retirar* la demanda antes que se le haya dado traslado de ella al demandado mediante la citación y mientras el actor es el único interesado en el proceso.

Como hemos advertido, se trata de una situación *de hecho* y no de derecho, ajena a las normas legales que regulan la competencia o la jurisdicción. Si el legislador resuelve otorgar a otros jueces de la misma jurisdicción o de una diferente el conocimiento de los negocios que versan sobre determinada materia o respecto a ciertas entidades públicas, o modifica la competencia en razón de la cuantía o las circunscripciones territoriales dentro de las cuales puede ejercer sus funciones, la cuestión será fundamentalmente distinta.

Si la nueva ley dispone que los procesos en curso se sometan a ella y ordena pasarlos a los jueces a quienes los adscribe, como norma de orden público que es, tiene aplicación inmediata y no será posible alegar como derecho adquirido (que en estas materias no puede existir) que el juez competente es quien lo inició, y deba, por tanto, continuar su trámite.

Si nada dice la nueva ley sobre los procesos en curso, es menester entonces aplicar los principios que se estudiaron al tratar de la aplicación de la ley procesal en el tiempo (cfr. núm. 15). La doctrina es unánime en aplicar la ley procesal posterior a los *hechos extraprocesales* cuya eficacia jurídica se discute, sea que hayan ocurrido antes o después de su vigencia, pero también lo es en excluirla respecto de los hechos procesales acaecidos antes; solo los efectos que la ley anterior atribuía a hechos procesales ocurridos durante su vigencia subsisten bajo el imperio de la nueva ley que la reforme, y en cuanto a los hechos que hayan de sucederse a partir de esta última, no puede tener aplicación aquella. Tal es, precisamente, el caso de la ley que varíe la jurisdicción o la competencia, ya que el juez que conocía del negocio que en adelante debe corresponder a otro deviene incompetente, pero lo actuado por él es válido [7] (cfr. núms. 15, 43, 314).

La *perpetuatio jurisdictionis* no existe, como se ve, frente a las nuevas leyes procesales, y solo 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.

No incluimos la naturaleza del pleito o competencia por razón de la materia, por 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 alternación de la situación de hecho, objeto de la litis,

---

[6] Ob. cit., t. I, p. 355.

[7] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, núm. 4, p. 155-65; CARNELUTTI: *Sistema*, t. I, núm. 33.

sino que estaríamos en presencia de una nueva litis, lo cual requiere demanda distinta y otro proceso (cfr. cap. XXI).

Admitiendo la hipótesis de que pudiera variarse la naturaleza del pleito reformando la demanda, se tendría necesariamente que reconstruir la *litis contestatio*, con nueva citación del demandado para correrle el traslado de la demanda corregida, y entonces estaríamos frente al principio general de que la competencia se determinaría por la situación de hecho existente en ese momento.

Tampoco se incluye el factor funcional, por cuanto la competencia del juez de segunda instancia se determina por la del juez de primera instancia: conocido cuál debe ser este, automáticamente y por ministerio de la Ley queda señalado aquel. Claro que el factor funcional indica quién debe ser el juez de primera instancia, pero ello en virtud de los factores objetivo, subjetivo y territorial; si no hay alteración en estos, no puede ocurrir en aquel.

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, valorización 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.

El litigio puede recaer no propiamente sobre la cosa, sino sobre el interés o derecho que se tenga sobre ella (distinto del dominio), como su usufructo, su uso o habitación, una servidumbre, etc. También pueden presentarse alteraciones en el valor de ese derecho o interés, y la solución es idéntica.

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 juicio (cfr. número 44).

b) Las partes pueden variar de domicilio durante el curso del juicio, pero la competencia señalada por el que se tenía en el momento de admitirse la demanda (en relación con el actor) o de citarse al demandado continuará hasta finalizar el juicio. No tendría efectos el pacto que celebraran las dos partes, después de iniciado el juicio, con el fin de convenir un domicilio contractual o fuero judicial diferente; para que ello tuviera eficacia sería menester desistir del juicio e iniciar uno nuevo, pero en tal caso no se trataría de que la competencia se alterara o modificara, sino que estaríamos en presencia de la conclusión del primitivo juicio (cfr. núms. 46 y 296).

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 le afectará para nada, aun cuando ello se haga por mutuo convenio de las partes, y en tal situación deberá el juez rechazar la solicitud conjunta que hagan para declararse incompetente y ordenar se pase el negocio al juez del otro lugar; solo con un desistimiento se podría impedir que continuara conociendo hasta el final.

38. Competencia absoluta y relativa: prorrogable e improrrogable

Por regla general, la determinación de la competencia es de interés público, y ello en razón de que mira a la organización de la función judicial y hace referencia a la distribución y asignación de funciones entre los varios funcionarios que componen uno de los órganos del Estado.

Cuando ese interés público priva, lo que es regla general, las normas sobre competencia tienen carácter imperativo y entonces nos hallamos ante la *competencia absoluta* o *improrrogable*. En este caso los particulares no pueden, ni aun poniéndose de acuerdo, llevar el negocio a conocimiento de juez diferente.

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. Es entonces cuando se admite que la parte en cuyo favor se ha establecido lleve o acepte el juicio ante juez distinto del que debía conocer de conformidad con las normas abstractas que regulan ese factor, pero ello siempre que sea competente por los demás factores.

Cuando esto sucede, estamos en presencia de la *competencia relativa* o *prorrogable*, la que se fija por el factor territorial cuando hace relación al domicilio de las partes y en algunos casos por el lugar en donde deba cumplirse la obligación, o por el señalado como fuero especial por los contratantes, o por la ubicación de los bienes, *si es concurrente* con el domicilio.

El factor territorial por ubicación de los bienes puede ser concurrente o a prevención con el domicilio, cuando la Ley permite escoger aquel o este. Cuando ello sucede, la competencia es relativa o prorrogable. Pero si nos hallamos en presencia de un factor exclusivo por causa de la situación de los bienes, por mandato legal, la competencia será absoluta e improrrogable.

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.

La falta de competencia improrrogable debe hacerse valer de oficio por el juez, pero no la prorrogable, la cual solo puede alegarla la parte interesada, cuyo silencio significa su voluntad de prorrogarla. El juez puede rechazar la demanda en el primer caso, pero no en el segundo, porque le usurparía al demandado el derecho de prorrogar competencia, si así lo desea.

Competencia prorrogable es lo mismo que competencia relativa, y *competencia improrrogable* es sinónimo de competencia absoluta.

Veamos *quiénes pueden prorrogar la competencia*. Pueden prorrogarla quienes sean capaces; los menores, los locos, los incapaces, los que no tienen la administración de sus bienes ni pueden comparecer por sí mismos, no pueden prorrogarla. Este principio, como observa José María Manresa y Navarro [8], viene desde el derecho antiguo y el novísimo.

Como la prórroga de competencia no implica un acto de disposición de los bienes o intereses materiales de la litis, sino de administración de los medios de defensa, no vemos razón alguna para exigir una especial facultad o para

[8] *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, ed. 1943, p. 285.

prohibirles a los padres, tutores, curadores y apoderados que la acepten o la propongan.

Tampoco es indispensable autorización expresa para pactar un fuero especial en el contrato celebrado por mandatario, por las mismas razones. Nos separamos en este punto de este clásico autor español.

Es importante tener en cuenta que la jurisdicción no es prorrogable jamás. Hay notoria impropiedad de lenguaje cuando se habla de prórroga de jurisdicción, en vez de competencia, como lo hace precisamente MANRESA Y NAVARRO. Las normas legales que asignan a una jurisdicción especial (contenciosa, militar, fiscal, eclesiástica) el conocimiento de cierta clase de asuntos, o que dividen los correspondientes a la ordinaria en las ramas civil, penal y laboral, son de orden público, imperativas, de carácter absoluto (cfr. núms. 3 y 25).

La voluntad del juez no es necesaria para que la prórroga de la competencia se opere, como observa el mismo autor. Esta es la razón para que consideremos inoperante el rechazo de la demanda por aparecer de sus hechos o de los documentos anexos que el demandado es vecino de otro lugar, pues se usurpa a este la facultad de resolver si prorroga o no la competencia, lo cual hace indispensable que, admitida la demanda, se le haga la respectiva citación.

Prorrogada la competencia por las partes, los herederos y los cesionarios, en caso de muerte o cesión, quedan obligados por esa decisión. En cambio, los terceros citados al juicio como partes principales pueden objetar la competencia, por su situación procesal independiente, como lo admiten en España la doctrina y la jurisprudencia [9] (cfr. núms. 192-93).

Como la competencia es un presupuesto procesal, su falta acarrea nulidad y, como consecuencia, no es posible proferir sentencia. Por este motivo consideramos que la incompetencia, de cualquier clase que sea, debe ser alegada en excepción previa o como incidente de nulidad, pues no es posible proponerla para que el juez la estudie en la sentencia, la cual tendría que ser inhibitoria al encontrarse demostrada en los autos. Como consecuencia de ello, si se trata de factor territorial prorrogable, debe alegarse como nulidad *tan pronto se actúe en el juicio* o como motivo de reposición del auto admisorio de la demanda. El demandado debe manifestar oportunamente su inconformidad con la competencia territorial escogida por el actor, en defensa de la economía procesal, y su silencio debe entenderse como aceptación de la prórroga. En la segunda instancia se le debe rechazar la pretensión—contraria a la lealtad procesal—de hacer invalidar lo actuado si la sentencia le fue desfavorable. La debida notificación del auto admisorio de la demanda le impone la carga procesal de comparecer y alegar la incompetencia en la primera instancia.

En España, donde los textos legales son similares a los nuestros y nos sirvieron de modelo, se entiende que el demandado prorroga competencia por el hecho «de hacer cualquier gestión, después de apersonarse en el juicio, que no sea la de proponer en forma la *declinatoria*»[10]; doctrina repetida en numerosas sentencias del Tribunal Supremo [11]. Debemos aplicar la misma doctrina en Colombia, por estar de acuerdo con el criterio adoptado en el artículo 153 del C. J., pero adicionándola como proponemos: si el demandado no concurre

---

[9] DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 236.
[10] Ibídem, p. 235.
[11] Ibídem, p. 238.

a defenderse, a pesar de recibir la citación en forma legal, la sentencia de primer grado precluye la oportunidad de objetar la competencia prorrogable; si lo hace antes y en cualquier forma actúa sin alegar la incompetencia, se entiende que la está prorrogando. La lealtad y la economía procesales así lo exigen.

De la Plaza cita también una sentencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual hay sumisión o prórroga tácita por «apelar de la sentencia, habiendo estado rebelde en primera instancia»; esta doctrina contiene la tesis que sostenemos.

39. La prórroga convencional previa al juicio

En cuanto hace a la prórroga de competencia por acto anterior al juicio *(pactum de foro prorrogando)*, se presentan algunas cuestiones de no fácil solución.

La validez del pacto es clara, pero la manera como debe estipularse se presta a discusiones. Se ha generalizado la costumbre de incluir en los contratos de hipoteca, prenda, mutuo, inclusive en letras y pagarés, la cláusula de que el deudor se somete a cualquier juez del territorio nacional competente por cuantía. ¿Es admisible esta forma de prorrogar competencia?

En España la doctrina y la jurisprudencia exigen que la sumisión a un juez distinto del domicilio del demandado se haga de manera precisa, indicando el lugar, y se niega valor a la contenida indeterminadamente, como en el caso de que se autorice al acreedor para elegir el juez o se diga que «los efectos del contrato quedan domiciliados en determinada población», porque ha de ser *manifiesta* y no cabe por deducción.

Numerosas declaraciones del Tribunal Supremo han dicho que «es ineficaz la cláusula en que la opción al fuero se entrega a una de las partes» (sentencias de 8 de junio de 1943, 6 de julio de 1945, 22 de marzo, 8 de mayo y 10 de diciembre de 1946) [12].

Consideramos aplicable esta doctrina en Colombia, porque los ordinales 2.° y 3.° del artículo 152 del C. J. dicen que debe haberse «elegido» el lugar donde ha de cumplirse la obligación o «señalado domicilio especial», conforme al artículo 85 del Código Civil, texto que por su parte dice: «Se podrá en un contrato establecer de común acuerdo *un* domicilio *especial* para los actos judiciales y extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato.» De manera que no está permitido pactar un domicilio general o indeterminado, lo cual se justifica plenamente para evitar la sorpresa y deslealtad en el procedimiento al permitir al acreedor escoger cualquier lugar alejado del domicilio del deudor, para emplazarlo allí alegando ignorar su residencia y burlarle el derecho constitucional de defensa. Cabe, sí, señalar *expresamente* dos o más lugares concurrentes.

Es necesario considerar que puede pactarse tácitamente el fuero especial, por el hecho de elegirse un lugar para el cumplimiento de la obligación; luego el requisito de que la prórroga o sumisión debe ser manifiesta o expresa se cumple, ora diciendo con cualesquiera palabras que se podrá recurrir al juez de determinado lugar (se entenderá siempre que es el competente por los demás factores), o eligiendo un domicilio para efectos judiciales, o bien señalando expresamente un lugar para el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

---

[12] De la Plaza, ob. cit., t. I, p. 236-38.

40. Competencia privativa y preventiva

Existe competencia privativa cuando el juez que puede conocer de un asunto excluye en forma absoluta a los demás, y hay competencia preventiva 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 la competencia preventiva adquiere el carácter de privativa una vez que se asume el conocimiento por uno de los jueces y se notifica la demanda, no puede formularse de nuevo la demanda ante otro de los preventivamente competentes estando en curso el primer juicio, y si se hace, existirá un caso de *litis pendentia* y de usurpación de competencia y nulidad.

41. Competencia externa y competencia interna. Reparto

Carnelutti nos habla de competencia externa e interna, entendiendo por la primera la distribución de los juicios entre los distintos jueces y tribunales, y que es, precisamente, la que hasta ahora hemos estudiado, cuyos factores son: el objetivo, el territorial, el funcional, el subjetivo y el de conexión. 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 municipales para un mismo municipio, por ejemplo).

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 y magistrado.

En los casos indicados, como hay varios funcionarios competentes para el juicio, en el mismo territorio, que ejercen simultáneamente sus funciones, se trata de dividir entre ellos el conjunto de procesos sujetos a su conocimiento, para facilitar su marcha y establecer un régimen de equitativa igualdad respecto al trabajo que cada uno debe rendir.

Los distintos jueces civiles de igual categoría y del mismo territorio, o los varios magistrados de la sala civil de un mismo tribunal, 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. En tal caso 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, o se sigue otro procedimiento análogo.

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

42. Competencia legal y competencia por delegación

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*.

En este último caso, el funcionario no sería competente, de acuerdo con los factores estudiados; pero, sin embargo, aprehende el conocimiento del asunto, para ciertos efectos, por delegación de la competencia del juez que la tiene, generalmente, para la práctica de ciertas diligencias (como notificaciones, secuestros, exhibición de bienes o documentos), o de pruebas (inspecciones oculares, posiciones, recepción de declaraciones). Con todo, en ocasiones la delegación incluye la facultad de decidir y fallar el negocio. La primera es una delegación *parcial*; la última es *total* y se limita a los casos en que al casar la Corte Suprema una sentencia, ordena que se vuelva a dictar por un tribunal distinto del de origen como medida excepcional que en algunos códigos, como el colombiano, se contempla y que no se justifica.

43. Pérdida y suspensión de la competencia

Como es obvio, cuando se pierde la jurisdicción cesa la competencia para todos los negocios, ya que sin aquella no puede existir esta (cfr. núms. 20 y 35). 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 de la misma o de distinta rama; en el último caso hay, además, pérdida de la jurisdicción para ese negocio, como cuando se dispone pasar a la rama laboral ciertos juicios 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 juicio, se pierde la competencia, aunque la jurisdicción del juez no resulte afectada.

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

44. Qué se entiende por competencia por el valor del pleito

El valor del pleito sirve para determinar no solo la competencia del juez, sino el procedimiento que debe seguirse. Nuestro Código establece distintos procedimientos para los negocios de mínima, menor y mayor cuantía.

La mayor o menor importancia económica del negocio opera como factor para determinar la competencia del juez que debe conocerlo, de conformidad con el principio de que a menor valor del litigio debe corresponder un menor

costo en su composición. Así como a mayor circunscripción territorial corresponde un juez de superior jerarquía y los procesos son más largos y costosos cuando las partes disponen de mayores recursos, así también a menor valor debe corresponder un juez con competencia territorial más reducida, para que esté más al alcance de los interesados, y un procedimiento con menores recursos y gastos.

También al Estado debe resultarle más barata la función de administrar justicia en el caso de juicios de inferior valor; por eso conocen de ello jueces de inferior jerarquía y con sueldos menores.

Veamos cuáles son los criterios para determinar el valor o la cuantía de los juicios.

Existen cuatro sistemas para fijar la cuantía de la demanda:

1) establecer presunciones *juris et de jure*;
2) confiar la valoración al criterio del juez;
3) dejarla a la voluntad de las partes;
4) establecer un procedimiento previo para probarlo.

Cada uno de estos sistemas presenta ventajas y desventajas. La apreciación por el juez es el menos aconsejable, porque generalmente carecerá de medios para fijar su criterio; dejar solo al actor la fijación de la cuantía puede originar arbitrariedades. El primer sistema es inaplicable como norma general por la multiplicidad de casos. Creemos que lo mejor es combinar los dos últimos sistemas, es decir, que sean las partes las encargadas de fijar la cuantía del juicio, de manera que si existe acuerdo respecto de la cuantía señalada en la demanda, esta se tiene por tal sin más requisitos y sin poder el juez rechazarla, aunque debe entenderse que no puede ser inferior a la cuantía que aparezca del conjunto de la demanda. Por ejemplo: si se trata de una acción de condena por pago de dinero dado en mutuo en cantidad de dos mil pesos, la declaración que se hiciera de que la cuantía se estima en menos de mil no tendría ninguna significación. Se entiende que hay acuerdo entre las partes y que la cuantía queda señalada definitivamente cuando el demandado acepta o no impugna en tiempo la apreciación del demandante.

Cuando las partes no están de acuerdo sobre la estimación de la cuantía, por considerar el demandado que el demandante lo ha hecho erróneamente, se debe aplicar un procedimiento rápido y efectivo para que se regule, sin suspender el curso del juicio; por ejemplo, mediante avalúo de un perito designado por el juez.

En la apreciación del interés económico inmediato que constituye el valor de la demanda, debe aplicarse un criterio objetivo; es decir, no deben tenerse en cuenta las circunstancias de naturaleza puramente subjetiva y que miran solo a una de las partes en su peculiar condición, tales como el afecto o aprecio que le profesen al objeto, su habilidad especial para hacerle producir rendimientos, su condición favorable para explotarlo, como en el caso de un negocio establecido o en perspectiva. La demanda consta de tres elementos: *sujetos, petitum* y *causa petendi*; para la fijación de su cuantía se deben considerar los dos últimos en forma conexa, esto es, el valor de lo que se pide en relación con la *causa petendi*, o dicho de otra manera, el valor de la relación jurídica dentro de los límites del *petitum*[13]. O, como dice CARNELUTTI, se considera el bien litigioso y el interés que sobre él reclama el inte-

[13] CHIOVENDA: *Principios*, t. I, núm. 27, p. 635.

resado [14]. No es lo mismo reclamar la propiedad de una cosa que su uso como arrendatario o usufructuario.

El valor del pleito, para efectos de la cuantía, siempre debe apreciarse en dinero.

Por otra parte, en cuanto al tiempo, es el momento en que la demanda se presenta el que debe tenerse en cuenta; es lo que se conoce como la *perpetuatio jurisdictionis*. Y esto trae varias consecuencias, como vimos en el número

Si con posterioridad al nacimiento de la relación procesal aparece reducido el valor por depreciación de la cosa o porque, como consecuencia del debate procesal, se debe rechazar en parte la petición del actor, esto no afecta la competencia del juez, aun cuando quede el pronunciamiento o el real valor de la cosa por debajo del límite mínimo que la Ley le señala. Si el juez puede reducir a cero la petición, negándola totalmente, con mayor razón podrá concederla por cualquier suma inferior a la fijada en la demanda. Lo importante es que el juez sea competente para pronunciarse sobre la demanda, como dice CHIOVENDA [15], sea que se condene o que se absuelva en todo o en parte. En el mismo sentido opina DE LA PLAZA [16].

Si el demandante corrige la demanda y, como consecuencia de nuevas peticiones o de la reforma de las anteriores, el pleito sube del valor máximo que le atribuye la Ley a la competencia del juez, este quedará sin competencia para continuar conociendo. Entonces, en realidad, se tiene una nueva demanda cuya apreciación se hace en el momento de ser presentada, y lo actuado por el juez, mientras era competente, permanece válido y el expediente debe ser remitido al superior.

Si el bien objeto de la demanda aumenta de valor por cualquier circunstancia (valorización del sector donde se halla ubicado, si es inmueble; descubrimiento de alguna condición ignorada, si es mueble, etc.), esto no afecta para nada la competencia del juez.

Las mismas consideraciones valen respecto a la pertinencia del recurso de casación.

Puede suceder que la prestación reclamada en la demanda sea periódica o que deba pagarse en varios contados y con distintos plazos; en tal caso se atenderá la forma como la acción ha sido ejercitada. Si se pide al juez que decida sobre la validez o existencia de la relación jurídica en su totalidad, ese valor íntegro será el que deberá tenerse en cuenta.

Pero si se solicitan unos contados y no es materia de la demanda la existencia total del título y su validez, será el valor de esos contados lo que determinará la competencia. Si no se puede saber el valor de la relación total (como acontece en los juicios de alimentos o de pensiones vitalicias), se considera como de mayor cuantía.

Bien puede ocurrir que el valor del objeto sobre el cual recae la demanda sea diferente del interés perseguido en ella por el actor, como en el juicio prendario o hipotecario (el crédito puede valer menos que el bien pignorado); entonces será el valor de tal interés, y no el del objeto, lo que constituye la cuantía.

Los autores distinguen dos clases de accesorios: en sentido estricto y en sentido general o lato. A los primeros corresponden las pretensiones que de-

[14] *Sistema*, t. II, núm. 240.
[15] Ob. cit., t. I, núm. 27, p. 636.
[16] Ob. cit., t. I, p. 242.

penden de una principal, que son exteriormente distintas, no obstante perseguir el mismo interés económico, como sucede con la derivada de un crédito y la hipotecaria del mismo, o la de declaración de un crédito y la concesión de una garantía, que cita CHIOVENDA como ejemplo [17]. Estos accesorios se estiman separadamente, sin sumarse, por cuanto se trata de una acumulación. Los segundos representan un interés económico por sí mismos, aun cuando dependan de la acción principal, como los intereses, los gastos, los daños y la cláusula penal, y es más difícil su apreciación para los efectos de la cuantía.

La ley italiana hace la distinción entre accesorios anteriores a la demanda y posteriores a ella, y dispone que los primeros se sumen a la acción principal, mas no los segundos. Se aplica de esta manera el principio de que es el momento de la presentación de la demanda el que deberá tenerse en cuenta. Igual cosa dispone la ley española. Nuestro Código Judicial nada dice, pero somos del parecer que debe aplicarse la misma solución, puesto que esos accesorios forman parte del valor reclamado en la demanda, representado por el capital y por ellos. El *petitum* se halla formado por una sola prestación, en realidad.

De manera que sólo se consideran los accesorios pendientes o exigibles en el momento de la demanda; los frutos no se estiman, y si su acumulación durante el tiempo del juicio hace exceder el valor total sobre el límite máximo de competencia del juez, no por eso estará impedido para pronunciarse sobre ellos. Es una aplicación del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, en virtud del cual la competencia se determina en el momento de la demanda y se mantiene inalterable ante las variaciones que ocurran posteriormente en la situación de hecho.

45. COMPETENCIA POR LA MATERIA O LA NATURALEZA DEL NEGOCIO. CÓMO OPERA ESTE ELEMENTO DEL FACTOR OBJETIVO

Es este el segundo elemento del factor objetivo y contempla ciertos caracteres del negocio o litigio distintos de su valor, del territorio, de las funciones especiales desempeñadas por el juez en el proceso (factor funcional) y de la calidad peculiar de las partes (factor subjetivo). Son tan diversos esos caracteres que, como anota CARNELUTTI, no es posible reducirlos a una categoría.

Es un elemento que mira al negocio o litigio en sí mismo, a sus características peculiares, en virtud de las cuales el legislador considera que debe señalarse un juez de superior jerarquía para su conocimiento, con prescindencia del valor que tenga. Dado que se tiene en cuenta la importancia del asunto, es un criterio similar al de la cuantía, pero desde otro punto de vista, pues ya no se trata de apreciar su valor económico, sino las circunstancias de otro orden, como los intereses de la familia, la defensa de incapaces, el interés general en razón de la clase de bienes sobre los cuales verse el juicio y su importancia en la organización social o económica del país, o la que represente para el Fisco o la Administración, y otras razones.

---

[17] Ob. cit., núm. 638.

46. Competencia por razón del territorio. Noción de fuero o foro. Y de domicilio

Como sería imposible centralizar en un solo lugar la sede de todos los jueces de un país, hecho este que vendría a colocar a las partes en dificilísima situación para poder así recurrir a la justicia, y ello implicaría hacer más caro el proceso, la Ley ha distribuido el territorio en forma de adscribir a los diversos jueces una porción de él, teniendo presente su categoría y las funciones que les son propias (cfr. núms. 150-53).

Se habla en tal sentido de la *circunscripción* de un juez para designar el territorio dentro del cual ejerce su jurisdicción y tiene competencia en aquellos asuntos que, de conformidad con los otros factores, le correspondan. Por ello se dice que el territorio es uno de los límites de la jurisdicción para cada funcionario.

Es decir, el territorio por sí solo determina la competencia de manera relativa, respecto de los distintos jueces que en un mismo territorio ejercen jurisdicción, con exclusión de los que la ejercen en diferentes territorios. A fin de radicar la competencia en cabeza de un juez determinado entre los varios que existen en la misma circunscripción, es menester recurrir a los factores de cuantía, naturaleza del asunto y subjetivo.

Como observa Carnelutti, el factor territorial responde a un criterio de distribución *horizontal* de los distintos jueces, mientras que el factor funcional, que luego veremos, responde a un criterio de distribución *vertical* o por grados de jerarquía [18].

El principio de economía procesal, consistente en hacer a las partes más barato el proceso, exige que el juez se halle lo más próximo posible del lugar en donde el litigio se desenvuelve, y de ahí que se imponga la necesidad de que existan jueces distribuidos en pequeñas circunscripciones, a fin de que la sede de cada uno se encuentre lo más cercana de cualquier punto de ella. Pero esto solo es posible en relación con los jueces de inferior jerarquía, ya que sería absurdo que para cada uno de estos existiera un superior y un tribunal. De donde sucede que a mayor jerarquía corresponde mayor extensión territorial, y como por causa de la cuantía los negocios se adscriben teniendo en cuenta que los más valiosos van a los jueces superiores, sucede que esa proximidad del juez al lugar del litigio se halla en razón inversa a su cuantía (cfr. número 44).

Los factores anteriores sirven para señalar el juez competente entre los varios que ejerzan sus funciones en el mismo territorio. A fin de saber a cuál de los jueces que existen en *distintos territorios* debe corresponder el pleito, se sigue un criterio diferente. Para tal solución se aplica el factor territorial y el criterio lo suministrará la vecindad o domicilio de los elementos que sirven al juez para decidir: las personas y las cosas. Y como esos elementos se hallan a menudo en lugares diferentes, surge la cuestión de escoger entre ellos el más apropiado.

Con tal fin se recurre a las nociones de *fuero personal, fuero real* y *fuero convencional*, cuya significación pasamos a exponer.

---

[18] *Sistema*, t. II, núm. 252.

I. EL FUERO PERSONAL O GENERAL

Se entiende por *fuero* la circunscripción judicial en donde debe conocerse de un determinado asunto, en razón del territorio; por *fuero personal*, el lugar en donde una persona puede ser llamada a comparecer en juicio 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 juicio. Es *general*, si sirve para toda clase de litigios, cuando por ley no se hallen adscritos a otros, o *especial*, si solo lo es para alguno o algunos.

El *fuero general* es el domicilio, y para precisarlo la ley procesal acude a las nociones del derecho civil. La regla es esta: 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 más cómodo. El *fuero especial* se encuentra constituido por estas excepciones y se origina en tres motivos: *a*) materia del pleito; *b*) calidad de las partes; *c*) convención.

Ya se ha visto cómo influyen los dos primeros sobre el factor territorial. Réstanos agregar que el primero es la base fundamental del fuero real y constituye la mayor excepción a la regla del domicilio del demandado. De acuerdo con el último, la competencia por razón del domicilio de las partes puede ser fijada por ellas libremente y de mutuo acuerdo, bien sea antes del juicio, mediante un contrato, para los litigios que conciernan al mismo, y entonces se tiene el *forum contractus* o *destinatae solutionis*, o mediante acuerdo expreso o tácito manifestado ante el juez a cuyo conocimiento se lleva el juicio, en cuyo caso se produce una *prórroga de competencia* (núms. 38-39). En el fuero real se tiene más en cuenta la conveniencia del juez por su proximidad al lugar en que se encuentran ubicados los bienes, que el interés o la comodidad de las partes.

Los autores acostumbran definir la palabra *fuero* como «el juez u órgano jurisdiccional competente, por razón del territorio, para conocer de una causa determinada» [19]. Sin embargo, creemos que la noción debe referirse a la *circunscripción territorial judicial en donde debe ventilarse la causa*, y no al despacho o juez; una vez conocido el fuero, debe recurrirse a los otros factores de competencia para precisar a cuál de los varios jueces o despachos existentes allí corresponde el juicio.

En GUASP [20] encontramos un concepto similar al nuestro: «Esta relación de carácter territorial que, ligando a uno de los elementos de la pretensión con la circunscripción de cada órgano jurisdiccional, es considerada por la Ley como causa determinadora de la competencia, recibe el nombre de *fuero*.» Como se ve, GUASP relaciona el *fuero* con la «circunscripción de cada órgano jurisdiccional», como nosotros lo hacemos.

Es necesario precisar la noción de domicilio. Se trata de la relación surgida entre una persona y un lugar, pero no de una relación jurídica, que únicamente puede existir entre personas (cfr. núms. 5, 70-72). Solo en sentido figurado puede hablarse de tal relación, en cuanto radica en un lugar el ejerci-

[19] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 71.
[20] GUASP: *Derecho procesal civil*, ed. 1962, p. 135; ed. 1956, p. 140.

cio de los derechos y especialmente el cumplimiento de las obligaciones de una persona.

Varias son las definiciones de domicilio que exponen los autores; unos dicen que es «el lugar donde un sujeto ejerce su capacidad jurídica», y otros lo consideran como «el lugar o círculo territorial que constituye la sede jurídica y legal de la persona». Acogemos la última.

Respecto de cada pleito, el domicilio puede ser *exclusivo*, cuando solo un lugar tiene ese carácter, o *concurrente*, cuando en varios lugares existen domicilios y se puede demandar en uno cualquiera de ellos. En la última hipótesis los varios domicilios pueden ser por *selección*, si todos tienen simultáneamente esa cualidad y puede escogerse entre ellos, lo cual ocurre cuando el demandado tiene varios o son dos o más los demandados, y *sucesivos*, cuando puede acudirse a otro si falta el primero.

En materias contenciosas se debe demandar en el domicilio del demandado, a menos que para el caso exista un fuero especial *(actor sequitor forum rei)*. Sin embargo, puede suceder que para los efectos de una demanda existan varios domicilios concurrentes. Entonces se aplicarán las reglas que cada código contemple.

En los casos de varios domicilios del demandado o de varios demandados, la competencia preventiva del juez de todos esos lugares desaparece en el momento de aprehender uno de ellos el conocimiento. Es la notificación, y no la simple admisión de la demanda, lo que convierte en privativa la competencia preventiva del juez.

Esta competencia privativa tiene existencia mientras dura el juicio. De suerte que si se iniciare un nuevo juicio entre las mismas partes o con inclusión de otra persona luego de concluido el primero, volverán a ser competentes los jueces de los diversos domicilios, en razón de regularse cada juicio por las normas expuestas, con absoluta independencia de lo que antes hubiere podido ocurrir entre las mismas partes y sin que importe la identidad de objeto y causa en los litigios.

Si hay cosa juzgada, transacción o desistimiento total anterior, y se prueban, la excepción correspondiente deberá prosperar, sea como previa o como perentoria. Pero la competencia para la nueva demanda la tendrá el juez de cualquiera de esos domicilios.

Si se inicia nuevo juicio estando en curso el anterior, ante el juez de otro de los domicilios concurrentes, existirá, además de pleito pendiente—oponible como excepción dilatoria de previa decisión entre nosotros y en España, cuando se trate de juicio ordinario o de deslinde y amojonamiento—, incompetencia manifiesta, alegable como nulidad.

Importa tener presente que el juicio termina con la ejecutoria de la sentencia o auto que le pone fin; y que los trámites posteriores, dirigidos a liquidar costas, perjuicios o condenas en abstracto y entregas, mantienen la competencia privativa solo para los efectos del incidente o liquidación, pero de ninguna manera para la causa, pues ella ya ha sido concluida.

Cuando existen varios demandados en una demanda por razón de acumulación de pretensiones y tienen sus domicilios en lugares distintos, en Colombia es juez competente el de cualquiera de ellos, a elección del demandante (artículo 152, ord. 15).

El Código español reglamenta esta materia de diferente manera al nuestro. MANRESA Y NAVARRO dice al respecto: «Cuando la demanda por acción perso-

nal se dirija simultáneamente contra dos o más personas que estén obligadas mancomunada o solidariamente y residan en pueblos diferentes, será juez competente para todos el del *lugar en que deba cumplirse la obligación,* como fuero de preferencia, según ya se ha dicho; pero si en el contrato no se hubiere designado el lugar de su cumplimiento, será competente el juez del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección del demandante. Nótese que para que tenga el actor esta elección exige la Ley que la obligación de los demandados sea mancomunada o solidaria; si no lo fuere, si cada uno de estos se hubiese obligado a dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa por sí solo, aunque las obligaciones de todos ellos nazcan de una misma causa o contrato, como son individuales, deberán ser demandados con separación, y cada uno ante el juez competente para él, que lo será en tal caso el de su domicilio»[21].

Muy conveniente nos parece la primera regla sobre competencia privativa del juez del lugar donde debe cumplirse la obligación, cuando los demandados son varios y tienen distintos domicilios. En cambio, obligar a demandar por separado a los varios deudores cuyas obligaciones nacen de un mismo título lleva consigo la posibilidad de sentencias contradictorias y divide la legitimación en la causa, situación esta que el derecho procesal moderno rechaza. En ocasiones la sentencia de fondo sería improcedente por razón de no haberse demandado a todas las personas cuyos derechos resultan afectados con la decisión sobre el título o contrato materia del litigio (cfr. núm. 134, puntos O y P, y 179, 184).

La falta de domicilio se suple con la simple residencia del demandado. Cuando existiendo domicilio del demandado, este no es conocido del actor, podrá escoger la residencia de aquel (lugar en donde se halla radicado sin ánimo de permanecer en él, no de manera habitual); si prorroga la competencia territorial. ya sea de manera expresa o tácita, como vimos en el número 38, el juicio continuará su curso, sin que posteriormente pueda alegarse la incompetencia; si ella es alegada oportunamente, el demandado debe probar su domicilio en otro lugar y como consecuencia le prosperará la excepción previa, pero quedará establecido el fuero al cual debe recurrir el demandante.

Diferente es el caso cuando no existe residencia ni domicilio del demandado en el territorio nacional. Entonces puede suceder que el demandado se encuentre transitoriamente en el país y será juez competente para conocer el de la circunscripción judicial en donde se halle. Sin embargo, cuando el juicio es de aquellos que tienen un fuero especial, en razón de la ubicación de los bienes, de convención u otra causa, es allí en donde debe ser formulada la demanda, sin que importe que no sea concurrente con el fuero personal o domicilio, ya que la falta de este deja como único posible el primero.

Aclaramos que cuando se habla del juez del lugar o domicilio o circunscripción territorial, se subentiende que es el competente por los demás factores.

Tratándose de una acción personal, no sujeta a fuero especial, la determinación del juez competente por razón del territorio, cuando no son conocidos ni el domicilio ni la residencia del demandado en el país, o cuando el demandado no se halle transitoriamente en algún lugar o se desconozca en dónde se encuentra, presenta un problema de difícil solución.

Dos hipótesis se plantean: o no existen en realidad dentro del territorio nacional domicilio ni residencia, o no los conoce el demandante.

---

[21] Ob. cit., p. 298.

Si se localiza al demandado en cualquier lugar del país y se le notifica, el problema desaparece, como ya se vio. Si no opone oportunamente la incompetencia, se entiende que la prorroga, y si lo hace, deberá probar en dónde existe su domicilio, con lo cual queda despejado el camino para iniciarle allí el nuevo juicio.

En el caso contrario se complica la solución. En España se dispone demandarlo en la última residencia conocida, siendo para ello suficiente haber permanecido algún tiempo en ese lugar. En Italia se consagra como norma, más completa por cierto, el darle competencia al órgano del lugar en donde reside el actor (C. de P. C., art. 18). En Colombia no existe disposición que regule la materia, y en tales condiciones creemos que si no se encuentra el demandado, pero tuvo domicilio en el territorio nacional, o simple residencia (entendida en el más amplio sentido y sin que importe el tiempo de su duración), ese lugar determina la competencia, porque para los efectos procesales debe sostenerse la permanencia del domicilio o residencia a falta de aquel, mientras no se establezca otro u otra en el país, como quiera que es inadmisible la ausencia total de fuero personal.

Cuando tampoco existió domicilio ni residencia anterior en el país, la cuestión es más difícil. En ambos casos se trata de actos o hechos que estén sometidos a la jurisdicción nacional, por haber ocurrido aquí o por la calidad de nacionales de las partes o de una de ellas; de lo contrario, habrá de recurrirse ante los jueces del país a cuya jurisdicción esté sometido el asunto.

Si el hecho o acto ocurrió en el país, nos parece aceptable la competencia territorial del lugar donde acaeció, considerando que allí se contrajo la obligación y debe cumplirse a falta de fuero real, convencional o subjetivo, y que es allí en donde, al mismo tiempo, puede presumir el demandado que se le instaurará la demanda.

Además, si el demandado estuvo en ese lugar, puede considerársele como su última residencia en el país, entendida esta en forma amplia, sea cual fuere la duración de su estadía.

Si el hecho o acto jurídico tuvo ocurrencia fuera del país, la única solución es optar por la competencia del domicilio del demandante, puesto que sería inaceptable dejarlo sin fuero, haciendo así negatorio su derecho de acción, garantizado por la Constitución Nacional (cfr. núm. 86). La interpretación de las normas procesales no puede conducir al desconocimiento de los derechos materiales de las partes ni a hacerlos nugatorios (que equivale a lo mismo). Esto ocurre, por ejemplo, cuando el matrimonio de una nacional con extranjero se celebra fuera del país y por separación de hecho la esposa se domicilia en su patria e inicia juicio de suspensión de la patria potestad de los hijos menores, en poder de ella, o algo similar.

En España acepta la jurisprudencia que tratándose de obligaciones derivadas de culpa o negligencia y de dolo o delito, es competente el juez del lugar de comisión del hecho, si fuere conocido *(forum commisi delicti)* [22]. Con mayor razón debemos aceptarla a falta de otro elemento para establecer el fuero.

En Argentina, «de acuerdo con el último apartado del artículo 4.°, el que no tuviere domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre o en el de su última residencia». Entendiéndose por residencia «el lugar de la

[22] DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 249-50, y GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 142, y ed. 1962, p. 136-37.

habitación de una persona, aunque sea accidental, porque se trata de una simple relación de hecho, a diferencia del domicilio, en que se requiere la intención de permanecer por un tiempo más o menos largo» [23].

La definición de residencia que nos ofrece ALSINA tiene perfecta aplicación en Colombia, como ya lo vimos.

MANRESA Y NAVARRO comenta el caso de que el demandado, nacional o extranjero, no tenga domicilio ni residencia fija en España, y dice que podrá ser demandado en el lugar donde se halle o en el de su última residencia, a elección del demandante. Y agrega: «Hemos subrayado las palabras *última residencia* para llamar la atención sobre ellas. No se trata de domicilio ni aun de residencia habitual, sino de la mera residencia; el que no tiene domicilio ni residencia fija, puede y debe ser demandado por acción personal, allí donde se le encuentre o donde haya residido últimamente, aunque no hubiera sido por el tiempo necesario para adquirir domicilio; basta que haya residido o permanecido algún tiempo en un lugar para que pueda ser allí demandado, y si no pudiese ser habido, se le emplazará en la forma que previene el artículo 269. La Ley no debe prestar protección a esta clase de personas, y algún medio había de concederse al que se encuentre en el caso de tener que demandarlas. Lo dicho debe entenderse para cuando no se haya designado el lugar en que deba cumplirse la obligación, pues si se hubiera designado, será el fuero preferente, conforme a la regla 1.ª del artículo 62» [24].

No hemos hallado ninguna opinión con respecto al caso de que falte también residencia anterior en el país, aun entendida como el lugar donde estuvo la persona por cualquier tiempo, sin existir fuero convencional o real o de otra clase que prefiera o concurra con el personal, en ningún autor nacional o extranjero de los citados a lo largo de nuestra obra. Solo en Italia se contempla el caso para darle competencia, muy atinadamente, al juez del domicilio del demandante. Tampoco en la jurisprudencia hemos hallado algún antecedente. Debe aplicarse la solución italiana, a falta de norma positiva en contrario.

Se llama *domicilio legal o derivado* el que tienen algunas personas, por ministerio de la Ley, en razón de la dependencia jurídica con otra que los representa. Es el caso de los incapaces, menores o personas sujetas a curaduría por demencia, disipación u otro motivo, que siguen el domicilio del padre o madre y del tutor o curador, respectivamente.

II. EL FUERO REAL. COMPETENCIA DEL JUEZ DEL LUGAR DE UBICACION DE LOS BIENES

El fuero real se refiere a la sede o ubicación de la cosa objeto del juicio y constituye, como vimos, un elemento determinante de domicilio especial, para sustituir el fuero personal o general, en determinado negocio *(forum rei sitae)*.

Este fuero real puede ser *exclusivo* o *concurrente*. Lo primero ocurre si no es posible adelantar el juicio en otro lugar, ni siquiera por acuerdo entre las partes. Es *concurrente* cuando son competentes el juez donde se hallen los bienes y otro juez, que generalmente es el del domicilio del demandado.

---

[23] HUGO ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, p. 602.
[24] Ob. cit., t. I, p. 415.

47. El fuero convencional. En qué consiste

Se entiende por fuero o foro convencional, como la denominación lo expresa, el que resulta de un acuerdo de voluntades entre las partes, anterior al litigio, y de ahí que solo tiene vigencia en el terreno contractual.

Es esta una de las dos maneras de prorrogar la competencia, como antes se vio; la otra se verifica por el acto de demandar y no oponer oportunamente la incompetencia (cfr. núms. 38-39). La primera se estipula para todos aquellos litigios que puedan surgir de un contrato, al paso que la segunda se instituye para el caso especial que motiva la demanda.

Este fuero convencional es prorrogable o renunciable, en la forma indicada para la prórroga de competencia general.

El fuero convencional tiene cierto carácter real, puesto que es independiente del domicilio personal, y puede ser múltiple cuando se estipula más de un lugar para los litigios que se presenten. En este caso, los varios jueces tendrán competencia concurrente, como ocurre con el fuero real, cuando el bien ocupa diversas circunscripciones o son dos o más bienes y se hallan situados en diferentes lugares.

De dos maneras es posible convenir el fuero: expresa o tácitamente; se hace tácitamente cuando se señala el lugar donde deban cumplirse las obligaciones.

A) *Fuero convencional expreso («forum contractus» o «pactum de foro prorrogando», en sentido estricto)*

Al tratar de la competencia prorrogable vimos cómo se pacta este fuero y quiénes pueden hacerlo; y por este motivo nos remitimos a lo expuesto allí (cfr. núm. 39).

Se discute si este fuero es exclusivo. Creemos que se hace indispensable distinguir entre el fuero real y el fuero personal, de una parte, y de la otra, entre el caso de estipulación expresa, en el sentido de que es excluyente el domicilio convencional, y el caso en que nada se dice al respecto.

El fuero personal, por el domicilio del demandado, se establece en beneficio de este, le es favorable y cómodo, y se consagra como regla general. No se ve razón alguna para que el demandado pueda objetar la competencia del juez, cuando el actor prefiere formular la demanda en el domicilio de aquel, no obstante existir un fuero convencional distinto, a menos que haya norma legal que lo prohíba, salvo expresa estipulación en contrario, para darle un carácter exclusivo, porque entonces debe prevalecer el fuero pactado.

En cambio, el fuero real concurrente puede obligar al demandado a concurrir a un lugar distante de su domicilio, en cuyo caso se entiende perfectamente que el fuero pactado le será más favorable, razón por la cual no tendrá derecho el actor para utilizar el primero. Si lo hace, la competencia podrá ser objetada con éxito, a menos que la Ley le dé al fuero real el carácter de exclusivo, como sucede en España. El consentimiento expreso o el silencio del demandado, en la forma expuesta (cfr. núm. 38), hará operar la prórroga; pero entonces es el acuerdo expreso o tácito de las partes lo que hará que el juez se torne competente. Hablamos del fuero real concurrente, porque si la Ley

lo ha consagrado en forma exclusiva, la prórroga es inadmisible y, por tanto, también lo sería el fuero convencional que llegare a pactarse; además, la naturaleza de estos juicios no admite la posibilidad de un fuero convencional, que existe solo en el terreno contractual.

Para que el fuero convencional quede pactado como exclusivo, bastará calificarlo de este modo en el contrato, o decir que *únicamente* será competente el juez de ese lugar, u otra manifestación similar. En caso contrario, debe estimarse que se pactó como concurrente con el del domicilio del demandado. Si son varios los demandados con domicilios distintos, el fuero convencional se vuelve privativo.

No se puede obligar al deudor a pagar en lugar distinto del pactado; esto es indiscutible. Pero muy distinto es que se le llame ante el juez de su domicilio, para el juicio motivado por su incumplimiento. En vez de agravársele la situación o de hacerle más difícil la defensa, se le facilita la manera de concurrir al juicio con menores dificultades, sin verse en la necesidad de trasladarse a otro lugar y pudiendo así estar más fácilmente en contacto permanente con la marcha del proceso.

En Colombia no tenemos una norma expresa que haga el domicilio personal fuero subsidiario del convencional, como sí ocurre en España (Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 62). La decisión de los redactores de nuestro Código de no adoptar esa norma debe tener la consecuencia lógica de que los dos fueros deben ser concurrentes, por las razones expuestas, cuando no se diga lo contrario en la convención.

Este *forum contractus* se extiende a todos los litigios relacionados con el contrato: resolución, nulidad, restitución o entrega de bienes, cumplimiento de obligaciones personales, etc.

B) *Fuero convencional tácito («forum destinatae solutionis»)*

Existe este fuero cuando se presume domicilio elegido el del lugar donde debe cumplirse la obligación, por norma legal expresa.

En realidad, ambos fueros convencionales—el expreso y el tácito—se comprenden en el *forum contractus*; pero, en sentido estricto, por este se entiende el primero, y el segundo se conoce como *forum destinatae solutionis*.

Nosotros consideramos que el fuero convencional tácito no prevalece sobre el personal o *forum domicilii rei*, y mucho menos cuando no se ha señalado expresamente en el contrato el lugar en donde deban cumplirse las obligaciones; pero esto significa que *concurren ambos fueros* y no que aquel exista solo en el último caso. A menos, claro está, que la Ley le dé al personal el carácter de subsidiario, como ocurre en España, pero no en Colombia.

Esta conclusión se hace más evidente en el caso de haberse pactado varios lugares para el cumplimiento de diversas obligaciones, pues el único fuero común para todas sería el personal del deudor.

Réstanos agregar que cuando las partes no han señalado el lugar de cumplimiento de las obligaciones, pero la Ley lo hace supletoriamente, el fuero convencional tácito existirá en el lugar que señale la norma legal.

En estos casos podrá demandarse en el lugar señalado por la Ley para el pago o cumplimiento de la obligación del demandado, o en el domicilio de este, a menos que haya norma legal en contrario, lo que en Colombia no ocurre.

48. Competencia por el factor funcional

Este factor determina la clase especial de funciones y poderes que desempeñan en un mismo proceso los varios jueces de distinta categoría que conocen de él, en diversos grados o en etapas sucesivas. Es una distribución vertical de la competencia, en oposición a la horizontal, que se hace en consideración al territorio. También se habla de competencia *por grados*.

Responde este factor a la organización judicial sobre la base de las distintas instancias y del recurso extraordinario de casación, que, a su vez, requiere la existencia de jueces de distintas categorías (cfr. núms. 19, 11 y 150). Solo un juez superior puede revisar lo resuelto por otro juez. De ahí que el juez ejerza funciones muy diferentes si se halla conociendo en primera instancia, o si el negocio le llega para la segunda, o para casación, cuando fuere pertinente este recurso especial.

El juez de primera instancia conoce del juicio hasta la terminación de esta instancia, mediante la sentencia, y por eso se le llama juez *a quo*, o sea *hasta tal tiempo* o momento. En cambio, el juez de segunda instancia solo conoce del juicio *desde que* el inferior concluye la primera, razón por la cual se le llama *juez ad quem* o *desde tal tiempo*. Lo mismo sucede en los casos en que el negocio sube al superior por apelación contra un auto, es decir, una providencia distinta de la sentencia, que pone fin a la primera instancia, pues el superior conoce desde el momento en que el inferior agota la actuación del incidente o punto especial hasta que se ejecutoría el auto que resuelve la apelación, pero puede adelantar luego la liquidación de las costas si hubo condena en ellas.

Es decir, el juez de segunda instancia puede conocer de todo el juicio, para revisar la *litis* en su conjunto y la sentencia proferida por el inferior; o únicamente de un incidente o de una decisión surgida dentro de la primera instancia, sin serle posible revisar otros aspectos y debiendo volver el expediente al juez de esta instancia, una vez agotada la apelación, para que la continúe.

Como estas instancias son de orden riguroso, las partes no pueden pretermitirlas, ni siquiera de mutuo acuerdo y con el asentimiento del juez. En consecuencia, si un juez es competente para conocer de la segunda, como juez *ad quem*, es imposible tramitar ante él la primera, como *a quo*, y si se hace, la actuación quedará afectada de nulidad. Igualmente, es inadmisible que un juez que deba conocer del asunto en primera o única instancia venga a hacerlo en segunda. Habría entonces nulidad en ambas instancias, declarable mientras el juicio no culmine con sentencia definitiva. En el procedimiento laboral ordinario se permite a las partes eliminar la segunda instancia y recurrir *per saltum* a casación directamente, contra la sentencia de primera instancia; en lo civil, no.

En Italia existe también el factor funcional en la división entre jueces de conocimiento, de ejecución y de instrucción del proceso, en razón de ser funcionarios distintos, de condición o calidad diferente. En Colombia no sucede esto, pues aun cuando las sentencias se ejecutan a menudo por un juez distinto de aquellos que conocieron del juicio, se trata siempre de funcionarios de igual condición y calidad. Es decir, entre nosotros, los jueces de conocimiento son competentes también para los procesos ejecutivos e instruyen los juicios civiles.

Como se ve, la competencia funcional participa, en unos casos, de las reglas

de la competencia objetiva o por razón de la materia, y en otros casos, de las normas de la competencia territorial; de acuerdo con las primeras se escoge al juez que se considera más capaz, y de conformidad con las segundas, al que esté en mejores condiciones para hacer el proceso más fácil y económico. Jerarquía judicial con base en los principios de las dos instancias y de la casación, y mayor facilidad para el desempeño de sus funciones, son los dos elementos del factor funcional.

Como consecuencia del factor funcional, se infiere que las sentencias no pueden ser revocadas ni reformadas por el mismo juez que las dicta (solo el superior puede hacerlo por apelación, consulta o casación); al paso que las demás providencias (autos interlocutorios o de sustanciación) pueden ser revisadas, reformadas y revocadas por el mismo juez que las dicta, a petición oportuna de la parte interesada y en ocasiones de oficio. También es consecuencia del factor funcional que el inferior no puede proceder contra resolución ejecutoriada del superior, aun cuando se halle convencido de que este incurrió en grave error.

El factor funcional determina cuáles son los superiores jerárquicos de todo funcionario judicial, en cada circunscripción territorial; porque, como vimos en el número 150, los jueces dependen únicamente de sus superiores en la misma circunscripción y solo las providencias de estos los obligan.

49. La conexión en relación con la competencia. El llamado fuero de atracción

La conexión no es un factor de competencia ni un criterio para determinarla, sino una razón para modificarla o extenderla a casos para los cuales no la tiene el juez, individual o separadamente.

Gracias a la conexión, un juez que no es competente para una causa o para algunas de las pretensiones (*acciones*, como erróneamente suele decirse) formuladas en una demanda, o en excepciones o reconvenciones presentadas en el mismo juicio, puede conocer de ellas, en virtud de su acumulación a otras que sí le corresponden.

Así sucede cuando en la misma demanda se acumulan pretensiones, unas de valor inferior al límite mínimo de la competencia del juez, y otras superiores, pues separadamente no podría conocer de las primeras, por corresponder a otro juez, pero conoce de todas en razón de la conexión que las ata. Esa conexión puede existir por tener las pretensiones una *causa petendi* común, pero puede serlo también por la identidad de partes.

Lo mismo ocurre cuando las pretensiones se han formulado en procesos distintos, uno de los cuales corresponde al juez y otro no, y se obtiene su acumulación, ya que el juez deviene competente para todos. Igual cosa sucede cuando se formula demanda de reconvención que excede la competencia del juez que conoce de la demanda principal, y cuando se alega como excepción la compensación por una obligación a cargo del actor y de valor superior a la competencia del juez (cfr. núm. 44).

En estas hipótesis los juicios se tramitan por el procedimiento correspondiente a los de mayor cuantía, aun cuando algunos sean de menor.

Por otra parte, la conexión puede ser *subjetiva* u *objetiva*.

La *conexión subjetiva* existe cuando las partes demandante o demandada las forman varias personas (cfr. núms. 178 y ss.) y tienen que ver con la competencia, al menos en Colombia, como sucede cuando algunas de ellas son entidades públicas con fuero especial (nación, departamentos y municipios) y otras particulares, pues el fuero subjetivo de las primeras prevalece, y cuando los demandados tienen domicilios en distintas circunscripciones, ya que la demanda puede formularse ante el juez de cualquiera de ellas. En ambos casos sería diferente la competencia si se presentaran demandas separadas.

Por *conexión objetiva* se entiende la competencia del juez por el valor y por el fuero real, cuando uno o varios de los inmuebles objeto de la demanda están en distintas circunscripciones, si la acumulación es pertinente, y cuando se acumulan pretensiones personales a otras reales conexas o relacionadas entre sí y el domicilio del demandado está en lugar distinto al de ubicación de los bienes *(acessorium sequitur principale).*

La competencia *preventiva,* otorgada a varios jueces para que el primero que conoce del negocio asuma privativamente su conocimiento, se relaciona también con la conexión, pues en razón de esta, cada juez puede conocer de cuestiones que aisladamente corresponderían a los demás.

La conexión no puede modificar la competencia cuando la Ley la ha asignado con el carácter de privativa o improrrogable, ni cuando las diversas pretensiones o los varios procesos no son acumulables.

Con la conexión se relaciona el llamado *fuero de atracción: quiebra, concurso, sucesorio.*

Como dice J. RAMIRO PODETTI [25], «otra institución que desplaza la competencia de los jueces es el llamado fuero de atracción de los juicios universales, es decir, de aquellos juicios en los cuales está involucrado un patrimonio como una universalidad jurídica».

Estos juicios de quiebra y concurso de acreedores tienen carácter universal, en el sentido de que atraen a ellos otros iniciados separadamente (los ejecutivos y de venta que se sigan contra el quebrado).

También ocurre que una vez declarada la quiebra, se tramitan como incidentes de ese juicio las demandas que los acreedores o el síndico establecen en relación con actos del quebrado.

El fuero de atracción del juicio de sucesión para los que se «promuevan contra la herencia» (C. J., art. 152, ord. 5.º) se refiere a los posteriores a la muerte del causante, no a los iniciados antes contra él y que versen sobre bienes que pasan a ser parte de la herencia, aun cuando en el fondo se convierten en juicios contra ella. En Argentina se discute sobre el particular [26]; pero, al tenor de nuestro texto legal, no puede dudarse de que se comprenden solo los promovidos cuando existe la herencia, pues de otra manera se habría incluido allí alguna referencia a los iniciados contra el causante sobre bienes que a su muerte pasan a formar parte del acervo herencial.

Al estudiar la capacidad para obrar en juicio, veremos lo que sucede con estos patrimonios universales, cuando la Ley les reconoce cierta autonomía, sin personería jurídica, como en la quiebra y en el caso de la herencia o sucesión.

---

[25] *Tratado de la competencia,* Buenos Aires, 1954, p. 482.
[26] *Podetti,* ob. cit., p. 491.

50. La analogía en materia de competencia

Cuando no existe norma que diga expresamente a qué despacho judicial corresponde una demanda, se puede y se debe recurrir a la analogía para determinar la competencia, precisamente a fin de conocer quién es el funcionario que puede ejercerla legalmente en ese caso. Solo cuando una norma legal la otorga y el conocimiento del negocio lo asume un funcionario distinto, se usurpa competencia. Si ninguno la tiene por disposición legal expresa, es natural que a nadie se le podrá usurpar cuando se avoca el conocimiento en razón de otras normas que para casos análogos la otorgan al mismo juez o tribunal. Lo contrario implica exigirle al legislador una previsión total o infalible en esta materia, una de las más complicadas y difíciles de reglamentar, lo cual ningún jurista se atrevería a sostener.

En Colombia, la Ley 153 de 1887 consagra, en sus artículos 4.°, 5.° y 8.°, 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 contenidas en los Códigos de Procedimiento (cfr. núm. 13). Dichos artículos consagran estas normas: los principios de derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos; la doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes; dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras e incongruentes; cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Sabias normas, que podrían incorporarse hoy a los códigos de los países en donde el Derecho ha tenido mayor evolución, y que en su tiempo fueron realmente nuevas, anticipándose en mucho a los grandes juristas europeos.

También el artículo 3.° del Código Civil consagra la interpretación por analogía. El Código Judicial le da cabida a la analogía en su artículo 204.

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 común 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.

Es menester no confundir la interpretación restrictiva de las normas procesales que organizan, reglamentan y limitan la función jurisdiccional, con la aplicación analógica a falta de norma expresa. Lo primero tiende a determinar el sentido y alcance de la disposición, y lo segundo, a aplicarla, interpretada en esa forma, al caso semejante que no se encuentra contemplado por el legislador (cfr. núms. 12-13). Carnelutti [27] estudia y acepta la analogía como uno de los principios de interpretación de la ley procesal. De la misma opinión es De la Plaza [28], quien dice: «No parece dudoso, por otra parte, que frente al problema de las lagunas de la Ley, la interpretación, aun tratándose de leyes procesales, actúe por analogía.» Guasp [29] dice que para la integración del derecho

[27] *Sistema*, t. I, núm. 37.

procesal civil frente a las lagunas del ordenamiento jurídico del proceso se hace indispensable utilizar la analogía y la diferencia, ambas de frecuente aplicación. Y COUTURE [30] afirma: «El caso no previsto en la ley procesal debe resolverse en función de los principios inherentes a todo el sistema, y no en función de las analogías aparentes con tal o cual solución»; es decir, debe recurrirse a la analogía en consideración a los principios generales contenidos en el Código, y no a simples apariencias literales, concepto que compartimos integralmente.

51. EFECTOS PROCESALES DE LA FALTA DE COMPETENCIA

La competencia es un presupuesto procesal cuyo control debe hacerse oficiosamente (cfr. núms. 137-42), 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, a menos que se trate de competencia prorrogable (cfr. núms. 38 y 228).

Si es admitida la demanda a pesar de la falta de competencia o por ser prorrogable, el demandado puede interponer recurso de reposición contra el auto, una vez 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, en los juicios en que así se autorice. Puede pedir la nulidad en los otros juicios; mas si actúa sin reclamarla, se produce la prórroga de competencia. Pero si es improrrogable, el proceso permanece afectado de nulidad, a pesar de que se actúe sin reclamarla, y se la debe decretar en cualquier tiempo, oficiosamente o a solicitud de parte, en cualquier clase de juicio.

La consecuencia de la falta de competencia es la nulidad del proceso, mientras este no termine con sentencia que se haga definitiva, ya por no existir recursos contra ella o por haberse dejado ejecutoriar. Sin embargo, concluido el juicio, no es posible alegarla en demanda posterior, como claramente se deduce de los artículos 456 y 457 del C. J.; de este modo, la ejecutoria de la sentencia produce el efecto de convalidar la actuación, cualquiera que sea el factor que debía determinar la competencia y la clase de juicio. Esto se justifica, porque se dispuso de oportunidad para hacerla valer antes de la sentencia (cfr. números 317-18).

Hacemos la advertencia de que en la sentencia no se decretan nulidades, sino en providencia interlocutoria que se pronuncia en lugar de ella. En el caso de que no haya competencia para algunas de las pretensiones aducidas, existirá una indebida acumulación, pero no nulidad, y podrá resolverse sobre las demás.

Este asunto de la nulidad será objeto de capítulo especial y a él nos remitimos.

---

[28] Ob. cit., t. I, p. 35.
[29] Ob. cit., t. I, p. 70, ed. 1956, y p. 67, ed. 1962.
[30] *Estudios*, t. III, p. 59.

52. Cómo se determina, en definitiva, el despacho judicial competente para una demanda

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 los menos dos de esos factores.

En efecto, los factores objetivo y subjetivo indicarán la clase de juez o tribunal que ha de conocer de la demanda (municipal, del circuito, tribunal superior); pero como hay muchos de igual categoría y con las mismas funciones, debemos 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 juicio en la segunda, en conexión con los otros; pero el territorial señalará cuál de los varios de ese grado o jerarquía es el competente.

En el examen que el demandante está obligado a hacer para la formulación de su demanda, en primer lugar deberá estudiar si existe alguna competencia especial contemplada en la Ley. Descartada esta competencia, debe cerciorarse de si existe un factor subjetivo, pues en caso afirmativo se puede modificar el fuero territorial, que debe examinarse inmediatamente después, y el factor objetivo no tiene aplicación. Si no se trata de negocios cuya competencia se señala por su materia o naturaleza, se verificará su cuantía, para escoger el juez, y hecho esto se recurrirá al factor territorial para fijar la circunscripción. El factor funcional resultará implícitamente aplicado al determinarse la jerarquía del juez de la primera instancia.

Cuando se examine el factor territorial, debe investigarse si se trata de un juicio con fuero real o convencional, o solo con el fuero del domicilio personal del demandado. Si no aparece ninguno de los dos primeros, se sabrá que la competencia corresponde al despacho de este último. Si, por el contrario, existe uno de aquellos, debe investigarse si tiene el carácter de exclusivo o privativo, o si es concurrente con el fuero personal; en la primera hipótesis, la circunscripción estará determinada por aquel; en la segunda, podrá escoger el demandante entre ambos fueros. Si, por último, resulta seleccionado el fuero personal, se pasará a averiguar el lugar donde está el domicilio del demandado, y si tiene varios, se podrá escoger libremente entre ellos. Si son dos o más los demandados, el domicilio de cualquiera de ellos servirá. Si no se encuentra el domicilio, se procederá como dejamos explicado.

Si existe para la demanda un fuero real, deben tenerse en cuenta las reglas legales para cuando se trate de varios inmuebles ubicados en distintas circunscripciones o que pertenezcan a diversos demandados, y también los efectos de la conexión.

Si se trata de una demanda mixta, con unas pretensiones sujetas al fuero real y otras personales, debe examinarse el llamado factor de conexión lo mismo que la pertinencia de la acumulación.

Por último, cuando sea un juicio especial, debe examinarse si en el Código se le señala un fuero determinado, como sucede con los sometidos al fuero real con carácter exclusivo.

53. En qué consisten los conflictos de competencia

Es necesario tener presente que son diferentes los conflictos de jurisdicción que tienen ocurrencia cuando autoridades de diferentes jurisdicciones (como la eclesiástica y la civil, la civil y la contenciosa o laboral, la civil y la de policía) se hallan en desacuerdo respecto a cuál de ellas corresponde el conocimiento de determinado asunto, y el conflicto nacido por causa de la competencia, pues este solo existe cuando funcionarios de la misma jurisdicción se hallan en tal desacuerdo.

Un conflicto de competencias es un conflicto de actividades y no de fallos, como lo anota Chiovenda [31]. De esto se deduce que existe conflicto de competencia cuando dos jueces o tribunales estiman, en desacuerdo, que a uno de ellos le compete el conocimiento de un asunto, o que a ninguno de ellos le corresponde.

Por consiguiente, existirá *competencia positiva,* en el primer caso, y *competencia negativa,* en el segundo caso; ambos quieren conocer o no lo quiere ninguno.

Naturalmente, la Ley contempla la posibilidad de que estos conflictos de competencia se sucedan, y a fin de darles solución crea normas especiales.

También se denominan estos casos competencia *por declinatoria* (la negativa) y *por inhibitoria* (la positiva).

En la competencia por declinatoria se pide al juez que decline su competencia respecto de un asunto del cual está conociendo y que se separe de ese conocimiento, por cuanto es otro el juez competente, y a él deberá dirigirse afirmándole que es suya la competencia; y en la competencia por inhibitoria se pedirá al juez que no está conociendo del asunto, que lo haga por ser competente, y que invite al juez que lo conoce a separarse de él, negándole su competencia. Naturalmente, en ambos casos se busca una misma finalidad, es decir, que el asunto vaya al juez competente; pero en el primero, o por declinatoria, el incidente se propone ante el que está conociendo; en el segundo, por inhibitoria, se propone ante el que aún no está conociendo del asunto.

En la competencia por declinatoria, si el juez ante quien se propone acepta la invitación o solicitud que se le hace para dejar de conocer del juicio, plantea ante el que se supone competente el incidente de *competencia negativa,* que se denomina así por el hecho de derivarse del principio de que quien la origina se declara *no competente.*

En cambio, en la competencia por inhibitoria, el juez ante quien se propone, si conviene en su competencia, provoca el incidente ante el juez que se halla conociendo del asunto, en forma de *competencia positiva,* puesto que la funda en su afirmación de que él *sí es competente.*

Para que sean posibles estos conflictos de competencias, es menester que se reúnan los siguientes requisitos:

a) Que uno de los jueces no sea superior del otro; de esta suerte, ella no podrá existir entre un juez y su superior efectivo, dado que por el principio de la jerarquía judicial la decisión del superior prevalece necesariamente.

---

[31] *Principios,* t. I, núm. 18, p. 477.

Téngase presente que, dada la distribución del trabajo judicial y estando este de acuerdo con las reglas territoriales de competencia, en cada una de las divisiones territoriales que contempla la Ley existen funcionarios de igual categoría, con sus respectivos superiores. Es bueno poner de presente que no se ha de entender por *superior,* para estos fines de la competencia, a todo aquel que tenga mayor categoría, sino que es preciso, además, que ejerza sus funciones en la misma circunscripción y sea, por lo tanto, el *efectivo superior.* En consecuencia, si el juez municipal pertenece a una circunscripción distinta de la del juez superior con quien se halla en desacuerdo, el conflicto de competencia existe; y lo mismo si el juez superior pertenece a un territorio diferente del correspondiente al tribunal con quien está en colisión.

b) El conflicto de competencia no cabe en asuntos ya resueltos por medio de sentencia ejecutoriada, porque ello iría contra el valor de la cosa juzgada.

c) El incidente de competencia produce la suspensión del juicio, como quiera que estando en discusión uno de los presupuestos procesales, es menester resolverlo para la validez de la actuación; y continuarlo sería ilógico y contrario a la economía procesal. Por tal motivo, únicamente las partes pueden promoverlo y el juez no tiene poder para producirlo de oficio.

54. Capacidad subjetiva de los funcionarios judiciales. Condiciones subjetivas para administrar justicia

Entre los principios fundamentales de la organización judicial se cuentan la independencia de los funcionarios judiciales y la imparcialidad de los jueces y magistrados (cfr. núm. 18), que también son requisitos de toda magistratura (cfr. núm. 150). Pero los funcionarios judiciales son hombres, y por eso es posible que desempeñen sus funciones bajo el influjo de pasiones o de intereses económicos o afectos familiares, que representan una amenaza para su imparcialidad e independencia. De ahí que las legislaciones establezcan siempre algunas medidas de prevención, para evitar que el funcionario se vea obligado a juzgar en esa situación, incómoda para él y posiblemente sospechosa para alguna de las partes.

No se trata de que la Ley presuma que el juez pueda prevaricar o ser parcial, bajo el influjo de esas circunstancias, sino de que es mejor para la justicia que no existan sombras ni dudas sobre la recta imparcialidad de quienes la administran y que los jueces y magistrados no se vean ante el dilema de vencer sus pasiones y sacrificar sus intereses personales o los de sus parientes, en el desempeño de sus funciones.

Pero como administrar justicia y ejercer la jurisdicción de que están investidos esos funcionarios es un deber, para cuyo cumplimiento el Estado los remunera mediante la relación de empleo y de carácter administrativo que los vincula, no es posible dejar a su libre arbitrio escoger el momento y las causas para declararse impedidos de conocer de un negocio determinado. La Ley señala las causas o motivos que justifican esa excepcional abstención, que al mismo tiempo dan una facultad para no conocer e imponen el deber de abstenerse. Es decir, el funcionario tiene al mismo tiempo el derecho de dejar de cumplir sus funciones en ese caso y la obligación de manifestarlo y de abstenerse en consecuencia. Cuando olvida o desdeña esa obligación, la parte interesada puede re-

clamarle su cumplimiento o exigir que por otro funcionario se le ordene separarse del conocimiento del negocio, mediante recusación.

Como observa Rocco [32], se suele hablar en este caso de una falta de idoneidad *(inidoneità)* del funcionario que debe juzgar, «por no estar dotado de los requisitos de imparcialidad indispensables para juzgar de acuerdo con la justicia *(nemo judex in causa propia)*». Esto constituye una forma peculiar de incapacidad de los sujetos de la función jurisdiccional del Estado, quienes deben poseer «una verdadera y propia *capacidad procesal especial*».

No todas las circunstancias que el legislador ha estimado incompatibles con la imparcialidad e independencia del juzgador tienen la misma importancia, y de ahí el que a unas se les otorgue el carácter de *absolutas* o *inallanables*, y a otras el de *relativas* o *allanables*. Las últimas pueden obviarse mediante el consentimiento de la parte en cuyo favor o para cuya defensa se consagran; las primeras son imperativas e imponen la separación del funcionario, aun en el caso en que las partes le soliciten que continúe conociendo del negocio, por otorgarle toda su confianza, porque el legislador no quiere que afronte esa situación, que puede afectar gravemente el principio general de interés público de que los jueces deben gozar de absoluta independencia de espíritu para administrar justicia.

No solo está sujeto a estas causales quien tiene la competencia para decidir en instancia el negocio, sino también el juez comisionado, para los efectos de la comisión, y los secretarios. Si la competencia corresponde a una sala plural (de decisión o sala plena en algunos casos en los tribunales superiores y siempre en la Corte), las causales obligan a todos los que la forman, inclusive a los conjueces llamados a reemplazar a los magistrados impedidos.

Las causales de impedimento se originan en cuatro motivos: afecto, interés, animadversión y amor propio del funcionario. Deben interpretarse con amplitud, porque la aptitud moral de los jueces para resolver en los casos concretos es prenda preciosa e indispensable de una buena justicia.

Como ya dijimos, es obligación del juez afectado por una causal proceder a declararse, de oficio, impedido para el juicio o comisión. Si no lo hace, la parte interesada podrá proceder a recusarlo, lo cual se verifica por medio de una comunicación dirigida a otro funcionario en que se le hace saber de la existencia del impedimento y a su vez se le formula la petición para que se le separe del conocimiento del negocio. Esto puede hacerse en cualquier estado del juicio, antes de pronunciarse la sentencia, en cada instancia y en casación.

La recusación deberá formularse ante el funcionario a quien corresponda conocer del incidente y se formulará en términos moderados y no ofensivos para el recusado.

Las mismas reglas se aplican a los secretarios y agentes del Ministerio público.

---

[32] *Trattato*, t. II, p. 18.

CAPITULO VIII

DEL PROCESO

55. Qué se entiende por proceso

Como hemos dicho en varias ocasiones, la naturaleza violable de las normas jurídicas y la prohibición de recurrir a su defensa por medio de la acción personal y directa hacen indispensable la intervención del Estado para otorgar a las personas la tutela de sus derechos. Y luego el desarrollo de la ciencia jurídica y las complicaciones de las modernas sociedades han extendido la necesidad de esa intervención del Estado en relación con el ejercicio y tutela de los derechos a casos en los que no existe conflicto de intereses, ni amenaza, ni presencia de lesión, sino que responden a una política de defensa de los débiles o a llenar una formalidad para la validez o los cabales efectos de ciertos actos.

Esta intervención del Estado, que se realiza por intermedio de funcionarios dependientes del mismo, exige la ejecución de una serie de actos, tanto por parte de los funcionarios como de los particulares interesados, de distinta índole, y que obedecen a un plan de conjunto y concurren a producir el fin perseguido. Tal es lo que constituye el proceso.

En un sentido literal y lógico, no jurídico, por proceso se entiende cualquier conjunto de actos coordinados para producir un fin. Y 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 contractual para el campo del derecho privado, con lo que queremos referirnos a los actos preparatorios, como conversación, exposición de la intención y fines de cada contratante, al acuerdo sobre las condiciones, a la redacción de estas, al cumplimiento de las formalidades que la Ley exige para la validez del acto y, por último, a su ejecución.

En el terreno procesal el concepto tiene un sentido más restringido.

Enrico Redenti dice que, técnicamente, puede definirse el proceso como el «desarrollo práctico concreto de actividades encaminadas a la formación de providencias jurisdiccionales»[1]. Es una definición demasiado general y ambigua.

Carnelutti lo define como «la serie de actos que se realizan para la composición de un litigio»[2]. Esta definición tiene el inconveniente de introducir en

---

[1] Enrico Redenti: *Derecho procesal civil*, 1957, t. I, p. 87.
[2] Carnelutti: *Sistema*, t. I, núm. 16.

la esencia del proceso la idea del litigio; lo que no es exacto, porque bien puede existir el uno sin el otro, como más adelante veremos. En cambio, al hablar en general de la actuación de la Ley, se incluyen tanto los casos en que media un litigio como aquellos en que no existe, bien sea porque en la práctica no se presenta o porque sea imposible que aparezca, según la clase de declaración solicitada. Y esos actos deben ejecutarse con intervención de los funcionarios del Estado, pero no siempre por estos, porque muchos de ellos corresponden a los interesados. En todo caso se realizan con intervención o en presencia de esos funcionarios o como consecuencia o en obedecimiento de lo dispuesto por ellos.

CHIOVENDA nos da una definición del proceso civil, que nos ha servido de base para la nuestra: «El conjunto de actos dirigidos al fin de la actuación de la Ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por esta en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria» [3]. Es, en lo sustancial, la definición de WACH expuesta en su *Manual*, como lo anota el traductor de aquel, profesor JOSÉ CASAS Y SANTALÓ.

La actuación de la Ley puede consistir en la defensa, ejecución o declaración simple de un derecho, si se trata de un proceso civil (o del trabajo), o en la declaración de que ha existido o no un hecho violatorio de la Ley y de la responsabilidad que por él corresponda a la persona a quien se le imputa, si se trata de un proceso penal.

UGO ROCCO nos ofrece dos definiciones del proceso civil: «Es el conjunto de las actividades del Estado y de los particulares con las que se realizan los derechos de estos y de las entidades públicas, que han quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma de que derivan» [4].

Contempla ROCCO el caso de que las entidades públicas (nación, departamento, municipios, entidades descentralizadas) ejercitan acciones civiles, lo que en Colombia es perfectamente posible y está expresamente autorizado por la Ley; acciones que van al conocimiento de los jueces comunes y que se diferencian sustancialmente de las acciones contenciosas para la anulación de actos contrarios a la Ley y emanados de la misma Administración, y que pueden ejercitar tanto esta como los particulares, conforme a los ordenamientos del Código Contencioso-Administrativo (arts. 62 a 72) (cfr. núm. 36).

Pero al lado de los derechos de particulares y de las entidades públicas, existe también el interés de la colectividad en muchos procesos civiles, como sucede en las llamadas acciones públicas (como la que busca la demolición de un edificio que amenaza ruina) y en las acciones de estado civil, por su carácter de orden público, por lo cual se otorga en algunas de ellas el derecho a intervenir al representante de la sociedad (personero municipal, fiscal o procurador general de la nación).

En su reciente *Trattato di diritto processuale civile*, trae ROCCO una definición más técnica del proceso cuando dice: «Es el conjunto de actividades del órgano jurisdiccional y de las partes, necesarias para la declaración o la realización coactiva de los tutelados por la norma jurídica, en caso de incertidumbre o de inobservancia de la misma norma» [5].

Es, sin duda, una definición más técnica y más completa, por cuanto se precisa la clase de órgano del Estado que interviene. También en los trámites ad-

[3] CHIOVENDA, ob. cit., p. 100.
[4] ROCCO: *Derecho procesal civil*, México, 1944, p. 67.
[5] ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, Utet, Torino, 1957, t. I, pág. 108.

ministrativos el Estado obra mediante un conjunto de actividades, que, sin embargo, son sustancialmente distintas a su función jurisdiccional; se habla de «intereses tutelados por la norma jurídica», en vez de derechos de particulares y entidades públicas, con lo cual se comprenden los intereses colectivos y se precisan las dos formas genéricas de actuación jurisdiccional de acertamiento y ejecución coactiva, incluyendo en la primera los procesos declarativos puros, de condena y de declaración constitutiva, y en la segunda, los cautelares.

Por nuestra parte, ofrecemos la siguiente definición:

Proceso civil es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener la declaración, la defensa o realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción, mediante la actuación de la Ley en un caso concreto.

Consideramos que todo interés tutelado por la norma jurídica es un derecho y que es mejor denominarlo así; hablamos de actos ejecutados *por o ante* los funcionarios judiciales, porque para que los actos de los particulares formen parte del proceso se requiere que sean ejecutados ante el funcionario que conoce del negocio, o de lo contrario, podrían ser actos prejudiciales, antecedentes del proceso, pero no parte de este; hablamos de «declaración, defensa y realización coactiva de los derechos», para así comprender más claramente los procesos declarativos, de declaración constitutiva, de condena, ejecutivos y cautelares, que, como veremos en seguida, constituyen las varias clases de procesos civiles; y anotamos como causas de esos procesos la incertidumbre del derecho (para los dos primeros); su desconocimiento (para los de condena y cautelares) o su insatisfacción (para los ejecutivos); y concluimos afirmando que esos fines se realizan mediante la actuación de la Ley en un caso concreto, por ser ella el necesario y eficaz instrumento usado por el juez al proferir su sentencia, ya que él no crea, sino que reconoce o declara los derechos que en la Ley se consagran para cada caso. No es que la «actuación del derecho objetivo» constituya el fin del proceso, pues, como observa Rocco [6], «el Estado no mira tanto a actuar la norma cuanto a realizarla»; pero estimamos que esa realización del derecho objetivo tiene que verificarse mediante su actuación por el juez en el proceso.

Debe tenerse en cuenta que no se requiere la existencia del derecho en la cabeza del peticionario para que el proceso se inicie, sino la simple pretensión o afirmación de tenerlo, o la más abstracta de ser necesario para la solución pacífica de un litigio, pues el proceso puede concluir desfavorablemente a sus pretensiones o con sentencia que se abstenga de resolver en el fondo la cuestión planteada, por no existir el derecho pretendido o no ser el demandante su titular, o faltar la legitimación en la causa o el interés para obrar, pero ha existido proceso (véanse núms. 119, M, y 134, C y D).

---

[6] Rocco: *Trattato*, t. I, p. 110.

56. Estructura y fin del proceso

El proceso consiste, como hemos dicho, 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 encaminados a producir un mismo fin y tienen un mismo objeto, a pesar de esa variedad y multiplicidad, el proceso forma un todo uniforme, dotado de sólida estructura.

Esa unidad del proceso hace no solo que los actos que lo componen estén coordinados y concurran armoniosamente al fin que persiguen, sino también que el valor que la Ley otorga a cada uno de tales actos exista únicamente en razón de ser partes de ese todo y por virtud de la influencia que tienen sobre el fin común. Existe, por consiguiente, una dependencia íntima entre ellos, de manera que unos producen a los otros, los determinan, los complementan o los anulan o limitan.

Como observa W. Kisch [7], para comprender debidamente el mecanismo del proceso es indispensable considerar los motivos jurídicos motores de los actos procesales, que son unos mismos para cada clase de sujetos del proceso. Las partes obran impulsadas por su propio interés y la Ley les exige, para que la función judicial entre en acción, la ejecución de determinados actos que en materias civiles delimitan para el caso el ejercicio de esa función, como sucede con la demanda, o fijan el sentido de su pronunciamiento, como las pruebas y excepciones, o influyen en el proceso con mayor o menor importancia, como el uso de ciertos términos o el ejercicio de los recursos. Por el contrario, los jueces representan únicamente el interés del Estado en la realización normal de la justicia o en la realización de los derechos, y la Ley les fija las condiciones y el contenido de su actividad, de manera que si estas se presentan, tienen que ejecutar determinado acto con su correspondiente contenido: su obrar está jurídicamente mandado, y responden de ello, inclusive penalmente, en caso de incumplimiento de su deber.

Dos son los grupos en que pueden comprenderse las distintas concepciones del fin del proceso: el objetivo y el subjetivo. Para 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.

Ambos conceptos encierran gran parte de 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 simple actuación del derecho objetivo puede ocurrir no solo en el proceso jurisdiccional, sino también en actuaciones administrativas, como en los asuntos de aguas públicas, baldíos, marcas y patentes, licencias farmacéuticas, revalidación de títulos profesionales, fijación de tarifas y rutas en el transporte, en los cuales inclusive existen a menudo controversias y oposición de intereses de particulares.

También puede suceder que el fin garantizado por la norma se obtenga voluntariamente, sin proceso.

---

[7] Kisch, ob. cit., p. 17.

Luego la actuación de la Ley no puede ser el fin, sino el medio que se utiliza por el Estado en el proceso para resolver la incertidumbre, el desconocimiento o la insatisfacción de los derechos. Por eso Rocco dice que el Estado no persigue tanto la actuación de la norma cuanto su realización con la fuerza de su soberanía [8].

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, se le convierte en simple instrumento de protección a los fines que las partes persiguen, lo cual se halla reñido con el concepto moderno y técnico del proceso. Claro está que las partes buscan su propio interés y provecho, como explica KISCH en la cita hecha anteriormente; pero como el proceso no es una actividad privada de ellas, sino sustancialmente una actividad del Estado, no puede confundirse el fin que las partes persiguen con el fin del proceso.

Aun cuando del proceso resulte el beneficio que una de las partes o ambas perseguían, no se confunde esto con el fin del proceso, que es la satisfacción de un interés público.

Porque la existencia del interés de las partes no significa en forma alguna que el proceso civil se desarrolle en razón de ese interés. Para que exista el proceso civil se necesita la parte interesada, su iniciativa, pero esto tan solo significa que el interés de las partes es, como lo dice CARNELUTTI, «un medio para la realización de la finalidad pública del proceso». Y es claro que la finalidad de las partes, que consiste en tener razón, en conseguir a su favor la sentencia, es distinta de la finalidad del proceso, que consiste en la realización del derecho, lo cual ya no es un interés privado de ellas, sino un interés público del Estado.

Este interés público consiste, para CARNELUTTI, en hacer justicia en la composición de los litigios, y por eso, al hablar del fin específico del proceso, dice que «el proceso se desenvuelve para la composición justa del litigio» [9]. Justa y *cierta*, agrega en sus *Instituciones*, y define la *litis* como el conflicto actual de intereses «calificado por una pretensión resistida (discutida)» [10].

La admirable concepción de CARNELUTTI tiene varios inconvenientes. Al fundarse en la noción de litigio se presta a la objeción de que el proceso puede concebirse sin este, y en realidad son muchos los existentes sin litigio alguno. Fue el mismo CARNELUTTI quien se anticipó a esta observación manifestando que era menester no confundir el proceso con discusión y el proceso con litigio. En el primero se tiene una pretensión discutida, y para que exista litigio basta la presencia de una pretensión insatisfecha por otra persona, aunque no discuta sobre ella. Esto sucede cuando el demandado no se opone a la demanda o admite la validez del título ejecutivo, no formula excepciones, pero no paga.

Quedan, además, los procesos originados en la necesidad de obtener una declaración judicial y cuya finalidad es satisfacer un interés o derecho. En estos no hay lugar a discusiones o choques por razón de intereses contrapuestos. Ejemplos de ellos se tienen en el juicio de sucesión, en el de emancipación, en el de interdicción de un demente, en el de licencia para vender o gravar inmuebles de incapaces y en otros. El juez no dispone frente a las partes contrapues-

---

[8] ROCCO: *Trattato*, t. I, p. 110.
[9] CARNELUTTI: *Sistema*, t. I, núm. 883, p. 287.
[10] CARNELUTTI: *Instituciones*, ed. 1959, t. I, p. 22 y 27.

tas por no existir pretensión que discutir, pues solo existe un interés para cuya satisfacción se requiere el proceso como solución. Esto acontece en los procesos voluntarios y en algunos contenciosos, como el de interdicción o el de inhabilitación. El demandante obra en interés y no contra el interés del demandado incapaz. Igual cosa acontece en los de nulidad del matrimonio, divorcio o separación de bienes, cuando ambas partes tienen el común interés de desear la declaración de nulidad, divorcio o separación.

Además, algunos juicios de jurisdicción voluntaria y contenciosa (los declarativos puros, por ejemplo), evitan o prevén litigios que segura o posiblemente se presentarían sin ellos, pero sin que ese sea el objeto del proceso, sino la realización del derecho mediante la declaración contenida en la sentencia.

Por otra parte, al darle al proceso el fin de la composición del litigio, se le asigna un fin preponderantemente de interés privado, con lo cual contradice su propia, moderna y técnica noción, que le asigna un fin público, un interés público, por tener el Estado interés directo en la realización del Derecho. Explica Rocco que es ese interés del Estado lo que constituye el fin del proceso [11].

Carnelutti mismo reconoció en su obra *Instituciones del nuevo proceso italiano,* posterior a su *Sistema* y con la cual cierra el ciclo de sus obras sobre el proceso civil, que hubo de rectificar la teoría de la litis, cuya primera formulación fue excesiva [12]. Y ofrece una nueva definición de proceso diciendo que es «un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de mandatos jurídicos cuyas características consisten en la colaboración para este fin de las personas interesadas (partes), con una o más personas desinteresadas (juece, órganos judiciales)» [13]. Elimina así la noción de «composición de litigio», y en seguida agrega que la voz proceso indica «un método para la formación o para la actuación del Derecho, el cual tiende a garantizar la bondad del resultado», es decir, una regulación justa y cierta, y que «justicia debe ser su cualidad interior o sustancial; la certeza, su cualidad exterior o formal». Pero al hablar del proceso contencioso dice que su fin es típicamente represivo: «hacer cesar la contienda», componer el conflicto mediante el Derecho, con la formación de un mandato o con su integración o con su actuación [14]; y más adelante agrega que el fin del proceso voluntario es «la prevención de la litis» [15]. De esta manera, Carnelutti mantiene su noción básica de la composición o prevención del litigio, como el fin del proceso, si bien en forma menos extrema.

Consideramos que cuando existe litigio, el fin secundario es el de su composición, y la realización del Derecho mediante una sentencia ajustada a la Ley, que es el interés primordial del Estado, es su finalidad principal. Como un fin común al proceso contencioso y voluntario puede aceptarse «la obtención de la seguridad de las relaciones y de los estados jurídicos», como opina Micheli [16].

Naturalmente, ese fin secundario o resultado del proceso debe ser, no una composición cualquiera del litigio, sino su *justa* composición, en forma que, efectivamente, se realice la norma legal que debe actuar en el caso concreto. Ello no quiere decir que ese sea siempre su resultado, pues como se trata de un mecanismo aplicado por hombres, en la práctica se presenta a veces una

---

[11] Rocco: *Trattato,* t. I, p. 110.
[12] Carnelutti: *Instituciones del nuevo proceso civil italiano,* p. 6.
[13] Carnelutti: *Instituciones,* 5.ª ed., Buenos Aires, 1959, p. 22.
[14] Carnelutti, ob. cit., p. 27.
[15] Carnelutti, ob. cit., p. 45.
[16] Gian Antonio Micheli: *La carga de la prueba,* Buenos Aires, 1961, p. 181.

separación entre la composición contenida en la sentencia y la justicia, por fallas ya en la prueba, ya en las peticiones, ya en la actividad de las partes o del juez. De ahí que para resolver el problema de la divergencia entre el contenido de la decisión o sentencia y la justicia, y ante la necesidad suprema de la certeza jurídica, se recurra a la superación de la cosa juzgada, que implica mantener como definitivo el resultado del proceso.

Nos parece que hoy no puede discutirse que el fin del proceso es la satisfacción del interés público del Estado, así como tampoco puede discutirse que el derecho procesal regula una función pública del Estado y que la jurisdicción es un derecho público del Estado. De ahí que MICHELI opine que al proceso se le considera hoy, más que un medio para la actuación de la Ley, «un medio para asegurar la paz social» [17].

Y para una cabal comprensión de esta materia nos parece mejor decir que tal interés público consiste en la realización del Derecho mediante la actuación de la Ley por la sentencia, para la seguridad y la paz sociales, y *secundariamente*, en 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 su incertidumbre, su desconocimiento o su insatisfacción.

57. PROCESO Y LITIGIO

Debemos cuidarnos, como se concluye de lo expuesto en el número anterior, de confundir las nociones de proceso y litigio, aunque puede aceptarse que es común en muchos procesos la existencia de personas que sostienen pretensiones opuestas o diferentes, y en ellos 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, aun entendiéndolo en el sentido amplio que le asigna CARNELUTTI. Inclusive en ciertos procesos contenciosos no existe litigio, y así acontece en los de interdicción y en los de nulidad de matrimonio o divorcio, cuando ambas partes desean la declaración. No debe olvidarse jamás que, solo secundariamente, el fin del proceso contencioso es la composición del litigio, y el del voluntario, la prevención o el simple acertamiento del Derecho.

El litigio se encuentra presente en los procesos contenciosos, que pueden ser la mayoría, en la misma forma como la enfermedad en la curación, sirviendo de pretexto para actuar. Se da en ellos la misma relación que entre el continente y el contenido. De manera que la *relación jurídica procesal* surge en el proceso, ante el juez, o se desarrolla en su presencia, y no por el litigio.

58. FUNCIONES DEL PROCESO CIVIL

Como funciones esenciales del proceso civil y como conclusión de los números anteriores, podemos señalar las siguientes:

1.ª Servir de medio para la declaración de los derechos y situaciones jurí-

[17] MICHELI, ob. cit., p. 494.

dicas cuya incertidumbre perjudique a su titular o a uno de sus sujetos, con ausencia total del litigio o controversia (proceso declarativo puro y voluntario).

2.ª Por medio del proceso se obtiene la defensa de los derechos, siempre que sea necesaria, mediante la averiguación y el pronunciamiento de lo que en cada caso sea justo para la composición del litigio, si existe. 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 (cuestión de derecho y de hecho). El legislador, por medio de las normas materiales que dicta, contempla en abstracto las situaciones y les da solución general. El juez, por medio del proceso, impone en forma concreta esa voluntad al caso que contempla. Otras veces el legislador no da la solución general, sino le otorga al juez la facultad de imponer mandatos, de resolver los conflictos que se presentan, por medio de normas instrumentales, y es de ellas de donde emana el poder para el juez y la sujeción para las partes de obedecer su decisión (procesos contenciosos de condena, de declaración—*accertamento*—constitutiva y dispositiva).

3.ª El proceso civil sirve también para lograr la realización de los derechos en forma de ejecución forzosa, cuando no se discute su existencia, sino simplemente su satisfacción, bien sea que ella emane de una decisión de proceso anterior o de un título proveniente del deudor, el cual debe ser auténtico y contener una obligación clara, expresa, líquida y determinada. Como lo anota GOLDSCHMIDT, el proceso cumple una función lógica jurídica, que consiste en determinar en cada caso lo que es justo, y otra práctica, o sea la de ejecutar lo que se ha declarado como justo.

O, como dice CHIOVENDA: «La actuación de la Ley puede realizarse en dos estados o fases procesales diversos: de declaración (o de reconocimiento) y de ejecución forzosa; en el último de los cuales el Estado, o se vale de medidas que actúan sobre la voluntad del obligado para inducirlo a conformarse con la voluntad de la Ley, o se subroga en su actividad, dando directamente al interesado los bienes que la Ley le garantiza. A veces basta el primero, en otras se pasa directamente al segundo (teniendo como base títulos ejecutivos diferentes de la sentencia) y en otras se agotan ambos estados. En este último caso, el de declaración se presenta como una preparación del de ejecución, que no otra cosa fue en sus remotos orígenes históricos» [18]. Aclaramos que *es el proceso de condena y no el declarativo* el que sirve de base para ejecución forzosa.

4.ª Sirve también el proceso para facilitar la práctica de medidas cautelares, que tienden al aseguramiento de los derechos que van a ser objeto del mismo, evitando la insolvencia del deudor, o pérdida o deterioro de la cosa, o simplemente consiguiendo la mejor garantía. De ahí que el proceso cautelar, por este aspecto, se divida en *definitivo o autónomo y preventino,* según que el objetivo se consiga con el proceso completo (separación de bienes o cuerpos en que todo el proceso tiene por objeto cautelar los bienes o personas del cónyuge demandante, y en que a la vez existen embargos y secuestros preventivos; o el posesorio para impedir posteriores perturbaciones o hacer cesar la existente), o que sea apenas una medida previa al juicio (embargo y secuestro preventivo a la ejecución y registro de demanda, o secuestro de muebles en los reivindicatorios).

Tales son las funciones del proceso, y en su aplicación práctica debe tener-

[18] CHIOVENDA: *Principios,* t. I, p. 98.

se en cuenta que él debe dar a los interesados todo aquello y solo aquello que tienen derecho a conseguir (C. J. Col., art. 472).

Estas cuatro formas del proceso corresponden a cuatro funciones, que pueden ser autónomas, en lo general, por realizarse separadamente. En ocasiones, con la sola declaración del Derecho se agota el interés jurídico del particular, que de esta manera queda satisfecho; otras veces se realiza la ejecución forzosa sin previa sentencia de condena, por existir un título emanado del deudor en el que consta una obligación a su cargo que reúne las características de ser líquida, clara y exigible, y, finalmente, puede hacerse la declaración constitutiva de un estado civil sin condena.

Muy a menudo sucede que en el mismo proceso se obtengan dos o más de estas finalidades, como sucede cuando se demanda la declaración de filiación natural del actor y simultáneamente se ejercita la acción de petición de herencia, a fin de que se condene al demandado a restituirla en su totalidad o en una cuota parte, y también se ejercita la acción reivindicatoria contra un tercero que hubiere adquirido un bien herencial, solicitando la entrega material del bien, y para garantía del fin práctico de esas pretensiones se registra la demanda con el fin de que los demandados no puedan vender ni gravar los inmuebles durante el curso del juicio.

59. 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, entre nosotros 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 nacionales, departamentales y municipales), el aduanero. En otros países existe, y con su organización propia, el proceso mercantil o comercial.

Pero dentro del campo civil, y teniendo en cuenta la diversidad de procedimientos, especialmente desde el punto de vista de sus funciones o fines, pueden clasificarse así:

60. Proceso declarativo y dispositivo

Ya se ha visto que, desde cierto punto de vista, las normas legales pueden ser de dos clases: materiales e instrumentales; las primeras contemplan, en abstracto, un conflicto de intereses y dan una solución general, mientras las segundas se limitan a otorgar al juez el mandato para resolver los conflictos concretos que se presenten. Esta distinción sirve para diferenciar el proceso declarativo del dispositivo. Téngase en cuenta que si bien las normas procesales son instrumentales, no toda norma instrumental es procesal.

Si el juez, al aplicar una norma material, encuentra que, en razón de la solución general en ella contemplada, está ya definido el derecho que le corresponde a la parte, a él le toca simplemente declararlo, aplicarlo al caso concreto.

Su decisión se limita a la verificación *(accertamento)* de un estado jurídico existente, y no hará más que declarar la vigencia de los presupuestos pre-

vistos en la Ley, de la que deriva su decisión, y no de la voluntad del juez, quien no añade nada a lo ya existente por razón de la norma, sino que obra en presencia de un derecho insatisfecho, y el fin inmediato de esta clase de proceso es la realización del derecho mediante la actuación de la norma objetiva. Este es el llamado *proceso declarativo,* en sentido amplio o general.

Si el juez se halla en presencia de una norma instrumental, la situación es completamente distinta: la Ley no fija la solución, sino que le da el poder de crearla mediante un mandato concreto. Entonces el juez no se limita a declarar un estado jurídico preexistente, sino que en el proceso se forma *ex novo* un mandato concreto para la composición del conflicto, que no está directamente regulado por la Ley. Debe aplicar una regla existente solo en estado amorfo y que «se convierte en derecho únicamente cuando se le agrega el mandato en la sentencia del juez, la cual, precisamente porque manda lo que con anterioridad no era mandado, tiene carácter autónomo» [19]. Tal es el proceso dispositivo.

También se le da al proceso dispositivo el nombre de proceso de equidad, teniendo en cuenta que se llama *equidad* la justicia que reviste la forma de un mandato concreto y se adapta a un caso singular. Por eso se puede hablar de equidad como justicia del juez, en antítesis con la Ley, como justicia del legislador. Pero CARNELUTTI exagera la autonomía de la sentencia dispositiva, hasta decir que el juez no declara, sino *crea derecho.* Para nosotros, la sentencia nunca crea derechos, sino que, cuando mucho (como en los juicios dispositivos), establece sus límites y fija su contenido, deduciéndolos de la Ley, que implícitamente los consagra al autorizar al juez para concederlo. Existe proceso dispositivo cuando el juez debe resolver en equidad, en conciencia o con conocimiento de causa, pero según su criterio.

El proceso declarativo es en Colombia, como en Italia y España, la regla general, y el dispositivo, la excepción. Pero es este el mejor vehículo para que la equidad penetre en el Derecho. Naturalmente, las legislaciones que aplican con mayor frecuencia el principio inquisitivo para la dirección del proceso, tienen más ejemplos de procesos dispositivos.

El proceso declarativo puede dividirse en declarativo puro, de condena y de declaración constitutiva *(accertamento costitutivo).*

61. 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 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 o de simple *accertamento,* que busca la certeza jurídica.

El juez declara el derecho regulado y consagrado en la Ley, le da certeza jurídica, y es por ello por lo que no se trata de un proceso dispositivo. Se distingue de la declaración de condena en que no causa una declaración de responsabilidad por incumplimiento de la obligación. Se distingue de la declaración cons-

[19] CARNELUTTI: *Sistema,* t. I, p. 158.

titutiva en que no conduce a ninguna modificación de la relación existente entre las partes.

Es lo que los italianos llaman *accertare* una relación jurídica, es decir, establecer en forma imperativa, mediante el juicio, uno o más modos de ser de ella, como la edad de una persona, la falsedad de un documento o una modalidad de la obligación, y aun la obligación misma; *producir la certeza jurídica con la sentencia.* Por eso ellos hablan de proceso de mero *accertamento* o de *accertamento costitutivo.*

La eficacia de la demanda depende en estos juicios del concepto que se tenga del interés en obrar, que más tarde estudiaremos (véase núm. 119), y esa eficacia es pertinente por la sola afirmación de tal interés. La sentencia de fondo procede: *a*) Cuando se pide la declaración de una pretensión, cuya existencia discute el supuesto sujeto pasivo demandado en el juicio, sin pretender condena alguna contra este y solo 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. *c*) Cuando existe interés jurídico en la declaración de estado civil, y se requiera su certidumbre jurídica mediante la sentencia. Se trata del interés y de la legitimación para obrar, que son requisitos de la sentencia de fondo y no de la acción (véanse caps. XIII y XIV).

En concepto de CHIOVENDA, la incertidumbre que justifica las acciones de mera declaración debe ser también objetiva, en el sentido de que no basta que el titular de un derecho esté incierto acerca de su propio derecho, sino que es necesario *un hecho exterior objetivo* que haga incierta la voluntad de la Ley en la conciencia del titular o de terceros y que lo induzca a querer evitar un daño [20].

Significa esta doctrina que debe existir un interés jurídico *actual* en el demandante, para la obtención de la declaración que impetra, y no simplemente el deseo de conseguir la sentencia; que ese interés jurídico debe estar relacionado con algún hecho o acto que pueda originarlo y no con la sola apreciación subjetiva del demandante. En esto estamos de acuerdo; pero no compartimos esta tesis en cuanto exige ya un principio de litigio con el demandado, porque, como dice UGO ROCCO, «puede acontecer que el solo estado de incertidumbre de una relación perjudique a alguno sin que el obligado haya omitido o rehusado mantener aquella posición a que la relación le obliga. En este caso existe el interés únicamente en la declaración, que por sí satisface dicho interés» [21]. Y agrega luego: «puede decirse que tiene interés en la simple declaración de una relación el que sufre un daño por la *sola incertidumbre del derecho*» [22].

Pero 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 consecuencias 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, porque no persiguen la declaración de un derecho o situación jurídica del actor y porque el juez no puede ordenarle en sentencia al demandado que dé esas explicaciones o exponga sus pretensiones para el futuro, por corresponder todavía al fuero interno del mismo; mientras no se hayan manifestado en hechos concretos, no es posible ningún pronunciamiento judicial sobre ellas.

[20] CHIOVENDA: *Principios*, t. I, núm. 7, p. 212-17.
[21] ROCCO: *Derecho procesal civil*, México, 1944, p. 159.
[22] ROCCO, ob. cit., p. 160.

Tampoco nos parece pertinente la demanda que pide se declare que un documento público es auténtico, porque como está amparado por la presunción de autenticidad, tal declaración sería inconducente; o para que se diga que el hijo nacido dentro del matrimonio de sus padres es legítimo; o que el matrimonio de que da fe una partida sentada con las formalidades de ley, es válido; o para cualquiera otra declaración semejante, sobre existencia de un acto o situación jurídicos que por ley se presume. Porque no existe entonces ningún interés jurídico en obtener la declaración de lo que por ley es así, mientras una sentencia no declare lo contrario. Es a quien sostenga la impugnación de lo presumido, con presunción legal, a quien toca seguir juicio y probar en él sus afirmaciones. En esos casos no existe en realidad incertidumbre jurídica ni interés actual ni derecho que requiera verificación.

62. Proceso de condena o de prestación

Tiene lugar cuando una parte pretende, frente a la otra, que esta reconozca la existencia de un derecho de la primera y lo satisfaga, o quede sujeta a las consecuencias del incumplimiento de una obligación suya y persigue la declaración de su responsabilidad. No se discute solamente sobre la existencia de una relación jurídica o de un derecho, para su declaración o certeza jurídica, sino acerca de su violación o desconocimiento. En presencia de esta perturbación o del incumplimiento o desconocimiento que alega el demandante, la eficacia del proceso se manifiesta en desplazar el estado de hecho para acomodarlo al estado de derecho. Si el acto ilícito cometido reclama la aplicación de una sanción, su autor es, necesariamente, responsable. Pero la declaración del acto ilícito civil y la declaración de la responsabilidad son dos cosas distintas, de manera que una vez verificado el primero, no se agota con ello la pretensión del actor, que contiene, además, la elección y la determinación de la sanción.

Por ejemplo: se declara el hecho ilícito, el incumplimiento de una obligación de hacer, o la destrucción de una sementera; pero la declaración de una responsabilidad exige, además, que se elija y determine la sanción, que en ambos casos sería la indemnización de perjuicios. La condena va ligada, por tanto, a la declaración de que el derecho existe como base de aquella.

Por lo general se asocia la condena a la ejecución, diciendo que la primera sirve para preparar la segunda. Pero la conexión que existe entre la sentencia de condena y la ejecución radica en que aquella declara la sanción a que el obligado debe ser sometido o le impone la prestación que debe cumplir; mas, sin duda, en este sentido prepara el proceso ejecutivo, pues la ejecución es aplicación de la responsabilidad y esta, a su vez, viene declarada precisamente en la condena.

Y no debe asociarse la condena a una sola especie de sanción jurídica, como algunos lo hacen al contemplar solo la restitución, descuidando otras y principalmente la pena y el resarcimiento del daño.

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 [23] (cfr. núms. 90 y 250).

[23] Rocco: *Derecho procesal civil*, México, 1944, p. 159.

63. Proceso de declaración constitutiva

Es el conocido como *processo 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 estas en el proceso, se opera no solo un *accertamento* o declaración de certeza jurídica, sino, además, una modificación del estado jurídico preexistente. Ejemplo típico es el juicio de separación de cuerpos o 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 aquel, la modificación, de manera que no se trata de un proceso dispositivo, ya que en este el juez tiene las manos libres, por decirlo así, y en aquel, ligadas. Pero, como se hace algo más que aceptar la situación jurídica, este proceso ocupa un sitio intermedio entre el proceso declarativo puro y el dispositivo.

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 este 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. Y desde que el proceso es necesario, entra este en el número de los presupuestos materiales de la situación jurídica, puesto que sin aquel no resulta esta, sino que concurre a constituirla. Pero es mejor denominarlo proceso de declaración constitutiva, porque el juez no crea, sino declara o da certeza a la relación jurídica. El proceso constitutivo no existe, en sentido estricto; la sentencia, cualquiera que sea el proceso en que se dicte, es siempre declarativa del derecho material. La reforma, la extinción, la constitución de la relación jurídica, están determinadas en la Ley; el juez se limita a acertarlas con la sentencia [24]. Pero no significa esto que en los llamados procesos constitutivos no exista verdadera sentencia, ni es este el concepto de Rocco, sino que se trata de una sentencia de declaración constitutiva, ya que el juez no obra con autonomía, sino con sujeción a la ley que consagra los presupuestos de su decisión.

64. 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 dispositivo y del declarativo, o del declarativo y del de declaración constitutiva; o del declarativo y del de condena; o del de declaración constitutiva y del de condena, o, por último, del declarativo, del de declaración constitutiva y del de condena. Por

[24] Rocco: *Trattato*, t. II, ed. 1957, cap. IV, p. 232-42.

ejemplo, siempre que el juez tiene poder para determinar cuándo se produce la modificación de una relación jurídica, se está combinando el proceso dispositivo con el de declaración constitutiva; cuando la Ley le faculta para determinar el modo de ser de la sanción, tenemos un proceso dispositivo y de condena; 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 herencia, se tiene un proceso declarativo, de declaración constitutiva y de condena.

65. Proceso de juzgamiento o conocimiento y de ejecución

Esta clasificación responde a las distintas funciones del proceso. Los procesos de condena, declarativo 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 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, es quien *ius dicit*. Son procesos de juzgamiento o conocimiento.

Cuando no se trata de una pretensión discutida que implique la necesidad de declarar quién tiene la razón, sino de una pretensión insatisfecha, cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se aduce, estamos en presencia del *proceso ejecutivo*. En aquel, el mandato no existe, sino que debe ser formado por el juez mediante la decisión o sentencia; en cambio, en este el mandato ya existe y se trata simplemente de su ejecución.

La diferencia entre ambos procesos aparece de la antítesis entre la razón y la fuerza: «aquella es el instrumento del proceso jurisdiccional, y esta, el del proceso ejecutivo. De este modo se comprende también la subordinación normal del segundo al primero: hasta que no se haya establecido la razón, no debe ser usada la fuerza. Pero se comprende, a la vez, la necesidad del proceso ejecutivo junto al proceso jurisdiccional para asegurar el orden jurídico: si la razón no sirve por sí sola, habrá que usar la fuerza»[25]. Pero donde Carnelutti habla de proceso jurisdiccional, nosotros debemos entender proceso de juzgamiento, pues opone el proceso jurisdiccional al ejecutivo, en razón de que en Italia, según él, quienes adelantan la ejecución no son funcionarios judiciales y no ejercen jurisdicción. En Colombia y España eso no ocurre, ya que son unos mismos los jueces que adelantan ambas clases de juicios y en ambos se ejerce jurisdicción (cfr. núms. 22, 155 y 250).

No quiere decir esa subordinación que no puede existir proceso ejecutivo sin previo proceso de condena, pues cabe el primero con base en título distinto de una sentencia, sino que cuando los dos procesos son necesarios, el ejecutivo está subordinado al de condena, que lo precede obligatoriamente.

De modo genérico se entiende por ejecución lo contrario de resolución, o sea la conversión de esta en actos. Y, con referencia al mandato jurídico, su significado se concreta en el acto o conjunto de actos necesarios para determinar la situación conforme al mandato mismo, es decir, para realizar el man-

[25] Carnelutti, ob. cit., t. I, núm. 61.

dato. Pero esa ejecución puede sobrevenir sin necesidad de proceso, cuando el obligado por el mandato lo obedece, y por este aspecto se divide en ejecución voluntaria y forzosa. La primera se realiza por el obligado; la segunda, contra él.

En el proceso de juzgamiento o de conocimiento se consigue la declaración del interés pretendido, y en el proceso ejecutivo se logra la satisfacción del interés protegido, a pesar del sujeto obligado. 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 esta para dársela a aquella» [26].

Pero esa finalidad de la ejecución de conseguir el bien del obligado no siempre puede lograrse, y esto ocurre en dos casos: cuando existe una imposibilidad física para hacerlo, por destrucción del objeto, por ejemplo, y cuando depende de un acto del obligado y este se niega a realizarlo, o habiendo consistido en una obtención, ya lo realizó. En estos dos casos la restitución en sí no es posible, y la ejecución se traduce en reparación económica.

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.

66. El proceso cautelar

Tiene una función distinta de los anteriores. No se trata de la declaración de un hecho o responsabilidad o 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.

Por rápido que se adelante un proceso, la situación anormal que se quiere corregir subsiste, con sus daños consiguientes. De ahí la necesidad de buscarle una solución preventiva, provisional, que pueda tener ocurrencia antes que el proceso se inicie o después y mientras concluye su trámite.

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.

El proceso cautelar conservativo tiene como fundamentos la necesidad de eliminar la justicia privada, de manera que quien ha sufrido una perturbación en sus intereses no pueda proceder a la restitución, sin previa orden judicial; y, por otro aspecto, la necesidad de que el Estado otorgue medios para combatir la alteración del estado de hecho, que atenta contra la paz social, aun antes que se haya juzgado si corresponde o no con el Derecho, por ejemplo, la acción de policía en los casos de perturbaciones, para mantener el estado de hecho.

El proceso cautelar innovativo se explica porque hay casos en que se comprometería el resultado del proceso de juzgamiento o ejecutivo, si desde el

[26] Carnelutti, ob. cit., t. I, núm. 63.

principio no se dispusiese un determinado cambio en el estado de hecho, debido a una peligrosa desigualdad entre los litigantes; o porque se deba anticipar un proveimiento, para que sus efectos puedan surtirse. Ejemplo de lo primero es el secuestro judicial que en el juicio de sucesión se hace de un bien, cuando existen controversias entre los herederos acerca de ese bien, pues si alguno de estos pudiera poseerlo, su situación sería muy ventajosa respecto de los demás; y de lo segundo, las medidas de aseguramiento de bienes en el juicio ejecutivo, mediante el embargo y secuestro preventivos, y las que se dictan en defensa del actor en los juicios de separación de bienes o divorcio, o las que se toman en los juicios de quiebra y concurso de acreedores.

Estos procesos son en ocasiones independientes o autónomos y definitivos, es decir, no tienen vida accesoria respecto del de juzgamiento o ejecutivo que vaya a adelantarse o se haya adelantado; pero otros, la mayoría, existen en forma dependiente de estos o preventivos. Entre nosotros tenemos como ejemplo de cautelar autónomo el proceso de separación de bienes entre cónyuges y el proceso de policía en el caso de obras nuevas, de ocupaciones de hecho o perturbaciones en la posesión, pues no existe la necesidad de recurrir a otro juicio y su finalidad se completa por sí misma; y los posesorios. Casos de cautelares dependientes o preventivos son los embargos y secuestros preventivos y las medidas de aseguramiento de bienes en los juicios de sucesión o ejecutivos (véase núm. 95).

67. Proceso represivo y proceso preventivo

Ya se ha visto que el proceso 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 estos son los de declaración constitutiva en que no existe litigio; pero, gracias a ellos, se evitan los que puedan sobrevenir; y también algunos declarativos, especialmente cuando 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 contenciosos, cuando ambas partes tienen interés común en precisar la modalidad o la existencia de una obligación.

68. 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. En estos casos, 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 estos son los

juicios sobre legalidad de huelgas o de contratos colectivos de trabajo, de quiebra y de concurso de acreedores.

69. Proceso contencioso y proceso voluntario

Esta clasificación proviene de la distinción entre jurisdicción contenciosa y voluntaria.

El proceso voluntario 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 y el divorcio, por ejemplo, la sola ausencia de aquel no conforma suficientemente la diferencia entre ellos. Carnelutti dice que el nombre alude más a la falta de una pugna de voluntades que a la falta de una pugna de intereses y, por ello, en realidad, a la falta de los elementos formales del litigio [27]. Entendemos esto en el sentido de que en el proceso voluntario 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; o solo existe una voluntad, como en las licencias para enajenar y gravar bienes de incapaces. Mientras que 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 juicio, por lo que existe demandante y demandado.

Es más técnico decir que existe proceso jurisdiccional voluntario cuando no se plantea al juez la solución de ningún litigio o conflicto de voluntades, ni la declaración de un derecho o relación jurídica material frente a un demandado, sino una declaración para el solo interés del peticionario y sin que exista parte demandada.

Al estudiar la jurisdicción voluntaria vimos las diversas teorías y regulaciones legales sobre la materia (cfr. núms. 26-33).

70. La relación jurídico-procesal

Hemos dicho que en las sociedades civilizadas las personas están sujetas a la obligación de recurrir al Estado para la solución de las controversias que respecto de sus derechos e intereses surjan con los demás o con el Estado. Se concluye de esto que existe el poder para obtener que el juez obligue a la otra parte a concurrir en juicio y a someterse a su decisión, y de obligar al juez a que conozca de sus pretensiones y cambie sus meras expectativas procesales en derechos concretos o imponga la tutela jurídica.

El camino para conseguir el fin expuesto sabemos que es el proceso, y que este consiste en una serie de actos diversos, pero coordinados. Una vez iniciado, las partes gozan de ciertos derechos procesales y están sujetas a determinadas obligaciones y cargas, cuyo ejercicio o cumplimiento influye más o menos definitivamente en las resultas del proceso. Hay, pues, un vínculo que relacio-

[27] Carnelutti: *Sistema*, t. I, núm. 81.

na a las partes entre sí y con el juez, del cual el proceso es su manifestación externa.

De estas consideraciones simples surge una consecuencia lógica, y es que el proceso civil contiene una relación jurídica, que es denominada *relación jurídico-procesal*. Como lo anota CHIOVENDA, la idea había sido observada por HEGEL en su *Filosofía del Derecho* y por BETHMANN-HOLLWEG en su obra *El proceso civil*, y fue desenvuelta principalmente por OSKAR VON BÜLOW en *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, y más tarde por KOHLER en *El proceso como relación jurídica*, y por otros muchos. Es la idea inherente ya al *judicium* romano y a la definición que de él daban los procesalistas italianos medievales: *Judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei* [28].

Esta relación jurídico-procesal explica, además, la unidad del proceso y su estructura, en la forma que dejamos estudiada. Y, como dice MORTARA [29], la denominación es nueva, pero la cosa estuvo presente en el pensamiento del legislador y en los tratados de los escritores de todos los tiempos, y se puede deducir de la más antigua y clásica noción del derecho de acción [30].

CARNELUTTI considera que en la relación nacida del proceso, más que existir derechos y obligaciones, *hay poderes jurídicos y cargas*. Y GOLDSCHMIDT cree que más que una relación jurídico-procesal, *el proceso es una situación jurídica en que se coloca la persona cuando hace valer el derecho material* que le asiste, y para él el proceso es un conjunto de expectativas, posibilidades y dispensas de cargas, que no solo se diferencia de la relación jurídica por su contenido, sino también porque depende, no de la existencia, sino de la evidencia de sus presupuestos. Pero estas observaciones no le quitan realidad a la relación jurídico-procesal que se origina con el proceso y que no debe confundirse con la relación jurídico-material que se origina en el derecho material que se discute o aplica en el proceso. Esta última mira al derecho pretendido, cuya naturaleza, características y constitución las determina la ley material; al paso que aquella contempla el procedimiento que se debe seguir para la definición de la existencia o aplicación de ese derecho en cabeza de los litigantes, su verificación o su realización.

Por tanto, para que exista relación jurídico-procesal no se requiere que el demandante tenga el derecho que pretende. La falta de la relación jurídico-material alegada no afecta para nada la relación producida por el proceso, sino la suerte del mismo. Es decir, no se necesita para que el proceso se adelante y termine con la sentencia, sino para que la sentencia sea favorable al actor.

CHIOVENDA hace un estudio muy completo de la relación jurídico-procesal y de su diferencia con la material, que puede resumirse así [31]:

a) La relación procesal es autónoma en cuanto tiene vida y condiciones propias, independientes del derecho material que alegan las partes, puesto que se funda en una norma legal distinta: la que obliga al juez a proveer a las demandas de las partes, cualesquiera que ellas sean. De ahí que, como luego explicaremos, *una cosa es la acción y otra es la relación procesal*; aquella corresponde a la parte que demanda; esta es fuente de derechos para todas las partes. De consiguiente, la relación procesal es resultado del proceso y, por tanto,

[28] CHIOVENDA: *Principios*, t. I, p. 123-24.
[29] MORTARA: *Manual de procedimiento civil*.
[30] Cita de RAFAEL DE PINA: *Manual de derecho procesal civil*, cap. III, p. 19.
[31] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 123.

de la acción que impone al juez la obligación de encauzar, conforme a normas preestablecidas, las peticiones de las partes, y a pronunciar, como consecuencia de ellas, una decisión que puede ser favorable o adversa a aquellas. Y es una relación única, no obstante que la forman una serie de actos complejos, y de condición pública, ya que regula la actividad jurisdiccional del Estado, en cuyo nombre se pronuncia la decisión.

b) Es una relación compleja en cuanto no comprende un solo derecho u obligación, sino un conjunto indefinido de derechos y obligaciones; pero todos ellos están coordinados a un fin común, lo que hace la unidad del proceso. Por eso, la nulidad inicial de la relación vicia todos los actos realizados después.

c) En cuanto al contenido de la relación, «el deber fundamental que constituye el esqueleto de toda relación procesal, es el deber del juez o de otro órgano jurisdiccional de proveer las demandas de las partes. A este corresponde el deber de hacer todo lo necesario en el caso concreto para proveer (oír a las partes, asumir las pruebas, etc.), esto es, para aceptar o rechazar en el fondo, mediante la actuación de la Ley, la demanda». Este deber está garantizado por la responsabilidad penal y civil del juez que se niega a proveer, aun bajo el pretexto de silencio, oscuridad, contradicción o insuficiencia de la Ley. La ley colombiana dice que en tal caso incurre el juez en el delito de denegación de justicia (Ley 153 de 1887, art. 48, y C. Penal, art. 172).

d) El nacimiento de la relación jurídico-procesal se produce con el ejercicio de la acción, o sea con la presentación de la demanda, y su comunicación a la otra parte, porque no se puede *estatuir* si no es oída o citada la parte contra quien se ha formulado. Pero, además, esa demanda debe reunir ciertos requisitos, sin los cuales no puede ponerse el juicio en movimiento, y que se denominan *presupuestos procesales,* tales como la competencia del juez, la capacidad procesal de las partes, y los de carácter formal que señale la Ley (entre nosotros, indicación del juez, identificación del demandado y del demandante, manifestación de lo que se pide, de los hechos en que se funda y los fundamentos de derecho que se alegan; algunas demandas exigen requisitos especiales: la de lanzamiento debe acompañarse con la prueba del contrato; la ejecutiva, con el título; las referentes a inmuebles deben contener sus linderos, etc.).

Si alguno de estos presupuestos falta, no nace la obligación del juez de proveer de fondo, sino debe abstenerse de adelantar el proceso; y si lo hace, la otra parte puede oponerse a ello (que es lo que, erróneamente, llama nuestra Ley excepciones dilatorias). Pero siempre debe declarar la razón por la cual se abstiene de proveer, por lo que dice CHIOVENDA que aun entonces existe una relación jurídica, mas, sin embargo, imperfecta, o en sentido genérico y no estricto, cuyos presupuestos serían solamente la demanda y el juez.

e) La relación jurídico-procesal nacida y delimitada en esa forma, no permanece estática. Por el contrario, es una relación en movimiento, en acción, se desenvuelve en el tiempo y en el espacio; se transforma tanto por la actividad de las partes como del juez; se interrumpe, como en el caso de muerte de una de las partes; se extingue, bien por el modo normal que es la sentencia, o por medios anormales como la caducidad, la transacción, el desistimiento.

Para ese desarrollo válido de la relación procesal, se necesitan dos condiciones generales: que la persona física a la cual se dirijan los actos como órgano jurisdiccional sea subjetivamente capaz, esto es, que no esté interesada perso-

nalmente en el juicio, y que cuando se exija la intervención de apoderados, las partes estén representadas por ellos. Mientras que los presupuestos procesales deben existir al iniciarse el juicio, en el momento de la demanda, y su falta produce la nulidad de lo actuado, por el contrario, estas dos condiciones son necesarias solo para el desarrollo del proceso, y su falta impide que ello suceda, pero no hace desaparecer el proceso, como acontece con aquellas (cfr. núms. 159 y 218).

La doctrina se ha inclinado definitivamente por la aceptación de la relación jurídico-procesal. Se discute, sin embargo, si es una relación autónoma o si es el proceso el que la constituye; si es única o son varias coordinadas. Tampoco existe acuerdo respecto a quienes sean los *sujetos* de la relación jurídico-procesal. Unos sostienen que lo son únicamente las partes; otros, que las partes y el juez.

Se trata de definir cuál es la naturaleza de la relación jurídica nacida del proceso civil. Lo primero que debe afirmarse es que no se puede concebir como autónoma e independiente del proceso esa relación jurídica. Observa UGO ROCCO que el proceso civil, considerado subjetivamente como relación jurídica, pertenece al derecho público, y sirve para fusionar las dos relaciones jurídicas, que si bien son distintas, se hallan estrechamente ligadas, la que media entre el actor y el Estado (relación jurídica de acción) y la existente entre el demandado y el Estado (relación jurídica de contradicción). De donde se concluye la pluralidad de sujetos en el juicio, sujetos que son: el actor, el demandado y el Estado (agregamos nosotros los terceros intervinientes). Y se trata de una relación compleja, no solo por constar de esas dos relaciones jurídicas (de acción y de contradicción), sino porque cada una de ellas se desenvuelve a través de una serie de facultades, de obligaciones y de cargas, que se suceden cronológicamente y cuyo ejercicio y prestación constituye el desarrollo de la relación [32].

CARNELUTTI habla de *relaciones jurídicas* que se crean como resultado de los poderes y deberes que tanto al juez como a las partes se imponen en el proceso para la composición de los conflictos, y dice que por pertenecer al proceso se les llama *relaciones jurídicas procesales,* que se asemejan a vínculos que se constituyen entre los diversos elementos del proceso, y que son como sus nervios. *Los poderes y deberes* procesales «no son más que variedades de los poderes y de los deberes jurídicos»; el proceso, según él, no es una relación jurídica, pero para su desarrollo la Ley les atribuye poderes y les impone deberes a las partes, a los defensores, funcionarios y terceros, y constituye entre ellos relaciones que, como afectan al proceso, son relaciones jurídicas procesales [33].

Es decir, que para ROCCO el proceso es una relación jurídica, al paso que para CARNELUTTI el proceso origina relaciones jurídicas.

El profesor de la Universidad de Bolonia ENRICO REDENTI comparte la tesis de la identificación de proceso y relación procesal, en su moderno tratado *Derecho procesal civil,* haciendo la salvedad de que el proceso se origina, no como resultado obligatorio para el juez del ejercicio del derecho de acción, sino de la función propia que le corresponde como órgano del Estado, cuestión que estudiaremos al tratar de la acción (cfr. cap. IX). Dice: «A consecuencia de la demanda se instituye entre el demandante y el juez (oficio judicial) una

---

[32] ROCCO: *Trattato,* t. I, p. 381.

[33] CARNELUTTI: *Instituciones del proceso civil,* Buenos Aires, 1959-1960, t. I, p. 289-91.

relación, *un rapporto*, pero no ya del tipo crédito-débito, ni tampoco del tipo poder (potestad-sujeción), como de ordinario (reducidas a su forma más elemental) las relaciones de derecho sustancial, sino una relación que tiene por contenido suyo originario, de un lado, el aportar (ofrecer, indicar), y del otro, el tomar (recabar y aprehender) la materia y la razón del ejercicio del cargo» [34]. Y explica que «la relación no se agota ahí, sino que continúa a través de una serie progresiva de actividades combinadas, hasta llegar a la formación de la providencia final, pudiendo vincular a ella a otras personas que concurran voluntaria o forzosamente; por lo cual se forma entre el juez y las partes una situación jurídica particular, no momentánea ni estática, sino llamada a perdurar y desarrollarse en el tiempo, mientras no sobrevenga la providencia final u otra causa de cesación». Y concluye: «En la realidad práctica, proceso y relación procesal no pasan de ser el mismo fenómeno, según se lo contemple en su aspecto exterior de hecho o se lo considere poniendo más a fondo la mirada en su estructura íntima o interna» [35].

En Alemania, LEO ROSENBERG, profesor de la Universidad de Munich, acoge también la misma idea en su moderno *Tratado de derecho procesal civil*, en estos términos: «Todo proceso es una relación jurídica, es decir, una *relación* entre los sujetos procesales regulada jurídicamente» [36]. Y explica que esta noción hace posible la concepción unitaria del proceso, consistente en múltiples actos particulares y situaciones jurídicas producidas a través de la conducta procesal.

En España comparten esta teoría RAFAEL DE PINA y MANUEL DE LA PLAZA [37]. GUASP [38], en cambio, lo considera como una *institución*, de la cual emanan diversas relaciones jurídicas que se reducen en una unidad jurídica compleja que es, precisamente, la figura de la institución. COUTURE acogió inicialmente esta doctrina, pero luego la abandonó, por las razones que más adelante expondremos.

Para algunos, cuando el derecho sustancial asume la condición dinámica que le depara el proceso, «se produce una mutación esencial de su estructura, ya que no podría hablarse allí propiamente de derecho, sino de posibilidades de que el derecho sea reconocido en la sentencia; de expectativa de obtener ese reconocimiento, y de cargas, o sea imperativos o impulsos del propio interés para cumplir los actos procesales»; por lo cual no puede hablarse de relación entre las partes y el juez, ni entre ellas mismas; el juez sentencia, no porque sea un derecho de las partes, sino porque «es para él un deber funcional de carácter administrativo y político: las partes no están ligadas entre sí, sino que existen apenas estados de sujeción de ellas al orden jurídico». Y esto no configura una relación, sino una *situación jurídica*. Esta es la tesis de GOLDSCHMIDT [39].

Contra esta teoría del proceso como situación jurídica se han pronunciado CHIOVENDA, VON BÜLOW, ROCCO, REDENTI, CALAMANDREI, HUGO ALSINA, RA-

[34] ENRICO REDENTI: *Derecho procesal civil*, 1951, trad. 1957, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, t. I, p. 116.

[35] ENRICO REDENTI, ob. cit., p. 117.

[36] LEO ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, 5.ª ed. ital., 1951, trad. española 1955, p. 8.

[37] MANUEL DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 10-12.

[38] GUASP: *Derecho procesal civil*, ed. 1962, p. 22-24.

[39] GOLDSCHMIDT: *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925. Cita de COUTURE: *Fundamentos*, 1958, p. 136. IDEM: *Teoría general del Derecho*, Barcelona, 1936.

FAEL DE PINA, MANUEL DE LA PLAZA, CARNELUTTI (en la quinta edición de sus *Instituciones del proceso civil*) y muchos otros. Para nosotros, el primordial defecto de ella consiste en quitarle a la noción de acción el carácter de derecho del particular correlativo a la obligación de jurisdicción del Estado, que tan admirablemente explica ROCCO en su *Trattato*. Consideramos que las partes y el juez se encuentran en el proceso en variadas situaciones jurídicas, y precisamente como resultado de la relación jurídica que las regula. COUTURE observa que, a pesar de las críticas que se le han formulado, esta doctrina de la situación jurídica ha traído fecundos resultados a la ciencia procesal y que se han admitido cada vez más las nociones de cargas procesales, de distinción entre actos procesales y negocios jurídicos y de clasificación de aquellos. Pero estimamos que estas nociones también pertenecen a la doctrina de la relación jurídica, pues por ningún aspecto pueden considerarse contrarias o incompatibles con ella; por eso ROCCO y REDENTI hablan de cargas y deberes procesales y estructuran la teoría de los actos procesales, no obstante que sostienen firmemente la doctrina de la relación jurídica.

COUTURE presenta contra la doctrina de la relación jurídica las objeciones de que «cabría atribuir a los actos procesales la calidad de negocios jurídicos, mas no la de una relación jurídica», porque «el hecho jurídico que produce una relación jurídica no es, por esa sola circunstancia, una relación jurídica ni siquiera latente», y porque «un complejo de actos encaminados a un mismo fin, aun cuando haya varios sujetos, no llega a ser, por eso, una relación jurídica, a no ser que este término adquiera una acepción totalmente nueva» [40].

Pero estimamos que las objeciones se basan en un mal planteamiento de la doctrina de la relación jurídica. No se trata de asignarles a los actos procesales, en sí mismos, el carácter de relación jurídica; aquellos se suceden dentro de esta, pero no se identifican con ella. La relación es el vínculo general que surge al iniciarse el proceso como resultado del ejercicio de la acción y el cumplimiento, fundación, creación, erección, etc. Y en ese sentido son instituciones el proceso subsista, y de ellas emanan derechos, obligaciones, potestades y cargas procesales para aquellas y este.

El proceso es una entidad jurídica de carácter unitario y complejo, como se afirma en estudio reciente por FOSCHINI [41], con pluralidad de elementos estrechamente coordinados entre sí. Nos parece que, precisamente, esa entidad jurídica es lo que con acierto se denomina *relación jurídico-procesal*.

También se ha presentado la idea de que el proceso es *una institución*, idea que enunció GUASP y acogió en un tiempo COUTURE; pero, como este observa en su última obra [42], la multiplicidad de acepciones de la palabra suscita un cúmulo de equívocos y malentendidos, pues se la puede tomar como establecimiento de los presupuestos procesales, que ata a las partes y al juez mientras la familia, la empresa, el Estado, todo lo que sea una organización, y el proceso también lo es por eso mismo; pero no define ni puntualiza su naturaleza propia.

A pesar de sus simpatías por la doctrina de la situación jurídica, parece que COUTURE se decide por la relación jurídica, pues al tratar de definir el proceso dice que es una secuencia o serie de actos que se desenvuelve progresivamente, con el objeto de resolver el conflicto sometido a su decisión, actos

[40] COUTURE: *Fundamentos*, p. 132-33.
[41] Cita de COUTURE, ob. cit., p. 139.
[42] COUTURE, ob. cit., p. 142.

que constituyen una unidad; y agrega que la simple secuencia no es proceso, sino procedimiento, y el proceso entendido en forma más comprensiva es «en sí mismo una unidad, una relación jurídica» [43].

71. NUESTRO CONCEPTO

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 solo por las razones que hemos expuesto al tratar de desvirtuar las otras tesis, sino también porque nos parece que el proceso es en sí mismo una relación jurídica; de él se originan derechos y obligaciones, cargas y facultades, distintas de las que pueden surgir de las relaciones jurídico-materiales que en él se ventilan. Creemos que esas situaciones y relaciones jurídicas de que habla CARNELUTTI, como vínculos constitutivos de los diversos elementos del proceso, son efectos o consecuencias de la relación jurídico-procesal y que esta es la que le da al proceso su unidad, dentro de la cual surgen variados actos jurídicos, vinculados entre sí y encaminados al mismo fin, pero que son consecuencia de tal relación que con el proceso se constituye.

Creemos que esa relación jurídica se forma entre el juez y las partes y estas entre sí, aun cuando inicialmente, al formularse la acción de los sujetos de esta, son únicamente juez y actor; porque al llamarse al demandado al juicio, mediante su notificación o citación, cuando es contencioso, queda vinculado al proceso con derechos y facultades respecto del juez y también del demandante (como sucede con sus excepciones o su reconvención o con algunas de sus pruebas, como la de obligar al demandante a declarar bajo juramento o a exhibir libros o documentos, etc.).

Pero esas relaciones entre las partes y con el juez no existen en forma autónoma, sino como resultado o consecuencia de la relación jurídico-procesal que los ata y envuelve. De no ser así, no entendemos qué podría ser entonces el proceso; porque si no es una relación de derecho entre esos sujetos, sería una relación de hecho, y esto no es concebible en el moderno derecho procesal. Si se origina por el el ejercicio de un derecho subjetivo de acción (cfr. núms. 21 y 86) y de la obligación del juez de proveer o deber jurisdiccional del Estado, tiene que ser una relación jurídica; y como es totalmente distinta a la relación jurídico-material que el actor pueda pretender, necesariamente ha de constituir una relación jurídico-procesal.

Lo que sucede es que la relación jurídico-procesal es *compleja,* porque de ella emanan múltiples relaciones entre las partes y entre estas 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.

En nuestro concepto, la relación jurídico-procesal es *autónoma* en el sentido de ser independiente de la relación jurídico-material, como dice CHIOVENDA;

[43] COUTURE, ob. cit., p. 122.

pero el proceso la constituye y no se la puede concebir sin él, siendo, por otra parte, una relación única, pero compleja, de carácter *sui generis*, dominada por el interés público, que otorga facultades y derechos e impone deberes y cargas. En su contenido, nacimiento y desarrollo, acogemos completamente los anteriores conceptos de CHIOVENDA.

Tampoco existe acuerdo respecto a quiénes sean los sujetos de la relación jurídico-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 proceso contencioso: el órgano jurisdiccional, de una parte, y cada una de las partes (actor y demandado, que pueden constar de varias personas), por la otra, como ya explicamos. En el proceso voluntario, los sujetos son dos: demandante y juez.

Existen casos en que un tercero interviene en el juicio, como en otro lugar observamos, y entonces puede suceder que se adhiera a las pretensiones de una de las partes, o que resuelva sostener su propia pretensión, opuesta tanto al demandante como al demandado, o conexa con la de uno de estos; en ambos casos entra a ser sujeto de la relación. O puede suceder que exista una sola parte, como en los juicios voluntarios (cfr. núms. 26-33).

No puede desconocerse la existencia de estos tres sujetos en los procesos contenciosos, porque las partes están obligadas a comparecer ante el juez, y a someterse a su decisión, y sobre ellas pesan facultades y cargas que pueden usar o que deben cumplir, respectivamente; y el juez tiene el deber de dirimir el litigio o pronunciarse sobre las declaraciones pedidas. Y creemos que el juez es el sujeto preponderante. Pero no deben confundirse los sujetos de la relación procesal con los sujetos de la acción (véanse núms. 21 y 86).

72. ACCIÓN Y RELACIÓN PROCESAL

Por último, no debe confundirse la acción y sus condiciones, con la relación procesal y sus presupuestos, como ya observamos (véanse núms. 87 y 70).

Las condiciones de la relación procesal son los presupuestos procesales que se dejaron explicados (cfr. núms. 137-143). 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. Entre las condiciones de aquella y las de esta 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 otros presupuestos y una vez que la demanda se comunica o notifica a la contraparte, si la hay; pero son dos cosas distintas, ya que se puede tener la acción y aun ejercitarla sin que exista relación procesal, como en el caso de que se formule la demanda ante un juez incompetente o que falte otro presupuesto procesal y se rechace la demanda (habría entonces solamente una relación procesal en sentido genérico y no estricto, conforme al concepto de CHIOVENDA, que expusimos atrás).

Igualmente, una persona puede producir una relación procesal sin que tenga el derecho que pretende ejercitar; y en tal caso el proceso, si se reúnen los presupuestos procesales, se adelanta hasta concluir con una sentencia, naturalmente, adversa al demandante. Pero en orden lógico, primero se debe estudiar si existen los presupuestos procesales, en presencia de cualquier demanda, para

que el juez sepa si es conducente adelantar el juicio, y en caso negativo, y de oficio, rechazarla exponiendo la razón o defecto que motiva su determinación. Y si no lo hace, la parte demandada puede solicitárselo, oponiendo el consiguiente impedimento procesal, que es lo que, con error técnico, nuestro Código y el español llaman excepciones dilatorias (cfr. núms. 137 y 244).

La providencia del juez que rechaza una demanda 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; de modo que al negar la existencia de aquellos no se niega la existencia de la acción, sino simplemente que esta pueda ejercitarse, suponiendo que exista, en ese proceso. 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 impidió su nacimiento por falta de los presupuestos procesales, no es favorable ni desfavorable para el actor, porque no le niega ni le concede el bien que pide.

En cambio, las excepciones dilatorias, en su verdadero significado, atacan la pretensión directamente, como en su oportunidad expondremos. Pero, en el derecho colombiano y en el español, y mientras rijan las disposiciones de los Códigos de Procedimiento Civil actuales, tenemos que llamar excepciones dilatorias a las que tengan por fin impedir el nacimiento o desarrollo de la relación procesal por falta de alguno de los presupuestos procesales (cfr. números 236 y 244).

CAPITULO IX

DE LA ACCION

73. Concepto general de acción

Antes de entrar al estudio de la acción en derecho procesal, es indispensable aclarar que esta palabra tiene en Derecho un significado múltiple; se la usa en el derecho civil, en el penal, en el comercial, en el administrativo e inclusive en el procesal, con numerosos significados.

Se habla de acción por oposición a 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, 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 o de filiación, de deslinde, de nulidad de matrimonio, de divorcio, de indemnización de perjuicios, de servidumbre, de simulación, 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, de acciones de la sociedad anónima y de la en comandita o de responsabilidad limitada; 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, comerciales, laborales, etc.; para referirse a la clase de proceso que se ocasiona con su ejercicio, y entonces se distinguen las acciones de condena, declarativas, de declaración constitutiva, ejecutivas, cautelares, ordinarias y especiales; 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 constituyen 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 muy difícil su adecuada comprensión desde el punto de vista rigurosamente procesal; y por eso, aun en la moderna doctrina y, naturalmente, en la legislación y jurisprudencia, se le usa tanto para designar conceptos de contenido material como para identificar el derecho subjetivo material que el demandante quiere proteger. Por ejemplo, se habla de acción reivindicatoria, como el derecho del propietario a la restitución del bien, etc.

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

74. La noción de acción en derecho procesal

Según lo expusimos en capítulo anterior (núms. 20 y 21), el Estado no solo tiene el poder 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 el particular o una entidad pública se lo solicita con las formalidades legales. 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; *b*) como una obligación jurídica de derecho público del Estado de prestar su jurisdicción para esos fines y un derecho subjetivo público de los ciudadanos de recurrir ante él para poner en movimiento su jurisdicción mediante un proceso. Este último derecho es la acción en sentido procesal.

Sin embargo, la obligación del Estado de poner en actividad su función jurisdiccional y proveer mediante un proceso no es consecuencia inmediata, sino mediata, del ejercicio de la acción por el particular; porque si bien es cierto que para que aquella actividad se produzca se requiere el ejercicio de la acción, no lo es menos que tal obligación del Estado existe *ex lege*, porque es impuesta directamente por la norma objetiva y constitucional, que la regula y delimita, razón por la cual, como allí vimos, se otorga el carácter de delito penalmente sancionable a la denegación de justicia por el juez. No se trata, como se ve, de que el juez cumpla una obligación de hacer que le impone el particular que ejercita su acción, sino de que incumple una obligación que la Ley le impone [1]. La acción viene a ser el medio o condición para que nazca la obligación, para el funcionamiento de la jurisdicción, pero no su fuente o causa directa. Y de ahí el clásico principio: *nemo iudex sine actore*; *ne procedat iudex ex officio*.

Y como vimos también (núms. 20 y 56), si bien el ejercicio de la acción con las formalidades legales tiene por consecuencia normal que el proceso se adelanta hasta concluir con sentencia que resuelva sobre las pretensiones y litigios planteados, para esto se requiere no solo la formulación de la acción, sino que se cumplan las ritualidades progresivas del juicio y sus presupuestos, y, además, que exista el interés para obrar y la suficiente legitimación de las partes; porque si faltan esos presupuestos, no podrá pronunciarse sentencia, y si no aparece la correcta legitimación y el interés de ambas partes, habrá sentencia, pero no podrá resolverse en ella sobre el fondo de la litis (cfr. núms. 119, *d*, y 134, *g*).

El ejercicio de la acción en legal forma significa que en la demanda en que se contiene y en el juez a quien se dirige se reúnen los presupuestos procesales de la acción y los previos del juicio, que estudiaremos en el capítulo XV, números 137 a 142. Si tales presupuestos se cumplen, la jurisdicción del Estado entra en movimiento, el juez admite la demanda y surge la relación jurídico-procesal.

[1] Redenti, ob. cit., t. I, p. 115.

Si luego se cumplen los presupuestos del juicio y no aparece vicio en el trámite, vendrá en su oportunidad la sentencia. Y si existe interés para obrar y la legitimación de las partes está correcta, el juez en esa sentencia podrá desatar el litigio o resolver sobre la declaración del derecho; pero en caso contrario la sentencia se limitará a declarar que, por no reunirse tales condiciones, no es posible resolver sobre el fondo de la cuestión debatida, por lo que no habrá cosa juzgada que impida repetir el proceso para conseguir entonces esa decisión de fondo, una vez corregido el defecto anotado.

Igualmente, la sentencia de fondo, que es la que normalmente debe producirse, no significa que el juez deba acceder a las pretensiones del demandante, sino que simplemente resuelva sobre ellas, favorable o desfavorablemente. Por eso, REDENTI observa (cfr. núm. 21) que los jueces se encuentran en el deber de entrar en actividad siempre que haya una demanda formalmente legítima, antes de saber si está sustancialmente fundada.

Estudiamos también el proceso y la relación jurídico-procesal (cap. VIII) y sabemos que en materias civiles, por aplicación del principio dispositivo, es condición para que exista proceso que la parte interesada dirija al funcionario competente una solicitud al respecto. Esta petición, que pone en movimiento la función jurisdiccional del Estado (en su sentido estricto) (cfr. núm. 20), es el medio para el ejercicio de la acción y se le conoce como demanda; pero debe tenerse cuidado de no confundirlas, porque si bien la acción se ejercita mediante la demanda, en esta se encuentran también la pretensión, que es el objetivo perseguido por el demandante en este proceso, y los fundamentos de hecho y de derecho que constituyen su causa.

Naturalmente, la acción «es una actividad jurídica por excelencia, ya que se traduce en una serie de actos que producen consecuencias jurídicas» [2].

Por el hecho de existir la obligación que tienen los particulares de soportar la jurisdicción del Estado y de someterse a ella, ejercitando la acción cuando requieren que se haga justicia, y para que funcionarios públicos procedan mediante un juicio a realizar un derecho o situación jurídica o a producir su declaración *(acertamento)*, la acción significa el rechazo de la justicia privada, de la autodefensa, de la imposición personal y directa de los derechos o pretensiones a las demás personas, y es una consecuencia del carácter exclusivo de la administración de justicia (cfr. núms. 3 y 10).

De lo anterior se deduce que el derecho de acción no es un derecho contra el demandado, porque este no es quien debe proveer y ninguna obligación se deduce para él del simple ejercicio de la acción, sino un derecho respecto del Estado, a quien se dirige por intermedio del funcionario competente, para que ponga en actividad su función jurisdiccional y provea mediante el proceso también a través de ese funcionario. Por ese motivo, la acción produce como resultado el proceso, aun cuando no exista demandado, y también cuando lo hay, pero este no tiene en realidad la obligación que se le pretende imponer, e inclusive cuando se abstiene en absoluto de comparecer y de intervenir en toda la secuela del proceso.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza, del fin y del fundamento de la acción. Vamos a presentar, someramente, las principales doctrinas al respecto. Pueden clasificarse en dos grupos:

1) Las teorías que consideran la acción como un elemento del derecho

[2] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 134.

material subjetivo o como el derecho material mismo en ejercicio o movimiento;

2) Las que sostienen que es autónoma y diferente del derecho 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.

75. Teoría de la acción como elemento del derecho material subjetivo, o como este derecho en movimiento

Esta es la teoría tradicional o clásica que liga la idea de acción a la de lesión de un derecho y la considera, por tanto, 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 entonces cosa distinta del derecho material subjetivo violado. Es el *ius persequendi in iudicio*, de la doctrina romana.

El derecho romano llegó a evolucionar en el concepto de la *actio*, del significado original de actividad *(agere)*, al significado de derecho a ejercer aquella actividad, como se ve en las fuentes justinianeas *(Instituciones* y *Digesto)*, mediante la generalización de un texto de Celso: *nihil aliud est actio quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur* (acción no es otra cosa que el derecho a perseguir en juicio lo que a uno se le debe)[3].

José María Manresa y Navarro, clásico autor español, sostiene esta tesis ya entrado nuestro siglo (la última edición en vida del autor fue en 1929), y define la acción como el medio que nos conceden las leyes para «ejercitar en juicio el derecho que nos compete», y dice que «no puede existir la acción sin existencia previa del derecho que por ella se haya de reclamar. Aquella es el medio, y este, el fin»[4].

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 obligación del adversario de hacer cesar la violación. Pero todavía la noción queda dependiente de estos dos elementos: la existencia del derecho material y su violación; de manera que en el fondo se identifican la acción y el derecho material.

Más recientemente vemos un concepto similar en J. Ramiro Podetti[5], quien dice que «la acción es el elemento activo del derecho material, y en consecuencia, corresponde al titular del derecho para defenderlo o esclarecerlo».

Carnelutti explica el origen de esta teoría, así: «La razón elemental de esta involución del derecho subjetivo procesal (o acción, como veremos) en el derecho subjetivo material es probablemente histórica y particularmente romanística: en el sistema jurídico romano, durante un largo período de su evolución, en gran parte la tutela jurídica de los intereses no se hallaba preconstituida con normas materiales, sino que se confiaba al proceso por medio de normas instrumentales, estando aquel precisamente, en orden a esta función, diversa de la del proceso moderno, basado en la doble fase del *ius* y del *iudicium*; por

[3] Redenti, ob. cit., t. I, p. 45.
[4] José María Manresa y Navarro: *Comentarios*, t. I, p. 290.
[5] Ramiro Podetti: *Teoría y práctica del proceso civil*, 1942, p. 290.

eso, la *actio*, en principio, no era un derecho, sino el (único) derecho concedido para la tutela del interés; en otras palabras, según aquel sistema jurídico, el derecho subjetivo material no se mezclaba con el derecho subjetivo procesal, sino que era el instrumento para la constitución de este último, que antes del proceso no existía. Ahora bien, cuando, con la gradual transformación de las normas materiales, junto a las normas instrumentales también y sobre todo en el campo del derecho privado, la figura del derecho subjetivo material se separó, poco a poco, del proceso, la ciencia no tuvo ni pudo estar preparada para aclarar las relaciones que venían a establecerse entre él y la acción, distinguiendo así entre derecho subjetivo material y derecho subjetivo procesal. Por otra parte, para favorecer la involución de este en aquel, junto a la razón histórica ha funcionado una razón lógica, consistente en que, sin duda, los dos derechos están siempre ligados por una relación de medio a fin; la acción sirve para la tutela del derecho mismo en cuanto se hace valer. En fin, también sobre este aspecto del problema lanzó su luz la concepción privatista del proceso, la cual, de la misma manera que llevó a hacer gravitar el sistema entero sobre el derecho subjetivo, indujo a hacer creer que este no era otra cosa que el derecho hecho valer en juicio»[6].

No existe una obligación de hacer cesar la violación del derecho que sea distinta de la obligación de satisfacer el derecho, como observa CHIOVENDA[7], es decir, que aquella es sencillamente la misma que pesa sobre el sujeto pasivo del derecho subjetivo de satisfacer o respetar y dejar gozar al titular de ese derecho. Y el derecho que le nace a este para la restitución de la cosa o la reparación del daño o la cesación de la perturbación, es una derivación de su derecho subjetivo (de propiedad, por ejemplo), pero no es la acción. En muchas ocasiones existe acción, y, sin embargo, no hay ningún derecho subjetivo que la esté produciendo, y son muchos los procesos que existen, a pesar de la ausencia de violación de derechos y aun de controversia o litigio entre personas, como sabemos (cfr. núms. 33 y 56). Y el demandante puede ejercitar la acción y producir el proceso, sin tener el derecho material que reclama, lo que sucede muy a menudo. 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, no al adversario.

76. 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 lo hicieron, desde el siglo pasado, por considerar la acción como independiente del derecho subjetivo, no solo por ser algo distinto de él, sino porque su presencia no requiere la existencia de aquel ni su violación. En esto es unánime la doctrina moderna.

Pero no paró allí la discusión, ya que quedó por resolver el problema de la naturaleza, fin y fundamento de la acción, y al respecto ha existido una evolución que va desde los autores alemanes de mediados del siglo XIX hasta las

---

[6] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 356.
[7] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 82.

obras de CARNELUTTI y ROCCO. No en su orden histórico, sino de progreso hacia la concepción verdadera, podemos considerar como principales las siguientes:

77. TEORÍA DE LA ACCIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO QUE SE PRODUCE CON EL JUICIO (BÜLOW)

Esta teoría fue presentada primeramente por VON BÜLOW, en un artículo titulado «Nueva ciencia procesal», y, en resumen, consiste en afirmar que «la acción, como derecho subjetivo anterior al juicio, no existe; solo con la demanda judicial nace el derecho de obtener una sentencia justa»[8].

Como no se conoce el resultado de la sentencia, no se puede hablar de un derecho basado en hechos anteriores al proceso, porque la sentencia se funda en la convicción del juez, que puede no corresponder a la realidad de los hechos.

Pero, como dice CHIOVENDA, esta, más que una teoría de la acción, es la negación misma de la acción y del propio derecho subjetivo. Se confunden los derechos procesales, originados del proceso y la relación procesal, con el derecho material que en él va a controvertirse; cuestiones estas que dejamos estudiadas en los números 70 a 72. La acción se refiere, necesariamente, no a esos derechos producidos por el proceso, sino a hechos anteriores al mismo y por motivo de los cuales se ejercita precisamente. Y equivale a decir que el derecho subjetivo material nace también del proceso, lo que lleva a su desconocimiento, puesto que se niega que existan derechos anteriores a él y se le da a la sentencia el valor de crear los derechos materiales y no de declararlos, concepto totalmente inadmisible. El proceso es el resultado de la acción y, por consiguiente, no puede ser su causa.

78. TEORÍA DE LA ACCIÓN COMO FACULTAD DEL DERECHO DE LA PERSONALIDAD (KOHLER)

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 facultad emanada del derecho a la integridad de la propia personalidad o derecho de 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 este 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 juicio viene a ser una lucha entre las partes únicamente. El Estado se limita a darles valor a los actos de las partes.

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 vendrá a darle vida a la demanda únicamente, y esta, a su vez, a originar el proceso;

---

[8] Cita de CHIOVENDA, ob. cit., p. 85.

pero, precisamente, si la demanda puede traer el proceso, es porque en ella va ejercitada la acción.

Por otra parte, el excluir al Estado mediante 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 que se desconoce su esencia de derecho público y de actividad jurisdiccional del Estado, para fines públicos de interés general.

En el derecho moderno no se discute la existencia de derechos subjetivos públicos del ciudadano frente al Estado. Siempre que una función del Estado entra en actividad por un acto de voluntad de un particular, existe, no una simple facultad, sino un verdadero derecho, como observa UGO ROCCO [9], y la noción del derecho público subjetivo de acción no sufre mengua alguna por la circunstancia de que la obligación del juez no emane del derecho de acción del particular, sino directamente de la Ley, porque de todas maneras, en forma mediata o indirecta, el ejercicio de la acción impone el cumplimiento de tal obligación estatal en el caso concreto.

El considerar el derecho de obrar, de demandar, como una facultad que emana del derecho de libertad, es un error que viene de una incorrecta comprensión de lo que es el derecho de libertad. Como explica ROCCO [10], de las normas jurídicas se deduce una esfera de actividades dentro de la cual los particulares pueden moverse libremente, sin temor a violar ninguna norma jurídica o de incurrir en alguna sanción. El ejercicio de tal facultad constituye un derecho generalísimo, que en sí comprende toda esta esfera de actividad y que es lo que constituye el derecho de libertad. La libertad individual, en cuanto es tutelada por el Derecho, se convierte de *libertad de hecho* en *libertad jurídica* y constituye el derecho genérico de libertad individual.

De este derecho subjetivo emanan incontables facultades de obrar, que no están ni ordenadas ni prohibidas. El *derecho de libertad* consiste, pues, en una serie de facultades de obrar, y puede ser privado o público, según que el interés que tenga por fundamento sea individual o público y se refiera a relaciones entre particulares o entre el particular y el Estado. Y tiene un límite en la existencia del derecho de libertad de los demás, cuyo campo no se debe invadir; si se produce tal invasión, el lesionado tiene el derecho de acción para obtener del Estado la tutela o el restablecimiento de su derecho de libertad.

Por consiguiente, la acción no es una simple facultad o posibilidad inherente al derecho de personalidad, 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, que es la obligación de la jurisdicción civil y del Estado.

Por último, cabe observar a esa teoría que no explica los numerosos casos en que se ejercita la acción y no existe adversario, como en los juicios de jurisdicción voluntaria ante funcionarios del órgano judicial, y que deja sin fundamento la intervención del juez en el proceso, al reducir las relaciones procesales a las partes (cfr. núms. 26-33).

---

[9] ROCCO, ob. cit., t. I, p. 241.
[10] ROCCO, ob. cit., t. I, p. 260-63.

79. Teoría de la acción como un derecho subjetivo público concreto para obtener la tutela del Estado, por sentencia favorable (Muther y Wach)

Esta teoría contiene ya un avance muy importante, pues, según ella, la acción es un derecho independiente y autónomo, y anterior al proceso. En esta forma quedaron las premisas para la moderna doctrina, que en este punto está unánimemente de acuerdo. Pero, como, según ella, el objeto de la acción es obtener una sentencia favorable, lo que le da el carácter de derecho concreto, es fuerza concluir que no puede existir sino para la parte que tiene razón, o sea la que tiene el derecho. Los autores que defendieron esta teoría, consideraban también la acción como un derecho que se dirigía simultáneamente contra el Estado y contra la otra parte, o solamente contra el Estado, pero con preponderancia en todo caso de este.

Al condicionar la acción a la sentencia favorable se llega, lógicamente, a concluir que al negar el juez las pretensiones del actor, está negando la acción, lo que viene a ser inexacto, porque tan cierto es que la acción le corresponde, a pesar del insuceso, que merced a ella se produjo el proceso que lo llevó hasta el fin o sentencia. Al exponer la teoría de Carnelutti, se verá más a espacio la separación entre pretensión de sentencia favorable, por una parte, y acción, por otra (cfr. núm. 81).

Esta teoría fue formulada en Alemania por Muther, desarrollada en forma completa por Wach y fue acogida también por Kisch [11]. En Italia, Calamandrei [12] considera la acción como el derecho a la sentencia favorable, a pesar de que acepta el concepto de Chiovenda sobre el derecho potestativo autónomo, lo que implica una clara contradicción.

80. Teoría de la acción como derecho autónomo, potestativo y privado (Chiovenda)

Esta es la teoría de Chiovenda. El ilustre procesalista italiano lleva el concepto de la acción a un plano muy superior con relación a la anterior doctrina alemana, en cuanto a la función y el objeto de la acción; pero, por otro aspecto, constituye un paso atrás en relación con esta.

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 este. Así, el cónyuge agraviado puede pedir la separación de cuerpos o el divorcio; el mandante puede revocar su poder; el donante, revocar su donación si su carácter lo permite; un propietario, pedir el deslinde de su finca con el colindante; un contratante, la nulidad del contrato. Y en todos esos casos se afecta la condición jurídica de una persona, sin que exista el concurso de su voluntad, y los efectos jurídicos se realizan, por el contrario, a pesar de su voluntad o contra ella.

---

[11] Kisch: *Elementos*, ed. Madrid, 1940, p. 106-10.

[12] Calamandrei: *Instituciones*, ed. Argentina, 1943, p. 179-80.

De estas facultades, unas se ejercen directamente por la persona y otras solo mediante la necesaria intervención del juez. «Pero todas tienen en común la tendencia a producir un efecto jurídico en favor de un sujeto y a cargo de otro, el cual no debe hacer nada ni siquiera para librarse de aquel efecto, permaneciendo sujeto a su actuación.» Es decir, la sujeción que se produce por el ejercicio de la facultad de otra persona no depende en nada de la voluntad de la persona sometida a ella, pues el demandado queda sujeto a la relación procesal por el solo acto de voluntad del demandante y por la actividad del juez.

Esas facultades no son puramente ideales, sino creadas y concedidas por la Ley, producen un verdadero bien y, por tanto, «no hay motivo para no incluirlas entre los derechos». Su autonomía es también evidente, ya que la facultad de hacer cesar un derecho nada tiene que ver con ningún otro derecho, y el poder de constituir un derecho no puede ser confundido con un derecho que aún no existe. Cuando se hace cesar el derecho de propiedad de una persona, mediante el ejercicio de la cláusula de retroventa, la acción es distinta del derecho de propiedad que se pretende readquirir y que no se tiene.

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 que CHIOVENDA propone para ellos, de derechos potestativos [13].

Pues bien: la acción es uno de esos derechos potestativos [14]. Y añade: «Siendo el fin principal de una obligación jurídica la ejecución de la Ley, dícese cumplir la Ley quien se conforma con sus mandatos. Pero no todas las normas que regulan las relaciones entre los sujetos jurídicos son ejecutadas por el obligado, ni todas esas normas tienen una naturaleza adecuada para poderse ejecutar por el particular. En muchos casos, la actuación del derecho es realizada por órganos públicos. Pero esos órganos ya proveen a la aplicación de la Ley por su iniciativa, por deber de oficio, ya pueden hacerlo solamente a petición de parte; en estos últimos casos la actuación de la Ley depende de una condición, de la manifestación de voluntad de un particular, el cual decimos que tiene acción.»

«La acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la Ley» [15]. Es un derecho *concreto* de obrar.

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 (la acción de condena se consuma con el pronunciamiento de la sentencia definitiva, aunque la obligación quede subsistente)», el fin a que tiende no es la prestación, sino un efecto jurídico propio, esto es, la actuación de la voluntad de la Ley por la sentencia o, en síntesis, la sentencia. Esta separación entre la prestación que debe el obligado y el fin de la acción se ve más claramente cuando esta se encamina a obtener un bien que únicamente el proceso puede darle o en los casos en que tiende a un bien que no existe y que el proceso va a dar. Ejemplos de ello son la acción de divorcio, de nulidad de matrimonio, de paternidad después de muerto el padre, pues no existe una persona que pueda darle al actor lo que por el proceso consigue. E igualmente, en ocasiones, el proceso sirve para obtener la declaración del De-

[13] CHIOVENDA: *Principios*, Madrid, 1922, t. I, p. 69-71, núm. 1.
[14] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 70.
[15] CHIOVENDA, ob. cit., p. 73.

recho y hacerlo preciso y claro, y este interés de hacer cesar su incertidumbre no lo puede otorgar ninguna persona, como es el caso del juicio de sucesión.

Y como CHIOVENDA nos habla solo de condición para la actuación de la voluntad de la Ley, lo cual ocurre tenga o no derecho o razón el actor, y séale o no favorable la sentencia, su teoría libera el concepto de acción del vínculo que en la teoría anterior lo ata al derecho material. Sin duda alguna, tanto con la clara distinción que hace entre acción, derecho y obligación correlativa, como con la eliminación de la idea de sentencia favorable y con el concepto de sujeción del demandado a los efectos del proceso, sujeción ajena a todo acto de voluntad de este y que no tiene en cuenta su obligación a la prestación, CHIOVENDA realizó extraordinariarios progresos en el camino de la investigación relacionada con esta materia.

Pero, en cambio, dos observaciones importantes deben hacérsele a su teoría:

1.ª Considera él que como el interés perseguido por el actor es privado, también la acción es un derecho privado, como se ve del siguiente párrafo: «La tradición latina vio en la acción especialmente esta dirección contra el adversario e hizo de ella, como nosotros hacemos, un derecho privado, en cuanto privado es también el interés» [16].

Olvidó en esta parte el ilustre procesalista que la acción no puede ser separada del funcionario que representa al Estado, ante quien se ejercita, y que, precisamente, si es su fin la actuación de la voluntad de la Ley y no se puede conseguir esa actuación sino por el juez, como órgano del Estado, es esencialmente una relación entre el actor y el Estado, para el ejercicio de una función pública, de manera que su naturaleza no puede ser privada, sino pública también; lo que se deduce, además, del fin de la jurisdicción y del proceso, que es el interés público del Estado en la realización del Derecho (cfr. núms. 20 y 56). Aquí fueron más técnicos los autores alemanes, quienes la consideraron como un derecho subjetivo público.

2.ª La noción del derecho potestativo, según la concibe CHIOVENDA, adolece de demasiada sutileza, y lleva a dos errores consecuentes: a colocar como sujeto pasivo de la acción a la contraparte, que la considera «como aquella que debería sufrir el efecto jurídico considerado como objeto del derecho», y a confundir, si se supone la categoría de los derechos potestativos, el derecho subjetivo con la facultad [17]. Afirmar la existencia de derechos subjetivos sin obligación correlativa para nadie, es desvirtuar su noción jurídica; de la norma que concede el derecho emana la prohibición de vulnerarlo o desconocerlo, y esto constituye la obligación para ese sujeto pasivo determinado o determinable. Lo que es potestativo es ejercitar o no el derecho mismo; y esto sucede con casi todos los derechos, ya que se pueden ejercitar o no, sin que eso desvirtúe su naturaleza real.

En cambio de esforzarse por crear una categoría de derecho en que pueda encajar la acción, más científico y conforme a su real naturaleza es considerarla como un derecho público subjetivo, para un fin público, como vimos al estudiar el proceso y la jurisdicción (cfr. núms. 20 y 56).

---

[16] CHIOVENDA, ob. cit., p. 84.
[17] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 356.

81. Teoría del derecho subjetivo procesal abstracto y público para el cumplimiento del proceso (Carnelutti).

Esta teoría, enunciada por Carnelutti, constituye un trascendental esfuerzo jurídico para darle a la acción una estructura sólida y científica. Consta de las siguientes proposiciones:

1.ª La acción constituye, sin duda, un derecho autónomo y anterior al proceso, pero un derecho subjetivo procesal. La Ley impone ciertas cargas a las partes y, de modo particular, la carga de la demanda. Si la parte no la propone, el juez no solo no puede, sino que tampoco debe componer el litigio, ni, en general, llenar su cometido. De la demanda depende no solo la existencia del poder del juez, sino también la existencia de su deber. De modo que la proposición de la demanda, al mismo tiempo que es cumplimiento de una carga, constituye el ejercicio de un derecho subjetivo. La investigación científica encuentra así, al lado de las facultades, cargas y obligaciones procesales, la figura de los derechos subjetivos procesales.

2.ª 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. Los dos derechos (acción y derecho material) tienen como punto de contacto que la pretensión del derecho material determina la atribución del derecho procesal, y de ahí que la acción corresponda a quien pretende hacer valer un derecho. Sin embargo, el litigio representa un interés para ambas partes, en razón del derecho que se controvierte (el económico del dinero por cobrar al acreedor y por pagar al deudor, por ejemplo); pero al lado de este existe el interés de que ese litigio se solucione o de la composición del litigio, que es distinto y corresponde no solo a la parte, sino a todos. Por eso es la acción un derecho público subjetivo y persigue un fin público, en interés público, al paso que el derecho que causa el interés radicado en el litigio es privado.

Como se vio al estudiar el fin del proceso, el interés perseguido por este es un interés público (cfr. núm. 56). Ese fin del proceso es, precisamente, lo que constituye el interés que la acción protege; es decir, en cuanto ese es el fin inmediato del proceso, la Ley le otorga la acción al particular en litigio, pero no para proteger su interés privado, sino en defensa de ese interés general o público; y la protección del interés privado, que también se obtiene en el proceso si se conforma a la Ley, es resultado mediato.

«Las tenaces resistencias contra este modo de ver se deben solamente a la penetración incompleta de la concepción publicística del proceso civil, de la cual lo expuesto no es sino un inevitable corolario.»

La tutela de los intereses públicos se puede hacer depender de la voluntad de una o varias personas, y entonces, o esta es un funcionario público y representa al Estado, o bien es un ciudadano particular; en la primera hipótesis hay ejercicio público, y en la segunda, ejercicio privado de la función pública. Es decir, hay derechos públicos subjetivos pertenecientes al Estado y derechos públicos subjetivos correspondientes a los particulares. La acción se halla incluida entre estos últimos. De ahí que el proceso no se realiza en interés del actor, para su provecho, pues puede resultarle desfavorable.

3.ª 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 el de la acción ejercitada con pretexto de aquel, aun cuando en esta hipótesis la sentencia deba desestimar las pretensiones del demandante; lo cual pone, una vez más, de manifiesto la diferencia entre los dos. En la acción ejecutiva es menos clara la distinción, ya que se parte de la existencia reconocida de un derecho y se ordena de plano su ejecución; pero aun en este caso puede existir esa separación, y el ejecutado, demostrarlo mediante oportunas excepciones.

Igualmente puede suceder que el que ejercita la acción no sea el titular del interés en litigio, sino otra persona que obra en nombre o en sustitución de este.

4.ª La acción, derecho subjetivo procesal, impone al juez una obligación procesal, que es completamente diferente de la obligación del demandado y que se afirma en la demanda. Esa 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. De ahí surge la distinción entre el contenido de la acción (derecho subjetivo procesal) y el contenido del derecho subjetivo material que se pretende hacer valer. Se satisface aquel al concluirse normalmente el proceso, aunque bien puede suceder que quede insatisfecho este, ya porque el juez rechace las peticiones del demandante, o porque, no obstante su aceptación, no se logre el cumplimiento efectivo por parte del demandado, como cuando fracasa la ejecución por falta de bienes.

Esa obligación del juez a proveer, que es lo que constituye el objeto esencial del proceso, tiene existencia, sin que para ello se tenga en cuenta si el actor tiene o no un derecho correlativo. Porque cuando le corresponde la acción, la obligación del juez es consecuencia del ejercicio de ese derecho procesal de la parte, al paso que no ocurre lo mismo cuando el juez debe negar la acción que se quiere ejercitar, como acontecería cuando una persona se presentara a demandar a nombre de otra sin llevar su representación o alegando un cargo que no posee.

En este último caso, el juez tiene, sin embargo, un deber, que es el de dictar una resolución en que explique las razones de su negativa (ejemplo, el art. 738 del C. J.). De manera que existen obligaciones procesales respecto a las cuales la voluntad de la parte no tiene trascendencia alguna.

Igualmente, las obligaciones procesales que la Ley impone a las partes no dependen, por lo general, de la voluntad de la parte contraria a la obligada. Exista o no manifestación de voluntad de esta al respecto, se deben cumplir, como la de demandar, la de probar los hechos, la de suministrar papel competente, la de obedecer los términos, etc. Solo una depende, para su actuación, de la voluntad de la contraparte, esto es, la de pagar las costas, pues si no se cobran por el beneficiado, el juez no ejecuta por ellas a quien debe cubrirlas.

5.ª Pero cuando la parte sí tiene la acción, a ella corresponde, sin duda, una obligación del juez, y por eso se habla de un derecho subjetivo procesal. Si un acto de voluntad de esa parte es condición impuesta por la Ley para que el funcionario quede obligado a proveer, es porque existe el derecho subjetivo en el actor.

Esa obligación del juez consiste, como es lógico, únicamente en proveer;

pero no en proveer siempre de manera favorable al actor; es decir, que la acción 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 justa o favorable.

Por tanto, la acción no es el derecho a la tutela jurídica, sino al cumplimiento por el juez de actos en que esa tutela se resuelve, o sea del proceso, y más particularmente, de la sentencia. Luego su contenido no está en el resultado, sino en el medio de que se sirve para obtenerlo, o sea la actividad de los funcionarios del proceso.

Esto excluye que la acción sea un derecho *contra* el juez, pues él es uno de sus sujetos, o *contra* el Estado, porque al Estado le pertenece esencialmente el interés en cuanto a la composición del litigio, y es el sujeto de ese interés el que es el protegido por la acción, de manera que es ilógico pensar que la acción se dirija contra él, porque ello equivaldría a decir que el Estado tiene un interés contrario a la composición de la litis, lo que desvirtuaría su clara realidad.

E igualmente se excluye que la acción sea un derecho de una parte *contra* la otra, como de la teoría del derecho potestativo se desprende, puesto que la obligación que se produce con ella es la de que el juez provea; y si la otra parte queda sujeta a la sentencia, es como efecto del poder ejercitado por el juez y no de la acción del demandante. Y se excluye que sea un derecho concreto, pues ello implicaría que el actor tuviera la razón, de donde se deduce, por el contrario, que es un *derecho abstracto de obrar* [18].

6.ª Posteriormente, en sus *Instituciones del nuevo proceso italiano* sintetiza y aclara CARNELUTTI su concepto sobre la acción y lo rectifica en punto a la legitimación. Dice que el interés que constituye el elemento material de la acción no es el interés en litigio (que es el contenido del derecho subjetivo material), sino el interés en la composición del litigio, que es común a las partes y a todos los demás ciudadanos, un interés colectivo; por lo que la acción no es un derecho subjetivo privado, sino un derecho subjetivo público y, más exactamente, forma parte de los *derechos cívicos*. Y agrega:

«De la acción como relación jurídica de las partes se habla, pues, en el sentido de que su ejercicio atribuye a quien la ejercita cualidad de parte (en sentido formal), no ya en el de que ella competa a la parte (en sentido material); más adelante veremos cómo el acto en que ese ejercicio se resuelve no está sujeto más que a una legitimación modificativa; representa uno de los últimos episodios de la dificultad de separar el derecho subjetivo procesal del derecho subjetivo material, aquel por el cual yo mismo consideré que la acción no competía más que a la parte en sentido material, y tuve que recurrir a una fatigosa construcción, a fin de explicar la eficacia, frente al juez, de la demanda propuesta por quien no está legitimado para pretender o contra quien no está legitimado para resistir: la verdad es que la acción, así sea con efectos limitados, no compete ya a la parte (en sentido material), sino a quien asume ser parte, por lo cual aquello de que depende es la apariencia de ser sujeto de la litis o del negocio y, por tanto, dicha acción compete a cualquier ciudadano» [19].

Rectifica así CARNELUTTI el concepto que había expuesto en el *Sistema*, acerca de que la situación que justifica el ejercicio de la acción consiste en

---

[18] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núms. 137 y 156.

[19] CARNELUTTI, ob. cit., 5.ª ed., trad. de Santiago Sentís Melendo, t. I, núm. 206, p. 317.

encontrarse, con relación al litigio, en la condición que determina la *legitimación «ad causam»*, a saber, ser su titular u obrar en representación o sustitución de este. De manera que para CARNELUTTI la *legitimatio ad causam* ya no es un elemento ni un requisito de la acción, sino de la pretensión. Es lo que nosotros sostuvimos en la primera edición de nuestra obra al decir que el interés para el ejercicio de la acción es legítimo desde que la intervención del juez se requiere por un estado de hecho que implique la necesidad de su proveimiento para cualquier efecto jurídico que interese a quien demanda; lo que significa que no se requiere ser el titular del derecho o situación jurídica o interés en litigio, *sino pretender o alegar serlo*, porque esa sola afirmación da derecho para impetrar la sentencia que vendrá a decidir si efectivamente tiene tal legitimación (en cuyo caso habrá decisión de fondo, favorable o desfavorable al demandado) o si, por el contrario, no la tiene (y entonces la sentencia se limitará a negar la decisión de fondo, por ser requisito de la pretensión).

7.ª La acción, nos explica CARNELUTTI en sus *Instituciones*, no es un derecho único, como durante tanto tiempo se ha creído, sino una categoría de derechos que está integrada por una notable variedad de ejemplares; pero no tiene nada que ver con la naturaleza del derecho material que se hace valer en el juicio, lo que significa que, bien sea tal derecho material real o personal, mueble o inmueble, el derecho de acción es siempre el mismo. De modo que, técnicamente, la clasificación de las acciones debe mirar solo el punto de vista procesal, según los varios tipos de proceso [20].

Con todo y la autoridad del profesor CARNELUTTI, su teoría puede ser objeto de varias críticas. «Como en nuestro *Derecho procesal civil*», edición 1947, dijimos, la teoría de CARNELUTTI tiene, en nuestro concepto, 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» [21], y dice que la actividad del juez puede usarse para fines distintos de la composición de la litis [22], y que existen procesos jurisdiccionales voluntarios que persiguen la *prevención* de la litis. Pero, no obstante estos conceptos nuevos, al tratar sobre la acción insiste en que el interés, que constituye el elemento material de la acción, es «el interés a la composición del litigio»; de manera que sorprende que no haya sido consecuente al determinar el interés que justifica el ejercicio de la acción y constituye su elemento material que, conforme a sus conceptos, debe ser no solamente el de la composición, sino también el de la prevención del litigio, que, por tanto, aun puede no existir.

Por otra parte, al considerar como sujeto pasivo de la acción al juez u oficina judicial ante quien se presenta la demanda, en vez del Estado, que actúa por intermedio del funcionario que está al frente de la oficina judicial, el preclaro procesalista desvirtúa la personalidad jurídica del Estado y el concepto de su unidad.

Pero respecto a los otros conceptos de CARNELUTTI, que hemos sintentizado en las anteriores proposiciones, es decir, naturaleza autónoma de la acción, su carácter de derecho subjetivo procesal y público al juicio y a la sentencia (no contra el Estado o el juez, ni a una sentencia favorable); su carácter cívico; el ser un derecho abstracto de obrar (no para un fin concreto); el interés pú-

[20] CARNELUTTI, ob. cit.
[21] CARNELUTTI, ob. cit., prefacio, núm. 6.
[22] CARNELUTTI, ob. cit., p. 42.

blico que con ella se protege; la distinción del derecho de acción y el derecho material; la diferencia entre la obligación del juez que se genera con la acción y la obligación del demandado a la pretensión que se afirma en la demanda y a someterse a la jurisdicción del Estado y, por tanto, al proceso; el contenido y objeto de la acción como el simple proceso y en particular la sentencia, cualquiera que sea su decisión (favorable o desfavorable, de fondo o negatoria del pronunciamiento de fondo); la eliminación del demandado como sujeto pasivo de la acción y su ubicación como sujeto pasivo de la pretensión; la independencia de la acción respecto a la *legitimatio ad causam* y su ejercicio por cualquier ciudadano que afirme tener esa legitimación (aun cuando no la tenga), y su independencia de la clase de derecho material pretendido, todo ello consideramos que representa un fundamental y definitivo avance en la tecnificación del concepto de acción desde el punto de vista rigurosamente procesal. No se debe olvidar que es a COUTURE a quien se ha de reconocer el mérito de haber precisado el carácter cívico del derecho público de acción y el haber actualizado su indudable origen y su garantía constitucionales.

82. LA DOCTRINA POSTERIOR A CARNELUTTI

A) *Los estudios de Eduardo J. Couture, Santi Romano y Zanzuchi*

Para nosotros, EDUARDO J. COUTURE es el más sobresaliente procesalista de la América latina, y es el de mayor originalidad y fuerza en las concepciones. Sus obras *Estudios de derecho procesal civil* y *Fundamentos del derecho procesal civil* han sido un aporte sustancial al derecho procesal civil, no solo de América, sino de Europa; especialmente la última, en la cual pule muchos de sus conceptos.

Para COUTURE, 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, poder 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 efecto de conseguir la justicia por mano de la autoridad; y privarle de una y otra sería negarle la justicia.

Por 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. Y cita el artículo 29 de la Constitución uruguaya, que dice: «Todo habitante tiene derecho de petición para ante todas y cualesquiera autoridades de la República», precepto del cual considera que no puede escapar ninguna autoridad, y menos la judicial.

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; pero al paso que ante el poder

legislativo ha perdido buena parte de su eficacia por virtud del sistema parlamentario y representativo, y ha visto debilitada su importancia ante el ejecutivo por falta de una ley reglamentaria del mismo que imponga un deber correlativo, su significado ante el poder judicial se ha hecho muy considerable, y ha adquirido la característica peculiar de que mientras ante los otros poderes configura solo una relación entre el particular y la autoridad, ante el poder judicial mezcla a un tercero, que se ve así, aun contra su voluntad, envuelto en la petición. Y de tal circunstancia provino que el debate forense fuera reglamentado mediante la ley procesal y que se hubiera creado de parte del poder público un deber jurídico de expedirse respecto de la pretensión».

Trae, a manera de antecedente de esta doctrina de la acción, como una especie del género de los derechos de petición, el concepto de antiguos juristas, como PELLEGRINO ROSSI [23]. Para esos autores, la ley procesal constituye la norma reglamentaria del derecho de petición.

La acción es un *poder jurídico procesal*, que lo es por sí mismo, y sin que sea manifestación dinámica o bivalente de otro derecho. Por eso se llama, «con notoria infelicidad de expresión, abstracto». De ahí que el procesalista uruguayo esté en oposición con quienes aceptan la tesis del derecho concreto a la tutela jurídica. Pertenece al género de los derechos de petición; conclusión a que solo podía llegarse después de los últimos avances de la ciencia procesal.

De esto deduce COUTURE que la ley que prohibiera el acceso al tribunal por razones de hecho sería inconstitucional (por color, raza, etc.), y que no es posible preguntar por anticipado al actor si tiene razón o no, para admitir o rechazar la demanda [24].

Posteriormente, en sus *Fundamentos* [25], 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.»

Ya no habla de la acción como *derecho cívico*, sino como *poder*, y dice que este poder se encuentra consagrado en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; que compete al individuo, en cuanto a tal, como un atributo de su personalidad, pero que es de carácter público, porque en la efectividad de su ejercicio está interesada la comunidad. Mediante la acción se cumple la jurisdicción, que es uno de los más altos fines de la comunidad: la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución. Es un poder jurídico distinto del derecho material y de la pretensión, pues se puede tener acción y no tener el derecho material, pero sí la pretensión de tenerlo. No cabe distinguirla del derecho a demandar, porque este es justamente la acción; lo que pasa es que la acción se hace efectiva mediante una demanda en sentido formal, y esta no es sino el ejercicio de aquella.

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).

Cuando el derecho de petición se ejerce ante el poder judicial (acción), no

---

[23] PELLEGRINO ROSSI: *Cours de droit constitutionel*, 1887.
[24] COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, 1948, t. I, p. 24-44.
[25] COUTURE: *Fundamentos*, ed. póstuma, 1958.

solo resulta virtualmente coactivo para el magistrado que debe proveer, so pena de causa de responsabilidad. La naturaleza del órgano de la autoridad, las formas procesales, la eficacia del pronunciamiento judicial y la proyección que todo ello tiene dentro del sistema del Derecho, hacen que la acción civil asuma muchas formas externas, muy diferentes de las otras formas del derecho de petición [26].

Como se aprecia a primera vista, la doctrina de COUTURE no contradice la de CARNELUTTI, excepto en un punto: el concepto de *poder*, y no de *derecho*, de la acción. En todo lo demás existe absoluta armonía entre los dos autores, pues inclusive CARNELUTTI aceptó en su última obra el carácter *cívico* del derecho de acción, que COUTURE venía sosteniendo desde tiempo anterior. Pero COUTURE da un paso más adelante, ya que precisa la naturaleza de ese derecho público cívico, acomodándolo dentro del género de los derechos de petición. ¿Debemos aceptar eso? En seguida lo veremos.

La definición que de acción trae COUTURE es técnica, en cuanto no liga la acción al litigio, sino a la reclamación para que se satisfaga una pretensión; porque la pretensión existe, en nuestro concepto, no solo cuando hay litigio y cuando se le desea prevenir, sino también cuando se quiere la declaración de un derecho o el cumplimiento de una formalidad para obtener los efectos jurídicos en la Ley, con independencia de toda idea de litigio. Además, habla de reclamar la satisfacción de la pretensión y no de que necesariamente la satisfaga, es decir, que la sentencia puede ser o no ser favorable.

Al otorgar la acción a toda persona, sin averiguar si tiene o no razón, se identifica COUTURE con el nuevo concepto de CARNELUTTI, que elimina la *legitimatio ad causam* como elemento de la acción y le da un fundamento constitucional a esta conclusión, que, indudablemente, es un valioso aporte. Y también en cuanto otorga a la acción un origen constitucional; porque si bien el derecho constitucional, como tal, apareció siglos después que la acción había sido consagrada en las legislaciones (la romana y anteriores a esta inclusive), ello no excluye que en cuanto se relaciona con una actividad del Estado y con claras garantías de libertad y de protección a los bienes, vida y familia de las personas, la acción haya tenido siempre un contenido constitucional, aun cuando no se hubiera reconocido o descubierto tal carácter sino siglos después, por obra de los estudiosos del derecho constitucional.

Su garantía constitucional la encontramos nosotros en el artículo 45 de la Constitución Nacional, similar en su contenido al artículo 29 de la uruguaya, y que dice: «Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y de obtener pronta resolución.»

Por otra parte, observamos que en un punto existe poca precisión en la exposición de la teoría de COUTURE, pues al paso que afirma que «este *poder* jurídico compete al individuo en cuanto tal, como un atributo de la personalidad», reconoce que «no difiere, en su esencia, del *derecho* de petición ante la autoridad» y que «el *derecho* de demandar no es sino el ejercicio concreto del *derecho* de acudir a la jurisdicción». De manera que, a pesar de los esfuerzos de COUTURE por liberarse del concepto de acción como *derecho* subjetivo, en su última obra no deja de incurrir en esas contradicciones.

La tesis de COUTURE nos hace recordar la de KOHLER y la de SANTI ROMANO

[26] COUTURE, ob. cit., p. 57-79.

y ZANZUCCHI [27], refutadas contundentemente por ROCCO: aquella, que concibe la acción como una facultad emanada de la personalidad, y esta, como un poder o potestad frente al Estado. Sirven para ellas las consideraciones hechas en este número.

El mismo COUTURE [28] advierte en sus *Estudios* que mientras la petición formulada ante otros poderes configura una relación entre el particular y la autoridad, cuando es formulada al órgano judicial «involucra a un tercero que se ve, así, aun contra su voluntad, envuelto en la petición», y que la acción crea «de parte del poder público un deber jurídico de expedirse respecto de la pretensión», conceptos que repite en su última obra, cuando dice que la acción resulta virtualmente coactiva para el demandado y para el juez. Y entonces la acción aparece como un *derecho,* porque solo así se explica que pueda originar deberes u obligaciones, pero como un derecho especial, público y cívico, lo que explica sus peculiaridades. Debemos hacerle varias observaciones: lo que involucra al tercero 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 jurídico-procesal. Sin duda, 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 solamente se trata de la diferencia en cuanto al órgano del Estado a que se dirige, sino también de las diferencias de objeto, de contenido, de duración y de efectos. La acción es una petición, evidentemente, pero su objeto es poner en movimiento la jurisdicción del Estado, mediante un proceso, para lograr una sentencia, lo que es muy diferente al objeto perseguido por cualquiera otra petición ante otra autoridad; además, trae como consecuencia que el juez se ve en la obligación legal de proveer, obligación garantizada con responsabilidad penal para el caso de denegar justicia, cosa que no ocurre en las simples peticiones; origina, al ser atendida por el juez, la relación jurídico-procesal, con todo su complejo contenido de obligaciones y derechos procesales, cargas y facultades, y a ella se vincula, aun contra su voluntad, el demandado cuando se trata de proceso contencioso; su efectos perduran después que el juez la atiende o admite y durante todo el proceso, y tiene un fin específico: la realización o la declaración del derecho con certeza jurídica y fuerza obligatoria, de manera que sirve de título para su satisfacción coactiva, si es el caso, e inmutable, cuando se trata de proceso contencioso y causa cosa juzgada.

No puede olvidarse que algunas decisiones de la Administración, que son resultado de peticiones formuladas ante ella, satisfacen la pretensión del peticionario y son obligatorias para terceros. Así sucede en materia de aguas de uso público, marcas y patentes, permisos para usar bosques públicos; la Administración, por ejemplo, puede cancelar una derivación ilegal que esté perjudicando a quien tiene derecho al uso de las aguas y por solicitud de este, u ordenar la demolición de obras que entorpezcan el curso de las aguas, y proteger a sus usuarios, o hacer cesar el uso de una marca por persona distinta de quien

[27] ZANZUCCHI: *Sintto procesuale civile*, 1955, p. 50-52; SANTI ROMANO: *Principios*, p. 311.

[28] COUTURE: *Estudios*, t. I, p. 37.

dispone de su patente. Pero tales peticiones no ponen en movimiento la función jurisdiccional, ni originan la relación jurídico-procesal, ni imponen el deber jurídico de proferir una sentencia ni responsabilidad penal por su incumplimiento, y jamás pueden aparejar cosa juzgada. Y entre esa función administrativa y la jurisdiccional existen las diferencias que dejamos estudiadas anteriormente (cfr. núm. 23).

Más bien podría hablarse de una *acción administrativa* para identificar estos casos. con el objeto de distinguirlos de las simples peticiones a la autoridad no judicial, para fines de interés del peticionario, que no conlleve solución de controversias con terceros, ni tengan efectos obligatorios para estos. Naturalmente, sería una acción de naturaleza muy distinta de la acción procesalmente considerada, por los motivos observados en el párrafo anterior.

83. Los conceptos de Allorio, Rosenberg y Redenti

Enrico Allorio, en su *Ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial*, califica también la acción como *poder*, pero por motivos muy distintos a los expuestos por Couture. Para Allorio, el derecho subjetivo material es un poder o conjunto de poderes; el derecho de crédito, por ejemplo, está compuesto por el poder concreto de acción declarativa y condenatoria, el poder de constitución en mora, el poder de disposición, el poder de excepción, y así sucesivamente, con referencia a las diversas categorías en que la noción se descompone; el derecho real contiene el poder concreto de acción declarativa, el poder de disposición, el poder concreto de reivindicación, el poder de acción de alinderamiento, y otros más, según el aspecto por donde se miren las innumerables iniciativas que se otorgan al titular [29]. Según él, en la órbita del ordenamiento estatal, el individuo nunca está en escena como sujeto de deberes, sino como titular de poderes solamente; y se tratará solo de ver cuáles son los poderes o grupos de poderes que merecen ser calificados como derechos subjetivos, para distinguirlos [30]. Llega a adherirse al concepto de Barbero, acerca de que el crédito no puede calificarse como derecho subjetivo [31].

Pero el concepto de poder mira más a la actividad de producción de normas jurídicas, según el mismo Allorio, pues lo define como «la condición en la cual alguno está en grado de dictar un cierto reglamento de actos humanos», y observa: «Todos nosotros advertimos que el modo con el cual el derecho se produce está regulado por el Derecho: en particular, el legislador, el juez, el administrador, el contratante, en su actividad productora de derecho, no operan fuera del Derecho, sino en el ámbito del mismo, dentro de condiciones fijadas por él; para comprender, por ejemplo, cómo la regulación de actos humanos, a la cual el legislador da vida en el acto que llamamos ley, sea, de modo preciso, jurídicamente eficaz, mientras no lo sería el acto de contenido idéntico que fuese realizado por aquel que no es legislador, no parece que baste la categoría del deber; nos sentimos inducidos, por el contrario, a pensar que es necesaria otra categoría conceptual: la del poder» [32]. De modo que ese

[29] Enrico Allorio: *El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial*, Buenos Aires, 1957, p. 121-25.
[30] Enrico Allorio, ob. cit., p. 100-01.
[31] Enrico Allorio, ob. cit., p. 98.
[32] Enrico Allorio, ob. cit., p. 38-39.

concepto nos parece mejor limitarlo para los casos de producción de normas jurídicas, y lo encontramos muy apropiado cuando se habla de poderes del juez, de funcionarios administrativos, del legislador, pero confuso, sin utilidad alguna e inapropiado, para distinguir la acción.

Para LEO ROSENBERG [33], la acción es un derecho público subjetivo a la tutela jurídica estatal; actor es quien afirma el derecho material, lo que significa que para el interés que justifique la acción basta tal afirmación y no se requiere ser titular del derecho o relación jurídica que va a discutirse, es decir, no se necesita la *legitimatio ad causam.*

En verdad, nada aporta este autor alemán al estudio de la acción, y sus conclusiones son similares a las de CARNELUTTI.

ENRICO REDENTI [34] concibe la acción como un derecho *subjetivo típico «sui generis»*, para cuyo ejercicio basta el hecho de que alguien alegue tenerla en concreto, ya que solo en la sentencia el juez le dará o no la razón. Pero dice que la acción, que en la ley se presenta concebida en abstracto como un derecho, en la vida práctica, es decir, en concreto, se la ve y se la encuentra únicamente en el estado de pretensión más o menos abiertamente controvertida. No vive sino como pretensión, porque no se sabe si ese derecho *(ius persequendi)* existe en concreto; en la sentencia, si el juez la rechaza, resultará que en realidad no existía. Quien se jacta o alega una acción, debe, por lo común, señalar un hecho antijurídico del que dice haber nacido dicha acción, y tiene que afirmar que puede provocar, en consecuencia, providencias a cargo de otros. Es característica de las acciones, más que de ningún otro derecho, el ser controvertidas o litigiosas, lo que equivale a encontrarse en el estado de pretensiones; en la mayoría de las veces, cuando alguien alega una acción discutida por otro, lo que en realidad se discute es el derecho primario que le sirve de base, por lo que en la práctica se usa el término para distinguir la acción: pretensión, en concreto. Pero no se confunde la acción con el derecho primario; su objeto es distinto e inconfundible, ya que la acción *(ius persequendi)* tiende, como a su contenido final, a la providencia sancionatoria del juez, lo cual no constituye ciertamente el objeto del derecho primario. Y normalmente son sujetos activos y pasivos de la acción los sujetos del derecho primario que le sirven de base. Sin embargo, la acción no puede sobrevivir, ni en potencia ni en acto, si no persiste el derecho; si se extingue el derecho, se extingue la acción [35].

Lejos de haber traído alguna ventaja para la precisión del concepto de acción, las tesis de REDENTI producen el efecto contrario. A pesar de aceptar la separación entre el derecho material y pretensión, por una parte, y acción, por la otra, incurre en continuas confusiones entre pretensión y acción, como cuando dice que solo en la sentencia se sabrá si la acción existe o no, y cuando considera que el juez no es sujeto de ella y sí el demandado; y al afirmar que no hay acción sin derecho, y que aquella no puede subsistir sin este, llega a identificarlos. Igualmente, exigir que se alegue un hecho antijurídico para ejercitar la acción es reducirla a los casos en que esto ocurre, dejando de lado muchos otros, como las acciones voluntarias y las declarativas y algunas de declaración constitutiva, y lo mismo sucede al asignarle como objeto necesario el conseguir la medida sancionatoria.

---

[33] ROSENBERG: *Tratado*, t. I, cap. II, parte I, y cap. I, parte II.
[34] REDENTI: *Derecho procesal civil*, ed. Buenos Aires, 1951.
[35] REDENTI: *Derecho procesal civil*, t. I, p. 44-58.

84. La doctrina española

En España, el profesor Jaime Guasp ha intentado sustituir el concepto de acción por el de *pretensión procesal*, y dice que esta es «una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración».

Al explicar dicho profesor su tesis, nos dice que la pretensión es *una declaración de voluntad*, no una declaración de ciencia ni de sentimiento, porque en ella se expone lo que un sujeto quiere y no lo que sabe o siente. De ahí que el nombre de pretensión resulte preferible al de afirmación o razón, otras veces empleado. Pero no se trata de una declaración de voluntad afín a las que conoce el derecho civil, es decir, de las que intervienen en un negocio jurídico, sino de una declaración petitoria, que, en oposición a las resolutorias, son categorías fundamentales del derecho público, aunque también pueden darse en el derecho privado. En la pretensión se reclama una cierta actuación del órgano jurisdiccional, que el pretendiente especifica: por ello, la pretensión procesal se distingue de la pretensión civil, que tiene siempre por destinatario a un particular.

Y concluye sosteniendo que de lo expuesto se deduce que la pretensión es, en realidad, *no un derecho, sino un acto*, algo que hace, pero que no se tiene. Ello no quiere decir que el acto no suponga la manifestación de un poder (a veces, inclusive, de un deber) atribuido a una persona, pero sí que este poder es previo y distinto de la actividad por la que se pretende [36].

A nosotros nos parece inconveniente la sustitución del concepto de acción por el de pretensión. No solo se crea confusión respecto del concepto de acción, sino también sobre el concepto de pretensión, que, como algo separado completamente de la acción, pero contenido igualmente en la demanda, en el preciso significado que más adelante expondremos (cfr. cap. XI, núm. 105), es patrimonio definitivo del derecho procesal. No vemos cómo puede aceptarse que, además del derecho material subjetivo y de la acción, exista algo diferente que no sea la pretensión de tener el derecho y de obtener los resultados concretos favorables perseguidos en el proceso; pero se trataría entonces de la pretensión contenida en la demanda, que puede ir aparejada al derecho o no, según esté fundada o no, cosa totalmente distinta de lo que pretende Guasp como pretensión procesal.

La pretensión procesal no pone en movimiento el organismo jurisdiccional, ni va dirigida contra este, sino contra el demandado si existe, o simplemente persigue fines propios exclusivos del actor. En el capítulo XI estudiaremos detenidamente esta noción.

Manuel de la Plaza parece inclinarse por aceptar la teoría de Couture, pues dice que el ilustre procesalista uruguayo «ha dado cima a la tarea de construir la acción procesal como una fórmula típica del derecho constitucional de petición» [37]. Y advierte que en la doctrina española ha dominado hasta hace poco tiempo el concepto civilístico de la acción, como resulta de Manresa y Navarro, Fábregas y Caravantes. Incurre De la Plaza en el error de afirmar

---

[36] Jaime Guasp: *Derecho procesal civil*, 1956, p. 233-35, y ed. 1962, p. 225-26.
[37] Manuel de la Plaza: *Derecho procesal civil*, ed. 1951, p. 102.

que los presupuestos de la acción pertenecen al derecho material, confundiéndola en esto con la pretensión [38].

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, también español, nos dice en sus *Estudios de derecho procesal* que concibe la acción como el «derecho de excitar la actividad jurisdiccional del Estado» para producir el proceso, derecho público subjetivo procesal, y acepta la terminología de CARNELUTTI de derecho cívico singular; que para su ejercicio está facultado cualquier ciudadano, «sin que le afecte la necesidad de legitimación (que no afecta a la acción, sino a la pretensión), de modo que la acción es válida siempre que quien la proponga esté comprendido dentro de determinados límites de capacidad» [39]; que su sujeto pasivo no es el juez, sino el Estado, y que el contenido de la obligación asumida por el Estado es el interés en la pacífica composición del conflicto, mediante el poder que constituye su potestad jurisdiccional, ejercitado por persona distinta. Además, este autor distingue entre acción y pretensión, y rechaza la tesis de LIEBMAN, según la cual si falta la legitimación hay carencia de acción, y dice que entonces el juez debe rehusar proveer sobre el fondo de la demanda, porque ese elemento corresponde a la pretensión y no a la acción. Aclara que el interés de recurrir a la justicia existe siempre que se accione, y solo *a posteriori* puede resultar ser legítimo y antijurídico. Y rechaza la tesis de la acción como poder jurídico, pues «el poder constitucional de accionar se ha concretado pasando a ser un derecho». Los jueces y tribunales, frente al concreto derecho de acción, tienen la obligación de resolver sobre ella, quedando sujetos, cuando no la cumplieren, a responsabilidad civil y penal. Por ello considera que la acción es un «derecho cívico fundamental inherente a la personalidad; su base es el poder de petición a las autoridades concedido en las Constituciones, que viene regulado y desarrollado por leyes especiales, aplicado a objetos y objetivos específicos, y da lugar al nacimiento y desenvolvimiento de categorías jurídicas específicas de las relaciones de tal carácter». Tal poder es la base de la acción, pero no puede ser confundido con su desarrollo ulterior; es solo su origen o fuente [40].

En verdad, los conceptos de este autor son firmes y claros. Utiliza lo mejor de las enseñanzas de COUTURE, pero manteniendo la noción dentro del concepto de derecho, con lo que nos parece superar al maestro uruguayo. Se encuentran en su doctrina las conclusiones de CARNELUTTI, pero liberta el concepto de acción de la idea de litigio, ya que habla de excitar la actividad jurisdiccional del Estado para producir el proceso, sin mención alguna a litigio, con lo que evita ese defecto que nosotros le anotamos al gran maestro italiano.

85. EL CONCEPTO DE UGO ROCCO. SU NUEVO «TRATTATO»

Para terminar el examen de la doctrina posterior a CARNELUTTI, estudiaremos el concepto que UGO ROCCO nos ofrece en su gran *Trattato di diritto processuale civile* [41].

Hasta ahora, los lectores de lengua española nos habíamos limitado a su

[38] MANUEL DE LA PLAZA, ob. cit., p. 104.
[39] VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios de derecho procesal*, ed. 1955, p. 75-76.
[40] VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 62-97.
[41] ROCCO: *Trattato*, ed. italiana, 1957-1962, t. I, p. 239-59.

Derecho procesal civil, en un solo tomo muy comprimido, traducido en México en 1944, y que fue como un simple anuncio de su magnífico *Trattato*, en seis nutridos tomos, en donde se desarrolla y mejoran, y en ocasiones se rectifican, sus tesis.

Para Rocco 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 estos puede ser sujeto pasivo de una obligación; 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 corresponde en los ciudadanos un derecho subjetivo público individual, 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 el derecho de acción.

Pero las normas que regulan el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado hacen depender ese ejercicio de la voluntad individual. No solo el Estado está obligado a prestar su actividad jurisdiccional cuando se solicita, sino que no puede ejercitarla sin una declaración expresa de voluntad o solicitud del ciudadano *(nemo judex sine actore; ne procesat judex ex officio)*.

Objeto de la pretensión jurisdiccional es la acción positiva del Estado por medio de sus órganos jurisdiccionales, en ejercicio de su soberanía. Tal actividad, o mejor este conjunto de actividades, de carácter complejo, que comprende diversas facultades y deberes correspondientes, está reglamentada detalladamente por las normas del derecho procesal objetivo, y puede agruparse en dos grandes categorías: actos de naturaleza declarativa o relacionados con las declaraciones, dirigidos a la comprobación de los intereses jurídicos de derecho material y procesal dudosos, y actos de naturaleza ejecutiva, o relacionados con la ejecución, dirigidos a la realización coactiva de los intereses jurídicos materiales y procesales, que resulten legalmente ciertos. Pero cada una de estas dos clases de actividades, que se resuelven en una serie de actos de los órganos jurisdiccionales, se dirige a un mismo fin y tiene un objeto único, que es la comprobación o realización coactiva del derecho. Cada acto es como un elemento de la misma actividad o un momento de una misma pretensión.

Pero la prestación del Estado no es únicamente para el demandante, sino también para el demandado, por lo cual es necesario distinguir la relación que surge entre el demandante y el Estado *(relación 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 en el desarrollo de la pretensión jurisdiccional).

Entre la pretensión individual necesaria para que el Estado intervenga y la obligación jurídica del Estado, hay perfecta correspondencia; obligación y derecho coinciden en su contenido, que es la acción positiva de los órganos jurisdiccionales del Estado. Esa pretensión individual tiene indudable carácter de derecho público, ya que es una relación entre soberano y súbdito. Las normas procesales reconocen tal pretensión de recurrir a los órganos jurisdiccionales, en forma abstracta; pero cuando se ejercita en un caso determinado, se traduce

en cierta cantidad de pretensiones jurídicas concretas, a las que corresponden también actos jurisdiccionales individualizados.

Esa pretensión jurídica individual de requerir la intervención del Estado y la pretensión de la actividad jurisdiccional corresponden a cualquier ciudadano y a todos. Y cosa muy distinta es la relación jurídica cuya comprobación o realización coactiva se reclama. Esto significa que la acción existe aun cuando no exista la relación jurídica material o no sea titular de esta el demandante, y aun cuando este no tenga legitimación para obrar. E inclusive, 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 ejercitado 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.

Ese derecho de acción es un derecho público subjetivo individual del ciudadano hacia el Estado, a través de sus órganos competentes, que pertenece a la categoría de los derechos públicos subjetivos de obligación, llamados derechos cívicos. Y la relación 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. La determinabilidad consiste en «la indeterminación presente» y en «la certeza de su determinación futura». Y las mismas normas legales dan los criterios de determinación. 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 civil)».

En efecto, como el derecho de requerir la actividad jurisdiccional pertenece a cada uno y a todos, porque todos y cada uno tienen la capacidad de ser titulares de derechos subjetivos, o sea sujetos de derecho o personas, tal pretensión jurídica permanece indeterminada con respecto al individuo que va a ejercitarla, hasta que entre todos venga uno a determinarla mediante su solicitud particular o demanda judicial. Tal solicitud tiene la eficacia de *individualizar* la pretensión jurídica *abstracta,* volviéndola *concreta* con respecto a un determinado sujeto activo (el demandante, sujeto activo de la relación de acción, y el demandado, sujeto activo de la relación de contradicción), y a un determinado *sujeto pasivo,* porque entre los muchos órganos o funcionarios jurisdiccionales tiene que dirigirse a uno determinado, ya que el poder jurisdiccional está repartido entre los muchos jueces y oficinas jurisdiccionales, según su competencia.

Por eso, los sujetos son indeterminados, pero determinables.

Mas téngase cuidado de entender bien que el término pretensión lo usa Rocco aquí para significar la reclamación de intervención del órgano jurisdiccional o acción, es decir, en un sentido rigurosamente procesal. De manera que nada tiene que ver con lo que comúnmente entendemos por pretensión, es decir, el pedimento concreto que se hace al juez o, en otros términos, el derecho que se reclama o la pretensión que se desea obtener; sentido material, por así decirlo.

Lo mismo sucede con el *objeto* de la pretensión jurídica individual (acción) y con el contenido concreto de la obligación jurídica del Estado. Estos existen indeterminados, porque la pretensión específica que puede solicitarse es muy variada (confirmación o condena, si se trata de un derecho o situación jurídica

dudosa, y medidas ejecutivas o cautelares, si se trata de realizar coactivamente un interés cuya protección sea cierta), y, por tanto, también la actividad que el Estado debe aplicar al respecto. El objeto de la pretensión individual (acción) puede distinguirse en objeto *inmediato* y objeto *mediato*: aquel es la relación jurídica sobre la cual debe recaer la medida jurisdiccional (confirmación, condena, medida cautelar o ejecutiva).

De tal manera, la indeterminación de los elementos de la pretensión individual (acción) 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».

Más adelante estudia Rocco la teoría de CARNELUTTI y le formula la objeción de considerar como sujeto pasivo de la acción a la oficina, que no es una persona jurídica apta para ser sujeto de derechos y obligaciones, y que al separar al Estado de sus órganos, para sostener que solamente estos son sujetos de poderes, de derechos y deberes y no aquel, destruye la concepción unitaria del Estado y su personalidad jurídica. Y sostiene que los poderes, deberes y funciones de los órganos del Estado no pueden considerarse distintos de los de este en ejercicio de su función jurisdiccional, sino que pertenecen abstractamente al Estado, por cuanto la competencia no es otra cosa que la parte del poder jurisdiccional que corresponde en concreto a cada oficina u órgano. El Estado, naturalmente, tiene que servirse de personas físicas para querer y obrar.

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, magistrados) y 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 este independientemente, y mucho menos la oficina judicial (juzgado o tribunal). Pero debemos observar que en sus *Instituciones* endereza CARNELUTTI su concepto sobre el sujeto pasivo de la acción, para limitarlo «al juez o en general al miembro del órgano (judicial) a quien corresponda decidir sobre la demanda» [42], eliminando así la idea de la *oficina* como sujeto pasivo de la acción. Esta segunda parte de la objeción de Rocco debe, pues, suprimirse.

Rocco elimina también el vínculo entre acción y litigio, como se ve por su definición. Son los únicos puntos en que existe verdadero desacuerdo entre CARNELUTTI y ROCCO, que nosotros decidimos en favor del último. Los demás conceptos de CARNELUTTI, que resumimos en el penúltimo párrafo, destinado a exponer su doctrina, se encuentran también en la teoría de ROCCO. De manera que no se trata de dos teorías contrarias, sino de un paso adelante en la teoría que dejó como patrimonio irrevocable del derecho procesal la obra de CARNE-

[42] CARNELUTTI: *Instituciones*, p. 184, núm. 189.

LUTTI. Tal como sucede con las teorías de COUTURE y la corrección que le hace en España FAIRÉN GUILLÉN.

Por otra parte, además de estas dos ventajas de la teoría de ROCCO, sin duda alguna se obtiene con ella 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), y el carácter de esa relación jurídica de acción como indeterminada, pero determinable en sus dos elementos (sujetos y objeto o contenido). Desde estos cuatro aspectos, el *Trattato* de ROCCO representa un progreso en el perfeccionamiento del concepto de acción.

Tenemos, sí, que formularle una objeción de carácter adjetivo o formal, a saber: el empleo del término *pretensión* para referirse a la reclamación de la intervención jurisdiccional del Estado tiene el defecto de crear confusión sobre el significado procesal de dicha palabra, que en léxico jurídico se emplea casi invariablemente para identificar la especie concreta de petición que se formula en la demanda, esto es, el contenido material de ella (por ejemplo: la reivindicación del inmueble, la declaración de filiación natural, el divorcio o nulidad del matrimonio, el pago de una suma de dinero por perjuicios o en razón de un contrato, etc.).

86. NUESTRO CONCEPTO SOBRE LA ACCIÓN

Mucho hemos adelantado en la exposición de nuestro concepto sobre esta materia tan trascendental al explicar y criticar las varias teorías al respecto. Nos hemos extendido en este capítulo porque, de acuerdo con S. SENTÍS MELENDO [43], estimamos que el estudio de la acción es el eje alrededor del cual debe girar toda obra de derecho procesal.

Procuraremos ahora sistematizar nuestro concepto.

A) *Es una actividad jurídica por naturaleza*

La acción *es una actividad jurídica por naturaleza,* puesto que origina relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, cargas y facultades. Es un *derecho subjetivo* y no un simple poder o una facultad inherente al derecho de libertad o a la personalidad. Pertenece a todas y a cada una de las personas físicas o jurídicas, sin que sea dable distinguir entre ellas, como tampoco examinar la razón o derecho material que aleguen ni la legitimación para obrar. Esas cuestiones deben examinarse solo para concluir si la sentencia debe ser de fondo o mérito y favorable o desfavorable.

B) *Es un derecho autónomo, subjetivo, individual, público, cívico y abstracto*

Este derecho pertenece al grupo de los derechos cívicos, cuya raíz se encuentra en las garantías constitucionales del particular frente al Estado, cuyo

[43] SANTIAGO SENTÍS MELENDO: *Teoría y práctica del proceso,* t. I, p. 33.

origen puede ser el común a todos los derechos de petición a la autoridad, pero que se diferencia fundamentalmente de estos por su contenido, su objeto, 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 las decisiones que normalmente agotan su interés.

Y no es un derecho contra el Estado ni frente al Estado, porque no existe contraposición de intereses 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.

Es un derecho abstracto de elementos indeterminados, considerado objetivamente, es decir, en la forma como la Ley lo otorga a toda persona, para demandar a cualquiera persona (natural o jurídica), o sin demandado, con fines muy diversos y también en cuanto a su objeto, que es la sentencia en general, sin distinguir su contenido ni su resultado, sea favorable o desfavorable. Pero se determina, se individualiza y se concreta cuando es ejercitado en la demanda, porque entonces sus elementos (sujetos y objeto o contenido) se convierten, de *generales*, en *individuales*; de *abstractos*, en *concretos*; de *indeterminados*, en *determinados*. Porque entonces corresponde al demandante, ya demande a cierta persona (si es proceso contencioso) o no (proceso voluntario), ya pida o pretenda cierta declaración, condena, ejecución o cautela, y se dirige ante uno de los funcionarios judiciales (el que tenga la competencia para esa precisa demanda), y se tramita por el preciso procedimiento que la Ley le asigne entre los muchos que contiene el Código de la materia.

C) *Protege primordialmente el interés público y general, y solo secundariamente el interés privado del actor*

El interés que protege es, en forma primordial e inmediata, el interés público y general (interés del Estado) en la declaración o la realización de los derechos o satisfacción coactiva por la vía jurisdiccional del proceso (negación de la justicia privada); y cuando hay litigios, en la debida y legal composición de los mismos.

Solo secundariamente o en forma mediata persigue la protección del interés privado del actor en obtener la declaración, la realización o la satisfacción coactiva de su derecho, es decir, en el éxito de su pretensión.

De manera que para nosotros la situación que justifica el ejercicio válido de la acción y le sirve de *causa* no es la de ser titular del interés en litigio o del interés por declarar con certeza jurídica cuando no hay litigio, u obrar en representación o sustitución de su titular, sino simplemente la de *pretender* tener interés personal en el proceso que se trata de iniciar, para cualquier efecto jurídico, y el interés público general en la solución por el proceso de esa pretensión, sea que origine un litigio o no.

Y ese interés es legítimo desde que se invoca la intervención del juez, porque hay incertidumbre o duda sobre la existencia del derecho material o de la relación jurídico-material que se *pretende* tener (aun cuando no se tenga), o para poder obtener los efectos jurídicos que la Ley le asigna, o para la realización de tales efectos, o para la satisfacción coactiva del derecho material subjetivo que con certeza se tiene (acción ejecutiva) o para su protección cautelar. La titu-

laridad del interés en el litigio es condición de una sentencia de fondo, no de la acción.

La acción pública se ejerce, como una excepción, no por un interés personal, sino en defensa de un interés público. La *legitimatio ad causam* no es, por tanto, elemento o presupuesto de la acción, sino del éxito de la pretensión, y por eso, a pesar de que falte, el proceso se inicia y se adelanta válidamente y concluye con sentencia; solo que no podrá existir sin ella una sentencia de fondo o mérito, sino inhibitoria de la resolución sobre existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor y de la obligación que alega tener el demandado. En esto se hallan de acuerdo COUTURE, CARNELUTTI *(Instituciones)*, ROCCO, ROSENBERG, V. FAIRÉN GUILLÉN, DE LA PLAZA, puesto que acepta la tesis de COUTURE (cfr. cap. XIV).

D) *Su objeto es la sentencia mediante el proceso (inhibitoria o de fondo, favorable o no)*

El sujeto pasivo de la acción es el Estado, quien la cumple, como sucede con todas sus obligaciones, mediante uno de los órganos, que es el jurisdiccional. La obligación que con el ejercicio de la acción se deduce para el Estado, a través del funcionario judicial competente, es la de proveer y, si se reúnen los requisitos formales de la demanda y los presupuestos del proceso (y, por tanto, no se presenta vicio de nulidad), dictar sentencia; la cual será de fondo o mérito si, además, se cumplen los requisitos de la pretensión, es decir, la *legitimatio ad causam* y el interés para obrar; o inhibitoria de tal decisión de fondo, en caso contrario. En forma alguna la acción tiene por objeto o fin una sentencia favorable, ni tiende necesariamente a 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 en el litigio sobre el derecho o relación jurídico-material pretendido, y de un interés jurídico serio y actual en las peticiones formuladas, lo segundo.

Es, además, una obligación *ex lege*, impuesta por la Ley, y no por el actor o demandante.

E) *El demandado no es sujeto de la acción, sino de la relación jurídico-procesal. El derecho de contradicción. La acción jamás se dirige al demandado ni contra el demandado*

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 (derecho de contradicción) con el demandante (derecho de acción), de la relación jurídico-procesal que se inicia al admitir el juez la demanda y ordenar y llevar a cabo la notificación a aquel de la providencia admisoria. Al surtirse esa notificación, bien sea personal o mediante representante legal o mandatario o curador designado de oficio con las formalidades legales, surge otro aspecto de la relación de jurisdicción: la relación de contradicción entre demandado y Estado a través del funcionario judicial, que impone también obligaciones y derechos tanto al demandado como al mismo Estado mediante su funcionario competente.

La obligación que la *relación de contradicción* impone al Estado es la misma de proveer y dictar sentencia, que será inhibitoria si falta la legitimación del demandado, o de mérito o fondo para resolver sobre su defensa y sus excepciones, en caso contrario.

Pero el demandado no se ve vinculado obligatoriamente al proceso, con todas sus consecuencias jurídicas, por el poder de la acción, pues esta se limita a crear la relación entre Estado (a través del funcionario) y demandante, y mucho menos por el derecho material del demandante o actor; se vincula obligatoriamente por el poder de jurisdicción que el juez ejercita al ordenar el traslado de la demanda y la notificación de la providencia que la admite e inicia el proceso. La vinculación y obligación del demandado respecto del proceso son también *ex lege*. Se deducen de la Ley y no de la acción.

La relación de jurisdicción contenciosa es, pues, doble: *relación de acción* (entre demandante y Estado) y *relación de contradicción* (entre demandado y Estado).

Por su parte, la relación de jurisdicción voluntaria es simple (relación de acción únicamente).

El derecho de contradicción será estudiado en el capítulo siguiente.

Cuando se dice que por la circunstancia de quedar sujeto a las resultas del juicio y de tener que soportar la sentencia, el demandado es el sujeto pasivo de la acción, se está olvidando que no es a consecuencia de esta, sino del poder que la Ley le otorga al juez y que la acción pone en movimiento, como esa sujeción que produce. Más claro: la imposición obligatoria de la sentencia no se deduce de la acción, porque entonces sería el efecto de un acto particular, sino que se infiere del poder del juez y como efecto de la función pública que desempeña, la que es una emanación de la soberanía del Estado. La jurisdicción que el juez ejerce es la causa de esa sujeción; y si bien la acción la pone en movimiento para el caso concreto, no por ello se confunden, como tampoco se identifican la fuerza del dedo que comprime el botón del contacto eléctrico con el elemento desatado y la luz y la potencia generadora que se producen.

Lo que contra el demandado se dirige es la pretensión del demandante. El actor pide que contra el primero se hagan las declaraciones de la sentencia; pero no es que la acción se ejercite contra el demandado, sino que contra él se tienen las pretensiones afirmadas en la demanda. Por eso existen acciones cuyo ejercicio no implica la presencia de un demandado, como son todas las que originan procesos voluntarios (cfr. núms. 26 y 69); sencillamente, entonces no se está dirigiendo contra nadie la pretensión perseguida con el proceso. Si el demandado fuera el sujeto pasivo de la acción, en todos estos casos no habría tal sujeto, lo que equivale a que no existiría la acción, cosa que nadie puede afirmar. Se confunde la acción con la pretensión del demandante, con el interés privado de este en litigio; es como confundir la droga con la enfermedad a que se aplica. El demandado es sujeto pasivo de la pretensión, pero no de la acción, y la demanda contiene tanto la acción como la pretensión, pero no deben confundirse.

Por otra parte, aun en los juicios contenciosos, la existencia de la acción es autónoma e independiente de la titularidad del derecho material pretendido que el actor afirma; de manera que puede suceder que, aun existiendo demandados, no haya relación jurídico-material entre este y el demandante. En tal caso la sentencia desestimará la pretensión del actor, sin que por eso deje de existir la acción, y la prueba está en que se produjo el proceso y se llevó hasta

su culminación con la sentencia; es decir, la acción satisface plenamente su objeto, no obstante el insuceso de la pretensión. Se ve claramente que el demandado es entonces sujeto únicamente de la relación procesal o proceso y de la pretensión, por lo cual la decisión del juez lo vincula y produce en su favor los efectos de la cosa juzgada.

También el derecho de contradicción, que corresponde al demandado, tiene su raíz y su garantía constitucional en el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido juzgado y sin habérsele dado la oportunidad de ser oído y vencido en juicio, por los trámites que la Ley señala para cada caso (arts. 23, 26 y 28 de la Constitución colombiana).

Ambas garantías constitucionales deben ser respetadas por el juez; si las desconoce, incurre en el delito de denegación de justicia o de abuso de funciones y, naturalmente, en nulidad procesal y sustantiva del juicio y de la sentencia. La ley que los vulnere sería claramente inconstitucional [44].

F) *Se distingue del derecho material subjetivo y de la pretensión*

Se distingue nítidamente la *acción del derecho material subjetivo* y también de la *pretensión* que con aquella se busca satisfacer, que aparece en las peticiones de la demanda (debe mantenerse este término para distinguirla con exactitud, como es lo usual en el derecho moderno). Asimismo se distingue la obligación que origina la acción (obligación del Estado a través del funcionario judicial) de la obligación que el derecho material impone al demandado; y también entre la obligación procesal que surge para el demandado, por el poder que ejerce el juez al admitir la demanda y darle traslado, de someterse al proceso y a sus consecuencias jurídicas, y la obligación que para el Estado, mediante su órgano competente, surge del ejercicio de la acción.

Se separa la acción del litigio, porque si bien en muchos casos aquella puede buscar la prevención o la solución de litigios, en otros no existirá litigio ni se intentará prevenirlo (como en algunos casos de estado civil y de jurisdicción voluntaria). Su fin es más amplio: la comprobación, la declaración, la realización, la satisfacción coactiva o el aseguramiento cautelar de los derechos y relaciones jurídico-materiales (incluyendo la obtención por la sentencia de los efectos jurídicos que la Ley asigna al derecho o relación jurídica, en algunas acciones de jurisdicción voluntaria, como la de sucesión por causa de muerte).

G) *Pertenece a toda persona material o jurídica, por existir siempre un interés público que le sirve de causa y fin*

Volviendo ahora al interés que justifica el ejercicio y la admisión de la acción, es conveniente aclarar que aun cuando la persona que la ejerce piense en proteger su personal interés privado (lo que es natural) y en obtener un beneficio personal mediante la declaración, la realización, la satisfacción coactiva o la protección cautelar del derecho que pretende tener, ese es el fin secundario de su acción, y que primordialmente está persiguiendo la solución del conflicto en que se encuentra o cree encontrarse, o de la necesidad de declaración con

[44] COUTURE: *Estudios*, t. I, p. 19, 55 y 193.

certeza jurídica, ajena a todo conflicto, mediante la intervención del Estado a través de sus funcionarios jurisdiccionales, en vista de que le está terminantemente prohibido hacerse justicia por su propia mano.

El particular piensa en su interés individual y privado, sin el cual en la mayoría de los casos no ejercitaría la acción, aun cuando se encontrara ante situación contraria al derecho objetivo, que mediante el proceso pudiera remediar o enderezar; pero utiliza el interés público que siempre existe en la pacífica solución del conflicto o en la aplicación de la norma objetiva (puede no existir litigio), como medio para lograr esos objetivos. La jurisdicción entra en actividad ante su demanda, en razón de ese interés público y no de su interés privado, que para el Estado, representado por el juez, no tiene importancia; razón por la cual el juez cumple cabalmente con la obligación jurisdiccional, al pronunciar sentencia, cualquiera que sea su resultado o contenido. Esa sentencia bien puede ser desfavorable al actor y contraria a 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. Y entonces el interés público en que tal pretensión se someta a la decisión jurisdiccional es suficiente para que el proceso se inicie y culmine con una sentencia. Lo que significa que el *interés para obrar* y la legitimación en la causa son ajenos a la acción, ya que su presencia se requiere solo para que esa sentencia pueda decidir sobre la relación jurídico-material que se pretende, pero no para que surta el proceso, se desarrolle normalmente y culmine con una sentencia. En caso de que falten el interés para obrar y la legitimación, la sentencia será inhibitoria, pero de todos modos será sentencia (cfr. núms. 119 y 134).

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 jurídico-material (cuando no hay litigio). Pero en realidad ese interés siempre existe. Esa norma ha dejado de ser exacta en el derecho moderno. Y debe referirse solo a que sin interés no hay sentencia de fondo, es decir, al interés para obrar que en el capítulo XIII estudiaremos.

Pero en ocasiones la Ley exige inicialmente la prueba de la legitimación en la causa, como requisito para que el juez inicie el proceso, como sucede, por lo general, en los juicios de jurisdicción voluntaria (la prueba de ser *aparentemente* heredero o acreedor para abrir el juicio de sucesión; de ser el padre o madre en ejercicio de la patria potestad, para pedir la licencia de enajenar un inmueble de menor; del parentesco, para pedir una interdicción o el nombramiento de tutor o curador) y en algunos contenciosos (la prueba de estar o haber estado en posesión del bien, para los juicios posesorios de perturbación o restitución; de ser el arrendador, para el lanzamiento del arrendatario o ser este para la restitución a aquel; de ser *aparentemente* el titular de un derecho claro, líquido y exigible a cargo del ejecutado, respecto a los juicios ejecutivos, o del presunto quebrado, en los de quiebra, o el titular del crédito hipotecario, respecto a los juicios de venta en pública subasta).

Pero aun en este caso no pueden confundirse el interés para accionar y la legitimación. Sencillamente, se trata de exigir una calificación previa de esta y del *interés para obrar*, con miras de economía procesal muy plausible, cali-

ficación que debería extenderse a toda clase de juicios y permitir que se discutiera en incidente previo, para evitar un proceso inútil y pérdida de tiempo para las partes y el juez, sin obtener el resultado de una decisión o sentencia de mérito o fondo. Ninguna objeción puede formularse a tal exigencia del legislador, que tampoco puede significar que se elimine la distinción que por esencia existe entre acción y pretensión. Se requiere no solo el interés abstracto que justifica la acción y que siempre existe, sino, además, el interés para obrar y la legitimación en la causa, que pueden no existir, por no ser el actor verdadero titular del interés en el litigio sobre el derecho o la relación jurídico-material pretendido, o por no ser el demandado la persona facultada para contradecir esa pretensión, o no tener el demandante un interés serio y actual en las pretensiones que formula, o el demandado en contradecirlas.

Entra aquí a producir efectos la diferencia entre acción y demanda. Como esta contiene no solo la acción, sino la pretensión, se explica, no perdiendo de vista su contenido y objeto propios, que para admitir la demanda pueda exigirse la justificación del ejercicio de la pretensión por ese demandante y contra determinado demandado, que es la prueba de la legitimación y el interés para obrar, serio y actual.

Teóricamente, puede concebirse un proceso que se inicie con la sola acción (petición para que entre en actividad la jurisdicción en un caso concreto), sin exigirse otra manifestación distinta del deseo de que se produzca el proceso entre el peticionario y un demandado, si lo hay, para un fin jurídico. En tal hipótesis, el juez abriría el proceso y ordenaría la citación del demandante y el demandado, si lo hay, para que concurriera a exponer sus pretensiones y excepciones en una audiencia o por escrito dentro de un término dado. Veríamos entonces a la acción aislada de la pretensión, produciendo su efecto natural, aun cuando se exigiera luego la prueba de la legitimación y del interés serio y actual para continuar el juicio, o se dejaran estos puntos para ser examinados en la sentencia, con el fin de saber si se puede decidir de fondo o es necesario inhibirse de hacerlo.

Aquí se encuentra esa raíz constitucional del 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. Col., art. 45).

H) *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 y a través de un proceso, con el fin (que es de interés público general) de obtener la declaración, la realización, la satisfacción coactiva o la protección cautelar de los derechos o relaciones jurídico-materiales, consagrados en el derecho objetivo, que pretende tener quien la ejercita (o la defensa de un interés colectivo, cuando se trata de una acción pública).

87. 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. Entre los autores se encuentra a menudo una notoria confusión en esta materia, muy justificable en quienes no han podido desvincularse del concepto clásico sobre el derecho de acción, pero inexplicable en quienes admiten el concepto publicista que domina el derecho procesal moderno, a partir de Carnelutti.

Puede decirse que hay acuerdo acerca 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 estos, surgen diferentes opiniones.

1.° *Los sujetos del derecho de acción* son el actor y el juez; aquel como sujeto activo y este como sujeto pasivo. El demandado lo es de la relación jurídico-procesal contenciosa y en forma activa del derecho de contradicción, pero no del derecho de acción, como en el apartado E) lo explicamos. Por tanto, es un error decir que la idea de sujeto de la acción se confunde con la de *parte*, porque en esta se comprende al demandante y al demandado.

¿Quién puede ser sujeto activo de la acción? Es necesario distinguir el *interés para obrar* y la *legitimatio ad causam*, del interés para accionar, como explicaremos en los capítulos siguientes; si faltan aquellos, no será posible que el proceso concluya con una sentencia de fondo, pero la acción habrá sido ejercitada válidamente, y por ello se iniciará y tramitará el juicio, hasta terminar con una sentencia inhibitoria. La pretensión resultará insatisfecha, pero la acción habrá conseguido su fin.

Como en el apartado G) expusimos, el interés para accionar existe siempre que se desee la pacífica solución del conflicto en que el actor se encuentra o cree encontrarse, o la simple declaración de la existencia de un derecho, para conseguir su certeza jurídica, o el cumplimiento de una formalidad legal, para el válido ejercicio de un derecho material que se pretende tener. Sujeto de la acción puede ser cualquiera persona, natural o jurídica, por su solo acto de voluntad al impetrar la iniciación del proceso con cualquiera de esos fines. 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), como lo explicaremos mejor en los capítulos siguientes.

En cambio, los *sujetos de la pretensión* son el demandante y el demandado contra quien se dirige, y en los juicios voluntarios lo es solo el primero.

2.° El *objeto de la acción* es la sentencia mediante el proceso, o la consecución de las pretensiones contenidas en la demanda; este puede ser o no el resultado de la sentencia. Naturalmente, cuando se ejercita la acción se requiere la actividad jurisdiccional, con un fin concreto. Puede decirse que en cada caso el objeto de la acción es la sentencia, mediante un proceso, para resolver un determinado conflicto en que cree encontrarse el actor, o para definir la certeza jurídica que se busca respecto de un pretendido derecho o de una formalidad para su ejercicio. Pero esos fines concretos pueden resultar o no satisfechos por la sentencia, porque para ello se requiere, además del ejercicio válido de la acción, el cumplimiento de los presupuestos procesales y materiales.

Por esa razón consideramos un error decir que el *petitum* de la demanda sea el objeto mediato de la acción, cuando en realidad es el objeto de la pretensión. Le hacemos esta observación a Rocco [45].

El *petitum* persigue una sentencia favorable que acceda a lo que en él se contiene; la acción tiene como objeto la sentencia, favorable o desfavorable.

Objeto de la acción es desatar el conflicto o resolver la pretensión que del *petitum* aparece, pero no en la forma como en él se indica, porque el resultado de la sentencia puede serle totalmente adverso. El *petitum* se relaciona con el contenido de la sentencia (y el mandamiento de pago en los juicios ejecutivos), que varía en cada caso.

Por eso la acción protege primordialmente el interés público y general en la pacífica solución de los conflictos y en la certeza jurídica. Nos remitimos a lo expuesto en los apartados anteriores, principalmente C), D) y F).

En cambio, *objeto de la pretensión* es obtener la sentencia favorable que otorgue lo que en el *petitum* de la demanda se reclama.

3.° También es frecuente confundir la causa del derecho de acción y la *causa petendi* de la demanda.

Dice Rocco [46]: «El concepto de *causa petendi* debe ser sometido a una completa revisión, determinada por la concepción publicista de la acción. Efectivamente, por *causa petendi* se entiende cosas diversas y algo heterogéneas entre sí: unas veces, el hecho constitutivo, modificativo o impeditivo de la relación jurídica sustancial, y otras, lo que se llama el fundamento o la razón de la acción.» El concepto «no puede fijarse en términos generales, por cuanto varía en relación con la naturaleza de las acciones que se ejercitan». Pero Rocco habla de *causa petendi* en las acciones y no saca las consecuencias de la distinción que enuncia.

Nosotros creemos que deben separarse radicalmente los conceptos de *causa petendi* y *causa de la acción*, y que solo 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 relaciona con el interés que justifica el ejercicio de la acción para promover ese juicio y obtener la sentencia (en cualquier sentido), sea que exista o no realmente aquella relación sustancial y se tenga o no el derecho pretendido, interés público que siempre existe.

La *causa de la acción* es ese interés en solucionar el conflicto que el actor cree tener con el demandado, o en conseguir la certeza jurídica, eliminando la incertidumbre de un derecho que se pretende, o en llenar el requisito legal para la validez de cierto acto (lo último, en los casos de jurisdicción voluntaria); será distinta en cada clase de acción (de condena, declarativa, ejecutiva, cautelar, voluntaria), pero la misma en cada una a pesar de la diversidad de peticiones o pretensiones que pueden originarla. La *causa petendi*, en cambio, está formada por los hechos o actos jurídicos de los cuales el demandante deduce el derecho o la relación jurídica sustancial que pretende para conseguir la sentencia favorable que acceda a sus pretensiones, o sea al *petitum* de la demanda; dentro de cada clase de acción, la *causa petendi* variará, indefinidamente, inclusive entre las mismas partes, cuando se trata de una litis distinta.

---

[45] Rocco: *Trattato di diritto procesuale civile*, t. I, p. 352.
[46] Rocco, ob. cit., p. 352.

Como dice Rocco [47], en las acciones de mera declaración la *causa petendi* es «el hecho de la existencia de la incertidumbre del derecho»; en las de condena, «el hecho violador del derecho» o el incumplimiento derivado de su incertidumbre (violación o incumplimiento, agregamos nosotros, a juicio del demandante, porque en la realidad puede no existir y declararlo así la sentencia, absolviendo al demandado); en las ejecuciones, «la existencia de un acto del que resulte, o se presuma, la certeza del derecho (título ejecutivo)», sumada a la «falta de actuación espontánea por parte del obligado».

Dos observaciones le hacemos a Rocco: la causa estará en la pretensión de tener el derecho o de la violación de este o su incumplimiento por el demandado; no en la existencia de un derecho o de un hecho que lo viola, como lo dice, contrariando su propio concepto sobre el derecho de acción, porque si se requiere la existencia del derecho o su violación, no habría acción cuando en el juicio se demostrara que nunca existió, y es mejor no hablar de *causa petendi*, sino de causa de la acción.

La pretensión del demandante de tener el derecho, o de su violación o incumplimiento, de su incertidumbre o su insatisfacción a pesar de presumirse cierto, crea el interés en la solución mediante el juicio, aun cuando el hecho o acto jurídico procesal no existan en realidad. Ese interés le otorga el derecho de acción, porque le está prohibido tratar de hacerse justicia personalmente y definir el conflicto o la incertidumbre por un acto de voluntad, y por ello el Estado pone en movimiento su órgano jurisdiccional para una solución pacífica y legal, que interesa a la colectividad, del problema que así se le plantea.

La causa de la pretensión, o *causa petendi*, es el hecho o acto jurídico de donde el actor cree que su derecho nace o en virtud del cual su obligación se extinguió o no pudo nacer o se ha modificado: el contrato, la culpa, el dolo, la concepción, la posesión material, la prescripción, etc.

El demandante acciona porque tiene una pretensión que no puede resolver sin una sentencia, y tiene esa pretensión porque considera que en virtud de esos hechos o actos jurídicos le corresponde el derecho o la situación jurídica material. La *causa petendi* es un elemento de la pretensión, no de la acción.

Esta diferencia conduce a otra muy importante: una es la identidad de las acciones y otra de la litis, causa o juicio o litigio. Al estudiar los problemas de la *litis pedentia* y de la acumulación de procesos o de pretensiones en una demanda, veremos que muy frecuentemente los autores hablan de *unidad o diversidad de acción* y de *causa de la acción*, para identificarla o distinguirla con otra o para examinar su conexión, cuando en todos esos casos se trata de la pretensión o de la litis, pero no de la acción, y de la *causa petendi* de aquella y no de la causa de esta. La acción es siempre una y distinta en cada demanda, como veremos al final de este capítulo; es la pretensión la que varía y puede ser múltiple en una misma demanda e idéntica o distinta de la debatida en otro juicio.

No hay que confundir los elementos de la acción con los presupuestos procesales (de la acción, previos del juicio y del procedimiento) y de los presupuestos materiales (de la pretensión o sentencia de fondo y de la sentencia favorable).

Toda acción tiene los tres elementos que hemos examinado. Pero para que el juicio pueda iniciarse y adelantarse válidamente, sin defectos que lo vicien

[47] Rocco, ob. cit., t. I, p. 265.

y 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 y llegue a resultar favorable al demandante, se deben reunir los presupuestos materiales. El estudio de estas dos clases de presupuestos, muy a menudo confundidas, será materia de capítulo posterior.

88. La acción en los Códigos de Procedimiento Civil

El Código colombiano y muchos otros utilizan el término acción muy inapropiadamente, pues confunden la acción con la pretensión contenida en la demanda, cuando se refieren a las acciones contenidas en ella y a la acumulación de acciones, a la competencia por la cuantía o valor de la acción y a las acciones de mayor o menor cuantía, y cuando dicen que el demandado es la persona contra quien se dirige la acción. Otras veces usan el término en un sentido material y no procesal, para distinguir la clase de pretensión o litigio planteado en la demanda, y así dicen que la acción es real, en el sentido de que el demandante persigue un determinado bien mueble o inmueble y de que hay acción de nulidad cuando se pide la nulidad de un acto o contrato.

89. Clasificación 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 la agravante de que la terminología legal de los Códigos Civiles, Comerciales, 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 no ocurre solamente en Colombia, sino en todas partes.

A) *Sentido material o sustancial y sentido procesal*

Hoy es casi imposible prescindir del uso del término acción en sentido material, para identificar el derecho material 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. Se usa asimismo para distinguir la clase de bien o derecho subjetivo material, y así se habla de acción real o personal o mixta, mueble o inmueble, renunciable o irrenunciable, caducable o no caducable, prescriptible e imprescriptible, cesible o incesible, transmisible por causa de muerte o intransmisible. También se emplea el término acción para referirse a la actitud del de-

mandante frente al derecho pretendido o al rechazo de una obligación que se le quiere imponer, y entonces se dice que la acción es afirmativa o negativa, conformatoria o negatoria, defensiva o persecutiva.

Así, p. ej., se dice que no es transmisible la acción del donante para revocar la donación, ni es cesible la del padre para impugnar la filiación de su presunto hijo legítimo durante su vida.

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 tanto, su demanda, o a la tutela que el derecho objetivo le otorga a un determinado derecho material 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 a la relación jurídico-material. En sentido procesal, se contempla solo el objeto y fin de la acción como acto jurídico-procesal: la actividad jurisdiccional que pone en movimiento para obtener la sentencia.

Naturalmente, la clasificación de las acciones es muy diferente si se atiende al sentido material (clasificación de acuerdo con la pretensión del actor o con el derecho material que en abstracto se protege) o si se contempla su riguroso sentido procesal.

Inclusive cuando se habla de acciones civiles, comerciales, laborales, administrativas, etc., puede usarse la misma expresión con un significado material o procesal. En efecto, si se quiere determinar la jurisdicción a que corresponde la acción (civil, comercial, laboral, etc.), se tendrá un significado procesal puro; pero si se pretende aludir a las acciones otorgadas por la Ley para la defensa de los derechos sustanciales civiles, comerciales, laborales, etc., se tendrá un significado material.

La clasificación de las acciones en sentido material, en cuanto se mira abstractamente el derecho material que se protege, es tan fecunda como lo es el derecho objetivo material en el otorgamiento de derechos subjetivos; para cada uno de estos existirá entonces su acción correspondiente, entendida como el derecho subjetivo a hacer valer ese derecho material en juicio cuando exista su perturbación o desconocimiento o discusión por parte de otra persona. Pero nos parece que entonces no se trata de un derecho de acción, sino de uno de los atributos o poderes del derecho subjetivo material, inherente a su ejercicio: el *ius persequendi* del derecho romano.

Ningún problema se presentaría al abolir el uso del término para todos esos casos, y al decir, por ejemplo, que el propietario tiene un 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»; en vez de hablar de *acción* reivindicatoria, como se hace en los artículos 946, 950, 951, 952 y siguientes del Código Civil colombiano, y así en general: derecho a la restitución de la cosa arrendada, derecho a deslindar el predio, derecho a exigir perjuicios, derecho a resolver o rescindir un contrato, derecho a la declaración de un estado civil (filiación, paternidad, maternidad) o a impugnarlo, etc. De tal manera se hablaría de acción solamente para identificar la petición dirigida al órgano jurisdiccional, con el fin de obtener la sentencia mediante un proceso, cualquiera que sea el derecho material que esté en litigio o cuyos efectos o de-

claración se quieran obtener, conservando la clasificación procesal según la jurisdicción a que corresponda la acción o el tipo de proceso que se persiga, o la clase de actividad del juez que con ella se obtenga.

Quizá en el futuro se consiga esta transformación en el lenguaje jurídico. Pero, repetimos, actualmente sigue siendo de uso general en las leyes, en la doctrina y en la jurisprudencia, ese sentido material o sustancial del término acción. Lo importante es no confundirlo con el sentido procesal y saber utilizar la palabra siempre que se esté hablando o escribiendo sobre cuestiones procesales; con esta corrección será fácil mantener en todo momento la distinción entre acción y pretensión, acción y demanda, acción y derecho material.

Por tanto, siempre que se trate de limitar el ejercicio de una acción a determinadas personas o a quienes aduzcan ciertas pruebas, se tendrá un uso inadecuado del término, ya que se está contemplando la pretensión o el derecho material, que es lo que sucede cuando se exige la legitimación en la causa o el interés para obrar, como requisito de la acción (siendo, en verdad, requisitos de la pretensión). Así, en ese sentido se dice que la acción de lanzamiento corresponde al arrendador o la reivindicatoria al dueño, o que la acción para demandar a nombre de una sucesión pertenece al heredero, o que la acción de impugnación de la filiación legítima corresponde, en vida del padre, exclusivamente a este, o que la acción de filiación natural se debe dirigir contra el heredero después de muerto el padre (tesis errada que subsiste en nuestra jurisprudencia). En todos estos ejemplos se identifica la acción con el *derecho material,* pues se trata de que el arrendador tiene el derecho de exigir la tenencia en el lanzamiento del arrendatario; el dueño, el derecho a exigir la posesión, o el padre, el derecho de impugnar la filiación que solo le otorga la Ley a él mientras viva, o que el heredero tiene el derecho a contradecir una pretensión de filiación natural, etc.

Para el ejercicio en juicio de cualquiera de esos *derechos,* se necesita la legitimación en la causa y el interés para obrar. Cuando el juez le niega al demandante una sentencia de fondo sobre una de estas pretensiones, no es que carezca de acción, sino de interés o de legitimación para controvertir la pretensión en el juicio. La acción la tiene siempre, y por eso puede promover un proceso y obtener una sentencia (cfr. núms. 56, 119 y 134).

Cuando se usa el término acción en sentido material, para calificar o identificar las pretensiones aducidas en la demanda, se suele decir por autores y jueces que en un determinado juicio 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 juicio se ha planteado y, por tanto, el alcance de la sentencia de fondo o mérito que debe dictarse. Y en ese mismo sentido se habla con frecuencia de que el fallador no puede *cambiar la acción* incoada, ni siquiera so pretexto de interpretar la demanda (derecho que se le reconoce al juez con cierta amplitud, como lo veremos en el núm. 232); de que la acción incoada no puede ser sustituida por otra distinta, mediante una aclaración o corrección de la demanda. Pero se comprende sin dificultad que en todos esos casos lo apropiado 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 sucede en el Código de Procedimiento Civil colombiano (cfr. núm. 97).

Hay otros casos en que también se puede entender el término en sentido

procesal y material. Esto ocurre cuando existe un procedimiento especial para hacer valer cierto derecho material, como el del acreedor prendario o hipotecario a que se venda en subasta pública el bien dado en prenda o hipoteca; el del poseedor a que cese la perturbación de su posesión o se le restituya; el del mandante a exigir cuentas al mandatario; el del marido o la mujer a pedir el divorcio o la separación de bienes o la nulidad del matrimonio; el del arrendador a exigir la tenencia al arrendatario; el del propietario a deslindar su inmueble de los colindantes; el de la entidad pública a expropiar un inmueble para fines de utilidad pública, etc. Porque entonces se puede hablar de acción hipotecaria o prendaria o posesoria, o de divorcio o separación, etc., en un doble sentido: para referirse al *derecho* material que otorga la Ley o para identificar el *procedimiento especial* que consagra para el ejercicio de tal derecho. El último sentido es rigurosamente procesal; el primero, puramente material.

En cambio, no puede hablarse procesalmente de *acción* reivindicatoria o de indemnización de perjuicios contractual o extrancontractual, ni de muchas más de frecuente empleo, cuando no exista ningún juicio o proceso especial para esa clase de pretensiones.

En el mismo sentido material se usa el término, cuando se quiere explicar las varias *acciones* que pueden corresponder a un derecho. Por ejemplo, la acción posesoria y la reivindicatoria al propietario, la de resolución o cumplimiento del contrato al contratista, etc. En estos casos se trata en realidad de las varias *maneras de ejercitar el derecho material*, o de los *varios poderes* que de ese derecho se deducen, o de los *diversos derechos* que del mismo acto o hecho jurídico emanan.

Obsérvese que cuando se habla de prescripción de la acción reivindicatoria o de nulidad o de petición de herencia o de impugnación de estado civil, etc., lo que en realidad prescribe es el *derecho* a exigir judicialmente la satisfacción del derecho subjetivo material, es decir, uno de los *atributos del derecho material*, pero no propiamente la acción, y por eso el juez no puede rechazar la demanda. A pesar de que observe que tal prescripción está consumada, el proceso se adelanta y concluye con sentencia. Entonces tiene el demandado el derecho de excepción correspondiente, y si no hace uso de él, la sentencia será condenatoria y el pago o el cumplimiento de la restitución o prestación en general le será imperativo. La acción existe en esos casos perfecta y viable, por lo cual produce el proceso y lo lleva hasta el fin.

En cambio, cuando la Ley establece un procedimiento especial, más breve y favorable, por lo general, que el ordinario o común, para hacer valer un derecho, pero lo sujeta a un término a partir del momento en que ese derecho se hizo exigible, entonces el transcurso del término produce la *caducidad* de la acción especial, procesalmente hablando, puesto que significa que ya ese proceso especial no puede adelantarse, quedándole al interesado la vía del ordinario. Por eso el juez puede rechazar de oficio la demanda.

Igualmente, cuando se habla de que la acción es renunciable o irrenunciable, en realidad se está diciendo que el derecho sustancial lo es. En tal sentido, la acción (es decir, el derecho material) puede ser irrenunciable y, sin embargo, prescriptible, como sucede con las del estado civil de las personas y las del derecho laboral.

B) *Clasificación procesal de las acciones*

Pasamos ahora a examinar la clasificación desde un punto de vista rigurosamente procesal. Entendemos por tal el 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 la clase de actividad que despliega (y no respecto a la calidad o contenido sustancial de la pretensión incoada); es decir: fines declarativos, constitutivos, de condena, ejecutivos o cautelares, que son las varias maneras de obtener la declaración o la realización del derecho objetivo mediante la sentencia.

Por tanto, podemos distinguir procesalmente las acciones en *civiles, penales, laborales, contencioso-administrativas, militares, eclesiásticas, fiscales,* y en otros países, en comerciales, de minas, etc., según la jurisdicción a que pertenezcan. Aun cuando en Colombia las ramas civil, penal y laboral pertenecen a la jurisdicción común, de todas maneras se diferencian claramente y, por tanto, sus respectivas acciones.

En Italia se distinguen las acciones jurisdiccionales y las ejecutivas, debido a que el proceso de ejecución tiene una reglamentación muy distinta a la de nuestro Código, que permite considerar que en él no se ejerce propiamente jurisdicción. Pero en Colombia no nos queda duda acerca de que ambas son procesos jurisdiccionales, puesto que se tramitan ante los mismos jueces y en el ejecutivo se permite discutir mediante excepciones de fondo la existencia del derecho en el ejecutante o del título ejecutivo (que puede no existir a pesar de que el derecho material sí exista). Por ello la sentencia de excepciones en este juicio contiene una decisión jurisdiccional indiscutible.

Como los Códigos traen numerosos juicios o procesos especiales, para casos determinados, y el juicio ordinario para todos los que no estén asignados a uno de aquellos, podemos distinguir entre *acciones ordinarias,* cuando se ventilan por el juicio ordinario, y *acciones especiales,* cuando tienen procedimiento especial. Estas se subclasifican en tantas como procesos especiales existan.

También puede hablarse de *acción pública y privada,* según que la Ley la otorga a todo el mundo sin exigir para el pronunciamiento de fondo interés personal alguno, o, por el contrario, que para que pueda haber sentencia de mérito o fondo se requiera el interés personal, sustancial o material, y especial legitimación para obrar. Porque existen, como observa REDENTI [48], normas en protección de la comunidad o de enteras categorías genéricas de sujetos, y normas que protegen intereses singularmente individualizables. Ejemplo de acción pública civil entre nosotros es la que se otorga para la demolición del edificio que amenaza ruina, por el peligro que para la colectividad representa. En materia penal son acciones públicas la mayoría, por el interés general que existe en la represión del delito penal, y privadas, aquellas en que se exige denuncia de parte interesada. Las acciones penales públicas pueden ser ejercitadas por el juez oficiosamente; las privadas, solo a petición de parte.

Las acciones públicas pueden ejercerse también por el funcionario que representa la sociedad, que entre nosotros es el personero municipal, los fiscales y el procurador general de la República, o sea por el Ministerio público. Pero no

[48] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 15.

siempre que el representante del Ministerio público puede ejercer la acción, es esta pública; así, en materia de investigación de paternidad natural pueden los personeros municipales iniciar el juicio cuando el hijo sea un menor que no tenga representante legal, y, sin embargo, se trata de una legitimación especial, no de una acción pública.

También puede hablarse de *acción sumaria*, cuando la Ley dispone que se tramite por un procedimiento breve y sumario.

Y es pertinente hablar de *acción arbitral* cuando tenga por fin un proceso ante árbitros, es decir, particulares que adquieren para el caso concreto la facultad de administrar justicia.

También puede hacerse la clasificación procesal de acción *represiva* o *preventiva*, *singular* o *colectiva*, *contenciosa* o *voluntaria*, según la clase de proceso de que se trate, como en los números 90 a 95 estudiamos.

Pero la clasificación más importante es la que mira a los fines para los cuales se impetra la decisión o sentencia, por el aspecto de la actividad desarrollada por el funcionario judicial, y no de la pretensión del demandante. Entonces podemos hablar de *acción de juzgamiento o conocimiento* y de *acción ejecutiva*, de *acción declarativa*, de *condena*, de *declaración constitutiva y cautelar*, según se persiga simplemente la declaración del derecho o relación jurídico-material, o una condena contra el demandado, o la declaración de la constitución o extinción o reforma de una relación jurídico-material, o la satisfacción coactiva del derecho cierto y claro o su protección cautelar.

Por último, puede hablarse de *acción dispositiva* y *acción declarativa*, para distinguir esos dos tipos de procesos que miran a las facultades del juez frente a la aplicación de las normas objetivas al caso concreto (cfr. núm. 60).

Se identifica entonces esta clasificación con la de los procesos, que estudiamos en el capítulo VI. Por este motivo, nos referiremos ahora a ella suscintamente.

90. Acción de juzgamiento o conocimiento y ejecutiva

La *acción de juzgamiento o conocimiento* es la que se ejercita para iniciar un proceso de esta clase, es decir, para que el juez juzgue acerca de la existencia del derecho o pretensión que el demandante alega y de las obligaciones que reclama a cargo del demandado. El juez tendrá que resolver quién tiene la razón, bien sea en forma de simple declaración, o de condena contra el demandado, o de comprobar la constitución o reforma o extinción de una relación jurídica. Por tanto, en esta clase se comprenden las acciones declarativas, de condena y de declaración constitutivas, que forman el grupo general de las acciones declarativas, y también las acciones dispositivas (cfr. núm. 91).

En cambio, cuando el derecho subjetivo material tiene, aparentemente, plena certeza, porque consta en un título en donde aparece en forma clara, líquida y exigible al demandado, la acción que persiga su satisfacción coactiva (el pago en sentido general), se denomina *acción ejecutiva*. No persigue la declaración del derecho, ni su reconocimiento por otra persona, ni la imposición de obligación alguna a otro, ni la declaración de la constitución o alteración de un estado jurídico. No hay discusión previa del derecho, sino que directamente se provee u ordena su satisfacción (aun cuando el ejecutado puede luego proponer

excepciones para demostrar la extinción de su obligación o la nulidad o inexistencia del título ejecutivo aducido).

En Italia se acostumbra dividir estos procesos en jurisdiccionales y ejecutivos, como ya hemos dicho varias veces.

En Colombia y España ambos son jurisdiccionales, pero es pertinente la distinción que anunciamos (de acción de juzgamiento o conocimiento y ejecutiva), ya que los dos tipos de proceso conservan siempre características y fines bien delimitados.

La ejecución es algo sustancialmente distinto de la resolución o juzgamiento; es la conversión de esta en actos coactivos para satisfacer lo que en ella se ha decidido; pero puede tener lugar para el cumplimiento forzado de una condena impuesta en juicio anterior de conocimiento, o de una obligación adquirida extraprocesalmente y que conste en un título que reúna los requisitos mencionados.

En ambos casos la acción es el derecho a que se provea por el juez mediante un proceso de la clase respectiva, y mediante una sentencia (en el ejecutivo existirá siempre la sentencia interlocutoria que califique el título y ordene el pago o mandamiento ejecutivo, y cuando el ejecutado proponga excepciones, se pronunciará la sentencia que las resuelve). Pero la eficacia o ineficacia, éxito o fracaso del juicio para el demandante, nada tiene que ver con el fin propio de estas acciones, como ya se estudió ampliamente.

La acción de conocimiento tiene por fin la sentencia, pero puede ser de mérito o inhibitoria, favorable o desfavorable. La acción ejecutiva persigue el pago coactivo, pero puede resultar fallida, porque, a pesar de que inicialmente se libre la orden de pago a cargo del ejecutado, puede resultar probada alguna excepción que destruya la pretensión o la haga ineficaz en ese momento; o porque, a pesar de agotarse el proceso, no se obtienen bienes del deudor para el pago mediante su venta forzada ni dineros para su entrega directa; o puede quedar parcialmente fallida si los bienes que se le encuentren no alcanzan para el pago completo.

Ese pago que persigue la acción ejecutiva puede ser por *dación,* cuando se verifica por la entrega precisamente del bien debido, como dinero, la especie o género estipulado, un acto en las obligaciones de hacer; o por *transformación,* cuando, por no ser posible la dación, por haber desaparecido el bien debido o haberse ejecutado el acto prohibido (obligación de no hacer) o negarse el deudor a ejecutar el acto debido y ser personal, sea necesario recurrir a la reparación que sustituye la indemnización de perjuicios.

Existen *acciones ejecutivas simples y preferenciales,* según que el derecho material del acreedor sea simplemente personal o esté garantizado con una parte del patrimonio del deudor, para pagarse con esos bienes preferencialmente a los demás acreedores personales en caso de concurso. Ejemplos de las últimas son las acciones hipotecarias y prendarias. Pero aquí se da un sentido material al término acción, porque procesalmente apenas podría hablarse de acciones ejecutivas, hipotecarias y prendarias, para significar la clase de proceso que con ellas se inicia, como estudiamos en el número anterior.

Se distingue también la *acción ejecutiva* en *singular* y *concursaria.* Existe la primera cuando se persiguen bienes del deudor para obtener el pago completo del crédito o créditos de un solo ejecutante, y la segunda cuando, por existir diversos ejecutantes, con sus respectivos créditos o pretensiones, se ejercita una acción conjunta por estos para seguir un juicio de concurso de acree-

dores (si se trata de un deudor no comerciante) o de quiebra (si es comerciante), con el fin de que cada demandante pueda obtener lo que le corresponda en el concurso, que bien puede ser la totalidad de su pago o una parte, generalmente. Pero en el último caso no es que la acción en sí esté limitada por el concurso, ya que la acción es una sola y se satisface en forma total con el proceso, y la sentencia de prelación de créditos; lo que se limita es la pretensión o crédito o derecho al pago de cada acreedor demandante o que luego concurra al juicio ya iniciado, por el hecho extrínseco de la incapacidad patrimonial del deudor.

91. Acción dispositiva y declarativa general

La acción de conocimiento o juzgamiento se divide en dispositiva o declarativa general, y estas últimas se subdividen en declarativas propiamente dichas, de declaración constitutiva, de condena y cautelares. La *acción cautelar* puede ser de naturaleza ejecutiva, cuando persigue el aseguramiento previo de bienes para el éxito de la acción ejecutiva, pero también existen acciones cautelares de otra índole, como la separación de bienes entre cónyuges, que busca defender los intereses patrimoniales del demandante, y otras que persiguen una medida similar, como el mejoramiento de la hipoteca o prenda, la interdicción de un incapaz, la licencia para enajenar bienes de incapaces. Vamos a examinarlas.

Podemos decir que la acción es *declarativa general* cuando se le pide al juez que haga precisamente la declaración que la Ley establece en forma expresa y general para el caso, sea declarativa pura, de declaración constitutiva o de condena. Se califica entonces esa norma legal como *material*, en contraposición con las normas *instrumentales*. En la norma material se encuentra definido de antemano el derecho que corresponde a la parte, y la decisión del juez se limita a la declaración, en sentido amplio, de ese derecho o estado jurídico preexistente. Se tendrá entonces un proceso declarativo en sentido general (cfr. número 48).

En cambio, podemos decir que la acción es *dispositiva* cuando se le pide al juez que tome la decisión que él considere apropiada, en conciencia, en equidad, con conocimiento de causa, pero según su leal saber y entender, para lo cual lo autoriza la Ley sin fijarle exactamente el contenido de la decisión. Entonces el juez no se limita a darle certeza a un estado jurídico preexistente, sino que forma *ex novo* un mandato concreto para el caso. La norma legal que así lo faculta se llama entonces instrumental, y el proceso será *dispositivo*, sin que eso signifique, como opina Carnelutti y lo negamos nosotros, que en este caso el juez esté creando derechos; simplemente fija sus límites y su contenido, pero el derecho subjetivo lo crea siempre la Ley, y la sentencia lo declara. Solo que cuando el proceso es dispositivo, las facultades del juez son mayores, ya que este tiene más autonomía en la decisión (cfr. núm. 60).

92. Acción declarativa pura

Desde un punto de vista rigurosamente procesal, esta acción es el derecho a obtener una sentencia declarativa pura, favorable o no a la pretensión formulada, mediante un proceso simplemente declarativo (cfr. núm. 61).

Caracteriza esta acción—tomada del grupo general de las declarativas, que comprende también las de declaración constitutiva y las de condena e inclusive las cautelares autónomas—el hecho de que con ellas se persigue únicamente obtener una declaración judicial, por la eficacia que en sí misma tiene, sin que se pretenda efecto inmediato distinto.

Con ella se busca, en consecuencia, la declaración o comprobación por la sentencia de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o un derecho, exclusivamente, siendo en el primer caso positiva y en el segundo negativa.

Con tal declaración no se impone a un tercero ninguna clase de prestación, ni se condena a nadie por sus resultas. El interés de quien ejercita la acción se agota con la afirmación hecha por el funcionario de esa existencia o inexistencia o comprobación del derecho o relación jurídica, con lo cual se obtiene la certidumbre jurídica, que es su objeto esencial.

No tiene por causa tal acción el interés en hacer cesar la violación del derecho, porque entonces se perseguiría su restablecimiento o realización por una acción de condena. Por eso la pretensión del actor se agota con la declaración, sin que medie ejecución posterior ni cumplimiento forzado en el mismo juicio.

Forman parte de este grupo las que persiguen la declaración de autenticidad o falsedad de un documento. Pero, como observamos en el número 61, si el documento es auténtico, no es pertinente ejercitar la acción para que se diga que lo es, porque la Ley lo presume. Su alcance se limita a esa declaración, sin que medie posterior cumplimiento de ella. Esto debe recordarse para diferenciarla de las acciones de declaración constitutiva y de condena.

Por último, esa declaración debe ser concreta, ya que los jueces no pueden pronunciar sentencias por vía general y abstracta.

La acción declarativa es una especie de medida excepcional, de manera que en caso de disponerse de otra distinta, es esta la que debe ejercitarse, siendo más conveniente para el demandante la acción de declaración constitutiva o la de condena, en caso de ser posibles, porque con ellas satisface sus pretensiones plenamente, o también puede ejercitarse una acción mixta para agotar el interés perseguido (cfr. núms. 64 y 96).

Como ejemplos podemos citar estos: la acción para que se declare heredera a una persona; la acción de pertenencia sin opositor ni demandado; la que persigue que se declare a quien la ejercita socio de una sociedad, o hijo legítimo o natural de otra persona, o cónyuge de otra persona, etc.; la que pide que se declare inexistente una obligación o gravamen sobre un bien, etc. En general, todas las que simplemente buscan la declaración de existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, como hemos dicho. A esta acción corresponde el proceso declarativo puro (cfr. núm. 61).

Pero una cosa es el interés para la admisión de la acción, que no puede sujetarse a examen de la razón que acompañe al actor, como ya hemos visto y otra muy distinta el interés sustancial o material para obtener sentencia de

fondo (conocido como *interés para obrar*) y sentencia favorable. Entonces ya se pasa a examinar la clase de declaración impenetrada y su procedencia. Al respecto nos referimos al capítulo sobre interés para obrar.

93. Acción de condena

Procesalmente hablando, esta acción es el derecho a obtener una sentencia que resuelva, favorablemente o no, sobre la imposición de una condena al demandado, mediante un proceso de condena (cfr. núm. 62).

La pretensión contenida en la demanda persigue se le imponga al demandado, por la sentencia, el cumplimiento de una prestación u obligación; es decir, la declaración de su responsabilidad.

De manera que se caracteriza esta acción por dos requisitos principalmente: porque en la demanda se persigue la imposición a otro de una prestación u obligación, o sea el reconocimiento de su existencia para que la satisfaga, y porque la sentencia sirve para la satisfacción coactiva o ejecutiva del derecho cuya declaración se obtiene.

Pero es necesario evitar la confusión de creer que la acción de condena persigue imponer al demandado la condena pedida en la demanda. Este es el interés del actor y el fin de la pretensión y de la demanda en cuanto la contiene, pero no de la acción. La acción de condena, procesalmente entendida, tiene por fin simplemente obtener la sentencia que resuelva favorable o desfavorablemente sobre la pretensión de imponerle una condena al demandado y se agota siempre con tal sentencia (aunque el interés del actor y su pretensión no estén todavía agotados, porque falte la ejecución o el cumplimiento voluntario).

Por tanto, el demandante también solicita una sentencia que declare el derecho; pero, a diferencia del caso anterior, su interés no se agota con esto, sino por la declaración de responsabilidad, y busca fundamentalmente su ejecución por el demandado. La sentencia que por ella se obtenga sirve de título ejecutivo coactivo contra el demandado, en caso de ser favorable, si este se niega a cumplirla voluntariamente. Pero la ejecución no se consigue, por lo general, dentro del mismo juicio, sino por acción ejecutiva posterior.

Por lo dicho se comprende por qué Chiovenda observa que el concepto de la acción de condena está vinculado a la obligación de dar o prestar alguna cosa, bien sea mediante una declaración previa, o sin necesidad de ella, para la ejecución forzosa, si no hay voluntaria. Pero debe aclararse que se trata de la pretensión de que existe tal obligación, porque puede no existir.

Son presupuestos de esta acción, un *pretendido* derecho material, que puede no existir (cosa que resolverá la sentencia); la afirmación de la lesión o violación de ese derecho, que puede resultar errada, y el interés en que ese litigio se arregle pacíficamente por vía judicial. Y para que haya sentencia de fondo se requiere, además, la legitimación en la causa y el interés para obrar (tener un interés actual en ejercerla y ser titular del interés en litigio). Esa violación puede provenir de un hecho positivo o de una simple omisión, según el caso.

Se diferencia de la declarativa en que el actor persigue la imposición al demandado de la responsabilidad y en que, por tanto, no busca la declaración por

la eficacia que en sí misma tenga, sino como título ejecutivo contra el demandado o para su cumplimiento.

Ejemplo de estas acciones son las que tienden a obtener una sentencia que resuelva sobre la obligación de pagar una suma de dinero, la reivindicación de un inmueble, la entrega de una cosa, etc. A esta acción corresponde el proceso de condena (cfr. núm. 62).

94. Acción de declaración constitutiva («accertamento constitutivo»)

Estas acciones pueden definirse como el derecho a perseguir, mediante un proceso, una sentencia que resuelva, sobre la pretensión de que se declare la constitución, extinción o modificación de un estado jurídico, con base en la afirmación de haber ocurrido los hechos que, de acuerdo con la Ley, deben producir esos precisos efectos jurídicos.

Pero, como ocurre con las de condena, procesalmente hablando, estas acciones tienen por fin obtener la sentencia que resuelva, favorable o desfavorablemente, sobre la pretensión del demandante y, por tanto, ellas no persiguen obtener la declaración constitutiva (porque entonces su fin sería la sentencia *favorable*), sino que se resuelva si ella es o no procedente. En cambio, la pretensión contenida en la demanda, y esta en razón de aquella, sí persiguen esa declaración favorable. Por eso la acción puede resultar satisfecha, a pesar del fracaso de la pretensión, porque la sentencia sea desfavorable al demandante.

Se asemejan a las declarativas en que el interés del actor se agota con la declaración que haga la sentencia, y esta no necesita una ejecución posterior, pero se diferencian en que esa declaración afecta directamente a terceros, los obliga y sujeta a ella, de manera que no se busca la declaración por sí misma, sino por sus efectos respecto a terceros. Se asemejan a las acciones de condena en que la sentencia, si es favorable, produce una modificación en un estado de cosas existente, pero se diferencian de estas en que, como hemos dicho, la sentencia no requiere ejecución posterior, de manera que ese cambio se produce por el solo hecho de su declaración, al paso que en aquellas esa modificación solo surge por el pago posterior al trasladarse un bien del patrimonio del demandado al del demandante o al cumplirse un acto de aquel en provecho de este.

Corresponde a esta acción el proceso de declaración constitutiva (cfr. número 51). El juez no *crea* el derecho ni constituye la relación jurídica, sino *accerta* o declara la consecuencia que por la Ley se deduce de los hechos probados en el juicio; es la Ley la que crea, constituye, modifica o extingue la situación jurídica objeto de la demanda. Por eso todos los autores incluyen esta acción dentro del grupo general de las declarativas y ninguno entre las dispositivas, que sería lo pertinente si la sentencia constituyera el derecho o la relación jurídica, en vez de declararla. La sentencia constitutiva en sentido estricto no existe, como lo expone Rocco[49].

De manera que la acción de declaración constitutiva se basa en ocasiones en la afirmación de una relación jurídica anterior, y en otras, en la existencia de

[49] Rocco, ob. cit., t. II, parte VII, p. 239-42.

una persona jurídica cuyo estado se debe modificar; persigue siempre (en el sentido expuesto), total o parcialmente, un estado jurídico nuevo, y requiere, además, para que haya sentencia de fondo y favorable, que los hechos en que se funda sean adecuados para esos efectos, que se necesite la sentencia para producirlos y se prueben, y que se tenga un interés serio y actual en la declaración y legitimación en la causa.

Ejemplos de esta acción son los casos de interdicción, los de partición de bienes comunes, de separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio, los de divorcio, los de impugnación de estado civil, los de nulidad de contratos, etc. Pero no los juicios de filiación natural o legítima, que son simplemente declarativos.

Muy a menudo la misma acción persigue una sentencia que produzca el doble efecto de extinguir un estado jurídico y de constituir otro nuevo, como en los casos de nulidades y de particiones de bienes comunes, es decir, el de declarar la extinción de aquel y la constitución de este.

Por regla general, la sentencia que se obtiene con las acciones de declaración constitutiva produce efectos *ex nunc*, es decir, a partir de la ejecutoria de la sentencia; pero las que se refieren a la nulidad, rescisión o resolución de contratos producen efectos *ex tunc*, o sea desde la demanda o desde la celebración del contrato, según se trate de la última o de las dos primeras. La nulidad y la rescisión vuelven las cosas a su estado anterior, al paso que la resolución solo produce efectos a partir de la demanda.

Ordinariamente, el interés que legitima el ejercicio de esta acción para obtener sentencia de fondo está en cabeza de los sujetos de la relación jurídica que se modifica o crea, pero puede suceder que se trate de un tercero ajeno a esa relación, como ocurre en la acción de nulidad de matrimonio por algunas causales (7, 8, 9 y 11 del art. 140 del Código colombiano), que autorizan para ejercitarla a cualquiera y aun para decretarla el juez de oficio; en la acción para que se declare la ilegitimidad del hijo nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, que corresponde a cualquier persona que tenga interés actual en ella, según el artículo 220 del C. C.; en la acción de impugnación de paternidad natural, conforme al artículo 58 de la ley 153 de 1887, etc. (cfr. núms. 119, letra H; 134, letra T, y 135).

La acción de declaración constitutiva es, pues, el derecho a la realización de un proceso de declaración constitutiva (cfr. núm. 63).

Como en el número 86, letra *g*), expusimos, no debe confundirse el interés para accionar con el *interés para obrar*, ni con el interés en litigio. El primero corresponde a toda persona que quiera definir cualquiera situación jurídica mediante un proceso, tenga razón o no, sea o no el titular del derecho en litigio o que se pretenda verificar (cfr. núm. 119, letra *b*). El segundo es el interés sustancial en las declaraciones que se piden en la demanda, el cual debe ser personal, serio y actual, y debe existir tanto en el demandante, para pedir, como en el demandado, para controvertir esas peticiones, pero no es un presupuesto de la acción en ningún caso, cualquiera que sea su naturaleza, sino de la pretensión incoada, por lo que puede faltar, a pesar de que se ejercite la acción válidamente (cfr. núm. 119). El tercero es el interés discutido en el juicio, sustancial, por tanto, cuya titularidad constituye la legitimación en la causa, y es también subjetivo, corresponde solo a determinadas personas en cada caso, y por lo general se examina en la sentencia, aun cuando en ocasiones la Ley exige que aparezca probada la legitimación, para que se admita la de-

manda, como sucede en los juicios posesorios, de cuentas, de lanzamiento, ejecutivos y otros (cfr. cap. XIV, núm. 134).

95. Acción cautelar

Es el derecho a producir la actividad judicial que resuelva sobre las medidas judiciales necesarias para el aseguramiento de la satisfacción de un derecho material o para su defensa; es decir, para que se realice un proceso cautelar, cuyos alcances y clases estudiamos en el núm. 66. Como entonces vimos, esta acción puede ser autónoma, es decir independiente de otra que posteriormente se ejerza, como pasa en las de policía por perturbación de hecho, en la separación de bienes entre cónyuges, en la interdicción del incapaz o licencia para vender bienes.

Pero, por lo general, es accesoria o dependiente de otra, como en las preventivas de la ejecución, de la sucesión por causa de muerte, de la separación de bienes, de la reivindicación de muebles, etc.

Carnelutti [50] incluye en esta clase la acción posesoria; pero creemos que, al menos entre nosotros, esta acción tiene fines superiores a los simplemente cautelares, ya que no se limita a prevenir los daños a la propiedad, sino a garantizar el derecho al uso y goce del bien, restituyéndolo en algunos casos.

96. Acciones mixtas

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, de declaración constitutiva y de condena; cautelar y de declaración constitutiva o declarativo.

Parece que entonces se ejercitan varias acciones, una para cada clase de peticiones; pero esto es un error, ya que la acción que inicia un proceso es siempre una. Lo que puede existir en forma 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 tanto, si pudieran existir varias acciones en una demanda, existirían varias peticiones para tramitar un solo proceso y para solucionar la misma demanda, cuando una sería jurídicamente suficiente.

Puede decirse en estos casos que la acción es mixta; mejor, 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 varias pretensiones que de ellos quiere deducirse.

---

[50] Carnelutti: *Sistema*, núm. 358, párrafo g).

97. La mal llamada acumulación objetiva de acciones

Se preguntará entonces qué sucede con la llamada acumulación de acciones del mismo demandante en la demanda. Pues, sencillamente, que es un error de terminología en que incurren los Códigos Judiciales, error que ya mencionamos anteriormente (véase núm. 88). Lo que existe es acumulación de pretensiones y no de acciones. Por este motivo suprimimos de este capítulo el estudio de la acumulación de pretensiones de una misma persona en una demanda, que corresponde al capítulo sobre demanda.

98. Ejercicio de la acción por varias personas, mal denominada acumulación subjetiva de acciones

Y 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 también aquí una acumulación de pretensiones; pero al paso que en el anterior ejemplo se trata de un demandante con varias pretensiones, en este son varios los demandantes con pretensiones iguales o conexas entre sí. Se estudiará también esta acumulación en el capítulo sobre partes, al tratar del litisconsorcio (cfr. núms. 179 y ss.).

99. Un verdadero caso de acumulación de acciones en un mismo proceso: la demanda de reconvención

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 juicio a su demandante; es lo que se conoce por demanda de reconvención. Es un medio para defenderse contraatacando (véase núm. 233).

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 cada demanda.

Es necesario que exista entre las acciones de la demanda y la contrademanda de reconvención algún nexo; por ejemplo, que se basen en la misma relación jurídica, o que emanen de los mismos hechos aunque constituyan distintos litigios. Pueden tener el mismo título la pretensión del actor y la del demandado que reconviene, como cuando aquel reclama la entrega de la cosa vendida y este pide el pago del precio insatisfecho; pero no es necesaria esta comunidad de título, y así, el Código italiano se refiere al caso de que la acción de reconvención dependa del título alegado como excepción, como cuando Pedro demanda a Juan para el pago de una deuda de ciento y este le opone, en compensación, un crédito de quinientos, y le pide el pago de la diferencia

(ejemplo que trae CARNELUTTI)[51]. Pero se necesita que el juez de la demanda principal sea competente para la de reconvención.

Más adelante estudiaremos la reconvención y su diferencia con la excepción (cfr. 233).

100. EXTINCIÓN, CADUCIDAD Y ACCIDENTES DE LA ACCIÓN. CUÁNDO ES RENUNCIABLE

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 previos del juicio (véanse núms. 137 a 142).

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, como veremos al tratar de los presupuestos procesales (véanse núms. 137 a 142), para que ese fin normal de la acción pueda obtenerse, se requiere, además, que se cumplan los trámites del juicio, que se hagan las citaciones y notificaciones que la Ley ordena, que exista la capacidad y representación del demandado (también la del demandante, que es presupuesto previo del juicio) y, en general, que no se presente ningún vicio que afecte de *nulidad* el procedimiento, pues si aparece, se debe anular lo actuado desde el momento en que el vicio ocurrió, en adelante (cfr. núm. 320). En estos casos habrá un fracaso de la acción, por cuanto no sobreviene la sentencia; fracaso que podrá ser definitivo, si el juicio no puede continuar, o temporal, en el caso contrario, y entonces debe repetirse la actuación anulada.

También puede suceder que la acción no llegue a su término 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 juicio no continúe y se prescinda de resolver sobre sus pretensiones. El desistimiento es voluntario y libre, siempre que se tenga capacidad jurídica de disposición y se obre en propio nombre, pues los representantes legales y apoderados no pueden hacerlo sino con ciertos requisitos y especiales autorizaciones. Ese desistimiento debe ser total, es decir, de todas las pretensiones o peticiones incoadas en la demanda, y para todos los demandados, para que exista desistimiento de la acción; porque si es parcial, como el juicio debe continuar respecto a las demás pretensiones o a los demás demandados, la acción subsiste (cfr. núm. 296).

Ese desistimiento puede ser unilateral o bilateral; en ese último caso ocurre, por un acuerdo entre demandante y demandado, que es entonces una transacción, sea que este dé alguna contraprestación o que se sujete a ciertas condiciones o que únicamente acepte el desistimiento para que no sobrevenga una condena en costas a cargo del demandante, que sería de rigor al ser unilateral.

Puede ocurrir asimismo una especie de desistimiento de la acción ante el funcionario judicial, para continuar el juicio ante un tribunal de árbitros formado por particulares, pero lo que en realidad se presenta es una transformación de la acción. El *arbitramento* sustituye al juicio.

Cuando la Ley otorga varios procedimientos para ventilar una misma pre-

[51] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 373.

tensión, se tiene 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 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 juicio, tal como ocurre en algunas acciones contenciosas especiales en Colombia, que no conllevan sentencia con fuerza de cosa juzgada, y en las acciones de jurisdicción voluntaria.

En cambio, cuando se dice que se renuncia a todas las acciones que para cualquier fin otorga la Ley, en realidad a lo que se renuncia es al derecho material subjetivo, a la obligación correlativa de su sujeto pasivo, porque la acción como derecho abstracto no es renunciable. Por eso si tal renuncia se hizo en acto bilateral o unilateral, pero comunicado al presunto demandado para que surta efectos jurídicos, y luego ejercita la acción el renunciante, el proceso se inicia válidamente y el demandado tendrá que alegar esa renuncia como excepción de transacción (que puede alegarse como dilatoria entre nosotros, a pesar de ser perentoria, según el art. 341 del C. J.), si consta en acto bilateral, o como donación o modo innominado de extinción de sus obligaciones, si fue en acto unilateral que le hubiera sido comunicado.

Para nosotros, la acción como derecho subjetivo público y abstracto a pedir la intervención del Estado mediante un proceso, para la pacífica solución de los litigios o la declaración o comprobación de los derechos o relaciones jurídico-materiales (cuando no hay litigio), no es renunciable. A nadie se le puede impedir que recurra al Estado para esos fines. La pretensión de querer hacerlo, a pesar de una previa renuncia general a todas las acciones para hacer valer un derecho, es ya objeto de acción, porque es el Estado, mediante el funcionario judicial competente, quien debe decidir sobre tal pretensión, que en el fondo es la del derecho material renunciado.

Puesto que en derecho moderno no puede ligarse la acción al derecho material subjetivo y se la distingue de la pretensión, la renuncia de aquel 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.

Puede aceptarse que en el evento examinado se renuncia al ejercicio de la acción, mas no a esta. Pero aun entonces tal renuncia no valdría y no impediría su ejercicio, y en el fondo estaríamos siempre ante una renuncia del derecho material o ante un plazo o condición suspensiva del ejercicio de ese derecho (cuando la renuncia sea temporal), que tendría que alegarse como excepción de fondo (perentoria entre nosotros en ambos casos) (cfr. núm. 244).

De manera que tampoco es jurídicamente válida la renuncia a ejercitar futuras acciones, puesto que no impide su válido ejercicio y solo afecta la realización o satisfacción del derecho subjetivo material.

Por tanto, estamos en total desacuerdo con REDENTI, quien dice: «La renuncia puede también tener por objeto, según la voluntad del renunciante, la acción en sí misma considerada, en vez del derecho que le sirve de base. En tal caso, se extingue la acción, pero también necesariamente el derecho; y de ahí que pueda ser renunciable a veces una acción aun allí donde no lo sea el derecho mismo»[52]. Creemos que en los ejemplos que trae REDENTI lo que se

[52] REDENTI, ob. cit., p. 72.

renuncia es el ejercicio del derecho material o parte del mismo o alguno de sus atributos que podría hacerse valer en juicio; y por eso subsiste el derecho material en la otra parte o en sus otros atributos. Pero la acción, en su sentido procesal riguroso, separada totalmente del derecho material, como derecho subjetivo público cívico que corresponde a toda persona, no se renuncia en tales casos ni en ningún otro. Lo que pasa es que REDENTI no ha podido desvincularse de los ligámenes que lo atan a la concepción clásica de la acción, como ya lo observamos al examinar su concepto sobre ella, y esta es otra consecuencia de su personal situación. De ahí que un poco más adelante [53] dice que la acción puede ser fundada o no, confundiéndola con la pretensión, que sí es renunciable y que es a lo que se renuncia en los casos que él examina; pues la pretensión sí está ligada al derecho material, pero sin identificarse con él, porque puede existir aquella y no este, caso en el cual la sentencia podrá ser de fondo, pero desfavorable al demandante. Asimismo dice REDENTI que los derechos de prelación (privilegios, hipotecas, prendas) pertenecen a los *adminículos de la acción,* cuando debe hablar de pretensión [54].

En cambio, en el *desistimiento* sí existe renuncia expresa de la acción, válida procesalmente, y en el *abandono* que produce caducidad del juicio 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. En el compromiso arbitral, no, porque solo 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* temporal o definitiva de la acción, no solamente antes de su ejercicio (por el vencimiento del término legal para ejercerla, como ya vimos), sino también después, cuando la Ley sanciona la inactividad del demandante en el proceso poniéndole fin.

101. 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 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 en ese caso existe únicamente cesión del derecho material subjetivo y no de la acción. El cesionario de tal derecho material puede iniciar juicio para cualquiera de los fines relacionados con él, naturalmente; pero estimamos que entonces ejercita *su propia acción,* porque como titular que es o pretende ser de aquel derecho, necesita la actividad jurisdiccional del Estado para esos fines. Así como hoy no se acepta que a quien ejercita la acción se le inquiera el fundamento o razón de sus pretensiones, ni se le exija la titularidad del derecho pretendido, ni la del interés en el litigio (interés para obrar y *legitimatio ad causam*), para que su derecho de acción exista, tampoco puede exigirse que se investigue el origen de su pretensión. Por tanto, será propia la acción, cualquiera que sea el origen de su derecho material o de su pretensión: por directo mandato de la Ley, por acto jurídico propio o de un tercero, etc.

[53] REDENTI, ob. cit., p. 74.
[54] REDENTI, ob. cit., p. 75.

Es su propio interés en la pacífica solución del litigio que se le presenta con el sujeto pasivo del derecho cedido o en la declaración u obtención de sus efectos jurídicos (como en la cesión de derecho herencial), lo que lo lleva a ejercitar la acción.

Lo mismo ocurre si se trata de un heredero que ejercita la acción relacionada con 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 en obrar será personal, en defensa de esa herencia, de la cual tiene parte (la sucesión no es persona jurídica, como lo veremos en el cap. XX). Si lo hace después de liquidada la herencia, con mayor claridad se ve que obra en ejercicio de su propia acción (véanse núms. 177 y 202).

Cuando se obra en representación de otra persona, la acción que se ejercita es la de esta; pero no hay cesión alguna de la acción, sino ejercicio a nombre del representado; tampoco cuando se obra como agente oficioso, pues es una especie de representación sin mandato, y por eso se obliga el demandante a que la persona por quien actúa ratifique su demanda (cfr. núms. 217 a 219).

Existe, en cambio, verdadera cesión o transferencia de la acción, cuando ocurre *en el curso del juicio o después de ejercitada* en la demanda, sea por acto entre vivos o por causa de muerte. En efecto, en ambos casos la acción ejercitada ha iniciado y desarrollado el proceso, que, salvo caducidad o nulidad, continuará hasta la sentencia por virtud de ella, aun cuando el cedente y el cesionario o heredero o legatario no tenga la menor intervención. No puede pensarse en que estos últimos ejercitan una acción propia cuando intervienen o se hacen parte, porque se limitan a ocupar el lugar del cedente en la relación jurídico-procesal, o porque se les transfiere tanto la pretensión o derecho material, como la acción ejercitada, pero todavía en actividad, puesto que no han concluido sus efectos ni ha caducado (cfr. núm. 177).

Y ocurre lo mismo con la relación jurídico-procesal de contradicción, respecto del demandado. Esta puede ser cedida o transferida a título singular o por causa de muerte, junto con el derecho o pretensión que el demandado está sosteniendo en el juicio; mas no se trata de una cesión pasiva, porque ya hemos visto que, por una parte, la acción no se dirige contra el demandado y su objeto pasivo es el juez, y que, por otra parte, la posición del demandado en la relación de contradicción es activa (el sujeto pasivo es también el juez). Se equivoca en este otro punto REDENTI [55].

Pero no se concibe que la acción o la contradicción puedan ser objeto de cesión en el curso del juicio, independientemente de la pretensión que el demandante o el demandado tengan; y tampoco antes del juicio, porque sucedería entonces que el demandante tendría sus motivos personales para ejercitar su propia acción, y el demandado tendría su propio derecho de contradicción por el hecho de serlo.

Al tratar de las partes y de la intervención de terceros en el juicio, volveremos con mayor detenimiento sobre la cesión de derechos litigiosos y la posición del cesionario y del cedente en el juicio (véanse núms. 168 y 177).

Puede suceder que quien haya hecho cesión del derecho material o de la pretensión de tenerlo después de iniciado el juicio, continúe como demandante o demandado, sin que el cesionario concurra; pero esto no significa que pueda cederse ese derecho o la pretensión y no la acción, porque el cesionario puede

---

[55] REDENTI, ob. cit., p. 77.

presentarse al juicio cuando quiera, y no tendría valor la cláusula que lo prohibiera.

Cuando se cede un derecho material reservándose el cedente las acciones para exigir cierta prestación de otra persona, relacionada con tal derecho, lo que en realidad se está reservando aquel es parte del derecho material (como los instalamentos vencidos de un crédito, que se cede en lo demás), u otro derecho material contra ese tercero (por ejemplo, el derecho de cobrar una indemnización de perjuicios por daños al inmueble que se vende), y entonces, como es obvio, podrá el cedente ejercer su acción si no consigue la voluntaria satisfacción por el obligado. En consecuencia, no hay reserva de la acción propiamente.

Cuando se dice que se cede una acción (por ejemplo, la de reivindicación o petición de herencia o de indemnización), lo que se está cediendo es el derecho material que se pretende tener o la pretensión, pero no la acción, pues el cesionario ejercitará como titular de ese derecho o de la pretensión de tenerlo, su propia acción.

Por esto es inapropiada la idea de *acción en estado de pretensión* que expone REDENTI, para referirse al caso en que se puede ejercitar, pero no se ha ejercitado, pues lo que sucede, sencillamente, es que se tiene la pretensión de tener el derecho material (cierta o no) y, naturalmente, la acción abstracta, pero no se ejercita esa acción sino cuando se demanda. Lo que se puede tener en estado de pretensión es el derecho subjetivo material. También es inadecuado hablar de acción-pretensión, por el hecho de que se tienen ambos.

Cuando se habla de que hay acciones cesibles y no cesibles (ejemplo de estas, algunas del estado civil), lo que entonces puede ser o no cesible es el derecho material o la pretensión de tenerlo; y la prueba está en que el aparente cesionario de pretensión o derecho no cesible por un contrato (nulo, naturalmente), podría ejercitar válidamente su acción para que por la sentencia dictada mediante un proceso completo se resolviera si tal cesión es válida y si le otorga algún derecho material, o lo contrario. Tal cesionario recibiría sentencia desfavorable a su pretensión de tener el derecho que se le quiso ceder; pero su demanda no podría ser rechazada, porque solo en la sentencia se resuelve acerca de si la cesión que se le hizo tiene valor o es nula. Es decir, de todas maneras habrá sentencia en la que el juez resuelva si por ser incesible tal pretensión o derecho y no ser el demandante su legal titular, es posible la decisión de mérito o fondo sobre la demanda, y en caso afirmativo, si debe ser favorable o desfavorable. Creemos que la sentencia de fondo es procedente en cuanto a decidir sobre el valor de dicha cesión, pero no en cuanto a resolver si el cedente tenía o no el derecho que quiso ceder, si se declara que la cesión fue nula (para esto último el demandante carecería de legitimación en la causa) (cfr. núm. 134).

Solo cuando se declare que la decisión fue válida, podría resolverse sobre el derecho material cedido, como petición y declaración consecuente.

CAPITULO X

EL DERECHO DE CONTRADICCION

102. Naturaleza

Como dijimos al tratar de la acción (cfr. núm. 86, letra E), la relación de jurisdicción contenciosa es doble: *relación de acción* (entre demandante y Estado) y *relación de contradicción* (entre demandado y Estado). Inseparable del derecho de acción es el derecho de contradicción, y por ello ambos pueden ser considerados como dos aspectos de la relación jurídico-procesal. No existe ninguna diferencia sustancial entre las dos relaciones, puesto que se trata de dos aspectos de la misma relación de jurisdicción, cuya naturaleza estudiamos ampliamente (cfr. núms. 20-21). Al lado del derecho de acción, existe el derecho de contradicción, de idéntica naturaleza y de contenido igual, puesto que se trata, como observa Rocco, de «un diverso aspecto del derecho de acción» [1].

Por consiguiente, el derecho de contradicción, lo mismo que el de acción, pertenece a toda persona natural o jurídica, y tanto su causa como su fin están constituidos por un *interés público, que consiste en el derecho de obtener la decisión del conflicto que se le plantea al demandado mediante la sentencia que el órgano jurisdiccional debe dictar.* Es un interés general porque sólo secundariamente mira a la conveniencia del demandado y a la protección de sus derechos sometidos al juicio y de su libertad limitada con la imposición de las cargas y deberes que se deducen de la relación jurídico-procesal, en tanto que principalmente contempla la defensa de dos principios fundamentales para la organización social, como son 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 con el demandante, y el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo.

Consecuencia de lo anterior es que el derecho de contradicción no persigue una tutela jurídica concreta mediante una sentencia favorable al demandado, como el derecho de acción no la persigue favorable al demandante, sino una *tutela abstracta* por una sentencia justa y legal, cualquiera que sea, de fondo o inhibitoria, desestimatoria de la demanda o de las excepciones del demandado, o bien favorable a aquella o a este. El resultado a que se llegue en la sentencia no depende del derecho de acción o de contradicción, sino de los presupuestos materiales (cfr. núms. 144-145).

Quienes sostuvieron la doctrina del derecho de acción como un derecho a la sentencia favorable al demandante, necesariamente consideraron el derecho de contradicción con igual finalidad a favor del demandado y como un contraderecho opuesto al de acción y que persigue desvirtuarla o destruirla. Pero para

[1] Rocco: *Trattato*, t. I, p. 299-300.

los procesalistas modernos, que consideran la acción como un derecho público cívico, subjetivo y autónomo para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia, cualquiera que sea su resultado, el derecho de contradicción tiene lógicamente las mismas condiciones e igual fin, desde el punto de vista del demandado, y no es un contraderecho, ni se opone a la acción, sino que la complementa y resulta su necesaria consecuencia, puesto que ambos tienen un mismo fin.

La única diferencia que nosotros encontramos entre los dos derechos consiste en que el de acción lo ejercita libre y voluntariamente el actor, al paso que el de contradicción surge por el ejercicio de la acción al ponerse en movimiento la jurisdicción, sin que se requiera acto ni consentimiento o voluntad del demandado, desde el momento en que la demanda es admitida y él figura como sujeto pasivo de la pretensión en ella contenida (cfr. núms. 86, E; 223 y 230). Inclusive la citación que del demandado debe hacer el juez al admitir la demanda, es ya una consecuencia del derecho de contradicción y no el acto que lo origina, porque si por olvido o error el juez no lo ordenara, se estaría precisamente violando tal derecho. Pero el demandado no se ve vinculado al proceso por el poder de la acción, sino por el poder de jurisdicción que el juez ejercita al admitir la demanda, al iniciar el proceso y ordenar su citación (cfr. núms. 21 y 86, letra E).

El derecho de contradicción existe desde el momento en que es admitida por el juez la demanda contenciosa, independientemente no solo de la razón o sinrazón que acompañe la pretensión del primero (cfr. núm. 230) y de que el demandado proponga o no excepciones, sino también de la existencia o inexistencia de los presupuestos procesales (circunstancia que debe tenerse en cuenta para admitir o rechazar la demanda, pero si esta es admitida, surge el derecho de contradicción) y del cumplimiento de los presupuestos materiales (cfr. número 144). Los primeros serán necesarios para que el proceso siga su curso sin viciarse de nulidad, y si faltan, podrá pedirse la revocación del auto que admitió la demanda o proponerse excepciones previas (las dilatorias de nuestro Código y del español), para que se suspenda o se corrija el procedimiento, y también se podrá reclamar la nulidad de lo actuado con ese defecto; los segundos determinarán si la sentencia puede ser de fondo o debe ser inhibitoria (legitimación es la causa e interés para obrar), y si en el primer caso debe ser favorable al demandante o al demandado. Pero el derecho de contradicción es uno mismo y se origina al admitirse la demanda, cualquiera que sea la suerte del proceso.

El derecho de contradicción no se modifica por la circunstancia de que el demandado no tenga razón alguna para oponerse a la pretensión del demandante, precisamente porque es el derecho a obtener la sentencia que resuelva el litigio planteado, y porque el demandado puede ser oído y disfrutar de la oportunidad para su defensa, aun cuando no disponga de ninguna defensa positiva (siempre tendrá la negativa de negar el derecho del demandante y los hechos en que lo fundamenta). De lo contrario, no se explicaría la existencia del derecho de contradicción cuando la sentencia resultara adversa al demandado o habría que admitir que en tal caso aquel resultaría lesionado por esta, a pesar de su justicia y su legalidad. Quienes sostienen la tesis contraria confunden el resultado del juicio y las pretensiones de las partes, con el derecho de conque hubo el proceso y las partes gozaron de oportunidad para hacer valer sus tradicción y de acción, ya que ambos resultan satisfechos desde el momento en

pretensiones y defensas, cualquiera que sea la conclusión de la sentencia. Por eso el demandado puede abstenerse de toda defensa e inclusive allanarse a la demanda, sin que su derecho de contradicción deje de existir en toda su plenitud.

Este derecho de contradicción no exige nada distinto del ser demandado, como se deduce de lo expuesto. En eso se diferencia el interés para obrar del interés para contradecir, pues al paso que es posible formular una demanda o ser demandante sin gozar de aquel, no se concibe un demandado sin este [cfr. núm. 119, letra C)]. Tampoco se condiciona a que se tenga legitimación en la causa, y mucho menos a que existan razones para fundar una defensa con éxito, sea por carencia de derecho o de legitimación en la causa del demandante o por existencia de hechos que configuren excepciones. Es la aplicación procesal del principio constitucional de que nadie puede ser juzgado sin ser oído en el juicio, ni condenado sin ser vencido, ya que por el solo hecho de ser demandado se sujeta al resultado de la sentencia que en el proceso llegue a dictarse.

Otra cosa es que el demandado tenga legitimación para que se resuelva en el fondo sobre la pretensión del demandante y sobre las excepciones que contra este puedan existir, pues entonces sí se requiere ser titular del interés en litigio, es decir, tener legitimación en la causa como demandado e interés para obrar, que son condiciones para la sentencia de fondo (cfr. números 119 y 134).

El interés para contradecir no puede faltar jamás, pero el interés para controvertir en el fondo faltará cuando la demanda se dirija contra quien no es el sujeto que debe discutirla y entonces, si bien su derecho a ser oído y a defenderse no puede ser puesto en duda, no lo tendrá sin embargo para que en sentencia de fondo se resuelva sobre la pretensión del demandante y sobre las excepciones que le oponga, distintas de la de su carencia de legitimación en la causa e interés para obrar, por conducir esta precisamente a una sentencia inhibitoria.

El derecho de contradicción tiene, pues, un origen claramente constitucional, exista o no texto expreso que lo consagre, y se basa en varios de los principios fundamentales del derecho procesal, estudiados en el capítulo: el de la igualdad de las partes en el proceso; el de la necesidad de oír a la persona contra la cual va a surtirse la decisión; el de la imparcialidad de los funcionarios judiciales; el de la contradicción o audiencia bilateral; el de la impugnación (cfr. núms. 18-19 y 150).

Ni siquiera la Ley puede desconocer este derecho, sin incurrir en inconstitucionalidad, en cuyo caso en Colombia el juez debe abstenerse de aplicarla en obedecimiento del mandato que le otorga el artículo 215 de la misma Constitución y sin necesidad de esperar a que la Corte Suprema la suspenda por el mismo motivo [2].

El derecho de contradicción está vinculado inseparablemente con el principio político del respeto a la libertad individual que orienta y fundamenta todo el sistema de la democracia política y con el no menos importante de la igualdad de las personas ante la Ley; porque sin él se sometería a los demandados a los efectos de una sentencia, que puede afectar su libertad jurídica, sin darles la oportunidad de defenderse y con marcada desventaja frente al de-

[2] COUTURE: *Estudios*, t. I, p. 19, 55 y 193.

mandante. Ese derecho a ser oído y a defenderse si así se desea, es un bien de inapreciable valor.

Pero tener el derecho de contradicción no significa que necesariamente el demandado intervenga en el juicio para controvertir las pretensiones del demandante y menos aún que formule excepciones contra ellas, para paralizarlas o destruirlas. *Es el derecho a ser oído en el juicio si se tiene la voluntad de hacerse oír, o sea el derecho de gozar de la oportunidad procesal para ello y de obtener mediante el proceso la sentencia que resuelva favorable o desfavorablemente sobre sus defensas, si llega a proponerlas.*

En el ejercicio de ese derecho el demandado puede concurrir para guardar una postura netamente pasiva o inactiva, o, por el contrario, intervenir activamente de diversas maneras, como luego veremos: discutiendo las pretensiones del demandante y los hechos que las configuran u oponiéndoles hechos distintos que las desvirtúen, en forma de excepciones. Cuando formula pretensiones relacionadas con las del demandante mediante una demanda de reconvención, ejercita su derecho de acción (cfr. núms. 233 y 99).

Si el demandado no concurre al juicio y no se defiende, por el solo hecho de ser notificado o emplazado en forma legal y representado por un curador *ad litem* a quien se le haga la notificación y por disponer de oportunidad para su defensa, se cumple a cabalidad el principio del contradictorio y su derecho de contradicción resulta satisfecho. Se necesitan las dos condiciones: *la citación y la oportunidad de defensa,* porque sin la segunda ninguna importancia tendría la primera. Esta es la razón del traslado de la demanda para contestarla y presentar las defensas, y del derecho de proponer excepciones en los juicios en que no existe ese traslado (cfr. núm. 134, letra N).

El demandado es el sujeto pasivo de la pretensión, pero también es el *sujeto activo de su derecho de contradicción* (cuyo sujeto pasivo es el Estado, como sucede en el derecho de acción) y de la relación *jurídico-procesal* al lado del demandante (cuyo sujeto pasivo es también el Estado representado por el funcionario judicial) (cfr. núms. 70-71 y 86, letra E).

103. El derecho de contradicción no tiene por objeto desvirtuar o anular el derecho de acción, ni la pretensión del demandante. Se diferencia de la excepción y de la pretensión del demandado

Así como el demandante que ejercita su derecho de acción tiene una pretensión (formulada en la demanda), que no se confunde con aquel y que puede resultar fallida si la sentencia le es adversa en el fondo o resulta inhibitoria, a pesar de lo cual su derecho de acción se satisface plenamente con esa sentencia, así también el demandado que ejercita su derecho de contradicción para que sus defensas sean oídas y estudiadas en la sentencia, tiene por lo general y mientras no se allane a la demanda o acepte lo pedido en ella, una pretensión propia que oponer a la del demandante y que está en contradicción con ella (la de obtener sentencia que rechace las pretensiones del demandante y resuelva favorablemente sus excepciones si las formula), la cual puede resultar también fallida si la sentencia le es desfavorable, no obstante que su derecho de contradicción haya tenido cabal satisfacción. Hablamos de pretensión del demandado en un sentido muy amplio, naturalmente.

En el último caso la oposición y las excepciones del demandado habrán fracasado, pero su derecho de contradicción estará satisfecho. Por eso dijimos en el número anterior que el derecho de contradicción no implica una sentencia favorable, como tampoco el derecho de acción, error en el que incurrieron los antiguos procesalistas hasta ADOLF WACH (cfr. núms. 75-79). Ambos derechos, de idéntica naturaleza, tienen por fin obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado para conseguir una sentencia que resuelva sobre el litigio planteado por las pretensiones de las partes, pero no se confunden con estas; por consiguiente, el derecho de contradicción no es opuesto al de acción y mucho menos está dirigido a anularlo, ni se presenta como un contraderecho frente al de acción, según lo pensó CHIOVENDA [3], con lo que contradice su concepto de la acción como derecho a la sentencia (no a la sentencia favorable) (cfr. número 80). Como observa acertadamente ROCCO [4], «tanto si la acción es fundada como si no lo es, nunca existe un derecho del demandado a la anulación del derecho del actor» (se refiere al derecho de acción).

La tesis de CHIOVENDA lleva a la conclusión de que cuando existe el derecho de contradicción no puede existir el de acción y viceversa, lo que es notoriamente inexacto. Por el contrario, la existencia del uno implica la del otro y, lejos de excluirse, se suponen y complementan, porque si en los procesos contenciosos no existiera el derecho de contradicción al lado del derecho de acción, este sería una amenaza contra la libertad individual del demandado. Pero para que esta libertad y el principio de la igualdad de las partes se respeten, no hace falta que a la pretensión del actor a que su demanda sea acogida, se oponga una petición del demandado para que sea desechada. En esto nos separamos de ROCCO [5], porque es suficiente que el demandado tenga el derecho y la oportunidad de oponerse a aquella, sea que lo haga o no; y en los juicios ejecutivos, basta con disponer de oportunidad para defenderse en caso de que el demandante pretenda obtener una mayor prestación de la que le corresponde, «de modo que su derecho de libertad no pueda sacrificarse, sino en la medida y dentro de los límites del correspondiente derecho subjetivo, cuya existencia ha sido declarada, y únicamente para la realización del mismo». En esto sí concordamos con ROCCO [6].

La oposición e incompatibilidad que CHIOVENDA y otros autores creen ver entre acción y contradicción, existe generalmente entre la pretensión del demandante y la oposición del demandado, sea que esta consista en la simple resistencia pasiva a aquella o en una conducta activa por la formación de excepciones que tratan de desvirtuarla o destruirla, porque en ambos casos se persigue el obtener la sentencia que la desestime. En cambio, el derecho de contradicción es el mismo cuando el demandado se opone a la pretensión del actor o cuando se allana a ella o la consiente por desear la misma solución, como en algunos juicios de divorcio y separación de bienes, o porque considera cierto el derecho de aquel, como en juicios de filiación o estado civil. Por consiguiente, hay casos en que las pretensiones del demandante y demandado no se oponen, sin que el derecho de contradicción se desvirtúe.

Las defensas y excepciones que puede formular el demandado son manifestaciones de su pretensión para una sentencia favorable, y puede formularlas

[3] *Principios*, ed. 1922, Madrid, núm. 11, punto IV, p. 334-35.
[4] ROCCO, ob. cit., t. I, p. 306.
[5] ROCCO, ob. cit., t. I, p. 299 y ss.
[6] ROCCO, ob. cit., t. I, p. 301.

gracias a su derecho de contradicción, pero sin que se confundan con este, de la misma manera que el demandante puede formular sus pretensiones gracias a su derecho de acción, sin que ello signifique que se identifiquen con este.

No hay que confudir el derecho de contradicción (la causa) con las excepciones (el efecto). Aquel existe siempre; estas solo cuando en ejercicio del primero se formulan (en nuestro sistema procesal actual basta probarlas e inclusive que aparezcan de las pruebas del demandante, como veremos en los núms. 243-244). Ni hay que confundir el derecho de contradicción con la oposición del demandado, como acabamos de explicar. Cuando este se opone a la pretensión del demandante (lo que generalmente sucede, pero no es una regla absoluta), puede decirse que si este persigue una declaración positiva (existencia de un derecho), aquel persigue una declaración negativa (inexistencia del derecho) y viceversa. No es que existan entonces dos acciones contrapuestas (de declaración positiva y negativa o viceversa), sino dos pretensiones opuestas que se originan en la relación sustancial materia de la *litis*, por cuanto el derecho del primero conlleva una obligación para el segundo [7]. Las acciones que ambos ejercitan, considerando el derecho de contradicción como otro aspecto del derecho de acción, según hemos explicado, no se contraponen sino que se complementan y confluyen en la persecución de un mismo fin: imponerle al órgano jurisdiccional la obligación de proveer, mediante una sentencia y a través de un proceso, sobre las relaciones jurídico-materiales que entre las dos partes se pretende que existan, luego de oírlas a ambas. No es la oposición del demandado, sino su derecho de contradicción, lo que tiene ese fin, pues aquella persigue la sentencia favorable que desestime la pretensión del demandante [8]. Pero el demandado no ejercita una distinta acción cuando usa de ese derecho, porque se trata de otro aspecto de la misma relación jurisdiccional originada por la acción que ejercita el demandante, y por esto preferimos hablar de derecho de contradicción; en cambio, cuando utiliza el proceso iniciado por su demandante para formular una pretensión en demanda de reconvención (cfr. núm. 233), ejercita realmente su derecho de acción y se produce una verdadera acumulación de acciones (cfr. núm. 99).

Cuando se dice que la acción del demandante persigue una declaración positiva o negativa y que la del demandado persigue una declaración en sentido contrario (en vez de hablar de pretensión y oposición), se incurre en el error de asignarle a la acción como fin la sentencia favorable y se llega a la conclusión de que el derecho de contradicción es un contraderecho que se opone al derecho de acción para excluirlo o anularlo, tesis que refutamos en el número anterior. El mismo Rocco rechaza esta tesis, y por eso cuando habla de dos acciones contrapuestas, incurre en contradicción [9]. La contraposición, repetimos, existe solo entre pretensión y oposición o, dicho de otra manera, entre las pretensiones cuando hay oposición del demandado (como consecuencia de su pretensión opuesta a la de aquel), y por esta razón, si prospera la del demandante, fracasa la de este, y viceversa. En este mismo sentido observa GUASP muy acertadamente que la oposición del demandado se dirige contra la pretensión (no la acción) del demandante [10], porque aquella es una actitud que el demandado puede asumir o no en ejercicio del derecho de contradic-

[7] En esto nos separamos de Rocco, ob. cit., t. I, p. 302.
[8] Le hacemos esta otra observación a Rocco, ob. cit., p. 303.
[9] Rocco, cit. y núm. anterior.
[10] GUASP, ob. cit., p. 250.

ción, que no se confunde con este, porque significa una auténtica contrapretensión [11].

La oposición a la demanda es concreta, persigue que esta sea desestimada, como es obvio, o no existiría, y, por tanto, pretende una sentencia favorable. El derecho de contradicción es abstracto, persigue el ser oído y gozar de oportunidades de defensa, para obtener la sentencia que resuelva en el sentido legal que corresponda a ese litigio. Aquella es una de las maneras como puede el demandado ejercitar su derecho de contradicción, pero este existe aunque no haya oposición a la demanda.

104. Diversas maneras de ejercitar el derecho de contradicción

El derecho de contradicción se satisface plenamente desde el momento en que al demandado se le cita al juicio y se le da la oportunidad de defenderse, aunque para ello no es necesario que asuma una actitud de resistencia u oposición a la demanda, ni que concurra a hacer valer sus defensas y excepciones, porque esto mira ya a las diversas maneras como ese derecho puede ser ejercitado.

En efecto, el demandado puede asumir diversas actitudes [12] en el ejercicio de su derecho de contradicción, a saber:

a) Una meramente pasiva, de espectador del proceso, sin comparecer ni contestar la demanda para manifestar su opinión o voluntad, ni designar apoderado que lo haga en su nombre (esto ocurrirá cuando le es indiferente la pretensión del actor, sea o no la persona legitimada para contradecirla, o cuando está de acuerdo con ella, pero no desea manifestarlo);

b) Otra menos pasiva, cuando interviene en el juicio y contesta la demanda, pero sin asumir una actitud en favor ni en contra de las pretensiones del actor, como cuando manifiesta que se atiene a lo que en el proceso se prueba y la Ley determine, sin plantear defensas ni allegar pruebas;

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 puede conseguirse 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 aquel haciendo necesaria la demanda, pero en vista de esta resuelve aceptarlo para evitarse una condena en costas y perjuicios (el allanamiento puede sobrevenir en el curso del juicio, pero entonces debe imponérsele las costas y responderá por los perjuicios que el proceso ocasione al demandante);

d) Una de oposición y defensa negativa, cuando interviene y contesta la demanda para negar el derecho material del actor y los hechos de donde pretende deducirlo o exigirle su prueba o negarle su legitimación en causa e interés para obrar, o cuando posteriormente asume esta conducta si se abstuvo de contestarla y la Ley no presume por ello su allanamiento o aceptación, pudiendo solicitar y practicar pruebas con ese fin, pero sin oponerle otros hechos que

[11] Guasp, ob. cit., p. 251.

[12] Pedro Aragoneses: *Sentencias congruentes*. Madrid, ed. 1957, p. 183 y ss.; Guasp, ob. cit., p. 251 y ss.; Rocco: *Trattato*, t. I, p. 507.

conduzcan a paralizar o destruir la pretensión (en cuyo caso hay defensa y oposición, pero no existen excepciones);

e) Una más activa de oposición positiva, que no se limita a esas negaciones, sino que lleva el debate a un terreno distinto mediante la alegación y prueba de otros hechos que conducen a desvirtuar la pretensión del demandante, sea temporalmente o para ese proceso, pero que no impiden plantearla en otro posteriormente, por no constituir la sentencia cosa juzgada (excepciones temporales de fondo que nuestro Código y el español incluyen en las perentorias), 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);

f) Una similar a la anterior, de positiva defensa, pero enderezada a atacar el procedimiento por vicios de forma para suspenderlo o mejorarlo, como cuando alega la falta de algún presupuesto procesal (competencia, capacidad, etcétera), sea proponiendo excepciones previas, mal llamadas dilatorias en nuestro Código y el español, o reclamando la nulidad de lo actuado;

g) Contraatacando o contrademandando mediante reconvención, para formular pretensiones propias contra el actor, relacionadas con las de este o con las excepciones que se le oponen.

Como puede verse, es posible disponer del derecho de contradicción y no comparecer al juicio o hacerlo sin formular oposición a la demanda, como ocurre en los tres primeros casos. Por este motivo es necesario distinguir las nociones de derecho de contradicción y oposición; esta es una de las maneras de ejercitar ese derecho cuando el demandado resuelve defenderse, y puede asumir tres formas: simple negación, excepciones de forma o previas y excepciones de fondo. En todos estos casos la defensa del demandado incluye la impugnación de las providencias que el juez dicte, la solicitud y práctica de las pruebas, la presentación de alegatos y el ejercicio de los demás derechos procesales. La reconvención no es una oposición, sino un ataque.

En nuestro sistema procesal, el silencio y la inactividad del demandado no se considera, por regla general, como un allanamiento a la demanda o una aceptación de sus hechos, y por ello el demandante está obligado en todo caso a probarlos. Existen algunos juicios en que la falta de contestación a la demanda o de oposición o rechazo expreso a sus pretensiones hace que se presuma ese allanamiento y que se dicte sentencia favorable al demandante, si se cumplen los presupuestos procesales y aparecen la legitimación en la causa o el interés para obrar de ambas partes, como en los de lanzamiento y en los posesorios. Más adelante estudiaremos las consecuencias de la inactividad del demandado (cfr. núms. 144-145), la naturaleza de la oposición y las diversas clases de defensas, entre ellas las excepciones (cfr. 106-110).

Puede decirse, con MICHELI [13], que «en el proceso moderno, como en el proceso romano, y salvo quizá en la época más antigua, el ejercicio de la *actio* por parte del actor no pone de ordinario al demandado en la necesidad de defenderse, esto es, de demostrar su propia inocencia, siendo, por el contrario, el actor el que debe justificar (aunque sea en diverso ámbito) este obrar suyo que de material, primeramente, se ha transformado después en un obrar jurídico».

---

[13] MICHELI: *La carga de la prueba*, ed. cit., p. 486.

CAPITULO XI

DE LA PRETENSION

105. Noción de pretensión

Está fuera de duda que la demanda contiene una pretensión del actor y distinguirla de la acción no implica dificultad alguna, como lo vimos en los números 74 y 86. Pero es conveniente estudiar mejor la naturaleza y el objeto de la pretensión, ya que esta noción interviene en el estudio de institutos procesales tan importantes como los de demanda, cosa juzgada, *litis pendentia*, excepción, congruencia, acumulación de procesos y la mal llamada de acciones.

Si el actor no tuviera una pretensión por satisfacer mediante el proceso, seguramente no ejercitaría la acción para iniciarlo, ya que él persigue siempre un fin concreto de su interés y no una declaración abstracta y teórica acerca del contenido de la ley material [1]. Puesto que el fin que persigue el actor no es el fin de la acción, como oportunamente lo estudiamos [cfr. núm. 86, D)], puede resultar fallido el primero por serle desfavorable la sentencia, no obstante que el segundo se satisfaga 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. Desde este punto de vista puede hablarse de pretensión, en un sentido lato, tanto en los procesos contenciosos como en los voluntarios, pero sin duda 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 solo el requisito o la declaración para delimitar o ejercitar o satisfacer el interés personal, con prescindencia de vincular con ello la voluntad o el interés de otra persona (cfr. núms. 33 y 69).

Veamos los diversos aspectos de esta noción:

A) *Su naturaleza*

En un sentido restrictivo, la noción de pretensión está vinculada 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. El contenido y alcance de esta declaración de voluntad varían, en primer término, según la clase de acción y de proceso que inicia (declarativo puro, de declaración constitutiva, de condena,

[1] Rosenberg: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1955, t. II, p. 30.

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 pueden presentarse. 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 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 en realidad vincularlo a los efectos jurídicos de la pretensión, sin imponerle prestación alguna, y por esto es más apropiado decir que la pretensión se formula frente al demandado y no contra él.

Se trata, por tanto, *de una declaración o manifestación de voluntad* del demandante, pero sin que esto signifique que pretende tener una voluntad superior a la del demandado y ni siquiera que este debe someterse a la voluntad de aquel o que esta le obligue, porque la sujeción y la obligatoriedad emanan de la sentencia, esto es, de la declaración del juez, como representante del Estado [2]. Esa declaración de voluntad persigue que el juez reconozca algo y así se le pide, motivo por el cual se trata de una *declaración petitoria,* como observa GUASP [3]. Lo que se pide es el objeto de la pretensión, que en las demandas contenciosas se identifican con el concepto del 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.

La pretensión comprende el objeto litigioso (la cosa o el bien y la declaración del derecho que se reclama o persigue) y la afirmación de que lo reclamado coincide con la norma jurídica cuya actuación se pide, en vista de determinados hechos, o sea de cierta causa jurídica [4]. Si cambian aquellos o esta, 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 pendentia*. De este modo, en un sentido procesal riguroso, el objeto litigioso no se confunde con la pretensión, sino que es el objeto de esta. Por esta razón, consideramos un error de técnica identificar los dos términos [5], 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, o prescrito, o heredado, etc.).

De esta manera se le da al término pretensión un sentido rigurosamente procesal y se le distingue de la pretensión civil, que consiste en reclamar directamente de una persona una cosa o la ejecución o la abstención de un acto o el reconocimiento de una situación o relación jurídica. Por eso observa GUASP [6] que, al paso que la pretensión procesal tiene por destinatario al órgano jurisdiccional, la civil va dirigida a un particular, y esto es evidente, pues si bien aquella se formula frente al demandado y contra él mismo en los casos de demanda de condena o ejecutiva, esta va dirigida al juez que la debe examinar, calificar y declarar o rechazar, según el caso. Por eso mismo el objeto de

---

[2] CARNELUTTI: *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, 1959, t. I, núm. 8, p. 31.
[3] GUASP: *Derecho procesal civil*, ed. 1956, p. 233, y ed. 1962, p. 225.
[4] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 233, y ed. 1962, p. 225.
[5] ROSENBERG, ob. cit., t. II, p. 27 y 28.
[6] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 234, y ed. 1962, p. 226.

la pretensión procesal no se identifica con el objeto del derecho material que el demandante declara tener, porque, intencional o erradamente, se puede reclamar lo que no corresponde a este derecho material, 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 pretender mayor cantidad u otra prestación o cosa distinta, casos en los cuales la sentencia le será adversa parcial o totalmente [7].

De lo contrario se deduce que la pretensión procesal puede estar respaldada o no por un derecho, lo que significa que pueden existir *pretensiones fundadas e infundadas*. 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 [8]. Así, pues, la pretensión no es un derecho, sino un simple acto de voluntad, como enseñan los autores citados, para el cual no se requiere más que su manifestación o exteriorización mediante la demanda, en ejercicio del derecho de acción.

B) *Sus elementos: objeto y razón*

La pretensión tiene dos elementos esenciales: su objeto y su razón; es decir, el objeto litigioso y la afirmación de que lo reclamado en virtud de ciertos hechos coincide con 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 (cfr. núms. 224-227).

El *objeto* de la pretensión lo constituye el determinado efecto jurídico perseguido (cosa o bien y el derecho o relación jurídica que se pretende) y, por tanto, la tutela jurídica que se reclama. La *razón* de la pretensión es el fundamento que se le da según el derecho [9], y ese fundamento se distingue en fundamento de hecho y de derecho; es decir, el conjunto de hechos que constituyen el relato histórico de las circunstancias de donde se pretende deducir lo que se pide y la afirmación de su conformidad con el derecho en virtud de determinadas normas de derecho material. De este modo, la conformidad de la pretensión con el derecho depende de la *causa petendi*, o sea de los hechos jurídicos que la sostienen, enunciados en la demanda, y de las peticiones de la demanda o conclusiones que de todos ellos se deducen [10]. Por esto puede decirse que la razón se distingue en razón *de hecho y de derecho*.

La razón de la pretensión se identifica con la *causa petendi* de la demanda.

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 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 he-

[7] ROSENBERG, ob. cit., t. II, p. 29.
[8] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, p. 31.
[9] CARNELUTTI, ob. cit., t. I, p. 32; *Sistema*, t. II, núm. 123.
[10] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 123.

chos constituyen su fundamento y no su objeto. El objeto es siempre una *afirmación de derecho* (la consecuencia o el efecto jurídico pretendido), que se quiera hacer deducir de tales hechos. En este punto nos separamos de CARNELUTTI y estamos de acuerdo con ROSENBERG [11].

Entre el fundamento o razón de hecho y de derecho existe una diferencia fundamental, porque al paso que el primero debe ser formulado necesariamente por el demandante y vincula al juez (con las limitaciones y requisitos que veremos al estudiar los hechos de la demanda), el segundo puede y debe ser aplicado por el juez oficiosamente; por esto su variación no significa la de la pretensión misma ni la del objeto litigioso. 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 él conoce y aplica.

De lo anterior se deduce que el problema de la identidad de las pretensiones procesales, para efectos de la *litis pendentia* y de 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*, y no a las normas jurídicas materiales invocadas en la demanda (cfr. núms. 227 y 253).

La acción es el instrumento para hacer valer la pretensión mediante el proceso, pero no es su fundamento, ni hace parte de esta. En este punto nos separamos de CARNELUTTI [12]. La pretensión puede tener como fundamento no solo relaciones jurídicas materiales, 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.

El objeto de la pretensión se identifica con la tutela jurídica perseguida mediante las conclusiones o declaraciones de la sentencia. De este modo, la distinción entre motivos o fundamentos y conclusiones o peticiones, se refiere a los elementos de la pretensión y no a la razón de esta, que es precisamente su fundamento; o, dicho de otra manera, la razón de la pretensión no es otra cosa que sus motivos o fundamentos de hecho y de derecho, que se identifican con la *causa petendi* de la demanda (cfr. núms. 226 y 253), y el efecto perseguido o la conclusión es su *objeto*. Por eso, el fin perseguido por la pretensión es obtener una sentencia *favorable* que otorgue lo que en el *petitum* de la demanda se reclama, a diferencia del fin de la acción, que es la simple sentencia (favorable o no) [cfr. núm. 86. D)].

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 fundamentos de hecho y de derecho, aunque la pretensión no esté de acuerdo con el derecho, y por esto la sentencia resultará desfavorable al demandante.

Además, como regla general, para que el hecho no sea cierto no basta su afirmación de acuerdo con la realidad, sino que es indispensable su prueba. Para

[11] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, p. 33; ROSENBERG, ob. cit., t. II, p. 35 y 37.
[12] CARNELUTTI, ob. cit., t. I, p. 33.

que aparezca una razón de la pretensión en la demanda, basta afirmar los hechos y su conformidad con las normas jurídicas; pero esos hechos pueden no ser ciertos, o no resultar probados, o no estar de acuerdo con el derecho los efectos o conclusiones que se pretende deducir de ellos, en virtud de su propio contenido jurídico o de los hechos distintos que el demandado oponga para sustentar sus excepciones.

El objeto de la pretensión determina sobre qué cuestiones debe versar la sentencia; la *causa petendi* o razón de la pretensión delimita el contenido y alcance de la resolución en relación con ese objeto, y la veracidad o eficacia de esa razón tanto en los hechos (los de la demanda y los que el demandado presente para fundar sus excepciones), como en su conformidad con el derecho, fijará el sentido de la sentencia, es decir, determinará si debe rechazar o aceptar las peticiones o conclusiones de la demanda y ser favorable o desfavorable al demandante.

C) *Sus sujetos*

De lo expuesto se deduce que son sujetos de la pretensión el demandante (sujeto activo) y el demandado (sujeto pasivo). El juez no lo es, porque solo la acción se dirige a él, y si debe pronunciarse sobre la pretensión, ello se debe a la obligación jurídica que el derecho de acción le impone, para pronunciarse mediante la sentencia sobre la demanda.

Los requisitos que deben reunir estos sujetos para la *validez* de su actuación en el proceso, son los que estudiamos al tratar de los requisitos de los actos procesales, en el capítulo XX, a saber: capacidad, postulación, representación. En cuanto a los requisitos que esos sujetos deben reunir para la *eficacia* de la pretensión ejercitada, son los que estudiamos al tratar de los presupuestos materiales o para la sentencia de fondo y la sentencia favorable, en el capítulo XV.

D) *Sus requisitos o presupuestos*

Pueden distinguirse los requisitos para el *ejercicio* de la pretensión y para su *eficacia*. Los primeros se identifican con los presupuestos procesales para el ejercicio de la acción, previos del juicio y del procedimiento y para la formulación de la demanda (cfr. núms. 134-142): los segundos son los que estudiamos al tratar de los presupuestos materiales para la sentencia de fondo y la sentencia favorable (cfr. núms. 143-145).

Solo resta agregar dos requisitos, propios del objeto de la pretensión para su eficacia (no para su ejercicio), a saber: que sea *posible*, tanto física como moralmente, para que la sentencia pueda reconocerlo; que sea *idóneo* en relación con la naturaleza del proceso escogido, es decir, que pueda ser logrado mediante ese procedimiento (ordinario o especial), pues de lo contrario la sentencia no podrá resolver en el fondo sobre la pretensión [13].

La existencia de una causa que la justifique es un requisito de la razón de la pretensión (no de su objeto), que está incluido entre los necesarios para la

[13] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 239-40; ed. 1962, p. 230-31.

sentencia favorable. El interés para obrar y la legitimación en la causa son requisitos de la sentencia de fondo (cfr. núms. 119 y 134).

La capacidad jurídica y la capacidad procesal del actor, la postulación adecuada, la representación en debida forma, la jurisdicción y competencia en el funcionario y, por tanto, el lugar, la demanda en debida forma, el papel adecuado, la situación del demandado, el cumplimiento de los trámites procesales, la ausencia de causa de nulidad, de *litis pendentia* y de cláusula arbitral, de transacción y de cosa juzgada o desistimiento definitivo en juicio anterior, constituyen los presupuestos procesales que se estudian en el capítulo XV. De este modo, no se trata de requisitos especiales de la pretensión, y para su estudio nos remitimos a lo dicho sobre cada materia.

En cuanto al contenido y valor de la pretensión y en cuanto a sus repercusiones en la competencia, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo V.

E) *Sus efectos*

Como ya hemos visto, la pretensión, en sus dos elementos (objeto y razón de hecho y de derecho), delimita al alcance y sentido del litigio, del proceso y de la cosa juzgada (cfr. núms. 253, 260, 262), sirve para determinar cuándo hay *litis pendentia* (cfr. núm. 244), cuándo procede la acumulación de procesos por identidad del objeto, y la objetiva (mal llamada de acciones) en una demanda (cfr. núms. 97 y 225), lo mismo que para conocer cuándo la sentencia es congruente o incongruente para la eficacia de los recursos que por tal motivo se interpongan contra ella (cfr. núm. 253), según lo exponemos en los respectivos capítulos.

Pero si bien la pretensión es el objeto del proceso, incluyendo en su estudio las defensas y excepciones que el demandado le oponga, en el sentido de que la sentencia debe resolver sobre ella, sin embargo, no puede decirse que engendra y mantiene el proceso hasta su culminación [14], porque es este el efecto propio de la acción que en la misma demanda se ejercita.

La reforma de la pretensión equivale a la de la demanda en parte sustancial, sea en su objeto o respecto a su sujeto pasivo (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 entra al proceso a ocupar el lugar de la parte cedente (cfr. núm. 177), 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 parte por causa de muerte (cfr. núm. 177).

No creemos que la terminación del proceso se determine por la extinción de la pretensión [15], porque nos parece que es otro efecto del derecho de acción. Si el demandante abandona todo interés en la pretensión y toda actividad en el proceso, este continúa, sin embargo, o permanece inactivo, pero subsiste mientras no se produce el desistimiento o la caducidad. En estos dos casos el

---

[14] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 249, y ed. 1962, p. 240.
[15] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 250, y ed. 1962, p. 241.

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 (cfr. núms. 100 y 296). 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, para que el proceso concluya.

F) *La oposición a la pretensión*

Frente a la pretensión el demandado puede asumir diversas actitudes, y la más frecuente es la de oponerse a ella. Esto nos lleva al estudio del derecho de contradicción y de las nociones de defensa y excepción, lo que será materia de capítulos especiales (cfr. caps. X y XXII).

G) *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, mixtas. Dentro de cada clase pueden, a su vez, distinguirse según el derecho material que se pretende o ejercita, y así puede hablarse de pretensiones reivindicatorias, de estado civil, posesorias, de herencia, de ejecución para obligaciones de hacer o dar o entregar o no hacer, hipotecarias o prendarias, de alimentos, etc.

Como dijimos al estudiar la clasificación de las acciones (cfr. núm. 89), 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, y 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, y 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, y 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 clasificación de las pretensiones. Siempre que se usa el término acción en un sentido material y 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 puede ser tan fecunda como lo es el derecho objetivo material en el otorgamiento de derechos subjetivos.

Cuando se clasifican las pretensiones según los diversos procedimientos que en el Código Procesal se consagran, se le da un sentido similar al de acción, como cuando se habla de pretensión de lanzamiento o posesoria o ejecutiva, etcétera.

En el capítulo XXI estudiaremos la demanda, sus efectos y requisitos.

CAPITULO XII

LA OPOSICION A LA PRETENSION DEL DEMANDANTE. LAS DEFENSAS DEL DEMANDADO

106. Observaciones generales

Cuando el proceso es contencioso, la demanda que lo inicia contiene necesariamente una pretensión del demandante, en su sentido estricto; esto es, una exigencia de subordinación de un interés ajeno a un interés propio. El demandado ha resistido ante esa pretensión, bien sea discutiendo su existencia o negándose a satisfacerla, no obstante reconocerla, y de ahí el litigio. El demandante pone en movimiento el mecanismo del proceso por medio de la acción, cuyo objeto es producir una sentencia mediante un proceso (cfr. núm. 86). En este sentido la acción es el arma de ataque.

Pero si bien el objeto de la acción no implica la obtención de una sentencia favorable al demandante, según vimos ampliamente en el capítulo IX, no hay que olvidar que este persigue la aceptación de su pretensión, o sea la declaración del interés que alega y la subordinación a él del interés defendido por el demandado. Esa pretensión puede estar, efectivamente, respaldada por un derecho, pero a menudo ocurre lo contrario, pues ya sabemos que la acción 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.

Frente a la pretensión del demandante existe la oposición del demandado cuando se le enfrenta a ella, y cuando persigue su paralización o su destrucción. De ahí que sea necesario estudiar ahora la noción de oposición del demandado en sus diversas formas (defensas y excepciones). En los capítulos IX, X y XI dejamos estudiadas las nociones de acción y pretensión del demandante, y derecho de contradicción del demandado.

107. La noción de oposición

Al tratar del derecho de contradicción, adelantamos algo sobre la noción de oposición y vimos las varias maneras como puede formularse esta, en ejercicio de aquel (cfr. núms. 102-104).

Se entiende por oposición el acto de voluntad del demandado que manifiesta de alguna manera su resistencia a la pretensión del demandante, proponiendo defensas de cualquier naturaleza, en busca de una sentencia que le sea favorable, o de que no haya proceso. Oposición y defensa, en sentido general, son sinónimos, e incluyen desde la simple negación del derecho y de los he-

chos hasta las excepciones previas o de fondo. Se excluye de este concepto la incomparecencia del demandado, su actitud meramente pasiva, sin negar ni aceptar las pretensiones del actor, y el caso del allanamiento [cfr. núm. 104, letras *a*, *b* y *c*)], lo mismo que la reconvención [letra *h*)]; en los primeros casos no hay oposición ni defensa, y en el último existe un ataque separado dentro del mismo proceso, con pretensión propia.

La oposición no es el derecho de contradicción, sino una de las maneras de ejercitarlo; este persigue una sentencia justa y aquella una sentencia favorable (es la misma diferencia que hay entre pretensión y acción y que vimos en los números 87 y 105).

Oposición y pretensión son actos de voluntad de igual naturaleza y contrapuestos, que solo se diferencian en el efecto negativo o positivo que persiguen: esta se propone vincular al demandado en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos mediante la sentencia (efecto positivo); aquella 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 [1], del «anverso y reverso de una misma figura» y de una auténtica contrapretensión. La oposición es una *declaración petitoria negativa*, al paso que la pretensión lo es positiva (cfr. núm. 105).

En un sentido estricto, por oposición se entiende el ataque o la resistencia a la pretensión del actor o a la relación material pretendida; pero en sentido más amplio comprende las defensas dirigidas al procedimiento para suspenderlo, mejorarlo o anularlo, o sea a la relación jurídico-procesal [2].

También la oposición tiene los dos elementos que estudiamos en la pretensión: objeto y razón [cfr. núms. 87 y 105, letra *b*)]. Su *objeto* lo forma la tutela jurídica que se invoca o el determinado efecto jurídico perseguido: el rechazo total o parcial de la pretensión; su paralización temporal o su extinción definitiva; la reducción o la sustitución de la pretensión, por ejemplo, por aceptarse que se debe, pero menos cantidad o una calidad distinta; la suspensión o corrección del procedimiento o su anulación. Su *razón* es el fundamento que le da según el derecho, y puede distinguirse también en razón de hecho o de derecho, según se trate de oponer hechos distintos a los que presenta el demandante para basar su pretensión, o solo de deducir consecuencias de derecho, diversas a las pretendidas por este, de los mismos hechos de la demanda.

El demandado puede explicar los hechos en que funda su oposición o simplemente alegar la excepción por su denominación técnica (prescripción, pago, novación, plazo, etc.); pero en todo caso le corresponde probarlos si son disdistintos de los alegados por el demandante.

La oposición no se confunde con la inexistencia del derecho pretendido por el demandado, ni se condiciona a ello; tampoco se confunde con el derecho de contradicción, porque este existe aun cuando aquella no se formule, y no debe enfrentarse esta noción a la de acción, porque en general no 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 como derecho que es a que el proceso se tramite hasta lograrse la sentencia.

---

[1] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 251, y ed. 1962, p. 242.
[2] ROCCO: *Trattato*, t. I, p. 307.

Cuando se dice que la oposición persigue una sentencia justa, se la confunde con el derecho de contradicción, porque aquella 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 y que estudiamos en el número 104, letras *d*) a *g*).

Hay, pues, oposiciones negativas y positivas, activas y pasivas, que corresponden a las actitudes que examinamos; por otro aspecto pueden distinguirse, según la clase de excepciones que propongan, en oposiciones de fondo y de forma, temporales o definitivas (cfr. núms. 241-244).

En cuanto a los requisitos de la oposición, creemos que solo tienen este carácter los puramente formales, a saber: presentarla en la forma escrita u oral que exija la Ley, ante el juez del juicio, en papel competente si es el caso, por quien sea capaz o debidamente representado y mediante abogado inscrito, cuando el derecho de postulación se exija (cfr. cap. XX). 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, cuando para las excepciones se señala uno preclusivo, como sucede entre nosotros y en España con las previas llamadas en el Código Judicial dilatorias, y en otras partes con las perentorias (cfr. núms. 241-244).

Las condiciones para el éxito de la oposición son los presupuestos materiales que dejamos estudiados en el capítulo XV.

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 juicio.

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.

108. 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 demanda en sus diversas formas.

Cuando el demandado formula oposición y discute la pretensión del demandante, niega la existencia de la razón sobre la cual este trata de fundarla; ahora bien: como tal razón se desdobla en la afirmación 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 ambos, o en oponerles otros que los desvirtúen o que paralicen sus efectos. Por tanto, la primera forma de defensa del demandado puede tener dos aspectos: *a*) negación de los hechos en los cuales funda su razón el demandante; *b*) negación de los fundamentos de derecho de la demanda. 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 de la demanda).

Cuando el demandado se contenta con negar los elementos de derecho o de hecho de la demanda o con afirmar su inexistencia, ciertamente hay discusión de la pretensión del demandante, pero no existe excepción, sino una simple

defensa. Sin embargo, 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 esta, 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.

Esos *hechos nuevos o distintos* de los que fundamentan la demanda, o que representan diferentes modalidades de estos, y que constituyen las excepciones, pueden ser *extintivos* o *impeditivos*. 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 se originan con el derecho y su cumplimiento lo extingue; 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 que normalmente le corresponden, y pueden consistir en la ausencia de ciertos requisitos o en la presencia de determinadas circunstancias. Así, la falta del acuerdo de voluntades para realizar la transferencia efectiva del dominio de la cosa objeto de un contrato aparente de compraventa, 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.

El demandante funda su razón en hechos constitutivos, que producen ciertos efectos jurídicos o que dan vida a una voluntad concreta de la Ley, como observa CHIOVENDA [3], y si el demandado los niega, no está ampliando el debate, sino ejercitando una simple defensa. Pero 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 concurran 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 este lo plantea para llevarlo a otro distinto, que le es favorable, y por eso estará proponiendo excepciones.

En presencia de un hecho de estos, debidamente demostrado, el juez debe negar la pretensión del demandante; pero esto 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 (cfr. núm. 86).

Es muy frecuente que el legislador y los autores, aun los más destacados, como CHIOVENDA, hablen de desestimar la *acción* cuando se trata de la pretensión.

Naturalmente, le corresponde al demandado la afirmación de esos hechos nuevos y luego su prueba, ya que con ellos le da una distinta configuración a la *litis*.

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 actividad. También se trata en este caso de proponer una excepción.

---

[3] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 328.

Puede suceder que la oposición del demandado se refiera simplemente al procedimiento, al trámite, por considerar que faltan requisitos procesales para que el juicio pueda desarrollarse, pero sin atacar el fondo de la cuestión ni el derecho material pretendido. Se trata de defensas que tampoco constituyen lo que la doctrina entiende por excepciones, sino de impedimentos procesales (nuestro Código y el español las llaman excepciones dilatorias). 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 excepciones.

De ahí que sea indispensable precisar lo que técnicamente debe entenderse por *excepción.*

109. Origen y desarrollo de la distinción entre defensas y excepciones

La distinción entre *defensas* y *excepciones* tiene su origen en el derecho romano [4]. Durante la época clásica romana las dos nociones se distinguieron radicalmente y en sentido procesal: las defensas se incluían en la *intentio* y planteaban al juez la cuestión de si el derecho existía o se había extinguido, lo que le permitía a este considerarlas aun cuando no figuraran en la fórmula que el magistrado entregaba al actor para que la hiciera valer ante el juez; las excepciones, cuya aparición ocurrió mucho tiempo después, a instancia de los pretores, proponían, en cambio, una cuestión distinta de la *intentio* y consistían en oponerle un hecho diferente que descartara sus efectos sin negar la existencia del derecho, razón por la cual debía solicitarse al magistrado que las incluyera en la fórmula y el juez no podía considerar las que allí no aparecían cuando pronunciaba su decisión. Se encuentran ya las dos características que el derecho moderno asigna a la excepción: su fundamento en hechos distintos de los de la demanda y la necesidad de alegarlas para que el juez las tenga en cuenta (la última no existe en el sistema colombiano, como luego veremos).

Al desaparecer en el derecho romano, en la época de Diocleciano, la división de la instancia, entre el magistrado y el juez, este instruía y fallaba por sí mismo el proceso, y las excepciones «dejaron de ser fórmulas de procedimiento para convertirse en simples medios de defensa que el demandado podía invocar sin previa autorización del magistrado» [5]. Las dos nociones se refunden; pero subsiste una diferencia muy importante, que en el fondo las separa y que se origina en la clásica fórmula, como observa Alsina, siguiendo a Savigny [6]; había circunstancias que obraban en favor del demandado por sí mismas *(ope iuris)* y que el juez podía considerar de oficio, y otras que necesitan solicitud del demandado *(ope exceptionis)* y que constituían para este un verdadero derecho. La distinción entre las dos nociones se debilita mucho, al estimarse como defensa en general toda oposición que el demandado hiciera a la demanda, pero no desaparece del todo, en virtud de esta importante diferencia. Se distinguía claramente el caso de la simple negación,

[4] Hugo Alsina: *Defensas y excepciones*, Buenos Aires, 1958, p. 17 y ss.; Vittorio Scialoja: *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, 1954, p. 382-89.

[5] Alsina, ob. cit., p. 21.

[6] Alsina, ob. cit., p. 22.

total o parcial, del derecho alegado por el actor, y el caso de oponerle un derecho contrario; el último constituía propiamente la excepción.

En el procedimiento justinianeo la excepción es la oposición que el demandado hace a la demanda, sea para negar el derecho del actor o para alegar su extinción o para excusarse de estar obligado a satisfacerlo. En dicho procedimiento las excepciones se distinguen en perentorias o dilatorias: las primeras, cuando persiguen el rechazo definitivo o permanente de la acción (mejor dicho, de la pretensión), y las segundas, cuando buscan solo su rechazo temporal [7]. Esta clasificación fue seguida por el derecho canónico y pasó luego al derecho procesal moderno, como más adelante veremos (cfr. núms. 236-241).

En el derecho canónico se aceptó la diferencia entre defensa y excepción, y así se dijo que la defensa era la simple negativa de los hechos de la demanda o el desconocimiento del derecho del demandante, y que la excepción, sin desconocer el nacimiento del derecho, perseguía paralizar temporalmente el éxito de la demanda o desvirtuarla definitivamente.

Ya en el derecho moderno, CHIOVENDA distinguía la simple negación del hecho afirmado por el actor y la «contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluye sus efectos jurídicos y por lo mismo la acción», y consideraba que solo esos hechos que se contraponen constituyen excepciones, pero que en un sentido más estricto se entiende por tales aquellos hechos que deben ser alegados expresamente por el demandado para que el juez los tenga en cuenta y produzcan los efectos impeditivos o extintivos; por tal motivo, «no excluyen la acción (tanto que si son afirmados por el actor el juez no puede hacerse cargo de ellos), pero le dan al demandado el poder jurídico de anularla. Este último llámase significado sustancial de excepción» [8]. Observamos que cuando CHIOVENDA habla de excluir o anular la acción, debe entenderse la pretensión, porque se trata del resultado de la sentencia, y la acción ya ha producido sus plenos efectos, cualquiera que sea la suerte de la pretensión del demandante; este error es consecuencia de considerar la excepción como un contraderecho opuesto al de acción, cuando en verdad se opone a la pretensión, tesis que refutaremos más adelante. Pero en la doctrina del maestro italiano aparece claramente la distinción entre defensa en general y excepción, en forma que esta constituye una especie de aquella.

CARNELUTTI distingue la *defensa* como negación de los fundamentos de derecho y de hecho de la demanda, y la *excepción* como afirmación de hechos distintos tendentes a destruir la razón de las pretensiones del demandante (o sea esos mismos fundamentos de la demanda). La primera se limita a una negativa, sin plantear nuevas cuestiones, razón por la cual no es necesario que el demandado presente pruebas de sus negaciones, ya que le corresponde al demandante demostrar sus afirmaciones; la segunda establece ya un debate nuevo, sobre hechos distintos que contradicen el derecho material del actor, de naturaleza impeditiva, modificativa o extintiva, según persigan eliminar el nacimiento del derecho o producir su modificación o su extinción. En el fondo es la misma distinción que hace CHIOVENDA, pero con la fundamental corrección de no hacer figurar la excepción como un contraderecho dirigido contra la acción, sino como un medio de defensa contra el derecho material pretendido por el demandante, es decir, contra la pretensión [9].

---

[7] ALSINA, ob. cit., p. 25 y 28.
[8] CHIOVENDA: *Principios*, ed. cit., t. I, núm. 11, p. 334.
[9] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 126, p. 13-14; *Instituciones*, t. I, núm. 11, p. 34-35.

Rocco se limita a decir que «la distinción entre el concepto de excepción y de defensa no es siempre fácil, por cuanto la actividad del demandado se desarrolla siempre frente a los órganos jurisdiccionales, asumiendo motivos o razones que pueden en algún modo contrariar las pretensiones planteadas por el actor. Sin embargo, cuando hablamos de excepciones entendemos referirnos a una particular actividad dirigida a contrarrestar el ejercicio de la acción propuesta por el actor, o el derecho sustancial que este afirma como existente» [10].

En derecho español esta distinción es admitida en el mismo sentido. GUASP habla de *oposición* tomándola como cualquier enfrentamiento a la pretensión del actor, en el mismo sentido en que los autores citados hablan de defensa en general [11], y luego, al explicar los diversos tipos de oposición, distingue entre el caso de la simple negación de los elementos de la pretensión del actor y el de una verdadera afirmación contraria, que coloca frente a las circunstancias invocadas por el actor, otras que las desvirtúan; dice que en el último caso se tiene la excepción procesal, que es, por tanto, «una especie del género más amplio de la defensa procesal» [12]. De la misma opinión es DE LA PLAZA [13].

COUTURE le da a la excepción un sentido de derecho de defensa o derecho de contradicción, y por eso engloba en ella toda oposición a la pretensión del actor [14]. Esto hace que no aparezca en la doctrina del maestro uruguayo una distinción de las dos nociones.

El profesor argentino ENRIQUE FORNATTI acepta que «deberíamos entender solamente por excepción aquella particular actividad defensiva que, desde la época del derecho romano, se conoce con el nombre de excepción en sentido propio. Y con ese criterio habría que agrupar los demás tipos de excepciones en la categoría general de defensas sustanciales o formales». Pero, a continuación, dice que no ve ningún beneficio práctico en excluir las últimas de la noción genérica de excepciones [15]. Así, pues, se trata de una opinión vacilante. Para nosotros, la utilidad de esa distinción consiste en darle mayor consistencia y entidad propia al concepto de excepción, como una de las varias defensas o maneras de ejercitar el derecho de contradicción, lo que contribuye a traer claridad a esta difícil materia.

ALSINA observa que en la práctica se llama excepción toda defensa que el demandado opone a la pretensión, incluyéndose el caso de la simple negación del derecho pretendido por el demandante [16]. Sin embargo, al tratar de la excepción en sentido sustancial dice que «se habla de defensa cuando el demandado niega el hecho constitutivo, o le desconoce trascendencia jurídica, o invoca un hecho impeditivo o extintivo», y el juez puede rechazarla de oficio por cualquiera de esos motivos; pero que cuando el hecho impeditivo o extintivo no puede ser tenido en cuenta por el juez, aunque resulte probado en el proceso, sin expresar petición del demandado, se tiene la excepción propiamente dicha [17]. El concepto de ALSINA se aproxima al de CARNELUTTI, ROCCO y los españoles citados, pero con la peculiaridad de que hace consistir la base

[10] ROCCO: *Trattato*, t. I, p. 306.
[11] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 250, y ed. 1962, p. 242.
[12] GUASP, ob. cit., p. 254 y 245, respectivamente.
[13] DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 371.
[14] COUTURE: *Instituciones*, 3.ª ed., p. 96-97.
[15] FORNATTI: *Excepciones previas en el proceso penal*, Buenos Aires, 1952, p. 48.
[16] ALSINA: *Defensas y excepciones*, p. 66.
[17] ALSINA, ob. cit., p. 78-79.

de la distinción solo en que pueda el juez considerar de oficio la defensa o en que necesite petición del demandado, lo que no nos parece que sirva para configurarla suficientemente, porque lo último es una de las maneras de regular legislativamente la excepción, pero no le otorga por sí solo su naturaleza. Se completaría este concepto si se exigiera para la defensa que se tratara de negar el hecho constitutivo o de alegar el hecho impeditivo o extintivo que aparezca de la misma demanda, para que así no resulte un hecho distinto que el demandado le oponga, porque entonces se tendría una excepción.

Como en el derecho francés los términos excepción y defensa tienen un sentido muy peculiar y diferente del que hemos estudiado, no podemos utilizar la doctrina francesa para precisar esta distinción. En efecto, allí la defensa *(defense)* es la alegación de cualquier circunstancia que conduzca a atacar la demanda y a oponerse al reconocimiento de la pretensión en el proceso; por ello tiende a desconocer la relación jurídica o el derecho material invocado por el actor en sí mismo, directamente, pero sin oponerse a la actividad jurisdiccional puesta en movimiento, o sea al curso del juicio y a su culminación con una sentencia, ya que la desestimación del derecho debe declararse precisamente en la sentencia. La *excepción,* en cambio, es la oposición a la actividad jurisdiccional desatada, al curso del proceso y, por tanto, a los efectos de la acción, entendida en su verdadero y técnico sentido (como derecho subjetivo público a la realización del proceso y la sentencia); con ella no se ataca el derecho material pretendido por el actor, sino el procedimiento, por adolecer de irregularidades que impiden de manera definitiva o temporal.

Como se ve, en la legislación francesa, por defensas se entiende lo que en la italiana, alemana, española e hispanoamericana se conoce como excepciones de fondo, y los impedimentos procesales reciben el nombre de excepciones. Así, pues, se trata de conceptos muy diferentes que debemos dejar de lado para el entendimiento de estas nociones.

110. Resumen de nuestra opinión sobre la distinción entre 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 102 a 104. El derecho a proponer defensas contra la demanda es la manera de ejercitar ese derecho de contradicción, y por ello este puede identificarse con el derecho de defensa en sentido general, pero sin que esto signifique que para su existencia se requiera que el demandado ejercite en realidad sus defensas, porque puede permanecer inactivo y no comparecer siquiera al juicio, sin que este derecho deje de reconocérsele, o resulte vulnerado.

Pero, para una mejor precisión en los conceptos, creemos que por *defensa en sentido general* debe entenderse todo medio de oposición a la demanda y al proceso (cfr. núm. 104), 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 cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor, o los hechos constitutivos en que este

lo apoya, o su exigibilidad o eficacia en ese proceso, o cuando solicita que se tenga en cuenta un hecho impeditivo del nacimiento de tal derecho o extintivo del mismo, que aparezca de la misma demanda y esté entre los afirmados por el actor, razón por la cual aquel no necesita probarlo para que el juez lo tenga en cuenta aun de oficio.

La *excepción* existe cuando el demandado alega hechos impeditivos 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 consistan en diferentes modalidades de los hechos de la demanda (cfr. núm. 239), razón por la cual debe probarlos el demandado. 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 juicio, por requerirse siempre la petición del demandado; pero en el Código colombiano (art. 343) se permite al juez declararla de oficio, salvo cuando se trata de prescripción o compensación, 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 (cfr. núms. 56 y 86); por este motivo consideramos conveniente esta facultad, que contribuye a obtener una solución más justa del litigio. La necesidad de alegar 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 público. Otra cosa es que se exija al demandado contestar la demanda y expresar los hechos en que pretenda fundar su defensa, para de esa manera dejar claramente conformada la *litis contestatio,* tal como al demandante se le exige la exposición en la demanda de los que fundamentan sus pretensiones, sin obligarlo a denominar las excepciones ni a invocarlas expresamente. En este sentido somos partidarios de reformar nuestro sistema, conservando la libertad para el juez de declarar de oficio las excepciones perentorias que aparezcan probadas, o inclusive otorgándole facultades para decretar de oficio pruebas con el fin de establecer la verdad de los hechos alegados por las partes [cfr. núms. 19, A), y 239].

Los *impedimentos procesales* se refieren a los simples defectos de procedimiento, a la falta de algún presupuesto procesal de la acción o previo del juicio o del procedimiento (cfr. núms. 142 y 236). Cuando los alega el demandado, ataca 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 nuestro Código, lo mismo que el español y varios más de Sudamérica, los denominan, impropiamente, excepciones dilatorias, como veremos en el capítulo XXII (cfr. núms. 243 y 244).

En los números 236 a 239 estudiaremos la naturaleza de la excepción; en el número 241 veremos su clasificación en la doctrina, y en el número 244, su clasificación de acuerdo con nuestro sistema legal, similar al español (cfr. capítulo XXII).

CAPITULO XIII

EL INTERES PARA OBRAR, O INTERES EN LA PRETENSION, O EN LA SENTENCIA DE FONDO

111. Importancia de esta materia e indecisión doctrinaria

Al tratar en el capítulo IX sobre la acción, nos referimos varias veces a las cuestiones del interés para obrar y de la legitimación *(legitimatio ad causam)*, con lo cual puede inferirse su importancia no solo para la comprensión adecuada del moderno concepto de acción y sus elementos, sino también respecto a las dificultades que han tenido la doctrina y la jurisprudencia al precisarlas adecuadamente, y a los efectos prácticos que de ellas pueden deducirse en el campo de las consecuencias, alcances y contenido de la sentencia.

Es quizá en estas nociones donde la doctrina procesal ha tenido una evolución más lenta, porque buenos autores se han visto llevados a darles un sentido o alcance que no se compagina con sus propias concepciones modernas sobre el derecho de acción, la jurisdicción y el proceso. Los vestigios de la doctrina clásica de la acción como elemento del derecho subjetivo material y la confusión que ella traía entre acción y pretensión perduraron durante decenas de años después que Chiovenda y Goldschmidt, primero, y sus continuadores (Calamandrei, Carnelutti, Rocco, Couture, Rosenberg, etc.), despues, habían eliminado del derecho procesal moderno esa vieja concepción.

Y todavía hoy la doctrina sigue confusa, contradictoria e indecisa a pesar de que, en nuestra modesta opinión, el asunto no presenta mayor dificultad, ya que es suficiente aplicar con lógica adecuada las conclusiones que se deducen del concepto de la acción como derecho subjetivo público, cívico y autónomo, a obtener una sentencia mediante un proceso jurisdiccional, cualquiera que sea el alcance y contenido de esa sentencia.

112. La noción del interés para obrar

El problema comienza con la denominación misma del *interés para obrar*, pues esta expresión, en su sentido literal, parece referirse al interés que permita el ejercicio válido de la acción (interés para accionar), que, como es ya patrimonio del derecho procesal actual, consiste en el interés público y general en la realización o satisfacción de los derechos subjetivos pretendidos, por el medio pacífico y jurisdiccional del proceso; interés que pertenece a todas las personas naturales o morales, por lo cual la acción es un derecho que corresponde también a todas ellas, por su naturaleza cívica y su raíz constitucional (véase núm. 86).

Pero resulta que por *interés para obrar* se quiere designar muy torpemente algo diametralmente distinto, como es la utilidad o el perjuicio jurídico moral o económico que para el demandante y el demandado pueden representar las peticiones incoadas en la demanda y la consiguiente decisión que sobre ellas se adopte en la sentencia. Entonces no se trata de un interés para accionar ni para contradecir, pues en ambas actividades dicha utilidad o perjuicio nada tienen que ver, porque para ejercitar la acción basta con el interés público en que la pretensión que tiene el actor se resuelva jurisdiccionalmente por un proceso, y para contradecir es suficiente con el interés público que existe también en oír las defensas del demandado (principio constitucional de la contradicción) [cfr. núms. 18, letra E); 19, letra J), y 86, letra E)].

Se trata de tener interés *sustancial* (no procesal) en la sentencia de fondo o de mérito sobre las peticiones de la demanda; es decir, que exista verdadero y real interés en las pretensiones aducidas por el demandante, tanto en este como en el demandado (positivamente, el primero, y negativamente, el último).

De manera que debería eliminarse esa denominación y sustituirse por las expresiones *interés en la pretensión,* o *interés en la sentencia de fondo o mérito, o facultad para gestionar la sentencia de fondo.*

De ahí que nosotros hayamos incluido este interés entre los presupuestos de la pretensión o sentencia de fondo (cfr. núm. 144). Pero la doctrina y la jurisprudencia han sido y siguen siendo contradictorias e imprecisas, como veremos en seguida.

113. El concepto de José Chiovenda y nuestra crítica

Dice Chiovenda que para proponer una demanda en juicio o para contestarla, es preciso *tener interés en ello.* El interés en obrar no consiste únicamente en conseguir el bien garantizado por la Ley (esto constituye el contenido del Derecho), sino el interés en conseguirlo *mediante los órganos jurisdiccionales.* Puédese, pues, tener un derecho y no tener aún acción de ninguna clase («el interés es la medida de las acciones», *point d'interêt, point d'action).* Y añade: «Como regla general, puede decirse que el interés en obrar consiste en que, sin la intervención de los órganos jurisdiccionales, sufriría un daño el actor», y ese interés varía según la manera de actuar la ley que se invoca (sentencia de condena o declarativa, etc.). El interés en obrar «es la condición específica de la acción, aquella con la cual se manifiesta la autonomía de la acción».

Cuando se discute si debe ser patrimonial o puede ser espiritual, confúndese la cuestión de la existencia de un bien garantizado por la Ley, con la del derecho de conseguirlo en el proceso».

Cuando se habla de que hay excepciones al principio de que el interés debe ser *personal,* se le confunde con la *legitimatio ad causam,* y se dice una inexactitud cuando se afirma que puede ser futuro, porque el interés en obrar debe ser siempre *actual*; dícese que debe ser *legítimo o jurídico,* pero si con ello se quiere significar que para obrar en juicio conviene que exista un estado de hecho contrario al derecho, cabe observar que esto no es siempre necesario; otras veces se contrapone el interés *jurídico* al interés de mero hecho o inte-

rés simple, pero aquí se vuelve a la cuestión de la existencia de un bien garantizado por la Ley [1].

Como se ve, para CHIOVENDA el interés en obrar consiste en el interés de conseguir el bien garantizado por la Ley, mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales, a fin de evitar que sufra un daño el actor. Difiere por ello de la legitimación. Ese interés debe ser personal, actual y legítimo, sin que sea necesaria siempre la existencia de un estado de hecho contrario al derecho.

No es, por tanto, el bien garantizado por la Ley (derecho material), sino el derecho logrado en el proceso (ha debido hablar de *interés* de conseguirlo en el proceso y no de *derecho*, porque el derecho de acción no es otro que el de recurrir al proceso para pretender el bien garantizado por la Ley, como fin mediato y secundario).

El concepto no es preciso ni claro. Da a entender que debe existir el bien garantizado por la Ley (derecho material), a fin de que tenga vigencia el interés en obrar. Pero ello constituye un error, pues es suficiente pretender tenerlo, o de lo contrario no podría existir sentencia de fondo si se declara la inexistencia del derecho. El interés en obrar conduce a que pueda haber sentencia de fondo, a fin de resolver si se tiene o no derecho al bien garantizado por la Ley. De manera que ese interés existe en ambos casos, cuando se tiene y cuando no se tiene ese derecho. Por lo cual, tampoco es una condición de la acción, porque esta implica proveer, pero no necesariamente de fondo. Esta confusión lleva a CHIOVENDA a afirmar más adelante [2] que en tratándose de sentencia de condena, por regla general, puede afirmarse que para tener acción es necesaria una violación de la voluntad de la ley que garantiza un bien al actor. Con ello liga la acción al derecho material, que debe ser violado para que aquella pueda existir. Exige que en la acción de condena falte una prestación del demandado, sea voluntario o culposo su incumplimiento, pues es suficiente que «por falta de aquella se realice un estado de hecho contrario al derecho» y que «la expectación del actor se encuentre en estado de no satisfacción». Suele decirse en estos casos que «la violación del derecho forma parte del fundamento de la acción», en las obligaciones de no hacer, y que «basta la omisión del cumplimiento para que a la obligación se agregue la acción», en las obligaciones de dar o hacer.

Si la violación del Derecho o la omisión de su cumplimiento fueran fundamentos de la acción, entonces tendríamos que esta quedaría reducida a un elemento del derecho material, y así, CHIOVENDA pondría en contradicción su concepto sobre la acción como derecho distinto y autónomo, que «nace y puede extinguirse independientemente de la obligación» y que «no es un medio para actuar la obligación, ni la obligación en tendencia a la actuación», lo cual ha constituido un trascendental aporte del maestro italiano al derecho procesal moderno [3].

La violación de la voluntad de la ley que garantiza un bien del actor es requisito de la sentencia de fondo favorable, como quiera que significa que este tiene el derecho material pretendido; pero nunca lo es de la acción, pues entonces esta no existiría a pesar de haber surtido todos sus efectos dentro de la tramitación normal del proceso, incluyendo en ellos la sentencia de fondo, lo cual sería una contradicción inadmisible. De donde se concluye que

[1] CHIOVENDA: *Principios*, t. I, núm. 5, p. 200-201.
[2] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, núm. 6; p. 205-209.
[3] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 75, núm. 1.

esa violación de la voluntad de la Ley no puede ser necesaria para tener legítimo interés en obrar, porque de lo contrario la sentencia de fondo no podría ser pronunciada.

Así entendido el interés para obrar, como deducción lógica se tiene que la sentencia debe ser favorable al demandante por el solo hecho de probar que tiene ese interés, ya que entonces aparecerá teniendo el bien titulado por la Ley, lo que sin duda es una conclusión inexacta.

El mismo error se encuentra en el siguiente párrafo que a continuación trae: «En el crédito exigible a petición del acreedor no puede decirse que la acción sea preexistente al proceso, pero no por eso el juez puede rechazar la demanda, solo por no estar precedida de una formal petición al deudor» [4].

Esta aseveración contradice nuevamente su concepto de acción como derecho autónomo e independiente, que existe, por tanto, antes del proceso.

En cambio, al tratar de la sentencia declarativa dice que «existen intereses para cuya satisfacción *solo* el proceso es medio; tal es el interés a la mera declaración judicial»; y que «solo la declaración judicial tiene la importancia social que exige el interés del actor», porque «la existencia o inexistencia de toda relación jurídica tiene importancia en la *sociedad*: con la acción de declaración se garantiza precisamente esta importancia social» [5]. Es decir, que es interés para obrar en esta clase de acciones la importancia social que existe en que se resuelva sobre la existencia o inexistencia de una relación jurídica; lo cual es correcto, porque no exige que exista la relación, sino que se pretenda que exista.

Naturalmente, la declaración impetrada debe interesar al actor, porque con ella evita un daño, como lo advierte CHIOVENDA antes; y más adelante dice que la incertidumbre del derecho debe ser *objetiva*, que debe existir ante la opinión común, y que no basta que el titular del derecho esté incierto sobre él, «sino que es necesario un hecho exterior objetivo que haga incierta la voluntad de la Ley en la conciencia del titular o de los terceros» [6]. En esto también estuvo acertado.

Cuando se trate de sentencia constitutiva, no se necesita, según CHIOVENDA, que exista un interés en obrar como condición específica de la acción, al lado del derecho potestativo, al cambio del estado jurídico. Este cambio solo puede conseguirse mediante la sentencia, y «por esto en el mismo momento en que existe el derecho potestativo de esta naturaleza, existe también el derecho de acudir al juez, o sea la acción. Esto no priva que también aquí el derecho y la acción sean dos cosas distintas» [7]. Pero, no obstante la última observación, se hace depender el derecho de acción y el interés en obrar de la existencia del derecho material. Nuevamente peca CHIOVENDA contra la lógica de su concepto sobre el derecho de acción.

Al tratar de la excepción [8], incurre de nuevo en la misma equivocación, pues dice: «Si la sentencia niega la acción por falta de interés, niega simplemente el poder jurídico de pedir la actuación de la Ley; si niega la acción por defecto de derecho (falta de una norma abstracta o del hecho concreto) o de calidad, niega la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien

[4] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 206, núm. 6.
[5] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 217-19, núm. 7.
[6] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 224, núm. 7.
[7] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 237-38, núm. 8.
[8] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 327, núm. 11.

actor.» Se condiciona la acción a la existencia del interés en el primer caso, y del derecho material, en el último. Y entonces, ¿cómo se explica el proceso y la sentencia cuando no existan?

En definitiva, el concepto de CHIOVENDA es contradictorio, inexacto y deficiente. No explica en qué consiste el interés en obrar para el demandado; dice que es una condición de la acción, cuando lo es de la pretensión y de la sentencia de fondo; lo identifica en las demandas constitutivas y de condena, con la existencia del derecho material y la obligación correlativa, e inclusive llega por este error a olvidarse de que, según él mismo, la acción es autónoma, independiente de la obligación del demandado y anterior al proceso. Acierta, en cambio, al considerar el interés en obrar como distinto de la *legitimatio ad causam* y del derecho material (aun cuando al tratar de las sentencias de condena y constitutivas lo olvida), y al exigir que sea actual, legítimo y subjetivo y que represente para el actor el beneficio de evitar un daño, si obtiene en la sentencia la declaración pedida.

114. EL CONCEPTO DE ROSENBERG Y NUESTRA CRÍTICA

ROSENBERG [9] habla de «facultad para seguir el proceso», denominación que se presta mucho menos a equívocos, pero que puede llegar a confundirse con el derecho para iniciar y seguir el proceso o acción, especialmente en las doctrinas que conciben la acción como una simple facultad o poder.

Según ROSENBERG, la «facultad para seguir el proceso» nos enseña «cuál es la parte verdadera, es decir, quién es aquella parte frente a la cual el tribunal debe conocer en la causa; o, de otro modo, si puede ser resuelta la controversia entre estas partes» [10].

Esto significa que es un requisito de la sentencia de fondo o mérito, que es precisamente la que resuelve la controversia al fallar las peticiones o pretensiones de la demanda y las excepciones del demandado.

Y dice: «La facultad de llevar el proceso no es una cualidad personal, sino la consecuencia o la expresión de una *relación material* entre la parte y el objeto del litigio»; sirve para determinar si las partes «están facultadas para gestionar el proceso», si el actor está «facultado para hacer valer la pretensión» y si «la pretensión puede hacerse valer contra este demandado», como lo expresa el Código alemán en los artículos 243 y 265. La facultad de seguir el proceso no es presupuesto de actuación procesal, lo que es una consecuencia lógica de referirse a la relación material y a la pretensión (no a la acción, por tanto). Por eso los actos del proceso y la sentencia son eficaces y válidos, a pesar de haber ocurrido por o contra un no facultado, y aun cuando no resulten adecuados para proporcionar una resolución eficaz frente al facultado. Tal facultad corresponde generalmente a los titulares de la relación jurídica controvertida, pero les es negada con alguna frecuencia (a la mujer en algunos casos, por ejemplo); por esto no es acertado considerar como partes verdaderas al sujeto activo y pasivo de la relación jurídica que ha de juzgarse, según lo hacía la antigua doctrina. Y tampoco le parece apropiada la denominación

---

[9] ROSENBERG: *Derecho procesal civil*, ed. Buenos Aires, 1955, t. I, p. 253.
[10] ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 254.

legitimación en la causa, porque no es otra cosa que el aspecto subjetivo de la relación jurídica controvertida, la *competencia para el derecho,* que debe ser separada absolutamente de la facultad de gestión del proceso. La legitimación es un presupuesto del *fundamento* de la demanda, y la facultad de gestión del proceso lo es, en cambio, de su *procedencia.* Si falta la primera, la demanda será infundada; si falta la última, será improcedente.

Pero la facultad de llevar el proceso «no presupone la correspondencia real del derecho ni su existencia real, sino que depende de si las partes están facultadas para litigar por el derecho». Si se establece que el derecho no pertenece al demandante, la demanda será rechazada por falta de fundamento, no por falta de facultad de llevar el proceso. Pues como la facultad de gestión procesal no corresponde siempre al titular del derecho, no puede ser ni parte integrante ni emanación del derecho que se discute en el proceso, sobre todo porque también el adversario procesal del titular del derecho debe estar facultado para la gestión procesal. Tampoco es un derecho subjetivo independiente, sino más bien la posibilidad de provocar una resolución judicial por o contra el titular (resolución de mérito o fondo, como decimos nosotros).

Para ROSENBERG, esa facultad de gestionar el proceso corresponde por lo regular al titular de la relación jurídica controvertida, y en forma excepcional a un tercero (extraño al derecho), en su lugar. Ese titular no tiene la gestión ni se le ha retirado la administración del patrimonio y el administrador no es su representante legal, y en otros casos especiales que contempla el Código alemán. Y corresponde a un tercero si puede gestionar en nombre propio un proceso sobre una relación jurídica ajena, porque el titular de esta relación carece de facultad de gestión procesal. En ocasiones el titular tiene la gestión solo con autorización de otra persona (la mujer con la autorización del marido, por ejemplo).

La existencia de la facultad de gestión del proceso significa que la parte es la verdadera «y que puede fallarse frente a ella la causa principal» (requisito para la sentencia de fondo, por consiguiente, observamos). «Es presupuesto de la procedencia de la demanda, del debate de la causa y de la resolución definitiva; es así presupuesto procesal, pero no presupuesto de actuación procesal.»

Para su existencia, el momento decisivo es el de la resolución, esto es, el del último debate sobre los hechos. La pérdida de esa facultad de gestión del proceso significa su traspaso a otra persona, y su falta se debe considerar de oficio, aun cuando el demandado no la objete, ya que no puede sentenciarse la causa contra un no facultado para la gestión del proceso, pero no tiene, por consecuencia, ni la incapacidad de la parte ni una excepción dilatoria. Mas si se omite considerar su falta y hay sentencia sobre el fondo de la causa, la resolución es plenamente eficaz y no justifica la acción de nulidad; la sentencia no produce efectos sino entre las partes de ese proceso, no para el titular de la relación jurídica que no concurrió [11].

Muy aceptable nos parece la exposición de ROSENBERG, en cuanto coloca la facultad de gestión procesal como cuestión de relación material y requisito de la sentencia de fondo, y no como un presupuesto de la actuación procesal ni de la acción, diferenciándola igualmente de la titularidad del derecho material y dándole al juez el derecho a pronunciarse de oficio sobre su falta

[11] ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 253-63.

como impedimento para la sentencia de fondo y no como causal de nulidad.

Pero, de acuerdo con las explicaciones que da sobre lo que se entiende por «facultad para seguir o gestionar el proceso» y de sus efectos sobre el juicio, se deduce que se trata de lo generalmente conocido como legitimación para la causa y no como interés para obrar, no obstante que ROSENBERG es claro al afirmar que tal facultad es diferente de la legitimación. Lo que sucede es que propone que por legitimación para la causa se entiende la titularidad del derecho material subjetivo que se discute en el juicio, y que a esta se le califique como presupuesto del fundamento de la demanda. Nosotros creemos que es este un concepto errado de la *legitimatio ad causam*, pues esta es también un elemento de la procedencia de la pretensión (él habla de demanda), porque no presupone la coexistencia con la titularidad y la existencia real del derecho subjetivo material, sino solo *titularidad del interés en que se defina si tal derecho existe* (interés que corresponde aun cuando ese derecho no exista y el demandante no pueda ser su titular). Por eso la legitimación permite que haya sentencia de fondo, pero no significa que sea favorable a una de las partes. Así, quien demanda una petición de herencia, porque pretende tener el derecho subjetivo material a la herencia, es el titular del interés discutido y tendrá cabal legitimación; pero puede suceder que su pretensión carezca de fundamento en los hechos o en el derecho, y entonces no le corresponderá la titularidad del derecho subjetivo material de herencia, y la sentencia en ese caso será de fondo, pero desfavorable a su demanda. Y así en cualquier ejemplo que se ponga.

En cambio, olvida por completo ROSENBERG que, además de esta situación que él llama facultad para gestionar el proceso y que determina si se trata de una parte verdadera (en sentido material y no formal, como él mismo explica anteriormente) [12], para que exista sentencia de fondo se requiere que quien sea realmente parte en el litigio por definir, tenga también un interés serio y actual en las peticiones que se han formulado en la demanda. Por ejemplo, si quien pretende derecho a una herencia y es, por tanto, parte verdadera en la controversia que sobre el derecho se presenta, demanda antes de morir al causante, solo tiene una expectativa que no origina derecho alguno. Carecería de interés real y actual en impetrar mediante una sentencia la declaración de si tiene o no mejor derecho a la posible futura herencia que su contraparte, y por esto la sentencia sería inhibitoria. Creemos que se trata de dos aspectos que se complementan, ambos requisitos de la sentencia de fondo o mérito, pero que no se confunden. Igual cosa sucede con la situación del demandado, ya que puede ser precisamente quien podría discutir la pretensión del demandante (el pretendido derecho de este a heredar, en el ejemplo propuesto), pero sin tener interés serio y actual en las resultas de la demanda (porque no ha muerto el causante).

Por otra parte, la denominación de *facultad de seguir o gestionar el proceso* podría servir con ventaja para sustituir la de *interés para obrar*, pero dándole el significado que esta tiene en doctrina y no el que le asigna ROSENBERG. Sería mejor aún hablar de *facultad de gestionar la sentencia de fondo*, porque se puede gestionar o seguir el proceso a pesar de no existir lo que ROSENBERG entiende por facultad de gestionarlo, ya que su falta impide solamente la sentencia de fondo, pero no el proceso.

---

[12] ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 219.

115. El concepto de Redenti y nuestra crítica

Redenti se refiere al llamado *interés para accionar o excepcionar,* que consagra el artículo 100 del nuevo Código de Procedimiento Civil italiano, que dice: «para proponer una demanda o para oponerse a la misma, es necesario tener interés en ello». Para él, el interés es en su origen *elemento integrante, esencial* y hasta *primordial,* no solo del derecho subjetivo que se trata de defender, sino también de la acción (*ius persequendi* o derecho de perseguir). Y explica: «Aun cuando la acción provenga, como ordinario, de un derecho subjetivo primario, nace precisamente cuando, por efecto de una transgresión, surge la razón y, por tanto, el interés para pedir su tutela jurisdiccional»; y la excepción surge como antítesis a una acción-pretensión de otro. Por ello si no hay interés no puede haber acción ni excepción actual y realmente *existente y fundada.* Pero esto no es un elemento distinto que se agrega a la acción o a la excepción ya nacida para hacerla admisible, sino un *elemento intrínseco.* Pone algunos ejemplos: no hay interés en pedir la condena de quien está dispuesto a cumplir, porque no se necesita la tutela jurisdiccional; tampoco hay interés en pedir que se condene a otro a restituir lo que el demandante tendría que restituir por otro título al mismo demandado; no se pueden proponer acciones o excepciones de *jure tertii.* «La acción o la excepción solo surge en favor de los sujetos legitimados por la Ley para proponerlas. Nadie puede proponer por sí una acción o excepción que solo compete a otro. Y así sucesivamente.»

Para Redenti, el artículo 100 se limita a poner de presente un criterio de orden práctico, que debe adoptarse en la investigación sobre si «la acción y la excepción propuestas han surgido verdaderamente en favor de quien las propone», porque el interés para ello es originario y esencial, no un elemento extrínseco más [13].

La confusión de conceptos tan notoria en la exposición de Redenti, es resultado de la observación que ya le hemos hecho: no ha podido romper las ligaduras con la escuela clásica en materia de acción, y por eso la confunde con la pretensión y la vincula al derecho subjetivo material. Por ello, la lectura de su obra por quien no tenga suficiente preparación doctrinaria, tiene que conducir, en general, a tremendos errores.

El interés no puede ser elemento integral e intrínseco del derecho subjetivo material, porque entonces carecería de aquel quien no tuviera este, lo que es inadmisible, ya que lo último conlleva la sentencia de fondo desfavorable, y para que tal pronunciamiento pueda ocurrir, se necesita que exista dicho interés. Y mucho menos puede serlo de la acción, porque esta existe independientemente de toda razón y fundamento, como explicamos en el capítulo IX y, por tanto, a pesar de no existir el interés subjetivo exigido por el artículo 100 del Código de Procedimiento Civil italiano, habrá proceso y sentencia (inhibitoria, pero sentencia), lo que no se entendería si fuese elemento de la acción.

Y es otro error hablar de acción fundada, porque el fundamento de la demanda se refiere a la pretensión, pero no a la acción.

---

[13] Redenti, ob. cit., p. 58-63.

En cambio, los ejemplos que pone de falta de ese interés y su concepto de que es condición para la prosperidad de la demanda o, mejor dicho, para su procedencia, son correctos y dan una buena idea de lo que debe entenderse sobre esta materia.

116. El concepto de Carnelutti y nuestra crítica

Carnelutti separa radicalmente el interés en la demanda, que es lo conocido por interés para obrar, y la legitimación en causa. Pero le da un giro completamente nuevo a aquella noción, pues considera que forma parte de la *causa* de los actos procesales. Explica que la causa es existente o inexistente, adecuada o inadecuada, y, finalmente, idónea o inidónea (para la producción del efecto jurídico); y por esta razón en el primer aspecto habla de nulidad de un acto sin causa; en el segundo, de nulidad de un acto simulado, y en el último, de nulidad de un acto provocado por violencia y por causa ilícita. Y dice que tanto la voluntad como la causa son requisitos de los actos procesales, como se deduce del artículo 100 del Código de Procedimiento Civil italiano, artículo que explica diciendo: «Esta fórmula no significa sino la afirmación de la naturaleza causal del acto procesal que es la demanda, por lo que si el juez no puede pronunciar sobre la demanda falta de interés, esto es, en que no se le proponga la composición de una litis o la administración de un negocio, ello no puede explicarse sino porque la demanda misma es nula al faltarle un requisito cuyo carácter esencial se deduce del fin del proceso», tampoco puede el juez decidir la litis sobre la cual las partes han transigido, porque faltaría la *causa iudicandi*, puesto que la litis no tiene ya necesidad de componerse. Pero, a pesar de que la demanda propuesta por quien no tiene interés sea nula por un vicio causal, si sobre ella se ha dictado una sentencia y ha pasado en autoridad de cosa juzgada, pierde el vicio toda trascendencia [14].

Mucho se avanza con la concepción de Carnelutti, puesto que se eliminan los errores de Rosenberg y Redenti, ya que el requisito del interés queda radicado en un elemento causal de la demanda, no de la acción, que impide el pronunciamiento de fondo, o sea la resolución sobre la litis planteada, por falta de *causa iudicandi*, y se la separa del concepto de legitimación, que él trata en otro lugar de su obra, como veremos luego. Se mantienen las conclusiones correctas que encontramos en la exposición de Rosenberg, sin sus defectos. Pero tiene el inconveniente de la calificación de nulidad del efecto de no existir ese interés en el demandante, ya que esto se presta a confusiones.

En primer lugar, tendría que entenderse como una causa de nulidad de la demanda, *sustancial* y no procesal, que, por tanto, no viciaría el procedimiento, lo que nos parece indudable ante el concepto final de que puede sobrevenir sentencia, y el vicio entonces perdería toda importancia. En verdad, la falta de tal interés impide solamente que se resuelva la litis en el fondo.

Por otra parte, aun sustancialmente considerada, esa nulidad no se compagina con los resultados prácticos que en el proceso se presentan, porque nos parece incompatible la noción de nulidad, así entendida, y la existencia del fallo inhibitorio y la obligación del juez de proveer. La nulidad de la deman-

[14] Carnelutti: *Instituciones*, ed. Buenos Aires, 1959, t. I, p. 298-99.

da conllevaría la de la acción en ella ejercitada y no solamente la de la pretensión. Una demanda puede concebirse nula por su aspecto procesal, por falta de capacidad o de representación en quien la formula, pero entonces no hay ejercicio válido de la acción. Con todo, esta idea de la nulidad sustancial de la demanda nos parece que solo puede presentar inconvenientes.

La *raíz causal* de ese interés exigido en el artículo 100 del Código de Procedimiento Civil italiano, que es lo que en doctrina general se entiende por interés para obrar, sí es evidente. El interés serio y actual en obtener del proceso algún resultado jurídico favorable, es sin duda la causa de la pretensión, mas no de la acción, porque la causa de esta, primordialmente consiste en el interés general y público, y en la pacífica solución del problema planteado al demandante, como CARNELUTTI lo enseña tan admirablemente; y solamente como causa mediata o secundaria está el interés privado que el actor pueda perseguir en el juicio (cfr. sobre este particular los núms. 20 y 56). También ZANZUCHI dice que cuando se habla de interés en obrar se alude a la causa subjetiva del acto [15].

117. EL CONCEPTO DE FAIRÉN GUILLÉN Y NUESTRA CRÍTICA

FAIRÉN GUILLÉN separa de la acción el interés subjetivo del demandante, para no incurrir en confusión entre aquella y la pretensión. La «falta de convergencia entre el sujeto y un bien de la vida (interés)», cuando quien acciona no tiene interés en acudir a la justicia, solamente puede conocerse *a posteriori*, según el resultado del proceso (por consiguiente, observamos, cuando ya el proceso ha concluido y la acción ha surtido todos sus efectos). La pretensión puede fracasar, sin que exista insuceso de la acción que ha sido eficaz. El interés necesario para la acción no puede faltar nunca, porque el interés en acudir a la administración de justicia existe siempre que se acciona; «ahora bien, *a posteriori*, puede resultar ser ilegítimo y antijurídico». Si hay conflicto de intereses de fondo, puede resultar injurídico el del actor o el del demandado. Pero como la autotutela es prohibida, existe interés colectivo por el proceso a fin de solucionar pacíficamente el conflicto, y así nace el derecho de acción. Una vez iniciado el proceso, este interés público en la pacífica solución del conflicto se torna en interés final, a pesar de que el demandante lo utilizó originalmente como un medio de beneficiar su interés particular privado [16].

Nuevamente encontramos ideas claras y exactas en este profesor español. Solamente le observamos que no explica la clase de interés que deben tener el demandante y el demandado, para que se reúna ese requisito, ni los efectos que trae su falta; pero en lo que dice no incurre sino en el error de considerar que el interés en acudir a la administración de justicia, que pertenece a todos por el solo hecho de accionar, puede *a posteriori* «resultar ser ilegítimo y antijurídico», ya que la pacífica composición del litigio originado por la pretensión (sea ésta fundada o infundada) siempre es un interés legítimo y jurídico. Lo que puede resultar no serlo es el otro interés: el particular y priva-

[15] ZANZUCHI MARCO TULIO: *Diritto processuale civile*, Milano, 1955, t. I, p. 123-25.
[16] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 76-81.

do, que es el interés mediato en el ejercicio de la acción y al cual se refiere la doctrina cuando habla de *interés para obrar*. Es decir, la pretensión puede ser infundada, ilegal, injurídica, temeraria, falta de seriedad, o todo lo contrario; pero el interés de la acción siempre será legítimo y jurídico, como que es el interés colectivo en el proceso, de que él mismo nos habla. Más adelante [17] incluye como uno de los «presupuestos de admisibilidad de la demanda por *razón de fondo*» tanto la legitimación como la «necesidad de la tutela jurídica»; la última corresponde precisamente a ese interés privado particular que existe en el proceso para el demandante.

118. El concepto de Rocco y nuestra crítica

Veamos, por último, el concepto de Ugo Rocco. Advertimos que hay bastantes modificaciones en la exposición que trae en su *Trattato* (ed. italiana, 1957), respecto a su *Derecho procesal civil* (ed. mexicana, 1944).

Nos dice Rocco que el artículo 100 del Código de Procedimiento Civil italiano, antes transcrito, consagra el principio del *interés para obrar*, pero no precisa en qué consiste, ni cuándo existe, ni cómo se establece; que según la doctrina dominante, «el interés para obrar es la utilidad que para el titular del derecho subjetivo produce el provocar en su favor la tutela jurisdiccional»; pero que «tal doctrina tiene el defecto de concebir la acción ligada siempre al derecho subjetivo, ya constituya una cualidad del mismo (en cuyo caso la acción sería el derecho material más el interés en obrar), ya constituya un derecho medio para su tutela y el ejercicio». Sin embargo, en una concepción de la acción como derecho autónomo independiente del derecho material, «el interés para obrar no es más que el elemento sustancial del derecho de acción, y precisamente, aquel interés que, tutelado jurídicamente por el derecho procesal objetivo, constituye el derecho de acción. Tal interés es justamente el interés a la declaración, por parte del Estado, de la tutela jurídica que corresponde a un interés determinado y a la realización del interés cuya tutela jurídica sea cierta».

Cuando se habla de interés para obrar, no se pretende indicar el interés general y abstracto que puede corresponder a toda persona, en relación con toda clase de derechos subjetivos de los que pueda ser eventualmente titular, ni a toda posibilidad de acción que puede encontrarse en el concepto general, sino *a una acción singular y particular* que corresponda al caso singular en que se ejercita, y, por tanto, a un *determinado interés sustancial concreto*, en un *determinado proveimiento* del órgano jurisdiccional (ya no en una sentencia general que desate pacíficamente el problema en cualquier sentido, sino en una especial). Entonces hay que comparar la determinada prestación jurisdiccional que se solicita con la especial relación jurídico-material objeto de ella, y es a esa operación de comparación a la que se refiere el artículo 100 citado.

Para determinar cuándo una persona tiene interés para obrar o contradecir en un juicio, el juez debe basarse en elementos de hecho y con un amplio margen discrecional. Como criterio general puede decirse que se formula

[17] Fairén Guillén, ob. cit., p. 460-63.

un juicio de utilidad, comparando los efectos de la decisión jurisdiccional requerida, con la utilidad que de ella puede derivar quien la solicita respecto a una determinada relación jurídica, utilidad que debe ser actual. A ese criterio positivo se suma otro negativo, pues también tendrá interés para obrar o contradecir en un juicio, quien puede recibir un perjuicio por la negativa del juez de pronunciar su decisión; en caso contrario, no existirá ese interés.

Así, si se trata de una acción de pura declaración, existirá ese interés cuando el actor o el demandado reciban una utilidad actual, si se accede a lo pedido, o un perjuicio, si se niega. En las de condena o prestación aparece más claro el interés, porque desde el momento en que el demandante figura con un interés tutelado por el derecho e insatisfecho, para cuya satisfacción se necesita cierto comportamiento del demandado, que se opone a ella, el interés de ambos es evidente.

Y desde que se pretenda satisfacer un interés ciertamente tutelado, sobre el patrimonio de otro y por la vía ejecutiva, ambos tendrán indudable interés en el juicio: el demandante, por la necesidad del proveimiento para ese pago forzoso, y el demandado, por la utilidad de evitar la venta forzosa de sus bienes.

Pero el interés para obrar debe ser *concreto y actual:* concreto, porque se refiere a un determinado proveimiento, sobre una relación jurídica dada y respecto a una acción particular e individualizada, ejercida por un determinado sujeto; actual, porque ese interés debe ser considerado en el momento mismo en que se ejercita la acción, o sea cuando mediante la citación se inicia su ejercicio y se constituye la relación jurídico-procesal. Por ello no es aceptable, en general, un interés de obrar que mire a un derecho futuro y eventual, que no constituya objeto y materia de tutela por el derecho material objetivo [18].

Nos ilustra luego Rocco con la jurisprudencia italiana sobre interés para obrar, y de ella tomamos los siguientes casos: «existe siempre que, en relación con un estado de hecho contrario al derecho, se determina una situación de perjuicio o de peligro, que haga indispensable la intervención de la autoridad jurisdiccional, porque de otra manera no se puede conseguir el resultado que con ella prevé obtener el que obra» (cas. 21 octubre 1954); «consiste en la necesidad de recurrir a la autoridad judicial para evitar una lesión actual o parcial del propio derecho, que sin la intervención del órgano jurisdiccional se derivaría para el patrimonio jurídico del sujeto» (cas. 28 abril 1954); «no puede ser ejercitada con fines vesánicos o académicos, y debe ser rechazada cuando ningún interés jurídico asiste al que promueve la acción en el presente o en el futuro, y cuando solo un posible acontecimiento futuro pueda dar lugar a ese interés. Por tanto, el interés jurídico puede consistir en la necesidad de eliminar un estado de incertidumbre respecto del derecho de obligación y el consiguiente perjuicio económico o moral, actual o futuro; y el solo ser posible un conflicto perjudicial por la posición jurídica de una parte frente a la otra, legitima el interés para proponer, por lo menos, una acción de acertamiento» (cas. 17 abril 1942); en la acción de mero acertamiento «el especial interés que legitima tal acción consiste en el perjuicio que el actor recibiría de la incertidumbre de su derecho, si no provocase el acertamiento judicial de la voluntad de la Ley» (cas. mayo 1945); «existe siempre

[18] Rocco: *Trattato*, t. I, p. 318-26.

que se propone conseguir con el juicio un resultado apreciable jurídicamente y que no puede conseguirse de otra manera» (cas. 12 julio 1952); «en las controversias sobre estado civil, el interés de la parte actora, además de poder ser económico, puede ser simplemente moral y abstracto; es decir, derecho a la tutela del bien inmaterial, al que corresponde el derecho subjetivo de acción» (cas. 26 agosto 1946) [19].

La exposición de Rocco es inobjetable en cuanto al criterio para conocer si existe interés para obrar en un caso determinado, en los distintos tipos de proceso; e igualmente los ejemplos que nos presenta de la jurisprudencia italiana tienen completa aplicación en Colombia y creemos que en todas partes. También está en lo cierto Rocco cuando dice que el interés para obrar mira, no al interés general y abstracto que puede corresponder a toda persona, en toda clase de casos, sino a un determinado interés sustancial concreto, relacionado con la decisión especial que se pide en cada juicio.

Pero en la apreciación jurídica de la naturaleza del interés que constituye lo que se conoce como *interés para obrar*, que podemos ver en el párrafo que transcribimos entre comillas al comienzo de la exposición de su concepto, ya no encontramos la misma exactitud, porque no distingue en forma clara entre el derecho de acción y el interés general que para su ejercicio corresponde a todo el mundo, y el interés sustancial concreto que se debe tener en el caso determinado a fin de que haya *interés para obrar*. Deja la impresión en ese párrafo, que es donde se encuentra la sustancia de su concepto, y en los siguientes, que la única diferencia entre las dos clases de interés está en ser el uno general y abstracto, y el otro particular y concreto. Nosotros creemos que su diferencia es más fundamental; que comprende también la calidad misma, los sujetos y el contenido de los dos intereses, pues el *interés para accionar* atañe solamente al interés público general que hay en resolver legalmente los problemas que el ejercicio de los derechos subjetivos materiales o la pretensión de tenerlos plantea en la vida social, que es un interés del Estado y se identifica con el de todos los asociados; en cambio, el *interés para obrar*, en juicio mira al interés particular privado en conseguir el beneficio o utilidad que las declaraciones pedidas a la sentencia representan para la parte o en evitar el perjuicio que le traería la ausencia de tal decisión jurisdiccional, que es un interés de esa parte y que inclusive puede resultar contrario al interés general, y de carácter sustancial.

De manera que para nosotros no se trata de una simple diferencia en la forma abstracta y general o concreta y particular, como se mire el interés, sino de dos intereses completamente distintos. Lo que sucede, según lo anota FAIRÉN GUILLÉN, es que el particular utiliza el interés general público (que es el que causa la actividad jurisdiccional y del cual se origina el derecho de acción subjetivo, público y cívico para todo el mundo), como un medio para perseguir su interés subjetivo particular y concreto, en lograr el beneficio o evitar el perjuicio personal gracias a la sentencia. El primero es el interés directo, inmediato y principal; el segundo es el interés indirecto, mediato y secundario. Pero en el desarrollo del proceso, la primacía de aquel sobre este es indiscutible, y por esto el juez buscará satisfacer el interés público general, y la acción quedará totalmente satisfecha, a pesar de que la pretensión de la parte y su interés particular privado en ella resulten fallidos.

---

[19] ROCCO: *Trattato*, t. I, p. 327-30.

Por otra parte, en su libro *Derecho procesal civil* (ed. 1944, México), decía Rocco que sin el interés para obrar, faltaría el interés en la declaración de una determinada relación material, y la parte «no puede obtener una sentencia de fondo»[20]; pero, en cambio, cualquiera tiene derecho a que se pronuncie la sentencia «que defina si existe o no en él interés a la declaración de una determinada relación material» (es decir, que la sentencia que se limite a definir si existe el interés para obrar, debe pronunciarse siempre; pero si el examen es negativo, no habrá sentencia de fondo, sino inhibitoria). Este concepto, que precisa el alcance de la falta del interés para obrar y su ubicación como presupuesto de la sentencia de fondo, no aparece en su *Trattato*. Pero consideramos que sigue en pie, porque nada se dice en este que lo desautorice y está de acuerdo con las mejores conclusiones de la doctrina (CARNELUTTI, ROSENBERG, FAIRÉN GUILLÉN).

119. SISTEMATIZACIÓN DE NUESTRO CONCEPTO

En esta materia, como en las anteriores, al criticar las tesis de autores y la jurisprudencia, dejamos parcialmente expuesto nuestro concepto.

Hemos querido ofrecer un estudio lo más completo que nos ha sido posible sobre esta importante materia, porque muchos son los errores que a diario hemos comprobado en las decisiones de jueces y magistrados de tribunales e inclusive en las sentencias de la Corte, y que ocasionan en la práctica considerables perjuicios para las partes litigantes.

A continuación presentamos nuestro concepto, en todos los aspectos que hemos podido contemplar o prever, debidamente separados por subtítulos de fácil consulta.

A) *¿Qué significa el interés para obrar o, mejor dicho, el interés en la pretensión o sentencia de fondo?*

La noción de *interés para obrar* se refiere al motivo jurídico particular 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; al demandado, a contradecir esas pretensiones si no se halla conforme con ellas, y a los terceros, a que intervengan luego en el juicio a coadyuvar las pretensiones de aquel o de este. Debe ser un interés serio y actual.

Es decir, el *interés para obrar* hace referencia a la *causa subjetiva* que tiene el demandante para instaurar la demanda y el demandado para contradecirla. Por tanto, no se trata del interés que justifica la acción o el derecho de contradicción, el que, por su carácter general y público, es patrimonio de todas las personas naturales o jurídicas y tiene como meta la solución pacífica de los conflictos de particulares entre sí o de estos y el Estado; interés que se halla garantizado constitucionalmente por el derecho de petición o de contradicción, y que constituye el objeto inmediato del proceso y de la jurisdic-

[20] Rocco: *Derecho procesal civil*, 1944, p. 158.

ción, y que a su vez es causa directa e inmediata del derecho de acción. El interés a que nos referimos es el privado, el particular, exclusivo del demandante o del demandado y para cada caso; hace referencia a las peticiones concretas que se formulan y que se pretende sean resueltas en la sentencia; constituye el móvil personal de la demanda o de su contradicción, y en relación con el demandante, representa el interés mediato o secundario del ejercicio de la acción [cfr. núm. 86, letra C)].

La naturaleza causal del interés para obrar es evidente. El interés serio y actual en obtener del proceso un resultado jurídico favorable es la causa de la pretensión del demandante y de las excepciones del demandado; pero no es la causa de la acción, que, como ya se vio, es ese interés público y general.

B) *No es el interés para accionar, sino en la sentencia de fondo*

El ejercicio válido de la acción para iniciar el proceso, con fundamento en ese interés público y general, no está condicionado a la existencia de un debido interés para obrar o en la pretensión por parte del demandante, cuya falta no impide que, por lo general, el proceso se adelante y concluya con sentencia. Desde el momento en que una persona crea tener conflicto jurídico con otra o un derecho para cuyo ejercicio o eficacia se requiere una declaración judicial, proceso de jurisdicción voluntaria, tiene el derecho de acción a fin de que mediante un proceso jurisdiccional se resuelva ese conflicto o se cumpla este requisito; porque el interés general y público en la realización del derecho justifica y fundamenta suficientemente la petición que se formula al Estado mediante el funcionario jurisdiccional competente. De ahí la naturaleza cívica de este derecho [cfr. núm. 86, B)].

En los elementos de la acción no se encuentra, por tanto, el llamado *interés para obrar,* y la obligación del Estado de proveer surge sin que sea necesario examinar si el actor tiene o no ese interés para obrar.

Pero muy distinto es el resultado que se puede obtener en el proceso y el contenido de la sentencia. La acción por sí sola impone al Estado el deber jurídico de proveer, pero no de hacerlo precisamente resolviendo sobre las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado, pues para esto último se requiere que aparezcan cumplidos los presupuestos procesales (previos del juicio y del procedimiento; cfr. núms. 138-141) y los presupuestos de la sentencia de fondo (cfr. núm. 144), entre los cuales se encuentran el interés para obrar y la legitimación en causa.

El interés para obrar es un requisito de la sentencia de mérito o de fondo, pero no de la acción. Si está ausente en el caso concreto, el juez no puede resolver sobre las pretensiones del demandante y excepciones del demandado, y su sentencia será simplemente inhibitoria, ya que se limita a declarar que no le es posible la decisión de fondo. La acción queda entonces satisfecha en su interés inmediato y general; pero la pretensión ha fracasado. Como el motivo para desestimarla ha sido exclusivamente la falta de *interés para obrar,* si la persona logra tenerlo en virtud de nuevos hechos, podrá recurrir a otro juicio, sin que pueda oponérsele la cosa juzgada.

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 juicio. De manera que existirá siempre en el demandado, por el solo hecho de formulársele la demanda (es decir, de dirigirse a él la pretensión contenida en la demanda, porque la acción se dirige exclusivamente al Estado, representado por el funcionario judicial). Pero el interés para obrar en el demandado, en cada juicio, no es elemento ni requisito de su derecho de contradicción, es decir, de su derecho a defenderse y a ser oído en el juicio—que no puede negársele jamás—, sino un requisito de la sentencia de fondo (cfr. números 18, E); 19, J); 86, E), y 102-104).

D) *No es un presupuesto procesal ni de la acción, sino de la sentencia de fondo*

Ese interés para obrar se refiere a la relación sustancial y a las pretensiones del demandante, para sostenerlas o desvirtuarlas en el juicio, y no a la relación procesal surgida del simple ejercicio de la acción y la contradicción. No es un presupuesto de actuación procesal, por consiguiente, ni de validez del juicio. El proceso y la sentencia no quedarán afectados de nulidad, porque el demandante o el demandado, o ambos, carezcan de interés para obrar (cfr. nuestra crítica al concepto de CARNELUTTI, núm. 116).

Es una cuestión de relación material o sustancial tanto en el demandante como en el demandado, y por ello es un presupuesto de la sentencia de fondo, no de la sentencia en general.

En principio, el interés para obrar debe ser examinado en la sentencia. Sin embargo, las leyes de procedimiento exigen a menudo que para determinados juicios sea requisito previo investigar su existencia, de manera que si faltare, el juez no puede aceptar la demanda. Así se tiene que para iniciar el juicio de sucesión es forzosa la prueba de la muerte del causante y de ser el demandante heredero o legatario o acreedor, lo cual representa el interés que el demandante pueda tener en el juicio (la prueba de serlo, aparentemente al menos, demostrará a un mismo tiempo la legitimación en la causa); en el lanzamiento del arrendatario se requiere que quien formula la demanda y contra quien se formula, sean el pretendido arrendador y arrendatario (la prueba del contrato establecerá tanto ese interés como la legitimación); en la demanda ejecutiva debe acompañarse el título en que conste que el demandante es acreedor y el demandado deudor; y así en otros casos.

Si se formula una demanda de sucesión por quien no tenga ninguna de esas condiciones, el juez debe rechazarla por carencia de interés para obrar; y lo mismo sucede si un tercero pretende lanzar a un arrendatario u obligar ejecutivamente a un deudor a que pague la deuda a un acreedor ajeno a la demanda; o si se demanda a un tercero para que el arrendatario o el deudor—no demandados—entreguen la tenencia o cancelen la deuda.

No significan estos casos que el interés para obrar sea un elemento de la acción, pues lo que ocurre entonces es que la Ley le da el carácter de presupuesto del juicio, como una excepción al principio general de que es necesario solo para la sentencia de fondo, en defensa de la economía procesal. La

acción se ejercita válidamente a pesar de que falte ese interés y de que no prospere la demanda, y por eso el juez se ve obligado a proveer declarando que por tal motivo no se puede iniciar el juicio, y si por error lo adelanta, no hay nulidad.

En los juicios ordinarios, en cambio, no hay en Colombia norma legal que autorice al juez a examinar el interés para obrar del demandante o del demandado, al admitir la demanda; pero le permite al demandado oponer como excepción dilatoria—impedimento procesal—, de previa sustanciación, su carencia de tal interés frente a las pretensiones planteadas en la demanda, por no ser llamado a contradecirlas, en virtud del ordinal 20 del artículo 333 del Código Judicial, norma que debe extenderse a la falta de interés para obrar en el demandante.

E) *No se confunde con la titularidad del derecho material pretendido*

No debe confundirse el interés para obrar con la titularidad del derecho material pretendido, ni debe dársele carácter de elemento intrínseco de tal derecho, pues de lo contrario, se tendría que concluir que cuando no tiene ese derecho deja de haber sentencia de fondo o de mérito. Bien sabemos que la falta de derecho material solo puede ser declarada por la sentencia de fondo, desfavorable al demandante.

Para que se pronuncie sentencia de fondo o mérito y se absuelva al demandado, por estimar que el demandante no tiene el derecho material alegado, se impone que exista el interés para obrar en ambos, pues de lo contrario, la sentencia será simplemente inhibitoria o se llegará al caso de no dictarla.

Puede tenerse un interés para obrar legítimo, serio, actual, y sin embargo no existir el derecho material que se pretende y por tal motivo recibir sentencia desfavorable; como también puede tener el demandado interés para oponerse a la pretensión del demandante y excepcionar con el objeto de que 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 la sentencia.

El interés para obrar nada tiene que ver, por lo tanto, con la titularidad del derecho material o de la obligación correlativa, ni con lo favorable o desfavorable de la sentencia de fondo.

Claro está que en sentido lato la sentencia inhibitoria es desfavorable al demandante; pero en estricto sentido la *sentencia desfavorable* es la que decide de fondo o mérito, pero de manera adversa. De modo que es un error decir que el interés para obrar es requisito de la sentencia favorable.

El interés para obrar se refiere al aspecto material y no al formal de la litis, sin que ello signifique que deba existir siempre el derecho pretendido, aun cuando se trate del verdadero sujeto material de la supuesta relación jurídica sustancial, o sea de la parte, en el sentido material de que nos habla ROSENBERG.

No es necesario que se trate del titular del derecho material pretendido, ni el solo hecho de serlo configura el suficiente interés para obrar; mas se requiere tener un *interés serio y actual* en las peticiones de la demanda, interés que puede faltar, a pesar de tratarse de la parte verdadera en sentido material.

Una persona puede pretender ser titular del derecho a heredar a otra y reclamar para sí la herencia o parte de ella; pero si el supuesto causante vive

todavía o no se ha declarado su muerte por presunción si ha desaparecido, no existirá un interés serio y actual en las pretensiones herenciales. El demandante es la parte material del pretendido derecho herencial, pero carecerá de interés para obrar, por no ser actual y serio el interés subjetivo particular que pretende satisfacer.

F) *Es distinto de la legitimación en la causa. Sus relaciones*

No se confunde tampoco el interés para obrar con la legitimación en la causa—*legitimatio ad causam*—, pues aunque ambos son requisitos de la sentencia de fondo, son diferentes. Puede tenerse la legitimación para demandar, pero no el interés serio y actual en los resultados del juicio y, por lo tanto, carecerse de interés para obrar.

Si quien demanda es hijo legítimo del supuesto causante, tiene perfecta legitimación para la causa, por ser el titular del interés en la declaración de si le corresponde o no derecho a la herencia [cfr. núm. 134, K)]; pero si su padre no ha muerto o no ha sido declarado muerto presuntivamente, carece de interés serio y actual en la declaración solicitada, y por lo tanto, de interés para obrar.

Igualmente, si el arrendador demanda a un arrendatario para que se declare que una vez vencido el contrato debe restituir el bien, su legitimación es perfecta, pero su interés no es actual y serio, por basarse en la simple hipótesis de que el demandado puede no estar dispuesto a restituir cuando nazca la obligación de hacerlo (sin que lo esté negando). Y así sucede en muchos casos similares.

En cambio, quien carece de legitimación en la causa, por no estar autorizado por la Ley para pretender que se hagan las declaraciones contenidas en la demanda, no puede tener interés serio y actual en ellas. Y quien tiene este interés para obrar, está legitimado para demandar, necesariamente, pues no se concibe sin el derecho a perseguir su satisfacción por la sentencia. Pero el demandado puede tener interés para obrar, porque se pretende imponerle una condena que debe contradecir, y carecer, sin embargo, de legitimación, por no ser la persona obligada a responder por los hechos que aduce el actor. Al estudiar la *legitimatio ad causam* volveremos sobre esta materia.

El interés para obrar puede aparecer completo en todas las partes y estar incompleta la legitimación en la causa, por no haberse demandado a algunas o por algunas de las personas que son necesarios contradictores de esa relación jurídica sustancial.

G) *Debe ser subjetivo, concreto, legítimo o serio y actual*

No es suficiente que el demandante crea que necesita la sentencia, como en los ejemplos expuestos. Cuando el interés no se examina para la admisión de la demanda o en incidente de previa sustanciación, ocurre que solo al terminar el juicio con la sentencia, se viene a declarar si el demandante o el demandado lo tienen realmente, y así bien puede suceder que resulte ilegítimo, antijurídico o que no exista.

Esto hace resaltar la diferencia entre el *interés para obrar y el interés*

para accionar. Este último existe siempre que se desee la pacífica composición del litigio originado con la pretensión (fundada o infundada) o la declaración de un derecho o su eficaz ejercicio mediante la sentencia. De ahí que sea un interés general público, siempre legítimo, serio, jurídico y actual. Es por ello por lo que el derecho de acción corresponde a toda persona natural y jurídica, sin que sea lícito condicionarlo a la existencia del derecho o del interés material que se pretende. La legitimación en la causa y el interés para obrar pueden ser requisitos para adelantar el juicio, si la Ley así lo dispone; pero no para el ejercicio de la acción (cfr. núms 86 y 134).

Se trata de dos intereses absolutamente diferentes, no solo en su naturaleza, sino en su contenido, sujetos y objetos, como se expuso al criticar el concepto de Rocco (cfr. núm. 118).

Es un interés *subjetivo*, porque se trata, no del general y público que existe en la composición de los conflictos, en la declaración o ejercicio de ciertos derechos, por la vía pacífica y jurisdiccional, sino del interés privado, particular, del demandado o demandante, que mira a su propio beneficio y que puede faltar, a pesar de que el otro exista.

Es *concreto*, por cuanto debe existir en cada caso especial, respecto de una determinada relación jurídico-material, y es atinente a las peticiones formuladas en una determinada demanda, por una o por varias personas individualizadas, a diferencia de lo que ocurre con el interés en la composición de los conflictos, en donde viene a ser de naturaleza abstracta, por referirse en general a todos los casos que puedan presentarse, sean cuales fueren las personas, las causas y los asuntos sobre que versen.

Para conocer si el interés es serio y legítimo, se formula, como dice Rocco, un *juicio de utilidad*, a fin de examinar si al acceder a las declaraciones pedidas se otorga un beneficio material o moral, o si al negarlas se produce un perjuicio material o moral al demandante o al demandado. 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.

De manera que 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 juicio para coadyuvar las peticiones de la demanda u oponerse a ellas. Pero puede suceder que el demandado no sufra perjuicio e inclusive reciba beneficio con la prosperidad de la demanda, es decir, que el interés del demandado puede coincidir con el del demandante o no serle opuesto al menos, o radicar en que se nieguen sus peticiones.

Lo primero ocurre cuando el demandado no se opone a las peticiones de la demanda, sino que las acepta por desear el mismo resultado; esto puede suceder en los juicios de divorcio, de nulidad del matrimonio, de separación de bienes y en los de filiación natural o legítima después de muerto el padre presunto, cuando los demandados reconocen ser cierta la filiación reclamada. La sentencia es necesaria a pesar de ese acuerdo, porque la Ley no permite que se consiga el fin jurídico pretendido mediante un simple acto de voluntad extrajudicial.

Lo segundo sucede cuando el demandado no tiene interés en que se hagan o en que se nieguen las peticiones de la demanda, sino en que se resuelva lo que es justo y legal, tal como acontece en algunos juicios de filiación legítima o natural muerto ya el padre, y en los cuales no se discute la herencia, ni se formula oposición a la demanda, pero tampoco se reconoce la filiación, por no

existir un mutuo interés moral en establecer la verdad sobre el pretendido estado civil.

Lo último, que es lo general, se presenta siempre que las declaraciones impetradas puedan ocasionar un perjuicio—moral o material—al demandado, que este quiere evitar, bien se oponga o no a la demanda. Puede acontecer que, a pesar de sufrir el demandado un perjuicio con la prosperidad de la demanda, no proponga oposición e inclusive no concurra al juicio, no obstante haber sido debidamente notificado; o que el curador *ad litem* o defensor de oficio que se le designe, por no haber sido posible su notificación, halle justa y probada la pretensión invocada y no se oponga a la demanda.

De suerte que el juicio de utilidad que Rocco propone como criterio general para todos los casos, debe tomarse, en cuanto al demandado se refiere, en una forma amplia, sin reducirlo a la idea de perjuicio, material o moral, para los fines de la prosperidad de la demanda, y adicionándolo en el sentido de que es interés suficiente el hecho de ser la persona frente a la cual permite la Ley que se hagan en juicio las precisas declaraciones impetradas y de haber sido demandada.

Claro está que si el demandado puede recibir perjuicios de las declaraciones solicitadas, su interés en la sentencia de fondo se hace evidente; pero no es ello requisito indispensable para que se le reconozca suficiente interés para actuar en el juicio en esa calidad.

Ese interés generalmente será material y económico, pero puede serlo simplemente moral o familiar, o consistir en la necesidad de darle certeza a una relación o situación jurídicas, como sucede en muchas peticiones puramente declarativas; pero dejará de serlo si se trata de un interés simplemente académico o dialéctico, aun más, si es de carácter malévolo y se dirige a causar daño al demandado, sin beneficio moral o material para el actor.

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 del pretendido derecho o relación jurídico-material. Las simples expectativas o los eventuales y futuros derechos o perjuicios, que puedan llegar a existir si sucede algún hecho incierto, no deben ser materia de declaración judicial, puesto que no se hallan objetivamente tutelados. Ejemplo de ellos serían la simple expectativa de heredar al padre que aún vive, o la pretensión de que si el vecino llega a desear construir un edificio en el predio colindante, deba pagar los daños que con él pueda ocasionar en la edificación de propiedad del demandante, o la discusión de si el testamento que pueda otorgar el padre desheredando al hijo legítimo es nulo o ineficaz o válido, o el ejemplo expuesto antes sobre hipotético y futuro conflicto con el arrendatario.

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 las medidas conducentes a prevenirlo. 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 pretendiente a heredarlo). Hay interés actual en la declaración de que el deman-

dado 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 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 para obrar será suficiente. Ya no se tratará de simples expectativas ni de derechos hipotéticos.

Nuestra Corte ha aceptado que es legítimo el interés en evitar un perjuicio *que haya de sufrir* el demandante[21], es decir, que pueda producirse por razón de hechos ciertos. En la jurisprudencia italiana citada por Rocco y transcrita anteriormente (cfr. núm. 118) se habla también de «una situación de perjuicio o peligro, que haga indispensable la intervención de la autoridad jurisdiccional»; de *evitar una lesión* que se derivaría para el patrimonio del sujeto; de «eliminar un estado de incertidumbre respecto del derecho y obligación, y el consiguiente perjuicio económico o moral, actual o futuro»; perjuicio que el actor recibiría de la incertidumbre de su derecho, si no provocara la declaración judicial de la voluntad de la Ley.

De manera que debe tenerse mucho cuidado en la apreciación de la actualidad del interés. No existe, repetimos, si tanto el hecho de que puede originarse el derecho y la obligación, como estos mismos en el caso de que aquel suceda, son eventuales o inciertos, o si se trata de simples expectativas que el derecho objetivo no tutela.

H) *Cómo se determina en cada clase de proceso y acción*

Conocido el criterio general para determinar la existencia del interés para obrar, es muy sencillo definir si en un caso determinado se cumple este requisito, según la clase de proceso y acción de que se trate.

En las *acciones declarativas* puras o de simple declaración o *accertamento* de un derecho o relación o estado jurídico, existirá interés para obrar en el demandante cuando se reciba un beneficio—material o moral—al obtener la declaración, lo que ocurrirá por el solo hecho de hacer cesar la incertidumbre jurídica que al respecto exista y que esté perjudicando o pueda acarrear un perjuicio futuro. Si la incertidumbre no existe en realidad, la declaración no es pertinente, como en el caso de pedirse que se resuelva si es auténtico un documento que por ley tiene ese carácter (cfr. núm. 92); o si se trata de declarar una simple expectativa, como el carácter de heredero de quien todavía vive. La incertidumbre jurídica debe ser actual, seria y objetiva, es decir, no basta con que el demandante crea que exista. Respecto al demandado, existirá el interés para obrar siempre que tal declaración pueda acarrearle un perjuicio material o moral, o cuando sea la persona ante quien permite la Ley que se haga tal declaración (no obstante que no lo perjudique e inclusive que la acepte y aun le convenga). La carencia de legitimación en la causa, en el demandante o el demandado, implica en estos juicios la de interés para obrar,

[21] G. J., t. XLIX, p. 848.

porque entonces aquel no puede recibir beneficio ni este tampoco sufrir perjuicio ni ser la persona frente a quien se permite obtener la declaración. En cambio, el demandante puede tener legitimación y carecer de interés para obrar, como en los ejemplos antes expuestos, por no ser actual y serio [punto F)].

En las *acciones de declaración constitutiva* el interés para obrar en el demandante es más fácil de apreciar, ya que la sola pretensión de extinguir, modificar o establecer un estado jurídico contemplado en el derecho objetivo, representa un interés serio y legítimo, sea que traiga consecuencias materiales favorables o únicamente ventajas morales (como en los juicios de estado civil de las personas). El interés será actual siempre que esos efectos constitutivos se pretendan en el momento de la demanda y no cuando pueda ocurrir un hecho eventual futuro. Por ejemplo, se carece de interés actual cuando se pide que se declare un divorcio si el cónyuge demandado llega a incurrir en adulterio, o que el demandado es el padre del hijo que pueda llegar a tener su esposa o concubina. Respecto del demandado, existirá interés para obrar siempre que por la prosperidad de la demanda sufra un perjuicio económico, como pérdida o disminución de una herencia, o moral, como cuando se opone al divorcio o nulidad del matrimonio o a la declaración de filiación que implica parentesco; pero también cuando no se perjudica en absoluto, ni se opone a la demanda, e inclusive se beneficia de su prosperidad, y es, sin embargo, la persona ante la cual autoriza la Ley que se surtan los efectos constitutivos impetrados (tal como sucede en los mismos ejemplos, si está de acuerdo en las declaraciones pedidas en la demanda, por considerarlas legales o estimar que le convengan). La carencia de legitimación en el demandante o demandado implica también la de interés para obrar, y la existencia de aquella puede no coincidir en el demandante con la de este, por las mismas razones expuestas para las acciones declarativas.

En las *acciones de condena* es todavía más sencillo el asunto. Desde el momento en que el demandante pretende que se imponga de una vez y a su favor una condena al demandado, de contenido económico o moral (como la obligación de cohabitar con el cónyuge, en los países, como Alemania, en donde se acepta demanda para esto), existirá interés para obrar en ambos y será actual si se fundamenta en hechos existentes o pasados, aun cuando el beneficio o perjuicio sea incierto y futuro (véase el punto anterior, sobre cuándo es actual el interés); porque la condena implica una prestación que el demandado debe cumplir y que rehúsa, razón por la cual el demandante se ve obligado a recurrir a la vía jurisdiccional.

La carencia de legitimación en el demandante le impide tener interés para obrar, como en las acciones declarativas y de declaración constitutivas, por no ser la persona que podrá beneficiarse si existe la obligación del demandado, y el interés no será serio ni legítimo. En cambio, el demandado puede carecer de legitimación por no ser sujeto del interés en el litigio y, por tanto, no ser la persona llamada a responder por la cosa o hecho que se reclama, pero tendrá interés para obrar por el solo hecho de imputársele la obligación, ya que si prospera la demanda, tendrá que cumplir la prestación ordenada, sin serle posible oponerse a la ejecución de la sentencia alegando aquella circunstancia, por virtud de la cosa juzgada y debido a que no podrá reclamar la invalidación de la sentencia, porque tampoco constituye causal de nulidad. Debe permitírsele en este caso proponer la falta de legitimación como excepción pre-

via (C. J., art. 333, ord. 2.º), que es propiamente un impedimento procesal para la continuación del juicio iniciado, o alegarla como excepción perentoria para que sea estudiada en la sentencia. Pero en este último caso el juez no entra a resolver si el demandante tiene el derecho, sino que se limita a declarar que el demandado no es el sujeto legitimado para contradecir la pretensión contenida en la demanda, por lo cual en realidad no es una sentencia de fondo. Aquel podrá, naturalmente, iniciar nuevo juicio contra quien sea el verdadero legitimado, ya que su derecho no ha sido desconocido por la sentencia.

Por otra parte, el demandante puede tener legitimación, mas no interés para obrar, por no ser este actual y serio (lo que no ocurre en los juicios ejecutivos), como en el caso del propietario que demanda al vecino para que se le condene a pagarle una indemnización, si llega a ejecutar unas obras que no ha proyectado aún. Pero el demandado legitimado tendrá siempre interés para obrar, puesto que se trata de imponerle una prestación, aun cuando el interés del demandante no sea legítimo ni actual. No se concibe un demandado con legitimación en la causa y a un mismo tiempo sin interés para obrar, puesto que siempre existirá para él un interés serio y actual en oponerse a la prestación reclamada.

En las *acciones ejecutivas* el interés para obrar es muy claro, porque el demandante persigue un pago que, por lo general, lo beneficia patrimonialmente, pero puede ocurrir que se trate de la ejecución o no ejecución de un hecho de simple interés moral; y el demandado sufre una disminución patrimonial o debe ejecutar o abstenerse de ejecutar un acto que le implique trabajo o perjuicio moral o renuncia a un beneficio económico. Son pertinentes las observaciones que sobre ausencia o existencia de legitimación en las partes hicimos respecto a las acciones de condena, porque no habría interés serio y legítimo en perseguir el pago si el demandante no es quien debe recibirlo; pero, en cambio, a pesar de que el demandado no sea la persona obligada, tiene interés para obrar por el hecho de que se le formula demanda y se pretende que con su patrimonio se satisfaga el derecho del demandante, o que por él se ejecute o no el hecho materia de la obligación. El demandante tendrá interés para obrar siempre que ostente legitimación, porque pretende un derecho exigible, aun cuando esté sujeto a condición suspensiva o a plazo pendiente (lo que constituirá excepción proponible); y el demandado también tendrá interés para obrar siempre que esté legitimado, porque existe el peligro de que por error se le imponga el pago aun cuando el demandante no tenga legitimación o carezca de interés serio y actual.

En las *acciones cautelares* accesorias a las de condena o ejecutivas, la situación es la misma que en estas. En las cautelares independientes (como para que se mejore la hipoteca o prenda o se decrete la separación de bienes por dilapidación del demandado), la situación es la misma que en las de condena, porque implican siempre una prestación o un perjuicio actuales o futuros. Es entonces suficiente interés el beneficio que reciba el demandante al ver asegurado su derecho o evitado su perjuicio, y para el demandado el verse así en la imposibilidad de disponer de sus bienes.

I) *Sus relaciones con la legitimación en la causa*

Como se ve, *la existencia del interés para obrar,* serio y legítimo, constituye suficiente legitimación en el demandante, en todos los juicios, y en el demandado, en los declarativos y constitutivos, pero no en los de condena ni en los ejecutivos y cautelares, porque en estos existe ese interés por el solo hecho de querer imponérsele la prestación o verificar con sus bienes el pago, y, por tanto, aun cuando carezca de legitimación. La *existencia de la debida legitimación* del demandante implica la de su interés para obrar en los juicios ejecutivos, pero en los demás juicios puede suceder que el interés perseguido no sea actual y serio; en cambio, sea que el demandado esté o no legitimado, tendrá siempre interés para obrar, aun cuando la pretendida obligación o declaración no sea actual ni seria y, por tanto, no exista el interés en el demandante, porque implica siempre el peligro de que por error del juez se acceda a las peticiones de la demanda y resulte obligado a soportar sus consecuencias.

A la inversa, *la falta de legitimación* implica siempre falta de interés para obrar en el demandante, en todos los juicios, porque su interés no será serio, legítimo y actual; y en el demandado únicamente en los juicios declarativos o constitutivos, porque tendrá interés suficiente en los ejecutivos, de condena o cautelares, por el solo hecho de demandársele, aun cuando carezca de legitimación, por la posibilidad de resultar condenado u obligado por error judicial. *La falta de interés para obrar* no implica la de legitimación, en el demandante, porque puede faltar aquel y no esta, cuando no es actual y serio, excepto en los ejecutivos; pero en el demandado no se concibe la falta de interés cuando tiene legitimación, por el peligro que representan para él las peticiones de la demanda en todo caso.

Para el demandado con legitimación en la causa, el interés es siempre actual, por serlo el peligro del daño material o moral que implican las pretensiones de la demanda, cualquiera que sea el derecho material, la legitimación y el interés del demandante. Generalmente, debe ser desestimada la demanda si el actor carece de estos; pero si por error judicial se accediera a sus peticiones, el demandado tendría que soportar sus consecuencias, en virtud de la cosa juzgada, ya que no podría impetrar la nulidad de la sentencia.

Recuérdese que la falta del derecho material pretendido no implica la de legitimación en la causa ni tampoco la de interés para obrar. De manera que pueden existir estos, a pesar de que se carezca de aquel.

J) *El interés para obrar en los terceros intervinientes*

Cuando se trata de terceros que pretenden intervenir en el curso del juicio, es suficiente interés el beneficio material o moral que puedan recibir de la prosperidad o frustración de la demanda, para intervenir como coadyuvantes; pero para intervenir como litisconsorte o tercerista *ad excludendum,* es decir, como tercero principal, es necesario que tengan interés jurídico en las resultas del juicio, porque la sentencia que resuelva sobre las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado pueda lesionar o beneficiar un derecho propio de ese tercero, debido a la conexión jurídica que exista entre este y la rela-

ción material que es objeto del juicio. Los acreedores personales de las partes demandante o demandada tienen únicamente interés económico en el resultado del proceso, cuando de los bienes de su deudor trabados en el litigio depende la cancelación de su crédito, por lo cual tales acreedores solo están justificados para intervenir en el juicio como coadyuvantes de su deudor, porque sus derechos de crédito no pueden ser lesionados, en sí mismos, por la sentencia. En cambio, el vendedor de un bien que es objeto de reivindicación por un tercero, está facultado para intervenir en el juicio, porque la validez de su propio título y del contrato de compraventa de que fue parte, lo mismo que las obligaciones del saneamiento, resultan vinculándolo a la suerte de la demanda y puede intervenir como litisconsorte. Esto será objeto de estudio especial (cfr. cap. XVII, núms. 179-181).

K) *Su falta no constituye una excepción*

La falta de interés para obrar no es propiamente una excepción, sino un defecto de la pretensión del demandante y, por tanto, un impedimento para su prosperidad, como la falta de legitimación para obrar y del derecho material. Pero el interés y la legitimación se necesitan para que la sentencia de fondo sea posible, y el derecho material, para que en sentencia de fondo se resuelva favorablemente al demandante.

Esta circunstancia hace que inclusive en los procedimientos que regulan en forma adecuada la excepción y exigen que sea propuesta por el demandado, la falta de interés para obrar deba ser declarada de oficio por el juez. Con mayor razón en nuestro sistema procesal, en que se permite la declaración oficiosa de las excepciones perentorias, salvo la de prescripción.

Es consecuencia de ser un requisito de la sentencia de fondo. El juez está impedido para pronunciarla si no encuentra el interés para obrar en ambas partes, y por ello es indiferente que el demandado guarde silencio al respecto.

L) *Su adecuada denominación*

Concluimos repitiendo la conveniencia de sustituir la denominación de *interés para obrar*, por la de *interés para la sentencia de fondo o mérito, o facultad para gestionar la sentencia de fondo o mérito, o interés para la pretensión y la excepción*, a fin de evitar confusiones con el interés para accionar y con el derecho de acción, y de precisar mejor su naturaleza y sus efectos.

M) *La sentencia inhibitoria, caso de faltar, no constituye cosa juzgada*

La sentencia que desestima la demanda por carencia de interés para obrar no constituye cosa juzgada, porque no contiene una decisión sobre el fondo de la litis. Podrá en este caso iniciarse nuevo juicio contra el mismo demandado o por el mismo demandante, si posteriormente adquieren ese interés jurídico en obrar que no tenían cuando se promovió el primero, o aduciendo la prueba que faltó, pero en el último caso debe darse al juez facultad para decretarla de oficio y poder resolver en el fondo, pues resulta irritante que carezca

de esta elemental iniciativa probatoria, en defensa de la economía procesal y de la seriedad misma de la justicia. Con mayor razón puede el demandante seguir juicio contra distinto demandado, si del juicio 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, en relación con la cual estudiaremos más ampliamente la cuestión [véase núm. 134, letra D)].

N) *Su falta debe declararse de oficio en la sentencia*

Aun en los países en donde las excepciones perentorias deben ser alegadas por el demandado y no le es posible al juez declararlas oficiosamente, se acepta que la falta del interés para obrar o para la sentencia de fondo o mérito sea considerada de oficio por el juez, para negar esa clase de sentencia y limitarse a una inhibitoria, y esto porque no es posible sentenciar la causa contra quien no dispone de ese interés serio y actual en ella.

En Colombia esta conclusión es más evidente, si se quiere, ya que inclusive las excepciones perentorias pueden declararse de oficio, si aparecen probadas, menos las de prescripción y compensación.

Es decir, la falta de interés para obrar, como también la de legitimación en la causa, no constituye una excepción, sino un requisito o condición para la procedencia de la sentencia de fondo [véase núm. 134, letras C) y G)].

O) *Casos en que debe examinarse de oficio para la admisión de la demanda y en que puede alegarse su falta como excepción previa*

En Colombia, en los juicios ordinarios el juez admite la demanda si reúne los presupuestos procesales de la acción y previos del juicio (véanse números 224-230), sin examinar la legitimación en la causa y el interés para obrar, por ser cuestiones que normalmente estudia en la sentencia. El demandado puede proponer como excepción previa (impedimento procesal en doctrina), la ausencia en él de cualquiera de estas dos condiciones sustanciales o de ambas, al tenor del ordinal 2.° del artículo 333 del Código de Procedimiento Civil. Pero esto ocurre solo en los juicios ordinarios y en el de deslinde y amojonamiento. En cambio, en los juicios especiales se examina tanto el interés para obrar como la legitimación en la causa, para la admisión de la demanda.

Creemos que debiera generalizarse el examen previo del interés para obrar tanto del demandante como del demandado, en toda clase de juicios, y otorgarse en todos al segundo el derecho a proponer el punto como excepción de previa sustanciación, a efecto de evitar en lo posible procesos inútiles, que gravan al Estado y perjudican la labor del juez, tanto como al demandado. Este examen previo es imperativo en los procesos en que el juez debe decidir *ab initio*, con o sin traslado previo al demandado, como los ejecutivos, lanzamientos, venta de cosa hipotecada y similares.

Al tratar de la legitimación en la causa, volveremos sobre este punto [cfr. núm. 134, punto V)].

CAPITULO XIV

LA «LEGITIMATIO AD CAUSAM» O LEGITIMACION EN LA CAUSA

120. Importancia de la noción e indecisión de la doctrina

Bastante hemos adelantado en el estudio de la *legitimatio ad causam* en el capítulo anterior, por su íntima relación con el interés para obrar, del cual, sin embargo, se distingue.

Al estudiar este tema, se trata de saber cuándo el demandante tiene derecho a que se resuelva sobre las determinadas pretensiones contenidas en la demanda y cuándo el demandado es la persona frente a la cual debe pronunciarse esa decisión, y si demandante y demandado son las únicas personas que deben estar presentes en el juicio para que la discusión sobre la existencia del derecho material o relación jurídico-material pueda ser resuelta, o si, por el contrario, existen otras que no figuran como demandantes ni demandados. Por ello, se trata de otra condición para que haya sentencia de mérito o fondo.

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 casos especiales, pero numerosos, consagrados por la ley procesal, con la admisión de la demanda y con la formación de la relación jurídico-procesal.

Respecto a este punto, encontramos la misma vacilación doctrinaria que respecto al interés para obrar y un importante avance en el derecho contemporáneo.

Los errores sobre la verdadera naturaleza de la legitimación en la causa, llevan a fatales consecuencias en la decisión de muchos juicios, como ha sucedido, por desgracia, en nuestra jurisprudencia.

Seguiremos el mismo método de exponer el concepto de los principales procesalistas, con las observaciones que nos merezcan, para luego concluir con el nuestro.

121. El concepto de José Chiovenda y nuestra crítica

Para Chiovenda [1], la legitimación en la causa es condición de la sentencia favorable y de la acción, y consiste en «la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la Ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)». Debe distinguirse de la *legitimatio*

[1] Chiovenda: *Principios*, t. I, p. 195-99, núm. 5.

ad processum, que hace referencia a la capacidad para estar en juicio por sí o por otros.

Dice el autor que, «en la mayor parte de los casos, la cuestión de la pertenencia de un derecho y de una acción se confunde con la cuestión de la existencia del derecho y de la acción; por ejemplo, si X prueba haber prestado 100 pesetas a Z, de ordinario prueba con esto mismo que el derecho de pedir la condena al pago de 100 pesetas corresponde a él mismo y contra el mismo Z». Nuevamente vincula la existencia de la acción a la del derecho, como lo hace al tratar del interés para obrar (cfr. núm. 113).

«Pero, a veces, la cuestión de la existencia *objetiva* del derecho y de la acción y de su pertenencia *subjetiva* se ofrecen separadas al juez. Esto ocurre cuando otras personas se presentan como *posibles interesados* activa o pasivamente en una acción.» Por ejemplo, puede discutirse si la reivindicación debe intentarse contra el poseedor o contra aquel que detenta *alieno nomine.* Se presenta la cuestión de la legitimación en estos casos: cuando ha habido un traspaso de derecho, por herencia o cesión, quien obra debe probar la existencia originaria del derecho en el propio causante o de la obligación en el causante del demandado, como el traspaso ocurrido; cuando hay relaciones jurídicas con pluralidad de sujetos activos o pasivos o de acciones de terceros contra los partícipes en una relación o estado jurídico, debe determinarse si una cierta acción puede ejercitarse por uno solo o contra uno solo (a veces la Ley define la cuestión, pero otras no); cuando haya varios interesados respecto de un mismo objeto o patrimonio, o se haya privado de las acciones correspondientes a cierto patrimonio, al sujeto de este, y pueda discutirse si una acción corresponde a algunos de los interesados o al total de ellos o al patrimonio considerado como ente (comunidad, sociedad, dote, herencia yacente, etc.).

«La falta de la *legitimatio ad causam* recibe en la práctica el nombre especial de carencia de acción.»

Más adelante [2] observa CHIOVENDA que en relación con las sentencias constitutivas hay que tener en cuenta, respecto a la legitimación, que «no siempre el derecho potestativo al cambio del estado jurídico corresponde exclusivamente a uno de los sujetos de la relación o estado jurídico que se hace cesar; a veces corresponde a terceros; por ejemplo, el derecho de impugnar un matrimonio»; y que la acción pauliana debe proponerse tanto contra el deudor como contra el comprador. Y al hablar de la ejecución dice: «La persona o personas que según la declaración deben recibir las prestación y las que deben hacerla, tienen, respectivamente, la legitimación activa o pasiva de la acción ejecutiva. Y lo mismo las que suceden a aquellos causahabientes del acreedor y del deudor» [3]. Agrega que «la cesión de un crédito declarado en un título ejecutivo implica siempre paso de la acción ejecutiva ya correspondiente al acreedor», y que respecto a la legitimación activa el cesionario de un crédito no puede instaurar la ejecución sino después de haber notificado la cesión al deudor (C. C., art. 2.082); respecto de la legitimación *pasiva,* los títulos contra el difunto son ejecutivos contra los herederos, pero no se puede proceder a la ejecución sino cinco días después de haberles sido notificados. Esta norma se refiere solo a la acción ejecutiva y no al procedimiento ejecutivo.

---

[2] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 239, núm. 8.
[3] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 322, núm. 10.

Muchos son los méritos de CHIOVENDA, y el impulso que le dio al derecho procesal moderno fue extraordinario. Sin embargo, en esta materia de la legitimación en la causa no supo ponerse a la altura a que llegó su pensamiento en otras cuestiones, como en su concepto sobre el derecho de acción. Al decir que la legitimación consiste en la identidad del actor con la persona a la cual la Ley concede la acción y del demandado con la persona contra quien es concedida la acción, puede entenderse—y ha sucedido—que identifica la *legitimatio ad causam* con la titularidad del derecho material y de la obligación correlativa, lo que constituye grave error. Resultaría así que si la sentencia decide en el fondo, pero desfavorablemente al actor, por no tener el derecho material pretendido, no existiría su legitimación en la causa; pero entonces no se explicaría por qué fue posible que la sentencia de fondo se pronunciara. Solo quien tiene interés para obrar y legitimación en la causa puede recibir sentencia de fondo o mérito que resuelva sobre la existencia o inexistencia del derecho material o de la relación jurídico-material de que pretende ser titular. Creemos que no es ese el verdadero pensamiento de CHIOVENDA y que se trata de una insuficiente explicación de esta materia. Y es posible que cuando habla de sentencia desfavorable al demandante, lo haga en un sentido lato, incluyendo la inhibitoria; por lo que puede entenderse que para él, si bien la legitimación es condición de la sentencia favorable, ello no significa que si aquella existe, la sentencia tenga que ser favorable al demandante, sino que en el caso de no haber legitimación, el fallo favorable no es posible, y así entendido, su concepto sería correcto, en esta parte.

Por otra parte, en el derecho procesal moderno la acción es un derecho cívico que pertenece a toda persona natural o jurídica y que, cuando se ejercita, se dirige al Estado mediante el funcionario judicial, pero jamás contra el demandado. La pretensión puede dirigirse al demandado, cuando implica una prestación u omisión, pero no la acción (cfr. núms. 86, letra E), y 105). La Ley concede la acción para la solución pacífica de los conflictos y la realización de los derechos mediante su declaración con certeza jurídica por la vía jurisdiccional del proceso, y su ejercicio impone al Estado la obligación de proveer a través del órgano jurisdiccional. De manera que basta estar en una de estas situaciones, ya sea en un conflicto o en la necesidad de obtener la declaración, para que se tenga la acción, lo que puede ocurrirle a cualquiera persona. Puede suceder que, a pesar de estar en conflicto con otra, o de necesitar la declaración para lograr un bien jurídico, y tener, por tanto, acción, debido al interés público general en que el problema se defina por la vía del proceso, el demandante carezca de legitimación para formular las peticiones contenidas en la demanda. En tal caso, que es muy frecuente, la demanda será admitida y el proceso iniciado, tramitado y fallado, pero la sentencia será simplemente inhibitoria; a menos que la Ley exija, para la clase de juicio de que se trata, que se examine la legitimación en la causa en el momento de admitir la demanda, o en incidente posterior, previo a la sentencia. La acción habrá surtido todos sus efectos y es imposible negar que la Ley la concedía al demandante. Sin embargo, por no tener legitimación en la causa, no podrá obtener sentencia de mérito que resuelva sobre la existencia del pretendido derecho o relación jurídico-material.

Vuelve a traicionar así CHIOVENDA su concepto sobre la acción como derecho autónomo, independiente del derecho material y de la obligación correlativa. La falta de legitimación no significa carencia de acción, y puede tener-

se legitimación y no existir, sin embargo, el derecho material y, por tanto, no ser titular el demandante; la titularidad de la acción no significa la existencia de la legitimación en el demandante, y como la acción jamás se dirige contra el demandado, nada tiene que ver con la legitimación de este.

La legitimación no mira a la acción, sino a la pretensión contenida en la demanda, a no ser que se use el término *acción* en un sentido material y no procesal.

La cuestión de la legitimación se presenta no solamente en los casos que cita CHIOVENDA, sino en todos los juicios, por cuanto ello es un requisito de la sentencia de fondo o mérito, cualquiera que sea la acción ejercitada y la pretensión contenida en la demanda.

La doctrina moderna ha superado fundamentalmente el concepto de CHIOVENDA.

Por último, la cesión de un crédito o derecho cualquiera no implica la cesión de la acción, en sentido procesal, porque el cesionario que recurre al proceso para la realización o la satisfacción del derecho cedido, ejercita su propia acción.

122. EL CONCEPTO DE PIERO CALAMANDREI Y NUESTRA CRÍTICA

CALAMANDREI, ilustre discípulo de CHIOVENDA, parte de un error fundamental: que la acción es el derecho a la sentencia *favorable* [4], no obstante haberse declarado partidario de la doctrina de su maestro sobre la acción como derecho potestativo. Pues CHIOVENDA eliminó, precisamente, el concepto de sentencia favorable en el derecho de acción, lo que constituyó su trascendental aporte a la evolución de la idea de acción en derecho procesal (cfr. núm. 80).

Naturalmente, entendida de esa manera la acción, era lógico considerar como un requisito suyo tanto la legitimación en la causa como el interés para obrar, puesto que para el citado autor, solo quien tiene acción tiene derecho a sentencia favorable [5].

Dice CALAMANDREI que la *legitimación para obrar* o *para contradecir* no debe confundirse con la *legitimatio ad processum*, que es un requisito del proceso. Para que el juez pueda tomar las providencias correspondientes a la relación jurídica entre el hecho y la norma legal, que es la primera condición de la acción, «es necesario, además, que la demanda le sea presentada por quien se encuentre frente a aquel hecho específico en la posición subjetiva que se llama precisamente legitimación para obrar (o legitimación activa); y que, de otra parte, la demanda sea propuesta por el actor contra un adversario que se encuentre, en cuanto a aquel mismo hecho específico, en la posición subjetiva recíproca que se llama legitimación para contradecir (o legitimación pasiva)» [6]. Así estarán las dos partes cualificadas para afirmar y para contradecir respecto de la materia, requisito indispensable cuando se discute en juicio la existencia de un derecho subjetivo que mira a una prestación. Para obtener la sentencia que condene al obligado, no basta que exista objetivamente el incumplimiento, sino se necesita que la demanda sea propuesta por el acreedor insatisfecho en contradicción con el deudor incumplidor. «Actuar o contradecir en

[4] PIERO CALAMANDREI: *Instituciones de derecho procesal civil*, ed. argentina, 1943, p. 179-80.

[5] PIERO CALAMANDREI, ob. cit., p. 273.

[6] PIERO CALAMANDREI, ob. cit., p. 185.

juicio para la tutela del propio derecho, es un modo de disponer de aquel derecho», y, por tanto, «cuando se controvierte en juicio sobre una relación de derecho privado, la legitimación para obrar y para contradecir corresponden, respectivamente, al sujeto activo y al sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida».

Sin embargo, admite CALAMANDREI que puede ocurrir que excepcionalmente se verifique aquella atribución a personas diversas del titular del derecho sustancial y de la legitimación. Así, cuando la Ley autoriza a cualquiera de los varios sujetos activos de una relación jurídico-sustancial para que ejercite la acción o para que se ejercite contra cualquiera de sus sujetos pasivos, el titular del derecho es el grupo de personas y, sin embargo, la acción corresponde a cualquiera de ellas. Más clara aparece esta distinción práctica entre derecho sustancial y *legitimatio ad causam* cuando se controvierte una relación de *status* personal o familiar, ya que la Ley permite que actúen en juicio personas diversas de aquellas que, según el derecho sustancial, son directamente partícipes de la relación controvertida; así, se otorga la legitimación activa, para pedir la nulidad del matrimonio, no solo a los esposos, sino a otros familiares. Y llega a su máximo esta separación cuando la Ley autoriza al Ministerio público para que ejerza la acción, pues entonces se provoca el ejercicio de la jurisdicción aun cuando los sujetos de la relación sustancial permanezcan inertes [7].

En realidad, el concepto de CALAMANDREI es el mismo de CHIOVENDA, en cuanto considera la legitimación como requisito de la acción; pero, al paso que en este no se explica frente a su concepto de la acción como derecho autónomo, independiente del derecho sustancial y de la obligación correlativa, que busca la sentencia, cualquiera que sea (favorable o desfavorable), en aquel sí es consecuencia lógica del error de estimar la acción como el derecho a la sentencia favorable, porque la identifica con la titularidad del derecho material pretendido. Por eso, para CHIOVENDA, cuando la sentencia es desfavorable, la acción, sin embargo, existe y ha surtido inclusive todos sus efectos (luego no puede ser condición de la acción lo que es condición solo de la sentencia favorable). Empero, para CALAMANDREI en tal hipótesis no existe acción (lo que hace inexplicable por qué hubo proceso y sentencia). Retrotrae así el concepto de acción al de la doctrina civilista tradicional, a pesar de que la refuta con acierto.

Incurre CALAMANDREI en otro grave error, consistente en identificar la legitimación con la titularidad del derecho material. De esa identificación resulta que si la sentencia decide en el fondo y de manera desfavorable para el actor, por no tener el derecho, no existirá su legitimación en la causa y entonces no se puede explicar que se pronuncie sentencia de fondo, a instancia del actor, sin hallarse legitimado para obtener una decisión sobre la existencia del derecho.

123. EL CONCEPTO DE KISCH Y NUESTRA CRÍTICA

En sus *Elementos* consagra KISCH cinco páginas a esta materia, siguiendo el concepto de CHIOVENDA en líneas generales. En efecto, dice: «La demanda judicial de un derecho es una forma de su ejercicio. No puede, por tanto,

[7] PIERO CALAMANDREI, ob. cit., p. 189-91.

tener resultado más que cuando se ejercita por la persona a quien la Ley concede facultad para ello y precisamente contra la persona frente a la cual la acción de que se trate tiene que ser ejercitada. La cualidad en virtud de la cual una acción o derecho puede y debe ser ejercitada por o contra una persona en nombre propio, se llama *legitimación en causa* o facultad de llevar, gestionar o conducir el proceso; activa, para aquel que puede perseguir judicialmente el derecho, y pasiva, para aquel contra el cual este se ha de hacer valer.»

En concepto de KISCH, dilucidar esta cuestión es tarea del derecho privado, particularmente del derecho civil. Este resuelve el problema de si alguien tiene facultad para hacer valer un derecho y, por tanto, para perseguirlo judicialmente, y también el de contra quién ha de tener lugar esa persecución judicial. Y solo cuando existe esa legitimación en el demandante y el demandado, la demanda tiene posibilidades de éxito. Agrega dicho autor que «si falta en una u otra parte, la demanda tiene que ser desestimada, a pesar de que la acción en sí exista en favor o en contra de otra persona», y que la legitimación es un requisito de la acción ejercitada y tiene un carácter subjetivo; no una cualidad procesal ni un requisito de validez procesal de la demanda, sino una cualidad o propiedad de derecho privado; «es una condición para la sustentabilidad o fundamentación material—en derecho sustantivo—*del derecho (o acción)* en la persona del actor y contra el demandado, o, en otros términos, es uno de los hechos de que depende la resolución favorable al actor. Por eso forma parte de los fundamentos de hecho y debe ser probada por el demandante. Su falta no es una excepción procesal, sino que «lleva a la repulsa de la demanda (no porque esta se haya propuesto procesalmente mal), como materialmente infundada (como infundada en derecho material)» [8].

Según KISCH, la legitimación se determina por este principio: «la acción debe ser ejercitada por su titular (por el que tiene el derecho) y ha de dirigirse contra el obligado».

Cambiando el titular de los derechos o de los deberes, cambia también el tenedor de la legitimación en causa. Así, cuando se cede un crédito, corresponde al cesionario; para ejercitar los derechos que corresponden al propietario, se debe tener actualmente la propiedad; si la acción debe ejercitarse contra el poseedor, el demandado debe tener esa calidad [9].

Pero afirma el citado autor que existen excepciones al principio de que la legitimación corresponde al tenedor del derecho o de la obligación. Así ocurre cuando la acción se ejercita, no por todos o contra todos los partícipes de la relación sustancial, sino por uno o contra uno, como en el caso del coheredero facultado para ejercitar solo y en su nombre una acción perteneciente a la herencia; cuando al propietario de un patrimonio se le priva de la administración y disposición del mismo y se entregan a otro tales derechos para que los ejercite a nombre propio. «La demanda que en todos estos casos se dirigiera contra o por el sujeto del derecho, ha de ser rechazada independientemente de la existencia objetiva del derecho (o acción), desde luego, no por causa de incapacidad procesal, sino por falta de legitimación en la causa.»

---

[8] KISCH: *Elementos*, p. 106-07.
[9] KISCH, ob. cit., p. 108.

En un segundo grupo de casos ocurre que el tenedor del derecho no está privado de la legitimación, pero sí de su ejercicio, y los procesos tienen que ser dirigidos por otro en su lugar, quien no ejerce una legitimación propia, sino ajena; ejemplos son la representación de la masa de la quiebra por el síndico y la de los herederos por el albacea, caso en el cual se trata de una representación legal obligatoria. Y, por último, existen casos en los cuales la posición de parte procesal no corresponde a un particular interesado en la relación jurídica controvertida, sino a una autoridad pública que no tiene interés personal en el resultado del proceso; el principal de todos lo constituye la intervención del Ministerio público en los procesos de familia e interdicción, en calidad de demandante o de demandado [10].

Correcto es el concepto de KISCH cuando afirma que la legitimación no es presupuesto procesal ni su falta una excepción procesal; que tiene carácter subjetivo; que es la cualidad que permite formular la demanda por o contra alguien, y que forma parte de la fundamentación material del derecho, cuya falta lleva a la repulsa de la demanda, no porque esté procesalmente mal formulada, sino por estar materialmente infundada.

Pero KISCH identifica la *acción* y el *derecho material*, y por eso habla en varios lugares de derecho sustantivo o acción y de que esta se ejercita por el que tiene el derecho, concepto tradicional de la acción, que desde CHIOVENDA está definitivamente archivado. Naturalmente, ese error tenía que conducirlo a identificar la legitimación con la titularidad del derecho material o relación jurídico-material y la titularidad de la acción con la de la legitimación, como también a darle el carácter de condición para la sentencia favorable, puesto que si falta, tampoco se tendrá el derecho material pretendido.

Para refutarlo, nos remitiremos a las razones expuestas al criticar los conceptos de CHIOVENDA y CALAMANDREI.

124. EL CONCEPTO DE EDUARDO J. COUTURE Y NUESTRA CRÍTICA

Desafortunadamente, COUTURE no estudió esta materia de la legitimación en causa en la última edición de sus *Fundamentos*, lo que le hubiera permitido reajustar su concepto, como lo hizo en otros puntos. Así tenemos que limitarnos a lo dicho en sus *Estudios de derecho procesal civil*, en donde encontramos los siguientes conceptos:

«Expresado en las palabras más sencillas, es la posibilidad de ejercer en juicio la tutela del derecho. Se distinguen, siguiendo la línea paralela de la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, dos tipos de legitimación: la legitimación en el derecho sustancial *(legitimatio ad causam)* y la legitimación en el proceso *(legitimatio ad processum)*.

»La legitimación en el derecho sustancial implica la titularidad del derecho que se cuestiona: el propietario en el juicio de reivindicación, el poseedor en la acción posesoria, el acreedor en la acción por cobro de pesos, o la víctima en la acción de responsabilidad civil. No importa, en cuanto a esa aptitud, que se actúe como demandado o como actor (la legitimación se denomina *activa* o *pasiva*, según la condición de la parte en el proceso). Y cuando esa aptitud, esa condición de titular del derecho, recae sobre un menor o sobre

[10] KISCH: *Elementos*, p. 109-10.

un incapaz, no se modifica el concepto de la legitimación en el derecho sustancial: sigue siendo titular el menor o el incapaz, cambiando solamente el legitimado en el proceso. La legitimación procesal incumbe entonces al representante legal, al que presta la asistencia o al que da la autorización, según veremos de inmediato.

»Distinguimos entonces, por un lado, la legitimación sustancial, o titularidad del derecho que está cuestionado (parte en sentido sustancial), y por otro, el ejercicio directo de ese derecho en el proceso, o legitimación procesal (parte en sentido procesal).

»Toda persona humana tiene legitimación *ad causam*, pero no toda persona humana tiene legitimación *ad processum*» [11].

Más adelante agrega: «Pero no es, en cambio, todo lo correcto que debía ser el concepto de *legitimatio ad causam*.

»Si bien las palabras definen la calidad de titular del derecho cuestionado, esa calidad no se refiere al proceso en sí mismo, sino a la sentencia que en él se dicte.

»La *legitimatio ad processum* constituye un presupuesto procesal, sin el cual el juicio no tiene existencia jurídica ni validez formal; pero la *legitimatio ad causam* no es un presupuesto procesal, sino una de las condiciones requeridas para una sentencia favorable. No es presupuesto del proceso, sino de la sentencia favorable. Si el actor no tiene la calidad de titular del derecho, pierde el juicio.

»En este caso, el proceso es válido, pero la sentencia le será adversa.

»Como bien se comprende, aquí no está en juego la capacidad. Lo que está en juego es la falta de razón para demandar. La demanda es válida, procesalmente hablando, e impropia, sustancialmente hablando.

»El concepto de *legitimatio ad causam* no es sino la titularidad del derecho» [12].

Como se ve, COUTURE siguió el concepto de CALAMANDREI, con su defecto de identificar la legitimación en causa con la titularidad del derecho material, pero se separa de este y de CHIOVENDA en cuanto no considera la legitimación como una condición de la acción, punto en el cual los supera indudablemente.

La crítica que formulamos al concepto de CALAMANDREI tiene aplicación al de COUTURE, y nos remitimos a ella (cfr. núm. 122).

Es curioso que COUTURE afirme primero que «toda persona humana tiene *legitimatio ad causam*», y luego diga que si el actor no tiene tal legitimación, la sentencia le será adversa; lo que es una contradicción manifiesta, porque aquello significa que jamás puede faltarle al actor la legitimación. Naturalmente, tampoco es cierto esto último. COUTURE confunde la legitimación con la acción, derecho cívico que pertenece a toda persona natural o jurídica, como él enseña brillantemente en sus *Fundamentos*, y como lo explicamos en el número 82. La verdad está en su última afirmación, esto es, que puede existir acción, demanda y juicio, inclusive, sentencia, sin que el demandante o el demandado o ambos tengan legitimación en la causa.

Esa sentencia entonces no podrá acceder a las peticiones de la demanda y solo en ese sentido lato puede decirse que es favorable al demandado; pero no podrá decidir sobre el fondo, y el juez deberá limitarse a declararse impe-

---

[11] COUTURE: *Estudios de derecho procesal civil*, t. III, p. 20 y 209.
[12] COUTURE, ob. cit., p. 216.

dido para resolver sobre la existencia del derecho o relación jurídico-material y sus consecuencias frente al demandado. Por tanto, en sentido estricto la legitimación en la causa es requisito de la sentencia de fondo, pero no basta para obtener sentencia favorable, porque puede haber debida legitimación en la causa y la sentencia ser de mérito o fondo, pero desfavorable, por no ser el demandante el verdadero titular del derecho material, o no serlo el demandado de la obligación correlativa, o no existir ese derecho. Naturalmente, el error de identificar la titularidad del derecho material, lo que implica que existe ese derecho, con la *legitimatio ad causam,* tenía que conducir a COUTURE a suponer que quien tiene esta debe obtener sentencia favorable.

El concepto de COUTURE es menos evolucionado que el de ROSENBERG y SCHÖNKE, e inclusive que el de CHIOVENDA. En cambio, en materia de derecho de acción está a la altura de las últimas concepciones de CARNELUTTI y ROCCO, como vimos (cfr. núm. 82). No se encuentra armonía en los dos conceptos, pues si se considera la acción como un derecho subjetivo público y cívico, independiente de la titularidad del derecho material, no es aceptable estimar la legitimación como la titularidad de ese derecho, según explicamos al criticar el concepto de CHIOVENDA.

125. EL CONCEPTO DE ROSENBERG Y NUESTRA CRÍTICA

En el capítulo anterior vimos ampliamente el concepto de este profesor alemán sobre el interés para obrar y la legitimación en causa.

ROSENBERG habla de *facultad para seguir el proceso,* a fin de determinar cuál es la parte verdadera, es decir, frente a la cual el juez debe conocer la causa, y cuya presencia es indispensable para que pueda ser resuelta la controversia. Esto significa que viene a ser una condición para la sentencia de fondo, y «una relación material entre la parte y el objeto del litigio». Tal facultad corresponde generalmente a los titulares de la relación jurídica controvertida, pero les es negada con alguna frecuencia; por lo que no es acertado considerar como las partes verdaderas al sujeto activo y pasivo de la relación jurídico-material de la sentencia. Y luego agrega: «También la designación elegida para ella de *legitimación para causa* (legitimación activa de parte del demandante, y pasiva de parte del demandado), si bien se ha mantenido corriente en general, parece no ser ya apropiada, porque legitimación para la causa no es otra cosa que el aspecto subjetivo de la relación jurídica controvertida, la *competencia para el derecho,* que debe ser separada absolutamente de la facultad de gestión del proceso; ella es un presupuesto del *fundamento* de la demanda; la facultad de gestión del proceso lo es, en cambio, de su *procedencia*» [13].

Explica luego que cuando el marido (que en Alemania está facultado para hacerlo) demanda el pago de un crédito perteneciente a los bienes aportados por su mujer, si el crédito ha pasado de los bienes aportados por la esposa a un tercero, se rechazará por *infundada* la demanda, exactamente como si el crédito no hubiese existido o hubiese desaparecido; pero que si el crédito forma parte de los bienes reservados por la mujer—y no aportados—, entonces

[13] ROSENBERG, ob. cit., p. 255.

la demanda se rechaza por *improcedente,* porque el marido no está facultado para hacerlo valer.

De manera que ROSENBERG propone que lo que generalmente se conoce como legitimación para la causa, se denomine *interés para seguir o gestionar el juicio*; y que por aquella se entienda la *competencia para el derecho,* o sea que el derecho reclamado corresponda al actor, lo que es fundamento de la demanda. De ahí que el marido carecerá de legitimación para demandar el pago cuando el crédito aportado por su esposa ya no está en su patrimonio o nunca ha existido. Se identifica así la legitimación para la causa con la titularidad efectiva y, por tanto, con la existencia del derecho material, lo que equivale a desvirtuar totalmente su noción.

Las críticas formuladas por el concepto de CHIOVENDA resultarían aplicables al de ROSENBERG, si así se le entendiera.

Pero considerando que por legitimación para la causa se entiende en doctrina lo denominado por ROSENBERG como facultad para seguir o gestionar el proceso (como él lo advierte), que no presupone la correspondencia real del derecho ni su existencia real, sino que se refiere a la facultad de las partes para ligarse por el proceso, es decir, para que se resuelva en sentencia de fondo si existe o no y si pertenece al demandante, resulta que para él no es la titularidad del derecho material, ni es condición de la acción, y así su concepto representa un notable avance y progreso en relación con el de CHIOVENDA, ya que entonces la legitimación viene a constituir un presupuesto de la procedencia de la demanda, entendida esta en el sentido de que sea posible resolver sobre las peticiones contenidas en ella, lo cual es correcto. Sin embargo, su exposición resulta incompleta y deficiente.

126. EL CONCEPTO DE ADOLFO SCHÖNKE Y NUESTRA CRÍTICA

De la misma escuela alemana, este ilustre profesor nos dice que la legitimación en causa no es un presupuesto procesal, sino parte del fundamento de la demanda, y por ello, en caso de faltar, la demanda ha de ser calificada como infundada, no como inadmisible, y que «tampoco la resolución firme sobre el asunto se opone a la incoación de un nuevo procedimiento», por no existir cosa juzgada [14].

Y al tratar de la demanda dice que deben indicarse los hechos de los cuales se deduzca la legitimación en causa [15].

Como se ve, para SCHÖNKE la legitimación no es cuestión procesal, sino sustancial, y es condición de la sentencia de fondo y no de la acción; su falta no implica ausencia de un presupuesto procesal, sino carencia de fundamentación, y la sentencia que rechace la demanda por ese motivo no constituye cosa juzgada. Todo esto es cierto. Pero no explica cuándo existe legitimación ni en qué forma afecta la fundamentación de la demanda; si es en el sentido de que constituye condición para tener derecho al pronunciamiento de fondo, como nosotros lo entendemos, su concepto representa también un notable progreso respecto al de CHIOVENDA.

---

[14] ADOLFO SCHÖNKE: *Derecho procesal civil,* 5.ª ed., trad. española, p. 161.
[15] ADOLFO SCHÖNKE, ob. cit., p. 167.

127. El concepto de Enrico Allorio y nuestra crítica

Este brillante profesor italiano hace algunas consideraciones sobre la *legitimatio ad causam* en su *Ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial* (Buenos Aires, 1958); rechaza la confusión entre el problema de la legitimación y el de la titularidad del derecho o estado controvertido y la considera un requisito de la sentencia de mérito, afirmaciones que son dos puntales del concepto verdadero de la legitimación en causa [16]. Desgraciadamente, no nos ofrece un estudio más completo sobre esta materia.

128. El concepto de Redenti y nuestra crítica

No se encuentra en los tres tomos del *Derecho procesal civil* de Redenti un capítulo ni un número especialmente destinado a la *legitimatio ad causam*, por lo cual es muy difícil precisar su concepto.

Distingue Rendeti la *legitimación procesal formal* de la *legitimación sustancial* o *legitimatio ad causam*. La primera se refiere a la calidad formal de parte demandante o demandada, a la facultad de formular peticiones en el proceso, de oponerse, de impugnar la sentencia, etc.; así, solo quien sea parte cuando se dicte la sentencia se halla legitimado para apelar o interponer casación, y el acto procesal ejecutado por quien carezca de ella resulta afectado de *nulidad-ineficacia*, como cuando un tercero extraño al proceso propone apelación o casación contra la sentencia [17]. La segunda mira a la relación sustancial.

«En el momento en que se da vida al proceso, no es posible todavía saber si la acción que se pretende hacer valer es o no jurídicamente proponible y fundada, pues, por definición, esto debe ser, cabalmente, objeto del juicio del juez.

»Puede *hacer valer* un juicio *(ejercitar)* una acción-pretensión, proponiendo la correspondiente demanda, quien *afirme* ser su titular o estar legitimado para ejercitarla *según el esquema legal que él mismo le atribuye.*» De lo contrario, hay razón para rechazar su demanda. Por lo tanto, en la práctica quien propone una acción-pretensión de reivindicación, debe comenzar por afirmarse *(pretenderse)* propietario o usufructuario de la cosa (o legitimado para ejercitar la acción en él); quien propone una acción-pretensión de condena, debe comenzar por aseverarse (pretenderse) acreedor (o legitimado en lugar del acreedor), y así sucesivamente, «de lo contrario, podrá surgir indudablemente un proceso y llevar a un juicio del juez, pero este no podrá ser más que negativo (de rechazo) por defecto de legitimación activa o, como también suele decirse, por carencia (subjetiva) de acción. Claro es que con esto, según los mencionados artículos (29 y 99), viene asumiendo un significado *sustancioso y sustancial* y no ya solo formal-procesal, la regla *nemo iudex sine actore* (nadie es juez sin actor). Referida a la acción, y no ya solamente al proceso, se la

[16] Enrico Allorio, ob. cit., p. 215-17.
[17] Redenti, ob. cit., t. I, p. 194, 218; t. II, p. 11, 12, 302, 499.

podría desarrollar así: *nemo iudex (actionis) sine (legitimo) actore* (nadie es juez de la acción sin legítimo actor)» [18].

Puede también ocurrir que estén legitimados para proponer una determinada acción, según su esquema legal, varios sujetos simultáneamente. Es el *litisconsorcio*. Y si la demanda la propone el Ministerio público, será necesario que se afirme también él a su vez como legitimado para accionar en orden al caso *de quo*. Se aplican, *mutatis mutandi*, las mismas consideraciones expuestas anteriormente.

Es esto lo que se llama el *principio de la demanda* del artículo 99 (C. P. C. italiano), que dice: «Quien quiera hacer valer un derecho en juicio, debe proponer demanda al juez competente.»

Este principio debe complementarse, lógica e inseparablemente, con el principio del contradictorio, que consagra el artículo 101 del citado Código: «El juez, salvo que la Ley disponga otra cosa, no puede estatuir sobre ninguna demanda si la parte contra la cual se propone no ha sido regularmente citada y no ha comparecido.» La razón de este principio es la de poner a aquel contra quien se dirige la acción-pretensión en condiciones de hacer valer ante el juez sus razones y excepciones en sentido contrario. Es la regla *auditur et altera pars* (óigase también a la otra parte). Por eso, quien propone una acción-pretensión de reivindicación debe citar a quien, *según él dice*, es poseedor o detentador de la cosa; quien la propone de condena, debe citar a quien, *según él dice*, sea deudor, etc. [19].

Más adelante, en el número 66, que trata de las nociones de *legítimos y necesarios contradictores* y de *integridad del contradictorio*, agrega:

«Resumiendo todo lo que antecede: a fin de que el proceso sirva a su objetivo final a que tiende, de que se forme juicio sobre una acción (pretensión), es necesario, ante todo, que la constitución subjetiva del proceso se ajuste a la estructura subjetiva de dicha acción en el momento de su ejercicio y según su esquema legal. Es decir, es necesario que vengan a ser partes del proceso (partes en sentido procesal) los mismos sujetos que son activa o pasivamente legitimados para el ejercicio de la acción (partes en sentido sustancial respecto de la acción). En los casos de acción con dualidad de partes, ello significará que el sujeto activamente legitimado para el ejercicio de la acción *(uti actor)*, deberá citar al pasivamente legitimado *(uti reum)*.» Y si hay pluralidad de partes, es necesario que, por lo menos, uno de los sujetos activamente legitimados, cite a uno de los pasivamente legitimados; los demás podrán ingresar después al juicio por *adcitatio* (cocitación) o por intervención, pero sin ello caerá en el vacío el proceso.

De ahí que los antiguos comentaristas elaboraron la noción de *legítimos y necesarios contradictores*, noción que comprende a todos los que *deben* ser necesariamente partes del proceso (como actores, demandados, intervinientes o cocitados), para que el juez pueda «formar juicio de la acción-pretensión».

Puede suceder que la posición procesal de algún sujeto no coincida, y hasta que sea inversa, respecto de la posición sustancial (por ejemplo, el caso del condómino del fundo dominante cocitado en la *confesoria servitutis*). Y hay acciones en que todos los sujetos están activa y pasivamente legitimados a la

[18] REDENTI, ob. cit., t. I, núm. 64, p. 231.
[19] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 232-33.

vez, puesto que cualquiera puede ejercer la acción, contra los otros, que vienen a ser procesalmente demandados, a pesar de que todos tienen la misma posición de partes en sentido sustancial (respecto de la acción) [20].

Nada claro es el concepto de REDENTI. Acierta, sin duda, cuando dice que el demandante debe *afirmar o pretender ser* titular del derecho sustancial y *afirmar* que el demandado lo es de la obligación correlativa, o que, de lo contrario, podrá surgir un proceso y llegar a un juicio del juez (no explica si a la sentencia o a decisión en acto distinto, pero parece que se refiere a aquella), pero que será un juicio *de rechazo* por defecto distinto de la titularidad real del derecho material (puesto que basta pretender tenerlo) y de una condición de la sentencia de fondo o mérito, no de la acción, pues el juicio de *rechazo* viene a ser la sentencia *inhibitoria*. Si esa es la correcta interpretación de su concepto, representaría un evidente progreso respecto al de CHIOVENDA, CALAMANDREI, COUTURE, y sería similar al de ROSENBERG y SCHÖNKE, y al que, en forma más perfecta, defienden CARNELUTTI y ROCCO.

Pero cuando a continuación agrega que esa sentencia *de rechazo* lo sería, «como también suele decirse, por carencia (subjetiva) de acción», estaría asignándole calidad de condición de la acción (si prohija ese concepto, pues no aparece claro si únicamente lo menciona o si lo acepta).

Por otra parte, *el principio de la demanda* y el *del contradictorio* no se refieren a la *legitimatio ad causam*, como parece entenderlo REDENTI; porque el primero significa simplemente que en materia civil no hay juicio oficioso y que se requiere siempre una demanda (sin que se distinga si el demandante tiene o no legitimación en la causa); y el segundo se refiere a la norma general de que nadie puede ser juzgado sin ser oído y que, por tanto, el demandado debe ser citado siempre al juicio (tenga o no legitimación en la causa).

Cuando habla de que la constitución subjetiva del proceso debe corresponder a la estructura subjetiva de la acción en el momento de su ejercicio y según su esquema legal (entendemos por esto las peticiones que se formulan en la demanda), anda bien encaminado REDENTI si se considera que basta afirmar la titularidad del derecho y de la obligación en cabeza del actor y del demandado; pero cuando agrega que es necesario que vengan a ser partes del proceso (partes en sentido procesal) los mismos sujetos que son activa o pasivamente legitimados (partes en sentido sustancial respecto de la acción), surge la duda de si exige para la legitimación ser titular del derecho u obligación material, es decir, partes del derecho sustancial, pues al tratar de los sujetos del proceso, dice que se habla de parte en sentido sustancial «para aludir al hecho de ser parte del derecho sustancial o de la acción o, por lo menos, de la acción-pretensión» [21]. Si se trata de partes de la pretensión, conforme a lo afirmado en la demanda, como él acepta, entonces su concepto estaría muy bien orientado; pero si se trata de partes del derecho sustancial, estaría en el mismo error de CALAMANDREI y COUTURE. Creemos que su concepto es el primero, en vista del párrafo contenido en la página 231, anteriormente copiado, que es en donde se encuentra una mejor y más completa exposición de la materia.

---

[20] REDENTI, ob. cit., p. 237-38.
[21] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 151.

129. Concepto de Manuel de la Plaza y nuestra crítica

Dice este profesor español, en su obra *Derecho procesal civil español*, edición 1951, citando a Guasp, que la idea de *legitimación* es «la consideración especial en que tiene la Ley a personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de la pretensión procesal»; que la Ley de Enjuiciamiento Civil acoge la noción cuando habla de *partes legítimas*, por ejemplo, en los artículos 73, 80 y 161, para dar a entender que las personas que actúan en el proceso necesitan de una cualidad predeterminada por la Ley (de ahí su nombre), que, en relación con el objeto de cada proceso, permite que su pretensión se examine por el organismo jurisdiccional; y que, normalmente, salvo excepciones, está en función bien de la titularidad de la relación jurídico-material (tener la condición de acreedor para reclamar un crédito o la de dueño para el ejercicio de la acción reivindicatoria), o de la titularidad de la relación jurídico-procesal (piénsese en la necesidad de ser litigante para solicitar la acumulación o la recusación) [22].

Más adelante, al tratar sobre la capacidad y la legitimación, dice: «La legitimación para obrar es la aptitud para ser sujeto de derecho, *respecto a una determinada controversia*, esto es, que así como la capacidad jurídica implica la facultad de poder ser sujeto de una relación, la legitimación supone el *serlo en realidad* y poder actuar en la controversia con la eficacia necesaria.» Y agrega que nuestros actos pueden quedar legitimados, ya por un interés originario, ya por un interés de sustitución o de dependencia, como cuando se obra por sustitución, o cuando se actúa como adherido o coadyuvante; pero siempre nuestra posición queda legitimada por un interés, sea directo o indirecto, y por eso el Código italiano, en su artículo 100, dice que es necesario tener interés para proponer una demanda o para contradecirla. «Y es de oportunidad en este lugar hacer ver que el interés que *legitima*, desde el punto de vista de los sujetos, el acto procesal, puede no ser un interés privado, ligado al ejercicio del derecho subjetivo, como en el ejercicio de la acción pública, en los procesos colectivos laborales, en las acciones en pro de intereses familiares [23].

Bien encaminada resulta la definición de Guasp, que acoge De la Plaza, para radicar la legitimación en la determinada relación de las personas que concurren al proceso con el objeto de la pretensión procesal, o en la cualidad predeterminada por la Ley en relación con el objeto del proceso, y para tenerla como condición a fin de que se examine por el organismo jurisdiccional (se resuelva, será mejor decir) la pretensión incoada. Resulta así una condición para la sentencia de fondo. Pero no es claro cuando explica en qué consiste esa relación. Primero dice que normalmente consiste en la titularidad de la relación jurídico-material [24] y que supone ser en realidad sujeto de la relación [25]; luego afirma que el interés que legitima el acto procesal «puede no ser un interés privado, ligado al ejercicio del derecho subjetivo» [26].

---

[22] De la Plaza, ob. cit., t. I, p. 287.
[23] De la Plaza, ob. cit., t. I, p. 409-10.
[24] De la Plaza, ob. cit., t. I, p. 267.
[25] De la Plaza, ob. cit., t. I, p. 409.
[26] De la Plaza, ob. cit., t. I, p. 410.

Por último, la referencia al artículo 100 del C. de P. C. italiano está fuera de lugar, porque este texto se refiere al interés para obrar y no a la legitimación, como lo explican ROCCO, CARNELUTTI y REDENTI.

130. CONCEPTO DE VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN Y NUESTRA CRÍTICA

Comienza por decir este profesor español que la legitimación afecta a la pretensión, no a la acción, y que esta, en consecuencia, corresponde a cualquier ciudadano justiciable [27], y páginas después afirma que no afecta a la demanda concebida como un medio de iniciar el proceso civil (mediante el ejercicio de la acción). Distingue entre *legitimación* y *fundamentación* de la demanda y niega que sean condiciones de la acción, pues si lo fueran, «no se sabría nunca cuándo comenzaba un proceso mientras no se hubieren mostrado fundamentación y legitimación» [28]. *Es un requisito de la eficacia de la pretensión* [29].

Luego, al tratar de los presupuestos de *admisibilidad* de la demanda por razón de fondo, dice que uno de ellos es la legitimación, y que «para determinar la existencia de sus elementos tiene gran importancia el examen de la demanda judicial. Se acepta una u otra doctrina sobre su naturaleza (y parece aceptable el calificarla de *elemento sustancial preliminar al fondo*, es decir, como perteneciente al fondo del asunto, pero incluida en dicha subdistinción previa), también es claro que el juez debe examinarla previamente a la entrada en la pura sustancia del asunto».

Estos breves comentarios son muy acertados, como casi todos los de este procesalista contemporáneo. Separa la legitimación y la acción, y rechaza que aquella pueda ser condición de esta; la liga al éxito de la pretensión, como requisito para que pueda haber decisión de fondo o sobre *la pura sustancia del asunto*; y le da el carácter de presupuesto de admisibilidad de la demanda por razón de fondo, que no la afecta como medio de iniciar el proceso, sino para obtener decisión sobre la sustancia del asunto.

Es lástima que no se hubiera detenido a examinar mejor la naturaleza de la legitimación en la causa, pero lo poco que dice está muy de acuerdo con lo expuesto por ROSENBERG, SCHÖNKE, ALLORIA y, como veremos a continuación, por CARNELUTTI y ROCCO, que representan la más moderna y técnica doctrina sobre la materia.

131. CONCEPTO DE JAIME GUASP Y NUESTRA CRÍTICA

Este ilustre y brillante autor español dice, con mucha propiedad, que la legitimación procesal «es la consideración especial en que tiene la Ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y en virtud de la cual exige, para que la pretensión pro-

---

[27] FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios*, p. 75.
[28] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 79 y 83.
[29] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 83.

cesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso». Y luego agrega que en todo caso, sea por activa o por pasiva, se trata de «la necesidad de que una cierta demanda sea propuesta frente a ciertas personas que son las legitimadas para actuar como partes en un proceso determinado».

De manera que GUASP considera, muy correctamente, la legitimación en causa como un requisito para la decisión de fondo sobre la pretensión y no como condición de la acción; e igualmente la relaciona con la posición que las partes tienen respecto al objeto del litigio, lo que es asimismo acertado. Pero más adelante dice que esa posición consiste en «la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica deducida en el litigio de que se trate, ya sea una relación material o procesal estricta», lo último para peticiones de carácter puramente procesal en el curso del juicio; con esto último se adhiere GUASP a la doctrina que identifica la legitimación en causa con la titularidad del derecho material, que ya hemos refutado. En este aspecto nos separamos de GUASP.

GUASP habla de legitimación indirecta tanto para el caso de la sustitución procesal como de la simple representación, y en esto último incurre en el mismo error que más adelante le anotamos a CARNELUTTI, pues el representante nada tiene que ver con la legitimación en la causa, que corresponde exclusivamente a su representado.

Por último, dice GUASP que «una cosa es que una cierta relación jurídica exista, o no, y otra cosa es que sea su verdadero titular quien la reclame o frente a quien la reclame precisamente» [30]. De manera que la legitimación no implica la existencia, sino la titularidad de la relación jurídico-material y puede existir esta y no aquella. Con esto se aproxima GUASP a la doctrina que separa ambos conceptos.

132. CONCEPTO DE FRANCISCO CARNELUTTI Y NUESTRA CRÍTICA

Comenzamos por recordar que, en sus *Instituciones*, CARNELUTTI rectificó el concepto de que la legitimación es una condición de la acción, como lo había expuesto en su *Sistema*. Por lo cual nos basaremos en aquella obra, principalmente, y solo en los aspectos que no se tratan allí, por la brevedad de sus comentarios, recurriremos a su *Sistema*, para exponer su concepto.

Para CARNELUTTI, la acción atribuye a quien la ejercita la cualidad de parte (en sentido formal), pero no en sentido material; sin embargo, el acto en que consiste tal ejercicio «no está sujeto más que a una legitimación modificativa» (en la primera edición decía: «no está sometido a ningún requisito de legitimación»); acepta que constituye uno de los últimos episodios de la dificultad material, dificultad que él mismo tuvo que afrontar en el *Sistema*, razón por la cual hubo de recurrir «a una fatigosa construcción para explicar la eficacia, frente al juez, de la demanda propuesta por quien no está legitimado para pretender o contra quien no está legitimado para resistir; la verdad es que la acción, así sea con efectos limitados, no compete ya a la parte (en sentido material), sino a quien asume ser parte, por lo cual aquello de que de-

[30] GUASP: *Derecho procesal civil*, ed. 1962, p. 192-96.

pende es la apariencia de ser sujeto de la litis o del negocio y, por tanto, dicha acción compete a cualquier ciudadano» [31].

Más adelante vuelve sobre el punto y resume su pensamiento así:

«*Legitimación para el acto.* La legitimación consiste no ya, como la capacidad, en un modo de ser natural del actuante, sino en un modo de ser jurídico (ser parte, ser acreedor, ser procurador o abogado, ser magistrado, o similares); por eso, se define como *pertenencia al actuante de una relación jurídica, en vista de la cual al acto le es atribuida* (legitimación *positiva*) o bien negada (legitimación *negativa*) *cualquier eficacia* (legitimación *constitutiva*) o bien una cierta eficacia (legitimación *modificativa*). Si es suficiente a tal efecto, en lugar de la pertenencia *real*, la pertenencia *aparente* de la relación jurídica (legitimante), se da la legitimación de *hecho* en lugar de la legitimación de *derecho*. Mayores nociones en torno a este importantísimo concepto, el alumno las podrá aprender de la teoría general; aquí es solamente oportuno observar que la distinción entre capacidad (*supra*, núm. 317) y legitimación no es observada con cuidado en los ambientes prácticos, en los que, en particular, se acostumbra expresar la capacidad con la fórmula de la *legitimatio ad processum*.

»Naturalmente, el que la legitimación sea requisito de un acto, supone que la respectiva relación jurídica no pertenece a cualquiera, sino tan solo a determinadas personas; si un poder es atribuido o un deber es impuesto a cada uno, no puede el acto en que el poder o el deber se desenvuelve, presentar aquel defecto.

»*Legitimación para los actos de parte.* Al problema de la legitimación de los actos de parte, que presenta una notable dificultad, se refiere el artículo 81, en cuanto dispone que fuera de los casos expresamente previstos por la Ley, nadie puede hacer valer en el proceso en nombre propio un derecho ajeno. Una primera interpretación de esta norma permite entender que el derecho de proponer una demanda en juicio no pertenece a cualquiera, sino solamente al titular del derecho que con la demanda se hace valer. Sin embargo, este resultado no debe ser exacto en cuanto *no es necesario tener un derecho para hacerlo valer, ya que de otra manera no podría accionar sino quien tiene razón*; la pertenencia del derecho hecho valer no puede considerarse, pues, necesaria para legitimar la demanda. A tal fin, no es necesario *tener*, sino que basta *poder tener* un derecho; precisamente la demanda se propone a fin de que se decida si a la posibilidad corresponde la existencia de la tutela. Un requisito de legitimación para la demanda ha de reconocerse; en cuanto consiste, sin embargo, en la pertenencia al actuante, no ya de una relación jurídica diversa de aquella que con la demanda se desarrolla, sino de una *situación de hecho (afirmación de la pertenencia del derecho)*, a la que la relación jurídica puede corresponder o no corresponder, se trata no de legitimación de derecho, sino de *legitimación de hecho*. Es cierto también, sin embargo, que frente a aquel que no afirma siquiera que el derecho hecho valer le pertenece, y que, sin embargo, propone la demanda para que se establezca su certeza, sin que concurran a su favor ni la hipótesis de la representación (*supra*, número 103) ni la hipótesis de la sustitución (*supra*, núm. 104), el juez tiene, sin embargo, el deber de pronunciar, aun cuando su pronunciamiento deba ser

[31] *Instituciones*, Buenos Aires, 1959, t. I, p. 317-18.

desfavorable y negativo (*infra*, núm. 481). Esto significa que la *legitimación para la demanda es no solo de hecho, sino también modificativa y hasta constitutiva*; en otros términos, la legitimación se exige no ya a fin de que la demanda produzca el efecto de obligar al juez a un pronunciamiento cualquiera, sino de obligarlo a un pronunciamiento con contenido positivo; *en suma, de la legitimación depende no ya la obligación de pronunciar, sino la obligación de pronunciar en cuanto al fondo.*

»La legitimación, de tal naturaleza y con *tales efectos*, corresponde, pues, a quien es parte de la litis o del negocio deducido en la demanda (*supra*, núm. 6), o bien representante o sustituto de la parte. Así se aclaran las relaciones entre parte en sentido material y parte en sentido procesal: las dos posiciones son distintas, pero la cualidad de parte en sentido material es necesaria al objeto de legitimar a la parte en sentido procesal.»

Observamos que por *litis* entiende CARNELUTTI *conflicto de intereses* y que, por tanto, ser parte en ella es lo mismo que ser titular o sujeto del interés en conflicto [32].

En el *Sistema* explica mejor en qué consiste la legitimación, y dice: «Para que alguien pueda actuar en el juicio, no basta que posea las cualidades personales de que hemos tratado en los puntos precedentes, sino que se requiere, además, que se encuentre en una determinada posición que aquí intentaremos definir.

»No hacen falta muchas reflexiones para comprender que quien se encuentra en mejor condición para ejercitar la acción, es el propio *titular del interés en litigio*, puesto que nadie mejor que él puede sentirse estimulado a servir de *medium* entre los hechos y quien los haya de valorar.»

Pero continuamente vemos actuar en juicio a quien no es el titular del interés en litigio (como en el caso del incapaz), de modo que «la legitimación no puede confundirse con la cualidad de sujeto del interés litigioso». La regla es que actúa en juicio el sujeto del interés en litigio, o sea «la coincidencia entre el interés y la acción». Pero el principio sufre excepciones, pues hay casos en que la acción del interesado no es oportuna y casos en que la acción de otro es oportuna en lugar o en apoyo de la acción del primero.

En los primeros se conecta la noción de legitimación con la de capacidad, por lo menos en parte. Pero la divergencia entre interés y acción va más allá de los casos de incapacidad, puesto que comprende la administración *(representación legal)* de los incapaces, la administración *(representación)* de las personas jurídicas y la *representación voluntaria.*

Al segundo grupo pertenecen las figuras de la *sustitución procesal*, del *Ministerio público* y de la *intervención adhesiva.*

«La legitimación procesal expresa, por tanto, *la idoneidad de una persona para actuar en el proceso, debida a su posición y, más exactamente, a su interés o a su oficio.*»

Se diferencia de la ligitimación para *actuar* y la legitimación para *contradecir*, o sea *activa* y *pasiva*, según se trate de quien promueve el proceso o de aquel contra quien se promueve. Y desde otro punto de vista, hay legitimación *total o principal o autónoma*, y legitimación *parcial o secundaria o dependiente.* Ejemplo de la última es la del interventor *adhesivo*, que actúa junto

---

[32] CARNELUTTI: *Instituciones*, p. 270-71.

a la parte y, por tanto, como parte secundaria. El sustituto procesal, en cambio, tiene legitimación principal [33].

La legitimación es un fenómeno subjetivo y no se confunde con el interés para obrar, que es un elemento objetivo y causal. «Media una cuestión de legitimación, cuando la duda se refiere, no a si el interés para cuya tutela se actúa está en litigio, *sino a si actúa para su tutela quien debe hacerlo.*» En cambio, si la duda es acerca de si existe litigio sobre tal interés, entonces se trata del interés en obrar. La legitimación se refiere siempre «a una posición *del agente* y no del destinatario del acto» [34].

La legitimación secundaria se manifiesta en «una posición derivada de una posición ajena», y entonces se tiene un interés dependiente del interés de una de las partes.

Los prácticos siguen aferrados a la distinción entre *legitimatio ad causam* y *legitimatio ad processum*, en la que se mezclan los dos conceptos de legitimación y capacidad [35].

De lo expuesto por CARNELUTTI se deducen los siguientes principios:

a) La legitimación no es condición o requisito de la acción, sino del éxito de la pretensión.

b) La legitimación tampoco es requisito para la validez de la demanda, pues lo contrario sería confundirla con la pretensión, ya que la demanda puede presentarse por cualquiera que sea capaz.

c) La pretensión, en cambio, no puede realizarse eficazmente por o contra cualquiera, sino por quien está legitimado y contra quien esté legitimado.

d) La legitimación se refiere siempre a una posición del agente, exige que la parte sea «sujeto del poder pretendido (demandante) o del deber discutido o insatisfecho» (demandado), o que obre por representación o sustitución.

e) Por eso es mejor hablar de legitimación para pretender o resistir a la pretensión y particularmente para discutirla.

f) Pero no se trata de que el legitimado sea sujeto del derecho o relación material, sino de que sea sujeto del *interés en litigio o parte de la litis* o conflicto de intereses, es decir, de que actúe para la tutela de ese interés quien debe hacerlo, y de que sea idóneo para intervenir en el proceso debido a su interés o a su oficio, sea que tenga o no el derecho material o la razón.

g) Muchas veces actúa en juicio quien no es el titular del interés en litigio, como en los dos grupos de casos explicados (representación y sustitución, Ministerio público e intervención adhesiva).

h) Es requisito para que el juez esté obligado a «pronunciar en cuanto al fondo».

Puede apreciarse el avance que representa el concepto de CARNELUTTI sobre los anteriormente expuestos. Está en rotunda oposición con CALAMANDREI, COUTURE y KISCH, quienes ligan la legitimación con el derecho material; en cambio, coincide en lo esencial con ROSENBERG, SCHÖNKE, ALLORIO, DE LA PLAZA, GUASP, FAIRÉN GUILLÉN y, como veremos, con ROCCO.

Deja de explicar, sin embargo, la importante cuestión del sentido y alcance de la sentencia desestimatoria por falta de legitimación de la naturaleza de ese interés cuya titularidad conforma la idoneidad para actuar en el juicio.

---

[33] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 137, p. 20-30.
[34] CARNELUTTI: *Sistema*, t. III, núm. 450, p. 165-66.
[35] CARNELUTTI: *Sistema*, t. III, p. 162.

Creemos que se trata del interés en que se resuelva sobre la pretensión, téngase o no razón y, por tanto, exista o no el derecho material o la relación jurídico-material. Este punto, fundamental para que el concepto quede completo, lo encontramos mejor estudiado en el reciente *Trattato* de UGO ROCCO, y por ello lo examinaremos al comentar la doctrina de este autor.

133. EL CONCEPTO DE UGO ROCCO Y NUESTRA CRÍTICA

Según ROCCO [36], la legitimación para obrar indica si el actor y el demandado, respecto de quienes debe declararse con certeza la existencia de una determinada relación jurídica, están realmente autorizados por la norma procesal para pretender tal declaración. Por tanto, la cuestión de la legitimación es preliminar al juicio sobre la existencia o inexistencia de la relación jurídico-sustancial.

Se trata de una posibilidad jurídica de obrar, no simplemente de hecho, y comprende tanto la facultad jurídica de obrar, como de contradecir, y no solamente establece quiénes están *obligados* a participar en el ejercicio de una determinada acción en el papel de actores y de demandados, para la declaración o realización de una determinada relación jurídico-sustancial, sino que la norma sobre la legitimación para obrar determina también qué sujetos están jurídicamente *autorizados* o *pueden* ser llamados para obrar o contradecir. De ello se deduce que no se aplica solamente a los demandantes y demandados, sino también a los demás sujetos que inicialmente no forman parte de la litis, pero que pueden o deben ser llamados a juicio.

Las normas sobre legitimación para obrar, por consiguiente, no solo establecen quiénes *pueden* demandar o ser demandados o intervenir posteriormente en el juicio, sino también quiénes *deben* ser demandantes o demandados o intervenir luego, para que pueda procederse a la declaración o realización de una determinada relación jurídico-sustancial.

La primera distinción entre los sujetos legitimados para concurrir a un proceso depende de que aparezcan titulares del derecho de acción o del derecho de contradicción. Y así se suele hablar de legitimación activa o pasiva, según se tenga el carácter de demandante o demandado; aunque no es muy exacta la división, porque los demandados no son sujetos pasivos de la relación jurídico-procesal.

Por otra parte, puede suceder que existan otros sujetos legitimados para obrar o contradecir y que no figuren como demandantes ni demandados, y entonces se les debe permitir que concurran al juicio. Es lo que se conoce como la institución de la intervención. Y también puede suceder que, además de actores y demandados, existan otros sujetos que por la ley procesal estén jurídicamente obligados a tomar parte en el proceso. También aparece la institución del *litis consorcio necesario o voluntario*, según que la intervención sea por acto de voluntad del tercero o a petición de una de las partes o por voluntad del juez.

Se puede entonces distinguir entre sujetos legitimados para *obrar* y sujetos legitimados para *intervenir*, activa y pasivamente.

---

[36] ROCCO: *Trattato*, t. I, p. 331-50.

Todos los sujetos legitimados para obrar lo están con mayor razón para intervenir; pero la situación es diferente cuando la Ley otorga la legitimación para intervenir, más no para obrar; como es en Italia el caso de la mujer casada respecto a la acción para la entrega de la dote prometida, que corresponde al marido únicamente, pero con facultad para aquella de intervenir en el juicio para apoyar a cualquiera de las dos partes.

La norma sobre legitimación establece, según un criterio general, cuáles son las condiciones, circunstancias o cualidades, con base en las cuales es jurídicamente posible a cierta categoría de sujetos el obrar o contradecir o ser llamados a obrar o contradecir, para la declaración por el órgano jurisdiccional de una determinada relación jurídica. La legitimación no es más que ese conjunto de circunstancias, condiciones y cualidades, que se encuentran en un determinado sujeto respecto a la declaración de la existencia o inexistencia de una particular relación jurídico-sustancial.

Pero la ley procesal debe tener un criterio para determinar cuándo existe la legitimación en un caso dado. Ese criterio no puede ser el de la apariencia del derecho o de la acción, porque en definitiva se resuelve en el de la existencia del derecho; ni el del derecho para conducir el proceso, muy seguido en Alemania, porque no existe norma procesal que otorgue a las partes tal derecho; ni tampoco el de considerar la naturaleza del proveimiento requerido, que propone REDENTI, porque solo ofrece una fórmula precisa para las acciones de condena, pero no es posible hacerlo para las constitutivas y se refiere en las declarativas al criterio de la utilidad del proveimiento, que tiene el defecto inicial de no establecer con base en qué criterio debe determinarse el juicio subjetivo sobre tal utilidad. Debe existir un criterio general, y debe tenerse en cuenta que todos los sujetos están legitimados para el ejercicio de una determinada acción, es decir, para provocar la actividad jurisdiccional con proveimientos de diversa naturaleza únicamente respecto de una determinada relación jurídica o de un determinado estado jurídico; de lo cual se deduce que el criterio para establecer la legitimación debe buscarse en un conjunto de circunstancias, condiciones o cualidades de cierta categoría de sujetos, respecto a la relación o al estado jurídico objeto del proveimiento que reclama un determinado sujeto.

Estas condiciones, circunstancias o cualidades respecto al estado jurídico o a la relación jurídica son determinadas en la mayoría de los casos por el hecho *de ser o de afirmar ser* el sujeto titular de esa determinada relación jurídica o estado jurídico, pues para los efectos de la legitimación vale lo mismo lo uno o lo otro. De modo que la titularidad *efectiva* o solamente *afirmada* de la relación o estado jurídico constituye el criterio base para determinar quiénes deben ser los sujetos en el ejercicio de cierta acción, sin que esto pueda confundirse con el concepto de pertenencia o de existencia del derecho material.

Por consiguiente, «el concepto de la titularidad activa o pasiva de la relación o del estado jurídico normal con base al cual se determina y se individualiza el sujeto determinado para el ejercicio de determinada acción y los sujetos frente a los cuales se ejercita», es el apropiado; concepto que tiene la ventaja de formar un criterio único para todas las categorías de acción. Pero tal titularidad puede ser real o *solo aparente o afirmada*.

No acepta ROCCO la doctrina tudesca que considera la legitimación como una condición de la acción, porque ello equivale a hacer depender la acción

de la existencia del derecho material que determina la sentencia favorable o desfavorable, y bien se sabe que el derecho de acción existe aun cuando no exista el derecho material. Lo que «demuestra claramente que no puede considerarse la legitimación para obrar como una condición de la acción, que no condiciona en nada» [37].

En cuanto a la contraposición que la doctrina alemana hace entre *legitimatio ad causam* y *legitimatio ad processum*, entendida por esta última la capacidad de estar en juicio y ejecutar actos procesales con efectos jurídicos, en nombre propio, estima Rocco que no es ni útil ni propia. Dice que la *legitimatio ad processum* constituye uno de los presupuestos procesales; pero que así como puede ejercitarse una acción sin que existan todas las condiciones de la acción, también puede instaurarse un proceso y constituirse la relación procesal, sin que existan todos los presupuestos procesales.

Por último, considera Rocco que la llamada *sustitución procesal*, para distinguir los casos en que la persona está legitimada para obrar sin ser el sujeto de la relación jurídica objeto de la acción, no tiene por base que tal persona está autorizada para ejercitar en nombre propio un derecho de otro, es decir, el derecho de acción de otro, sino «el ejercicio de un derecho de acción propio y, por tanto, en nombre propio, que tiene por objeto una relación jurídica de otro». Porque en derecho moderno se sabe que la acción y el derecho material pueden no coincidir y, por tanto, no hay inconveniente alguno en que se ejercite la propia acción para la declaración o la realización de un derecho ajeno, cuando la Ley reconoce interés jurídico al actor en tal objeto, como sería el caso de la acción pauliana que ejercen los acreedores para la realización de un derecho que pertenece a su deudor, caso en el cual la acción es del acreedor que demanda y el derecho material del deudor.

Por tanto, en la sustitución procesal se tiene una excepción a la norma general enunciada sobre legitimación, puesto que el actor no pretende ser titular de la relación jurídica objeto de la acción, pero sí lo es de la propia acción que ejercita.

Por esto es más apropiado hablar, como lo hace REDENTI, de *legitimación extraordinaria*, en vez de sustitución procesal, pues en realidad la sustitución procesal, que implica el ejercicio de un derecho de acción de otro, pero a nombre propio, no existe, por cuanto en todos esos casos la norma procesal legitima el ejercicio que una persona hace del propio derecho de acción, pero teniendo por objeto un derecho sustancial del cual ella no es titular.

Y lo mismo ocurre en los otros casos en que la Ley procesal legitima la acción ejercitada por sujetos no titulares de la relación jurídico-sustancial que pretenden hacer declarar o realizar.

Normalmente, pues, el titular de la relación jurídico-sustancial está legitimado por la Ley para obrar; pero puede suceder que en ciertas relaciones jurídicas particulares exista otro sujeto que tenga interés igual o superior a la realización sustancial, aun en contra del verdadero titular de esta, y entonces la ley procesal le da también el derecho de acción a tal sujeto. Si ambos tienen la acción, se tendrá una acción única con dos o más sujetos; pero también puede ocurrir que la Ley otorgue la acción únicamente a quien no es el sujeto de la relación sustancial y entonces se tendría asimismo un derecho sustancial sin acción. Y puede suceder también que en el últi-

[37] Rocco, ob. cit., p. 332, nota 13.

mo caso el sujeto de la relación tenga legitimación para intervenir en el juicio, pero no para obrar o iniciarlo, como en el ejemplo de la acción dotal. Hasta aquí ROCCO.

Sin duda alguna, ROCCO es quien presenta un concepto mejor explicado y al mismo tiempo más exacto sobre la legitimación en causa.

Podemos afirmar que hay acuerdo entre ROCCO y CARNELUTTI en las siete conclusiones que de la doctrina del último dedujimos; pero es más completo, más preciso y más claro aquel.

Razón tiene ROCCO cuando rechaza los criterios de la apariencia del derecho, porque para saber si es aparente hay que conocer si existe y, por tanto, se traduce en el criterio de la existencia del derecho; del derecho a conducir el proceso, porque, además de que es al juez a quien le corresponde tal derecho, la legitimación concierne al derecho que se tiene a que el juez resuelva sobre el fondo de la pretensión y no a la conducción del juicio; y del que determina la legitimación según la naturaleza de la decisión pedida, porque, además de no constituir un criterio general, no sirve para resolver los casos de acciones constitutivas y declarativas.

Desde el momento en que niega que la legitimación sea suficiente para obtener sentencia favorable, es porque la considera como condición para que haya sentencia de fondo o mérito. Si indica cuándo el actor y el demandado están «realmente autorizados para pretender la declaración que se reclama», si falta no puede resolverse sobre esa declaración; es decir, en tal caso la sentencia no puede ser de fondo o mérito.

Y razón tiene también cuando exige que se dé un criterio general, puesto que la legitimación es asunto que debe ventilarse por igual en toda clase de juicios.

Su criterio general acerca de la titularidad efectiva o *afirmada*, activa o pasiva, de la relación o del estado jurídico que constituye el objeto del proveimiento reclamado, nos parece muy superior al de los diez primeros autores; pero le hace falta una mejor explicación, para evitar el error de considerar que se requiere que la relación o derecho material exista efectivamente.

Tal conclusión sería inaceptable, de acuerdo con el pensamiento general de ROCCO, y por ello consideramos que se quiere referir a la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica o derecho material, *en el supuesto de que exista*; es decir, que nada importa que no exista en realidad, desde que en el *caso de existir, serían el demandante y el demandado sus titulares*. ROCCO no lo dice expresamente, pero es deducción lógica de su reiterada afirmación de que no debe confundirse la legitimación con la existencia del derecho o relación jurídico-material y de que basta su titularidad simplemente *afirmada*.

Entendido de esta manera, nada tenemos que objetar a su concepto. Reúne los adelantos obtenidos por ROSENBERG, SCHÖNKE, ALLORIO, FAIRÉN GUILLÉN y CARNELUTTI, y puede aceptarse como representativo de lo que en derecho procesal contemporáneo debe entenderse sobre *legitimación en la causa*.

Dejaremos para más adelante el examen de su concepto sobre el punto de la sustitución.

Una vez más repetimos que hemos encontrado en el reciente *Trattato* de ROCCO un firme avance en el perfeccionamiento del derecho procesal civil; y la única observación que le hacemos es la de no haber explicado mejor en qué consiste la titularidad efectiva o afirmada de la relación o estado jurídico que constituye el objeto del proveimiento, en armonía con su firme rechazo a con-

fundir la legitimación con el concepto de pertenencia o de existencia del derecho material. Pero el buen intérprete puede deducirlo del contexto general de su admirable capítulo destinado a esta materia, como creemos hacerlo en la forma expuesta, y él mismo así lo reconoció en carta particular que nos honra. Le anotamos algunas impropiedades del léxico, que serán comentadas al exponer nuestro concepto [cfr. núm. 134, letras B) y G)].

134. SISTEMATIZACIÓN DE NUESTRO CONCEPTO SOBRE «LEGITIMATIO AD CAUSAM»

En dos grupos pueden clasificarse las opiniones de los autores: en el primer grupo tenemos los que explican la legitimación en causa como la titularidad del derecho o relación jurídico-material objeto del juicio, y en el segundo, los que reclaman una separación entre las dos nociones y aceptan la existencia de aquella independientemente de la de este. Encontramos desacuerdo en otros puntos menos importantes: si es condición de la acción o de la pretensión, si es presupuesto procesal o sustancial, si su falta implica sentencia de mérito desfavorable o simplemente inhibitoria, si consiste en afirmar la titularidad del derecho material o en ser el titular del interés en litigio; si se trata de *afirmar* que se es sujeto de la relación sustancial o de ser titular del interés en que se decida por sentencia sobre ella, etc.

Al primer grupo pertenecen CALAMANDREI, KISCH, GUASP y COUTURE (pero este se separa de aquellos en que no acepta que la legitimación sea condición de la acción).

Al segundo pertenecen DE LA PLAZA, ROSENBERG, CHIOVENDA, SCHÖNKE, REDENTI, ALLORIO, FAIRÉN GUILLÉN, CARNELUTTI y ROCCO. En este segundo grupo, los cinco últimos están de acuerdo en casi todos los puntos y los cuatro primeros solo 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:

A) *No se identifica con el derecho material*

La identificación de la titularidad del derecho o relación jurídico-material con la legitimación en la causa, solamente puede explicarse en la doctrina tradicional, que considera la acción como el derecho material en actividad o como un elemento del mismo.

Según este modo de pensar, había razón para estimar que solo quien fuera titular de ese derecho material podía estar legitimado para ejercitar la acción, puesto que sin aquel no podía existir esta. Las tres nociones resultaban ligadas íntimamente, cuando no confundidas en absoluto.

Pero desde el momento en que esa doctrina tradicional fue archivada por obra de CHIOVENDA, GOLDSCHMIDT y sus seguidores, la identificación de la titularidad del derecho material y la legitimación en causa es lógica y jurídicamente inaceptable. Si el ejercicio de la acción corresponde al que necesita la intervención del órgano jurisdiccional del Estado, tenga o no razón en sus pretensiones, la existencia del derecho material reclamado es cuestión que se

define en la sentencia de fondo, para lo cual se requiere que exista legitimación en la causa, sea que la decisión resulte afirmativa o negativa del pretendido derecho sustancial.

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 sobre las peticiones incoadas no pertenece solamente al titular del derecho material.

Si esto no fuera así, resultaría lógicamente imposible explicar por qué se produce el juicio y se obtiene la sentencia de fondo o mérito, a instancia de quien, por no tener el derecho material, no estaría, por ende, legitimado para conseguir esos efectos.

B) *No es condición de la acción*

La legitimación en la causa no es condición ni presupuesto de la acción, porque no la condiciona ni limita en ningún sentido. Si lo fuera, no podría ejercitar la acción quien no estuviera legitimado en la causa, y como esto por regla general solo se conoce cuando se dicta la sentencia, se tendría el absurdo y contradictorio resultado de que aparecería que el demandante tiene acción solo después que ella ha producido todos sus efectos jurídicos.

De manera que únicamente los partidarios de la escuela tradicional sobre la acción obran con lógica cuando suponen que la *legitimatio ad causam* es condición de aquella, puesto que para ellos, quienes no son titulares del derecho sustancial no pueden estar legitimados para el ejercicio de la acción.

En cambio, incurren en manifiesta contradicción los autores que afirman que se trata de una condición de la acción, a pesar de aceptar que esta es independiente del derecho material y de la obligación correlativa, sea que consideren la acción como un derecho potestativo (CHIOVENDA y CALAMANDREI), o como un derecho subjetivo típico, pero diferente del derecho material (REDENTI).

Por otra parte, CHIOVENDA dice que la acción es el derecho a la sentencia (favorable o desfavorable) y que la legitimación es requisito para la sentencia favorable. Esto también implica una contradicción, porque lo que es condición solo para la sentencia favorable, no puede serlo de la acción, ya que esta también se satisface a plenitud con la sentencia desfavorable. La acción corresponde a toda persona, pero el demandante puede carecer de legitimación; y como la acción jamás se dirige contra el demandado, nada tiene que ver con la legitimación.

Advertimos que COUTURE sostiene que «*la legitimatio ad causam* no es sino la titularidad del derecho», pero no incurre en el otro error de estimarla como condición para la acción, que él define admirablemente como derecho subjetivo público y cívico, perteneciente a toda persona natural o jurídica, sin ninguna condición posible. En este punto el gran jurista uruguayo está de acuerdo con los nueve autores del grupo segundo.

Es una condición del éxito de la pretensión, no de la acción.

C) *No basta para obtener sentencia favorable. En qué sentido puede ser condición de la sentencia favorable*

La legitimación en la causa no basta para la sentencia favorable, entendiendo por tal la que resuelve en el fondo y de manera favorable las pretensiones del demandante [38]. 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 tomar una decisión de fondo, y el juez deberá limitarse a declarar que se halla inhibido para hacerlo. De donde se concluye que estamos en presencia de una condición necesaria para poder dictarse sentencia de fondo o de mérito, la que debe ser examinada antes de entrar a resolver sobre la existencia de los derechos y obligaciones materiales.

Examinada la cuestión desde otro punto de vista se tendría que si la legitimación en la causa solo se examinara para la sentencia favorable, sería menester resolver en el fondo y en todos los casos, aun en aquellos en que ella faltara, desvirtuándose totalmente el concepto. Resultaría de ello que quien careciera de legitimación, tendría el mismo derecho de quien se encuentra legitimado a que se le resuelva sobre la existencia de la relación sustancial, y ello es inaceptable.

Existen dos maneras de considerar la legitimación como condición de la sentencia favorable. La primera, identificando la noción con la titularidad del derecho material objeto del juicio, haciendo de ellas un solo extremo de la litis que se examina *simultáneamente,* pues no podría existir la una sin la otra. La segunda, admitiendo que se trata de cuestiones diferentes, que deben examinarse *sucesivamente,* en la sentencia, ya que puede haber legitimación correcta, a pesar de no tenerse el derecho material pretendido; es decir, considerándola como otro requisito para que haya sentencia de fondo y favorable, cuyo cumplimiento debe establecerse en primer lugar, puesto que en caso de faltar no es pertinente entrar al estudio de la titularidad y existencia del derecho material, pero sin que cuando existe perfecta deba pronunciarse por eso solo sentencia de fondo favorable al demandante. En este segundo sentido sí es aceptable decir que la legitimación en la causa es requisito o condición para la sentencia favorable. Aclaramos así nuestro concepto [39].

CALAMANDREI, KISCH y COUTURE adoptan la primera postura, notoriamente equivocada; CHIOVENDA, la segunda, porque no dice que la legitimación para obrar consista en ser titular del derecho material, sino simplemente que es condición de la acción y de la sentencia favorable (pero sin exigir que su falta implique sentencia de fondo desfavorable, de modo que puede ser simplemente inhibitoria).

Solo quien tiene interés para obrar y legitimación en la causa puede recibir sentencia de fondo o mérito, que resuelva sobre la existencia o inexistencia del derecho material o de la relación jurídico-material de que pretende ser titular.

---

[38] Aclaramos así lo expuesto en nuestro *Tratado de derecho procesal civil,* 1.ª ed., t. I, p. 531.

[39] *Tratado de derecho procesal civil,* 1.ª ed., p. 551-54.

Si se considera que la sentencia es desfavorable al demandante, tomada en sentido lato, siempre que en ella no se acceda a las peticiones de la demanda, comprendiendo tanto el caso de la sentencia inhibitoria como el de la de mérito que niega la existencia del derecho pretendido por el actor, entonces sí puede decirse que la legitimación es una de las condiciones de la sentencia favorable. Creemos que es este el concepto de CHIOVENDA.

En derecho procesal se entiende por sentencia favorable al demandante, en un sentido estricto, la que accede a sus pretensiones en decisión de fondo o mérito. En este sentido, si falta la legitimación en la causa no puede haber sentencia favorable. Sin embargo, la sentencia puede ser desfavorable al demandante, a pesar de que su legitimación y la del demandado sean perfectas, y puede ser favorable al demandado precisamente por no tener este legitimación en la causa o porque falte en el demandante (pues en sentido lato la sentencia inhibitoria es favorable al demandado).

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, pero sin que el de este contradiga en realidad el de aquellos, como acabamos de explicarlo, pues no dice que la sentencia deba ser de fondo y mucho menos que constituya cosa juzgada, sino simplemente que es condición para la sentencia *favorable,* en el sentido de que sin legitimación la sentencia no pueda acceder a lo pedido, puesto que no puede resolver de fondo. De modo que no creemos aceptable interpretar el pensamiento de CHIOVENDA para hacerle decir que la sentencia debe ser de fondo y constituir tránsito a cosa juzgada cuando falta la legitimación del demandante o del demandado. Esa conclusión solo se explica en quienes identifican la legitimación en causa con la titularidad del derecho material (CALAMANDREI, KISCH, COUTURE y GUASP).

D) *La sentencia inhibitoria no constituye cosa juzgada*

La sentencia que desestima la demanda por falta de legitimación en la causa del demandado o del demandante o por falta de su prueba, no puede constituir cosa juzgada que impida al demandante incoar nuevo juicio contra quien sí es el legitimado para controvertir sus pretensiones; y esto porque el juez se limita a declarar que está inhibido para decidir sobre la existencia del derecho material pretendido, de manera que *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.

Cuando el demandado sí es la persona legitimada para controvertir las pretensiones del demandante, pero no aparece su prueba en el juicio, el juez deberá dictar también sentencia inhibitoria; lo cual significa que no entrará a estudiar si el demandante tiene el derecho material y el demandado la obligación correlativa (esto último cuando se pide una condena en su contra).

En tales condiciones es igualmente claro que no puede existir cosa juzgada que impida un nuevo proceso, con el mismo demandado, para que se haga el pronunciamiento de fondo que fue negado antes, en presencia de la debida prueba de su legitimación.

La cosa juzgada no existe sino en las sentencias de fondo o mérito, que son

las únicas que resuelven sobre la existencia o inexistencia del derecho o relación jurídico-material pretendida y de las obligaciones que quieren deducírsele al demandado.

Si al demandante se le dice que no es el caso de resolver si es hijo natural de la persona que señala como padre, porque no probó que el demandado tenía la calidad de heredero de ese presunto padre (en la tesis errada que ha consagrado nuestra Corte al respecto), de ninguna manera se está negando que sea hijo y ni siquiera que las pruebas aportadas para demostrar alguno de los hechos que conforme a la Ley hacen presumir la paternidad, sean o no procedentes. ¿Cómo puede existir, entonces, cosa juzgada que le impida iniciar nuevo juicio para que se resuelva sobre el fondo de sus pretensiones, que no fueron examinadas en la ocasión anterior, llevando la prueba de la legitimación de su demandado?

Ni siquiera para los autores partidarios de la identidad entre legitimación y titularidad del derecho material, existe en esta hipótesis cosa juzgada, porque, según ellos, es necesario examinar si el derecho material existe, para deducir si la legitimación es correcta. De modo que cuando no se entra al estudio de fondo de la litis, porque no aparece que el demandado tiene la calidad sustancial para controvertirla, la sentencia no ha decidido sobre el derecho material del demandante y, por tanto, no constituye cosa juzgada. Puede afirmarse que en este punto la doctrina es unánime.

Solamente cuando la carencia de legitimación en la causa atañe al demandante, para estos autores (KISCH, CALAMANDREI y COUTURE) existe sentencia con fuerza de cosa juzgada sustancial, pues para ellos equivale a no tener la titularidad del derecho material pretendido. Se habrá resuelto, según ellos, sobre la existencia de ese derecho, de manera desfavorable.

En cambio, para los demás autores y para nosotros, la ausencia de legitimación en la causa, por parte del demandante, impide también que se pronuncie sentencia de fondo o de mérito. En ella se deberá decir que no se puede resolver acerca de la existencia de la relación jurídica o derecho material y sobre las obligaciones del demandado. Cuando tal requisito se examina en la sentencia, no impide un nuevo proceso a instancia del mismo demandante y sobre el mismo objeto. Si para admitir la nueva demanda o para obligar al demandado a que se someta al juicio se debe probar la legitimación que faltó en la anterior y no se aporta esa prueba, el juez debe rechazar la admisión de ella. Si se hace en la sentencia el examen de la legitimación, se presenta el problema de si la decisión inhibitoria contenida en la anterior sentencia, por falta de legitimación del demandante, debe ser respetada por el juez o no. Creemos que cuando se ha tratado de omisión en aportar las pruebas de la legitimación del demandante, y se presentan en el nuevo juicio, la consecuencia debe ser la misma que para el caso de falta de prueba de la legitimación en el demandado, pues como no existe cosa juzgada y la legitimación de ambas partes aparece demostrada, nada impide que se pronuncie sentencia de fondo.

Más difícil es el caso que surge cuando en el primer juicio se examinaron las mismas pruebas llevadas al segundo y se llegó a la conclusión de que no existía legitimación en el demandante. A primera vista, parece lógico concluir que el juez debe respetar la decisión contenida en la sentencia anterior ejecutoriada; pero si se piensa que solo cuando existe cosa juzgada es cuando el juez está en la obligación de abstenerse de pronunciar nueva decisión sobre la litis (siempre que se lleve la prueba de esa sentencia) y que para esto se

requiere que la decisión haya sido de fondo o mérito, se impone la conclusión contraria, es decir, que el juez puede apreciarlas libremente.

Surgen inmediatamente dos objeciones consistentes en que podrían repetirse procesos condenados necesariamente al fracaso, porque el demandante no dispone de nuevas pruebas de su legitimación, y que podrían pronunciarse sentencias contradictorias, si en el nuevo juicio se cambia el concepto sobre la legitimación de las partes.

En cuanto a lo primero, es un defecto en la reglamentación de los Códigos de Procedimiento; porque si se le otorga al demandado el derecho de objetar la legitimación en la causa (y el interés para obrar), dentro de un término breve, después de serle notificado el auto que admite la demanda y mediante incidente previo (entre nosotros, el mal llamado de excepciones dilatorias), y al juez se le da la facultad de examinarla de oficio para la admisión de la demanda, entonces se elimina ese riesgo contra la economía procesal. Aquello ocurre cuando existe cosa juzgada o transacción (C. J., art. 341), ya que pueden alegarse como excepción previa, esto sucede en los juicios especiales contenciosos y voluntarios (punto V).

La falta de legitimación del demandado puede alegarse en esa forma previa, conforme al ordinal 2.° del artículo 333 de nuestro Código de Procedimiento Civil. Bastaría ampliar esa norma al caso del demandante (punto V).

Respecto a lo segundo, la posibilidad de que el juez cambie su criterio en una nueva sentencia, ocurre siempre que la Ley permite que existan varios juicios, y no solamente en las hipótesis que examinamos; pero también se evita esta dualidad de sentencias, mediante el previo incidente para definir la debida legitimación en causa. De esta manera no se llegaría a dictar sentencia en caso de faltar.

E) *Es personal y subjetiva*

La legitimación en la causa es personal o subjetiva. Cuando una persona obra en representación de otra, los actos de aquella se entienden como de esta y, por tanto, es la legitimación del representando lo que permite la decisión de fondo en la sentencia.

En las doctrinas que confunden la legitimación en causa con la titularidad del derecho material, se presenta, como vimos, el problema de que la Ley permite a personas que no son titulares del derecho material, demandar para ciertos fines jurídicos.

Se recurre entonces a la fórmula de presentar esos casos como excepciones a la regla general, y así lo hacen los autores del primer grupo, cunado se trata del Ministerio público, de la acción pauliana del acreedor y de otros casos comprendidos en lo que la doctrina llama *sustitución procesal.*

Pero para quienes separan debidamente las dos nociones (titularidad del derecho material y legitimación en causa), el problema no existe, porque puede haber legitimación aun cuando no se tenga el derecho material y, por consiguiente, el caso de la sustitución procesal no constituye excepción alguna. También entonces el demandante tiene su legitimación personal, debido a que es el sujeto del interés en que se hagan las declaraciones pedidas al juez, aun cuando el derecho material corresponda a otro y las partes legitimadas para obrar en el juicio sean diferentes de los sujetos activo y pasivo de la relación jurídica materia de la sentencia.

Por ser un tema muy importante, le destinaremos un número aparte en este capítulo.

F) *La legitimación no se cede ni se transmite*

No puede decirse que cuando se cede o se transmite por herencia un crédito o un derecho real, se está cediendo o transmitiendo la legitimación en la causa, para recurrir a juicio en su defensa o para su realización; sería confundir el derecho material 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 juicio para cualquier efecto jurídico relacionado con ese derecho.

Es oportuno recordar aquí lo que expusimos acerca de la cesión de las acciones, en el número 101.

G) *Es elemento de la procedencia de la demanda y presupuesto de la pretensión para la sentencia de fondo*

No hay acuerdo en los autores respecto a si la legitimación en causa es presupuesto o elemento de la *procedencia* de la demanda o de *su fundamentación.* ROSENBERG opina lo primero; SCHÖNKE y KISCH, lo segundo; COUTURE dice que «lo que está en juego es la falta de razón para demandar», y ROCCO lo considera cuestión preliminar al juicio sobre la existencia de la relación jurídico-sustancial.

Consideramos que se trata de cuestión de simples términos. Como la legitimación en causa es indispensable para que pueda existir sentencia de fondo o mérito, puede decirse que en tal sentido es elemento de la procedencia de la demanda o, más precisamente, de las pretensiones contenidas en ella. Pero, como uno de los fundamentos de la pretensión consiste, por eso mismo, en que estemos legitimados para controvertirla en juicio, también es correcto hablar de que es un presupuesto de su fundamentación y, por tanto, de la fundamentación de la demanda.

Mas si por procedencia de la demanda se entiende su aceptación para que el proceso se surta y culmine con sentencia, sin tener en cuenta el sentido de la decisión, entonces, cuando por disposición de la ley procesal deba examinarse la legitimación para la admisión de la demanda, será un presupuesto de su procedencia, pero no cuando ese examen se haga en la sentencia. Sin embargo, es este un uso poco apropiado del concepto de procedencia de la demanda, y en este sentido debe hablarse mejor de admisibilidad.

Se distingue la demanda infundada y la improcedente. En un sentido restringido, aquella resulta cuando el derecho material pretendido no existe o no corresponde al demandante; esta, cuando no es posible resolver sobre la existencia de ese derecho, es decir, sobre las peticiones formuladas, y entonces la carencia de legitimación es causa de su improcedencia, puesto que no se refiere a la titularidad del derecho material.

Pero, en sentido lato, que es el generalmente usado, por demanda infundada se entiende aquella cuyas peticiones deben ser rechazadas por el juez, por razones sustanciales, que miran al fondo de la litis, sea que se trate de caren-

cia del derecho material o de ausencia de prueba del mismo o de falta de legitimación en la causa o de interés para obrar.

Como se ve, la legitimación es, en realidad, un *presupuesto de la pretensión* contenida en la demanda, entendiendo el concepto en su verdadero sentido; es decir, que sea procedente la sentencia de fondo. Forma parte de la fundamentación de la demanda en sentido general, pero si falta es más apropiado decir que esta es improcedente, porque así se da mejor idea de la situación jurídica que se presenta: no procede entonces resolver sobre la existencia del derecho o relación jurídico-material, y el juez debe limitarse a declarar que está inhibido para hacerlo. Y se debe hablar de demanda infundada, cuando no se prueba el derecho material alegado o cuando aparezca una excepción perentoria que lo desvirtúe o extinga.

H) *No es presupuesto procesal, sino cuestión sustancial*

Resulta evidente de lo expuesto que la legitimación en la causa (como el interés 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 perseguido en el juicio. Es, pues, cuestión sustancial.

En este punto la doctrina es uniforme. Quienes identifican la legitimación en causa con la titularidad del derecho material, hacen de ella parte necesaria de la cuestión material debatida (CALAMANDREI, KISCH, COUTURE); y quienes separan las dos nociones, la ubican, sin embargo, en el aspecto sustancial de la litis, porque nada tiene que ver con la validez del proceso y ni siquiera con el ejercicio de la acción, sino con la calidad subjetiva de las partes para reclamar un derecho o relación jurídico-material sin litigio o para controvertir sobre el derecho material pretendido por el demandante (CHIOVENDA, REDENTI, ROSENBERG, SCHÖNKE, ALLORIO, FAIRÉN GUILLÉN, GUASP, DE LA PLAZA, CARNELUTTI, ROCCO).

Se trata de un presupuesto sustancial o, mejor dicho, de un *presupuesto de la pretensión para la sentencia de fondo*. Por eso pueden existir la acción, la demanda válida, el juicio sin vicio formal alguno e inclusive la sentencia, a pesar de que ambas partes o una de ellas carezcan de legitimación en la causa. El único desacuerdo en la doctrina radica en determinar si es condición de la sentencia favorable o de la sentencia de fondo (cfr. núms. 120 y 134, C); 142-145).

En cambio, la *legitimatio ad processum* sí es un presupuesto procesal, porque se refiere a la capacidad de las partes para ejecutar válidamente actos procesales y, por tanto, es condición para la validez formal del juicio. En esto también hay unanimidad en los autores.

I) *Debe existir en el momento de la «litis contestatio». Qué sucede cuando se altera en el curso del juicio*

La legitimación en la causa debe existir, en ambas partes, *en el momento de constituirse la «litis contestatio»*, precisamente porque forma parte de la relación sustancial que debe ser objeto del juicio. El debate judicial queda

conformado en ese momento, y las circunstancias que posteriormente se presenten no pueden alterarlo. Es este un principio general de derecho procesal, de múltiples aplicaciones y unánimemente aceptado. Se rompería la igualdad de oportunidades que les corresponde a las partes y la lealtad en el debate, si pudiera modificarse la litis por hechos posteriores a su formación, porque las partes enderezan sus actividades de ataque y defensa, de prueba y de recursos, en presencia de la litis así configurada. Lo mismo ocurre con el interés para obrar [núm. 119, letra G)].

REDENTI expresa este mismo concepto cuando dice que «es necesario, ante todo, que la constitución subjetiva del proceso se ajuste a la estructura subjetiva de dicha acción en el momento de su ejercicio y según esquema legal». Para los autores que la identifican con la titularidad del derecho material, esto es más evidente, porque forma parte de la situación jurídico-material que se plantea en la demanda. Para los demás y para nosotros, es uno de los elementos sustanciales de la litis (independiente, claro está, del derecho material), que de todas maneras debe existir en el momento de su conformación.

Por lo general, la situación que existe en el momento de la *litis contestatio*, permanece igual durante el curso del juicio; de manera que no se presenta problema alguno sobre el particular. Pero, por excepción, puede ocurrir que se altere en uno de dos sentidos: bien porque quien no estaba legitimado en causa entonces, adquiera esa calidad antes de la sentencia, o porque desaparezcan los hechos que otorgaban la debida legitimación en la causa a alguna de las partes. ¿Qué consecuencias deben surtirse en el juicio?

Creemos que la solución es sencilla, si nos atenemos al principio general enunciado que dice que en el momento de la *litis contestatio* es cuando debe examinarse la legitimación en la causa. Es decir, al notificarse la demanda al demandado. De ahí que algunos autores hablen del principio de la *perpetuatio legitimationes* [40].

Si el demandante o el demandado carecían en aquel momento de legitimación, existiría una demanda antes de tiempo, similar al caso de la condición o plazo pendientes, que impide la resolución sobre el fondo, a pesar de que durante el juicio se adquiera aquella o se cumplan estos. Por ejemplo, si alguien demanda para que se declare o satisfaga un derecho perteneciente a una sucesión y para esta, creyéndose heredero sin serlo, carecerá de legitimación en la causa; si en el curso del juicio adquiere esa calidad por muerte del causante y la prueba, la sentencia debe ser inhibitoria. Si, a la inversa, es el demandado quien no es heredero en aquel momento y ha sido demandado en esa precisa calidad, aun cuando la adquiera en el curso del juicio, la situación para la sentencia permanece igual. En ambos casos deberá iniciarse nuevo juicio, entre las mismas partes, debidamente legitimadas ya, para que la decisión sobre la existencia del derecho o relación jurídico-material sea posible.

Si, por el contrario, en el momento de la *litis contestatio* las partes gozaban de legitimación en la causa, en razón de los hechos existentes (calidad de heredero, por ejemplo), la sentencia tendrá que aceptar esa situación y decidir en el fondo, a pesar de que aparezca probado que en el curso del juicio desaparecieron esos hechos y que cambió la calidad subjetiva de una de las partes o de ambas. La situación jurídica es la misma y la solución debe ser igual. Puede suceder que quien es demandado o demanda como heredero, haya

[40] GUASP: *Derecho procesal civil*, ed. 1962, p. 321, y ed. 1956, p. 333.

sido reconocido como tal en el juicio de sucesión, porque en ese momento tenía, al parecer, esa condición; pero que, por surgir uno de mejor derecho que lo desplace (por ejemplo, un hijo natural declarado en sentencia después de muerto el padre), pierda la investidura de heredero. En este caso, el juicio iniciado por o contra él no puede resultar afectado por tales hechos, posteriores a la *litis contestatio*.

A primera vista parece existir, en la última hipótesis, el problema de los efectos de la sentencia; pero, en realidad, como se trata de efectos relativos solo a las partes del juicio, el verdadero heredero no puede resultar obligado ni beneficiado con esa sentencia. Podrá iniciar juicio para la defensa de sus derechos, si lo desea, a pesar de que el heredero putativo haya recibido sentencia de mérito desfavorable sobre el mismo derecho material; y se le podrá seguir juicio para igual objeto, aun cuando en el anterior contra el heredero putativo demandado, el demandante hubiera recibido sentencia desfavorable de fondo.

No se trata de que ese heredero putativo o aparente resulte representando a la sucesión, como en errada forma lo consideró nuestra Corte en sentencia del 25 de junio de 1957 [41], en la cual sostuvo que si en el curso del juicio se revoca el reconocimiento de heredero del demandado y se prueba, queda ilegítima su personería. Todo lo contrario.

Naturalmente, si la modificación de los hechos constitutivos de la legitimación en causa se presenta después de terminado el juicio, los efectos de esa sentencia son los mismos que acabamos de exponer. Esto prueba que ningún obstáculo jurídico existe para admitir las anteriores soluciones, ya que los problemas son iguales, sea que la legitimación en la causa cambie durante el juicio o una vez concluido.

Pero no queremos decir que cuando la legitimación en la causa ha cambiado en el curso del juicio o después de concluido, la sentencia no produzca ningún efecto jurídico en todos los casos. Ocurre que en materia de estado civil de las personas, concretamente en la filiación legítima o natural, si hay decisión de fondo o mérito por existir la debida legitimación en la causa, el estado civil así declarado surte efectos mientras por una nueva sentencia no sea desvirtuado.

J) *El caso de las sentencias sobre el estado civil de las personas —particularmente sobre filiación legítima o natural—cuando aparece otro heredero no demandado*

Es un caso muy posible. Se demanda, después de muerto el presunto padre, a los herederos reconocidos en el juicio de sucesión en el momento de la *litis contestatio*, para que se declare la filiación natural del demandante respecto al *de cujus*, se tramita el juicio normalmente y se declara la filiación pretendida. Pero antes o después de esa sentencia aparece otro heredero concurrente o excluyente, que, como es obvio, no fue demandado. De acuerdo con el artículo 401 del Código Civil, esa sentencia produce efectos relativos, esto es, obliga únicamente a los herederos demandados. ¿Cuál es la situación del hijo?

---

[41] G. J., t. LXXXV, núm. 2.183, p. 404.

Para nosotros no hay duda de que esa sentencia es prueba de su filiación, con los mismos efectos de una partida notarial de estado civil. Ni aquella ni esta impiden a quien quiera impugnarla iniciar un juicio y obtener sentencia de fondo, porque no hay cosa juzgada que se oponga a ello. Pero mientras no lo haga, ambas pruebas establecen la filiación, para todos los efectos jurídicos. Además, de la sentencia debe tomarse nota en la partida de nacimiento del demandante y, por tanto, adquiere el mismo valor que aquella: es prueba del estado civil, mientras no se obtenga sentencia que la declare nula o la modifique.

Es esta la doctrina más aceptada en Francia, según puede verse en varios autores, como COLIN y CAPITANT [42], LAURENT [43] y PLANIOL y RIPERT [44].

La Corte colombiana acogió el concepto de COLIN y CAPITANT, en sentencia de 31 de julio de 1936 [45], en los siguientes términos:

«Como lo explican COLIN y CAPITANT (t. I, núm. 342), ciertas decisiones judiciales relativas al estado civil (como la declaratoria de heredero que obtuvo N. N.), tienen un efecto *provisional* (subraya la Corte), mientras no se demuestre que reposan sobre hechos inexactos o sobre pruebas insuficientes... La decisión judicial tiene entonces un valor análogo al de las pruebas ordinarias en materia de filiación, acta de nacimiento, posesión de estado, por ejemplo. Esas pruebas *hacen fe provisionalmente*, pero quien discute la autoridad de ellas puede destruirlas aportando pruebas contrarias... Dentro de esta concepción, las decisiones dadas en materia de estado no tendrían, con respecto a terceros, la autoridad de cosa juzgada en el sentido de que no bastaría invocarlas para cerrarles la boca a las partes representadas en la instancia que quisieran discutir los resultados, *pero harían fe provisionalmente.*»

En la hipótesis contraria, si la sentencia fue de fondo y adversa al presunto hijo demandante y surge un nuevo heredero excluyente o concurrente, nada impide que aquel siga nuevo juicio contra este, en el cual debe resolverse sobre el fondo de la litis; y si consigue demostrar su pretendida filiación, obtendrá sentencia favorable; pero esta sentencia no podrá perjudicar en absoluto a quienes fueren demandados en el primer juicio, porque la primera sentencia tiene valor de cosa juzgada para ellos. Téngase en cuenta lo expuesto en el punto anterior.

K) *No debe confundírsela con el interés para obrar o interés para la sentencia de fondo o mérito*

En el número 119, puntos *f*), *h*) e *i*), estudiamos esta cuestión y creemos haber demostrado que el interés para obrar y la legitimación en la causa, no obstante sus relaciones y el ser ambos presupuestos de la pretensión para la sentencia de fondo o mérito, son dos nociones distintas, que se refieren a dos aspectos de la relación material o sustancial que debe existir entre las partes del juicio y el objeto del mismo o interés discutido. Nos remitimos a ese estudio.

---

[42] COLIN y CAPITANT: *Tratado de derecho civil*, t. I, núm. 342.
[43] LAURENT: *De l'effect de la chose jugée en matière déactions d'état*, p. 46 y 61.
[44] PLANIOL y RIPERT, ob. cit., t. I, núms. 39-41.
[45] G. J., t. XLIV, núms. 1.914-1.915, p. 105.

Explicamos allí que puede ocurrir que el demandante *tenga* la legitimación en la causa, pero no el llamado interés para obrar, por no ser este actual o serio o legítimo (si bien en los ejecutivos la legitimación implica el interés), y que el demandado *tenga* perfecto interés para obrar (para controvertir las pretensiones que contra él formula el demandante), pero no legitimación en la causa, porque no es la persona que debe rsponder por los hechos alegados en la demanda, o la que, de acuerdo con la Ley, debe ser demandada para que la declaración sobre un estado jurídico sea posible, como ocurre en algunos juicios sobre el estado civil.

Concluimos allí que la *existencia del interés para obrar* o, mejor dicho, del *interés para la sentencia de fondo o mérito,* serio y legítimo, constituye suficiente motivo de legitimación en la causa para el demandante, en todos los juicios, y para el demandado en los declarativos y constitutivos, pero no en los de condena, ni en los ejecutivos o cautelares. La *falta* de legitimación en el demandante impide siempre que el interés sea serio, legítimo, actual y personal; y en el demandado, únicamente en los declarativos o constitutivos, pero en los de condena, ejecutivos o cautelares tiene suficiente interés para obrar, por el solo hecho de demandársele. E, inversamente, la *falta* de interés para obrar en el demandante no implica que carezca de legitimación en la causa, con excepción de los ejecutivos, en los que no se concibe lo uno sin lo otro; pero, en cambio, si el demandado carece de interés para obrar, es porque igualmente carece de legitimación en la causa, ya que si existe su legitimación, tiene interés para controvertirla.

Nos remitimos a lo expuesto anteriormente [véase núm. 119, letras F), H) e I)].

L) *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 tanto, no constituye un presupuesto procesal. En cambio, la *legitimatio ad processum* se refiere a la capacidad jurídico-procesal de las partes, que sí es un presupuesto procesal (núms. 139 y 216). 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 esta 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 (C. J., art. 457).

La *legitimatio ad processum* será estudiada al tratar de la capacidad de las partes (cfr. cap. XX).

La Corte colombiana ha sabido distinguir estas dos nociones, pero sin que siempre haya sacado la conclusión lógica de excluir la legitimación en la causa de los presupuestos procesales. Pueden consultarse las sentencias de agosto y diciembre de 1954 [46].

Pero existe una especial legitimación para ciertos actos procesales sin la cual no pueden ser eficaces, que se refiere no a la capacidad procesal en general, sino a la facultad que puede tener una parte para ejecutar válidamente

[46] G. J. núms. 2.145, p. 345, y 2.149, p. 196, respectivamente.

determinados actos procesales. Porque la capacidad procesal (para ser parte y para comparecer en juicio) no significa que las partes puedan ejecutar toda clase de actos procesales en el curso del juicio, con la plenitud de sus efectos jurídicos. Al contrario, la Ley limita muy a menudo a determinada parte la facultad de interponer recursos contra las providencias del juez, de formular excepciones, de contrainterrogar testigos, etc. Entonces se trata también de una *especial legitimatio ad causam,* porque nada tiene que ver con la relación sustancial que conforma la legitimación en la causa.

El acto procesal que ejecute quien carezca de esa especial facultad será ineficaz, y el juez no debe atenderlo. Pero no se trata de nulidad propiamente dicha.

Pueden citarse los siguientes ejemplos: solamente la parte desfavorecida con la sentencia o providencia puede interponer apelación (o reposición, si se trata de auto), porque es inadmisible que se recurra contra la decisión favorable al recurrente; es necesario, además, que se tenga la calidad de parte del juicio, cuando la sentencia es dictada, para que pueda apelarse de ella; solo el demandado puede proponer excepciones previas (impedimentos procesales en doctrina), porque sería absurdo que el demandante tratara de impedir que se diera curso a su propia demanda; corresponde a la parte distinta de la que solicitó una declaración de testigo (en el procedimiento escrito nuestro), contrainterrogarlo, y a la misma objetar o tachar el documento presentado por aquella; el tercero interviniente adhesivo, que solo coadyuva el interés de una de las partes, no puede interponer recursos contra las providencias que decidan sobre peticiones de la parte coadyuvada o sobre la demanda, si esta se opone; únicamente la parte mal representada en el juicio, puede alegar la nulidad correspondiente; es a la parte perjudicada con un motivo de nulidad o a cuyo favor se establece una causal de impedimento en el juez, a quien corresponde allanarlos.

En realidad, debiera eliminarse el término *legitimatio ad processum,* para hablar siemplemente de capacidad general o especial para ciertos actos procesales, y no mezclar indebidamente las dos nociones.

M) *No tiene aplicación en las acciones públicas*

Puesto que la legitimación en la causa es una calidad subjetiva especial que debe tener la parte en relación con el interés discutido en cada juicio, 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.

Puede decirse que respecto a esta clase de procesos, se identifican el interés para accionar, el interés para obrar 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 ese interés para su realización mediante la sentencia.

N) *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 juicio sin demanda de parte. Está consagrado en el artículo 205 del Código de Procedimiento Civil colombiano, cuando dice que es demanda «la petición con que se inicia un juicio». El artículo 99 del Código de Procedimiento Civil italiano es más explícito, pues dice: «quien quiere hacer valer un derecho en juicio, debe proponer demanda al juez». El artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento de España dice: «el juicio ordinario principiará por demanda».

Como se ve, este principio es de carácter puramente procesal y significa que en materias civiles no pueden iniciarse juicios oficiosamente por el juez, sino que es indispensable el impulso de parte mediante una demanda, con determinados requisitos de forma. Por consiguiente, 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 que para obrar deben tener el demandante y el demandado.

Ha de tenerse en cuenta que, por lo general, es en la sentencia en la que se examina si existe legitimación e interés para obrar, esto es, cuando la demanda no solo ha sido formulada y admitida, sino cuando también ha dado lugar al proceso con toda su secuela. Aunque debiera permitirse al demandado objetarlos en incidente previo.

El *principio del contradictorio* significa que es indispensable la citación del demandado para que pueda adelantarse el juicio (en los procesos contenciosos, naturalmente). Es un principio que tiene clara raíz constitucional y que universalmente se enuncia diciendo que «nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio con las formas establecidas por la Ley».

Es conocido también como *principio de la audiencia bilateral*, y forma parte de los derechos elementales del hombre.

Por citación se entiende la notificación personal que se hace al demandado o a quien lo represente, para que tenga conocimiento de la demanda formulada contra él y admitida por el juez. Solo si no es posible esa notificación personal al demandado o su representante, se recurre a emplazamientos y se le designa un defensor o curador para el juicio, con quien se surte la citación como si se tratara de su apoderado. Si el demandado se oculta para eludir la notificación, se le designa de plano un curador (C. J., art. 317)

Pero no es suficiente con la citación para que este principio del contradictorio y la garantía constitucional de oír al demandado queden satisfechos. Es indispensable darle al demandado un tiempo suficiente para que comparezca al juicio a defenderse, antes de proferir sentencia, aduciendo sus razones y pruebas, o de lo contrario los efectos de la citación serían nugatorios. Se cumple esto con el traslado de la demanda de que habla nuestro Código de Procedimiento Civil respecto de los juicios ordinarios y de la casi totalidad de los especiales contenciosos, y dando un término para la práctica de pruebas. Es decir, debe otorgársele la oportunidad de defenderse. Pero si, a pesar de recibir la citación o notificación, no concurre al juicio, el trámite de este continúa

normalmente y la decisión que se adopte es válida y tiene los efectos normales, de acuerdo con su contenido.

En los juicios ejecutivos no hay traslado de la demanda, antes que el juez tome una decisión de fondo sobre lo pedido. El juez libra la orden de pago antes de oír y sin citar al demandado al juicio, y ello lo hace en razón de que se le acompaña a la demanda la prueba plena de la existencia del derecho y no se trata de declararlo, sino de satisfacerlo (véase lo dicho sobre acción y proceso ejecutivo, en los números 65 y 90).

Aun en estos casos especiales, el demandado tiene oportunidad de ejercitar sus defensas proponiendo excepciones.

Además, puede interponer reposición y apelación del mandamiento de pago (C. J., art. 1.031).

En algunos juicios voluntarios relacionados con incapaces se ordena dar traslado de la demanda al Ministerio público o a los parientes de aquellos; en otros se dispone publicar avisos en periódicos, para enterar a los posibles interesados de que deben concurrir a hacer valer sus derechos (juicios de sucesión; discernimiento de la guarda a un incapaz). Y en algunos contenciosos se prescriben emplazamientos a los posibles terceros interesados (bienes vacantes, concurso de acreedores; tercerías en ejecutivos; división de grandes comunidades; quiebra del comerciante).

Salta a la vista que el principio del contradictorio no tiene nada que ver con la legitimación en la causa y ni siquiera con el interés para obrar. El demandado puede carecer de estas condiciones, pero jamás puede ser privado del derecho a contradecir, a oponerse a la demanda, a interponer recursos contra las providencias del juicio que lo perjudiquen, a alegar y presentar sus pruebas; en una palabra: a defenderse desde que es aceptada la demanda. Otra cosa es que tenga o no derecho a una sentencia de fondo.

Por mandato constitucional, todo demandado, por el hecho de serlo, tiene interés para contradecir la demanda (cfr. núms. 18, letra E); 86, letra E), y 102-104). Otra cosa es el interés para que haya decisión de fondo sobre las peticiones de la demanda y sobre las excepciones que el demandado propone, es decir, sobre la relación sustancial que exista en cuanto al objeto del juicio para los mismos fines (interés para obrar y legitimación en la causa). Así como se puede ser demandante sin tener esas dos condiciones de la pretensión, también se puede ser demandado sin ellas, y con mayor razón, porque alguien es demandante voluntariamente, pero demandado por voluntad ajena.

Por consiguiente, incurren en esta confusión los autores que hablan de interés para obrar o de legitimación en causa como condiciones del derecho de contradicción.

Se trata de condiciones o presupuestos para tener derecho a controvertir en el fondo las pretensiones del demandante.

El demandado que las reúna podrá proponer excepciones perentorias que se enderecen a extinguir o desvirtuar o modificar el derecho material del demandante y tendrá derecho a que se resuelva sobre ellas en la sentencia de mérito (si por parte del demandante también se cumplen). En caso contrario, podrá contradecir la demanda, pero únicamente para que se abstenga el juez de proferir una decisión de fondo, en razón de no ser él la persona calificada para controvertir las pretensiones aducidas, decisión que puede ser por sentencia inhibitoria, o por auto que revoque la admisión de la demanda atendiendo

a la reposición o apelación del demandado, o en incidente de previa sustanciación.

O) *Determina no solo quiénes pueden obrar en juicio, sino, además, quiénes deben estar presentes, para que sea posible la decisión de fondo*

En el derecho tradicional se hablaba de *legítimos y necesarios contradictores*, para indicar que en ciertos juicios es indispensable que concurran determinadas personas (como litisconsortes necesarios, demandantes o demandados), para que la decisión sobre las peticiones de la demanda fuera posible. Esto comprende la legitimación en la causa y el interés para obrar o gestionar la sentencia de fondo, y en tal sentido puede decirse que tanto la legitimación como el interés son condiciones para ser *legítimo* contradictor, así en el demandante como en el demandado. Entonces hay que distinguir el *legítimo* contradictor y el *simple* contradictor: este último lo es todo demandante y demandado; aquel quien tenga, además, la debida legitimación y el interés especial en la causa, conocido como interés para obrar o gestionar la sentencia de fondo. El demandado será siempre contradictor simple, como hemos visto; pero puede no ser contradictor *legítimo*, es decir, con derecho a controvertir en el fondo las peticiones de la demanda y a que por sentencia de mérito se resuelva sobre ellas y las excepciones que las ataquen (perentorias, en los Códigos español y colombiano; perentorias o dilatorias, en la doctrina).

Pero este principio de los *legítimos y necesarios contradictores* tiene un sentido más amplio, pues no se trata solamente de que obren en juicio quienes están legitimados para hacerlo, sino, además, de que concurran todos los sujetos de la controversia judicial cuya presencia es indispensable para decidir sobre ella.

Téngase en cuenta que no es necesario que concurran al juicio todos los sujetos que pueden estar legitimados para intervenir en la causa; por eso existen terceros (los que no son demandantes ni demandados), que *pueden* intervenir en el juicio si así lo desean, pero cuya presencia no es indispensable para que la relación jurídico-procesal quede debidamente constituida y pueda decidirse en el fondo. De manera que no es pertinente afirmar que sea necesaria la presencia en el juicio de todos los sujetos legitimados para el caso concreto.

En cambio, es evidente que la ausencia del juicio de ciertas personas impide la decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda.

Al respecto pueden suceder dos casos: *a*) cuando el demandante o el demandado no tenían en absoluto legitimación en la causa, por ser a personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y *b*) cuando aquellos debían ser partes en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas.

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, 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.

Se pregunta entonces si en esta última hipótesis se trata de un defecto de legitimación en la causa, o de una situación jurídica distinta.

Nosotros creemos que es problema de legitimación en la causa y que tampoco es entonces posible la sentencia de fondo.

La demanda puede ser en *indebida forma* por diversas causas, unas formales y otras sustanciales. Si el demandante o demandado carecen en absoluto de legitimación (primer caso examinado) o de interés para obrar, o se ha pedido lo que no correspondía, o no se cumple alguno de los requisitos de forma exigidos por el artículo 205 de nuestro Código de Procedimiento Civil, o no se obró por intermedio del representante cuando se es incapaz y en la misma forma se cita al demandado, no habrá demanda en *debida forma*: en los tres primeros eventos, por defectos sustanciales, y en los dos últimos, por defectos formales.

Rocco dice que la norma sobre legitimación en la causa establece no solo qué sujetos están jurídicamente autorizados para obrar y contradecir, frente a otros sujetos, para la declaración o realización de una determinada relación jurídica, sino también qué sujetos *deben participar o ser llamados a participar*, en el papel de actores o demandados, para esos fines. En ese sentido, tal norma determina qué sujetos «están obligados a participar en el ejercicio de una determinada acción frente a otros sujetos que están igualmente obligados jurídicamente a asumir el papel de demandados [47].

De este modo, según Rocco, en el caso que estudiamos se trataría de un defecto de la legitimación en la causa. Para nosotros, esto es incuestionable. No puede decirse, con lógica, que se trata de falta de legitimación si se demanda a quien no debía serlo, pero sí de algo distinto si se demanda solo a algunos de los que debían serlo. En ambos eventos se está dejando de demandar a personas que son los sujetos obligados de la controversia.

Precisamente por las mismas razones, es materia de *legitimatio ad causam* la facultad que terceras personas, que no figuran como demandantes ni demandados, puedan tener para intervenir en el juicio voluntario o por citación forzosa. Por eso dice Rocco [48] que con base en el concepto de la legitimación aparece el instituto del *litisconsorcio necesario o voluntario.*

Lo mismo ocurre, naturalmente, cuando la omisión aparezca en la parte demandante, porque haya dejado de comparecer en tal calidad alguna persona que necesariamente debía formar parte activa en la *litis contestatio.*

Carnelutti dice que «media una cuestión de legitimación, cuando la duda se refiere, no a si el interés para cuya tutela se actúa está en litigio, sino a si actúa para su tutela *quien debe hacerlo*» [49].

Y a continuación dice que la parte puede consistir en una *universitas personarum*, y entonces «lo que se trata de saber es quién ha de obrar cuando la parte esté constituida por un grupo» [50]. Por consiguiente, para Carnelutti, cuando han debido actuar otras personas además de quienes comparecieron (como demandantes o demandados), se tiene un problema de legitimación en la causa.

Podría hablarse también en estos casos de falta de *integración del juicio,*

---

[47] Rocco: *Trattato*, t. I, p. 333, nota 4.
[48] Rocco: *Trattato*, p. 335, nota 9, y p. 333, nota 4.
[49] Carnelutti: *Sistema*, t. III, p. 165.
[50] Carnelutti: *Sistema*, p. 166.

como propone CARNELUTTI [51]; pero sin que por ello se dejen de considerar estos casos como de legitimación en la causa.

REDENTI expresa que «puede suceder que estén legitimados para proponer una determinada acción, según su esquema legal, varios sujetos simultáneamente», hipótesis que el Código italiano contempla bajo la rúbrica de *litisconsorcio necesario*. Y «entra en la lógica del sistema que se deba citar a quien, *según la fórmula o el esquema de la acción (pretensión)* propuesta con la demanda, sea su sujeto pasivo» [52]. De modo que para él, demandar a todos los que deben ser demandados y por todos los que deben hacerlo, es cuestión relacionada con la legitimación en la causa.

También CHIOVENDA dice que los casos de relaciones jurídicas con pluralidad de sujetos activos o pasivos, se refieren a la legitimación en la causa: trátase de saber entonces si cierta acción (ha debido hablar de pretensión) puede ejercitarse por uno solo, como en las obligaciones solidarias e indivisibles y cuando se tiende al cambio de un estado jurídico que debe ser *uno* para varias personas (divorcio, nulidad de matrimonio) [53].

Puede afirmarse que hay unanimidad en la doctrina sobre este particular.

P) *¿Qué sucede cuando no se demanda a todos o por todos los necesarios contradictores?*

De la afirmación de tratarse de defecto de la legitimación en la causa, se concluye que en estos casos no es posible la sentencia de fondo o mérito.

Lo deseable es que el juez pueda disponer la citación de las personas que deban concurrir para que las dos partes—demandante y demandada—queden bien constituidas, sea en el mismo auto que resuelva sobre la admisión de la demanda y como medida previa, o posteriormente antes de abrir la causa a prueba para que todos los sujetos de la litis puedan aducir las que quieran. Así lo dispone el artículo 102 del nuevo Código de Procedimiento Civil italiano, que debería ser incorporado a todos: «Si la decisión no puede pronunciarse más que frente a varias partes, estas deben accionar a ser demandadas en el mismo proceso. Si este es promovido por algunas o contra algunas de ellas solamente, el juez ordena la integración del contradictorio en un término perentorio establecido por él.» El mismo texto se encuentra en el Código brasileño.

Desgraciadamente, en Colombia no tenemos una norma similar. Pero puede alegarse la falta de integración de la parte demandada, para esos efectos, como excepción dilatoria con base en el ordinal 2.° del artículo 333 del C. J., ya que cuando corresponde demandar a varios y no se demanda a todos, se está dirigiendo también la demanda contra «diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda». La economía procesal impone esta interpretación extensiva de este ordinal.

Si el juicio se adelantó y llega a dictarse sentencia, esta debe ser inhibitoria, sin la menor duda y de acuerdo con la opinión de los autores citados. De manera que no habrá cosa juzgada que impida un nuevo juicio con partes adecuadamente integradas.

---

[51] CARNELUTTI: *Sistema*, t. IV, p. 350.
[52] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 232-33.
[53] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 197-98, núm. 5.

Como ejemplos pueden mencionarse estos: la demanda de nulidad o simulación o resolución de un contrato, que debe comprender a quienes figuraron como partes del mismo contrato y a sus causahabientes a título singular o universal, ya que la decisión ha de producir efectos contra todos; la de nulidad del matrimonio instaurada por un tercero, que debe dirigirse contra los dos cónyuges; la de lesión enorme cuando son varios los compradores o vendedores demandados, ya que los debe comprender a todos; la de nulidad o reforma de un testamento, en la que deben ser demandados quienes puedan resultar perjudicados en caso de prosperar, sean herederos o legatarios; la de nulidad de una donación conjunta que debe dirigirse contra todos los donatarios; la reivindicatoria de un bien comunal.

Muy distinto es el caso de juicios contra los herederos de una persona, en acciones de estado civil, porque entonces los efectos relativos de la sentencia permiten que pueda existir pronunciamiento de fondo, a pesar de que no aparezcan todos como demandados, tal como lo explicamos en los puntos I) y J) de este número.

En cambio, cuando se demanda el pago de una deuda herencial o la reivindicación de un bien de la herencia o algo por el estilo, deben ser demandados todos los herederos si la sucesión está ilíquida, ya que necesariamente resultarían perjudicados si la sentencia accede a las pretensiones formuladas.

El caso inverso, de concurrencia necesaria para demandar, se presenta cuando se reclaman perjuicios para una comunidad, que a ninguno de los comuneros en particular corresponden, o cualquiera otra petición similar.

En el capítulo XVII, destinado al estudio de las partes como sujetos de la relación jurídico-procesal, veremos con amplitud el *litisconsorcio voluntario y necesario, propio e impropio.*

Pero no hay duda de que se trata de problemas de legitimación en la causa. Así lo dice Rocco, precisamente en el capítulo sobre legitimación en la causa, al tratar de la intervención de terceros en el juicio: «Así delineadas las cosas, con base en el concepto de legitimación aparece la naturaleza de otro instituto, del cual nos ocuparemos en seguida, en la forma de *litisconsorcio* necesario o voluntario»[54]. Es el mismo concepto de CARNELUTTI y REDENTI, como vimos anteriormente (cfr. núms. 128 y 132).

Q) *¿En qué consiste la legitimación en la causa?*

De las consideraciones anteriores se deduce lo siguiente: la legitimación en la causa no es la titularidad del derecho material o de la obligación correlativa; no es condición o presupuesto de la acción ni de la sentencia favorable (en sentido estricto), sino de la sentencia de fondo o mérito; no es un presupuesto procesal, sino cuestión sustancial; no consiste en el interés para obrar o pretender sentencia de fondo; no se refiere a la capacidad general ni a la procesal, y tampoco a la facultad de ejecutar válidamente ciertos actos durante el juicio; es algo diferente del *principio de la demanda* y del *principio del contradictorio*; es presupuesto de la pretensión para la sentencia de fondo; determina quiénes deben o pueden demandar y a quién se debe o se puede demandar; es personal y subjetivo; no se adquiere por cesión; debe

[54] Rocco: *Trattato*, t. I, nota 9.

existir en el momento de la *litis contestatio*, sin que importe que se altere posteriormente; sin ella no puede existir sentencia de fondo ni cosa juzgada.

Podemos entonces concluir en qué consiste realmente y cuál es el criterio para distinguirla.

Ante todo ha de tenerse presente que la legitimación en la causa determina quiénes están autorizados para obtener una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda, en cada caso concreto, y, por tanto, si es posible resolver la controversia que respecto a esas pretensiones existe, en el juicio, entre quienes figuran en él como partes (demandante, demandado e intervinientes); en una palabra: si actúan en el juicio quienes han debido hacerlo, por ser las personas idóneas para discutir sobre el objeto concreto de la litis.

Se trata de las condiciones o cualidades subjetivas, que otorgan la facultad jurídica de pretender determinadas declaraciones judiciales con fines concretos, mediante una sentencia de fondo o mérito, o para controvertirlas.

Creemos que es más apropiado hablar de pretender y controvertir que de obrar o contradecir, como lo hace ROCCO, para evitar confusiones con el interés para obrar, con el interés para accionar y con el derecho general e incondicional de contradicción o de defensa que corresponde a todo demandado.

Pero ¿cuándo existe esa facultad o idoneidad?

Debe existir un criterio general, para toda clase de pretensiones y procesos (no es correcto hablar de interés para toda clase de acciones, como lo hace ROCCO, puesto que no se trata—y él mismo lo enseña—de una condición de la acción), y ese criterio debe conducir a la formación de una norma general y abstracta, que determine en todo caso quiénes pueden o no actuar como demandantes, demandados o terceros intervinientes, y quiénes deben hacerlo voluntaria o forzosamente.

Esas condiciones o cualidades que constituyen la legitimación en la causa, se refieren a la relación sustancial que se pretende que existe entre las partes del proceso (incluyendo a los terceros intervinientes) y el interés en litigio, o sea el objeto de la decisión reclamada; pero no a la relación que pueda haber entre esas partes y el derecho material o la situación jurídico-material pretendidos; por eso la inexistencia de estos o de su titularidad, en caso de existir, no excluye la debida legitimación en la causa, sino la razón o fundamento para obtener la sentencia favorable de fondo.

ROSENBERG habla de *relación material entre la parte y el objeto del litigio*; REDENTI, de relación sustancial, de *titularidad real o afirmada o pretendida* de la acción-pretensión, y de estructura subjetiva de la acción en el momento de su ejercicio (de la pretensión, debe entenderse); GUASP y DE LA PLAZA, de *una determinada relación con el objeto de la pretensión procesal*; FAIRÉN GUILLÉN, de requisito de la pretensión; CARNELUTTI, de «un modo de ser jurídico», «de una situación de hecho», de «parte de la litis o del negocio», de «coincidencia del agente y el sujeto de la litis», en el sentido de que debe actuar para la tutela de aquel «quien debe hacerlo»; ROCCO, de «titularidad activa o pasiva de la relación o del estado jurídico que constituye el objeto del proveimiento requerido», advirtiendo en otro lugar que puede ser «*titularidad efectiva* o solamente *afirmada*».

Creemos que se precisa mejor la naturaleza de esa condición o facultad o idoneidad, así:

En lo que respecta al *demandante*, la legitimación en la causa es la *titula-*

ridad del interés materia del litigio y que debe ser objeto de sentencia (procesos contenciosos) o del interés por declarar o satisfacer mediante el requisito de la sentencia (procesos voluntarios). Y por lo que *al demandado* se refiere, consiste en la *titularidad del interés en litigio,* por ser la persona llamada a contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la Ley que se declare la relación jurídico-material objeto de la demanda (procesos contenciosos ejecutivos, de condena, declarativos o de declaración constitutiva).

Cuando se trata de un *sustituto procesal,* la legitimación en la causa consiste en la titularidad *parcial* del interés en litigio, en razón de que su interés personal en la relación jurídica que debe ser objeto de la sentencia de la cual es sujeto otra persona (el sustituido, deudor de la acción pauliana, por ejemplo), se encuentra vinculado al litigio.

Y en cuanto a los *terceros intervinientes,* radica en ser titulares de un interés jurídico material o moral dependiente del interés en litigio de una de las partes principales (interventor adhesivo o coadyuvante), o titulares *parciales* del interés en litigio, debido a que tienen un interés jurídico o moral independiente, que está en litigio en ese juicio y que resulta afectado o favorecido por la sentencia (interventor necesario y principal).

Se habla de titularidad *parcial* del interés en litigio cuando este no comprende la totalidad del objeto del juicio, por existir otra u otras personas cuyos diferentes intereses están en litigio allí mismo; es decir, el litigio comprende no solo aquel interés, sino estos.

Por consiguiente, la titularidad del interés en litigio consiste en la *pretensión o afirmación* de ser el titular del derecho o relación jurídico-material objeto de la demanda (demandante), o la persona facultada por la Ley para controvertir esa pretensión o afirmación, aun cuando ninguna obligación a su cargo pueda deducirse de ella (demandado), *en el supuesto de que existan* ese derecho o esa relación jurídico-material, y sin que se requiera, por tanto, que existan en realidad, porque esto se refiere a la titularidad del derecho material para obtener la prestación, la declaración o el pago o para controvertirlos, mediante sentencia *favorable* de fondo, al paso que la titularidad del interés en litigio mira únicamente a obtener sentencia de fondo, *sea favorable o desfavorable,* por estar el sujeto facultado para controvertir la existencia o inexistencia del pretendido derecho o relación jurídico-material.

No es correcto decir que el demandante sea el titular activo del interés en litigio y el demandado su titular pasivo, porque sucede a menudo que el supuesto deudor—sujeto pasivo de la relación jurídico-material pretendida—asume la iniciativa y demanda para que se declare que no existe su obligación ni el derecho material de su pretendido acreedor, quien viene a ser demandado en el juicio. Entonces el sujeto activo del interés en litigio viene a ser el demandado, y su sujeto pasivo, el demandante.

Otra cosa es la calidad de sujeto activo o pasivo de la pretensión contenida en la demanda, pues aquel será siempre quien la ejercita (demandante) y este a quien va dirigida (demandado).

Los titulares del interés en litigio son las personas a quienes corresponde obrar en juicio para su tutela o para controvertirlo, como observa CARNELUTTI, en el supuesto de que exista el derecho o la relación jurídico-material que se controvierte.

De manera que, por regla general, se trata de ser sujeto total o parcial,

activo o pasivo, del interés por declarar, realizar o satisfacer, o sea del interés en litigio, en el supuesto de que exista el derecho o la relación jurídico-material que se pretende, sin que importe que realmente exista o que la pretensión resulte infundada. Lo pertinente es que *en el caso o supuesto de existir,* los titulares de ese interés sean el demandante y el demandado, y los intervinientes, si los hay.

Cuando se trata de *sustituto procesal,* se tiene la titularidad de un interés propio en la relación jurídico-material del juicio, a pesar de no ser titular de esta, como sucede en la acción pauliana, por la cual el acreedor demanda la nulidad de un contrato celebrado por su deudor, o en cualquiera otra petición similar. Cuando alguien es *interventor adhesivo,* tiene un interés personal, pero dependiente de la suerte que la pretensión del demandante o la contradicción del demandado tengan en la sentencia (como ocurre cuando la persona que ha derivado algún derecho de un acto o contrato cuya validez se discute en el juicio, interviene adhesivamente para defender la posición de una de las partes). Y si se trata de *tercero* principal, hay un interés propio e independiente, pero vinculado a las resultas del juicio.

No se trata de ser el titular o el sujeto pasivo del derecho o relación jurídico-material (lo que supondría que este existiera), sino del interés en que se decida si efectivamente existe (y, por tanto, aun cuando en realidad no exista). No importa la inexistencia real o efectiva del derecho o relación jurídico-material, pues la legitimación será perfecta desde el momento en que, en caso de existir, los sujetos del interés en su discusión sean el demandante y el demandado. De modo que *debe razonarse siempre sobre el supuesto de que pueda existir esa relación o ese derecho material y examinar cuáles deben ser los sujetos de ese interés en el litigio.*

Es importante tener en cuenta que no siempre el demandado, sujeto pasivo de esa relación jurídico-material, es sujeto de obligaciones, porque en los procesos declarativos y en algunos de declaración constitutiva, puede ser simplemente la persona frente a quien permite la Ley decidir sobre la relación jurídica pretendida, sin que se esté impetrando condena alguna en su contra (filiación, maternidad, paternidad, etc.). La legitimación del demandado consistirá entonces en que, en el supuesto de que exista esa situación jurídica, *de acuerdo con la Ley, frente a él sea posible su declaración simple o constitutiva,* aun cuando no tenga interés personal en controvertirla, ni se oponga por ello a la demanda e inclusive esté de acuerdo en que se hagan las peticiones impetradas.

Si, además de existir la legitimación en la causa, resulta que el derecho o la relación jurídico-material existen en verdad, que el demandante es su titular y el demandado el sujeto de la obligación correlativa, cuando se trata de un proceso de condena, entonces se obtendrá sentencia favorable de fondo; mas en caso contrario, la sentencia será de fondo o mérito, pero desfavorable al primero.

No hay que confundir, como lo ha hecho a menudo nuestra Corte, la existencia y titularidad del derecho material con la legitimación en la causa. Si no se demuestran las dos primeras circunstancias, habrá ausencia o falta de derecho material, pero no necesariamente de legitimación. Claro está que puede ocurrir que falten tanto el derecho material como la legitimación; pero no siempre ocurre esto.

Cuando existe el derecho o relación jurídico-material y la legitimación de ambas partes es correcta, se presenta una coincidencia entre la titularidad de

aquel y la del interés en litigio. Mas no siempre ocurre tal coincidencia, pues en muchos casos existirá la legitimación en la causa, pero no la relación jurídica o el derecho material pretendidos en la demanda, o el demandante no es su titular, sin embargo de existir, o viceversa.

A este respecto es posible suponer estas situaciones:

1.ª Que exista la obligación (o la relación jurídico-material) y la legitimación del demandado sea perfecta, pero que el demandante no sea el titular del interés jurídico en el litigio sobre su existencia, y entonces faltará la legitimación *activa* en la causa y la sentencia tendrá que ser inhibitoria.

2.ª Que el derecho (o la relación jurídico-material) exista y la legitimación del demandante esté correcta, pero que el demandado no sea la persona llamada a controvertir ese litigio, o no sea la persona frente a la cual permite la Ley que se decida sobre su existencia, y entonces faltará la legitimación *pasiva* en la causa y la sentencia deberá ser inhibitoria.

3.ª Que el derecho y la obligación (o la relación material) existan, pero falte la legitimación de ambas partes, y la consecuencia será la misma.

4.ª Que el derecho (o la relación jurídico-material) haya existido, por haber ocurrido el acto jurídico de donde debía emanar normalmente, y haya sobrevenido su excitación por cualquiera de los modos legales, o que tal acto adolezca de nulidad, pero que el demandante y el demandado sean los sujetos del interés en litigio, en cuyo caso la legitimación en la causa de ambos será perfecta y la sentencia de fondo o mérito, desfavorable al primero.

5.ª Que en la hipótesis anterior falte la legitimación activa o pasiva, o ambas, por no ser el demandante o el demandado sujetos de ese interés en la relación jurídico-material extinguida o nula, y entonces la sentencia será simplemente inhibitoria.

6.ª Que nunca haya existido el derecho (o la relación jurídico-material), pero que en la hipótesis de existir, el demandante sería su titular y el demandado quien debe controvertirlo o la persona frente a la cual permita la Ley que se decida sobre su existencia, y entonces la legitimación en la causa sería perfecta y habría sentencia de fondo o mérito, pero desfavorable al primero.

7.ª Que en la hipótesis anterior, no sea el demandante el titular del supuesto derecho material, o el demandado la persona frente a la cual la Ley permita que se decida sobre la existencia de la relación jurídico-material, en la hipótesis de que existiera, y entonces, por faltar la legitimación activa o pasiva o ambas, la sentencia tendrá que ser inhibitoria.

Como se ve, no es posible identificar la legitimación en la causa con la titularidad del derecho o la relación jurídico-material, pues no se podría explicar, en todos esos casos, por qué se resuelve sobre el fondo de la litis por sentencia desfavorable, para declarar que el derecho material pretendido no existe o rechazar la pretensión.

Por eso hemos afirmado varias veces que la legitimación no es suficiente para la sentencia favorable o desfavorable, sino condición de la calidad de sentencia de fondo o simplemente inhibitoria.

Precisamente se dice que la *sentencia es inhibitoria* cuando se limita a declarar que no resuelve sobre el fondo de la litis, por existir el impedimento sustancial de la falta de legitimación o de interés para obrar [véanse núms. 134, letras C) y G); 119, letras B) y M)].

En el sentido expuesto adoptamos los conceptos de CARNELUTTI y ROCCO (que en el fondo coinciden). Estar legitimado significa para nosotros que en el

caso de existir la relación jurídica o el derecho pretendidos en la demanda, sería el demandante su titular y quien tiene interés en su declaración o realización, y el demandado, el sujeto llamado a controvertir ese pretendido derecho o la persona frente a la cual la Ley autoriza que se declare esa relación jurídica, sin que la no existencia de tal derecho o relación impida la correcta legitimación, ni la ausencia de esta última signifique la inexistencia del derecho o de la relación material, ni su presencia implique la titularidad real de ese derecho o relación jurídico-sustancial.

Por los mismos motivos, la ausencia de legitimación en la causa no puede ocasionar sentencia desfavorable de fondo, con fuerza de cosa juzgada, como si se hubiera declarado la inexistencia del derecho, ya que no se entra siquiera a examinarlo. Es evidente la contradicción que esta tesis encierra (cfr. lo expuesto en el punto D) de este número).

Creemos que hemos dejado establecida, en forma muy clara, la diferencia entre la titularidad del derecho material y la del interés en litigio o legitimación en la causa, como también la naturaleza y sentido de esta última noción.

R) *Su adecuada denominación*

Muchos inconvenientes le encontramos a la denominación de *legitimación para obrar*, que UGO ROCCO puso de moda en su monografía que con ese título aparece en el tomo de *Derecho procesal civil*, que en la edición mexicana de 1944 conocemos. Así lo debió de comprender el mismo ROCCO, pues en su reciente *Trattato di diritto processuale civile*, la abandona, para hablar de *legitimación en la causa*.

Aquella expresión se presta a confusiones con el interés para obrar. Literalmente, parece referirse al derecho de demandar o al de concurrir al juicio para defenderse cuando se pretende imponer una condena o satisfacer un derecho con el patrimonio del demandado (derecho de acción y derecho de contradicción), que, como hemos dicho tantas veces, pertenecen a todo el mundo, pues quien acciona o se defiende está obrando en el juicio, confusión todavía más grave. Y no facilita la debida distinción con la *legitimatio ad processum*, que se refiere a la capacidad de obrar en juicio y a la facultad de obrar durante su trámite interponiendo recursos, ejecutando determinados actos, renunciando a otros, etc., como en el punto L) lo explicamos. También CARNELUTTI rechaza, como vimos, esa denominación.

Más correcto es hablar, como lo hace CARNELUTTI, de *legitimación para pretender o resistir a 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*.

S) *Distintas clases de legitimación en la causa*

Según el sujeto legitimado y su posición en el juicio, pueden distinguirse: la legitimación *activa* y la *pasiva*; la legitimación *principal* y la *secundaria*; la legitimación *total* y la *parcial*; la legitimación *permanente* y la *transitoria*, y la *necesaria* o *voluntaria*.

La activa corresponde al demandante y a las personas que posteriormente

intervengan para defender su causa, pretendiendo ser titulares parciales del interés en litigio, como hemos explicado, aunque no se trata siempre del sujeto activo de la relación jurídico-material (cfr. cap. XVIII).

La *pasiva* pertenece al demandado y a quienes intervengan luego, por ser titulares parciales del derecho a controvertir la pretensión del demandante (sin que sean siempre sujetos pasivos de la relación jurídico-material y sin que el primero sea siempre una parte pasiva en el proceso, pues si propone excepciones, obrará activamente en el ejercicio de su derecho de contradicción).

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 juicio (cfr. cap. XVIII).

La *secundaria* corresponde a quienes intervienen en el juicio, no para sostener una situación jurídica personal, sino para coadyuvar a la situación de una de las partes (demandante o demandada), conocidos como terceros coadyuvantes.

La *total,* cuando existe para toda la causa, en relación con todas las peticiones o pretensiones formuladas en la demanda (sea activa o pasivamente), que es lo que, por lo general, ocurre al demandante o demandado. Pero si son varias las personas que forman cada parte, puede suceder que existan pretensiones que se refieran solo a algunas de ellas.

La *parcial* se presenta cuando existe solo respecto a algunas de las peticiones formuladas en la demanda por varios demandantes o contra varios demandados, o para fines determinados que no se relacionan con la decisión de fondo sobre la litis, como ocurre cuando se pide el levantamiento de un secuestro o embargo, por el tercero poseedor; o la regulación de los honorarios por el perito o secuestre; o la rendición de cuentas, dentro del mismo juicio, por el secuestre o albacea. El legitimado parcialmente no está facultado a intervenir en los otros aspectos del juicio y el juez no debe oírlo cuando pretenda hacerlo.

La *permanente* existe cuando se tiene para toda la duración del juicio, como en el caso del demandante, el demandado y el tercero interviniente principal o adhesivo.

La *transitoria,* cuando apenas se otorga para una determinada actuación en el curso del juicio; corresponde a los intervinientes parciales, quienes dejan de ser partes una vez que termina la cuestión incidental o transitoria para la cual están legitimados, y no pueden continuar formulando peticiones.

Por otro aspecto puede hablarse de legitimación *voluntaria* y de legitimación *necesaria,* para significar que el legitimado *puede* concurrir o no al juicio según lo desee, o que *debe* concurrir forzosamente por ser demandado o citado por disposición del juez de oficio o a petición de parte. Pero de ninguna manera queremos decir que se tenga o no legitimación voluntariamente. La legitimación existe o no, quiérase o no tenerla. Lo voluntario es concurrir o no al juicio, estando legitimado para hacerlo.

Por eso, en los puntos Q) y P) de este número, dijimos que la legitimación determina no solamente quiénes *pueden,* sino también quiénes *deben* ser partes en sentido material, en cada juicio, y vimos las consecuencias que de esto se deducen.

Hay, pues, partes legitimadas para pretender, para controvertir y para intervenir.

Pero es importante observar que el demandado no es, en realidad, un su-

jeto pasivo de la relación jurídico-procesal, puesto que él ejercita, como sujeto activo, su derecho de contradicción, del cual es sujeto pasivo el Estado mediante el juez que adquiere la obligación de proveer sobre sus defensas. Y tampoco es el sujeto pasivo de la acción, porque lo es el juez. En cambio, sí es sujeto pasivo de la *pretensión*, en los procesos de condena, en los ejecutivos y en algunos de declaración constitutiva. En los declarativos y en otros de declaración constitutiva es apenas la persona frente a la cual permite la Ley decidir sobre la existencia de la relación jurídico-material o acerca de su reforma o extinción, sin que se persiga imponerle prestación o consecuencia alguna, de manera que no es propiamente sujeto pasivo de la pretensión.

Algo similar puede decirse de los terceros, puesto que son sujetos activos de su derecho a intervenir, y cuando lo hacen voluntariamente, obran de igual manera que si fueran a demandar.

De modo que la distinción entre legitimación activa y pasiva debe tomarse en sentido muy relativo.

Cuando decíamos en el punto I) que la legitimación en la causa debe existir en el momento de la *litis contestatio*, nos referíamos al demandante y al demandado, ya que los terceros deben tener esa calidad solo en el momento de solicitar su intervención, y, a diferencia de lo que ocurre con aquellos (punto J), su intervención en el juicio debe terminar con su legitimación, si por hechos posteriores y probados en autos aparece su extinción o pérdida. Precisamente esto determina si tienen una legitimación permanente o transitoria.

El legitimado para intervenir como principal tiene siempre legitimación para demandar; en cambio, el legitimado secundario o para intervenir adhesivamente, no siempre tiene legitimación para demandar, como sucede en algunos juicios con el Ministerio público cuando la Ley no lo autoriza para demandar, pero sí para intervenir apoyando la demanda u oponiéndose a ella, o simplemente para conceptuar (licencia para enajenar bienes de incapaces que tienen su representante legal o curador; en Italia, el caso de la mujer casada en las controversias sobre entrega de su dote, pues la Ley otorga el derecho de demandar al marido y a aquella solamente el de intervenir en favor o en contra de lo pedido por este, y, claro está cuando se trata de legitimación parcial y transitoria).

El caso del representante o apoderado es distinto. No estamos de acuerdo con CARNELUTTI, quien considera que se trata de una especie de legitimación. Para nosotros, la legitimación en la causa la tiene el representado, y el representante únicamente obra en su lugar. Por eso se diferencia radicalmente del caso de la sustitución procesal, que estudiaremos en el número 135.

T) *La legitimación en las distintas clases de procesos o pretensiones*

Observemos, en primer lugar, que no es correcto hablar de legitimación en las distintas clases de acciones, porque todo el mundo tiene el derecho de acción. Se confunde acción y pretensión, y por ello es mejor el subtítulo que hemos escogido.

En las pretensiones y procesos *declarativos*, la legitimación en la causa consiste en que el *demandante* sea el titular del interés que ha de declararse con certeza jurídica. Esto ocurre generalmente cuando el demandante es el *presunto* titular de la relación jurídico-material en la hipótesis de que esta

exista, como acaece con el presunto hijo legítimo o natural, o con la persona en cuyo favor se surtirían los efectos del documento cuya autenticidad debe declararse, o con uno de los cónyuges del matrimonio cuya existencia se trata de declarar. Pero puede suceder que el demandante no sea el presunto titular de la relación jurídico-material, sino un tercero a quien la Ley faculta para obtener esa declaración como la existencia de un matrimonio o la calidad de heredero para efectos relacionados con la herencia, y que, sin embargo, sea titular o parcial del interés en litigio (del interés familiar o social envuelto en el litigio). En el demandado consiste en que sea una de las personas frente a las cuales permite la Ley que se tome esa decisión o se haga esa declaración (el heredero del presunto padre muerto, en los juicios de filiación legítima o natural; el otro cónyuge, en el caso de dar certeza jurídica a la existencia del matrimonio; la parte contratante o firmante del documento privado cuya autenticidad quiera comprobarse, etc.).

Cuando el *Ministerio público* obra como demandante en un proceso declarativo, en defensa de menores sin representantes o por conveniencia general (si la Ley lo autoriza para ello), también su legitimación consiste en ser titular de un interés jurídico en el litigio, protegido por la Ley; esto es, el interés colectivo o público, en tal declaración. En el caso de los incapaces, puede decirse que hay una especie de representación legal *ad litem* y que el Ministerio público actúa por la legitimación del incapaz representado; pero nos parece más acertado hablar de legitimación propia del agente del Ministerio público, en razón del interés general que existe en la protección de incapaces desamparados, objeto del juicio.

Cuando se demanda o se cita al juicio al Ministerio público, su legitimación tiene el mismo carácter que el de cualquiera otro demandado, pues la Ley permite o exige que con su concurrencia se decida sobre tal declaración.

Téngase en cuenta lo explicado en los puntos O) y P) respecto a los casos de pluralidad activa o pasiva de sujetos legitimados en la causa. Si la Ley permite que cualquiera de ellos demande o sea demandado, su legitimación personal e independiente conduce a la sentencia de fondo (si, además, existe interés serio y actual para obrar u obtener esa sentencia y se cumplen los presupuestos del procedimiento); así sucede en las acciones para la declaración de la filiación legítima o natural, después de muerto el padre presunto, ya que la demanda puede instaurarse contra cualquiera de los herederos (según nuestra Corte) o contra cualquiera de los parientes del *de cujus* (según los autores franceses y nuestra opinión)[55]. Pero en otros casos es indispensable demandar o que sean demandados todos los sujetos legitimados, por no corresponder la legitimación a cada uno independiente, sino al grupo o conjunto; esto ocurre cuando se pide la declaración de que un documento firmado por varias personas es auténtico, o de que un matrimonio existe o no existe—por demanda de tercera persona—, y en los demás ejemplos de *litisconsorcio* necesario en acciones declarativas (cfr. núm. 182).

En las pretensiones y procesos de *declaración constitutiva* existirá legitimación en el demandante, cuando se trate del titular del interés en litigio relacionado con la situación jurídica objeto de la demanda, cuya reforma, extinción o declaración se persigue, y en el demandado, cuando sea la persona

[55] Véase nuestra tesis de grado "Investigación de la paternidad natural después de muerto el padre presunto", 1941.

frente a la cual permite la Ley esa decisión, resulten o no contra él obligaciones de la sentencia favorable al demandante. Si, como consecuencia necesaria de la prosperidad de la demanda, han de surtírsele obligaciones, su legitimación es indiscutible; pero no siempre ocurre esto, porque el interés que justifica su intervención puede ser de orden moral simplemente.

No es necesario que el demandante sea el presunto titular del estado jurídico por declarar, reformar o extinguir. Esto sucede cuando el demandante sea el marido que impugna la paternidad de un hijo de su mujer que por Ley se le imputa, o el propio hijo, o uno de los cónyuges en el caso de nulidad de matrimonio o divorcio. Pero muy a menudo se trata de terceros, que no son sujetos de esa relación jurídica, y a quienes la Ley reconoce suficiente interés para reclamar la decisión de fondo; por esto son titulares parciales del interés en litigio, sin serlo de la relación jurídico-material objeto del fallo; así ocurre en los casos de impugnación de una filiación legítima o natural por herederos o parientes o terceros a quienes se irrogue perjuicio actual de orden económico o moral con ese aparente estado civil (C. C., arts. 219, 220, 222, 234, 247, 406 y 407, y 20 de la Ley 57 de 1887, en cuanto a la filiación legítima; art. 58 de la Ley 153 de 1887, respecto a la filiación natural); en los casos de nulidad de matrimonio (arts. 143, 144 y 146—sustituido por el 15 de la Ley 57 de 1887—); en la intervención *litisconsorcial* voluntaria en el curso del juicio (cfr. núms. 183 y 191).

Precisamente por esto hemos preferido hablar de titularidad del interés en litigio, en vez de titularidad afirmada o real de ese estado jurídico (como dice Rocco), ya que en muchas ocasiones no se trata de ser dicho titular, y, sin embargo, la legitimación en la causa está expresamente consagrada por la Ley. Y no puede decirse que se trate de casos de *sustitución procesal,* porque esos parientes o terceros no obran para el ejercicio o la tutela de un derecho ajeno, sino para tutelar su propio derecho, impugnando situaciones de otra persona, lo que es fundamentalmente distinto (cfr. núm. 135). Además, se precisa mejor la diferencia entre titularidad del derecho o relación jurídico-material, por una parte, y legitimación en causa, por la otra. Es lo mismo que ocurre en los procesos declarativos, y por ello se puede aplicar lo dicho respecto al Ministerio público en esta clase de procesos.

En las pretensiones y procesos *de condena,* la legitimación del demandante consistirá también en ser el titular del interés en litigio, que entonces significará el estar reclamando para sí, por lo general, o para otro, pero en beneficio propio (sustitución procesal), total o parcialmente, las prestaciones que pretende le sean impuestas al demandado, con o sin fundamento y sea que exista o no el derecho pretendido; y la legitimación del demandado, consistirá en ser sujeto pasivo de esas prestaciones reclamadas, exista o no realmente la obligación que se le imputa y que le correspondería realizar si la demanda prosperara.

Por regla general, en los procesos de condena se identifican la titularidad del interés en litigio y del derecho a controvertir las prestaciones aducidas en la demanda, con la titularidad activa o pasiva, aparente o real, efectiva o solo afirmada, del derecho o relación jurídica objeto de la decisión reclamada. Se trata de determinar si en el supuesto de que en verdad existan el derecho y la obligación correlativa o la relación jurídico-material, sus sujetos serían quienes figuran como demandante y demandado, ya que se trata de exigir una prestación para aquel o de que esta la cumpla.

Empero, tampoco es indispensable esa identificación del titular del interés en litigio con el titular de la relación jurídico-material, cierta o simplemente afirmada, porque la Ley autoriza a ciertos terceros para perseguir la condena contra los presuntos obligados, en favor de otra persona que no demanda, pero respecto a la cual tiene el demandante un derecho para cuya tutela o satisfacción es necesaria la obtención de dicha condena, como en el caso de la acción pauliana que la Ley otorga a los acreedores para perseguir condenas contra los deudores de su deudor y a favor de este o para perseguir la anulación de actos de este con las consiguientes restituciones, y de la aceptación de herencias y tramitación del juicio de sucesión por los acreedores del heredero, siempre con el fin de conseguir la satisfacción de los créditos a favor del demandante, que de otra manera no se conseguiría (C. C., arts. 2.488, 2.489, 2.490, 2.491; decr. 750 de 1940, art. 36, sobre quiebra del comerciante; C. C., artículo 1.295, sobre aceptación de herencias por los acreedores). No se trata de que esos acreedores ejerzan la acción que corresponde al deudor, sino de que la Ley los legitima para ejercitar su propia acción, por ser titulares parciales del interés en litigio, aun cuando no lo sean de la relación jurídico-material objeto de la decisión; entonces el interés en satisfacer su propio derecho está envuelto en el litigio y son, por tanto, sujetos parciales del interés en litigio. Son los casos de *sustitución procesal*, que examinaremos en el número siguiente.

Tampoco los terceros que tienen legitimación para intervenir en el juicio, son sujetos de la relación jurídico-material objeto del mismo, en muchos casos.

Con el criterio general que adoptamos, no hay que recurrir a la fórmula de que estos y los demás casos examinados, respecto a los procesos declarativos y de declaración constitutiva, sean excepciones a la regla general. Por el contrario, encajan en la regla de la titularidad, total o parcial, activa o pasiva, del interés en litigio. Ocurre lo mismo con la legitimación de los terceros intervinientes.

En los procesos *ejecutivos* se persigue directamente la satisfacción del derecho y el pago de la obligación, que deben aparecer en el título aducido, en forma clara, exigible y líquida, tanto a favor del demandante como a cargo del demandado, sea porque hubo una declaración jurisdiccional (cuando el título es una sentencia) o que la Ley presuma su declaración o certeza (título emanado del deudor). La identificación de la titularidad del interés en litigio (que es entonces la pretensión al pago), con la del derecho pretendido, activa y pasivamente, ocurre, al menos en *apariencia*, en todos los casos. Pero puede suceder que el derecho se haya extinguido en todo o en parte, o que adolezca de nulidad el acto jurídico de donde emana, y en realidad no exista; y por esto el ejecutado puede obtener sentencia de excepciones total o parcialmente favorable.

La regla general de la titularidad activa o pasiva, total o parcial, del interés en litigio tiene plena aplicación. Unas veces, como vimos respecto a los procesos declarativos, de declaración constitutiva y de condena, existirá esa titularidad sin coincidir con la de la supuesta relación jurídico-material, en el caso de que exista realmente; otras, tal coincidencia aparecerá. Pero siempre se encontrará la titularidad activa o pasiva del interés en litigio, en forma total o al menos parcialmente (como en la acción pauliana). Como el interés en litigio puede existir en diversas personas, tanto por activa como pasiva, en ocasiones solo una o varias de ellas son sujetos, reales o solo afirmados, de la

relación jurídico-material, pero sin que la legitimación en la causa de las demás sea menos efectiva.

En los procesos *cautelares* independientes y en las medidas cautelares preventivas de los ejecutivos y de algunos de condena y de declaración constitutiva, la situación es la misma examinada en relación con los anteriores.

Igual cosa ocurre en los procesos mixtos: declarativos de condena, de declaración constitutiva y de condena, etc.

U) *Su falta debe declararse de oficio en la sentencia*

Como sucede en la ausencia de interés para obrar, la de la debida legitimación en la causa constituye un impedimento sustancial para que el juez pueda proferir sentencia de fondo o mérito, y no una excepción perentoria ni dilatoria (entendida esta en su sentido doctrinario). Tampoco es un impedimento procesal, puesto que no se trata de un presupuesto procesal, aunque se autorice a alegar su falta como excepción previa.

Naturalmente, si el juez encuentra en el momento de decidir la litis que falta esta condición para la sentencia de fondo o mérito, debe declararlo así oficialmente y limitarse a proferir una sentencia inhibitoria.

Recuérdese que en Colombia el juez debe pronunciarse de oficio sobre las excepciones perentorias, cuando las encuentre probadas, menos las de prescripción y compensación, que deben ser alegadas. Luego con mayor razón debe hacerlo respecto de la legitimación en la causa y del interés para obrar.

Mas no se trata de excepción que ataque el derecho del demandante (perentoria definitiva o del juicio), pues ni siquiera se entrará a examinar si ese derecho existe y si él es su titular. Como regla general puede decirse que las excepciones perentorias (y las dilatorias como las entiende la doctrina, que son en nuestro Código y el español las perentorias del juicio o temporales), se estudian únicamente cuando el demandante ha probado su derecho; en caso contrario se desestima la demanda sin necesidad de considerarlas. Si no aparece la debida legitimación en la causa de una de las partes o de ambas, ni siquiera se examina la existencia de ese derecho material en cabeza del demandante y, por tanto, no es procedente hacer el estudio de las excepciones del demandado.

Por eso es un error considerar que la sentencia que desestima la demanda por ausencia de legitimación en la causa, es favorable al demandante con efectos de cosa juzgada, como expusimos en el punto D).

V) *Casos en que debe examinarse para la admisión de la demanda y en que su ausencia puede alegarse como excepción previa*

En Colombia y España, en los procesos ordinarios, por lo general, es en la sentencia cuando el juez estudia la legitimación en la causa.

En cambio, el juez tiene el deber de examinarla para la admisión de la demanda, y ello ocurre por lo común cuando debe pronunciarse sobre el fondo de lo pedido, en el mismo auto admisorio de la demanda o posteriormente, pero sin debate probatorio previo. Tal cosa ocurre en el juicio 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 voluntarios. También en los juicios de lanzamiento del arrendatario o restitución al arrendador, separación de bienes, alimentos, expropiaciones, deslinde y amojonamiento, servidumbres, posesorios, cesión de bienes, pactos accesorios de la compraventa, rendición de cuentas, controversias entre condueños, divisorios, venta de cosa hipotecada o dada en prenda, prestación o relevo de fianzas y otorgamiento de otras cauciones, porque si no hay oposición del demandado, se resuelve de plano.

Otras veces existe etapa probatoria, pero la admisión de la demanda está condicionada no solamente a que se cumplan los presupuestos procesales de la acción y de la demanda (cfr. núms. 139-140)—como sucede en todos los juicios—, sino, además, a que aparezca la prueba de la debida legitimación del demandante y su interés para obrar. Así ocurre en los juicios de jurisdicción voluntaria, como los de interdicción, nombramiento de curadores, licencias para enajenar bienes de incapaces, y en algunos contenciosos, como el de autorización para que el hecho debido se ejecute por persona distinta del deudor y a sus expensas o por el mismo deudor si se trata de otorgar un documento, el de pago por consignación, el de reducción de la hipoteca o de la pena estipulada y fijación de intereses y en los asuntos varios en que el juez resuelve con conocimiento de causa o breve y sumariamente o con prudente juicio, de acuerdo con el título XLV del Código de Procedimiento Civil.

Es decir, en los juicios especiales se examina siempre la legitimación en la causa y el interés para obrar del demandante y del demandado, si lo hay, para la admisión de la demanda. Sin duda, esto es un acierto, pues así se evitan procesos inútiles y pérdidas de dinero al Estado y a las partes, y de tiempo a estas y a los jueces.

En los ordinarios, el juez admite la demanda si esta reúne los presupuestos procesales de la acción y previos del juicio, sin examinar las condiciones de legitimación en la causa e interés para obrar, y esto por la infortunada ausencia de norma legal que lo autorice para hacerlo. Pero se permite proponer como impedimento procesal (excepción dilatoria según los Códigos español y colombiano) la carencia de cualquiera de esas dos condiciones sustanciales o de ambas, en el demandado, conforme al artículo 333, ordinal 2.º, del Código de Procedimiento Civil colombiano, norma que no ha sido utilizada por la jurisprudencia en forma alguna y que para nosotros tiene esa importantísima misión. Recuérdese que en España FAIRÉN GUILLÉN sostiene que la legitimación en la causa es una condición para la admisión de la demanda. Así se evitan sentencias contradictorias y los demás problemas que surgen del hecho de no constituir cosa juzgada la sentencia inhibitoria que declare improcedente la demanda por ausencia de uno de estos dos requisitos para la decisión de fondo o de mérito, que estudiamos en el punto D).

Nos parece indispensable extender esa norma a la ausencia de legitimación o de interés para obrar en el demandante, por las mismas razones. Como dice el procesalista argentino CARLOS AYARRAGARAY, «no es posible dejar correr un proceso si no está determinada su viabilidad para el fin perseguido» [56].

---

[56] AYARRAGARAY: *El principio de la inmaculación en el proceso*, Buenos Aires, 1959, p. 124.

135. 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; ejercita entonces el derecho material 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 determinadas causas, sin ser las titulares del derecho o relación jurídico-material 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 jurídico-material. Desde ese punto de vista, la aplicación del concepto de *sustitución* aparecía pertinente y casi necesaria.

Los autores que examinaron mejor la legitimación en la causa, a la luz de la moderna concepción del derecho de acción, separándola de la titularidad del derecho material, conservaron generalmente la noción de sustitución o subrogación procesal, para referirse a esos frecuentes casos en que la sentencia debe decidir sobre un derecho o relación jurídico-material, sin que el demandante, cuya legitimación en la causa es evidente, sea su titular. Pero no todos supieron conformarla a la realidad procesal y encontrar sus diferencias con la sustitución material; y por eso algunos continuaron hablando de que se trataba de ejercitar, a nombre propio, una acción ajena, es decir, que el acreedor obra en propio nombre, pero ejercita la acción que corresponde a su deudor. El error de tal criterio es, sin embargo, patente.

En efecto, si la acción es un derecho que pertenece a toda persona que necesita, para cualquier efecto jurídico, una declaración judicial, es obvio que el acreedor, en los ejemplos comentados, está ejercitando su propia y personal acción; porque la Ley lo autoriza a ejercitar el derecho material del deudor, en razón de que es necesario para la tutela de su propio derecho material; y, en consecuencia, tiene interés serio y legítimo, como también legitimación personal, en la causa que adelante con tales propósitos.

El *sustituto procesal* es titular parcial del interés en litigio, por lo que tiene legitimación en la causa aun cuando no lo sea del derecho o relación jurídico-material, porque es el interés propio de aquel, en la defensa de su propio derecho material, lo que legitima sus pretensiones. Por eso ejercita su acción y no la acción que podía corresponderle al deudor; pero no ejercita el derecho material de este último, lo que es muy distinto.

Ya vimos en el número 133 el concepto claro y exacto que sobre esta materia expone Ugo Rocco en su reciente *Trattato* [57]. No existe, nos dice, ejercicio en nombre propio de la acción de otro, sino «el ejercicio de un derecho de acción propio y, por tanto, en nombre propio, que tiene por objeto una relación jurídica de otro»; lo que nada tiene de particular, porque en derecho moderno la acción y el derecho material son muy diferentes y pueden no coincidir.

---

[57] Rocco: *Trattato*, t. I.

Pero para nosotros no existe, en realidad, excepción alguna a la regla general enunciada sobre legitimación en la causa, porque separamos absolutamente la titularidad del derecho o relación jurídico-material y la legitimación en la causa, y a esta la basamos en la titularidad total o parcial del interés en litigio, que puede ser un interés distinto del que represente para el titular del derecho material el ejercicio de este derecho. Por ejemplo, el interés que para el deudor representa su derecho material a una herencia o a la restitución de un bien, es muy diferente del interés que tiene su acreedor en esos derechos materiales; entonces, cuando el acreedor recurre a juicio para ejercitar esos derechos materiales 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 personal derecho material de crédito, de modo que el acreedor demandante es titular parcial del interés en litigio, y eso basta para configurar su legitimación en la causa, aun cuando la sentencia no deba tomar decisión alguna sobre su derecho material personal y solo resuelva sobre el derecho material del deudor. Hay una «interdependencia de intereses, en ese litigio».

Estimamos un error de CARNELUTTI decir que en esos casos «vemos actuar en juicio a quien no es el titular del interés en litigio», porque se trata de un representante legal o contractual que obra a nombre de su representado, del Ministerio público, de un sustituto procesal o de un interventor adhesivo [58].

El representante no es demandante sino por el aspecto formal; no obra en su propio nombre, sino en el de su representado; la legitimación corresponde a este, no a aquel. Nos parece que la posición procesal del representante nada tiene que ver con la legitimación en la causa. La representación se refiere al ejercicio de la acción por su titular, mediante el representante, no al ejercicio por este de una acción personal. El mismo CARNELUTTI dice que en tal caso se «conecta la noción de legitimación con la de capacidad», porque se trata de personas incapaces (material o jurídicamente), que deben obrar por intermedio de sus representantes. Pero es la acción del representado la que se ejercita, y la legitimación de este es la necesaria para la decisión de fondo, que existirá siempre que sea el titular del interés en litigio. Esa facultad del representante para obrar a nombre de su representado puede incluirse en el concepto extensivo de la *legitimatio ad processum*, pero no de la *legitimatio ad causam* (cfr. núm. 134, letra L), y núm. 216).

El Ministerio público tiene legitimación, como lo explicamos en el punto T) del número 134, por ser titular del interés colectivo que existe en el litigio, sin que exista excepción alguna a la regla general enunciada.

Y el interventor adhesivo es titular de su interés en la prosperidad o en el rechazo de las pretensiones del demandante, y por eso la Ley le otorga legitimación para intervenir en el juicio; es decir, es un titular secundario y parcial del interés en litigio, que bien puede tener pluralidad de titulares activos o pasivos, según lo vimos en el número anterior. Como el mismo CARNELUTTI explica, ese tercero adhesivo tiene una legitimación parcial o secundaria y dependiente, por tener un interés dependiente del interés de una de las partes [59].

Está en lo cierto CARNELUTTI cuando dice que el sustituto procesal tiene una legitimación principal, puesto que es el sujeto de la acción, aun cuando

---

[58] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 137.
[59] CARNELUTTI, ob cit., t. III, p. 171.

ejercite el derecho (material) de otro, y actúa «en interés propio, ya que es un interés suyo el que le impulsa a provocar la tutela del interés del sustituido» [60]. Y concuerda con Rocco al afirmar que «el sustituto tiende a lograr un interés propio, y por ello no actúa en lugar del sujeto del litigio» y ejercita su propia acción, no la del sustituido [61]. Trae CARNELUTTI los ejemplos de impugnaciones del matrimonio, de reconocimiento de hijos naturales y de la acción pauliana, ejemplos que para Colombia expusimos al tratar de la legitimación en los procesos de declaración de condena, en el punto T) del número anterior.

También CHIOVENDA dice que en la sustitución procesal «se comparece en juicio en nombre propio por un derecho ajeno», sin que se trate de representación, y que el sustituto es parte en el juicio, en virtud de una relación en que él se encuentra con el sujeto de la relación sustancial deducida en el pleito, sin que sea válido que confiese o jure a nombre del sustituido [62].

Es necesario recordar que los conceptos de CARNELUTTI que hemos criticado, aparecen en su *Sistema*, en el cual consideraba la legitimación en la causa como condición de la acción, desvirtuando así ambas nociones; pero que en sus *Instituciones* rectificó totalmente ese concepto, llegando al extremo de afirmar que «no se presenta ninguna legitimación para los actos procesales de parte» [63]. Por este motivo, su exposición sobre la materia en el *Sistema* debe ser estudiada con beneficio de inventario, pues en parte varían las conclusiones, si se aplica su nuevo criterio.

Se relaciona con este punto del ejercicio de una acción propia por el demandante sustituto procesal nuestro concepto sobre la no cesibilidad del derecho de acción y su necesario carácter personal anteriormente expuesto.

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 material se presenta muchas veces, pero está ausente en otras no menos numerosas; y nada impide que personas distintas del titular de un derecho material tengan un legítimo interés tutelado por la Ley en su declaración o realización o en su satisfacción, como en los muchos ejemplos mencionados. Pero para nosotros su legitimación está dentro de la regla general que en los puntos Q) y T) del número anterior expusimos.

Con todo, no se trata de que exista una acción con varios sujetos, como impropiamente dice ROCCO [64] usando el término acción en su sentido material. Cada uno, tanto el sustituto como el sustituido, tienen su propia acción, pero un interés interdependiente, como explica CARNELUTTI, en la misma relación material. Más correctamente es hablar de varios sujetos con interés legítimo en la misma pretensión; y por eso cualquiera de ellos puede impetrar la decisión de fondo sobre ella, ejercitando su propia acción y con legitimación en la causa, por ser titulares parciales del interés en litigio.

Es importante tener en cuenta que, al paso que en la representación los efectos de la sentencia no afectan para nada al representante, en la sustitución sí afectan al sustituto, porque este queda vinculado a la obligatoriedad

---

[60] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 142.
[61] CARNELUTTI, ob. cit., t. II, núm. 142, p. 44.
[62] CHIOVENDA, ob. cit., t. II, núm. 36, p. 27-30.
[63] CARNELUTTI: *Instituciones*, núm. 301.
[64] ROCCO, ob. cit., t. I, p. 347.

de la decisión que perjudica o beneficia el interés propio que intenta tutelar, y no puede intentar nuevo juicio sobre la misma relación jurídico-material, con pretexto de que no obra ya como sustituto, puesto que en el juicio anterior actuó en su propio nombre, aun cuando ejercitara el derecho material del sustituido.

Los efectos de la sentencia, en cuanto a su fuerza vinculativa y al valor de cosa juzgada, recaen sobre el sustituido y no sobre el sustituto; porque es el derecho material de aquel, y no el de este, lo que constituye el objeto de la decisión. Así lo advierte también CARNELUTTI [65]. A no ser que el último acumule alguna pretensión sobre su propio derecho, porque entonces resulta vinculado en lo que a ella se refiere.

136. 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 mira a la capacidad y representación, o sea a la *legitimatio ad processum.*

No se trata de la capacidad para obrar en juicio por sí mismo 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. Es algo distinto de la inexistencia del derecho material, que es lo que sucede cuando se demanda en reivindicación y no se prueba el dominio. Se trata de que el demandante tenga o no derecho *a pedir* que se condene al demandado o se *resuelva* sobre sus pretensiones, como cuando un arrendatario, en su condición de tal, demanda al poseedor del inmueble para que lo restituya al arrendador dueño, por no tener derecho a retenerlo, en acción reivindicatoria (porque entonces no se tiene el derecho a que se resuelva si el demandado ocupa indebidamente el bien y debe restituirlo a su dueño); o cuando el heredero reivindica a nombre propio y para sí, debiéndolo hacer para la herencia ilíquida; o cuando una persona demanda para una herencia o sucesión ilíquidas, sin ser heredero ni acreedor que obre en sustitución del heredero; o cuando se demanda a alguien como heredero para un litigio sobre la herencia o un bien herencial, sin que tenga esa calidad para controvertir la demanda.

Y respecto al demandado, se trata de que sea el sujeto pasivo del interés en litigio o la persona frente a la cual permite la Ley que se decida sobre el *petitum* de la demanda (según se trate de proceso de condena simple o mixto, o de proceso simplemente declarativo o constitutivo). No debe confundirse el sujeto del litigio con el sujeto pasivo del derecho material, pues puede suceder que el deudor tome la iniciativa y demande para que se declare la inexistencia de la obligación que aparentemente consta en un título o su extinción.

La Corte presenta este ejemplo: «Hay legitimidad de la personería sustantiva del demandado cuando el demandante dirige contra el heredero, en su carácter personal, acción reivindicatoria de una finca poseída por el *de*

[65] CARNELUTTI: *Sistema,* t. II, núm. 142, p. 45.

cujus, en vez de haberla dirigido contra la sucesión, aún ilíquida, representada por el heredero» [66]. En tal caso, no se resuelve por el juez si el demandante tiene el derecho, ni se niega que tenga la acción, sino que no se considera la petición de fondo, en vista de que el demandado no es la persona llamada a contradecirla, o sea, a responder por los hechos afirmados en la demanda.

Cuando falta la personería sustantiva, se desestima la demanda, en sentencia inhibitoria. Por lo tanto, no se trata de una verdadera excepción, puesto que no ataca el derecho material alegado. Así lo ha dicho la Corte en muchas ocasiones [67].

Se comprende fácilmente que la *personería sustantiva* de que habla nuestra Corte, 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 material (como en alguna ocasión lo hizo erradamente la Corte al hablar de que si el reivindicante no prueba su derecho de dominio carece de ella), entonces sí sería un grave error, como también lo sería decir que en tal caso se trata de legitimación en la causa. Pero entendida como similar a esta, tal como se acostumbra en nuestro medio jurídico, no vemos por qué lo sea. Resulta innecesario recurrir a tal denominación, pero no hay inconveniente jurídico alguno en admitirla [68].

---

[66] Sala neg. gen., 7 junio 1937, G. J., t. XLV, p. 352.

[67] Sala neg. gen., 30 agosto 1938, G. J., t. XLVII, p. 683; cas. 30 mayo 1938, G. J., t. XLVI, p. 557.

[68] Más jurisprudencia puede verse en los capítulos X y XI del t. I de nuestro *Tratado de derecho procesal civil*, Ed. Temis, 1961.

CAPITULO XV

PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES

137. Naturaleza de los presupuestos procesales. Conceptos

Ya hemos dicho que para la formación válida de la relación jurídico-procesal se requiere, además de la solicitud del particular o de la entidad pública demandante, que se cumplan ciertos requisitos indispensables para que tal demanda sea atendida por el juez y le imponga a este la obligación de iniciar el proceso. Estos requisitos son conocidos como los *presupuestos procesales.*

Estos presupuestos procesales atañen al ejercicio de la acción y de la demanda como acto puramente formal y capaz de originar válidamente la relación jurídico-procesal, haciendo de lado toda otra consideración tocante a la suerte de la demanda como pretensión del demandante. Lo que estos presupuestos determinan es el nacimiento válido del proceso, su desenvolvimiento y la normal culminación con la sentencia, sin que esta deba decidir necesariamente sobre la procedencia o fortuna de la pretensión y mucho menos que deba ser favorable a esa pretensión.

Por tanto, se trata de *supuestos previos al juicio,* requisitos sin los cuales el proceso no puede existir o tener validez formal, y deben, por ello, concurrir en el momento de formularse la demanda, a fin de que el juez pueda admitirla e iniciar el proceso; o de requisitos para que el proceso pueda ser adelantado normalmente, una vez que es iniciado.

Como en lugar oportuno lo estudiaremos, los presupuestos procesales se diferencian sustancialmente de las excepciones, entendidas estas en su sentido jurídico, pues mientras aquellos se refieran al lícito ejercicio de la acción como derecho subjetivo a impetrar la iniciación de un proceso (que es el sentido procesal técnico de la palabra) y a la formación válida de la relación jurídico-procesal, las excepciones en cambio, atacan la pretensión del demandante, el fondo de la litis, a fin de que no obtenga una sentencia favorable. Los primeros impiden, si faltan, que haya proceso o se pronuncie sentencia; las segundas, si existen, evitan que al concluir con sentencia el proceso, el demandante triunfe, consiguiendo declaraciones favorables a sus pretensiones.

Como dice Redenti, el juez podrá conocer y decidir «solo *si nihil obstat,* es decir, solo si el proceso resulta válido y regularmente constituido a ese efecto», y «siempre que haya bajo uno cualquiera de estos aspectos un defecto de constitución o de dirección del proceso (incompetencia, incapacidad, defecto de formas, defecto de requisitos preliminares, etc.) al que no haya sido posible poner remedio, o que, como quiera que fuere, no se lo haya remediado a tiempo, deberá el juez declinar la decisión de fondo» y su pronunciamiento será simple contenido procesal negativo de incompetencia o de *improcedibilidad, salvis iuribus,* es decir, dejando a las partes el derecho de iniciar un

nuevo juicio en debida forma. Por esto la doctrina, siguiendo el léxico alemán consagrado por VON BULOW, habla de presupuestos procesales y algunos de prejudiciales de procedimiento o de rito [1].

Por ello es un deber del demandante promover en forma adecuada el proceso y luego cuidar de que la relación jurídico-procesal se constituya válidamente (citación al demandado capaz o a su legítimo representante), con el objeto de que el desenvolvimiento posterior sea normal y pueda así culminar con la sentencia. Esto en cuanto al cumplimiento del fin que tiene su derecho de acción: el proceso y la sentencia. Pero como esa sentencia debe entrar a resolver en el fondo sus pretensiones, deberá cuidar que tanto él como su demandado tengan la debida legitimación y el interés jurídico en la verificación o realización del derecho o situación jurídico-material de la demanda; y, finalmente, para que la sentencia le sea favorable debe cumplir con otra obligación, cual es la de invocar adecuadamente su derecho especialmente en cuanto hace a la *causa petendi*, y probarlo por medios legalmente aptos. Son tres clases de obligaciones procesales para tres resultados distintos; solamente las primeras miran a lo que técnicamente debe entenderse como presupuestos procesales.

Es indispensable distinguir las cuestiones de forma, rito o procedimiento, de las de fondo que miran a la pretensión o a la acción, tomada esta en sentido sustancial, y a las excepciones propiamente dichas; o como dice REDENTI distinguiendo entre *cuestiones de rito y cuestiones de mérito*; entre *cuestiones preliminares* o *prejudiciales* de *proponibilidad* legal de la acción y excepciones o cuestiones relativas a su *fundamento intrínseco* (*lefond*, como dicen los franceses») [2]. Lo anterior se aclara haciendo la siguiente clasificación: *a*) cuestiones de mérito o fondo, que hacen relación a la pertinencia de una decisión o sentencia sobre lo sustancial del debate, las que son «cuestiones preliminares o prejudiciales de mérito», como REDENTI las califica; *b*) cuestiones que miran a la obtención (ya dentro del examen de fondo de la litis) de una decisión favorable al demandante o al demandado (legitimación e interés para obrar, en el primer caso; alegación, fundamentación y prueba del derecho pretendido o de las excepciones, en el segundo).

Dado que es muy frecuente confundir estas tres clases de cuestiones, se impone como fundamental su esclarecimiento. La primera se encamina a establecer si puede haber proceso o no; si equivocadamente se adelantó; si debe pronunciarse sentencia o decretarse la nulidad de lo actuado. La segunda y tercera se dirigen a precisar cúal debe ser el contenido y alcance de la sentencia, con esta práctica y fundamental distinción: que en el segundo caso, esa sentencia no constituirá cosa juzgada, cuando no haya sido posible un pronunciamiento sobre la litis, al paso que solo en la tercera se tendrá la cosa juzgada, habiendo el proceso y la jurisdicción cumplido cabalmente sus fines (véanse núms. 143-145, 119 y 134).

Por consiguiente, los presupuestos de fondo o mérito no tienen el mismo valor ni iguales consecuencias.

Decir, como lo ha hecho algunas veces la Corte, que la falta de legitimación (prueba de la calidad de herederos de los demandados cuando la Ley limita a estos el derecho de contradecir la acción de filiación natural, muerto el padre

---

[1] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 224.
[2] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 246-47.

antes de iniciarse el juicio) es falta de un presupuesto procesal, equivale a confundir lamentablemente estas cuestiones. Al tratar de la legitimación en la causa estudiamos este punto [cfr. núm. 134, H].

138. Clasificación de los presupuestos procesales

Couture acepta la denominación de presupuestos procesales y los define adecuadamente como «aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal» [3], noción que repite al decir que «son, como se ha dicho, circunstancias anteriores a la decisión del juez, sin las cuales este no puede acoger la demanda o la defensa» (p. 111). Pero, sin embargo, presenta esta clasificación, que se halla reñida con su propio concepto: *a*) presupuestos procesales de la acción; *b*) presupuestos procesales de la pretensión; *c*) presupuestos de la validez del proceso; *d*) presupuestos de una sentencia favorable [4]. La segunda no corresponde a la noción de presupuestos procesales, ya que los requisitos de la pretensión miran a la sentencia favorable y no al proceso; y, en cambio, los terceros sí son procesales, pues se refieren a la formación y desarrollo válido del proceso (emplazamiento o citación válidos, ausencia de vicios de nulidad). Tampoco son presupuestos procesales los de la sentencia favorable (cfr. núm. 145).

Nosotros creemos que lo técnico es distinguir los presupuestos procesales así: 1) presupuestos procesales previos del juicio, 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, y *b*) presupuestos procesales de la demanda, que deben reunirse antes de admitir el juez 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 esta. Desde otro punto de vista, puede distinguirse los presupuestos procesales absolutos o insubsanables y los presupuestos procesales relativos o sanables.

139. Presupuestos procesales de la acción

Dentro de esta clase comprendemos los requisitos necesarios para que pueda ejercitarse la acción válidamente, entendida esta como derecho subjetivo a la obtención de un proceso, como en el capítulo IX lo estudiamos; es decir, las condiciones para que el juez oiga la petición que el demandante le formule para iniciar un proceso.

Dichos requisitos son la *capacidad jurídica y la capacidad procesal del demandante* o «*legitimatio ad processum*», que se estudiarán al tratar de las partes, en el capítulo XX, y la *adecuada representación*, cuando se actúa por intermedio de otra persona, sea como apoderado, gerente, tutor, curador, padre o madre en ejercicio de la patria potestad e inclusive gracias a un agente oficioso.

[3] Couture: *Fundamentos*, 1958, p. 102-03.
[4] Couture, ob. cit., p. 104.

Corresponde a este grupo la *investidura de juez* en la persona ante quien se deba presentar la demanda, pues si se tratara de un particular se tendría un acto jurídico inexistente. Diferente sería si, a pesar de tratarse de un juez, no tuviera este jurisdicción o competencia para conocer del asunto, pues entonces, nos parece, estaríamos en presencia de un presupuesto del segundo grupo.

Podemos incluir en este grupo 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; 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 (véase núm. 218).

Por último, cabe incluir en este grupo la *caducidad de la acción*, cuando la Ley ha señalado un término para su ejercicio y aparece de la relación de los hechos de la demanda o de sus anexos que está ya vencido. Así, el término de cuatro meses para formular la demanda contenciosa de plena jurisdicción ante los tribunales administrativos o el Consejo de Estado; el término de un año para los juicios posesorios; el término de cuatro años para la acción ejecutiva con instrumentos negociables, o de diez años para la ejecutiva común.

No sucede lo mismo con la prescripción de la acción ordinaria, porque entonces se tiene cuestión de fondo, que mira a la litis, a la exigibilidad del derecho sustancial, y constituye una excepción perentoria, que debe estudiarse en la sentencia (cfr. núms. 143-145). Podría alegarse que en el caso de los juicios posesorios y ejecutivos existe una prescripción de la acción; pero consideramos que como entonces se trata simplemente de determinar si la acción especial (ejecutiva o posesoria) incoada existe o si corresponde la acción ordinaria, es requisito previo; al paso que en la prescripción de la acción ordinaria se trata de hacer imposible, por cualquier vía, la exigibilidad del derecho.

140. Presupuestos procesales de la demanda

Estos presupuestos pueden definirse como los requisitos necesarios para que se inicie el juicio o relación jurídico-procesal, que debe examinar el juez antes de admitir la demanda propuesta por persona capaz o debidamente representada y por conducto de abogado titulado. Ellos son: en primer lugar, que la demanda debe ser 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 (cfr. cap. VI); en segundo lugar, que se formule ante *juez competente*, pues aunque este tenga jurisdicción para el caso (por tratarse de asunto de la justicia ordinaria, o contenciosa, o penal, o laboral, y ser el juez funcionario de esa clase de jurisdicción), puede ocurrir que no tenga facultad para conocer de ese negocio en particular, por corresponder a otro juez de la misma jurisdicción, como se explicará en el capítulo XV. Entonces el juez deberá rechazar la demanda, y si no lo hiciere se afectará de nulidad el proceso, a menos que opere la prórroga de competencia (cfr. núms. 38 y 314).

También entra en esta clasificación, en nuestro concepto, la *capacidad y la*

debida representación del demandado, cuando lo hay. Estos requisitos atañen a la debida formación de la relación jurídico-procesal y no a la acción, pues esta se dirige al Estado por conducto del funcionario y no al demandado, como se vio en el capítulo IX. La misión del juez debe limitarse, entonces, a examinar esa capacidad y representación con base en las afirmaciones del demandante y los documentos que ha presentado, y sin que ello signifique que efectivamente existe tal capacidad, ya que puede ocurrir que luego se acredite la existencia de un error. Esta calificación se pudiera denominar provisional. De donde se concluye que es también presupuesto del juicio, para su válida continuación, una vez admitida la demanda.

Otro es la *debida demanda, que incluye el cumplimiento de los requisitos de forma y la presentación de los documentos* que la Ley exige para la clase del juicio y pretensión incoada, los cuales deberá examinar el juez a fin de admitirla o rechazarla. Esos defectos pueden ser: de presentación o redacción; vacíos en las enunciaciones obligatorias; falta de documentos para acreditar la representación o de algunas pruebas exigidas en juicios especiales, como la del contrato de arrendamiento en el juicio de lanzamiento de inquilino, la de posesión previa en los juicios posesorios, la del título en los ejecutivos, etc. La admisión que el juez haga de la demanda, por considerar reunidos tales requisitos, no significa que el punto de la representación o de la prueba especial ha quedado resuelto en definitiva, ya que en la sentencia se volverá sobre esto último o en cualquier momento sobre el primero, por vincularse la representación con la nulidad o validez del procedimiento. En cambio, esos defectos de forma o redacción no pueden alegarse sino en excepción dilatoria en Colombia.

141. Presupuestos procesales del procedimiento

Son los que deben verificarse, una vez admitida la demanda por el juez e iniciada así la etapa preliminar del juicio, con miras de constituir la relación jurídico-procesal y de que el juicio continúe su curso, desenvolviendo y realizando las varias y distintas etapas que la Ley ha señalado como necesarias para que se dicte la sentencia final. Son presupuestos de esta naturaleza los encaminados a la práctica de ciertas *medidas preventivas,* como es el registro de la demanda, a fin de que los inmuebles reclamados no vayan a ser vendidos o gravados, el secuestro de bienes muebles, el embargo de inmuebles, el depósito de personas y otros.

Cuando el juicio es de jurisdicción voluntaria, no habrá demandados, y, por tanto, la sola admisión de la demanda sirve para crear la relación jurídico-procesal y continuar el proceso su curso. Pero en tratándose de juicio contencioso, con demandados ciertos o inciertos, para constituirse la relación y poder así nacer el juicio, se requiere que medie la *citación o emplazamiento* a los demandados. Es este el primer presupuesto del juicio y al demandante le incumbe que este, como todos los demás presupuestos, se cumplan válidamente, pues de realizarse en forma irregular, se tendrá que no producirá efectos y quedará viciado de nulidad. Es tan importante este presupuesto, que Couture considera que la falta de citación o emplazamiento de quien ha debido serlo, produce una verdadera nulidad de alcance y carácter constitucio-

nal y no simplemente procesal [5]; de otra parte, se privaría al demandado del derecho de audiencia y contradicción, del de interponer recursos y el de practicar pruebas, teniéndose así un nuevo motivo de nulidad constitucional [6]. La citación se cumple mediante *la notificación*, que es el acto procesal por medio del cual se hace saber personalmente al demandado que existen la demanda y el auto que la admite, y ordena correr traslado de esta, como dispone la Ley. El *emplazamiento* se verifica mediante avisos que son fijados en la secretaría y publicados en periódicos, si los demandados son personas inciertas o se ignora su domicilio o residencia.

La *caducidad temporal de la acción*, si el plazo está pendiente, por abandono de un juicio anterior por el demandante, puede alegarse como excepción previa (impedimento procesal) y, por tanto, es un presupuesto de este grupo. La definitiva equivale a la excepción de cosa juzgada, y no es propiamente un presupuesto procesal, aun cuando se pueda alegar como excepción previa (véanse núms. 100 y 298).

En el curso del juicio se hacen indispensables, por exigencia legal, *algunos emplazamientos y citaciones*, como cuando muere una parte que no queda representada ni tenga apoderado, los de terceros para efectos de los inventarios en el juicio de sucesión, y en el juicio de quiebra o concurso; y es presupuesto para su válida continuación que se cumplan en legal forma.

El *cumplimiento de los trámites procesales*, en el orden establecido por la Ley para cada juicio, es también un presupuesto de este grupo, porque sin ellos no debe dictarse sentencia y en ocasiones anula la actuación (antiprocesalismo), como se verá en el capítulo sobre nulidad.

También es presupuesto la *ausencia de causa de nulidad* en el curso del juicio, pues el juez no puede dictar sentencia si encuentra alguna y debe proceder entonces a decretarla de plano, si no es subsanable, o a ponerla en conocimiento de las partes, si estas pueden sanearla. En el último caso, si se produce la ratificación por la parte en cuyo favor se constituye la causal o por ambas, el juez declarará saneada la nulidad y procederá a dictar sentencia, y en caso contrario decretará la nulidad. En este grupo se incluye la falta de representación o indebida representación del demandado cuando, a pesar de aparecer inicialmente, se demuestra su irregularidad, y la falta de esas citaciones o emplazamientos en el curso del juicio.

La ausencia de *litis pendentia* o pleito pendiente puede ser considerada como un presupuesto del procedimiento, solo en cuanto la Ley autorice al demandado para eliminar el nuevo proceso que inicie el demandante sobre el mismo litigio (entre las mismas partes, por la misma causa y con el mismo objeto), evitando así un juicio inútil y que sobrevengan sentencias contradictorias que produzcan confusión jurídica. En este sentido puede asimilársela a presupuesto procesal para el desarrollo del juicio. Lo mismo ocurre con la cláusula compromisoria. Pero, en realidad, no lo son, porque miran, no a la forma o ritualidad, sino al fondo de la litis; por esto, si la parte interesada en alegarlas no lo hace, el procedimiento sigue su curso normalmente, sin que se afecte de nulidad o vicio alguno y sin que el juez de oficio pueda considerarlas, lo que constituye otra diferencia con los verdaderos presupuestos procesales (véase núm. 244, III); y, por último, para evitar el gasto inútil del tiempo, trabajo y dinero que sig-

[5] COUTURE: *Fundamentos*, 1958, p. 154-55.
[6] COUTURE, ob. cit., p. 156-58.

nifica todo proceso, es decir, por economía procesal, la Ley permite que se alegue por el demandado, una vez notificado de la demanda, la existencia de una sentencia que constituye *cosa juzgada o de una transacción o desistimiento definitivo,* con efectos similares a los de cosa juzgada, y se surten efectos similares a los de un presupuesto del procedimiento, pero sin que se trate de uno de estos, ya que son excepciones perentorias (véase núm. 244), porque atacan el fondo de la litis y no el procedimiento, pero la Ley permite alegarlas como impedimentos procesales (mal llamados en nuestro Código y en el español excepciones dilatorias).

De lo dicho antes se deduce que la falta de algunos de esos presupuestos procesales es sanable, bien sea por ratificación del interesado o porque se cumplan al ser reclamados por el juez o una de las partes; pero, en cambio, la falta de otros, como la de jurisdicción o la incapacidad absoluta del demandante, no puede ser saneada ni ratificada. Por eso cabe esta última distinción. Esto se relaciona con la nulidad sanable o insubsanable y con la excepción previa de inepta demanda.

142. Control y declaración de oficio de los presupuestos procesales

Los presupuestos procesales, en general, tienen la característica de ser revisables y exigibles de oficio por el juez, en razón de estar vinculados a la validez del proceso. Así, los que atañen a la acción y los previos a la relación jurídico-procesal, deben ser examinados por el juez antes de admitir la demanda, y si este encuentra que falta alguno de ellos, debe rechazarla, con la correspondiente explicación. Los presupuestos del procedimiento deben ser vigilados por el juez, quien ordena su cumplimiento por providencias que son simples órdenes o impulsos procesales, llamadas en nuestro Código autos de sustanciación. Si en el curso del juicio encuentra el juez que falta alguno de esos presupuestos, tanto de los previos como de los posteriores a la iniciación del proceso, también de oficio puede tomar la medida conducente a remediarlo (C. J. col., art. 455); que puede ser o el traslado a la parte interesada para que sanee la deficiencia cuando esto es posible, o la nulidad de plano desde el momento en que acaeció el vicio en adelante. Pero esto no se aplica a los casos de *litis pendentia,* cosa juzgada, transacción y desistimiento en juicio anterior, que no son verdaderos presupuestos procesales, sino presupuestos de la sentencia de fondo, y que el juez no puede declararlos ni examinarlos de oficio, sino como excepciones perentorias aun cuando aparezcan en el expediente.

Naturalmente, hay casos en los cuales el juez no puede observar la falta de alguno de esos presupuestos procesales, porque se trata de hechos que no aparecen en el proceso (la indebida representación por revocación anterior al juicio de un poder general o por haber llegado a la mayor edad el hijo o pupilo, la falta de capacidad por demencia o por interdicción). Entonces la falta de alegación del defecto por la parte interesada hará necesariamente que el juez considere que no existe. Pero los efectos de tal omisión no son siempre iguales; cuando el interesado estaba presente en el juicio y no formuló el reclamo, la ejecutoria de la sentencia viene a producirle todos los efectos de la cosa juzgada, sin que pueda luego impetrar su anulación en juicio posterior; pero cuando ese perjudicado no estuvo presente en el juicio, es lógico que se le

otorgue el derecho a reclamar la invalidez de esas actuaciones cuando se le vaya a exigir el cumplimiento del fallo (por vía de excepción), o en demanda y por juicio posterior (por vía de acción) (C. J. col., art. 457).

Por tanto, las partes tienen el derecho y el deber procesal de reclamar la falta de estos presupuestos procesales. La Ley da dos oportunidades dentro del juicio: 1.ª, como cuestión para debate previo, una vez notificada la demanda como resurso de reposición contra el auto que la admitió, o en incidente muy impropiamente denominado por nuestro Código (copiado del español) de *excepción dilatoria,* para eliminar de una vez el proceso o conseguir que se subsane la deficiencia, según el caso; y 2.ª, como declaración de la nulidad si no se usó o no se podía usar de ese primer medio (C. J. col., artículo 456).

La falta de un presupuesto procesal constituye, en doctrina, un *impedimento* procesal y no una excepción, como veremos en el número 236.

143. Presupuestos materiales de la sentencia de fondo y de la sentencia condenatoria o absolutoria

Las tres clases de presupuestos estudiadas se agrupan muy frecuentemente en una sola y se denominan *presupuestos procesales,* porque miran al ejercicio de la acción procesalmente considerada, al proceso y al procedimiento. En cambio, los dos grupos siguientes son *presupuestos materiales,* porque se refieren a la pretensión o al derecho sustancial. Aquellos impiden que haya sentencia; estos, no, pero de ellos depende el alcance y el sentido de la decisión.

144. Presupuestos materiales de la pretensión o sentencia de fondo

Estos presupuestos son los requisitos para que el juez pueda proveer de fondo o mérito, es decir, resolver si el demandante tiene o no el derecho pretendido, y el demandado, la obligación que se le imputa. La falta de estos presupuestos hace que la sentencia sea inhibitoria. Se refieren a la pretensión y no al procedimiento ni a la acción, y son los siguientes:

a) La *legitimatio ad causam* o legitimación para obrar, que en el demandante equivale a ser titular del interés para que se decida sobre el derecho o relación jurídico-material pretendido (sea que exista o no ese derecho o relación), y en el demandado, a ser el sujeto con facultad para contravertirlos.

b) El llamado *interés para obrar,* que exige que el demandante tenga un interés subjetivo o particular, concreto y actual, en las peticiones que formula en la demanda, esto es en la pretensión incoada, y que el demandado tenga uno igual en contradecir esa pretensión. Es el complemento de la legitimación, porque se puede ser el titular del interés en litigio y no tener interés serio y actual en que se defina la existencia o inexistencia del derecho u obligación, como ocurriría, v. gr., cuando se trata de una simple expectativa futura y sin efectos jurídicos.

c) El cumplimiento de determinados actos que la Ley señala, con el objeto de que pueda proveerse de fondo, tal como pasa con el requerimiento, cuando la obligación no es exigible, a fin de poder librar el mandamiento de pago en el juicio ejecutivo, y sin que esa falta quiera significar que el actor no es titular del derecho, pues inclusive el juez puede abtenerse de examinar si el ejecutante tiene el derecho, mientras no se cumpla con ese previo requisito.

d) COUTURE[7] enseña que en lo contencioso-administrativo es presupuesto de la pretensión el haberse agotado la vía administrativa, del mismo modo que se exige en Colombia. Esto es evidente si la demanda fue admitida sin haberse cumplido con dicho requisito. Sin embargo, creemos que debe ser examinado para la admisión de la demanda, y de consiguiente, es un requisito procesal previo.

e) La correcta acumulación de pretensiones (mal llamada acumulación de acciones) de un demandante en la misma demanda o de varios demandantes en una sola demanda, porque no es posible la sentencia de fondo o mérito, si el fallador se encuentra con acciones indebidamente acumuladas. A menos que sea posible separarlas.

f) También puede incluirse en este grupo la incorrecta petición que haga imposible resolver sobre la pretensión del demandante, es decir, si tiene o no el derecho reclamado. Pero no se trata de haberse pedido lo que no correspondía (como cuando se pide nulidad del contrato y se trataba de su simulación, o la restitución de la tenencia y debía ser de la posesión), pues entonces se dicta sentencia de fondo o mérito, para negar lo que se pidió, por no corresponderle ese derecho al demandante (sin que tal fracaso le impida demandar para lo que dejó de pedir, por tratarse entonces de distinto objeto y no existir sobre él cosa juzgada). Caso típico de incorrecta petición ocurre cuando es tan confusa o imprecisa o adolece de otro defecto tan grave, que no sea posible resolver sobre ella.

g) La vía procesal adecuada, que significa seguir el juicio por el procedimiento especial u ordinario que la Ley disponga para el caso, no es presupuesto material; pero si el juicio se adelanta por la que no corresponde, el juez tiene que dictar sentencia inhibitoria y no sentencia de mérito. Es en realidad presupuesto procesal, pero sus consecuencias son similares a las de los presupuestos de la sentencia de mérito.

h) La ausencia de cosa juzgada, transacción o caducidad y desistimiento con valor de tal.

i) La litispendencia cuando es total o si es parcial, siempre que constituya una necesaria prejudicialidad, como en el número 244 veremos, cuando no se hizo valer como excepción previa.

j) Podría pensarse que el cumplimiento del plazo o la condición para la exigibilidad del derecho son presupuestos de la pretensión, porque si están pendientes, el juez se limita a declarar que el demandante todavía no puede pretender la satisfacción o el ejercicio del derecho, sin que niegue ni acepte su existencia. Pero entonces hay sentencia de fondo o mérito, y se trata de un presupuesto de la sentencia favorable, como en el caso de petición errada, pues al fin de cuentas, el juez declara que el demandado no tiene todavía la obligación que se le imputa, lo que implica el examen de fondo del litigio. La

[7] COUTURE, ob. cit., p. 105.

sentencia no constituye cosa juzgada, porque la absolución es temporal, si así puede llamarse, y una vez cumplido el plazo o condición, el demandante podrá exigir judicialmente el cumplimiento.

145. Presupuestos materiales de la sentencia absolutoria o condenatoria

Estos presupuestos determinan si la sentencia de fondo accede a las peticiones del demandante, o si, por el contrario, las rechaza o admite las excepciones del demandado. Naturalmente, como tal decisión solo puede existir en la sentencia de mérito, es necesario que los presupuestos para esta se cumplan también. La sentencia puede ser favorable al demandante o al demandado.

Son presupuestos de la sentencia favorable al demandante: 1) la existencia real del derecho o relación jurídico-material pretendido; 2) la prueba en legal forma de ese derecho, es decir, de los hechos o actos jurídicos que le sirven 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 tener el derecho y haberlo probado, pero, por haber pedido cosa distinta, darse el caso que obtenga sentencia desfavorable; 5) haber enunciado en la demanda los hechos que sirven de causa jurídica a las pretensiones, ya que su falta trae el fracaso en la sentencia, aun cuando tenga el derecho y haya pedido bien y probado, porque el juez debe basar su decisión en los hechos de la demanda y de la contestación.

Son presupuestos de la sentencia favorable al demandado: alegar las excepciones, cuando así lo exige la Ley, 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 obligación de probar los hechos que sirven de causa a sus pretensiones, contradicciones o excepciones, la sentencia será favorable al demandado, y ello porque es regla universal que al demandante le incumbe probar su derecho, de suerte que si no lo hace, el juez deberá desestimar su pretensión, sin entrar siquiera a examinar las excepciones del demandado, las cuales solo importan cuando encuentre demostrado el derecho de aquel contra el que se dirigen. De ahí que sea un error considerar que la carencia de derecho en el demandante o la falta de su prueba constituya una excepción.

La adecuada invocación de las normas legales que consagren el derecho pretendido no es un presupuesto de la sentencia favorable, puesto que el juez aplica el derecho objetivo oficiosamente y están en la obligación de conocerlo. Una debida alegación al respecto sirve para ilustrar al juez y evitar que por error u olvido suyo falle inadecuadamente; pero no es requisito sustancial, como sí acontece con la invocación de los hechos que constituyen la *causa petendi*.

146. 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; a utilizar el tér-

mino *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 para obrar.

Y si no se distinguen los presupuestos de la acción de los que miran al procedimiento, se corre el riesgo de considerar como elementos de aquella cuestiones que se refieren a la demanda y a la pretensión contenida en esta, pero no a la acción como derecho público, tal como hoy es considerada.

La no distinción adecuada entre los presupuestos materiales de la sentencia de fondo y los necesarios para la sentencia absolutoria o condenatoria, conduce al grave error de absolver al demandado y crear una aparente cosa juzgada definitiva, cuando falta uno de los primeros, siendo así que lo procedente entonces es el fallo inhibitorio. Con lo cual se lesiona al demandante y se le priva de su derecho sin haberse juzgado sobre el mismo.

CAPITULO XVI

SUJETOS DE LA RELACION JURIDICO-PROCESAL

I. LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES

147. Quiénes son sujetos de la relación jurídico-procesal

En el capítulo VIII estudiamos la noción del proceso, su estructura y su fin, sus funciones y su clasificación; vimos que la mayoría de los procesalistas modernos aceptan la noción del proceso como una *relación jurídica* que se forma entre el juez o el Estado y las partes, por un lado, y entre estas, por otro. Aun cuando inicialmente, al formularse la acción, los sujetos son únicamente juez o Estado y actor, al notificarse la demanda o al emplazarse debidamente al demandado—si se trata de juicio contencioso—, este queda vinculado al proceso y pasa a ser sujeto de la relación jurídico-procesal (cfr. números 70-71).

Esa relación jurídico-procesal es autónoma en el sentido de que es independiente de la relación jurídico-material, pero el proceso la constituye y no se la puede concebir sin él. Es, por otra parte, una relación única, pero compleja, de carácter *sui generis*, de interés público, que otorga facultades e impone deberes y cargas.

No hay acuerdo acerca de quiénes son los sujetos de la relación jurídico-procesal; unos dicen que las partes; otros, que las partes y el juez o el órgano jurisdiccional, o que las partes y el Estado a través de los funcionarios judiciales; nosotros creemos que lo son las partes y el Estado mediante el funcionario jurisdiccional competente (cfr. núm. 71), pero con la aclaración de que si se trata de proceso contencioso, esa relación de jurisdicción entre las partes y el Estado es doble: *relación de acción* (entre demandante y Estado) y *relación de contradicción* (entre demandado y Estado); al paso que si se trata de proceso voluntario, la relación de jurisdicción es simple (relación de acción únicamente) [cfr. núm. 86, E)]. Tanto el derecho de acción como el derecho de contradicción tienen, indudablemente, un origen constitucional.

Se habla de parte demandante y parte demandada, pero téngase en cuenta que cada una de estas pueden integrarla varias personas físicas o morales. En el curso del juicio pueden intervenir otras personas para adherir a la posición jurídico-procesal de aquellas (terceros adhesivos) o para sostener una propia (terceros principales), y esas personas son también sujetos de la relación jurídico-procesal.

Las condiciones de la relación jurídico-procesal son los presupuestos procesales que se explicaron en los números 137 a 142, presupuestos que son indispensables para que dicha relación se constituya, se desenvuelva normalmente y concluya con una sentencia de cualquier clase (inhibitoria o de fondo,

favorable o desfavorable). Muy distintas son las condiciones de la acción (cfr. núm. 87). Por eso es posible disponer de la acción y ejercitarla, aunque no exista la relación procesal por la falta de algún presupuesto (competencia, demanda en debida forma, etc.), sin que esto signifique que el juez niegue al actor su acción (cfr. núm. 72). Y de ahí que, si se subsana la deficiencia y se cumple el presupuesto que faltaba, el proceso se inicia y se tramita (cfr. número 142).

Por consiguiente, el estudio de los sujetos de la relación jurídico-procesal se divide en dos partes: *a*) el sujeto órgano jurisdiccional; *b*) el sujeto partes (demandante, demandado, terceros intervinientes). Seguiremos este orden.

148. JUSTICIA Y JUECES

En los capítulos III, VI y VIII 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 este de prestarla (cfr. núms. 21 y 86), 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 (cfr. núm. 22).

Pero esos fines solo 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 este 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 la normas procesales adecuadas para su intervención.

Es este un problema trascendental, porque, como dice SANTIAGO SENTÍS MELENDO[1], «una buena justicia es la necesidad más inmediata de toda república», y la justicia es «un problema de hombres, más que de leyes». Lo hemos visto en Colombia con los procedimientos laborales, civiles, penales y contencioso-administrativos, pues, a pesar de la diferencia de normas y de sistemas, se ha llegado al mismo resultado: lentitud, morosidad desesperante, en ocasiones absurdos criterios para interpretar la ley material o procesal, con sus consecuencias de impunidad e injusticia.

El moderno concepto sobre la interpretación de la Ley y las funciones del juzgador, que ha llevado a reconocer la jurisprudencia como una fuente de derecho positivo, al lado de la Ley y la costumbre (cfr. núms. 12 y 13), exige al mismo tiempo una superior calidad en las personas que han de desempeñar los oficios jurisdiccionales. Es más posible obtener una justicia buena con malos códigos de procedimientos, que con malos jueces. Las deficiencias de aquellos pueden ser subsanadas con el criterio jurídico, la capacidad y la actividad

[1] *Teoría y práctica del proceso*, t. I, p. 3.

de los funcionarios que los aplican; pero las deficiencias de estos hacen nugatorias las ventajas de buenos códigos.

Para ser buen juez no es indispensable la sabiduría jurídica, y mucho menos el aprenderse de memoria leyes y doctrinas. Se requiere, naturalmente, cierto grado de conocimientos jurídicos, para lo cual debe exigirse el título universitario que lo acredite; además, el ascenso en la escala jerárquica judicial debe obtenerse por méritos y capacidades demostrados en el desempeño de los cargos. Sin ser un sabio, pero con voluntad de trabajo, estudio y buen criterio, puede alguien lograr la calidad de buen juez e inclusive de excelente juez, si reúne la condición principal: honestidad, rectitud e imparcialidad en el desempeño de sus funciones. Y esto vale tanto respecto a los cargos inferiores como también respecto a los más altos.

Un juez deshonesto, parcial, susceptible de decidir por presiones políticas, por amistad o enemistad y con mayor razón por interés económico personal, es el mayor enemigo no solo de la justicia, sino de la vida social en general. Toda la organización jurídica de un país se derrumba cuando sus jueces no reúnen las condiciones morales que se requieren para tan delicada función. Podría decirse que, a pesar de que las leyes regulen todos los aspectos de la vida social y las relaciones entre los particulares y el Estado, si la justicia está en manos de jueces políticos o deshonestos, se tendrá un *Estado de hecho* y no un *Estado de derecho.*

En cambio, la justicia puede ser excelente y sobre ella descansar la organización social y la confianza pública, aunque sus jueces no sean expertos en ciencia jurídica, como ha sucedido en Inglaterra [2].

Lo ideal es conjugar una sólida preparación jurídica y experiencia como abogado, con una inconmovible calidad moral.

En el panorama de la justicia más valen muchas sentencias buenas y rápidas, sin literatura jurídica, que unas pocas rebosantes de ciencia. Más importante es también la marcha acelerada de los procesos, que los largos y profundos estudios contenidos en las sentencias y autos interlocutorios. Si debiéramos escoger entre justicia rápida y simplemente buena, o justicia lenta, pero sabia, nos quedaríamos con la primera. Lo fundamental es que el juez llegue a correctas conclusiones, sin que importe que deba explicar admirablemente las razones de su decisión, ya que con enunciarlas sería suficiente. La redacción de las providencias debería ser similar a la de los decretos ejecutivos: unas breves consideraciones que contengan la tesis y la referencia a las normas legales pertinentes, seguidas de la resolución. La explicación de esas tesis, muchas veces en forma exageradamente extensa, es una de las causas de la lentitud de nuestra justicia. Ejemplo admirable son las sentencias de casación en Francia.

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.

149. Jueces y órganos jurisdiccionales

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 este existe

[2] Couture: *Estudios*, t. I, p. 146.

independiente de las personas físicas que ocupan sus cargos y, considerado en abstracto, permanece inmutable aun cuando varíen aquellos. 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.

Como dice el notable autor brasileño MARIO GUIMARAES, decidir con justicia es hacerlo de acuerdo con el Derecho, pero por justicia se entiende también el ideal que el Derecho debe perseguir, y el juez debe profesar ambas clases de justicia [3].

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, nos parece inadmisible la distinción que algunos autores proponen entre *órgano y oficio*, considerando este 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, como observa ROCCO [4].

Al estudiar la teoría de CARNELUTTI sobre la acción (cfr. núm. 81), le observamos que es un error considerar al juez o a la oficina judicial ante quien se presenta la demanda, como el sujeto pasivo de ella, en vez del Estado que actúa por intermedio del funcionario que compone esa oficina.

La oficina judicial, cualquiera que sea, no tiene personería jurídica, y el juez o magistrado, individualmente considerados, o como el colegio o conjunto cuando forman una oficina plural (tribunales y Corte), se limitan a obrar en nombre del Estado y, tal como ocurre con las actividades de la Administración (nación, departamentos o municipios), a través de sus funcionarios. 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 estos, ya que esos funcionarios no ejecutan actos personales ni obran en sus propios nombres. Por eso los jueces administran justicia «en nombre de la república y por autoridad de la Ley».

Claro está que las diversas naturalezas de estas dos funciones del Estado, implican distintas situaciones para sus funcionarios (cfr. núm. 23). Por ejemplo, en las actividades administrativas el funcionario ejecuta actos, celebra contratos, pero personalmente no adquiere obligaciones ni derechos, pues todos ellos quedan en cabeza de la entidad pública respectiva; al paso que en el desempeño de la jurisdicción los jueces y magistrados adquieren, por el ejercicio válido de la acción, la obligación personal de proveer, obligación que está sancionada con penas para el caso de su incumplimiento—delito de denegación de justicia—(cfr. núms. 21 y 74).

---

[3] *O juiz e a funcao jurisdiccional*, Río de Janeiro, 1958, p. 34-35.

[4] *Trattato di Diritto processuale civile*, U. T. E. T., Torino, 1957, t. II, p. 3-6.

150. Principios fundamentales de la organización judicial

La organización judicial, como cualquiera otra, descansa sobre un conjunto de principios básicos, de cuya aplicación depende la clase de 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 cualquier otra clase, en la tarea de administrar justicia. Por eso dijimos en el número 18, B), que 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.

Pero idéntica independencia debe existir respecto de las fuerzas que representen el capital o el trabajo humano, enfrentadas con mayor acritud cada día. Por eso los funcionarios judiciales deben ser empleados del Estado, pagados por este y han de disponer de remuneraciones justas, proporcionales a la alta dignidad de su cargo, que les permitan vivir bien y gozar de cierta holgura económica. Una de las razones para que Inglaterra tenga una de las mejores justicias, consiste en las magníficas remuneraciones de sus jueces, como observa Couture [5].

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.

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.

Según dice Pedro Aragoneses, «la imparcialidad es una especie determinada de motivación, consistente en que la declaración o resolución se oriente en el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa

[5] *Estudios,* t. I, p. 146.

o legalmente». Y cita a WERNER GOLDSCHMIDT (*La imparcialidad como principio básico del proceso,* publicado en *Conducta y norma,* Buenos Aires, 1955): «La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad» [6].

Como dice COUTURE, «todos los derechos desfallecen, aun aquellos estampados en las leyes más sabias, si el día en que se ha de apreciar la prueba o realizar el acto de valorización jurídica que significa escoger la norma aplicable, el juez no se halla a la altura de su misión». «El instante supremo del Derecho no es el día de las promesas más o menos solemnes consignadas en los textos constitucionales o legales. El instante, realmente dramático, es aquel en que el juez, modesto o encumbrado, ignorante o excelso, profiere su solemne afirmación implícita en la sentencia: esta es la justicia que para este caso está anunciada en el preámbulo de la Constitución» [7].

Las luchas y guerras civiles, que en tan terrible forma azotaron nuestra patria en el pasado siglo—como en grado diverso a casi todos los países en alguna época—, incluyendo la guerra de independencia, los desvelos y sacrificios incruentos de los servidores civiles, los esfuerzos de gobernantes, legisladores y del pueblo en general, a lo largo de nuestra historia, han tenido como meta principal conseguir una justicia recta, independiente e imparcial. Sin jueces dignos de su misión, la Ley será simple letra muerta.

Es relativamente fácil que haya jueces honorables y dignos, incapaces de ser tentados por el dinero o dádivas similares, y separarlos del conocimiento de las causas en que puedan tener interés personal o familiar (impedimentos). Difícil es, en cambio, conseguirlos inmunes a la presiones políticas y gubernamentales, especialmente en países como el nuestro, presiones que son las peores, porque cuando campean libremente, no se limitan a las causas políticas (juicios sobre constitucionalidad de leyes ante la Corte Suprema; de anulación ante el Consejo de Estado y tribunales administrativos), sino que se ejercen en los negocios privados para el beneficio económico directo o indirecto, como jugosos honorarios, de los políticos y sus parientes o amigos.

Son gravísimas las consecuencias de permitir que, bien sea por el origen o nombramiento de los funcionarios judiciales, por la posibilidad de ocasionar sus renuncias 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 nula, en la mayoría de los casos.

Nos referimos a la permanencia de los órganos en sí (juzgados, tribunales

---

[6] ARAGONESES: *Proceso y derecho procesal.* Edit. Aguilar, Madrid, 1960, p. 89.
[7] Ob. cit., t. I, p. 95.

y Corte), no de los funcionarios, cuya variación no afecta la de aquellos. Solo 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 este no le reciba el despacho; 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 a 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 se 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 de 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 de la jurisdicción, para hacer posible su ejercicio adecuado 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 aquellos, hasta terminar en un juez supremo que ejerce jurisdicción en todo el país.

G) *Pluralidad de los grados de jurisdicción*

Es la distribución de la jurisdicción, que se refiere al principio de las dos instancias, estudiado en el número 19 del capítulo V y al recurso extraordinario de casación.

La institución de jueces inferiores y superiores no mira solamente a una mayor circunscripción territorial, sino a un grado superior de jurisdicción, 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 (cfr. núm. 311).

Puede hablarse de diversos grados de jurisdicción según el número de jueces de distintas jerarquías.

H) *Jerarquía de los oficios o despachos judiciales*

La distribución territorial y la pluralidad de los grados de jurisdicción traen como consecuencia la necesidad de regular las jerarquías en orden a la dependencia que los oficios o despachos deban 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 estos y se haría imposible la marcha de los negocios.

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

I) *La distinta composición de los oficios o despachos*

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

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.

Damos por reproducido aquí lo expuesto en el número 148 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 inmediación, 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 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. 18-19). Todo sin olvidar que más importantes son las condiciones personales de los funcionarios, que las ventajas del procedimiento legal (cfr. núm. 148).

L) *Separación de las distintas jurisdicciones*

Como lo expusimos en los números 21 y 25, 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 jurisdiccionales, civiles, penales, laborales, contencioso-administrativas, fiscales, militares, eclesiásticas, de aduanas y, en algunos países, comerciales y de minas.

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 (cfr. núm. 25).

Esta división, con la adecuada especialización de sus funcionarios y procedimientos, es de suma importancia para la eficaz administración de justicia. El juez de conocimientos jurídicos universales es una rara excepción hoy día, cuando las distintas ramas del Derecho han evolucionado tanto y las leyes se han hecho complejas y numerosas. Además, para cada rama del Derecho se necesita un criterio propio, en ocasiones opuesto al que debe imperar en otra; así sucede en la civil, respecto a la contencioso-administrativa, a la penal o a la laboral.

M) *Existencia de un Ministerio público paralelo a la organización judicial*

No solo en materias penales y militares, sino también en las contencioso-administrativas y en las civiles, 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.

151. Selección, nombramiento 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. 147-149).

Varios son los sistemas que se han aplicado y que actualmente existen. Su bondad depende no solo 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. Como sucede en materia de procedimientos para juzgar, los empleados para nombrar y ascender a los funcionarios dependen en su mayor parte de las personas que deben aplicarlos. 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 a 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 vicios, 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. Esto en teoría, naturalmente; porque en la práctica depende de las condiciones morales de los magistrados encargados de las designaciones, ya que sobre ellos se intentará siempre aplicar influencias políticas y de otro orden. Es el vigente en Colombia.

152. 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 obliga-

toriedad de los ascensos que existe en esta. 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 juez.

Como dice COUTURE, «donde el juez se encuentre embarcado en la lucha por su candidatura, deja de ser juez para transformarse en defensor de sus propias virtudes» [8].

El sistema de la libre escogencia de candidatos tiene el grave defecto de que pueden resultar elegidos quienes carezcan de experiencia suficiente y de capacidad comprobada; así se convierte el despacho judicial en un laboratorio experimental, para que el funcionario aprenda su profesión, a expensas de la justicia y de los litigantes, lo que es, desde todo punto de vista, inaceptable. La designación del juez resulta «un cheque en blanco que expide la Corte (o tribunal, agregamos) en favor de los candidatos más eficazmente recomendados» [9].

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, 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 cualificados 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, en consideración a los méritos 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; es el único medio de evitar que se recurra a la carrera solo como expediente subsidiario para devengar un mediano pasar, ante el miedo de la lucha profesional o del fracaso recibido; es decir, que los candidatos lleven el sello de la mediocridad.

Por otra 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

---

[8] *Estudios*, t. I, p. 132.
[9] COUTURE, ob. cit., p. 135.

menos en el número que se requiere. Además, la indispensable evolución de la jurisprudencia exige el ingreso de abogados que tengan ideas nuevas, formadas a través de muchas experiencias ajenas al desempeño de los cargos judiciales, que aporten doctrinas modernas y que no sufran el peso de la peligrosa rutina jurisprudencial.

Una solución aconsejable es la de asignar una mitad de las plazas para renovar en la Corte, a magistrados y fiscales de tribunales, y la otra, a profesionales en ejercicio.

A las calidades anteriores se suman las de orden moral. Ya expusimos nuestro concepto sobre la importancia especial que para la justicia tienen la honorabilidad, imparcialidad, independencia y dignidad de los jueces y magistrados (cfr. núms. 147 a 149). La selección debe comenzar por estas condiciones, ya que de nada pueden servir las intelectuales, de sabiduría y de rendimiento de trabajo, si hay antecedentes de faltas contra la honestidad o la imparcialidad e independencia en el ejercicio de otros cargos o de la profesión y en los negocios privados en general.

Estos principios sirven para los concursos de todo grado o jerarquía, 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 en actos ajenos al cargo, normas que deben estipularse para toda clase de funcionarios.

Las promociones deberán ser en base a concursos entre los funcionarios en ejercicio, cuando se trate de llenar vacantes.

Se critica el sistema de concursos alegando que demuestra solo las virtudes teóricas y no las prácticas, que son precisamente las necesarias. Es cierta la observación, si dicho sistema se limita a las pruebas orales y escritas preparadas para el caso; pero podrían utilizarse para las pruebas escritas los expedientes de juicios que se encuentren en estado de recibir sentencia, a fin de que los concursantes elaboren sus proyectos; así se apreciaría el criterio práctico que como juzgador tenga cada uno, 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 [10]. 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 estos y abrir el concurso para la vacante que deje el favorecido. El traslado debe ser también por concurso de méritos y antecedentes.

Como es posible que abierto un concurso para promociones a jueces y magistrados, ninguno de los candidatos de la carrera reúna las condiciones indispensables, debe permitirse que en ese caso se repita el concurso, con inclusión de profesionales en ejercicio que compitan con los funcionarios que nuevamente quieran presentarse. Lo contrario sería protocolizar la mediocridad y la ruina de la justicia. El peligro que ocurran estas circunstancias, aumenta,

[10] COUTURE, t. I, p. 140.

como también la dificultad de resolver el problema, si los bajos sueldos alejan de la judicatura a los abogados más capacitados.

Por eso no nos cansaremos de repetir que los sueldos de jueces y magistrados deben estar de acuerdo con su elevada misión.

SENTÍS MELENDO [11] presenta un magnífico estudio sobre las características de la carrera judicial, al cual nos remitimos.

153. CLASIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS, DESPACHOS U OFICIOS JUDICIALES

Hemos dicho que los términos *órganos, despachos u oficios judiciales* son sinónimos y pueden ser usados indistintamente; también dijimos que hay diversidad y multiplicidad de estos órganos, despachos u oficios, con circunscripciones territoriales, jerarquías y competencias diferentes. Veamos, en forma sucinta, su clasificación.

I. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SUS FUNCIONES

a) Según la clase de jurisdicciones 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 inmediación [cfr. núm. 19, E) y G)].

d) También se distingue los que *ejercen jurisdicción*—juzgando o instruyendo—y los que solo desempeñan un papel de *colaboradores solicitantes o requirentes,* como el Ministerio público, que forman parte del órgano judicial, pero no ejercen jurisdicción, y sus conceptos no son obligatorios para el juez y magistrados (con raras excepciones en materia penal); 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 inferior y su superior jerárquico de la misma circunscripción territorial.

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 Colombia esas funciones se ejercen por los mismos órganos y funcionarios (cfr. núms. 22, 32 y 33).

II. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU COMPOSICION Y FORMACION

a) Existen órganos o 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

[11] Ob. cit., t. II, p. 19-39.

juez, y los últimos, por varios, que ejercen sus funciones simultánea y conjuntamente, en salas plurales.

c) En un sentido relativo, puede hablarse de órganos u oficios *permanentes* y *temporales*: aquellos, cuando forman parte de la organización judicial (juzgados, tribunales y Corte), y estos, cuando solo ocasionalmente ejercen funciones jurisdiccionales, como sucede con los tribunales de árbitros. Pero ni siquiera durante el tiempo en que ejercen esas funciones son los árbitros funcionarios judiciales, ni existe un despacho judicial.

154. Deberes de los funcionarios judiciales

Consagramos la parte final de este capítulo a estudiar la conducta del juez en el ejercicio de sus funciones y sus consecuencias.

En el capítulo XVI vimos la importancia que en la organización jurídica de cualquier país representan la honestidad, la imparcialidad y la independencia de los funcionarios judiciales, condiciones sin las cuales no puede existir justicia ni Estado de derecho (cfr. núms. 148-149), y también los sistemas adoptados para una adecuada selección de su personal (cfr. núms. 151-152).

Conocemos asimismo la importancia de la función del juez en la vida del Derecho (cfr. núm. 12), las características de la función judicial y cómo se realiza esta (núms. 10-11), los principios fundamentales del derecho procesal y del procedimiento (cfr. núms. 18-19). De todo lo cual se deduce que el juez o magistrado necesita disponer de facultades y poderes, cuyo ejercicio es al mismo tiempo un deber, para la impulsión, la dirección, el control y la culminación, de los procesos, facultades que son más o menos amplias, según la condición dispositiva o inquisitiva del procedimiento. En especial necesita facultades en materia de pruebas, para ordenar las que estime necesarias o solo para apreciarlas (principios inquisitivo y de la libre apreciación); facultades para hacer respetar la lealtad y la buena fe en el proceso, para hacerse obedecer de los subalternos, de las partes y de los terceros en el desempeño de diligencias (embargos, secuestros, exhibición de cosas o documentos, inspección de bienes, allanamientos, detención y encarcelamiento de personas, multas por desacato, etc.); para asegurar bienes (embargos y secuestros).

Consecuencia 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, términos para resolver), y a otros de alcance más sustancial, como administrar la justicia que se les solicita (sin que les valga la excusa de no encontrar ley para el caso), motivar sus sentencias y decisiones interlocutorias, otorgar los recursos que la Ley consagra y que le sean interpuestos oportunamente, respetar los procedimientos y la ley material. También deben estar sujetos a incompatibilidades en defensa de su independencia y su dignidad y cuya violación puede configurar un delito, a impedimentos para que su imparcialidad no resulte dudosa o amenazada, y a una ética estricta en el cumplimiento de sus funciones.

Por otra parte, ningún Código de Procedimiento o de normas materiales (civiles, de comercio, laborales, etc.), puede contener una previsión exhaustiva de todos los problemas del proceso o de la vida en sociedad, respectivamente;

siempre queda un campo más o menos rico de facultades discrecionales para el juez, a las que se suman sus facultades de interpretación de la ley procesal y material, ampliadas por obra de la escuela científica, de la que fue padre GENY y a la que pertenecen todos los juristas de importancia desde el siglo pasado (cfr. núms. 12 y 13).

Esa discrecionalidad que en muchos casos le permite la Ley por expreso mandato o por falta de reglamentación del asunto, y esa amplia facultad de interpretación, imponen a un mismo tiempo obligaciones y deberes: han de ser usadas con imparcialidad y buena fe, con rigurosa ética, en busca de la recta justicia.

Por lo mismo que ya no se concibe al juez como una máquina registradora de la voluntad de la Ley, expresada en textos escritos o consuetudinarios, sus deberes morales y sus responsabilidades son mayores, y deben serlo sus facultades y poderes con marcado sentido de obligación procesal de usar de ellos.

El derecho moderno reclama la investidura de juez inquisitivo para el proceso civil, similar a la que desde hace mucho tiempo se le otorgó para el penal, con las únicas limitaciones de no proceder a iniciar de oficio el proceso y de someterse a las reglas de la consonancia frente a la demanda y a las excepciones que la Ley exija alegar expresamente. El concepto publicista del proceso civil, de sus fines, de la jurisdicción, del derecho de acción, que expusimos en los capítulos VI, VIII y IX, exige que se determine con una diferencia de facultades, explicable solo cuando se creía que el proceso civil era un negocio privado y perseguía solo la defensa de los intereses particulares.

En los nuevos códigos de varios países y en los proyectos elaborados en los últimos veinte años, se incluye, por lo general, algún título o capítulo titulado «Poderes y obligaciones del juez» o «Deberes y facultades», o algo similar (proyectos de COUTURE, REIMUNDIN, LASCANO, PODETTI; Código Procesal de Mendoza, Argentina, de Santa Fe; Código italiano, adoptado en 1940).

155. PODERES DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES

Como dice CARNELUTTI, «el servicio que el Derecho presta al proceso consiste en regular las actividades de que el proceso se compone mediante la atribución a cada uno de los agentes, de poderes y deberes que tienden a garantizar su actuación» [12]. O, como explica ROCCO, el derecho de jurisdicción del Estado se resuelve en una serie de facultades de obrar, de pretensiones, de poderes, por una parte, y de correspondientes obligaciones y sujeciones, por la otra [13].

La primera y más importante potestad de todo funcionario jurisdiccional, es la de juzgar mediante un proceso y producir así sentencias que obliguen y vinculen a las partes; es la *potestad jurisdiccional* de que los inviste el Estado al ejercer, a través de ellos, el derecho subjetivo de jurisdicción (cfr. números 20-21)

---

[12] *Instituciones del proceso civil*, trad. de S. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1959, p. 290.

[13] *Trattato*, t. II, p. 143.

Esa potestad jurisdiccional se traduce en un conjunto de poderes, equivalentes a los *poderes de la jurisdicción,* que en el número 22 estudiamos:

a) *Poder de decisión,* para dirimir la controversia, hacer o negar la declaración solicitada, y constituir, si es el caso, una *cosa juzgada,* o al menos declarar la inhibición para un pronunciamiento de fondo, si falta la legitimación en la causa o el interés para obrar, o reconocer la imposibilidad de adelantar el proceso, si falta algún presupuesto procesal.

b) *Poder de coerción,* para procurarse los elementos necesarios al juicio y exigir la colaboración de las personas que de una u otra manera deben aportar luces (exhibición de documentos, inspección de bienes, allanamientos, embargos y secuestros preventivos, y, por otra parte, imposición de multa a los testigos renuentes a concurrir, empleo de la fuerza pública para allanar un inmueble si es necesario, a fin de practicar en él una diligencia).

c) *Poder de documentación,* para decretar y practicar pruebas, muy extenso en lo penal y en lo laboral, escaso en lo civil entre nosotros, donde encontramos los autos para mejor proveer en segunda instancia, la facultad de contrainterrogar testigos y algunas otras, y que debiera ampliarse como en lo laboral o lo penal, tal como sucede ya en muchos países (cfr. núm. 19, letra A).

d) *Poder de ejecución,* que implica el uso de la coacción y se relaciona con el anterior, pero tiene su propia finalidad: obtener el cumplimiento de las obligaciones que se hayan impuesto en sentencias o decisiones con valor equivalente y de las que aparezcan en forma clara, líquida y exigible en documentos auténticos otorgados por el deudor, entregando al acreedor la cosa debida o compensándolo con el producto de la venta forzada de bienes del deudor, o adjudicándoselos a él mismo, en pública subasta realizada por el mismo funcionario (cfr. núms. 65 y 90).

Ninguno de estos poderes es discrecional en el procedimiento civil: el de decisión no lo es, porque el juez está vinculado por las normas de derecho material que debe aplicar y por los hechos aducidos por el demandante en la demanda y en las excepciones del demandado, debidamente comprobados por los medios utilizados en el proceso; tampoco el de documentación, porque cuando impera el principio dispositivo, está prácticamente limitado por la actividad que tienen las partes para pedirle que decrete ciertas pruebas, aunque dispone de mayores poderes para hacer practicar las decretadas, y donde se le dan facultades inquisitivas está sometido siempre a reglas de forma y oportunidad, como también a algunas sustanciales sobre requisitos para el valor de ciertos actos y contratos; en la valorización de las pruebas recibidas está sujeto en muchos países a la pauta rigurosa que el sistema de la tarifa legal, más o menos atenuado, le señala, inaceptable hoy y que por fortuna se encuentra suprimido en los códigos modernos, sin que pueda usar de su libertad de apreciación de manera arbitraria o caprichosa [cfr. núm. 19, A) y B)]; ni el de ejecución, que está reglamentado estrictamente por la Ley. Se encuentra mayor amplitud en el poder de coerción, pero también para él señala la Ley la manera como puede usarlo y las condiciones en que puede hacerlo.

Los poderes de coerción y de documentación se denominan también *Facultad ordenatoria* [14].

El Código italiano creó la figura del *juez instructor* para el proceso civil,

[14] CARNELUTTI: *Instituciones,* Buenos Aires, 1959, t. I, p. 294-95.

con facultades y poderes encaminados al más solícito y leal desenvolvimiento del proceso, inspirado en los mejores criterios que conceptúe oportunos, pero ateniéndose siempre a las disposiciones legales [15].

Vinculado con el poder de coerción existe el *poder de sanción*, que permite la imposición de multas y de arrestos a las personas que les falten al respeto a los jueces o magistrados en el ejercicio de sus funciones, y de multas a los empleados subalternos que incumplan sus deberes.

156. Garantías contra los abusos de los funcionarios judiciales. Observaciones generales

Uno de los principios fundamentales del derecho procesal es, como vimos, el de la independencia del órgano judicial, desde un doble punto de vista: ausencia de coacción de parte de los otros órganos del Estado y libertad plena de criterio para cada juez en todos los asuntos [cfr. núm. 18, B) y C)]. Esta libertad rechaza tanto las presiones que vengan de fuera, de particulares o funcionarios distintos, como las que provengan de ellos mismos, por razones subjetivas. De ahí que hemos dicho que a la competencia entendida en su sentido ordinario, se suma la competencia subjetiva, que consiste en la falta de todo interés y de toda razón en el ánimo del juez al administrar justicia, distintos de la recta aplicación del derecho.

Pero siendo la administración de justicia una función en manos de personas de capacidad limitada y sujetas a pasiones y defectos, por un imperativo de la naturaleza humana, se presenta 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 tales 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, y si se trata de un vicio del 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 (cfr. núms. 19, M); 300-303 y 313 a 320).

Aquí se trata de 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 abstengan de prever. Para impedir y remediar estas graves faltas, la Ley consagra sanciones y medidas de carácter penal o disciplinarias y otras de naturaleza civil.

157. Incompatibilidades

Para que el funcionario judicial no se vea envuelto en intereses que puedan influir en su tarea, ni se halle en posiciones que sean una amenaza para su equilibrada y recta conducta, la Ley establece una serie de incompatibilidades entre estos cargos y toda actividad que puedan afectar su independencia, su imparcialidad o su dignidad (cfr. núms. 18, B) y C); 150).

[15] Rocco: *Trattato*, t. II, p. 144.

158. Revisión de las sentencias

Como en otro lugar veremos, generalmente la Ley permite que se revise una sentencia ejecutoriada y que hace tránsito a cosa juzgada, cuando ha existido cohecho, violencia o fraude (cfr. núm. 267).

Es otra medida de defensa contra los abusos de los funcionarios judiciales.

159. Prevención de posible parcialidad de los juzgadores y secretarios. Los impedimentos

A fin de que los jueces y magistrados no se encuentren en situación que haga dudosa su imparcialidad o que les implique escoger entre la recta administración de la justicia y el interés o el sentimiento que podría satisfacerse con una solución diferente, establece la Ley el principio de los impedimentos para conocer de negocios que, conforme a las normas generales de competencia, les corresponden.

Se exige que el juzgador sea moralmente capaz de resolver con absoluta imparcialidad y que no exista ninguna circunstancia que pueda afectar esa condición subjetiva (cfr. núms. 18, C), y 150).

Puede suceder que aun en presencia de intereses económicos o familiares, de amistad o enemistad con las partes o sus apoderados, de providencias dictadas por él mismo cuando ocupaba cargos inferiores y que deba revisar como superior, el criterio de imparcialidad y de recta administración de justicia permanezca inalterable en el funcionario; pero la Ley prefiere que no se encuentre en la necesidad de rechazar la tentación que esas circunstancias u otras similares pueden ofrecerle. Se desea que tanto interna como externamente su conducta y su posición sean inobjetables.

Los mismos impedimentos existen para secretarios y conjueces.

160. Vigilancia del trabajo y sanciones disciplinarias a los funcionarios judiciales

Tenemos también, con fines similares que tienden a evitar los abusos en las demoras para despachar y las irregularidades en el curso de los juicios, la función fiscalizadora que ejercen el Ministerio público y el órgano ejecutivo directamente sobre las oficinas judiciales.

161. Responsabilidad penal y civil de los funcionarios judiciales

La responsabilidad penal de los jueces está contemplada expresamente por el Código Penal, 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 noticias de delitos perseguibles de oficio, utilización en provecho propio o ajeno de inventos o descubrimientos científicos que conozcan en razón de su cargo, ejercicio de las funciones del cargo después de haberse posesionado el reemplazo.

Ninguna controversia puede presentarse acerca de la existencia de esa responsabilidad y de los casos en que se produce.

Más complicada es la cuestión de la responsabilidad *civil* personal de los funcionarios judiciales, por los actos u omisiones en que incurran en ejercicio de su cargo.

Naturalmente, si el caso apareja 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 Código de Procedimiento Penal.

También es indudable que en esta hipótesis de ilícito penal, el perjudicado puede incoar acción civil separada, porque todo delito acarrea responsabilidad civil y, consiguientemente, obligación de indemnizar los perjuicios; pero los efectos de la sentencia penal influyen en la decisión civil, como oportunamente lo estudiaremos.

Se pregunta si es posible exigirle responsabilidad civil al 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, sea 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 negativas de resolver ciertas peticiones o denegación de justicia).

Según observa MARIO GUIMARAES [16], «en principio los jueces no son responsables por los daños que sus decisiones erradas causen, ya que debe respetárseles la libertad de apreciación de los hechos y la aplicación del Derecho, y no es posible renovar la discusión y reexaminar la sentencia para investigar la justicia de los daños sin desconocer el valor de la cosa juzgada; pero estas razones no pueden conducir a una irresponsabilidad. Soberanía absoluta del funcionario judicial no existe, porque está obligado a someterse al derecho positivo vigente y a cumplir sus funciones en los términos como la Ley lo establece».

El problema radica, en nuestro concepto, en separar el *error excusable* del *error inexcusable*, y en exigir la responsabilidad civil solo por los daños causados en el último caso. Pero ¿cuándo es inexcusable el error? Nada más difícil que determinarlo. El error judicial está contemplado por el legislador como una posibilidad normal en la tarea de administrar justicia, y por eso se establecen para corregirlo los recursos ordinarios de reposición y de apelación, el extraordinario de casación y el principio fundamental de las dos instancias.

Parece sencillo afirmar que el error inexcusable es el evidente o manifiesto. Pero sucede que uno de los motivos de casación, de diaria ocurrencia, es el haber incurrido el tribunal en un error manifiesto que resulte casi indiscutible, en la apreciación de las pruebas, y otro la violación directa de normas legales materiales que puede aparecer con igual evidencia. Por los mismos mo-

[16] Ob. cit., p. 230-40.

tivos se revocan constantemente por el superior las sentencias y las decisiones interlocutorias del inferior. ¿Existirá en todos esos casos responsabilidad civil del funcionario? Nos parece imposible aceptar la contestación afirmativa, de manera general.

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 responsabilidad 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.

Por eso el nuevo Código de Procedimiento Civil italiano consagra dos categorías de actos que acarrean responsabilidad civil personal al funcionario: *a*) los realizados por el juez en ejercicio de sus funciones, susceptibles de dolo, fraude y concusión; *b*) los que constituyen denegaciones, omisiones o retardos en proveer sobre demandas o instancias o, en general, en cumplir un acto a que sus funciones le obliga (art. 55) [17].

Para CARNELUTTI, la omisión o denegación del acto exigido por la Ley acarrea la responsabilidad, sea que prevenga de dolo o de culpa; en cambio, cuando se trata de ejecución de actos, se requiere que exista dolo [18]. De la misma opinión es ROCCO [19].

En el Código de Procedimiento Civil italiano se establece que los secretarios y oficiales son responsables civilmente cuando ejecutan actos nulos con la culpa grave o dolo y cuando dejan de ejecutar el acto a que están obligados, dentro del plazo que el juez les señale a instancia de parte (art. 60). Como los artículos citados dicen que solo en esos casos existe tal responsabilidad, la doctrina se ha visto forzada a concluir que no es posible exigirla en casos distintos de aquellos.

El Código de Procedimiento del Brasil reproduce, en su artículo 121, el artículo 55 del Código italiano, con ligeras modificaciones de redacción, por lo cual la doctrina considera que ninguna responsabilidad puede imponerse a los funcionarios judiciales cuando no se trate de esos casos [20].

En Colombia carecemos de normas similares. La consecuencia es que se aplican las disposiciones generales sobre responsabilidad civil extracontractual, como antes manifestamos, lo mismo que las de resarcimiento del daño dentro del proceso penal. Cuando se trate de actos dolosos, que siempre constituyen delito, o de omisiones y denegaciones culposas, la responsabilidad civil es evidente. Cuando exista culpa grave en la ejecución de actos, la consecuencia debe ser la misma, porque las normas civiles no distinguen la culpa por omisión de la culpa por acción, para los efectos de la indemnización del daño: ambas acarrean esa obligación.

La dificultad, repetimos, estriba en poder separar el simple error judicial en los actos ejecutados, de la culpa grave o error inexcusable. Es un problema que en cada caso concreto debe examinarse, pues no puede ofrecerse un criterio general para resolverlo.

Teóricamente, nos parece indudable que la responsabilidad existe y puede

---

[17] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 30.
[18] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. II, p. 299-300.
[19] Ob. cit., p. 31.
[20] MARIO GUIMARAES, ob. cit., p. 244.

exigirse por la vía del juicio ordinario civil, pero en la práctica resultará muy difícil poderla estructurar con éxito, cuando se trate de actos ejecutados con el pretexto de aplicar la Ley. Si aparece claramente arbitrario, se tratará de un abuso de autoridad o de un prevaricato, de dolo en todo caso, y la acción civil, dentro del proceso penal o separada, no tendría dificultad; lo mismo ocurre cuando se trata de omisión o denegación injustificable, culposa o dolosa.

Se aplican estos principios a toda clase de jueces y magistrados y también a los inspectores de policía y alcaldes.

Respecto a los secretarios y otros empleados subalternos, se siguen las mismas reglas si no hay normas que distingan entre aquellos funcionarios y estos para tales efectos.

Los árbitros y conjueces se rigen por las normas expuestas para los jueces y magistrados. Lo mismo ocurre con los secuestres, peritos, albaceas y similares.

Como dice COUTURE, «nada hay que temer en un régimen de libertad, si él se halla celosamente contrabalanceado por un severo sistema de responsabilidad»[21]. El juez, con su independencia y su autoridad para hacer cumplir sus decisiones, tiene en sus manos tal cúmulo de poder, que supera al que cualquier otro hombre tiene dentro del sistema de derecho. «En esa situación, solo la responsabilidad plena por el uso de la autoridad puede constituir un eficaz medio de contención. Sin un efectivo régimen de responsabilidad judicial, todo el sistema del Derecho corre riesgo.» Para COUTURE, la responsabilidad resulta de dos normas: «Todo acto de exceso o desviación de poder del juez le depara responsabilidad; pero la calificación del exceso o desviación de poder no queda librada a la apreciación de la parte interesada, sino a la ley y a los órganos competentes para el enjuiciamiento de los magistrados.» Compartimos estos conceptos.

162. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA CULPA O DOLO DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES

Nos queda este aspecto por examinar sucintamente: ¿si el funcionario es responsable personalmente, deja de serlo el Estado? De ninguna manera. La responsabilidad de aquel no elimina la de este.

Los funcionarios judiciales son empleados públicos de similar condición a la de los de la rama administrativa; las diferencias que existen en materia de funciones no afectan el vínculo con el Estado. Los principios de la culpa *in eligendo* e *in vigilando*, que la doctrina ha elaborado con base en las normas del Código Civil, tienen perfecta aplicación a los casos de culpa o dolo en el ejercicio de las funciones de empleados judiciales, lo mismo que el principio general del fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado.

La responsabilidad del Estado existe solo cuando aparece la del empleado judicial, como es natural; si este resulta irresponsable, por ausencia de dolo y culpa, aquel no puede serlo.

En Italia se ha pensado que al establecer los artículos 55 y 60 del Código de Procedimiento Civil la responsabilidad personal del funcionario, se excluye la del Estado en esos casos taxativamente previstos; en otros países rigen,

[21] *Estudios*, t. I, p. 90-91.

como hemos dicho varias veces, los principios generales de la responsabilidad extracontractual por el hecho de los empleados o agentes y de la responsabilidad constitucional del Estado. Para limitar la responsabilidad al funcionario judicial tendría que aceptarse que en el desempeño de sus funciones obra en su propio nombre y no en representación del Estado, lo que es, sencillamente, absurdo [22].

La acción puede ser dirigida contra el funcionario y el Estado, conjunta y solidariamente; o solo contra el primero. Pero como ha de juzgarse sobre la conducta de este, consideramos que debe ser demandado siempre y que no es posible la decisión de fondo si solo se demanda al Estado, a menos que haya sido condenado previamente un juicio penal o civil. En materia de responsabilidad por actos de funcionarios administrativos, es suficiente demandar el acto o hecho respectivo (cfr. núm. 25), pero esos funcionarios no están sujetos a deberes y obligaciones tan estrictos y concretos, como los funcionarios judiciales. En el primer caso se juzga la conducta del funcionario; en el segundo, la de la administración, por la vía contencioso-administrativa, que excluye la acción contra este.

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 este la causa de esa condena. Para ello se necesita seguirle juicio ordinario, pero es posible adoptar el camino de denunciarle el pleito, medida que es pertinente si el denunciado está obligado en garantía de derechos reales como cuando se ocultó la existencia de un gravamen real al comprador (demandas de dominio, deslinde, venta de cosa hipotecada, servidumbres, censos), o de derechos personales (cfr. núms. 198 y 199).

Por lo general, los autores de derecho administrativo aceptan esta responsabilidad del Estado. DUGUIT considera que si bien el acto jurisdiccional es una emanación de la soberanía del Estado, «ella no se manifiesta de una manera más intensa en el acto jurisdiccional que en el acto administrativo», y no hay razón para excluirla del primero [23]. De la misma opinión es PHILIPPE ARDANT [24], y también BIELSA [25]. Los autores brasileños siguen esta moderna doctrina, como observa MARIO GUIMARAES [26], para quien reconocer la indemnización en ciertos casos es una medida de justicia, porque si existe un servicio público organizado por la colectividad, y falla, el perjuicio que por ese motivo se cause a alguien no tiene por qué sufrirlo la víctima, y es natural que sea repartido entre toda la colectividad, siempre que con ello no se atente contra la cosa juzgada.

No debe olvidarse que los jueces y magistrados prometen bajo juramento, cuando toman posesión, administrar justicia de acuerdo con la Constitución y la Ley y cumplir fielmente con los deberes de su cargo.

---

[22] SILVA: *De la prueba*, p. 138-39.
[23] *Traité*, 3.ª ed., p. 537.
[24] ARDANT: *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction jurisdictionelle*, p. 162.
[25] BIELSA: *Derecho administrativo*, 4.ª ed, t. II, p. 365.
[26] GUIMARAES, ob. cit., p. 247.

163. Responsabilidad de las partes por los daños causados con motivo de actuaciones judiciales

En materias civiles 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 reato alguno, incurriendo a un claro 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 de ambos es también evidente, y la del Estado, en consecuencia.

Si el error del juez es excusable, no habrá responsabilidad civil de la parte, porque el error excusable para aquel tiene que serlo para esta; mas si 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 incurre 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.

Nuestro Código de Procedimiento Civil contempla algunos casos de errores judiciales que al ser reconocidos por el mismo funcionario o su superior, producen la revocación de la medida y la condena simultánea a daños y perjuicios de la parte que la provocó. Así puede ocurrir cuando se revocan las medidas preventivas de embargo y secuestro antes del juicio, o se absuelve al demandado, o se ordena cesar la ejecución, si se trata de juicio ejecutivo (arts. 293 y 294).

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 con daño ajeno, ya que la Ley le exige el conocimiento de que se ha cometido un hecho punible, mientras que al funcionario judicial sí le basta la sospecha razonablemente fundada para adelantar el informativo.

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 en 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.

164. Etica del juez

Ningún cargo público exige con mayor rigor que el judicial una ética intachable en su desempeño.

No se trata solo de abstenerse de incurrir en ilícitos penales y de no violar las prohibiciones expresas del Código de Procedimiento Civil, 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 [27].

La Ley prohibe al funcionario conocer de asuntos en los cuales tenga interés como parte o apoderado un amigo íntimo o un enemigo. Queda el amplio campo de la amistad común, de las antipatías, de las simpatías. Tener en cuenta estos sentimientos para desviar la solución que se adoptaría con un examen rigurosamente imparcial, sin incurrir en error inexcusable, dentro del ancho margen de discrecionalidad que le corresponde al juzgador, no es delito ni falta sancionable disciplinariamente, ni siquiera demostrable, pero es grave violación de la ética profesional.

Dejarse agasajar y obsequiar frecuentemente por litigantes o abogados, sin que por ello se incurra en prevaricato ni en parcialidad en los juicios en que tienen intereses, tampoco alcanza a la categoría de falta sancionable, pero es grave atentado a la ética del juez; por lo menos se le dan esperanzas equívocas—fundadas o no—y se permite que la contraparte dude de su honestidad.

Claro está, no se exige que el funcionario deba alejarse de toda compañía de abogados y partes, pero ha de tener sumo cuidado en no pasar la línea que en cada caso su prudente juicio le señale y debe tener un criterio amplio para declararse impedido en los asuntos que interesen a sus amigos y enemigos.

Todo acto que afecte la dignidad del juez, puntal de su misión, es contrario a la ética.

---

[27] *Ob. cit.*, t. II, p. 64.

CAPITULO XVII

SUJETOS DE LA RELACION JURIDICO - PROCESAL

II. LAS PARTES

165. Generalidades previas

Como se ha visto, en el proceso civil y en fuerza del predominio creado por el principio dispositivo, no podría haber proceso sin petición de parte interesada, lo cual significa que toda persona que se halle en conflicto relacionado con sus propios intereses o derechos deberá acudir a un funcionario competente para obtener la resolución de él; y esta intervención del funcionario público se hace también necesaria en tratándose de una simple declaración o *acertamiento* sobre determinados derechos o con miras de obtener que se surtan los efectos jurídicos de ciertos actos, no obstante la ausencia de litigio (cfr. núms. 26 y 61).

Cuando estudiamos la relación jurídico-procesal, vimos que son sujetos de ella las personas que concurren al juicio como demandantes o demandadas, entre las cuales ha surgido el conflicto, o aquellas que estén simplemente interesadas en el proceso, si no hay litigio, lo mismo que los terceros intervinientes, y el juez que debe conocer de él (cfr. núms. 70-71).

Por otra parte, es preciso recordar que no se debe confundir la noción de proceso y la de litigio (conflictos de intereses o simplemente de voluntades entre dos o más personas), porque muy frecuentemente existe aquel sin este, como sucede en muchos juicios voluntarios y en los contenciosos cuando el demandado acepta las pretensiones del actor (cfr. núm. 33).

También sabemos quiénes son los sujetos de la acción (cfr. núm. 86), y por ello debemos cuidarnos de confundirlos con los sujetos del proceso o de la relación procesal que surge como consecuencia de aquella. De ahí que mientras son sujetos de la acción, propiamente, solo el actor y el juez, esto es, quien pide el proceso y quien atiende la petición, en cambio son sujetos del proceso, además de estos, la parte contra quien se piden las declaraciones o se tiene la pretensión, y también las otras personas que posteriormente pueden concurrir a esa relación procesal, como en ese capítulo estudiaremos. Si no es aceptable confundir la acción con el proceso, tampoco lo es identificar los sujetos de aquella y los de este, aun cuando dos de ellos sean los mismos. De igual manera se distinguen los sujetos del derecho de contradicción (demandado y juez) y los sujetos del proceso (cfr. núm. 102).

Hemos estudiado el principal de estos sujetos en la relación procesal, o sea el juez. Ahora nos corresponde determinar lo que se entiende por partes en el proceso.

166. El concepto de parte en la doctrina

Veamos qué se entiende en la doctrina moderna por parte en sentido procesal. Chiovenda nos ofrece esta definición: «Es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la Ley, y aquel frente al cual esta es demandada» [1]. El ilustre profesor liga la noción procesal de parte a la demandada, separándola de la titularidad del derecho material controvertido o cuya declaración se solicita, y dándole un carácter formal.

Goldschmidt es de igual opinión, pues dice: «No es preciso que las partes sean necesariamente los sujetos del Derecho o de la obligación controvertidos (es decir, de la *res in iudicium deducta*). El concepto de parte es, por consiguiente, de carácter formal» [2].

Redenti dice en el mismo sentido: «La idea genérica de *parte* deriva de lo que la palabra misma sugiere en las expresiones de uso corriente: «tener parte, tomar parte, participar» (en un acontecimiento o en una relación cualquiera, como en una comedia o en un drama). Esta misma idea-imagen de «tener parte», es la que se convierte, de objetiva en subjetiva, en «ser parte», sujeto, personaje, *dramatis persona*». Y luego afirma: «Evidentemente, se refiere al litigio, a la contienda (de donde, en el uso vulgar, alguna otra derivación del término, como la de «tomar partido», y el juez ni contiende ni toma partido». Y agrega: «Una cosa es tener legalmente posición de parte *en una relación de derecho sustancial* (derecho subjetivo primario), otra cosa es tener esa posición en una acción, y otra aun tenerla en una relación procesal (proceso)». Y advierte que son «relaciones distintas, diferentes e inconfundibles» [3].

Rosenberg adopta una definición similar, pues dice: «Partes en el proceso civil son aquellas personas que solicitan y contra las que se solicita, en nombre propio, la tutela estatal, en particular la sentencia y la ejecución forzosa. Este concepto del derecho procesal alemán (único decisivo) es independiente de la estructura del derecho material y de la posición jurídica extraprocesal de los interesados. Porque no se es parte en el proceso civil como titular de la relación jurídica controvertida, sino actor es quien *afirma* el derecho (material), y demandado, aquel contra quien se lo hace valer. Para la posición de parte procesal no tiene importancia si el actor es el poseedor del derecho y si el demandado es el verdadero obligado o afectado» [4].

El profesor argentino Eduardo B. Carlos se pronuncia en favor de la definición de Chiovenda, y observa que «el término *parte* presupone un *todo* que está integrado, pues, etimológicamente, parte significa cada una de las porciones en que se divide el todo»; es decir, el proceso. Por lo cual la idea «en principio, excluye la de tercero, es decir, aquellos extraños a la relación jurídico-procesal» [5].

Couture participa de estas mismas ideas, pues dice: «El concepto de

---

[1] Ob. cit., t. II, p. 6.
[2] *Derecho procesal civil*, t. I, p. 211.
[3] Ob. cit., t. I, p. 149-50.
[4] Ob. cit., t. I, p. 211.
[5] *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, 1959, p. 161.

parte es inequívoco en el derecho procesal y denota a aquel que pretende algo en el juicio, a aquel de quien, o contra quien, se pretende algo. Partes son, respectivamente, el actor y el demandado»[6].

GUASP afirma que el concepto «es estrictamente procesal», por lo cual las partes son «como elementos parciales—partes—de un todo». Y dice: «Fuera del proceso podrá haber contraposiciones de sujetos, como las partes de un contrato, pero estas situaciones no guardan o no tiene por qué guardar identidad con las partes procesales. Por ello, para el proceso no hay partes materiales y formales, sino la condición de ser o no parte procesal». Y luego agrega: «El nombre de *litigante* equivale al de parte por la equiparación que con frecuencia establece el derecho positivo entre el litigio y el proceso»[7].

Como se ve, todos estos 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. Y así la parte en las relaciones extraprocesales nada tiene que ver con el sentido y alcance del término en derecho procesal, y cuando se trata de relaciones procesales se refiere a quienes intervienen en él, sin que importe la situación en que se encuentren, no solo respecto del derecho material discutido o por satisfacerse, sino 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 en el litigio que sobre ella exista, o puede no serlo en aquel quien lo sea en esta.

CARNELUTTI no es muy claro. En el *sistema* dice que son partes en sentido material o sustancial los *sujetos del litigio* y en sentido formal los *sujetos del proceso*[8]. Y más adelante, al explicar lo que debe entenderse por parte en sentido formal, dice: «Se ha ido delineando la noción de sujeto de la acción, junto a la de sujeto de *litigio*. Son dos nociones, más que diversas, inversas; sujeto del litigio es aquel *respecto del cual se hace* el proceso y que, por lo tanto, sufre sus consecuencias; sujeto de la acción es quien *lo hace* o, por lo menos, quien *concurre a hacerlo* y, de ese modo, a determinar aquellos efectos. El contraste se perfila claramente entre una función *activa* y una *pasiva*». Y agrega luego: «Normalmente, el sujeto del litigio y el sujeto de la acción coinciden, ya que están constituidos por el mismo o por los mismos hombres. Pero puede también existir divergencia entre ellos, no ya en cuanto haya un sujeto del litigio que no sea sujeto de la acción, sino en cuanto un sujeto de la acción puede no ser sujeto del litigio, cual sucede, desde luego, con el interventor adhesivo y con el ministerio público interviniente». Y luego advierte que la palabra *parte* se utiliza, ante todo, para indicar el sujeto del litigio, pero que es justo llamar así también al sujeto de la acción, «porque la acción al igual que el litigio requiere una pareja de sujetos, de la que cada uno es una parte». Concluye explicando la diferencia entre parte en sentido material y en sentido formal, así: «*a*) En la contraposición entre sujeto del *litigio* y sujeto de la *acción*, parte en sentido *material* sirve para indicar el primero, y parte en sentido *formal*, el segundo. Por ello, el interventor adhesivo es parte solo en sentido formal. *b*) A su vez en la antítesis entre el titular del interés y el titular de la voluntad, al primero le corresponde el nombre de parte en sentido material y al segundo en sentido formal»[9].

---

[6] *Estudios*, t. III, p. 425.
[7] Ob. cit., p. 183-84.
[8] *Sistema*, t. II, núm. 120.
[9] *Sistema*, t. II, núm. 147.

Debemos entender por *titular* del *interés* en la doctrina del maestro, el sujeto de la relación jurídico-material, y por *titular de la voluntad*, quien formula la demanda, poniendo en movimiento la jurisdicción del Estado.

Dos observaciones debemos hacer a lo expuesto por CARNELUTTI. En primer lugar, al hablar de una pareja de sujetos de la acción, refiriéndose al demandante y al demandado, da a entender que aquella se dirige contra o a este, lo cual no es cierto, como lo explicamos ampliamente al estudiar su noción (cfr. núm. 86); y en segundo lugar, no debe hablarse de *sujeto de la acción* para identificar la parte en sentido formal, porque sus sujetos son el actor y el juez, sino que debe hablarse de sujetos del *proceso*, que son el juez, el demandante, el demandado y los terceros que luego intervengan para contraponerlos a los sujetos del litigio, como partes en sentido material. En verdad, CARNELUTTI contradice la lógica de su sistema, pues enseña que no son sujetos de la acción sino el juez y el actor (cfr. núm. 81). Solo puede hablarse así en relación con la *pretensión*, o la demanda, porque estas se ejercitan frente al demandado, en los procesos contenciosos.

Posteriormente en sus *Instituciones* [10] trata CARNELUTTI brevemente esa materia, y dice: «*Parte en sentido procesal.* Las partes son los sujetos de la litis o del negocio. Como tales, las partes están sujetas al *proceso*, no son sujetos del *proceso*, en el sentido de que sufren sus efectos, pero no le prestan su obra (actividad). Esta es la noción *pasiva* de las partes». Y agrega: «Así, la parte *sujeto* de la litis, o del negocio, pasa a ser *sujeto del proceso*, en el sentido de que es una de las personas que *hacen el proceso*, y junto a la noción pasiva se perfila la noción *activa de ella*. La palabra «parte» tiene, por tanto, un doble significado; para evitar confusión, al sujeto de la litis se le denomina parte en sentido material; y al sujeto del proceso se le llama parte en *sentido procesal*». Antes en el número 6, al hablar de los sujetos de la litis, afirma: «Una litis puesto que es un conflicto intersubjetivo de intereses, tiene necesariamente dos sujetos. Cada uno de ellos toma el nombre de *parte*; con lo cual se indica más bien su *posición* que su individualidad, esto es, que es uno de los sujetos del conflicto y, por tanto, forma parte de él». Y agrega: «Para denotar a los sujetos de la litis no se dice solamente partes, sino partes en *sentido material*» [11]

Resulta entonces de esta última exposición de sus ideas, que para CARNELUTTI las partes en sentido material o sujetos del litigio (conflicto de intereses previo al juicio), se convierten en partes en sentido formal o procesal (personas que hacen el proceso), pasando de un concepto pasivo a uno activo. Pero equivale a exigir que la parte procesal sea siempre sujeto del litigio, lo que no sucede en los casos en que se actúe sin interés para obrar o sin legitimación en la causa (cfr. caps. XIII y XIV). Contradice una vez más su concepto de *acción* tan brillantemente expuesto, conforme al cual es posible el ejercicio de la acción por quien carezca de legitimación en la causa, por no ser sujeto del litigio precisamente (por ejemplo, el socio que demanda para sí, cuando ha debido hacerlo el representante de la sociedad y para esta; el heredero que pide para sí cuando el litigio era con la herencia; el tercero que pide se declare a otro hijo natural de un presunto padre vivo o muerto). La sentencia será inhibitoria, y no podrá haber pronunciamiento de fondo; pero

[10] T. I, núm. 101, p. 11, 5.ª ed.
[11] *Instituciones*, t. I, p. 29.

el proceso se adelanta y el demandante es parte de él. Lo mismo puede decirse respecto del demandado a quien se cita en la demanda sin tener legitimación para contradecirla.

REDENTI lo dice muy bien con estas palabras: «Como quiera que sea, puede siempre ocurrir, materialmente o de hecho, que un proceso venga a instruirse por error o equivocación, por aberración *(perperam)* entre sujetos entre los que no hay ninguna relación sustancial o ninguna acción que hacerle valer.

Y entonces habrá quien tenga posición de parte en un proceso-relación procesal, pero no en un derecho ni en una acción de que se discuta en aquel proceso» [12]. Le observamos a este autor el uso indebido del término *acción* en ambos párrafos, pues lo que se hace valer en el proceso y lo que se discute en él es la *pretensión*, ya que la acción va dirigida al juez para que produzca el proceso. El mismo error se ve en los párrafos siguientes, cuando habla de que pueden resultar inexistentes el derecho o la *acción*, puesto que esta jamás puede resultar inexistente, ya que sin ella no puede iniciarse el proceso. Diferente es el caso en que resulte fallida cuando no se consiga una sentencia de fondo. Luego repite muy acertadamente: «Parte en sentido procesal viene a ser *eo ipso* cualquiera *que promueva* (o en cuyo nombre se promueva, por un representante calificado) un proceso civil en las formas de Ley, con razón o sin ella, o hasta por capricho, o por equivocación, no importa». Y agrega que también vienen a ser partes quienes intervienen voluntariamente o constreñidos o provocados por hecho de otro. Pero nos parece que no se requiere ser *representante calificado*, para que el representado sea parte; esa es condición para la validez de la actuación, lo que es distinto, pero de todas maneras es parte mientras no se anule el proceso.

Finalmente examinaremos el concepto que UGO ROCCO nos ofrece en su última obra [13].

Opina el eminente profesor napolitano que, así como no es cierta la doctrina que vincula el concepto de parte al derecho sustancial mismo, tampoco es exacta la que le da un sentido netamente procesal, en relación con la acción y el proceso que se han venido a ejercitar y constituir; porque «en muchísimos casos puede ostentarse la calidad de parte en un juicio sin haber estado presente o sin haber participado en él», ya la Ley le otorga legitimación a otra persona para obrar o contradecir vinculando a la sentencia a quien está ausente del juicio, y existen «casos en que se presentan sujetos que piden la actuación de la Ley en nombre propio pero no en interés propio», como ocurre en Italia cuando el marido ejercita la acción dotal, en interés de la mujer.

Reconoce ROCCO que los sujetos de la relación jurídico-procesal se determinan «a voluntad del sujeto que se constituye actor en el juicio», por cuanto cualquiera puede pedir la actividad jurisdiccional, mediante una demanda, con respecto a una determinada relación jurídica, y dice: «La demanda judicial u otro acto del mismo género es, por tanto, la que determina los sujetos activos de la relación jurídica obligatoria (relación de acción y relación de contradicción en juicio)». En esto se identifica con la doctrina anterior.

---

[12] Ob. cit., t. I, p. 151.
[13] *Trattato*, t. II, p. 100 y ss.

No obstante, agrega:

«Pero dado este concepto general y genérico del derecho de acción, *no podrá dejarse* completamente a la libre voluntad de los ciudadanos entablar la demanda judicial, esto es, iniciar indiscriminadamente acciones sin motivos justificados. De aquí la necesidad de recurrir a otros criterios fijos y constantes, que sirvan de base para determinar los sujetos titulares del Derecho de obrar y contradecir. Tales criterios, como hemos visto, los dan las normas sobre legitimación para obrar, que establecen, según criterios generales y abstractos, quien puede asumir la figura de actor en juicio, al entablar la demanda judicial, o sea a qué sujetos les es jurídicamente lícito pretender la presentación de la actividad jurisdicional, y quien puede asumir la figura de demandado, es decir, frente a qué sujeto es posible pedir la prestación de la actividad jurisdiccional.

»Veamos ahora cuáles son los criterios que sirven de base normalmente para determinar la posición de actor y de demandado en juicio.

»El criterio normal, como lo hemos visto, para la determinación de estos sujetos y, por consiguiente, de las partes en juicio, lo da el concepto de la titularidad activa y pasiva de una relación jurídico-sustancial.

»Podrá asumir la calidad de actor en juicio aquel que afirma ser titular de una relación jurídica, y asumir la figura de demandado en juicio aquella persona contra la cual se afirma la titularidad de una relación jurídica (sujetos de la obligación jurídica de derecho sustancial).

»Sentadas estas premisas, fácil será llegar a un concepto exacto de partes en el juicio.

»Nosotros estimamos, en efecto, que el concepto de parte se halla conexo y compenetrado con el concepto de sujeto legitimado para obrar, activa y pasivamente, dado que solo tales sujetos pueden llegar a la calidad de partes.

»Tan solo, ciertamente, quien está legitimado para obrar o contradecir puede, en el momento mismo en que se instaure el juicio con la constitución de la relación jurídico-procesal, asumir la calidad de parte, sea de actor o de demandado en juicio.

»De tal concepto se desprende que se puede llamar parte en juicio a aquel que siendo, o simplemente afirmándose, titular activo o pasivo de una relación jurídico-sustancial, pide en su propio nombre la realización de tal relación jurídica de parte de los órganos jurisdiccionales.

»Naturalmente, como la titularidad de la relación jurídica no coincide con la autorización o legitimación para obrar, por cuanto hay sujetos legitimados para obrar que no son los sujetos de la relación jurídico-sustancial, podrá acontecer que las partes del juicio también puedan ser sujetos no titulares de la relación jurídico-sustancial.

»Así es que, en un concepto general de parte, deberemos hacer entrar también esta hipótesis y, por tanto, se podrá decir que parte en el juicio son aquellos sujetos que siendo o afirmando ser titulares de una relación jurídica, activos o pasivos, piden en nombre propio la realización de tal relación por parte de los órganos jurisdiccionales, o bien que, estando legitimados por las normas procesales para obrar, piden la realización, de parte de los órganos jurisdiccionales, de una relación jurídica de que no son titulares, siéndolo una tercera persona que podrá o deberá, según las disposiciones de la Ley, estar presente en el juicio y sufrir los efectos jurídicos derivados de la providencia jurisdiccional.

»*En consecuencia, parte es aquel que estando legitimado para obrar o con-*

tradecir, gestiona en nombre propio la realización de una relación jurídica de la que afirma ser titular, o bien de una relación jurídica de la que afirma ser titular otro sujeto, que puede comparecer o no comparecer en juicio» [14].

Debemos hacerle a la teoría de Rocco la misma crítica que él le formula a la anterior: es parcialmente cierta. La conexión que reclama entre el concepto de parte y el de legitimación en la causa—activa o pasiva—, es evidente, pero no para determinar quiénes son las partes en el juicio, sino quiénes lo *son legítimamente*. Cuando falte esa legitimación se habrá concurrido al proceso sin tener derecho a obtener una sentencia de fondo sobre la relación jurídico-sustancial materia de las pretensiones formuladas en la demanda, pero de todas maneras se habrá tramitado el juicio y se habrá tenido en él la situación de parte; inclusive si termina por excepciones previas o dilatorias de nuestro Código, cuando se permita proponer como tal la falta de legitimación en la causa y de interés para obrar. Es decir, se trata de una *cualidad* de las partes, que puede existir o no y que influirá en el contenido y la suerte de la sentencia e inclusive en el desarrollo del juicio, si se permite alegar su falla como excepción previa o dilatoria en el inadecuado lenguaje de los códigos colombiano y español; pero de una condición para ser parte, pues, si lo fuera, lo sería también de la acción, y el mismo Rocco nos enseña que no es así (cfr. números 85 y 133. Como no puede existir proceso sin partes ni acción, no lo habría cuando faltara la *legitimatio ad causam*, lo que es notoriamente inexacto (cfr. núm. 134).

Acontece en el proceso que puede haber partes con o sin legitimación en la causa e interés para obrar, ello porque estas son cualidades que miran a la relación sustancial e influyen en la suerte de las pretensiones y en el contenido de la sentencia (cfr. núms. 119 y 134). Para ser parte solo basta demandar, inclusive temeraria y absurdamente, como observa REDENTI, o aparecer demandado.

Desde luego, toda persona que goce de interés para obrar y de legitimación en la causa, respecto a una determinada relación jurídico-sustancial, puede ser parte en el proceso, y, además, lo será legítimamente, con derecho a que le sea resuelta en el fondo su pretensión o excepción (aun cuando en realidad el demandante no sea el titular del derecho o relación jurídico-material pretendidos y no existan los hechos que configuren las excepciones propuestas por el demandado, pues tanto a aquel como a este les basta afirmarlos, en cuyo caso la sentencia será de fondo, pero desfavorable a sus pretensiones o excepciones, respectivamente). Por regla general, para ser parte le bastará al demandante *afirmar o pretender esa legitimación y ese interés para obrar, y al demandado, aparecer citado en la demanda, aun cuando ambos no gocen en verdad de esas cualidades*. Solo para los terceros—personas distintas del demandante y el demandado—será necesario tener y probar efectivamente la legitimación en la causa y el interés para obrar, a fin de ser admitidos en el juicio como partes intervinientes principales o accesorias. En algunos juicios especiales, cuando la admisión de la demanda conlleva el pronunciamiento favorable sobre las pretensiones aducidas en ella (como en el ejecutivo), debe examinarse previamente si existen esas dos cualidades en el demandante y en el demandado; pero aun en este caso no se trata de que no puedan ser partes, procesalmente hablando, sino de que no obstante serlo, porque tienen la con-

[14] Ob. cit., t. II, p. 106.

dición de demandante y demandado, la pretensión de aquel resulta rechazada de plano, por lo cual podrá interponer los recursos de reposición y apelación subsidiaria contra esa providencia; pero este último recurso requiere para su otorgamiento la previa notificación del demandado, y, por tanto, existirá el proceso, sea que el superior confirme o revoque lo dispuesto por el *a quo*. No todo proceso termina con sentencia. Lo mismo sucede si el juez admite la demanda y el demandado obtiene la reposición del auto, o si prospera una excepción previa o dilatoria de los Códigos colombiano y español, que haga imposible la continuación del juicio (cfr. núm. 244). Si se sostiene que en estos ejemplos el demandante no es parte mientras la demanda no sea admitida, se tendría una excepción a la regla general enunciada.

Es posible que una persona tenga la calidad de parte en un juicio sin estar presente en él, cuando la actividad procesal de otro la vincule al proceso, como ocurre en la sustitución procesal (cfr. núm. 135), pues quien obra lo hace a *nombre propio*, a pesar de versar el litigio sobre una relación sustancial del sustituido. También es posible ser parte sin actuar personalmente en el juicio, cuando otro lo hace en representación y a nombre del representado. La razón está en que la Ley permite que otro actúe procesalmente *en lugar* del sustituido o *a nombre* del representado, con interés propio en el primer caso y sin este interés en el segundo. El concepto de parte no se refiere a la identidad física de quienes intervienen, sino a la *situación jurídica* de las personas vinculadas a él, las cuales resultan obligadas por la sentencia y la actuación general del proceso. Pero siempre será *en el proceso* en donde se encuentra la condición de parte, sin que la calidad de legitimado para actuar se requiera en el sustituido, en el sustituto o en el representado, para tenerla, puesto que ella solo se exige para la sentencia de fondo y para el éxito de las pretensiones. Cuando el actor obra como sustituto procesal, no es en el auto admisorio de la demanda donde se examina su derecho para asumir esa condición, ni el interés del sustituido en el litigio que se plantea, pues es en la sentencia en donde surge la oportunidad de resolver sobre ambas legitimaciones, a no ser que la Ley permita alegar su falta como excepción previa (cfr. núm. 134, V).

Asimismo, es cierto que 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 Ministerio público interviene en las acciones de filiación natural, por ser el presunto hijo un impúber sin representante legal. En estos casos la actuación de la voluntad de la Ley se pide en nombre propio, aun cuando se obra en interés de otro exclusivamente (esposa o impúber), mientras que en la sustitución se actúa en nombre propio y también en interés personal, al mismo tiempo que en interés del sustituido. Pero también en estos casos será en el proceso en donde se encuentra la calidad de parte del actor. La Ley no exige que se obre en interés propio para ser parte en un proceso, sino en *nombre propio*.

Generalmente, coinciden ambas situaciones, pero no es indispensable que así suceda. En la sentencia se apreciará si efectivamente la parte está autorizada para obrar sin interés personal. Solo la representación, cuando se obra en nombre de otro, debe aparecer demostrada para admitir la demanda y adelantar el proceso (cfr. 224).

Estas dos observaciones de Rocco no afectan para nada la doctrina sobre el concepto procesal de parte enunciada por CHIOVENDA, sostenida por los demás autores citados y aceptada por nosotros como la única correcta.

167. Nuestro concepto

Creemos, con Chiovenda, que es parte quien demanda en nombre propio o en cuyo nombre se demanda, sea en interés personal o de otro, la sentencia o mandamiento ejecutivo, mediante el proceso, y quien interviene luego de modo permanente y no transitorio o incidental.

Este concepto es preciso buscarlo dentro del proceso y para efectos procesales, incluyendo en estos el de la obligatoriedad de las decisiones, y especialmente el de la cosa juzgada. Conociendo quiénes son partes, se sabrá quiénes son terceros en el juicio. En segundo lugar, el concepto de parte no mira a la identidad física de las personas que concurren a un juicio, sino a su situación jurídica en 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.

Luego no todo el que presenta la demanda ni todo el que aparece en ella es parte del juicio. Depende de la condición en que esa concurrencia activa o pasiva se realice. Puede ser parte en el proceso quien no concurre materialmente si otro lo hace por él o ha sido citado legalmente, y lo será también quien resulte obligado por las actuaciones de una de las partes de quien es cesionario o causahabiente (cfr. núm. 262).

Como se deduce de las enseñanzas de Chiovenda, la idea de parte la da, por tanto, la demanda misma; pero solo inicialmente, ya que con posterioridad pueden concurrir terceros, los que vendrían a recibir, para los efectos del proceso, la calidad de partes.

Cuando se dice que la idea de parte ha de ser buscada en el proceso, se está adelantando la conclusión de que no se debe confundir las partes del proceso con las partes del litigio. Teóricamente, cuando un proceso surge como consecuencia de un litigio, las partes de aquel lo son de este; pero en la práctica ocurre a menudo lo contrario. Puede haber sujetos de una relación jurídica litigiosa que no están en el pleito (condueños, codeudores, etc.) y puede promoverse un pleito relativo a una relación sustancial, por una persona o frente a una persona, que no es el sujeto de ella y que carece de interés en el litigio, porque para ejercitar la acción basta la pretensión de tener el derecho o ese interés en el litigio, aun cuando se carezca de ellos, e igualmente para contradecir el derecho del actor basta la oposición a su pretensión, que también puede ser infundada, o simplemente figurar como demandado en la demanda. Esas circunstancias pueden conducir a una sentencia inhibitoria por falta de interés para obrar o de legitimación en la causa, como vimos anteriormente; pero ello significará que en el proceso siempre existen como partes. También puede ocurrir que se pida la declaración de un derecho por un tercero que tiene, no obstante, legitimación para ello, o frente a un tercero, como en las cuestiones entre los acreedores concurrentes a una ejecución, concurso o quiebra, y en general en los casos de sustitución procesal. En este caso el peticionario no es parte en la relación sustancial, pero sí en el proceso sobre [illegible] (cfr. núm. 135).

Tampoco son necesariamente partes en el proceso quienes tengan interés en él, porque bien puede suceder que personas interesadas en la relación jurí-

dica debatida, no concurran al proceso. Ni puede decirse que son partes opositoras quienes tengan en la relación jurídica intereses opuestos, porque en muchos procesos contenciosos existe inclusive un interés común, como en algunos de deslinde y división de los bienes comunes o de nulidad del matrimonio o divorcio, si ambos desean la declaración (cfr. núms. 32-33). De ahí que CHIOVENDA llame a la parte pasiva «aquel *frente* al cual» se demanda la actuación de la Ley, o sea la sentencia, y no *contra* la cual se demanda. Esto en los juicios contenciosos. En los voluntarios, es parte toda persona que pide se haga una declaración de derecho o que interviene posteriormente con interés legítimo.

En cuanto a la naturaleza del interés pretendido o defendido, para ser parte actora o demandada, debemos recordar lo que vimos respecto del interés como fundamento del derecho de acción [cfr. núm. 86, letra g)]. Para ser parte con legitimación en la causa, no es necesario ser titular de un derecho material, ni sujeto de una obligación material, sino respecto del demandante, *pretender ser el titular del interés en litigio,* que puede o no estar conforme con un derecho, lo cual en el proceso se decidirá; *cuando no existe litigio,* pero se trata de juicio contencioso (como en el deslinde o división de comunidades o divorcio si obran de acuerdo las partes), *basta pretender ser titular del interés,* sin que importe la condición de demandante o de demandado; y cuando no existe demandado, por ser juicio voluntario, ese interés consiste en la *necesidad de la decisión judicial,* para cualquier efecto jurídico. Si no es en realidad el titular de ese interés, carecerá de legitimación en la causa, pero por eso no dejará de ser parte en el juicio.

Respecto del demandado, es interés suficiente para ser parte, el solo hecho de designársele como sujeto pasivo de la demanda. Puede suceder, sin embargo, que ese demandado acepte la pretensión del actor y no se oponga en forma alguna a la demanda, o que nada tenga que ver con las pretensiones del demandante y carezca de interés para obrar y de legitimación en la causa [cfr. núms. 119 y 134, P) y Q)].

De manera que la parte procesal puede no ser parte del litigio, como en el caso del socio que demanda personalmente cuando ha debido hacerlo el gerente a nombre de la sociedad con quien existe el litigio.

Cada parte puede estar formada por una persona o por un grupo de personas que sostengan en el juicio unas mismas pretensiones.

168. 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 parte en sentido material, los sujetos del litigio o de la relación jurídico-sustancial sobre que versa, y por partes en sentido formal, los sujetos del proceso.

Los sujetos del litigio son, necesariamente, dos, puesto que no se concibe un litigio sin un conflicto de intereses o de voluntades entre dos personas. En cambio, como sabemos, puede presentarse un proceso contencioso sin que exista litigio y, por tanto, sin la presencia de dos partes opuestas, y si es voluntario puede existir una sola parte interesada. Estas cuestiones las olvida CARNELUTTI cuando dice que la acción «requiere una pareja de sujetos, de la

que cada uno es una parte» [15], y también CALAMANDREI cuando afirma que la acción se presenta, en todo caso, como la petición que una persona hace al órgano judicial de una providencia destinada a obrar en la esfera jurídica de otra persona, sobre la cual deberá obrar la sujeción impuesta por el Estado [16]. Ambos conceptos se limitan a la acción contenciosa (cfr. núms. 18, E), y 33), y debe observárseles que el demandado no es sujeto de la acción, sino de la relación jurídico-procesal (cfr. núms. 70-72).

Como vimos, CARNELUTTI contradice la lógica de su sistema al referirse a «una pareja de sujetos» de la acción, ya que enseña que no son sujetos de la acción, sino el juez y el actor. Debería hablar de sujetos del proceso o de la pretensión (activo y pasivo). Cuando concibe siempre la presencia de las dos partes en el proceso, piensa CARNELUTTI, de acuerdo con su noción básica de la composición del litigio, como objeto del proceso, que varias veces hemos criticado (cfr. núms. 56 y 82).

A su vez, el concepto de CALAMANDREI opera únicamente para el proceso contencioso, en el cual sí existe la pareja de sujetos de que nos habla CARNELUTTI.

No solo ocurre que un sujeto del litigio se abstenga de concurrir al proceso, sino también que el sujeto de la acción o actor, a pesar de estar legitimado para obrar, no sea sujeto del litigio, como cuando el Ministerio público demanda en ejercicio de sus funciones de defensor de incapaces y en el caso de la sustitución procesal. Y se puede actuar válidamente en el juicio sin ser sujeto del litigio, como sucede en la intervención del coadyuvante (cfr. número 196).

Quienes no hacen distinción entre acción y derecho sustancial, tampoco lo hacen tratándose de partes del proceso y del litigio, ni entre aquellas y los sujetos del derecho material y de la obligación correlativa, que vienen a ser el demandante y el demandado. Según se ha dicho antes, puede ejercitarse la acción válidamente, sin que se tenga el derecho pretendido, y generalmente puede demandarse a quien no tiene la obligación que se le imputa (cfr. números 86 y 102). También puede suceder que el derecho sustancial o la relación material exista, con sus consecuentes obligaciones, sin que por ello quienes concurren como demandantes sean los sujetos activos de esa relación o lo sean pasivamente los que figuran como demandados, por resultar ambos o uno de ellos sin interés en el litigio planeado o sin legitimación en la causa. En tales situaciones el proceso tiene sus partes, no obstante que los sujetos de la relación jurídico-sustancial sean personas distintas y ausentes del juicio. No podrá entonces dictarse sentencia de fondo, pero, en cambio, el proceso sí ha nacido y se ha desarrollado entre quienes concurrieron como partes demandante y demandada. Pero en el proceso no existen partes en sentido material. O existe parte formal o no existe parte; se actúa o no en él.

169. DISTINTA POSICIÓN DEL JUEZ Y LAS PARTES EN EL PROCESO

En el número 56 dijimos, citando a KISCH, que para comprender debidamente el mecanismo del proceso, es necesario considerar los motivos jurídicos motores de los actos procesales, que son unos mismos para cada una de

[15] *Sistema*, t. II, núm. 147.
[16] CALAMANDREI: *Instituciones*, p. 169.

las clases de sujetos del proceso (juez y partes), pero distintos respecto de la otra. Las partes obran impulsadas por su propio interés, al paso que el juez representa únicamente el interés del Estado en la realización normal de la justicia o en la tutela de los derechos. Vimos que mientras el fin perseguido por el particular es la obtención de su interés o pretensión, el fin del proceso es la aplicación justa de la Ley y, si existe litigio, la justa composición de este.

La influencia de cada una de estas dos clases de sujetos de la relación procesal, en la marcha del juicio, varía según la mayor o mejor preponderancia que en la respectiva legislación tengan el principio dispositivo o el inquisitivo, cuyo análisis se hizo en el número 19. De este modo, en los procedimientos civiles que, como el nuestro, son preferentemente dispositivos, el impulso del juicio y su resultado (eficacia o desestimación de la demanda) depende principalmente de la actividad de las partes, ya que a estas les corresponde iniciarlo con la demanda, determinar su objeto, proponer las peticiones y excepciones, plantear el debate mediante los hechos que sirvan de fundamento a aquellas y a estas, conducir las pruebas, producir la intervención del superior, y ocasionar la procedencia de muchos actos del juez.

Esa diferente situación de las partes y del juez se deriva de la condición imparcial de este, que hemos considerado como un principio fundamental del derecho procesal (cfr. núms. 18, C), y 150), y de la situación parcial de aquellas. Pero, como observa CARNELUTTI, existe una clase especialísima de parte, que al mismo tiempo que figura como tal, obra en defensa del derecho y de la justicia, que se le puede calificar como «parte imparcial»; esta parte es el Ministerio público, incluyendo a los personeros municipales cuando obran en defensa de los incapaces.

170. DEMANDANTE Y DEMANDADO. ACTOR Y OPOSITOR

Cuando se trata de proceso voluntario, existe solo 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 como demandante y demandado.

Debe observarse que la expresión «reclamar la eficacia de un derecho» utilizada en el artículo 227 de nuestro C. J., es bastante apropiada, porque en ella caben no solo los litigantes o sujetos de litigio, sino también aquellos que para buscar un acertamiento de su derecho, sin que se encuentren en litigio, piden una decisión judicial. En cambio, cuando define al demandado, incurre el legislador en el frecuente error de confundir la pretensión con la acción. Esta se dirige al juez para que se inicie el proceso; aquella va enderezada contra el demandado, a fin de que soporte sus efectos. Puede decirse que la demanda se dirige contra el demandado, entendiéndose por tal las peticiones, es decir, la pretensión formulada en ella. Lo que pasa es que como la demanda constituye al mismo tiempo la forma o modo del ejercicio de la acción, es frecuente confundirlas; pero si bien es cierto que la acción se ejercita por medio de la demanda, es evidente también que en esta va incluida al mismo tiempo la pretensión. Esta distinción permite, casualmente, hablar de deman-

da en los juicios voluntarios, no obstante no existir demandado y no ir dirigida contra nadie la pretensión (cfr. núms. 32-33).

Cuando se ejercita una acción contenciosa, lo frecuente es que el sujeto de la acción o actor sea al mismo tiempo el sujeto activo del litigio que ocasiona el proceso; y que el sujeto pasivo de aquel sea el demandado. Pero puede ocurrir que el promotor del juicio no sea el titular de la pretensión, sino la persona que se ha negado a soportarla o admitirla (sujeto pasivo del litigio), ya que es posible demandar para que se declare que no se tiene una obligación (proceso de declaración negativa). Solo ocurre esto en el proceso de conocimiento, porque en el ejecutivo el actor debe ser necesariamente quien pretende la satisfacción de un derecho por el ejecutado.

En nuestro derecho, los términos demandante y actor no son siempre idénticos. Por *actor* se entiende quien promueve una instancia del proceso, y de consiguiente será el demandante, en la primera; pero como la segunda instancia se presenta mediante el recurso de apelación (salvo los casos de consulta oficiosa), en esta podrá ser actor el demandado cuando, por haberle sido favorable la sentencia del juez inferior, recurre ante el superior a fin de que se enmiende lo que él considera un error o una injusticia.

Igualmente, *opositor* es el que sostiene puntos de vista contrarios al actor, de manera que lo será el demandado en la primera instancia; pero si este se transforma en actor, por la apelación, en la segunda será entonces opositor el demandante.

Cuando tanto demandante como demandado apelan, conservan la primitiva calidad de actor y opositor, respectivamente. Y si la instancia se surte por consulta, se considera como actor la parte en cuyo favor se ha establecido.

171. La igualdad de las partes en el proceso. Principio de la contradicción o de la audiencia bilateral o de «auditur 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, y que este principio tiene estas dos consecuencias: en primer lugar, que dentro del proceso todas las partes deben gozar de iguales oportunidades para su defensa, lo que se funda en la máxima *auditur et altera pars* y es una aplicación del principio más general de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, base de la organización de todos los Estados modernos, y en segundo lugar, que no son aceptables los procedimientos privilegiados, en consideración a raza, fortuna, nacimiento o religión.

Carnelutti toca esta cuestión, enfocándola desde el punto de vista de lo que él llama, lo mismo que Calamandrei, «bilateralidad de la acción». Y dice: «La acción no corresponde a una parte, sino a cada una de las dos. Su bilateralidad es condición de su utilidad.» Y explica que como la parte obra en su propio interés, no es, de consiguiente, buena mediadora entre la verdad y el juez, y por ello debe oírse a su adversario, a fin de que del esfuerzo opuesto de ambos surja la luz de la certeza. Concluye: «Por ello, el contradictorio responde a uno de los principios fundamentales del proceso civil» [17].

---

[17] *Sistema*, t. II, núm. 148.

Tiene razón CARNELUTTI cuando considera que es fundamental la contradicción de la demanda por el demandado, y en esto se hallan de acuerdo todos los autores. Este principio de la contradicción, como dice PIERO CALAMANDREI [18], exige que la parte contra la cual deberá surtirse la sujeción de la sentencia sea admitida «a hacer valer ante el juez todas las razones de derecho y de hecho que puedan servir para demostrar la falta de fundamento de la demanda y para hacerla rechazar».

Pero ambos autores incurren en impropiedad de términos cuando hablan de bilateralidad de la acción, porque pecan contra el moderno concepto de la acción y especialmente contra la lógica del sistema de CARNELUTTI. Si la acción es el derecho a que se suceda el juicio y se pronuncie una sentencia, y no a una sentencia favorable, como de manera incontrovertible lo demuestra CARNELUTTI, junto con CHIOVENDA y con la mayor parte de los procesalistas modernos, es ilógico deducir la bilateralidad de la acción de la oposición de intereses que en el juicio contencioso se presenta y del derecho del demandado a contradecir la pretensión. El fin de la acción, que es el proceso, se surte con el ejercicio de ella por el actor; y por esto el demandado se limita a personarse en defensa de sus intereses para contradecir la pretensión del demandante, a no ser que formule, en reconvención, pretensiones autónomas, pues entonces obra como demandante.

Para ser lógico, CARNELUTTI ha debido hablar de *bilateralidad de la audiencia*, como lo hace KISCH [19], ya que se trata de darles al demandante y al demandado las mismas oportunidades para su defensa, o también hablar de igualdad de las partes, o simplemente de *principio de la contradicción*.

No es necesario que concurra personalmente el demandado, pues basta ofrecerle la oportunidad de defensa, lo que se cumple con la notificación de la demanda, o, si no es posible hacerlo, con la designación de un curador *ad litem* (o defensor) para que lleve su representación.

En el antiguo derecho germánico fue obligatoria la concurrencia del demandado al juicio, y por eso se le llevaba haciendo uso de la fuerza. El derecho moderno abolió la aplicación de este medio para la comparecencia en materias civiles.

Como explica muy bien PEDRO ARAGONESES [20], siguiendo a WERNER GOLDSCHMIDT, el principio *auditor et altera pars* es de la esencia de la imparcialidad del funcionario judicial, porque para que esta exista es indispensable enterarse de la controversia, lo que supone la audiencia de ambas partes. Y cita a WERNER GOLDSCHMIDT, quien afirma que el funcionario que no confiere audiencia a ambas partes por este solo hecho ya ha cometido una parcialidad, porque no ha investigado sino la mitad de lo que tenía que indagar.

172. DISTINTAS CLASES DE PARTES Y SU DETERMINACIÓN

Ya sabemos que son partes comunes en los juicios contenciosos el demandante y el demandado, y en los voluntarios, el primero. También se ha visto que en el curso del juicio pueden concurrir otras personas con el carácter de

[18] Ob. cit., p. 161.
[19] KISCH, ob. cit., p. 121.
[20] ARAGONESES: *Proceso y derecho procesal*. Ed. Aguilar, 1960, p. 91.

terceros intervinientes, ora para adherir a la situación procesal de una de las partes, o bien para sustentar una situación personal e independiente, y también que se presentan terceros a intervenir transitoriamente, como partes incidentales forzosa o voluntariamente. En el capítulo siguiente volveremos sobre este interesante tema.

En relación con el proceso, podemos, pues, hablar de *partes originales e intervinientes, activas y pasivas, principales y secundarias, permanentes y transitorias o incidentales, necesarias y voluntarias, forzadas u obligadas y espontáneas, simples y múltiples o plurales,* con *interés propio o sin él.*

En un terreno extraprocesal, vinculado al proceso, podemos distinguir también las partes como personas naturales o jurídicas, de derecho privado o de derecho público, capaces o incapaces, con personería jurídica o sin ella. Esta clasificación se relaciona con la capacidad para ser parte y para concurrir como parte en el proceso, lo mismo que con su representación en él (cfr. números 214-217).

Son *partes originales* el demandante y el demandado, o las varias personas que aparecen concurriendo o siendo citadas al juicio en esas calidades y que, por tanto, figurarán como partes desde su iniciación.

Partes intervinientes son aquellas que comparecen con posterioridad a la iniciación del proceso, sin haber sido citadas en la demanda o en el auto que la admite en calidad de demandante o demandados. Cuando se presenta demanda de reconvención y se incluye como demandado a alguien que no figura como demandante en el primer libelo, este demandado es también parte original. En cambio, si el demandado denuncia el pleito a quien le vendió el inmueble objeto del litigio, para que concurra a defenderlo, el denunciado es un interviniente, y lo mismo sucede cuando en el auto admisorio de la demanda se cita a los acreedores hipotecarios distintos del demandante, para que concurran al juicio de venta, o cuando esa citación se hace en el curso del juicio ejecutivo. Otros terceros concurren voluntariamente a defender derechos propios que puedan resultar afectados por la sentencia, sea en situación independiente frente al demandante y al demandado, o coadyuvante de los intereses de uno de estos. Hay, pues, *intervinientes forzosos u obligados y voluntarios, e intervinientes principales y accesorios o secundarios* (cfr. núms. 188-200).

COUTURE dice que en el proceso voluntario el solicitante «no es parte en sentido técnico, porque no es contraparte de nadie»[21]. No compartimos esta tesis, porque equivale a sostener que solo son procesos los contenciosos, cosa que nos parece inadmisible (cfr. núms. 32-33; 55 y 69).

Partes activas son aquellas que intervienen en el proceso ejercitando el derecho de acción y formulando pretensiones, como el demandante y el reconviniente; pero lo son también el demandado cuando propone excepciones y usa activamente de su derecho de contradicción, y los intervinientes que se opongan a las pretensiones del demandante y formulen excepciones.

Es costumbre decir que el demandado es la *parte pasiva* del proceso. Nosotros creemos que esto no es exacto; en realidad, parte pasiva sería la que se limitará a comparecer o a recibir la citación para que lo haga, sin tomar iniciativa alguna, como demandado o interviniente. Se dice que el demandado tiene interés en la causa, en cuanto debe sufrir los efectos de las pretensiones del actor; pero ello no significa que sea siempre una parte pasiva en el pro-

---

[21] *Fundamentos,* p. 48.

ceso. Asimismo, como el demandante es el sujeto activo del derecho de acción, el demandado lo es del derecho de contradicción, y únicamente en el sentido estricto que aquí se explica, puede calificársele como sujeto pasivo del proceso, en los casos indicados. En la defensa de sus intereses, el demandado debe adoptar una conducta activa, proponiendo y probando sus excepciones, interponiendo recursos, etc.

Partes principales son todas las que sostienen una posición personal o independiente en la litis, dentro del proceso, como los demandantes y demandados, el denunciado en el pleito, los acreedores citados para hacer valer sus respectivos créditos, el Ministerio público cuando la Ley exige su intervención en defensa de la sociedad o de incapaces, y los terceros intervinientes, forzados o voluntarios, cuando reclaman derechos materiales distintos de los pretendidos por el demandante y el demandado sobre los bienes materia del litigio, sean *ad excludendum* o litisconsortes.

Partes secundarias o accesorias son aquellas que intervienen sin pretensión propia distinta de la reclamada por una de las principales—demandante o demandado—, para coadyuvar la causa de cualquiera de estas, a la cual están ligadas jurídicamente; por esto se les llama también terceros adhesivos o partes por intervención adhesiva y, más teóricamente, coadyuvantes. Es decir, las primeras no actúan subordinadas a otra, al paso que las segundas sí (cfr. números 183, 191, 196).

Entendemos por *partes permanentes* aquellas que lo son todo el curso del proceso, como el demandante y el demandado, o a quien se denuncia el pleito o se le cita desde su comienzo o durante su vigencia, o interviene y queda vinculado a él su terminación, como los intervinientes accesorios o principales. Son partes *transitorias* o *incidentales*, las personas que intervienen para determinada actuación, con fines precisos y *legitimatio ad causam* limitada a ella [cfr. núm. 134, letras L) y S)]. Como para oponerse a un secuestro o pedir su levantamiento o la regulación de honorarios como perito o la rendición de cuentas como secuestre, etc. Estas personas carecen de legitimación en la causa, pero sí la tienen para el punto especial que les interesa, por lo cual están inhibidas para intervenir en cosa distinta de lo que no sea el trámite especial con ellas relacionado y para interponer recursos contra providencias distintas de aquellas en que se resuelve su situación.

Por *partes necesarias* entendemos las que deben aparecer indispensablemente en el proceso, es decir, el demandante, el demandado en los juicios contenciosos y los terceros cuando la Ley exige citarlos para que por la sola citación queden sometidos al proceso, y los efectos de la sentencia; y por *voluntarias* entendemos aquellas que concurren sin que su presencia sea forzosa, como los intervinientes secundarios y los principales, cuando no existe mandato legal que obligue a citarlos o cuando la citación por sí sola no los vincula al proceso. La noción de partes necesarias se relaciona con la legitimación en la causa tanto por activa como pasiva, en cuanto determina las personas que deben demandar y frente a las cuales deben ejercitarse las pretensiones, a fin de que aparezca completa esa condición indispensable para poder pronunciar sentencia de fondo, como vimos en el número 134, letras O) y P).

Partes *forzadas u obligadas* son las que resultan vinculadas al proceso sin iniciativa propia, generalmente sin desearlo, como el demandado, la persona a quien se denuncia el pleito, el acreedor hipotecario en el juicio de venta, el Ministerio público cuando la Ley dispone ser citado y cualquiera otra persona

que a petición de parte o por disposición de la Ley es citada para que concurra, siempre que quede formando parte del juicio por el hecho de la notificación o citación. Partes *espontáneas* son todas las que se vinculan al juicio por un acto de su voluntad, es decir, las que hemos denominado antes partes voluntarias.

Existen personas que pueden ser citadas o emplazadas con el objeto de que concurran a hacer valer sus derechos, pero sin que adquieran el carácter de partes mientras no lo hagan voluntariamente; así ocurre con los acreedores en la quiebra o el concurso en las tercerías del ejecutivo, con los herederos y acreedores en la sucesión por causa de muerte; su no concurrencia puede perjudicarlos, dejar insolutos sus créditos o exponer a lesión económica sus derechos herenciales, pero son libres de solicitar o no su admisión en el juicio. Podemos decir que estas forman una especie intermedia entre las partes espontáneas y las obligadas (cfr. núm. 188).

Son *simples* las partes cuando están integradas por una sola persona, física o jurídica: un demandante o demandado, un interviniente; y son *múltiples* o *plurales*, cuando están formadas por varias, con lo cual se da origen al interesante instituto de la *litisconsorcio*, que luego estudiaremos (cfr. núm. 179).

Partes con interés propio son, por lo general, todas las que, en estricto sentido, tienen esa calidad en el proceso, porque persiguen o defienden un interés personal, aun cuando en ocasiones—como sucede en la sustitución procesal (cfr. núm. 135)—, además de obrar en interés propio, lo hagan en defensa de un interés de otro.

Parte sin interés personal lo es, en Colombia, por excepción, el Ministerio público, porque obra en nombre del incapaz que carece de representante legal o de la sociedad, sin interés personal y en defensa del interés o del incapaz (como cuando el incapaz que no tiene representante legal demanda para que se declare su filiación natural o interviene en una licencia judicial). Actúa como funcionario, no en su propio nombre.

173. El caso del apoderado o representante legal de una parte

Carnelutti distingue la parte directa y la indirecta, comprendiendo en esta el representante y el sustituto [22]. Guasp sigue en ese punto al maestro italiano [23]. Nosotros rechazamos esta clasificación, porque no aceptamos la calidad de parte en el representante, y creemos que la parte lo es siempre *directamente*, por tener interés para concurrir y por haberlo hecho, o simplemente por demandar o ser demandado o citado, sea que se actúe en persona o por apoderado o representante—legal o contractual—; estos actúan por el representado o lo asisten en el juicio, pero no son partes.

El sustituto obra en lugar del sustituido, pero tiene interés personal en el juicio y obra en su propio nombre (cfr. núm. 135). El representante y el apoderado ejecutan actos procesales, firman memoriales y demandas, pero a través de ellos actúa el representado y se considera como si todos esos actos los ejecutara este. Solo por el aspecto de la *legitimatio ad processum*, es decir,

[22] *Instituciones*, p. 111.
[23] Ob. cit., p. 185.

en razón de la facultad de ejecutar actos con efectos procesales en nombre del representado, puede hablarse del representante o apoderado como parte. En sentido estricto, la parte debe obrar siempre en nombre propio, aun cuando lo haga también en interés de otro, como el sustituto, o en su calidad de funcionario, como el Ministerio público.

ROSENBERG expone el mismo concepto que nosotros y dice que «parte no es el representante, sino el representado» [24], y que «no son parte el síndico del concurso, el administrador de la herencia, el albacea o el administrador forzoso, pero sí lo son el quebrado o concursado, el heredero, el propietario del bien, en nombre de los cuales actúan aquellos como representantes legales» [25]. De la misma opinión es ROCCO, quien afirma: «téngase presente que no es parte en juicio, por efecto de la representación procesal, el procurador o el defensor con procuración, sino aquel que tal representación confiere» [26]. DE LA PLAZA y JAEGER, citado por el primero, hablan en el mismo sentido de partes como «sujetos procesales parciales» [27], es decir, con interés personal en el litigio.

174. BILATERALIDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO CONTENCIOSO

En todo proceso contencioso existen dos partes contendientes, como se infiere de su denominación, ya que no puede existir contienda consigo mismo, ni siquiera como representante de otro o como litisconsorte o coadyuvante del adversario, como lo observa ROSENBERG [28]. A quien administre intereses ajenos o represente a incapaces, sociedades o entidades públicas, pueden encontrarse en la difícil situación de tener intereses propios contrarios a los de su representado. Si se le permitiera recurrir como demandante en su nombre y representar al demandado, en el mismo proceso, no se trataría de litigar consigo mismo y existirían las dos partes; pero la Ley le prohíbe hacerlo, por elemental principio moral y en defensa de los intereses del representado. Lo mismo ocurriría si ese representante, como tal, formulara demanda contra él mismo. En ambos casos al representado habrá de nombrársele un curador *ad litem* o deberá designarlo él mismo cuando le sea permitido.

Cuando hablamos de dos partes, queremos indicar que se trata de dos partes distintas: una demandante y otra demandada. Posteriormente pueden concurrir terceros principales, con situación personal en el juicio e independiente de la de aquellas dos partes, que serán nuevos sujetos de la relación jurídico-procesal, cuyas pretensiones deben ser resueltas en la sentencia, a diferencia de lo que ocurre con los intervinientes secundarios o coadyuvantes, quienes no formulan pretensión personal en el proceso, sino que se limitan a colaborar en la causa de la parte principal coadyuvada.

En los procesos voluntarios la parte puede ser única, cuando los interesados obran de común acuerdo o solo existe uno. Pero también puede ocurrir que surjan diferencias entre ellos, oposición de interés, conflictos dentro del proceso. En esos casos puede decirse que existen dos o más interesados con

[24] Ob. cit., t. I, p. 212.
[25] Ob. cit., t. I, p. 214.
[26] *Trattato*, t. II, p. 132.
[27] Ob. cit., t. I, p. 265.
[28] Ob. cit., t. I, p. 217.

pretensiones opuestas, pero, a diferencia de lo que ocurre en los procesos contenciosos, originalmente la pretensión será una sola, pues si desde un comienzo una parte le plantea al juez una situación litigiosa a otra, el juicio no será voluntario (cfr. núms. 32-33).

Cada parte puede estar formada por dos o más personas, en cuyo caso puede existir el *litisconsorcio,* que luego estudiaremos (cfr. núm. 179). Los varios sujetos que forman una parte se encuentran ligados entre sí, y frente a la otra parte, por una relación procesal común, aun cuando tengan derechos sustanciales separados.

El principio de la bilateralidad de las partes se relaciona con el contradictorio, conforme al cual debe otorgársele al demandado el derecho y la oportunidad de defender sus intereses y de ser oído en el juicio. Pero este principio no es exclusivo del juicio contencioso, como observa CARNELUTTI [29], pues también en el voluntario pueden surgir conflictos y oposición de intereses, para cuya resolución debe brindarse por igual a todos la oportunidad de defensa. Son dos principios distintos, pero íntimamente relacionados durante el trámite del proceso. Mientras el último se aplica a todos los juicios, el primero solo se aplica a los contenciosos.

175. DIVERSA POSICIÓN DE LAS PARTES EN EL PROCESO

De la clasificación de las partes se deducen las diversas posiciones que aquellas pueden adoptar en el juicio: activa o pasiva, principal o secundaria, permanente o transitoria, demandante o demandada, original o interviniente, voluntaria o forzada, con interés propio o por interés ajeno.

En general, puede hablarse de actor y opositor en relación con su situación en la instancia (cfr. núm. 170).

En algunos juicios especiales se les puede distinguir no solo como demandante y demandado, sino con nombres referentes al objeto de la pretensión: ejecutante y ejecutado, embargante y embargado, alimentante y alimentario, representante e incapaz (en las licencias), arrendador y arrendatario (en los lanzamientos), cedente y cesionario (en las cesiones de bienes), concursante y concursado o quebrado, etc.

En el curso del juicio se pueden asumir otras posiciones, y así la parte que interponga una apelación se llamará apelante, y la otra, opositora, por el interés que tiene en oponerse a la revocación de la providencia recurrida; si se interpone casación, quien lo hace se llama recurrente, y la otra parte, opositora.

Pero, sea cual fuere la posición de las partes, debe existir entre ellas una rigurosa igualdad en el proceso, en cuanto a oportunidades, a derechos, a defensa, a tratamiento, como lo vimos en el número 18, D), y esto aunque, por el aspecto del derecho material y de las pretensiones y defensas aducidas, su situación sea muy diferente.

Lo anterior se refiere a la posición de las partes por el aspecto rigurosamente procesal. En cuanto a sus distintas condiciones por el interés sustancial que persigan o representen y la clase de legitimación que ostenten, nos remi-

---

[29] *Instituciones,* p. 115.

timos a lo expuesto en los capítulos XIII y XIV sobre el interés para obrar y la *legitimatio ad causam*, en relación con los diversos procesos y la sustitución procesal, especialmente en los números 119, 134 y 135.

176. Modos de actuar las partes en el proceso

De la clasificación de las partes estudiada en el número 172 y sus diversas oposiciones en el proceso examinadas en el número 175, se deducen los diversos modos como pueden actuar en el proceso: activa o pasivamente, originando el proceso o interviniendo en él, como sujeto principal o secundario de la relación jurídico-procesal, de manera permanente o transitoria, voluntaria o forzadamente, individualmente o en unión de otros, con interés propio o sin él, como parte propiamente dicha o en calidad de representante legal o contractual de aquella, o como su apoderado o procurador o curador *ad litem*.

Todas tienen un elemento común muy importante: son *partes parciales*, interesadas en obtener del proceso algún provecho para sí o para su representado, con excepción del Ministerio público, a diferencia de quienes componen o forman la otra clase de sujetos de la relación jurídico-procesal, es decir, los funcionarios judiciales, quienes son *partes imparciales*. Su modo de actuar depende de la posición y la calidad que ostentan en el juicio y del interés que persiguen o representan.

Su actividad variará en esas distintas posiciones. Cuando originan el proceso como demandantes o intervienen al lado de este, deben sujetarse a una mayor actividad para su trámite, y el abandono de toda intervención puede producir su caducidad o la de la instancia y el fracaso de sus pretensiones; el demandado y sus coadyuvantes no tienen obligación de impulsar el proceso, mientras no asuman el papel activo de apelantes o recurrentes en casación, en algunos códigos se les exige alegar y probar sus excepciones para que puedan ser tenidas en cuenta, pero en otros, como el colombiano, el juez debe declarar las excepciones perentorias si aparecen probadas, aunque la prueba haya sido llevada por el actor y el demandado no las alegue, menos las de prescripción y compensación. Por otra parte, no obstante una completa inactividad, pueden recibir sentencia favorable que los absuelva de los cargos que en la demanda se les formula, cuando el demandante no demuestre su derecho. Pero esto no significa que la conducta del demandado deba ser pasiva, pues, por el contrario, para su conveniencia deberá asumir una defensa activa, producir en cuanto le sea posible la prueba de los hechos que configuran las excepciones, recurrir de las providencias que perjudiquen y replicar y contradecir las alegaciones de su contraparte [30].

A esas distintas actividades de las partes se suman la distinta condición o posición por el aspecto del interés para obrar y la legitimación en la causa, estudiadas en los capítulos XIII y XIV (cfr. núms. 119 y 134).

---

[30] Pedro Aragoneses: "Inactividad de las partes", en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, año 1960.

177. Modificaciones de las partes durante el proceso. La sucesión procesal

Como el proceso es una relación jurídica de larga duración, pueden ocurrir durante su curso modificaciones en las partes o en sus representaciones. En principio puede decirse que quien asume la calidad de parte principal en el juicio, la conserva hasta su terminación, pero en la realidad sucede con frecuencia que una parte deja de serlo por sucesión o cesión. Generalmente ocurre que el proceso se tramita y concluye con quienes inicialmente adoptaron la condición de partes, pero también puede suceder que otras personas intervengan como principales o secundarias; asimismo, los representantes legales o convencionales de las partes y sus apoderados, pueden variar en el curso del juicio.

Esas modificaciones en la estructura de las partes en el proceso, no alteran la relación jurídico-procesal en cuanto al contenido de la *litiscontestatio*, y sus defectos o los resultados de la sentencia, que permanecen inalterables. La sucesión o el incremento en cuanto a los sujetos o personas que constituyen las partes, tiene un *sentido formal*, pues se considera que el debate sigue siendo entre los mismos demandantes y demandados y respecto a la relación sustancial planteada, a pesar de que otras personas físicas o jurídicas asuman esa condición en su lugar o concurran a coadyuvarlas o a sostener una posición principal paralela a la de una de las partes iniciales y como litisconsortes de estas. El proceso continúa siendo el mismo, y la sentencia debe recaer sobre las relaciones sustanciales que las partes originalmente plantearon; solo como cuestión adicional, una vez resuelta la situación legal de estas, puede decidirse, si es el caso, sobre los efectos de la cesión o sucesión y sobre los derechos del interviniente principal litisconsorcial. En cambio, en la intervención principal *excludendum* se traduce un nuevo litigio al proceso y un nuevo sujeto, cuyas pretensiones deben ser resueltas independientemente de las del demandante y demandado, en el mismo proceso (cfr. núm. 193).

Como dice Rosenberg [31], «la nueva parte continúa la controversia desde donde la encontró en el momento de su intervención; es decir, penetra en la situación procesal existente, de modo que también aquí se produce una sucesión jurídica (privativa) en la relación procesal que continúa y que, por lo demás, sigue siendo la misma».

Idéntica es la situación de cualquier cesionario o sucesor por causa de muerte, en toda clase de procesos.

Estudiaremos en seguida las distintas modificaciones que pueden presentarse en las partes durante el proceso, especialmente los casos de sucesión procesal, muy diferentes de la sustitución procesal que estudiamos en el número 135.

A) *Sucesión de una parte por sus herederos, en caso de muerte*

Por regla general, los herederos suceden al causante en todas las relaciones jurídicas sustanciales, como acreedor o deudor, ya que reciben la herencia

[31] Ob. cit., t. I, p. 266.

con el activo y el pasivo que la grava, aunque este último hasta concurrencia del primero, si la herencia se acepta con beneficio de inventario.

La sucesión no es una persona jurídica; son los herederos quienes asumen los derechos y obligaciones del causante, y quienes actúan como demandantes o demandados intervienen para sucederle en los procesos que estaban en curso al momento de su muerte (cfr. núms. 214-215).

En este caso el causante sigue siendo la parte—demandante o demandada—, pero los herederos asumen su representación mientras la sucesión esté ilíquida, y solo es sucedido por quien reciba la adjudicación del derecho litigioso o del objeto sobre el cual verse el juicio, aunque solo una vez aprobada y registrada la partición, y siempre que presente la copia formal y pida que se le reconozca como parte en su condición de adjudicatario. En tal evento, los demás herederos que hasta ese momento hayan actuado en el proceso, quedan sin legitimación para continuar interviniendo y pierden su condición de partes.

El traspaso de los derechos o de las presuntas obligaciones que en el proceso se discuten, ocurre *ipso jure*, con la delación de la herencia, a la muerte de la parte; pero el reconocimiento de los herederos en el juicio depende de su comparecencia, con la prueba respectiva de tal calidad.

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, por tanto, mientras la sucesión está ilíquida, son sus herederos quienes deben comparecer, en la forma y con las consecuencias que se dejaron estudiadas; una vez hecha la adjudicación en la partición de bienes, aprobada y registrada esta, puede el adjudicatario concurrir al juicio con copia de la correspondiente hijuela, para que se le reconozca su condición de cesionario a ese título, desalojando a los herederos, quienes pierden automáticamente su legitimación para actuar. En cuanto a la posición jurídica, tanto procesal como sustancial, el legatario o los herederos ocupan el lugar del causante, sin que se alteren la *litis contestatio* ni el contenido y alcance de la sentencia, como acabamos de explicar.

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 bien materia del juicio.

El cesionario puede concurrir al juicio o dejar que continúe el cedente. Si se hace parte, deja de serlo el cedente en el sentido procesal-formal, pues queda sin *legitimatio ad causam* para continuar interviniendo, aunque el litigio continúa igual, a no ser que exista un interés moral o familiar que justifique su actuación, no obstante haber transferido el interés económico o patrimonial (como en juicios de filiación); la situación del cesionario es la misma que la del heredero o legatario, tanto procesal como sustancialmente.

D) *Sucesión de la persona jurídica extinguida, por quienes reciben los derechos o asumen las obligaciones materia del juicio*

Es esta una especie de sucesión universal, como lo observa ROSENBERG [32], porque se produce la transferencia de todos los derechos y obligaciones de la persona jurídica extinguida, sea de derecho público o privado.

Procesalmente, no existe problema alguno en este caso, pues ocurre lo mismo que en la sucesión del causante por el heredero o legatario, según sea que una u otras personas asuman la totalidad del activo o pasivo de la extinguida o a alguna se le haga adjudicación especial del derecho discutido o se le haga responsable de las obligaciones que se pretende imponerle.

Pero hay una diferencia importante: el juicio no se suspende, ni termina el poder del abogado que esté actuando a nombre de esa entidad o sociedad, ni hay lugar a la restitución de términos. La persona a quien se transfiere ese derecho u obligación puede concurrir o no. Se trata de una transferencia por acto entre vivos, similar a la cesión, y, por tanto, se le aplican las mismas normas estudiadas.

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 la calidad de dueño del bien objeto del juicio o 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 la rescisión. Entonces las personas a quienes pase el derecho o el bien litigioso se encontrarán en idéntica situación a la del heredero o cesionario por acto entre vivos, para intervenir en el proceso sucediendo a esa parte.

F) *Intervención de terceros sin afectar la posición 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.

En el número 172 vimos cómo esos terceros intervinientes pueden tener la calidad de partes principales o secundarias, permanentes o transitorias, y concurrir espontáneamente o por obligatorio llamamiento. Más adelante estudiaremos con mayor detenimiento la noción de terceros en el juicio y las diversas clases de intervención (cfr. núms. 188 y 191).

---

[32] ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 237.

G) *Separación o retiro de una persona que viene actuando en el juicio*

En los procesos de jurisdicción voluntaria puede acontecer que una o varias personas reconocidas como interesados, resuelvan renunciar a los derechos materiales vinculados en ellas. Así ocurre cuando el heredero renuncia a la herencia después de haberla aceptado y hallarse reconocido en el juicio, caso en el cual se entiende que lo hace en beneficio de los demás herederos, quienes verán así aumentadas sus cuotas personales. Se trata entonces de una cesión a título gratuito, pero como los cesionarios son partes, no existe en realidad la sucesión de aquel por estos (si la renuncia se hace antes de haberse aceptado la herencia, no existe cesión ni se altera la situación de las partes en el juicio).

Si en los procesos contenciosos una parte—demandante o demandado—es múltiple y una de las personas que la forman cede a alguno de sus litisconsortes (cfr. núms. 178-181) los derechos litigiosos, la situación continúa igual. Cuando las partes son múltiples (cfr. núm. 172), es posible que algunas de las personas que actúan como demandantes o demandadas desistan, y en tal situación el juicio deberá continuar con las demás; igual cosa sucederá si se verifica una transacción parcial, con una o varias de ellas, y lo mismo acontecerá en relación con terceros intervinientes.

Si bien es cierto que en estos casos disminuye el número de personas que intervienen en el proceso, ello no significa que deje de existir una parte demandante y otra demandada, tratándose de un juicio contencioso.

No sucede lo mismo cuando se trata del abandono del juicio por una de las partes o de su rebeldía a concurrir, pues al haber sido ya notificada o citada en legal forma, continuará manteniendo esa condición para todos los efectos legales. El abandono puede producir efectos procesales importantes, como son: la ejecutoria de providencias adversas, la pérdida de oportunidades para poder presentar pruebas y demostrar así los derechos o las defensas y la caducidad de la instancia o del juicio (cfr. núms. 19, F); 100, 38, 299), pero no extinguirá la calidad de parte.

H) *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 (cfr. núms. 168, 217-218).

El poder o mandato general y especial es revocable libremente, y su revocación no le impide el haberse estipulado lo contrario, aunque en este caso dará lugar a una indemnización de perjuicios, pero ella surtirá todos los efectos. De esta manera las partes pueden cambiar de apoderado en el curso del juicio. El representante legal (quien ejerce la patria potestad, el curador o tutor) puede dejar de serlo por llegar el menor a la mayor edad, o por desaparecer la causa de la interdicción, o por comparecer el ausente a quien se le haya designado un curador *ad litem*, y también suele ocurrir que sea reemplazado por una mala conducta, incapacidad, renuncia, etc., o que sea sustituido en caso de morir.

178. Pluralidad de las partes

En varias ocasiones se ha visto que el proceso contencioso discurre generalmente entre una persona demandante y otra demandada, y que el voluntario se adelanta por solicitud de un interesado; pero es también frecuente el que varias personas demanden unidas y valiéndose de una sola demanda, que esta se dirija contra varios demandados; igualmente puede acontecer que en el curso del juicio comparezcan otras personas a intervenir, bien sea en sus comienzos o con posterioridad (cfr. núm. 191).

En el primer caso, la relación jurídico procesal es *simple* o *singular*; en el segundo, es *múltiple* o *plural*.

Esa pluralidad inicial de partes puede ocurrir: *a*) porque existen varios litigios entre personas distintas, pero conexos o jurídicamente afines entre sí, razón por la cual se permite acumularlos en la misma demanda; *b*) por la reunión de varios procesos iniciados separadamente, a fin de ser resueltos en la misma sentencia; *c*) porque, a pesar de tratarse de un solo litigio, son más de dos las partes interesadas, ya como sujetos activos o como pasivos de la relación sustancial; *d*) porque otras personas concurren inicialmente o en el curso del juicio, como terceros intervinientes.

Esa *conexión* que permite la acumulación de litigios 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 una 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 de derecho—en juicios de conocimiento [33].

Pero debe tenerse en cuenta que no podrá existir conexión entre litigios diversos, cuando por lo menos uno de los sujetos no sea común, pues, como dice Carnelutti, *no hay litigios conexos entre partes totalmente distintas* [34].

Es, por tanto, un vínculo necesario para la conexión, aunque no es, de por sí solo, suficiente, ya que se requiere también que los litigios se sirvan para su composición de las mismas pruebas o de los mismos bienes, o que ellos versen sobre el mismo objeto o provengan de la misma causa jurídica. Para poder utilizar las mismas pruebas, se requiere que las pretensiones de los distintos sujetos se hallen fundadas en una misma *razón*; y como esta se desenvuelve en el *hecho* y en el *efecto jurídico*, constituyendo de esta manera la causa y el contenido de la pretensión, se concluye que esa identidad de razón puede consistir en la identidad del hecho o del efecto jurídico: la primera se puede denominar *conexión causal*, y la segunda, *conexión final*.

Carnelutti trae estos ejemplos: «Cuando en un accidente resultan dos personas lesionadas, y el autor o responsable es uno solo, hay conexión causal, porque existe identidad del hecho que fundamenta la razón; cuando mediante dos contratos diversos, Ticio recibe dinero a mutuo de Cayo y Sempronio se

---

[33] Carnelutti: *Sistema*, t. II, núm. 131, e *Instituciones*, Buenos Aires, 1960, t. I, núms. 15 y 261.

[34] *Sistema*, t. II, núm. 367.

constituye en fiador de aquel y a favor de este, las pretensiones de pago de Cayo contra ambos tienen conexión final, porque el hecho es distinto (dos contratos separados), pero existe el mismo efecto jurídico que constituye la razón de la pretensión o de la discusión; y, a los fines del proceso ejecutivo, cuando se pretendan los mismos bienes contra el mismo deudor» [35].

Cuando la identidad entre varios litigios conexos sea *subjetiva*, puede esta ser total o parcial; si lo primero, se tiene el *proceso acumulativo bilateral* (un solo demandante y un solo demandado); si lo segundo, el *proceso acumulativo plurilateral*, también llamado litisconsorcial o simplemente litisconsorcio. (En algún litigio hay una parte distinta, que no lo es de otro de los acumulados, por lo cual existirán dos o más demandantes o demandados.)

En el proceso acumulativo bilateral, las dos partes de los distintos litigios son idénticas, como ocurre cuando un demandante pide contra un mismo demandado la reivindicación de dos bienes o la condena al pago de dos prestaciones diferentes; en el plurilateral o litisconsorcial, solo una de las partes es común en los varios litigios, como cuando se demanda a varios deudores para el pago de distintas obligaciones al mismo demandante o a los mismos demandantes, por provenir de una misma causa, o cuando son distintas las personas, pero la pretensión y la cosa son las mismas, o cuando las pretensiones provengan de la misma causa a favor de distintos demandantes y se dirijan contra el mismo demandado.

También puede haber acumulación subjetiva en razón de una afinidad jurídica (cfr. núm. 183).

179. La noción de litisconsorcio

Como se ve, la pluralidad de partes puede originarse en un *litisconsorcio*, de manera inicial o posterior (cuando intervienen terceros principales, pero con pretensiones comunes a las de alguna de las partes), pero también con la intervención de terceros principales con pretensiones opuestas a las de ambas partes, o simplemente coadyuvantes o adhesivos (en los últimos casos no hay litisconsorcio).

Es, pues, indispensable tener buen cuidado de no confundir el litisconsorcio con la pluralidad de partes en el proceso, pues aquel es la especie y esta el género. En todo litisconsorcio existe una parte plural, pero no siempre que existan varios sujetos pretendientes u opositores estaremos en presencia de aquel, como sucede en los procesos contenciosos o voluntarios cuando intervienen terceros principales, pero con pretensiones propias y opuestas—total o parcialmente—a las de ambas partes, o terceros coadyuvantes, cuya posición secundaria excluye el litisconsorcio (cfr. núms. 191-196).

Como enseña Redenti [36], «la expresión consorcio *(consortium*, de *sors)*, lingüísticamente alude a una comunidad o asociación de suertes y, por tanto, de comportamiento procesal de varias partes. De modo que puede ocurrir que en un juicio con pluralidad de partes cada una de ellas asuma una propia línea de conducta autónoma (como ocurrirá, por ejemplo, en los juicios divisorios), en cuyo caso no habrá litisconsorcio.

[35] *Sistema*, t. II, núm. 367.
[36] Redenti, ob. cit., t. I, p. 236.

De manera que es indispensable tener en cuenta «la distinta relación en que, en cada caso, se hallan las diversas partes entre sí», como observa GUASP [37], para saber si en presencia de la pluralidad de partes, e inclusive de una parte plural, existe o no litisconsorcio. Esa relación puede ser: 1.°, de *oposición y contradicción,* como entre demandante y demandado; 2.°, de *absoluta independencia,* como ocurre si se demanda a varias personas con situación jurídica propia, sin existir oposición de intereses entre ellas, tal como sucede con los varios inquilinos de apartamentos o parcelas diferentes, en virtud de un mismo contrato, para la restitución de la tenencia por falta de pago, y cuando interviene un tercero principal autónomo y con pretensión oponible a ambas partes; 3.°, de *subordinación* o *desigualdad procesal,* como entre la parte —demandante o demandada—y el tercero coadyuvante o accesorio; 4.°, de *igualdad procesal y con coordinación de pretensiones e intereses,* entre los varios demandados o demandantes (como para la restitución de una herencia o de un bien poseído en común o el pago de una indemnización de perjuicios a varios o por varios, o por la nulidad de un contrato del que todos son partes), y entre demandante o demandado y el tercero interviene principal, con intereses o pretensiones propias que hacer valer en el mismo proceso, pero comunes con uno de aquellos (como en el caso de haberse dejado de demandar a un coheredero en juicio de petición de herencia o de simple filiación natural, y este concurra voluntariamente para asumir la defensa de la parte demandada, pero en su propio interés, o de un coposeedor no demandado en la reivindicación de un inmueble o condueño en el juicio de nulidad del título común, que luego interviene parte de los mismos fines).

Solo en el último de todos estos casos (igualdad procesal con coordinación o comunidad de pretensiones) existe litisconsorcio, porque esa «asociación de suertes» de que habla REDENTI implica igualdad procesal, sobre la base de intereses personales *directamente* vinculados al proceso y para hacer valer en él, y no basta con la titularidad de un interés jurídico vinculado al de una de las partes (como sucede con el tercero accesorio o coadyuvante), porque entonces solo se trata de resolver sobre el interés de la parte y no sobre el que por conexión pueda tener ese tercero. Es también la opinión de REDENTI y GUASP [38], y en el mismo sentido se expresa CARNELUTTI en la quinta edición italiana de sus *Instituciones,* donde dice: «cuando la intervención de que se habla aquí es voluntaria (litisconsorcio facultativo sucesivo), resulta fácil confundirla con la intervención *accesoria,* la cual presenta también el carácter en virtud del cual la entrada del tercero en el proceso depende de su iniciativa; pero entre las dos hipótesis está la diferencia de que el interventor por adhesión no es sujeto de una litis, que sea deducida en un proceso, y por eso es una parte secundaria o accesoria; puesto que en nuestro caso, en cambio, el interventor se convierte en el proceso en una parte principal, la intervención se llama, para distinguirla de la intervención por adhesión, *intervención principal*» [39].

Existe litisconsorcio cuando en un proceso hay varias personas como demandantes o demandadas; cuando concurren al juicio terceros principales, con pretensiones propias que hacer valer en el proceso, pero comunes o unidas a las de una de las partes, y cuando existe acumulación de procesos con partes

---

[37] Ob. cit., p. 216.
[38] Citas anteriores.
[39] T. I, p. 396, trad. de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1959.

distintas, que tengan comunidad de pretensiones con una de las partes de otro de los procesos acumulados (cfr. núms. 191 y 196).

180. La noción de tercerista

No todo tercero principal es litisconsorcio, como se deduce de lo acabado de exponer, y tampoco es siempre una parte autónoma; tendría la primera condición cuando su pretensión concuerde o sea común con la de alguna de las partes—demandante o demandado—, y será autónomo cuando, a pesar de ejercitar una pretensión propia, conexa con la discutida en el proceso (pues sin conexidad no podría haber intervención), se sitúa en un plano de igualdad con las partes, pero sin unirse a una de ellas, sino enfrentando a ambas o a una con independencia de la otra, en su actuación procesal [40]. Este último suele ser denominado interviniente *ad excludendum* (cfr. núm. 193).

Este tercero que no es adhesivo o coadyuvante ni litisconsorte, puede ser distinguido con la denominación de «tercerista», y su situación procesal, con la de «tercería», como lo propone Guasp [41].

En los artículos 1.062 a 1.072 del Código Judicial colombiano se consagran esos términos (tercería y tercerista), en ese mismo sentido, respecto al juicio ejecutivo, para distinguir al acreedor que concurre al proceso en curso, a fin de hacerse pagar con el importe de los mismos bienes embargados y en la forma preferencial o concursante que de su derecho se deduzca (según disponga o no de garantías reales, o por otra causa sea acreedor privilegiado. Lo mismo ocurre en otros códigos.

Ningún inconveniente existe en extender el uso de tales términos a todos los juicios, para calificar situaciones similares, como ocurre con el acreedor hipotecario citado al juicio en venta, o con el heredero de mejor derecho (o que pretende serlo), cuando interviene en el juicio ordinario donde se disputan la herencia otras personas y solicita que se declare que ninguna de estas—ni la demandante ni la demandada—, tiene en realidad la condición de heredero por corresponderle a él exclusivamente (tercería voluntaria que en nuestro Código no está admitida).

Al tratar de la noción de tercero y sus diversas clases, volveremos con mayor detenimiento sobre esta materia (cfr. núms. 185 y ss.).

181. Las diversas clases de litisconsorcio

Se deduce de lo expuesto en el número 179, que el litisconsorcio puede ser *necesario u obligatorio y voluntario o facultativo o útil*; *inicial u originario y sucesivo*; *activo o pasivo y mixto*; *simple o recíproco*. Puede también reunir varias de las anteriores calidades, como *inicial u originario y necesario*; *inicial*

---

[40] Guasp, ob. cit., ed. 1956, p. 221, y ed. 1962, p. 214; Redenti, ob. cit., t. I, p. 236; Carnelutti: *Instituciones*, t. I, p. 397.

[41] Ob. cit., p. 221-24.

y voluntario; sucesivo necesario o sucesivo voluntario. El facultativo o voluntario puede ser *propio o impropio,* según exista conexión o afinidad jurídica entre los consortes.

182. Litisconsorcio necesario u obligatorio (inicial o sucesivo)

Hay relaciones jurídicas sustanciales sobre las cuales no es posible pronunciarse por partes, fraccionándolas o calificándolas solo respecto de algunos de sus sujetos, porque, indispensablemente, la decisión comprende y obliga a todos. En esos casos la presencia en el proceso de los sujetos vinculados a esa relación se hace indispensable, a fin de que la relación jurídico-procesal quede completa y sea posible decidir en la sentencia sobre el fondo de ella. El contradictor necesario puede ser simple (entre dos personas), pero 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.*

En el número 134, letras O) y P), estudiamos la noción del *contradictor necesario* y su diferencia con la del *contradictor legítimo.* Vimos entonces que no todo legítimo contradictor (sujeto con interés para obrar y legitimación en la causa) es un contradictor necesario, sino únicamente aquel que *debe* estar presente en el juicio para que la decisión que se adopte en la sentencia pueda versar sobre el fondo de las pretensiones y excepciones aducidas, pues muchos legitimados para intervenir pueden dejar de hacerlo, sin que su ausencia impida esa decisión de fondo. Naturalmente, el contradictor necesario es siempre legítimo, pues su interés para obrar y su legitimación en la causa resultan forzosas de la relación jurídico-sustancial debatida.

Faltará el contradictor necesario en dos hipótesis: cuando quienes concurren no son los sujetos a quienes correspondía formular o contradecir las pretensiones que aparecen en la demanda, y cuando aquellos debían ser partes, en la posición de demandantes o demandados, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al juicio. La segunda se refiere al litisconsorcio necesario, pues la parte demandante o la demandada, o ambos, deben estar formadas por más de una persona, y en el juicio no están presentes todas ellas.

Para nosotros, la debida formación del *necesario contradictor* es un problema de legitimación en la causa, como lo explicamos al tratar de esta materia; opinión que es también la de Carnelutti [42]; Rocco [43], Redenti [44] y Chiovenda [45] [cfr. núm. 134, letras O) y P)].

El nuevo Código italiano de Procedimiento Civil reglamenta el litisconsorcio necesario en el artículo 102, que debiera ser incluido en el nuestro, y que dice: «si la decisión no puede pronunciarse más que frente a varias partes, estas deben accionar o ser demandadas en el mismo proceso. Si este es promovido por algunas o contra algunas de ellas solamente, el juez ordena la integración del contradictorio en el término perentorio establecido por él».

Nosotros tenemos el ordinal 2.° del artículo 333 del Código Judicial (norma

[42] *Sistema,* t. III, p. 165-66, y t. IV, p. 350.
[43] *Trattato,* t. I, p. 333, notas 4.ª y 5.ª, y p. 335, nota 9.
[44] *Derecho procesal,* t. I, p. 232-33.
[45] Ob. cit., t. I, p. 197-98.

que la doctrina y la jurisprudencia nacionales no se han atrevido a utilizar adecuadamente), conforme al cual existe «inepta demanda» (denominación inadecuada para ese caso) «cuando la demanda se dirige contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda». Nos parece suficiente esta disposición para incluir entre las llamadas por nuestro Código «excepciones dilatorias» (excepciones previas de la doctrina) la falta de legitimación en la causa o la incompleta formación del «contradictor necesario» en cuanto a la parte demandada, por elementales razones de economía procesal y de lógica, ya que si el juicio se adelanta con tal efecto, no puede haber sentencia de fondo. Desgraciadamente, no da cabida para extenderla a la parte demandante, como sería lógico, por tratarse de idéntica cuestión [cfr. número 134, letra V)].

En la quinta edición de sus *Instituciones,* explica CARNELUTTI este punto así: «Puede darse entre dos o más litis o negocios una relación tal que uno no pueda existir sin el otro: en tal caso se habla de *litisconsorcio necesario,* en el sentido de que las dos o más litis no pueden ser decididas sino conjuntamente», es decir, que es *inoportuno* decidirlas separadamente [46].

GUASP [47] dice, en el mismo sentido: «aquí la Ley no se limita ya a autorizar, sino que exige, con exigencia que puede hacer valer el juez o la parte contraria, que las partes actúen en la unión en que consiste el litisconsorcio». Estima este autor que existe el litisconsorcio «propiamente necesario», cuando estamos en presencia de una carga «de carácter material» que contempla la situación jurídica «pre-procesal» en virtud de la cual «la pretensión no puede ser válidamente propuesta sino por varios sujetos, o frente a varios sujetos, o por varios y frente a varios a la vez», por exigirlo así expresamente una norma legal, o bien en razón del principio general de la indivisibilidad o inescindibilidad de la situación jurídica, que no permite su tratamiento por separado para los varios sujetos que en ella concurren. Compartimos esta opinión, que tiene rigurosa aplicación en Colombia.

En Italia se acepta otro caso de litisconsorcio necesario, y es el que surge cuando la intervención del tercero proviene de orden del juez, sin que exista una relación de dependencia necesaria entre las varias litis o los varios negocios, porque «hay entre ellos tal conexión, que es oportuna su acumulación en el mismo proceso» [48]. Pero en Colombia no disponemos de norma alguna que le otorgue al juez esa facultad oficiosa; las citaciones a terceros provienen siempre de solicitud de parte o de oficio por orden expresa de la Ley, y la concurrencia del citado es necesaria solo cuando una norma lo diga.

ROCCO explica todavía mejor la naturaleza del litisconsorcio necesario, en su última obra [49], con estas palabras: «Este tipo de litisconsorcio se deriva de la naturaleza de la relación jurídico-sustancial, que constituye el objeto de la declaración que deben hacer los órganos jurisdiccionales. Efectivamente, en ocasiones la relación jurídica, si bien presenta pluralidad de sujetos activos o pasivos, es tal que no constituye un vínculo unitario, pues se subdivide en tantas relaciones singulares cuantos son los sujetos, activos y pasivos, de la relación jurídica que se discute. En este caso existe una pluralidad de sujetos y,

[46] CARNELUTTI: *Instituciones,* trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1959, t. I, p. 389.
[47] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 217, y ed. 1962, p. 210.
[48] CARNELUTTI: *Instituciones,* ed. cit., t. I, p. 391.
[49] ROCCO: *Trattato,* t. II, p. 110-12.

por tanto, puede existir un litisconsorcio, pero simplemente facultativo, por cuanto relación jurídica puede dividirse en tantas relaciones jurídicas cuantas sean las parejas de los sujetos activos y pasivos, y podría tenerse no solo un juicio, sino tantos juicios separados cuantas son las relaciones que constituyen el contenido de la relación unitaria considerada en su conjunto.» Y agrega: «Puede suceder, en cambio, que la relación jurídica tenga como característica una unidad tal, que no pueda existir frente a uno de los varios sujetos sin tener que existir necesariamente frente a los otros, en razón de que por su misma estructura se presenta como *única e indivisible.* En tal caso, es obvio que no es posible pedir una providencia jurisdiccional respecto a tal relación, si no están presentes en el juicio todos los sujetos de esa relación, ya que la sentencia que fuere pronunciada respecto a algunos de los sujetos solamente, sería *inutiliter data,* como por primera vez lo dijo CHIOVENDA. Con tal frase se quiere aludir al hecho de que la sentencia, si no es pronunciada frente a todos y con la presencia de todos los sujetos de la relación jurídico-sustancial, carecería de todo valor.» ROCCO concluye advirtiendo que si se pronuncia la sentencia sin la concurrencia de algunos de esos sujetos obligados, pueden estos «eliminar los efectos de la sentencia pronunciada sin una controversia regular, mediante el instituto de oposición de terceros».

A estos párrafos de ROCCO solo tenemos que observarles que, como dice CARNELUTTI [50], no se trata propiamente de una *inutiliter data,* o decisión inútil y sin efectos, sino de una decisión inoportuna, mejor dicho, *improcedente,* por lo que el juez debe abstenerse de pronunciarla; solo si, por error, es pronunciada, se tendría una sentencia ineficaz e inútil, al ser imposible su ejecución (cfr. núm. 184).

Creemos que ese interesado no puede oponer la nulidad cuando vaya a ejecutarse la sentencia o alegarla mediante juicio posterior. Esta nulidad se aplica a la falta de citación de personas distintas de los demandantes y demandados, cuando la Ley procesal lo exija expresamente. En los casos de litisconsorcio necesario no tiene aplicación la nulidad, por tratarse de un efecto de legitimación en la causa y, por tanto, el proceso sería válido, pero no podrá dictarse una sentencia de fondo, y si se dicta, no obligará al ausente (cfr. números 134 y 184).

Como el litisconsorcio necesario no citado es un tercero ausente del proceso, y no puede ser afectado por la sentencia cuyos efectos no lo vinculan, en la práctica esta sentencia no puede tener ejecución, pues de lo contrario resultaría perjudicado, dada la naturaleza indivisible de la relación jurídico-sustancial (cfr. núm. 184).

Si es posible ejecutar una sentencia contra varios de los litisconsortes y no contra todos, es porque se trata de un litisconsorcio facultativo o voluntario.

De ahí la importancia de permitir la integración del contradictorio a solicitud del demandado, como excepción previa y aun de oficio.

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 juicio, la citación de otra persona que tenga interés en común con una de las partes—demandante o demandada—, con lo cual se establece un litisconsorcio entre ellas.

---

[50] CARNELUTTI, cita anterior.

También puede ocurrir que varias personas concurran como intervinientes, luego de iniciado el juicio, y que exista entre ellas litisconsorcio necesario, por lo cual no podrían hacerlo sino en conjunto; un ejemplo de ello lo tendríamos en el caso de los herederos de la parte demandada que fallezca mientras la sucesión está ilíquida, pues solo en conjunto representan por pasiva al causante; si el demandado actuaba personalmente, sin apoderado, el juicio tendrá que suspenderse hasta tanto todos sus herederos hayan sido citados (cfr. núm. 177), y si existía apoderado, no puede reemplazársele sino mediante designación hecha por todos ellos, sin perjuicio de que los herederos que vayan concurriendo designen su apoderado personal, y subsistiendo el poder de quien lo era del causante en representación de los herederos ausentes, pues nuestra Ley permite la representación múltiple de los litisconsortes necesarios. En cambio, si muere un demandante que actuaba en forma personal, no obstante ser necesario citar a sus herederos y suspender mientras tanto el juicio, si luego de citado uno de ellos este continúa, será válida la actuación, porque, por activa, cualquier heredero puede obrar para la herencia o sucesión.

Debemos cuidarnos de no confundir la *intervención forzosa* con el litisconsorcio. La primera se diferencia a su vez de la *citación forzosa*; esta es el género, y aquella, la especie; siempre que la intervención sea forzosa, será obligatoria la citación, pero son muchos los casos en que se exige por la Ley la citación y, sin embargo, la persona que la reciba queda en libertad para concurrir o no al juicio, y entonces no será forzosa su intervención. Así ocurre con los acreedores en los juicios de quiebra y concurso, lo mismo que en los hipotecarios, para quienes tienen otras hipotecas sobre el inmueble, y con los herederos y acreedores en el juicio de sucesión. En esos casos, la simple citación no convierte en parte al citado. En la intervención forzosa, en cambio, el citado es parte aun cuando no comparezca a hacer valer sus derechos procesales, como cuando la Ley ordena citar al síndico del impuesto de sucesiones, o a quienes tienen derechos reales principales en el bien materia del deslinde pedido por quien no tiene el pleno dominio, o a las personas interesadas en la nulidad de un título y que no figuren como demandadas ni demandantes; la persona o el funcionario citado adquiere la condición de parte desde ese momento.

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, generalmente tienen una situación independiente, como terceros autónomos, tal como ocurre en los dos primeros ejemplos propuestos, al paso que en el último los titulares de esos derechos reales sobre el inmueble objeto del deslinde son litisconsortes necesarios del demandante. Otro ejemplo lo ofrece la denuncia del pleito, pues el denunciado es parte desde que recibe la citación, y frente al demandante es litisconsorte del demandado, a pesar de que pueda existir luego entre ellos oposición de intereses, para los efectos del saneamiento (cfr. núms. 198-199).

Cuando el citado por orden judicial es libre de concurrir o no al juicio, si lo hace para formar una parte común con el demandante o el demandado, sin ser un simple coadyuvante, se tratará de un litisconsorcio facultativo o voluntario; pero si asume una situación independiente y opuesta en alguna forma a la de ambas partes, no existirá litisconsorcio, sino intervención *ad excludendum* (cfr. núm. 193).

Sea que se trate de intervención forzosa o de voluntaria, la cuestión de si

hay o no litisconsorcio, dependerá de la situación personal del citado en la relación jurídico-sustancial materia del proceso, de acuerdo con la regla general estudiada.

La doctrina está de acuerdo, por lo general, en la conveniencia de permitir la integración del contradictorio o de la legitimación en la causa mediante un procedimiento previo, de oficio o a solicitud del demandado, como lo dispone el Código italiano vigente, según vimos. Adelantar un proceso condenado al fracaso por la ausencia de un litisconsorte necesario o por falta de legitimación en la causa o de interés para obrar del demandante o el demandado, es un pecado contra la economía procesal y la justicia. Como dice CARLOS A. AYARRAGARAY [51], el principio de sanear el proceso desde la interposición de la pretensión jurídica es vieja aspiración legislativa» y está íntimamente ligado al juzgamiento de las cuestiones previas. «No es posible correr un proceso si no está determinada su viabilidad para el fin perseguido» [52].

El proceso debe ser iniciado libre de defectos y obstáculos que se opongan a su objeto esencial: la sentencia de mérito; es lo que este profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires llama, muy originalmente, «la inmaculación del proceso» [53].

FAIRÉN GUILLÉN sostiene que la adecuada legitimación en causa es una condición para la admisión de la demanda [54]. Así debiera ser siempre, otorgándole al demandado la excepción previa en caso de resultar admitida la demanda, a pesar de faltar completamente o estar incompleta la legitimación de cualquiera de las dos partes—demandante o demandado—por ausencia de litisconsortes necesarios (cfr. núms. 134, V), y 244).

Advertimos que no siempre que la Ley habla de pluralidad de demandados se trata de litisconsorcio necesario, pues bien puede ser voluntario, o no existir consorcio, como en los juicios de cesión de bienes, en los cuales cada acreedor es independiente en su situación procesal y sustancial.

183. LITISCONSORCIO FACULTATIVO O VOLUNTARIO Y SUS VARIAS CLASES: INICIAL Y SUCESIVO, PROPIO E 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; lo será siempre que la Ley no lo exija expresa o tácitamente para la eficaz tramitación del juicio y la sentencia de fondo, sino que se limite a permitir la acumulación de pretensiones de varias o contra varias personas, de modo que estas resulten jurídicamente ligadas entre sí por una comunidad de intereses en la suerte del proceso, o por la intervención en este de terceros principales con intereses propios vinculados a él, pero formando una causa común con alguna de las partes (cfr. núm. 192).

De manera que el litisconsorcio es facultativo o voluntario cuando de-

---

[51] *El principio de la inmaculación en el proceso*, Buenos Aires, 1959, p. 37.
[52] AYARRAGARAY, ob. cit., p. 124.
[53] *El principio de la inmaculación en el proceso*, p. 127.
[54] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 461.

pende de la voluntad de las partes iniciar por separado, como demandante, varios juicios para sus respectivas pretensiones o contra cada uno de los demandados, o de la voluntad de los terceros intervenir o no en el juicio iniciado por otros sujetos, sin que la unidad de la cosa juzgada ni la Ley exijan lo uno o lo otro, de modo que la ejecución de las respectivas sentencias—en el supuesto de optarse por juicios distintos—no tenga ningún tropiezo.

Como el punto anterior lo expusimos, sea que la intervención provenga de mandato legal o por solicitud de interesado, si hay consorcio entre el interviniente y una de las partes, el consorcio será facultativo o voluntario siempre que el citado no resulte vinculado al proceso por el hecho de la citación y conserve su libertad para concurrir o no a constituirse como parte. Y lo mismo sucederá cuando intervenga por su propia iniciativa, sin haber recibido citación ni ser forzoso hacérsela.

Como observa GUASP [55], la Ley «a veces autoriza, aunque no impone, esta situación procesal común por un principio de armonía y economía».

Aun en el caso de ser posible obtener sentencias separadas, se busca con ello evitar que sus resultados sean contradictorios en fuerza de las cuestiones análogas que han de ser resueltas a causa de la conexión o afinidad existente entre ellas [56].

Este litisconsorcio facultativo puede ser *inicial* o *sucesivo,* como queda dicho. El *inicial* puede distinguirse en *propio* o *impropio,* según que se exija un elemento de *conexión* o la simple *afinidad* u *homogeneidad* entre las pretensiones de cada demandante, además, desde luego, de la identidad parcial subjetiva necesaria para ambos casos, por ser la misma una de las partes —demandante o demandada—sea que se halle formada de uno o de varios sujetos. En el *sucesivo* se exige siempre la conexión y, por tanto, debe ser propio.

El consorcio *inicial* (voluntario o necesario) puede presentarse solo 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).

Se entiende por *conexión* 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 solo análogos o similares) de los varios que constituyen toda relación jurídico-procesal, que son: los sujetos (en cuanto a una de las partes demandante o demandada), la *causa petendi,* el objeto perseguido o 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; esto ocurre en aquellos juicios de conocimiento en que existen las mismas razones o los mismos fundamentos (de hecho y de derecho) y en los juicios ejecutivos en que para satisfacer las distintas pretensiones de los ejecutantes existen unos mismos bienes [57].

Téngase en cuenta lo que expusimos en el número 178 sobre la conexión en los litigios planteados en la misma demanda (cfr. núm. 225).

---

[55] Ob. cit., p. 217.

[56] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 125.

[57] CARNELUTTI: *Sistema,* t. II, núm. 131, e *Instituciones,* Buenos Aires, 1959, t. I, núms. 15 y 261.

CHIOVENDA habla de *litisconsorcio simple* o *propio* y de *litisconsorcio impropio.* El primero existe cuando entre los sujetos que forman la misma parte, como demandados o demandantes, *hay una relación jurídica común,* y puede ser *útil* o *facultativo* si sus respectivas pertensiones pueden ser formuladas por separado (pues de lo contrario sería necesario), como en el caso de que varios sean demandados como deudores de una obligación divisible; el segundo, o sea el *impropio,* se presenta cuando no existe esa relación jurídica común, e inclusive los sujetos que lo forman pueden tener intereses separados, pero sus litigios son afines. Esa afinidad consiste en que «las diversas relaciones jurídicas, aunque diferentes e independientes, tienen en común *un punto de hecho o de derecho a decidir* [58].

CARNELUTTI habla de *conexión jurídica,* por identidad del hecho o del efecto jurídico, en el primero; y de *identidad de cuestiones sin conexión de objeto o título* (expresamente admitida en el artículo 103 del Código italiano), «cuando el hecho o el efecto jurídico en que se resuelve la razón de la pretensión de varias litis distintas no sea idéntico, sino *similar* (lo cual puede ocurrir si la litis no son conexas por identidad de algunos de sus elementos)», siendo suficiente con «la identidad de las cuestiones de derecho» en razón de la amplitud del texto legal citado, amplitud que él considera excesiva y peligrosa [59]. En realidad se trata del mismo concepto expuesto por CHIOVENDA, pues es igual hablar de relación jurídica común o de conexión jurídica y de afinidad o de similitud en los litigios.

ROCCO distingue entre «conexión verdadera y propia y conexión impropia» para distinguir el litisconsorcio propio del impropio, y explica: «En el primero se tiene un litisconsorcio determinado por una relación de verdadera conexión; en el segundo, un litisconsorcio determinado por un vínculo de conexión impropia o de una mera *afinidad* (identidad, aun parcial, de cuestiones prejudiciales)» [60]. En esto ROCCO coincide con los autores anteriormente citados.

REDENTI opina que la conexión impropia, autorizada en la parte final del artículo 103 del Código de Procedimiento Civil italiano cuando se refiere a la «resolución de cuestiones idénticas», se la debe interpretar «en el sentido de que alude a varias causas similares entre sí en lo que atañe al hecho, y en las que no se controvierte ese hecho desde el punto de vista histórico, sino su calificación y clasificación jurídica o las consecuencias jurídicas que de él deban seguirse. Entonces se puede decir que desde el punto de vista intelectual (lógico y jurídico) es única (siempre la misma) la cuestión de resolver y única la solución que adopta para todas las causas» [61].

Conviene recordar que esa amplitud, quizá exagerada, del litisconsorcio impropio del Código italiano corre pareja con la facultad otorgada al juez por los artículos 103 y 104 para separar o escindir las causas a instancia de todas las partes, o cuando la continuación de su reunión retardaría o haría gravoso el proceso, pudiendo entonces remitir al juez inferior las causas de su competencia; esto tanto en el litisconsorcio facultativo como en la acumulación objetiva por pluralidad de pretensiones en la misma demanda contra una parte.

---

[58] CHIOVENDA: *Principios,* Edit. Reus, Madrid, 1941, t. II, p. 602-05, núm. 88.
[59] CARNELUTTI: *Instituciones,* t. I, núms. 15 y 261.
[60] ROCCO: *Trattato,* t. II, p. 110.
[61] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 313.

Vale la pena transcribir las disposiciones del Código de Procedimiento Civil italiano sobre esta materia:

«102. *Litisconsorcio necesario.* Si la decisión no puede pronunciarse más que frente a varias partes, estas deben accionar o ser demandadas en el mismo proceso.

»Si este es promovido por algunas o contra algunas de ellas solamente, el juez ordenará la integración del contradictorio en un término perentorio establecido por él.

»103. *Litisconsorcio facultativo.* Varias partes pueden accionar o ser demandadas en el mismo proceso cuando entre las causas que se proponen existe conexión por razón del objeto o del título de que depende, o bien cuando la decisión depende, total o parcialmente, de la resolución de cuestiones idénticas.

»El juez puede disponer, en el curso de la instrucción o en la decisión, la separación de las causas si hay solicitud de todas las partes, o bien cuando la continuación de su reunión retardaría o haría más gravoso el proceso, y puede remitir al juez inferior las causas de su competencia.

»104. *Pluralidad de demandas contra la misma parte.* Contra la misma parte pueden proponerse en el mismo proceso varias demandas, aun cuando no sean conexas en otra forma, siempre que se observe la norma del artículo 10, segundo apartado. Es aplicable la disposición del segundo apartado del artículo anterior».

El artículo 10 se refiere a la determinación del valor, sumando el de las varias pretensiones, y los intereses, gastos y daños anteriores a la demanda se suman al capital; es decir, se deja a salvo la competencia en razón del valor.

FAIRÉN GUILLÉN dice que hay litisconsorcio impropio «cuando fallan las identidades de los elementos necesarios citados de las pretensiones, pero existe cierta semejanza—homogeneidad—entre estas»[62]. Y explica que esos elementos de conexión son el subjetivo y el objetivo—*causa petendi* u objeto—. Es esencialmente el mismo concepto de los maestros italianos.

No puede distinguirse el litisconsorcio propio del impropio, fundándose en que el primero emana de *una* relación sustancial con pluralidad de sujetos y el segundo de «varias relaciones sustanciales con elementos *comunes* a diversos sujetos», como lo hace J. RAMIRO PODETTI[63], ya que en ambos casos existirá conexión, motivada en el último por la comunidad de elementos, de lo cual es forzoso deducir que son litisconsorcios propios. En el impropio no hay, precisamente, ninguna comunidad de elementos, sino *afinidad u homogeneidad o analogía o similitud,* como muy bien lo explican los autores citados, y es también nuestra opinión. CHIOVENDA trae estos ejemplos de acumulación por litisconsorcio impropio: de activo, cuando varios inquilinos demandan al arrendador por haber disminuido el goce de los locales arrendados, a consecuencia de *un hecho único,* a pesar de ser arrendamientos separados, y cuando varios contribuyentes reclaman la restitución de impuestos pagados en virtud de una misma interpretación equivocada de la Ley por parte del fisco; de pasivo, cuando el propietario de un predio obra contra varias personas que

---

[62] Ob. cit., p. 126.

[63] *Tratado de la tercería,* núm. 144, ed. 1949.

han introducido en él sus animales sin su consentimiento y perjudicándolo, y cuando el titular de una patente obra contra varias casas que, con actos análogos de concurrencia ilícita, le han perjudicado. Pero advierte que en los casos por pasivo solo es admisible cuando lo permita la competencia territorial. Naturalmente, estos conceptos son muy anteriores al actual Código de Procedimiento Civil italiano.

Por último, el litisconsorcio voluntario puede ser *simple* o *recíproco*. El primero 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 aquellas entre sí; por ejemplo: se demanda a varios deudores de una obligación, quienes, por 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 este, por su parte, *llama en garantía* al deudor en uso del beneficio de 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 esa parte plural, en cuanto tienen el interés común de la defensa o el ataque frente a la otra parte (por ejemplo, el interés común del demandado y el denunciado, frente al demandante, en cuanto ambos se oponen a sus pretensiones; o el fiador y el deudor, en cuanto tengan excepciones contra la validez, existencia o condiciones del crédito pretendido por el demandante).

184. Efectos procesales del litisconsorcio

Varios son los efectos del litisconsorcio, tanto en el terreno procesal como en relación con los derechos y obligaciones materiales que se ventilan en el juicio. Estudiaremos por separado cada uno de esos efectos.

A) *En cuanto a la sentencia*

El primer efecto procesal del litisconsorcio es el constituir una sola causa para ser resuelta mediante el 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 muchos casos de litisconsorcio voluntario (favorable a uno o varios y desfavorable a los demás). Pero cuando se trata de litisconsorcio necesario, la indivisibilidad o inescindibilidad de la situación jurídica impide una distinta solución para los varios sujetos que en ella concurren, como observa Guasp [cfr. núm. 181, letra A)].

La unidad de la sentencia se manifiesta en el hecho de que han de ser resueltas en ella todas las pretensiones y excepciones, lo mismo que en la circunstancia de que una vez ejecutoriada tiene igual valor vinculatorio para todos los litisconsortes demandantes y demandados e intervinientes, en cuanto les obliga lo que en ella haya sido resuelto. En ese sentido puede hablarse de la unidad de la cosa juzgada material, aunque esto no significa que siempre la

sentencia haya de producir cosa juzgada para todos o para ninguno, pues es posible que en virtud de circunstancias personales de algunos, cuando se trate de litisconsorcio voluntario, ella sea inhibitoria para ellos mientras para los demás lo sea de fondo o mérito, como sucederá cuando a los primeros les falte el interés para obrar o la legitimación en la causa y a los otros no (cfr. números 119 y 134), y también puede suceder en los mismos casos que se condene a unos y se absuelva a los demás temporalmente, como ocurrirá cuando se trate de obligaciones distintas o de una sola, pero divisible, y para unos esté pendiente un plazo o condición mientras que para otros sea exigible. Esto puede ocurrir solo cuando se trate de litisconsorcio voluntario, porque la naturaleza especial de la relación material discutida en los casos de litisconsorcio necesario impide que la decisión se divida y hace que ella sea de fondo o inhibitoria para todos, ya que no puede haber pronunciamiento sin la concurrencia de los obligados sujetos de la relación jurídico-procesal, y, por tanto, si respecto de uno de ellos no puede pronunciarse decisión de fondo, tampoco será esta posible en relación con los demás, de la misma manera que no cabe suponer una sentencia absolutoria o condenatoria solo para algunos de ellos. Si sobreviene la sentencia a pesar de estar ausente un litisconsorte necesario, ella no podrá obligarlo a pesar de no ser nula, por tratarse de un defecto de fondo.

Como observa HUGO ALSINA [64], en la acumulación necesaria «no solamente los hechos, sino también las defensas de las partes, deben ser consideradas uniformemente respecto de todos los litisconsortes, porque no cabe sino una sola decisión para ellos».

En el litisconsorcio voluntario la situación de cada uno puede ser muy diferente; si uno allana o confiesa, pero otro se opone o excepciona y prueba, aquel resultará condenado y este absuelto, y solo quien alegue y demuestre la falta de consentimiento en el contrato o la prescripción, o compensación, o transacción, o novación, o cualquiera otra excepción personal, resultará beneficiado con ella. Sin embargo, como dice J. RAMIRO PODETTI [65], «otras excepciones, como la cosa juzgada, la falta de legitimación sustancial activa en el contrario, la existencia del hecho o de la obligación, que son generales y comunes, deben necesariamente ser estimadas frente a todos, aunque solo alguno las haya opuesto». Se entiende que esto ocurre cuando la cosa juzgada se produzca en razón de una sentencia dictada en juicio entre las mismas partes, porque bien puede ocurrir que haya existido un juicio anterior con algunos de los litisconsortes voluntarios y no con los demás, en cuyo caso la excepción solo beneficiará a aquel, como es obvio. En el litisconsorcio necesario, dice el mismo autor, se impone «la unidad inescindible de la sentencia que debe dictarse, ya que el pronunciamiento principal debe ser único y cualquier excepción perentoria tiene efectos contra o a favor de todos».

La indivisibilidad de la sentencia y de la cosa juzgada en el litisconsorcio necesario trae como resultado que no puede ser posible la sentencia de fondo o mérito cuando no estén presentes todas las personas que la Ley determina como necesarios actores o contradictores, para los fines perseguidos con la demanda o las excepciones, como lo indicamos en el capítulo XIV [cfr. número 134, letra O)]. Si por ignorancia del juez se pronuncia sentencia que condena a los litisconsortes demandados y esta queda ejecutoriada, los ausentes

[64] ALSINA: *Tratado*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1941, t. I, p. 340.
[65] PODETTI: *Tratado de la tercería*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1949, núm. 152.

no pueden resultar obligados ni perjudicados con ella, con lo cual se presenta una complicada situación para la ejecución de la misma, porque respecto de esos ausentes del juicio no se produce la cosa juzgada. En efecto, dada la indivisibilidad de la relación jurídico-material objeto de la sentencia, su ejecución parcial no será posible y entonces ella no podrá llevarse a cabo sin perjudicar a esa persona contra quien ningún efecto puede producir, lo cual hará imposible la ejecución. (Cuando se trata de obligaciones indivisibles o solidarias es diferente, porque entonces la cosa juzgada material vincula a los acreedores o deudores que no concurrieron al juicio; pero entonces no existe litisconsorcio necesario, porque la Ley no exige que se demande a todos.) El demandante vencedor en ese proceso tendrá que iniciar uno nuevo, con citación no solo de este tercero, sino de quienes fueron sus demandados antes, ya que sin la completa formación del contradictorio no sería posible el pronunciamiento de una nueva sentencia de fondo o mérito; y entonces bien podrá acontecer que esa segunda sentencia sea favorable a los litisconsortes, pues el juez tendrá que resolver con absoluta independencia de lo que en la anterior se decidió, ya que por la misma unidad de la cosa juzgada material no puede existir para uno y no para otros. No puede alegarse la nulidad del juicio o de la sentencia por falta de citación de ese litisconsorte, precisamente porque él no ha sido parte ni ha resultado perjudicado con la sentencia y por tratarse de un problema de legitimación en la causa.

Creemos que es distinto el problema cuando la sentencia ha sido favorable a los litisconsortes necesarios demandados y uno o varios de ellos no estuvieron presentes en el juicio; porque esa sentencia que por error resolvió sobre el fondo de la litis produce cosa juzgada en favor de los demandados, y eso hace imposible que el demandante obtenga sentencia de fondo diferente en otro juicio contra quienes dejó de demandar en el primero, ya que la indivisibilidad de la relación jurídico-sustancial y de la cosa juzgada material haría que resultaran perjudicados aquellos por la condena impuesta a estos, y entonces con su pronunciamiento, y más aún con su ejecución, se violaría la cosa juzgada que existe ya en su favor. Además, si el demandante dirige su segunda demanda solo contra quienes en el primer juicio no fueron demandados, la sentencia de fondo sería imposible por falta del debido contradictorio; y si incluye también a los demandados anteriormente, ellos propondrían con éxito la excepción de cosa juzgada.

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 de imponerse entonces una inhibitoria, y ella es desfavorable a los demandantes, como no produce efectos de cosa juzgada contra los ausentes, estos podrán iniciar un nuevo juicio con la concurrencia o la citación de los primeros para que el contradictorio resulte completo y obtener sentencia favorable si prueban el derecho en debida forma. Aun cuando en principio parece que el demandado podría alegar la cosa juzgada frente a sus anteriores demandantes, como ella perjudicaría necesariamente a quienes no fueron partes en ese juicio, resultará así prácticamente inoperante esa excepción, ya que la decisión tendría que ser la misma para todos; se diferencia este caso del indicado de que se trate de obligaciones indivisibles o solidarias, porque entonces existe cosa juzgada para todos los acreedores o deudores, aunque no hayan concurrido al juicio. 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 juicio para conseguir una sentencia inhibitoria.

Téngase muy en cuenta que estas situaciones son diferentes de las que se presentan cuando el heredero demanda para la herencia o el comunero para la comunidad, a fin de obtener un efecto que *no sea indivisible,* pues entonces no existe litisconsorcio. Sin embargo, el éxito de la demanda vendría a favorecer a todos los herederos, mientras que el insuceso no impediría que los demás formularan demandas para su beneficio personal en la cuota o parte que les corresponda en la herencia o bien común, pero el primer demandante no resultará beneficiado con la sentencia favorable que los otros lleguen a conseguir. En esto último se diferencian estos casos de los de litisconsorcio necesario. Puede ocurrir, no obstante, que la demanda de un heredero o comunero contenga pretensiones que exijan un litisconsorcio necesario, como, por ejemplo, la nulidad de una venta hecha por el causante o por los comuneros en conjunto, y entonces tienen aplicación las anteriores consideraciones.

No hemos encontrado en los autores italianos comentario alguno sobre las varias hipótesis que nosotros hemos examinado, seguramente porque, dada la facultad que el Código de Procedimiento Civil italiano les otorga a las partes e inclusive a los jueces para promover la integración del contradictorio (cfr. números 134 y 182), esas situaciones son allí de muy difícil ocurrencia.

Tampoco hemos encontrado un estudio de estos puntos en las obras españolas, argentinas y alemanas que hemos citado.

B) *En lo que hace al procedimiento*

Consecuencia de la unidad de procedimiento es la de que los términos para interponer recursos son comunes o corren simultáneamente para todos los litisconsortes.

También los términos de traslado distintos del de la demanda son comunes para los litisconsortes.

C) *En cuanto a los efectos de los actos procesales de las partes*

Son muchos los actos de un litisconsorte que benefician a los demás. Así ocurre con la interrupción del término para la *caducidad de la instancia* por inactividad de la parte que la ha producido (demandante en la primera y apelante en la segunda), pues cualquier memorial de uno de ellos trae la interrupción en favor de todos; otro ejemplo es el de la tacha o el rechazo de un documento privado para que no se considere como reconocido tácitamente, pues formando los varios litisconsortes una sola parte, basta con que uno de ellos lo rearguya de falso o lo objete o rechace para que quien lo presentó deba demostrar su autenticidad; también la *oposición a la demanda* que haga uno de los demandados favorece a todos.

No sucede lo mismo respecto a los *efectos de la confesión* y del *reconocimiento de documentos,* pues estas manifestaciones solo obligan a quien las hace. Si se trata de litisconsorcio voluntario, la sentencia tendrá que recono-

cerle pleno valor a la confesión o reconocimiento contra ese litisconsorte y condenarlo en consecuencia, a pesar de que respecto de los demás no valga y de que en virtud de las pruebas aducidas al juicio deban resultar éstos absueltos. Esto ocurre inclusive en acciones sobre el estado civil de las personas (investigaciones o impugnaciones). Si la obligación es solidaria, el resultado será igual, es decir, no existe litisconsorcio necesario y el demandado que confesó y resultó condenado debe cumplirla en su totalidad; si no hay solidaridad, deberá condenársele a cumplir la parte o cuota correspondiente. Cuando el litisconsorcio es necesario, la confesión de uno o de varios apenas puede servir de indicio, porque la decisión tiene que ser igual respecto de todos y los demás no pueden perjudicarse por ella [cfr. letras *f*) y *g*)]. Según GUASP, «hay dentro de la unidad del proceso tantos objetos procesales, es decir, pretensiones u oposiciones, como litisconsortes existan enfrentados» [66]. Pero esto es cierto solo en el litisconsorcio voluntario.

Las *excepciones* propuestas por cualquiera de los litisconsortes benefician a todos, lo mismo que las *pruebas* que se presentan para sustentarlas [cfr. letra *f*)]. Sin embargo, cuando se trata de excepción personal, que conforme a la Ley debe ser alegada expresamente, solo beneficia al litisconsorte que la invoca si se trata de litisconsorcio voluntario, pues en el necesario favorece a todos. Lo mismo ocurre con el pago, la transacción, la novación y con otras excepciones, como la de plazo o condición pendiente o la falta de prueba de la legitimación en causa de uno de los demandados, las cuales pueden beneficiar solo al litisconsorte voluntario en cuyo favor hayan operado.

D) *En materia de alegaciones*

GUASP distingue los casos de litisconsorcio propiamente necesario de los demás (voluntario e impropiamente necesario), para sostener la tesis de que solo en los primeros la actividad de uno de los litisconsortes favorece a los otros en materia de alegaciones, pruebas y recursos [67]. No compartimos esta opinión en cuanto a alegaciones, excepciones (con las salvedades explicadas) y pruebas; pero sí respecto a los recursos, con algunas limitaciones, que en seguida veremos.

El juez debe conocer y aplicar el derecho e informarse del material probatorio que exista en el juicio, de manera que las alegaciones que se presenten lo llevarán al estudio de esos dos aspectos de la litis en beneficio de todos los interesados y no solo de los autores de esos escritos o exposiciones orales.

Cuando se trata de peticiones concretas que se refieran a uno o a varios de los litisconsortes, por lo general favorecen o afectan a estos solamente. En cambio, como observa FAIRÉN GUILLÉN [68], las que se enderecen a combatir la situación procesal de la contraparte o el total de sus pretensiones (como su capacidad, su legitimación en causa o interés para obrar, la nulidad del proceso, la declaración de confeso, la caducidad de la instancia, la sanción por no devolver los autos, el nacimiento del derecho pretendido), favorecen a todos, trátese de litisconsortes necesarios o voluntarios. Esto con la salvedad que he-

[66] GUASP, ob. cit., p. 219 y 220.
[67] GUASP, ob. cit., p. 220.
[68] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 133.

mos anotado respecto a la excepción de prescripción y de compensación que deben ser alegadas por cada litisconsorte voluntario.

E) *En cuanto a las pruebas aportadas*

La verdad procesal que resulte de las pruebas allegadas al expediente no puede dividirse para que ella surta efectos en relación con unos y no con otros de los interesados; el juez la debe tener en cuenta para todos los efectos procesales, y los hechos estarán o no demostrados en el proceso para que el juez los reconozca o no, sin consideración a la parte que presentó la prueba.

Creemos que el derecho pretendido por el demandante puede ser deducido no solo de las pruebas aportadas por él, y si son varios, por cualquiera de ellos, sino inclusive de las llevadas por el demandado. Esta conclusión nos parece evidente en cualesquiera legislaciones en que no exista una norma expresa que disponga lo contrario.

FAIRÉN GUILLÉN [69] dice, al tratar de litisconsorcio necesario y cuasinecesario, que las actividades probatorias promovidas por un litisconsorte presente en el proceso surten efecto en referencia a los demás ausentes (se entiende que han sido citados o notificados en debida forma, pero permanecen inactivos); nada advierte al respecto cuando explica el litisconsorcio voluntario, pero como acepta que en este las alegaciones que se dirijan a desvirtuar en su totalidad la posición de la parte contraria deben favorecer a todos los litisconsortes, con igual razón se deduce la misma consecuencia en materia del aporte de pruebas para demostrar las obligaciones del demandado frente a todos los demandantes o las excepciones que ataquen en su totalidad las pretensiones de estos y conlleven la absolución de todos los demandados.

Nada dice ROCCO sobre este punto, pero al estudiar la carga de la prueba y el modo como esta se rinde en el proceso, no hace distinción alguna acerca del origen de la prueba o de la persona que las presenta, y se limita a observar que los hay «provenientes de las partes» y «provenientes de terceros» [70].

CARNELUTTI [71] no expresa una opinión clara acerca de este punto, y al tratar sobre el valor de los medios de prueba, tampoco hace distinción en razón de su origen. Creemos que el concepto de CARNELUTTI coincide con el nuestro, no solo por la razón anterior, sino porque al tratar de la carga de la prueba dice: «*La carga de la prueba atañe a la búsqueda de las pruebas, no a la inspección ni a la valorización de ellas*; cuando la persona o la cosa que hace la prueba es introducida en el proceso, la potestad del juez de someterla a la inspección o de extraer de ella elementos para su convencimiento no está subordinada a iniciativa de alguna parte.» Esto significa no solo que el juez oficiosamente debe valorar e inspeccionar la prueba, sino que no exige que haya sido aportada por la parte, y menos por el litisconsorte, para que de ella se deduzcan efectos a su favor, pues es suficiente que exista en el proceso y se haya practicado en forma regular y legal.

ALSINA considera que en materia de prueba es necesario distinguir si se trata de acumulación subjetiva «propia, impropia o necesaria» (debe entender-

---

[69] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 133 y 147.
[70] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 187 y ss.
[71] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núms. 260 y ss., y t. III, núms. 433 y ss.

se voluntaria o necesaria), y dice: «En los dos primeros casos, por lo mismo que son posibles sentencias contradictorias, según hemos dicho, cada diligencia debe ser considerada aisladamente, no solo desde el punto de vista de su producción, sino también de su apreciación, a menos que se trate de un hecho común que deba ser examinado respecto de todos los litisconsortes, porque no es posible que se convenza de la verdad de ese hecho respecto de uno y no respecto del otro. En la acumulación necesaria, por el contrario, no solamente los hechos, sino las defensas de las partes deben ser considerados uniformemente respecto de todos los litisconsortes, porque no cabe sino una sola decisión para todos ellos» [72]. Más adelante agrega, refiriéndose también al litisconsorcio necesario: «La prueba debe analizarse en conjunto y solo se tendrá acreditado un hecho cuando lo fuere respecto de todos. Si todos los litisconsortes reconocen un hecho y uno lo discute, el hecho deberá ser probado, y si no es probado, no puede ser admitido frente a ninguno. La confesión y el juramento de un litisconsorte no pierde eficacia respecto de él, pero no puede influir en la sentencia si no está probado con relación a los otros litisconsortes» [73].

Estamos de acuerdo con ALSINA en lo referente al litisconsorcio necesario y a los efectos de la confesión y el reconocimiento de documentos cuando de él se trata, opinión que es la misma de CHIOVENDA [74]; pero rechazamos la tesis de que en el voluntario debe examinarse «el punto de vista de su producción» para estimar la prueba en favor de uno de los interesados, como hemos expuesto. PODETTI sostiene la misma tesis que nosotros al tratar del litisconsorcio voluntario, pues dice: «En cuanto a la prueba, el principio de adquisición procesal permite que sea utilizada en beneficio de cada litisconsorte (como puede serlo del adversario) la prueba ofrecida por otro.» Observa que otra cosa es que la prueba de los hechos particulares referentes a cada posición individual corresponda personalmente a cada litisconsorte y que de la prueba de uno no puede deducirse que la posición de los demás es idéntica, a menos que se trate de demostrar la existencia o inexistencia de un hecho común» [75]. Esto no impide que se utilice en favor de uno la producida a instancia de otro, inclusive de la parte contraria, lo que con mayor razón ocurre si se trata de litisconsorcio necesario, porque «el juez deberá correlacionar toda la rendida, ya que el pronunciamiento principal debe ser único»; e inclusive cuando dos litisconsortes hayan llevado prueba contradictoria, «la sentencia apreciará esas pruebas opuestas, como en los casos comunes, sin considerar la posición de quien las produjo» [76].

F) *En materia de recursos y nulidades*

De suma importancia es el estudio de los efectos que para los litisconsortes debe producir el recurso interpuesto o la nulidad alegada 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 dife-

[72] ALSINA, ob. cit., t. I, p. 340.
[73] ALSINA, ob. cit., t. I, p. 342.
[74] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, p. 619, núm. 88.
[75] PODETTI: *Tratado de la tercería*, núm. 159.
[76] PODETTI, ob. cit., núm. 164.

rente en el uno y en el otro, ya que existe mayor independencia en el primero, por tratarse de pretensiones que bien pueden ventilarse separadamente.

I. *En el litisconsorcio voluntario*

Por lo general, en el litisconsorcio voluntario los recursos benefician solo a quien los propone. PODETTI le da un carácter absoluto a este principio, pues dice: «El recurso debe abrirse respecto a cada litisconsorte. Así, si el proceso es fallado en contra de los litisconsortes y alguno de estos no apela, aunque la sentencia definitiva sea revocatoria, carecería de efectos en favor de quienes la dejaron de consentir.» Agrega que si obtiene sentencia favorable y la parte contraria apela, pero excluye del recurso a uno de los litisconsortes, se tendría un desistimiento o allanamiento respecto al favorecido, que si bien no puede influir en el resultado de la sentencia, en el caso de que esta sea revocada, impedirá su ejecución en contra del excluido. Y concluye diciendo: «Los principios expuestos creo son válidos para todos los recursos, aun para el de nulidad», excepto cuando esta se deba a vicios alegados antes de la sentencia, porque no podría escindirse el procedimiento posterior en dos vías: una nueva y otra manteniéndose la actuación anulada [77]. ALSINA se limita a decir que la «formación de la cosa juzgada puede verificarse de distinta manera respecto de los litisconsortes, según que estos consientan o recurran de la sentencia» [78].

La doctrina española sigue la misma orientación. FAIRÉN GUILLÉN expone:

«La independencia de cada litisconsorte en su posición sustancial con respecto a los demás se manifiesta con respecto al problema de los recursos; los interpuestos aprovecharán—o perjudicarán, salvo las prohibiciones generales de *reformatio in peius*—solamente a quienes en ellos sean partes, esto es, a quienes lo son en el litigio por razón del cual se recurrió. La sentencia recaída y no impugnada por otros litisconsortes queda firme para ellos y surte sus efectos. Aquí es donde mejor se puede ver cómo la sentencia común contiene en realidad varias resoluciones sobre varios litigios conexos, pero no idénticos» [79].

DE LA PLAZA observa que «la sustantividad de cada una de las relaciones acumuladas permite otorgar trato diverso a sus titulares, ligados en esto solo por razones de economía procesal» [80]; y al tratar de los recursos, dice: «Juegan en materia de impugnación procesal los principios rectores del litisconsorte voluntario y necesario; y por eso, cuando se suscita, quien no está ligado por el vínculo de una relación única o de carácter solidario o indivisible solo puede aprovecharse de la impugnación si se adhiere a ella» [81]. Es decir, que si se trata de litisconsorcio voluntario o facultativo, el litisconsorte que no se adhiere a la impugnación no se beneficia con ella, a diferencia de lo que ocurre en el necesario. GUASP considera que «un litisconsorte voluntario que recurra no aprovecha a los demás, aunque este punto está muy discutido» [82].

---

[77] PODETTI: *Tratado de la tercería*, núm. 154.
[78] ALSINA: *Tratado*, t. I, p. 342.
[79] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 136.
[80] DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 294.
[81] Ibídem, p. 602.
[82] GUASP, ob. cit., p. 220.

En Italia, CHIOVENDA dice que «la formación de la cosa juzgada puede verificarse de manera y en tiempos distintos respecto de los varios litisconsortes», y agrega: «La renuncia a un medio de impugnación propuesta puede hacer que la sentencia pase a cosa juzgada respecto de uno y no respecto de los demás.» Advierte luego que existen algunas disposiciones del antiguo Código de Procedimiento Civil italiano (arts. 469, 470 y 471) que atenúan el rigor de ese principio; así, cuando se trata de cosa *divisible* (inclusive si la obligación es solidaria), el vencido en la sentencia puede declarar que la acepta en cuanto a la parte contra quien no quiere impugnarla, al paso que si es una *cosa indivisible*, la impugnación debe proponerse contra todos o contra nadie, y «siendo firme respecto a uno de los litisconsortes vencedores en cosa indivisible, la sentencia es firme respecto de todos»; sin embargo, cuando el recurso de reforma o nulidad es propuesto contra uno solo, se le da curso, pero el juez ordena la integración del contradictorio.

Cuando los litisconsortes son vencidos y la demanda de impugnación es propuesta por uno solo, si el litisconsorcio no era necesario en la primera instancia, tampoco lo es en la segunda; pero, en caso de *indivisibilidad*, la Ley provee con otros medios «para extender a los demás consortes la eficacia de la demanda de reforma propuesta por uno solo, como si este representase a los demás»; así, en el caso del artículo 470, «esta eficacia consiste en que los litisconsortes vencidos pueden hacer adhesión a la demanda propuesta por uno de ellos, aunque no estén ya dentro del término para impugnar la sentencia en vía principal», pero «dentro de los límites de la reclamación principal *para los extremos en los cuales* (el litisconsorte adherente) *tiene interés común* con el reclamante»; y en los casos regulados por el artículo 471, «la sentencia de reforma o nulidad obtenida por aquel que había propuesto la impugnación *ayuda* también a los litisconsortes, pero no en todo caso de interés común que había autorizado la adhesión, sino únicamente en tres casos determinados», que se señalan en ese texto, y la reforma de la sentencia obliga a los demás litisconsortes según la naturaleza de la obligación y no según su capricho o voluntad.

Finalmente, observa CHIOVENDA: «A veces la contienda es indivisible, aunque el objeto de la obligación sea divisible. Esto ocurre cuando se produce una sentencia interlocutoria que contiene una resolución instructora única respecto de todos los litisconsortes. En estos casos puede suceder que la resolución sea inescindible, esto es, que debe necesariamente desaparecer o quedar respecto de todos. Mejor aún que como una contienda en cosa indivisible, el caso deberá tratarse como un litisconsorcio necesario, incidente también en el litisconsorcio simple» [83].

Observamos nosotros que en presencia de un objeto o cosa indivisible el litisconsorcio es necesario, y, por tanto, los efectos que para todos producen los recursos en este caso no se aplican en realidad al litisconsorcio voluntario o facultativo.

Así, pues, de las opiniones de CHIOVENDA sacamos como conclusión que en el litisconsorcio voluntario el recurso interpuesto contra un litisconsorte o por uno de estos no favorece a los demás, por tratarse de cosa u obligación divisible.

En ROCCO no encontramos concepto alguno acerca de este punto, y en cuanto a REDENTI, sus observaciones dan a entender que el litisconsorcio no

[83] CHIOVENDA: *Principios*, Edit. Reus, Madrid, 1941, t. II, p. 622-28, núm. 88.

impide que surjan decisiones diversas en la sentencia por falta de impugnación de uno de los interesados, lo que significa que el recurso interpuesto por uno no favorece a los demás. En efecto, dice que también en el proceso unificado puede acontecer que «contra una sentencia que decida de las varias acciones proponga una parte por su cuenta medios de impugnación y otra no, con la consecuencia final de que también del proceso único (o hasta cierto punto único) surjan decisiones diversas»[84].

El actual Código de Procedimiento Civil italiano reglamenta esta materia en los artículos 331 y 332, el primero de los cuales dice que si se trata de «causa inescindible» o de «causas dependientes entre sí», es indispensable la integración del contradictorio para los efectos de la impugnación, al paso que si la sentencia ha sido pronunciada en «causas escindibles», si la impugnación «ha sido propuesta solamente por alguna de las partes o frente a algunas de ellas, el juez ordena su notificación a las otras frente a las cuales la impugnación no está precluida o excluida» y fija el término para ello; el proceso queda suspendido si no se lleva a cabo la notificación, mientras no hayan transcurrido los términos previstos en los artículos 325 y 327, primer apartado. Estos textos disponen que el término para proponer la apelación, la revocación y la oposición de tercero es de diez días contra la sentencia de los conciliadores, y de treinta contra las sentencias de los pretores y tribunales, y que, independientemente de la notificación, la apelación, la casación y la revocación por los motivos indicados en el artículo 395, numerales 4 y 5, no se pueden proponer después de transcurrido un año a partir de la publicación de la sentencia, a menos que la parte contumaz demuestre no haber tenido conocimiento del proceso de impugnación por nulidad de la citación o de la notificación de ella, o por nulidad de notificación de los actos a que se refiere el artículo 292.

Comentando esas disposiciones del Código italiano, dice CARNELUTTI[85]: «En cambio, en la hipótesis de procedimiento impugnado con litisconsorcio facultativo el régimen de la integración es distinto; también, en tal caso, si la impugnación la propone solo alguna de las partes que tiene legitimación e interés para la rescisión o en contra no solo de alguna de las partes legitimadas e interesadas para la no rescisión de la sentencia, el juez debe ordenar la integración, pero esta no se extiende ya en todo caso a todas las partes del procedimiento impugnado, sino solo a aquellas frente a las cuales la impugnación no está precluida o excluida (art. 332); la impugnación se excluye en contra de las partes vencidas que hayan hecho o respecto de las cuales se haya hecho aquiescencia, se precluye en contra de las demás, respecto de las cuales haya transcurrido el plazo para impugnar.»

Dice luego CARNELUTTI que si en el plazo fijado por el juez no se ha introducido el procedimiento de impugnación también respecto de las otras partes indicadas en el artículo 332, con su llamamiento o su comparecencia espontánea al juicio de impugnación, queda este suspendido «hasta que también por tales partes o en contra de tales partes haya sido propuesta la impugnación, o queda esta respecto de ella excluida o precluida». Sigue diciendo que cuando el litisconsorcio es voluntario, el procedimiento de impugnación puede desarrollarse sin la presencia de todos aquellos que han sido partes en el procedimiento impugnado, y concluye: «Cuando el litisconsorcio haya sido nece-

[84] REDENTI: *Derecho procesal*, Buenos Aires, 1957, t. I, p. 312.

[85] CARNELUTTI: *Instituciones*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1959, t. II, núm. 537.

sario en el procedimiento impugnado, es necesario también en el procedimiento de impugnación; en cambio, si ha sido facultativo en aquel, facultativo también es este; por eso la integración prevista por el artículo 332 debe denominarse *integración facultativa.*»

Como puede apreciarse, se trata de una reglamentación muy completa. Nuestro Código nada dice al respecto y tampoco se encuentra norma alguna en leyes complementarias ni en el Código Civil. La *Ley de Enjuiciamiento Civil* española tampoco trae normas al respecto. De manera que en materia de litisconsorcio voluntario el estatuto legal español y el nuestro son iguales.

El sistema italiano nos parece inconveniente por las demoras que implica. En él se consagra el principio de que en el litisconsorcio voluntario los recursos o impugnaciones de uno o varios de los litisconsortes pueden dejar de producir efectos para los demás (si no se procede a esa «integración facultativa» del contradictorio, de que nos habla CARNELUTTI). En eso coincide con nuestro sistema y también con el español y el argentino.

En nuestro Código y en el español, la situación de los litisconsortes facultativos o voluntarios es, por regla general, independiente en materia de recursos, ya que sus diversas peticiones constituyen verdaderas pretensiones independientes y litigios distintos cuando se trata de procesos contenciosos, por lo cual bien pueden formularse en procesos separados. Por consiguiente, el recurso que interponga uno de ellos no favorecerá, por lo general, a los demás litisconsortes, para quienes la providencia (sentencia, auto interlocutorio o auto de sustanciación) quedará en firme al vencerse el término señalado para recurrirla (C. J., arts. 487, 488, 491, 493, 512, 521). De la misma manera, si la parte litisconsorcial ha triunfado en la primera instancia o en cuestión interlocutoria, la parte contraria podrá recurrir de la sentencia o del auto solo en aquello que favorezca a uno o varios de los litisconsortes, o aceptarla expresa o tácitamente (lo último por la no impugnación) en cuanto a lo resuelto en favor de los demás. Si quien lo hace es el demandante, existirá un tácito desistimiento de la demanda respecto a estos, sin que ello influya en la decisión que el tribunal o el juez de segunda instancia deba adoptar en su sentencia en relación con los demás.

Pero esa regla general tiene excepciones. Como observa CHIOVENDA [86], suele suceder que la resolución sea inescindible, aun cuando el objeto de la litis pueda ser dividido, y entonces el recurso interpuesto por un litisconsorte (y nos atrevemos a decir que por cualquiera de las partes, inclusive un tercerista o interviniente principal no litisconsorcial), viene a producir la confirmación o revocación o la reforma de la providencia, respecto de todos, sea que los beneficie o los perjudique.

Hay providencias que en verdad contienen varias decisiones, cada una de las cuales puede referirse a uno de los litisconsortes personal o individualmente, o a distintas partes principales, en razón de solicitudes propias. Entonces es obvio que el recurso interpuesto por uno de ellos contra el punto contenido en el auto o sentencia, que a él solo se refiere, no puede perjudicar ni beneficiar a los demás, cuyas situaciones procesales resultan totalmente independientes respecto de los puntos que al primero atañen. La aquiescencia que se deduce de dejar transcurrir el término sin recurrir, o la aceptación expresa, por parte de algunos, dejará en firme para ellos los puntos que les

[86] CHIOVENDA: *Principios*, edic. cit., t. II, p. 622-28, núm. 88.

resuelven sus peticiones, no obstante la reposición o apelación que los demás interpongan (a menos que la reforma que deba hacerse en unos puntos obligue a modificar los otros para evitar decisiones contradictorias, como ocurre en materia de apelación con la *reformatio in pejus*).

Pero se producen otras providencias que, por el contrario, resuelven sobre cuestiones procesales comunes que miran al trámite del juicio, a la existencia de presupuestos procesales que afecten su validez general, a incidentes de nulidad o de colisión de competencias o de recusación, o a cualesquiera otras circunstancias obligadamente comunes. Entonces, a pesar de esa independencia teórica de los litisconsortes voluntarios, la impugnación de cualquiera de ellos viene a producir una reforma en la decisión o una nulidad en el procedimiento o un efecto en cuanto a la validez o la procedencia del decreto de unas pruebas o de su recepción, etc., que favorece o perjudica a los demás. Se tratará de providencias que no resuelven sobre el *petitum* de la demanda ni sobre las excepciones perentorias que contra esta se hayan formulado.

Cuando se trata de *recursos contra las sentencias* y, por 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 diverso sentido respecto de unos u otros, tal como podrá ocurrir si sus pretensiones o defensas se ventilaran en procesos separados. Por consiguiente, si hay una condena de primera instancia contra ellos y algunos la consienten o no recurren por olvido o descuido, ella tendrá todos sus efectos y los obligará, aun cuando los demás obtengan éxito y resulten así absueltos total o parcialmente.

II. *En el litisconsorcio necesario*

La naturaleza especial de la relación jurídico-sustancial que es objeto del juicio hace que en los casos de litisconsorcio necesario la suerte de los distintos litisconsortes sea común e interdependiente. La circunstancia de que no sean posibles juicios separados ni sentencias divididas, impide que se surta la cosa juzgada para uno y no para otros, y exige que la decisión en ella contenida sea la misma para todos [cfr. punto *a*)]. Esto trae como consecuencia que los recursos interpuestos por cualquiera de ellos favorecen o perjudican a los demás, sea cuando se trate de impugnar la sentencia, sea cuando se intente recurrir contra autos interlocutorios o de sustanciación, aun cuando algunos los hayan consentido, y siempre que no se trate de cuestiones que se refieran a solicitudes personales formuladas en el curso del juicio. Sin embargo, puede acontecer que en estos juicios se resuelva alguna cuestión personal de un litisconsorte, como su representación por un apoderado o curador o por su padre o madre, o la entrega de costas consignadas a su favor o el desglose de documentos presentados por él, y entonces no podría suplirse su recurso por el de otro de los litisconsortes.

El inciso 3.° del artículo 1.252 del Código Civil español contiene una norma sobre este particular, cuando al tratar de la cosa juzgada dice: «Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o *estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por lo que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlas u obligación de satisfacerlas.*»

La doctrina y la jurisprudencia españolas han entendido esa norma en el sentido de que en ella se consagra el principio de la unidad de la cosa juzgada en los casos de litisconsorcio necesario, conforme al cual ella debe ser la misma para todos y la sentencia debe obligarlos por igual. DE LA PLAZA opina que, inclusive «cuando se trata de relaciones conexas, impuestas por la naturaleza del vínculo que liga a las partes en consorcio necesario, sus efectos pueden trascender a los que no intervinieron en la litis..., la resolución dada respecto de uno tiene que afectar forzosamente a los demás» [87]. FAIRÉN GUILLÉN dice: «Todo litisconsorte necesario o cuasinecesario puede interponer los recursos admisibles según la Ley (sentencia del Tribunal Supremo del 6 de marzo de 1946). El recurso interpuesto por uno de ellos aprovecha a los demás, según el principio de representación ya expuesto.» Luego observa que esa doctrina se halla establecida en las *Siete Partidas* (Ley V, título XXIII, partida III) [88]. Más adelante agrega: «La cosa juzgada material, como se dijo, a título de punto de partida, afecta a todos los litisconsortes necesarios y cuasinecesarios» [89]. De la misma opinión es GUASP, quien dice: «Un litisconsorte necesario que recurra sí favorece a los demás, de no mantenerse el criterio de que también para apelar hace falta mantener la unión procesal del primer grado; en cambio, la cosa juzgada material se da o no se da, indistintamente, respecto a todos» [90]. Se refiere GUASP a la unión procesal que se presenta en la ley española al exigir la representación por un mismo apoderado de los litisconsortes necesarios, que no se exige en Colombia.

Debemos observar que el concepto de DE LA PLAZA acerca de la formación de la cosa juzgada material respecto a los litisconsortes necesarios que no hubieran estado presentes en el juicio, solo tiene aplicación en Colombia, como lo estudiamos en el punto A) de este número, cuando se trate de obligaciones solidarias o indivisibles, en virtud de lo dispuesto por el artículo 474 de nuestro Código Judicial (con la observación de que no siempre hay litisconsorcio necesario en las obligaciones solidarias, porque generalmente el acreedor puede demandar por el todo a cualquiera de los deudores solidarios).

La doctrina italiana es uniforme en esta materia, y ya vimos que el nuevo Código contempla el litisconsorcio necesario por el aspecto de la inescindibilidad de la causa. Como explica CARNELUTTI [91], la integración es *necesaria* en el proceso de impugnación, y si esta ha sido propuesta en tiempo solo por uno o varios de los litisconsortes, «es eficaz para determinar la renovación del procedimiento respecto de todas las otras». Solo que allá se exige la citación de quienes no impugnaron, en el plazo fijado por el juez, o su voluntaria concurrencia, al paso que en nuestro Código se subentiende esa citación por el hecho de notificarse el auto que otorga la apelación mediante simple acto secretarial o estado, y luego, en el despacho del superior, el auto que ordena fijar en lista el negocio (en las apelaciones) o que admite el recurso (en la casación). Sin duda, nuestro sistema es más lógico, además de ser más rápido, porque no se justifica que a quienes son ya partes en el juicio sea necesario volverlos a citar o notificar personalmente, pues es un deber de los apoderados o de las mismas partes, si actúan personalmente por tener la calidad de abogado, vigi-

[87] DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 296.
[88] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 150.
[89] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 152.
[90] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 220, y ed. 1962, p. 213.
[91] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. II, núm. 537.

lar el proceso y asumir la defensa de los intereses que representan, en toda su secuela.

También la doctrina argentina es uniforme en el mismo sentido. ALSINA nos dice: «En estos casos las partes no son autónomas, sino que los actos de una benefician o perjudican a las otras, según las disposicionees de las leyes sustantivas. Esto se explica porque no puede haber más de una sentencia para los litisconsortes, y así, por ejemplo, aunque uno de ellos hubiera consentido la sentencia, esta no producirá efecto de cosa juzgada sino cuando lo fuere respecto de todos los litisconsortes, de tal manera que basta que uno de ellos haya interpuesto recurso de apelación para que la sentencia se considere recurrida respecto de todos, aunque solo podrá expresar agravios el que hubiese apelado» [92]. Por su parte, el profesor RAMIRO PODETTI dice: «Si bien cada litisconsorte puede adoptar frente a la sentencia la actitud que le parezca, consintiéndola o recurriéndola, la sentencia de alzada tendrá efectos contra todos. El litisconsorte que la consintió no tendrá derecho a intervenir en la sustanciación, pero si la sentencia es revocada, tiene también efectos en su favor» [93].

En Colombia no hay norma que impida al litisconsorte que no apeló intervenir en el trámite de la segunda instancia, presentando alegaciones e inclusive solicitando pruebas en los casos en que ello es permitido. De manera que es esta una importante diferencia con el sistema argentino, y nos parece mejor el nuestro, porque el carácter de interés público que reviste hoy el proceso, en sus varias etapas, justifica oír a todas las partes en la segunda instancia, para mayor facilidad del juzgador en el camino de lograr la certeza jurídica. En casación, en cambio, solo interviene el recurrente para formular su demanda y el opositor para controvertirla.

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 incondicionado, surtirá efectos respecto a todos los litisconsortes, como es obvio. La dificultad ocurre cuando se excluye del recurso a uno o a varios de los litisconsortes, es decir, cuando se consienta la sentencia en cuanto a ellos se refiere y se apele o se interponga casación en cuanto a los demás. CHIOVENDA y PODETTI estudian este punto y están en desacuerdo. Según el primero [94], ese acto de la parte contraria produce la cosa juzgada para todos, «haciendo imposible la impugnación separada de una sentencia que ya causa estado respecto de uno y que no puede ser sino una para todos»; para el segundo [95], ese criterio no es procedente, pues «el apelante, al deducir su recurso, declara explícitamente su disconformidad con el fallo, que es uno y único» y el solo efecto en favor del excluido sería el de liberarlo de las costas de la alzada, siempre que no intervenga en ella.

El concepto de PODETTI tiene el defecto de ir contra la clara voluntad del apelante, pues si este ha manifestado consentir la sentencia respecto de alguno de los litisconsortes (lo que ocurrirá cuando así lo diga o por hecho de apelar manifestando que lo hace solo respecto de los demás o excluyendo a aquel), no nos parece lógico deducir que esté manifestando su inconformidad contra la sentencia en todas sus partes y aspectos y respecto a todos sus adver-

[92] ALSINA, ob. cit., t. I, p. 342.
[93] PODETTI: *Tratado de la tercería*, p. 340.
[94] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, p. 622-23, núm. 88.
[95] PODETTI, ob. cit., p. 341.

sarios. Esa renuncia tiene que producir efectos mayores que los de la liberación del pago de costas en la segunda instancia, y así, por ejemplo, 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 instancia, creándose una situación igual a la que se presenta cuando uno de los necesarios contradictores no ha concurrido al juicio, es decir, que tampoco se podría ejecutar la sentencia contra los otros litisconsortes, a menos que se trate de obligaciones solidarias o indivisibles [C. J., art. 474; cfr. letra *a*)].

De manera que CHIOVENDA no andaba mal encaminado al exponer su concepto, pese a que quizá no supo redactarlo adecuadamente. Nosotros creemos que no puede producirse la ejecutoria de la sentencia por una apelación o casación así limitada o condicionada, porque ello iría contra la expresa voluntad de recurrirla en tiempo y por el modo adecuado, y porque no existe un texto legal que exija interponer el recurso respecto a todos, so pena de ser ineficaz. Pero el juzgador de segunda instancia o de casación se encontraría entonces ante un contradictorio incompleto, ya que ese desistimiento de la demanda en favor del litisconsorte excluido (si quien recurrió era demandante) o la aceptación de la primera sentencia en cuanto a uno de los necesarios contradictores se refiere, traería la consecuencia de dejar a ese litisconsorte fuera del debate judicial; y entonces la *sentencia de segunda* instancia o de *casación* tendría que ser inhibitoria en cuanto a resolver en el fondo el recurso, dejándose en firme la de primera o la segunda, si el recurso era de casación.

La diferencia entre nuestro concepto y el de CHIOVENDA consiste en que, según este, debería rechazarse el recurso interpuesto y declararse ejecutoriada la sentencia por el juez o tribunal que la dictó, al paso que para nosotros, como no se causa la ejecutoria, es el juez o tribunal o Corte que conoce del recurso quien puede pronunciarse sobre los efectos de esa parcial aceptación del fallo recurrido al dictar la sentencia en la apelación o al *resolver sobre la admisión del recurso* en la casación.

G) *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 tanto, cuando los litisconsortes sean demandados y se desista de la demanda o se celebre transacción respecto de uno o con unos solamente, valdrán sin dificultad si se trata de litisconsortes voluntarios, pero traerán las consecuencias de la aceptación del fallo adverso respecto de unos y no de otros, si son litisconsortes necesarios. Al quedar incompleto el contradictor necesario, la sentencia de mérito no será posible frente a los demás, y como tampoco se podrá iniciar de nuevo el juicio, porque será indispensable demandar al favorecido con la transacción o el desistimiento y este la opondría con fuerza de cosa juzgada, vendrán a resultar favorecidos todos, exactamente como en el caso de dictarse sentencia favorable a varios litisconsortes en ausencia de otros [cfr. letra *a*)]. Los efectos de tales actos resultan surtiéndose, como se ve, en favor de todos los litisconsortes necesarios.

En cambio, si uno o varios litisconsortes necesarios demandantes desisten

de la demanda o de un recurso o transigen sobre sus pretensiones con el demandado, tales actos no podrán perjudicar en absoluto a los demás, y la sentencia favorable que estos obtengan vendrá a producir efectos para todos, como en el supuesto de que unos dejen de recurrir contra una sentencia desfavorable y lo hagan otros, supuesto que examinamos en el punto anterior. Como la indivisibilidad de la relación jurídico-sustancial impide su satisfacción parcial y, por ende, la parcial ejecución de la sentencia, los primeros resultarán siempre beneficiados con ella. Le quedará a la otra parte el derecho de repetición contra quienes habían transigido con ella para que le restituyan lo recibido por virtud de esa transacción.

Si en el juicio 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, podrán iniciar juicio con entera libertad, sin que se les pueda oponer tal transacción o desistimiento, a menos de que se trate de obligaciones solidarias o indivisibles. Se presentará en esta hipótesis el problema de la integración del contradictorio, que en Italia se resuelve fácilmente mediante solicitud al juez para que así lo disponga, o mediante decisión oficiosa de este, procedimiento que no contempla nuestro Código. Si quienes antes transigieron o desistieron se niegan a concurrir como demandantes, el camino será hacerlos citar mediante solicitud formulada en la misma demanda, la cual, sin convertirlos en demandados, sí producirá el efecto procesal de dejar completa la legitimación de las partes para que la sentencia de fondo resulte pertinente. Y así, contra su voluntad, vendrán a soportar los efectos de la litis y a beneficiarse con la sentencia, si ella es favorable, como litisconsortes necesarios del demandante, tal como ocurre cuando demandaron varios de ellos y la sentencia les fue desfavorable y los demás inician un nuevo juicio [cfr. letra *a*)].

Se entiende por *allanamiento* la manifestación que el demandado hace de aceptar las peticiones de la demanda. En algunos códigos se dispone respecto a este caso que se proceda a dictar sentencia de plano, accediendo a lo pedido por el actor. Pero si no allanan todos los litisconsortes necesarios que actúan en el juicio, tal acto no producirá efectos jurídicos de ninguna clase, como ocurre cuando unos consienten la sentencia adversa y otros recurren de ella. El juicio proseguirá con las mismas consecuencias para todos.

H) *En cuanto a costas y expensas*

Siempre que exista la condena en costas contra una parte litisconsorcial, debe entenderse que las personas que la forman quedan obligadas a cancelar por iguales partes su valor. Lo mismo ocurre con las expensas de diligencias, dictámenes de peritos, secuestros, etc., cuando obren representados por el mismo apoderado, pues en caso contrario el costo será de cargo de quien pidió la prueba o diligencia, según las normas generales.

FAIRÉN GUILLÉN [96] opina que si se adopta el sistema de imponer costas por el solo vencimiento (que es el vigente entre nosotros, por virtud del Decreto extraordinario 243 de 1951), es «lo más justo una imposición solidaria de las

[96] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 152-53.

mismas a los litisconsortes vencidos, puesto que el vencedor (o vencedores) se halla ante gastos causados en su totalidad por cada uno de los litisconsortes»; pero si se imponen en razón de la específica actuación de uno de estos, solo a él corresponde pagarlas, a menos que sus actuaciones se muestren favorables a los demás, en cuyo caso deben repartirse entre todos. No estamos de acuerdo con la primera solución, porque creemos que la solidaridad exige norma legal que la consagre cuando no emana de un contrato. En cambio, aceptamos la opinión de este autor para el segundo caso, esto es, en lo que respecta a actuaciones específicas de un litisconsorte.

Creemos que no debe hacerse diferencia alguna para costas y expensas en los casos de litisconsorcio necesario y voluntario.

GUASP opina como nosotros: «En cuestión de costas y beneficio de pobreza, los litigantes siempre aparecen separados: las costas se reparten por partes iguales, salvo una posible condena individual por temeridad o mala fe» [97].

El Código italiano anterior (art. 379) consagraba la condena solidaria en costas solo cuando se trataba de una obligación solidaria [98].

El nuevo Código italiano reglamenta la materia en el capítulo IV del título III (arts. 91 a 98), y en el artículo 97 dice: «Si las partes vencidas son varias, el juez condenará a cada una de ellas a las costas y a los daños en proporción del respectivo interés en la causa. Puede también pronunciar condena solidaria de todas o algunas de ellas cuando tienen interés común. Si la sentencia no se pronuncia en cuanto a la distribución de las costas y de los daños, esta se hace por cuotas iguales.» Una norma similar debería incluirse en nuestro procedimiento.

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 solo a quienes apelaron o no desistieron, como observa PODETTI [99].

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, 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 esta quien las reciba en su totalidad.

I) *En punto a representación*

En nuestros Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y Contencioso-Administrativo no se exige que los litisconsortes necesarios concurran representados por un mismo apoderado, y mucho menos los litisconsortes voluntarios. En esta forma, ningún efecto especial tiene sobre la representación el litisconsorcio. En otros códigos sí se exige.

En este punto es conveniente observar que el hecho de favorecer o perju-

---

[97] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 220-21; ed. 1962, p. 213-14.
[98] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, p. 622, núm. 88.
[99] PODETTI, ob. cit., p. 339.

dicar a todos los litisconsortes necesarios los recursos que cualquiera de ellos formule, no significa que exista una especie de representación mutua y que cada uno obre en nombre propio y de los demás. Por eso es inapropiado hablar de representación en el proceso de los litisconsortes inactivos por parte de los más diligentes.

Lo que ocurre es un simple efecto procesal motivado por la indivisibilidad de la relación sustancial común, que impide darle solución separada y distinta a la situación de cada uno. FAIRÉN GUILLÉN dice en el mismo sentido: «No parece que se trate de una verdadera representación, sino más bien que se conceda a las actuaciones llevadas a efecto en interés propio un efecto reflejo sobre la posición procesal de los litisconsortes inactivos y rebeldes, el cual efecto se produce a través de la actuación de los litisconsortes diligentes» [100]. Nosotros somos más afirmativos, pues sostenemos que allí no existe representación de ninguna clase, ya que se trata de una cuestión procesal que nada tiene que ver con la representación.

J) *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. 183), faltará un presupuesto material para la sentencia de fondo (cfr. núm. 144), y, por tanto, el juez debe abstenerse de resolver sobre las peticiones de la demanda y excepciones perentorias propuestas para limitarse a un fallo inhibitorio.

No se trata de un vicio de procedimiento que cause su nulidad, sino de un obstáculo para resolver sobre las varias litis contenidas en la demanda, en razón de que la Ley no permite hacerlo en el mismo juicio y por una sola sentencia.

K) *En cuanto a condiciones para actuar válidamente en el juicio y la legitimación e interés para obrar*

Cada litisconsorte debe reunir la capacidad, la *legitimatio ad processum*, la legitimación en la causa y el interés para obrar y encontrarse debidamente representado si no actúa en su propio nombre. Pero la legitimación en la causa y el interés para obrar son los mismos para todos los litisconsorcios necesarios (cfr. núms. 119, 134, 182) [101].

---

[100] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 146.

[101] La jurisprudencia de la Corte Suprema colombiana sobre esta materia puede consultarse en el t. II, p. 433-44 y 476-78, de nuestro *Tratado de Derecho procesal civil*, ed. Temis, Bogotá, 1962.

CAPITULO XVIII

LOS TERCEROS Y SU INTERVENCION

185. 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.

Así como la noción procesal de parte se vincula inexorablemente al proceso y es en este donde debe investigarse quiénes tienen, en cada caso, esa condición en sentido jurídico, de igual manera la noción de tercero, en sentido procesal, ha de relacionarse inseparablemente con el proceso. Puede decirse que en cada momento del proceso son terceros quienes no tengan la calidad de partes. Esta situación es cambiable, como hemos visto (cfr. núms. 172, 177, 182, 183), porque la intervención forzada o voluntaria puede convertir a quien era tercero en parte principal o secundaria, litisconsorcial o independiente (cfr. núm. 191).

Pero ha de considerarse la situación jurídica y no la de concurrencia personal en el juicio para saber quiénes son partes en él, pues el representado y el sustituido lo son sin que aquel intervenga directamente y sin hacerlo en forma alguna este (cfr. núms. 166, 168 y 135). Y debe tenerse cuidado de no confundir la noción de parte en sentido procesal con la que tiene sentido material, y también de no confundir las partes del derecho o relación jurídico-sustancial o del litigio que sobre este exista con las partes del proceso, pues bien puede suceder que no coincidan (cfr. núms. 168 y 71).

En *el proceso hay partes formales o terceros,* pues se actúa en él o no; en el último caso se tiene esta última calidad, y se adquiere generalmente la de parte cuando se concurre a la actuación y se admite que intervenga. Pero bien puede acontecer que un tercero tenga alguna actuación pasajera, como la de solicitar la expedición de unas copias, o la de ser perito o secuestre o testigo, sin que por tales motivos adquiera la calidad de parte, o que su intervención tenga relación con un trámite incidental o para ciertos efectos especiales, como sucede con el opositor a un secuestre o con el secuestre para la rendición de cuentas, mas por ello tampoco adquirirá la calidad de parte en sentido general, ya que ese calificativo solo puede dársele como parte *incidental o transitoria,* con muy restringida *legitimación en la causa* y sin que la sentencia deba ocuparse de ella (cfr. núms. 134, letra *l*), y 195).

Como observa Couture, «la determinación de la calidad de parte o de tercero en los actos procesales reviste muy particular importancia cuando se trata de calificar la naturaleza de estos. Así, por ejemplo, una declaración cambia de valor si ella emana de la parte (confesión) o de un tercero (testigo), o si proviene de tribunal (sentencia) o de terceros (veredicto, laudo arbitral, peri-

taje). Distinta es no solo la eficacia de los actos según provengan de unos o de otros, sino también la responsabilidad que de ellos emana»[1].

Es muy importante tener en cuenta que así como la noción de parte no tiene sentido físico (quiénes actúan personalmente en el juicio), sino jurídico (cfr. núms. 167-168), lo mismo sucede con los terceros. Por esa razón no tienen esta calidad procesal los causahabientes o cesionarios de las partes, ni el sustituido ni el representado (cfr. núms. 135, 168 y 217). Rocco observa que «esos pretendidos terceros no lo son en realidad, en cuanto sufren los efectos de la sentencia, pasada entre otros»[2]. Ellos son partes, y de ahí que resulten vinculados por la sentencia.

186. 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 algunos que nada tienen que ver con el litigio que en aquel se ventila o con las pretensiones sobre que versa el de carácter voluntario, y entonces son terceros tanto en el sentido procesal como en el material; otros, en cambio, son sujetos (únicos o concurrentes) de esa relación jurídico-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 juicio; y entonces, a pesar de ser partes en el sentido material, no lo son en el proceso, lo cual traerá consecuencias diversas: si quien obra o contra quien se obra en el juicio carece de interés en la relación sustancial sobre que versa, o de legitimación en la causa, la sentencia tendrá que ser inhibitoria (cfr. núms. 119 y 134); si, a pesar de existir en las partes ese interés y la legitimación en la causa el ausente es un litisconsorte necesario, también se hará imposible la sentencia de fondo o mérito (cfr. núms. 134, letras O) y P); 182 y 184); pero si en la última hipótesis el tercero podría ser solo un litisconsorte voluntario o un tercero excluyente, la sentencia de fondo será posible e inclusive de modo favorable a quien obra en el juicio (cfr. núms. 182 y 184).

De manera que pueden existir terceros legitimados para la causa que no intervienen en el juicio, aun cuando podrían hacerlo, y esos terceros son partes, material o sustancialmente hablando, pero no procesalmente considerados. Y de ellos unos están llamados por la Ley a intervenir, en razón de la naturaleza especial de la relación jurídico-sustancial que en el juicio se ventila, al paso que la presencia de otros es indiferente para la decisión que deba adoptarse sobre el fondo de las pretensiones discutidas o simplemente reclamadas, según se trate de proceso contencioso o voluntario. Ya vimos los efectos de la sentencia cuando se ha dejado de demandar a uno de aquellos terceros (cfr. núm. 184).

Generalmente, quien es parte en sentido material puede ejercitar la acción e iniciar el proceso. En Italia, sin embargo, se da el caso de la llamada *acción dotal*, que corresponde ejercerla exclusivamente al marido, a pesar de ser la

---

[1] Couture: *Fundamentos*, Ed. Roque Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 209.
[2] Rocco: *Trattato di diritto processuale civile*, t. II, p. 107.

mujer el sujeto de la relación sustancial. Es un curioso ejemplo de tercero en sentido sustancial, que es parte legitimada por el aspecto procesal, pero esto no significa, como pretende ROCCO [3], que no puede hablarse de tercero en sentido material, como aquel que no es sujeto de la relación jurídico-sustancial materia del juicio.

Cuando se dice que hay terceros frente a los cuales pueden surtirse los efectos jurídicos de la sentencia, se le estará dando al término un sentido procesal (por no haber concurrido el proceso), pero esos terceros serán partes o sujetos de la relación material que han estado ausentes del juicio. Por eso la Ley los protege otorgándoles el derecho a oponerse a la ejecución de la sentencia contra ellos, lo que podrá conducir a hacer imposible su ejecución contra quienes fueron partes procesales, cuando se trate de un litisconsorte necesario de los demandantes o de los demandados vencidos, siempre que no se trate de obligaciones solidarias o indivisibles (cfr. núm. 144, letra A), y 184). En ese sentido, aclaramos el concepto que nos ofrece ROCCO a continuación de la última cita. Como observa J. RAMIRO PODETTI [4], la protección de esos terceros tiene un fundamento constitucional, lo mismo que su derecho a intervenir en el proceso cuando sus derechos pueden resultar lesionados en él. Nosotros encontramos ese fundamento en el artículo 26 de nuestra Constitución, pues consagra el principio universal de que «nadie puede ser condenado sin haber sido oído en juicio con las formalidades de la Ley».

La parte procesal y la material deben coincidir para que la sentencia de fondo sea favorable al actor, excepto en los casos de sustitución procesal (cfr. núm. 135); generalmente así sucederá, pero sabemos que puede ocurrir lo contrario, sin que ello afecte en muchos casos la debida legitimación en la causa ni impida la sentencia, pues aquella circunstancia debe influir en lo favorable o desfavorable de la sentencia *de fondo* [cfr. núms. 134, 145 y 188 A)]. Por ese motivo, frecuentemente resulta que una parte demandante con interés para obrar y legitimación en la causa no sea el sujeto de la relación jurídico-material que pretende, lo cual conducirá a que la sentencia sea de mérito o fondo, pero desfavorable a sus pretensiones. De ahí que nosotros afirmemos que *hay terceros en sentido procesal que son partes por el aspecto material,* por haber estado ausentes del proceso, a pesar de ser sujetos de la relación jurídico-material discutida o pretendida.

187. QUIÉNES SON, EN DEFINITIVA, TERCEROS EN UN PROCESO

Inicialmente, son partes el demandante, el demandado y las demás personas que en la demanda se solicite sean citadas o que el juez esté en el deber de citar oficiosamente para que con su audiencia se surta el proceso, y que adquieren la calidad de demandantes o demandados.

Es cierto que el proceso común tiene dos sujetos: actor o demandante y reo o demandado; pero no es posible reducir a estos la noción de partes para dejar la de terceros a todos los demás, como propone PODETTI [5], porque tam-

[3] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 107.

[4] PODETTI: *Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de las tercerías*, Buenos Aires, 1949, p. 36.

[5] PODETTI, ob. cit., p. 32.

bién lo son esas otras personas que se citan al admitirse la demanda, cuando adquieren esa calidad inicialmente. Mejor es limitar la calidad de terceros a quienes no sean partes formales en el proceso, en el momento de constituirse la relación jurídico-procesal, mediante el auto admisorio de la demanda y su notificación a quienes en él sean llamados al juicio como demandantes o demandados o en calidad de tales. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no todas las personas citadas o emplazadas inicialmente adquieren la calidad de partes, sino solo aquellas que por la citación *quedan en condición de demandantes o demandados*, pues existen otras que, a pesar de ser citadas o emplazadas, mantienen la libertad de concurrir o no al proceso, y no adquieren la calidad de partes mientras se abstengan de hacerlo.

Pero no debe olvidarse que generalmente los terceros adquieren el carácter de parte, una vez que su intervención es admitida en el proceso, de manera que no se trata de situaciones inmutables, sino, por el contrario, variables, por lo cual deben ser examinadas en cada momento del proceso.

188. Clasificación de los terceros en sentido procesal

De lo expuesto al tratar sobre litisconsorcio y en los dos números anteriores, se deduce que son varias las clases de terceros procesalmente considerados, a saber: terceros con interés en el proceso y totalmente ajenos a él; terceros principales y accesorios o secundarios, impropiamente llamados adhesivos; terceristas, litisconsortes y coadyuvantes; 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.

A) *Terceros con interés en el proceso o totalmente ajenos a él*

En el derecho material se entiende por tercero la persona ajena a la relación jurídica contemplada, sea contractual o extracontractual; pero en derecho procesal no ocurre lo mismo, ya que el tercero con facultad para intervenir en el juicio e interponer recursos y formular solicitudes dentro de la variada legitimación que puede corresponderle, está necesariamente vinculado a la materia de la litis por un interés directo o indirecto, propio o ajeno, concurrente o excluyente respecto al de las partes, pues de otra manera no sería admisible la intervención.

Significa lo anterior que no es posible aceptar que por tercero en el proceso se entienda únicamente la persona que no tenga interés en la relación jurídico-procesal, porque lo es también frecuentemente quien tiene interés en ella e inclusive efectivos derechos sustanciales vinculados a su suerte, aunque no forme parte de aquella relación por no haber concurrido ni haber sido citado al proceso.

Es indispensable entonces radicar la noción de tercero, en sentido procesal, en el proceso mismo, por su aspecto formal, como antes expusimos. De manera que la situación de tercero o parte varía en cada momento procesal, porque quien tenía la primera condición puede adquirir la segunda una vez

que obtiene su admisión en el proceso, si es de manera permanente, o la de parte incidental o transitoria, en el caso contrario (cfr. núms. 172 y 195).

De ahí puede ser tercero, en relación con un proceso, tanto quien tiene interés en él como la persona que carece de toda vinculación jurídica con el objeto del mismo. Para nuestro estudio nos interesa únicamente la primera clase de terceros, en cuanto tengan el derecho o el deber de concurrir al juicio y estén en posibilidad de resultar favorecidos o perjudicados con la decisión que en él se adopte.

B) *Terceros principales y terceros secundarios o accesorios, impropiamente llamados adhesivos*

En los números 134, letra S); 178 a 183, vimos que los terceros que intervienen en el proceso pueden tener una situación independiente o autónoma en relación con el demandante y el demandado, bien sea opuesta a ellos o coordinada y con intereses comunes a aquel o a este, lo cual a su vez le apa-

mismas a los litisconsortes vencidos, puesto que el vencedor (o vencedores) se halla ante gastos causados en su totalidad por cada uno de los litisconsortes»; pero si se imponen en razón de la específica actuación de uno de estos, solo a él corresponde pagarlas, a menos que sus actuaciones se muestren favorables a los demás, en cuyo caso deben repartirse entre todos. No estamos de acuerdo con la primera solución, porque creemos que la solidaridad exige norma legal que la consagre cuando no emana de un contrato. En cambio, aceptamos la opinión de este autor para el segundo caso, esto es, en lo que respecta a actuaciones específicas de un litisconsorte.

Creemos que no debe hacerse diferencia alguna para costas y expensas en los casos de litisconsorcio necesario y voluntario.

GUASP opina como nosotros: «En cuestión de costas y beneficio de pobreza, los litigantes siempre aparecen separados: las costas se reparten por partes iguales, salvo una posible condena individual por temeridad o mala fe» [97].

El Código italiano anterior (art. 379) consagraba la condena solidaria en costas solo cuando se trataba de una obligación solidaria [98].

El nuevo Código italiano reglamenta la materia en el capítulo IV del título III (arts. 91 a 98), y en el artículo 97 dice: «Si las partes vencidas son varias, el juez condenará a cada una de ellas a las costas y a los daños en proporción del respectivo interés en la causa. Puede también pronunciar condena solidaria de todas o algunas de ellas cuando tienen interés común. Si la sentencia no se pronuncia en cuanto a la distribución de las costas y de los daños, esta se hace por cuotas iguales.» Una norma similar debería incluirse en nuestro procedimiento.

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 solo a quienes apelaron o no desistieron, como observa PODETTI [99].

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, deben dividirse por igual entre las personas que la forman, a menos que se causen en un asunto interlocutorio o inci-

Salta a la vista el error de considerar a los litisconsortes como terceros secundarios o accesorios [8], pues esto equivale a una notoria contradicción, ya que esa postura es la negación absoluta del litisconsorcio, como observa CARNELUTTI [9] y como lo expusimos ampliamente. También es un error limitar la noción de terceros principales a los litisconsortes, pues estos son apenas una de las dos especies que de aquellos existen.

CHIOVENDA [10] dice, con mucha propiedad, que se mira a la existencia o inexistencia en el proceso de un *litigio propio* del interventor en consorcio con una de las partes, o a la existencia de un derecho propio de aquel incompatible con la pretensión aducida por el actor y oponible al demandado o viceversa. En el primer caso se tratará de un tercero principal litisconsorcial, y en el segundo, de un tercero principal autónomo o tercerista.

La intervención del tercero, sea principal o accesoria, puede producirse por su libre iniciativa, si no existe disposición legal que lo obligue a concurrir ni orden judicial que así lo disponga; o puede tener ocurrencia en razón de mandato judicial oficioso, en los casos en que la Ley lo ordena, o bien por solicitud de una de las partes cuando la Ley le otorga el derecho de hacerlo llamar al juicio, para que cumpla su obligación de garantía respecto al derecho que se le discute o para que le obligue la decisión sobre la nulidad de un contrato del cual ha sido parte o ha deducido derechos o para otra finalidad similar. En el primer caso se tiene una intervención *voluntaria*, y en el segundo, una *coactiva, forzosa u obligada.*

Por lo acabado de exponer, no nos parece aceptable denominar *tercerista* a toda persona que no sea demandante o demandada, como propone PODETTI [11], o que no sea parte en el sentido más amplio que hemos expuesto, porque es mejor conservar para ellas la conocida denominación de *terceros* y mantener aquella para distinguir la clase especial de terceros principales excluyentes o simplemente autónomos, en oposición a los terceros principales litisconsorciales y a los accesorios o secundarios.

Algunos autores mantienen la denominación de terceros *adhesivos* de *intervención adhesiva*, en contraposición con la de terceros principales o de *intervención principal* [12], pero es necesario tener en cuenta que los primeros se identifican con los llamados hoy, más adecuadamente, terceros accesorios o secundarios o coadyuvantes, los cuales originan la intervención accesoria o secundaria, y sin incluir en aquellos a los terceros principales litisconsorciales, a pesar de que en cierto sentido son adhesivos, por cuanto unen su suerte a la de una de las partes, pero se diferencian sustancialmente en que aducen una pretensión propia o pretenden un derecho propio para que en el mismo proceso y por la misma sentencia se les reconozcan. Lo mejor es eliminar ese término, como aconseja CARNELUTTI y lo hace REDENTI, para una mayor claridad en los conceptos; en todo caso, es indispensable abstenerse de aplicarlo a los litisconsortes.

El litisconsorte no es un coadyuvante, sino una parte principal sucesiva o un interviniente principal. La idea de coadyuvancia indica la posición limitada y accesoria de quien no alega un derecho o una pretensión propios, sino un

[8] PODETTI, ob. cit., núm. 26, p. 41.
[9] *Sistema*, t. II, núm. 376, e *Instituciones*, Buenos Aires, 1959, t. I, núms. 105 y 262.
[10] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, núm. 89, p. 632.
[11] PODETTI, ob. cit., núm. 20, p. 32.
[12] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 115 y ss.

interés personal o familiar en los derechos o las relaciones jurídico-materiales de una de las partes. El interés familiar se presenta en el caso de los parientes que intervienen en juicios de interdicción, curanduría y similares, por lo cual PODETTI dice que entonces tienen legitimación en razón de un interés ajeno [13]. En este sentido, ROCCO habla de «coadyuvante o coadyuvado» al tratar de la intervención adhesiva, distinguiéndola de la litisconsorcial [14].

En la necesidad de hacer esta distinción radical entre la intervención litisconsorcial y la accesoria o *ad adiuvandum*, están de acuerdo los procesalistas modernos, para quienes el litisconsorte es parte principal [15].

Volveremos a estudiar estas nociones al tratar de las diversas clases de intervención (cfr. núms. 191 y ss.).

C) *Terceristas o intervinientes «ad excludendum», litisconsortes y coadyuvantes o intervinientes «ad adiuvandum»*

Se deduce de lo anterior que existen tres clases de terceros intervinientes:

1.ª Los *terceristas*, que son principales autónomos y pueden dividirse a su vez en dos clases: a) *simples*, cuando aducen un derecho propio e independiente del que pretenden las partes, contra el demandado, y *oponible* al demandante, con distinta *causa petendi* y sin litisconsorcio con ellas, como es el caso del acreedor que interviene en un juicio ejecutivo en tercería o en uno de quiebra para concurrir con el demandante en proporción al valor de sus créditos, si los bienes del deudor no son suficientes para el pago a todos, o en uno de venta de cosa hipotecada con hipoteca posterior a la del demandante, para concurrir en el remanente una vez pagado este, o el legatario en un juicio de sucesión y b) *excluyentes*, cuando intervienen con pretensiones *incompatibles* con las del demandante y demandado, ya que persiguen excluirlos a ambos en el derecho perseguido, del cual se reclaman titulares únicos, como en el caso del heredero de mejor derecho que concurre a un juicio de petición de herencia entre herederos putativos reclamando la herencia para sí, o en el del tercero que se cree dueño del bien que se disputan en acción de dominio las partes, o en el del acreedor hipotecario que entra en tercería con acción real al juicio ejecutivo para obtener un pago preferencial (cfr. núm. 193).

La doctrina moderna comprende estas dos clases de terceristas en la denominación de intervinientes *ad excludendum*.

2.ª Los *litisconsortes sucesivos*, que son igualmente principales, porque pretenden un derecho propio vinculado al proceso y para que sobre él se produzca una decisión en la sentencia, pero vinculado con el reclamado por una de las partes frente a la otra, por la conexión de sus títulos comunes, de manera que su situación es autónoma e independiente, pero no opuesta, sino concordante con la de la parte consorcial (cfr. núms. 183, 192 y ss.).

3.ª Los *coadyuvantes*, que son aquellos terceros que no reclaman un derecho propio para que sobre él haya decisión en el juicio, sino un interés personal en la suerte de la pretensión de una de las partes, de manera que concu-

[13] Ob. cit., núm. 31, p. 50.

[14] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 119 y 121.

[15] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núms. 105 y 262; REDENTI, ob. cit., t. I, núm. 67, p. 241; ROCCO, ob. y p. cits.: ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 264 y ss., y t. II, p. 115 y ss.; GUASP, ob. cit., p. 216 y 224; FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 125 y ss.

rren exclusivamente para ayudarle a esta 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 (cfr. núm. 196).

D) *Terceros cuya intervención es facultativa o necesaria para que pueda existir sentencia de fondo*

Al estudiar la legitimación en la causa (cfr. núm. 134), vimos que en ocasiones es indispensable la presencia de determinadas personas para que la decisión de la litis en el fondo sea posible, de modo que si no han concurrido como demandantes o demandados, su intervención viene a ser la única manera de subsanar ese grave defecto sustancial; y también vimos que existen otras personas con suficiente legitimación para demandar, ser demandadas o intervenir, pero cuya presencia no hace falta para que el proceso concluya normalmente con una decisión sobre el fondo de las pretensiones y excepciones de las partes. Así, pues, existen esas dos clases de terceros procesales, y no creemos sea el caso de repetir lo expuesto allí sobre ellos.

Ejemplos de la primera clase son los litisconsortes necesarios; de la segunda, los litisconsortes voluntarios, los terceristas cuya intervención es siempre facultativa y los accesorios o coadyuvantes.

Insistimos en la conveniencia de introducir en los Códigos una norma similar a la que existe actualmente en Italia (C. de P. C., arts. 102, 106 y 107), que permita la debida integración del contradictorio, sea a instancia de parte o bien oficiosamente, para evitar de esa manera procesos inútiles, con la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para los particulares, los jueces y el Estado.

Conviene tener cuidado en no confundir esos terceros cuya concurrencia al proceso es necesaria para que la sentencia de fondo sea posible, con las personas que, no obstante haber sido demandadas o que por disposición legal deben tener el carácter de tales y ser citadas oficiosamente por el juez en el auto admisorio de la demanda, no son notificadas, citadas o emplazadas en forma legal, por olvido o error. Estas últimas son partes procesales en virtud de la demanda o de la Ley, y la falta de su notificación o citación acarrea la nulidad del proceso desde su iniciación.

E) *Terceros con interés personal, familiar o social. Diversas clases de interés personal*

Generalmente, el tercero que interviene aduce un *interés personal* en el proceso. Este interés puede revestir varias formas: 1.ª, puede ser *concordante y en conexión* con el de una de las partes (litisconsorcio y coadyuvancia), o *excluyente* tanto del demandante como del demandado (tercerista o interviniente principal *ad excludendum),* o *excluyente* del interés del demandado y solo oponible al demandante y sin conexión con el de estos (tercerista simple); 2.ª, puede ser *directo,* lo cual ocurrirá siempre que pretenda un derecho propio vinculado al proceso y solicite una resolución sobre él (terceros principales, sean terceristas o litisconsortes), o puede ser *indirecto,* si se limita a alegar un interés personal en los resultados del juicio respecto a la pretensión

de una de las partes, de los cuales puede deducirse un beneficio o un perjuicio, aunque su pretendido derecho personal no es materia de la decisión (coadyuvantes o accesorios).

Pero en ocasiones el tercero tiene legitimación para intervenir, en razón de que la Ley le reconoce un *interés familiar*, tal como en el caso de los parientes en los juicios de nulidad de matrimonio o divorcio.

PODETTI [16] dice que en estos casos se obra en razón de un interés ajeno, pero creemos que es más apropiado hablar de interés familiar, que en cierto grado representa uno personal del interviniente en razón de sus vínculos familiares y del afecto que se supone debe unirlo al incapaz o menor.

Como ejemplo de *intervención con interés social* podemos dar la del Ministerio público, cuando obra en interés y representación de la sociedad.

En el caso de las acciones públicas, como la que existe para la demolición de un edificio que amenace ruina, todo el mundo tiene derecho a intervenir, puesto que podría obrar como demandante, pero entonces ocuparía la posición de coadyuvante de este. Puede hablarse de un *interés público* en estos casos.

F) *Terceros con legitimación en la causa permanente y total o parcial y transitoria*

En el número 134, letra S), estudiamos las distintas clases de legitimación en la causa y vimos que, a pesar de que en principio esta calidad se tiene para toda la causa, sea activa o pasivamente, suele ocurrir que se disponga de la legitimación únicamente para intervenir en ciertos aspectos del proceso, pero que no se tenga derecho para hacerlo en los demás, como ocurre a quien pide el levantamiento de un secuestro o embargo como poseedor o embargante con anterioridad en otro juicio, o la regulación de sus honorarios como perito o secuestre, o la recepción de sus cuentas como secuestre o albacea, o a quien se opone a la entrega o secuestro de un bien sin haber sido parte en el juicio.

Esos terceros con legitimación parcial tienen una situación independiente de las partes, pero muy diferente de la que ostentan los terceros principales a que nos referimos en los puntos anteriores. Mientras estos adquieren la condición permanente de partes una vez que son admitidos en el proceso, aquellos solo la adquieren en forma incidental o transitoria, porque dejan de ser partes, en el limitado concepto expuesto, una vez que termina la cuestión incidental o transitoria para la cual están legitimados.

189. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y DOCTRINARIO DE LA INTERVENCIÓN

Puesto que el instituto de la intervención se refiere a la existencia de terceros que pueden resultar perjudicados con las decisiones que en el proceso se adopten, es fácil encontrarle el fundamento constitucional que señala PODETTI [17] y que nosotros acogemos con base en el artículo 26 de la Constitución

---

[16] Ob. cit., p. 50.

[17] PODETTI: *Tratado de las tercerías*, ed. cit., p. 36.

Nacional. Se trata de reconocer el derecho fundamental de ser oído en la defensa de los intereses vinculados al proceso directa o indirectamente.

En el mismo sentido observa DE LA PLAZA [18] que «el motivo legitimador» de la intervención es la existencia de personas a quienes pueda afectar la resolución que se adopte y que no están presentes en el proceso.

190. EXAMEN DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE LOS INTERVENTORES

En el número 134, letras Q) y S), vimos en qué consiste la legitimación en la causa de los terceros intervinientes y cómo no solo debe existir en el momento de solicitar su intervención o de ser llamados por el requerimiento de una de las partes u oficiosamente por el juez, sino que cuando la iniciativa es de ellos mismos, aun cuando medie un emplazamiento indeterminado (a los acreedores, por ejemplo), por tratarse de una intervención voluntaria, deben presentar la prueba de su legitimación para ser admitidos en el proceso. En cambio, si son llamados por orden 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.

191. DIVERSAS CLASES DE INTERVENCIÓN EN EL PROCESO

De la clasificación en 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 simple o *ad excludendum*) y secundaria o accesoria o coadyuvante; intervención voluntaria y obligada o forzosa; intervención permanente e incidental o transitoria.

Estudiaremos más detenidamente la segunda y tercera división, pues es suficiente lo que hemos expuesto sobre las demás.

192. LA INTERVENCIÓN PRINCIPAL Y SU SUBDIVISIÓN

Lo primero que debemos advertir es la frecuente confusión que resulta de limitar la intervención principal a la del tercerista o tercero autónomo con pretensiones excluyentes de las de ambas partes, demandante y demandado, o de las de esta y simplemente oponibles al demandante, tercerista generalmente denominado interviniente *ad excludendum*, olvidándose de que el litisconsorte lo es también. Además, es frecuente refundir en una sola noción la intervención *ad excludendum* y la litisconsorcial, como si el interventor principal tercerista fuera igual al litisconsorte y no se tratara de dos clases muy diferentes de intervinientes principales.

[18] Ob. cit., t. I, p. 299.

Vemos así que ROSENBERG [19], al tratar del «litisconsorcio a consecuencia de intervención principal», se refiere a la demanda «del llamado interviniente principal, contra ambas partes de una controversia pendiente», y luego explica que «el interviniente principal debe *pretender para sí* la cosa o el derecho del proceso principal». Es decir, se refiere este autor al tercero excluyente o tercerista, que precisamente no tiene por ello la condición de litisconsorte, como hemos explicado (cfr. núms. 180 y 193). Mas luego advierte que la intervención principal se plantea «mediante demanda por escrito contra ambas partes del proceso principal, que serán litisconsortes únicamente bajo los presupuestos del número 62, y ya no solo por intervención principal», de manera que, en definitiva, distingue las dos nociones.

Otros autores, como FAIRÉN GUILLÉN [20], tratan de la intervención principal en relación con el interventor excluyente o tercerista, pero por separado se ocupan del litisconsorcio, distinguiéndolo claramente de aquel y de la intervención por coadyuvancia, por lo cual en el fondo están libres de ambos errores.

GUASP [21] indica en forma clara las diferencias de los diversos interventores, y al estudiarlos por separado los divide en tres clases: litisconsorte, tercerista y coadyuvante, dándoles la calidad de partes principales a los dos primeros únicamente, en forma muy correcta.

CARNELUTTI [22] dice expresamente que «deben agruparse en la intervención principal tanto el caso del tercero que tiene un derecho en contraste con el derecho de cada una de las partes, como el caso del tercero que tiene un derecho en coincidencia con el derecho de una de ellas», es decir, el tercerista o interviniente *ad excludendum* o simple y el litisconsorte. Al tratar de litisconsorcio facultativo sucesivo [23], dice que esta figura «se escinde, como es ya sabido, en los institutos de la intervención (principal) y de la reunión de los procesos», con lo cual no queda la menor duda de que inclusive en el grupo de la intervención principal el caso del litisconsorte interviniente, y observa que, no obstante tratarse de una parte con pretensión paralela a la del demandante o demandado, porque sus razones coinciden con la de uno de estos, «es una verdadera intervención principal».

ROCCO [24] trata por separado los casos del interventor principal *ad excludendum*, del interventor adhesivo y del interventor litisconsorte, pero asignándole al último la calidad de parte principal, con características muy diferentes de las del tercero coadyuvante o adhesivo, como él lo llama, y, por tanto, en lo sustancial está de acuerdo con lo que venimos sosteniendo.

DE LA PLAZA [25] trata en forma separada el litisconsorcio, la intervención principal y la adhesiva, pero no dice expresamente qué condición tiene el interviniente en el primer caso, aunque puede deducirse de su exposición que lo considera una parte principal y no un coadyuvante.

REDENTI [26] es categórico al decir que la «intervención accesoria o *ad adiuvandum* de una parte secundaria... no se la puede confundir tampoco con los

[19] ROSENBERG, ob. cit., t. II, p. 115 y ss.
[20] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 125 y ss. y 176 y ss.
[21] GUASP, ob. cit, p. 216 y 224, ed. 1956, y p. 209-17, ed. 1962.
[22] CARNELUTTI: *Instituciones*, ed. cit., t. I, núm. 105, p. 179-80.
[23] CARNELUTTI, ob. cit., t. I, núm. 262, p. 396-97.
[24] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 115-28.
[25] DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 299 y ss.
[26] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 241.

casos de intervención llamada principal y litisconsorcial a que se alude en el mismo artículo 105, primera parte, toda vez que en estos últimos casos el tercero interviene para injertar en el proceso ya pendiente una acción suya propia (que, por lo demás, sería también ejercitable por separado)».

De las citas anteriores se deduce muy claramente que en derecho procesal moderno las tres nociones de intervención principal *ad excludendum* o del tercerista, intervención principal litisconsorcial e intervención secundaria o accesoria o coadyuvante, se encuentran perfectamente determinadas.

Sirve para distinguir en general la intervención principal de la accesoria o coadyuvancia el siguiente concepto de CARNELUTTI [27]: «La distinción entre intervención accesoria e intervención principal queda aclarada con las diversas fórmulas del primero y del segundo apartado, en el sentido de que, cuando una parte interviene en el proceso *para hacer valer en él un derecho propio*, es parte *principal*, y es, en cambio, parte *accesoria* cuando actúa en él *para sostener las razones de un derecho ajeno*, lo cual hace ella porque no puede afirmar en él un derecho propio.» Observamos solamente que en vez de *derecho* es mejor hablar de *pretensión*, pues bien puede suceder que el derecho que se pretenda tener no exista en realidad o que el interviniente no sea su titular sino en apariencia, lo que se definirá en el momento de la decisión de fondo.

El litisconsorte pretende un derecho propio en el objeto del juicio, si bien en conexión con el que alega la parte consorcial, y por su condición de principal no puede negarse; el coadyuvante, en cambio, se limita a apoyar el derecho de la parte coadyuvada, sin pretender que le sea reconocido en ese proceso uno personal, ya que su interés para intervenir radica exclusivamente en que de la suerte que tenga ese derecho pretendido por la parte coadyuvada puede resultarle un beneficio o perjuicio, en razón de la situación personal en que se encuentra respecto de esta.

Por otra parte, el coadyuvante se encuentra en relación exclusivamente con el coadyuvado, al paso que el interviniente litisconsorte se encuentra siempre 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, como lo observan muy bien los profesores brasileños A. LOPES DA COSTA y PONTES DE MIRANDA [28].

Como *la figura del litisconsorte sucesivo o interviniente*, quedó explicada en forma amplia en el capítulo anterior (cfr. núms. 181 y 183), nos ocuparemos ahora de las otras dos.

193. INTERVENCIÓN PRINCIPAL «AD EXCLUDENDUM» O DE TERCERISTA

Hemos visto que el interviniente principal no litisconsorcial—tercerista, como lo hemos denominado siguiendo a GUASP—puede concurrir al proceso con una pretensión propia contra el demandado, respecto al mismo objeto materia de la litis, oponible al mismo tiempo al demandante, pero sin intención de excluirlo y con diferente *causa petendi* (tercerista simple), o con una pre-

[27] CARNELUTTI: *Instituciones*, ed. cit., t. I, núm. 105, p. 179.

[28] PONTES DE MIRANDA: *Comentários ao código de processo civil*, ed. 1958, t. II, p. 133. LOPES DA COSTA: *Direito processual civil brasileiro*, Río de Janeiro, 1959, t. I, p. 426-27.

tensión propia incompatible con las de ambas partes y que busca excluirlas del derecho objeto de la litis, del que se reclama titular, total o parcialmente (tercerista excluyente). Ambas clases se comprenden en la tradicionalmente conocida como intervención *ad excludendum*, sustancialmente distinta de la principal litisconsorcial y de la coadyuvante o accesoria, como hemos explicado (cfr. núms. 172 y 183). El artículo 105 del nuevo C. de P. C. italiano regula esta intervención y habla de hacer valer un derecho relativo al objeto del mismo proceso «frente a todas las partes», y esto ocurre tanto en el primer caso como en el segundo, de manera que el ánimo de exclusión contra el demandante no es necesario, ya que basta con pretender el derecho *frente* a él.

La subdivisión que proponemos es útil para precisar mejor esas dos diferentes posturas que el interviniente principal *ad excludendum* puede adoptar frente a las pretensiones del demandante, ya que frente al demandado su posición es en ambos casos igual y excluyente: la de concurrir con aquel a pesar de aducir frente a él un derecho con *causa petendi* distinta y tener una pretensión que les es oponible y que puede resultar parcialmente contraria a la suya (en cuanto puede disminuir el derecho del demandante o su satisfacción en virtud de su concurrencia, tal como ocurre cuando los terceros acreedores personales intervienen para que con los mismos bienes del deudor ejecutado, concursado o quebrado, se les pague proporcionalmente, en caso de no ser suficientes para la completa cancelación a todos); o la de excluirlo de toda la cosa o derecho reclamado o de una parte de este, como sucede cuando pretende ser el dueño de todo o de una parte del inmueble que reivindica el demandante para sí o de una cuota indivisa en el mismo. En el primer ejemplo, aunque el demandante resulte insatisfecho en parte de sus pretensiones de pago total, por razón del interviniente, se trata de un resultado final, pero la pretensión de este no conlleva, cuando es formulada su solicitud de intervención, el ánimo de exclusión de aquel, porque ni siquiera en forma parcial le discute su propio derecho; en el segundo, esta intención inicial excluyente forma parte sustancial de la solicitud de intervención. Esta doble situación del tercerista la admite también ROSENBERG cuando dice: «No es necesario que se presente contra ambas partes la misma petición; puede, por ejemplo, hacerse por prestación contra la una y por declaración contra la otra», y FAIRÉN GUILLÉN afirma que es suficiente que solicite una declaración «*frente a ambos*» [29].

Como se ve, el interventor principal *ad excludendum* concurre al juicio con pretensiones propias, para reclamar a su favor una declaración judicial, sin limitarse a una pasiva oposición a las pretensiones del demandante. Es, en verdad, una especie de *demandante sucesivo*, que dirige su pretensión frente al demandado y al demandante inicial, con quienes entra en litigio, sea que persiga excluir al demandante inicial o que simplemente pretenda vincularlo u obligarlo con la decisión que en su favor se pronuncie. En ambos casos dicho interventor introduce *un nuevo litigio* en el proceso, puesto que aduce una pretensión propia e independiente de la del demandante, cuyo título o causa es distinta, razón por la cual la suerte que corra en la sentencia puede ser diferente de la de este. No existe la comunidad de suertes que en el litisconsorcio se presenta.

En cambio, en el litisconsorcio sucesivo o por intervención, la pretensión

[29] ROSENBERG, ob. cit., t. II, p. 118, y FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 189.

del interviniente es también propia, pero jurídicamente conexa y paralela con la de la parte consorcial (demandante o demandada), por emanar de la misma causa jurídica o título, o por ser aquel titular de la misma relación jurídica [30], de manera que la suerte de ambas debe ser común y la declaración que sobre ellas se adopte es siempre la misma. Precisamente por esto existe en este caso litisconsorcio, a pesar de que el interviniente tiene una pretensión propia o pretende el reconocimiento en el proceso de un derecho propio, razón por la cual se amplía la relación procesal al nuevo sujeto [31], y surge así su diferencia con el coadyuvante o interventor accesorio o secundario.

Por este motivo, el Código de Procedimiento Civil italiano dice, en su artículo 105, que el interviniente litisconsorcial es aquel sujeto que «frente a algunas» de las partes concurre «para hacer valer... un derecho... dependiente del título alegado en juicio», por la parte consorcial, como observa el mismo autor. Creemos que es un error hablar de litisconsorcio sucesivo por conexión de *objeto,* como lo hace CARNELUTTI [32], porque debe existir siempre conexión en la causa.

El *litisconsorcio inicial* puede originarse en una conexión jurídica de causa, objeto, fin o instrumental, o en una simple afinidad, según sea propio o impropio (cfr. núms. 181 y 183), porque la circunstancia de utilizar la misma demanda para conseguir mediante un solo proceso la decisión sobre sus diversas pretensiones, justifica esa amplitud, por economía procesal y para una mejor unidad de la cosa juzgada, e impone ese consorcio. Pero el *litisconsorcio sucesivo* debe fundarse en la comunidad de título o *causa petendi,* por ser los consortes titulares de la misma relación jurídica, como dice ROCCO [33], y si falta esa conexión, estaremos en presencia de un interviniente *ad excludendum* o tercerista simple o excluyente, según el caso. Por tal motivo, aun cuando este último no intervenga en forma excluyente contra ambas partes, la suerte de su pretensión es independiente y puede resultar distinta de la del demandante, como puede suceder en los litisconsorcios *iniciales,* cuando no existe la comunidad de título.

El litisconsorte interviniente facultativo «propone una pretensión *paralela* a la de una de las partes» y conexa con ella, como observa CARNELUTTI [34], de modo que existe entre ellos una comunidad de suertes; el tercerista simple está en oposición con ambas partes, aun cuando no excluye la pretensión del demandante, porque no pretende ser el titular del derecho que reclama este, sino de otro derecho contra el demandado que puede coexistir con el de aquel e inclusive satisfacerse en ese proceso y con los mismos bienes perseguidos por el demandante, en concurrencia con él, tal como sucede en los procesos de ejecución. Para nosotros, la simple conexión de objeto no crea el litisconsorcio sucesivo, sino que origina la intervención principal *ad excludendum* como tercerista simple, porque no existe la comunidad de intereses y de suertes necesaria en aquel. En este punto nos separamos del concepto de CARNELUTTI, como acabamos de exponer [35].

Otra diferencia entre el litisconsorcio y la intervención principal tercerista

---

[30] ROCCO: *Trattato,* t. II, p. 121.
[31] ROCCO, ob. cit., p. 122.
[32] CARNELUTTI: *Instituciones,* ed. cit., t. I, núm. 262, p. 397.
[33] ROCCO, loc. cit. *supra.*
[34] CARNELUTTI: *Instituciones,* 5.ª ed., núm. 262, p. 397.
[35] CARNELUTTI, loc. cit. *supra.*

simple, consiste en que el primero puede ocurrir entre el interviniente y el demandante o el demandado, al paso que la segunda es necesariamente opuesta y excluyente a la pretensión o defensa del último, frente al cual el tercero es un nuevo demandante, de manera que sus intereses jamás pueden coincidir.

La legitimación en la causa del interviniente principal, sea tercerista simple o excluyente, es en todo caso completa, y por ello este interviniente está en condiciones de poder iniciar un juicio, con todos los derechos y facultades propios de tal calidad, en condiciones iguales al demandante o el demandado, pero independiente o autónoma en sus actividades procesales. Cuando se trata de un tercerista incidental, será igualmente parte incidental y transitoria, con legitimación parcial, como en el caso de los opositores a la entrega o el secuestro de bienes (cfr. núms. 134, letra S), y 172).

En el examen de la figura procesal del interventor principal tercerista se presentan otros aspectos de sumo interés, que pueden estudiarse muy bien en el magnífico trabajo que nos ofrece VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN [36], el mejor que hasta el momento hemos encontrado sobre el tema, aspectos que son los siguientes:

A) *La intervención principal introduce en el proceso nuevos litigios*

Históricamente, han existido dos concepciones de la intervención principal no litisconsorcial: la que se adoptó originalmente en la doctrina y en la práctica italianas, actualmente sustentada en Alemania, conforme a la cual ella provoca un nuevo proceso acumulado al inicial e inclusive dos al pretender excluir a las dos partes iniciales, y la que considera que con ella sobreviene una ampliación del proceso primitivo, originada en antiguas tendencias germánicas y acogida hoy en Italia, España y en América latina [37].

Nosotros acogemos la segunda doctrina, porque con ella se distingue mejor este instituto procesal de la acumulación de procesos iniciados separadamente. En Alemania se ha adoptado la primera concepción, en virtud de aparecer consagrada en la Ordenanza Procesal, y por tal motivo «el proceso de intervención se lleva a cabo independientemente del principal», como observa ROSENBERG [38].

Cuando el tercero tiene una pretensión excluyente de la de ambas partes iniciales—demandante y demandado—, existen en realidad dos nuevos litigios de aquel con cada uno de estos; en cambio, si esa pretensión está dirigida contra el demandado y a pesar de serle oponible al demandante no busca excluirlo—como sucede en las tercerías del juicio ejecutivo, con derechos simplemente personales—, en realidad se introduce un solo nuevo litigio.

El nuevo C. de P. C. italiano contempla expresamente esta intervención principal en el artículo 105, que dice: «Cualquiera puede intervenir en un proceso de otras personas para hacer valer, *frente a todas las partes* o alguna de ellas, un derecho relativo al objeto o dependiente del título deducido en el

[36] FAIRÉN GUILLÉN: "Estudios de derecho procesal", edit. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, p. 176 a 219.

[37] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 177 a 186.

[38] ROSENBERG, ob. cit., t. II, p. 118.

mismo proceso. Puede también intervenir para sostener los derechos de alguna de las partes, cuando hay un interés propio.» De las palabras subrayadas resulta la intervención principal *ad excludendum*, ya que la litisconsorcial aparece consagrada inmediatamente después, en la intervención frente a «alguna» de las partes, siempre que exista la conexión de pretensiones entre el interviniente y la otra parte, y en el inciso final se contempla la simple coadyuvancia o intervención accesoria.

La doctrina italiana está de acuerdo en estimar que esta clase de intervención produce la ampliación de la litis en el mismo proceso. CARNELUTTI habla de diferentes litis, refiriéndose a la que existe entre demandante y demandado y a la que se presenta entre el interventor y estos [39], y en forma muy clara habla de que el interventor principal «lleva consigo su litigio, cuya decisión en el mismo proceso pide al juez». REDENTI [40] manifiesta que «el tercero interviene para injertar en el proceso ya pendiente una acción suya propia (que, por lo demás, sería también ejercitable por separado). Y entonces el resultado es determinar una reunión de varias causas (acciones) en un mismo proceso» (para mayor propiedad ha debido hablar de «pretensión» en vez de acción). ROCCO [41] opina en el mismo sentido y dice: «Con la intervención del tercero en el proceso pendiente se amplía una poco el tema de la controversia, en cuanto se presenta al juicio del juez la cuestión de saber cuál de los varios sujetos en la litis, que se afirman titulares de un derecho, debe considerarse como tal, con exclusión, por lo tanto, de los otros sujetos que reclaman la misma titularidad.»

Durante la vigencia del anterior Código de Procedimiento Civil, CHIOVENDA [42] opinaba que se trataba de un «único procedimiento con participación del tercero»; de la misma opinión fue CARNELUTTI [43].

En España se acoge la misma doctrina. FAIRÉN GUILLÉN [44] estudia admirablemente los varios aspectos de la intervención principal, pero en este punto se limita a explicar la actual doctrina alemana de pluralidad de procesos, aunque no aparece claro su concepto personal, quizás porque el Código español no contempla esta clase de intervención sino para los procesos ejecutivos; critica, sin embargo, la doctrina alemana por estar «construida sobre un concepto de proceso angosto» y con olvido de que uno de los principales objetivos de este instituto es el de «evitar resoluciones contradictorias o dispares», con lo cual parece inclinarse a favor de la doctrina de la ampliación del primer proceso. GUASP [45] habla de la intervención principal tercerista, como un caso de «pluralidad de partes» en el mismo proceso, lo que equivale a seguir la doctrina de la ampliación del proceso. DE LA PLAZA [46] nada dice al respecto, pero nos deja la impresión de estar de acuerdo con la misma tesis.

Observamos que estos autores españoles coinciden en que el instituto de la intervención principal excluyente no tiene aplicación en el Código actual, en forma general, por estar consagrado solo para los procesos ejecutivos.

---

[39] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núms. 105 y 260; *Sistema*, t. II, núm. 376.
[40] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 241.
[41] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 117.
[42] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, núm. 89, p. 632.
[43] CARNELUTTI: *Sistema*, loc. cit. *supra*.
[44] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 196 a 199.
[45] GUASP, ob. cit., p. 221.
[46] DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 298.

B) *Presupuestos de esta intervención principal*

Podemos señalar los siguientes:

1.° *El interviniente debe tener la calidad de tercero* en relación a ese proceso, en el momento de concurrir, lo que significa que no puede existir intervención principal si ya es parte en el juicio [47] o ha comparecido en la litis [48]. Nos remitimos, por consiguiente, a lo que hemos expuesto acerca de esto, tanto en este capítulo como en el anterior (cfr. núms. 168, 183 y 185-187). Al aceptarse su concurrencia adquiere la calidad de parte principal, con todos los poderes y facultades que le son propias. Por consiguiente, la sentencia que en ese proceso se pronuncie no lo puede obligar si no ha concurrido; en lo cual resalta la diferencia entre el interviniente principal y quienes son partes por haber sido demandados o porque adquieren la calidad de demandados o la de demandantes en virtud de su citación en debida forma y por expresa disposición legal, pero se abstienen de actuar en el proceso, circunstancia que no altera los efectos de la sentencia que necesariamente los obliga.

2.° *El proceso debe estar pendiente en el momento de la intervención* [49], lo que significa que esta debe ocurrir después de estar notificada la demanda al demandado y antes de ejecutoriarse la sentencia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en ocasiones la Ley señala términos especiales para la oportunidad de la intervención, como ocurre en los juicios ejecutivos y en los de quiebra o concurso, por lo cual, transcurrido ese término, precluye la oportunidad y su solicitud posterior debe ser rechazada. Por otra parte, cuando la Ley no señale un término especial, esa intervención debe ocurrir durante las instancias del juicio, ya que no es admisible después de proferida la sentencia de segunda instancia, aun cuando haya sido recurrida en casación, o durante el trámite de este recurso extraordinario, porque la finalidad de este es exclusivamente la de revisar esa sentencia en la situación procesal que contempló y en la forma limitada que oportunamente estudiaremos (cfr. núm. 310-312).

En nuestro concepto debe limitarse la oportunidad para la intervención principal *ad excludendum* a la primera instancia del proceso, en razón de que la nueva litis que se introduce debe disponer de las dos instancias reglamentarias, como garantía para todas las partes (cfr. núm. 19, M); 48 y 150).

3.° *Debe existir incompatibilidad entre la pretensión del interviniente principal y la del demandante y aquella debe ser dirigida contra el demandado,* con la aclaración que hemos hecho para distinguir las dos posiciones que puede adoptar respecto al primero (cfr. primera parte de este número). Es decir, esa incompatibilidad no conduce siempre a la pretensión de excluir al demandante, como ocurre en la intervención de otros acreedores personales en el juicio ejecutivo o de quiebra. Las dos pretensiones deben estar relacionadas con el objeto del juicio, y por eso REDENTI [50] dice que la del interviniente debe ser «conexa pero en contraste» con la del demandante.

Rocco considera que para que exista este presupuesto es necesario que

---

[47] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., t. I, p. 187.

[48] ROCCO: *Trattato,* t. I, p. 118.

[49] ROCCO: *Trattato,* t. II, p. 118; FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 191; ROSENBERG, ob. cit., t. II, p. 116.

[50] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 320.

el interviniente alegue ser el titular del derecho controvertido en ese proceso, lo cual implica su rechazo a que lo sean el demandante y el demandado [51]; FAIRÉN GUILLÉN dice que se requiere la pretensión total o parcial de la cosa o derecho que son el objeto del litigio y la consiguiente incompatibilidad con la del primitivo actor [52]; ROSENBERG habla de «pretender para sí la *cosa o* derecho del proceso principal» [53]. Sin duda esto ocurre en los procesos de cognición o conocimiento (cfr. núm. 65), porque entonces el interviniente es un *tercerista excluyente* en estricto sentido; pero en las intervenciones *ad excludendum* en los juicios ejecutivos, de quiebra o concurso y cesión de bienes a varios acreedores cuando el tercero pretende concurrir con el demandante y no excluirlo, esa incompatibilidad existe solo en la forma relativa que hemos explicado, razón por la cual lo denominamos *tercerista simple* (cfr. primera parte de este número. ROSENBERG dice que «el derecho *en la cosa o sobre* ella debe excluir el que se ejercita en el proceso principal, *o surtir efecto contra las dos partes*» [54], y FAIRÉN GUILLÉN [55] observa que puede consistir en una declaración frente a ambos, utilizando las palabras del Código de Procedimiento Civil italiano, frases que no implican la pretensión de excluir al demandante y que comprenden muy bien los casos indicados de tercerista simples.

Como observa muy correctamente FAIRÉN GUILLÉN, cuando el objeto litigioso versa sobre una cosa, debe existir identidad en la misma, en las pretensiones del interviniente y del demandante; pero «no es necesario que haya de darse identidad entre los derechos alegados por ambos; es suficiente que sean incompatibles en relación con la cosa, aunque su base jurídica sea diferente» [56]. Y pone como ejemplo el caso de haberse demandado para recuperar la tenencia del bien e intervenir el tercero para reclamar su restitución material como dueño y con exclusión del demandante. Creemos que en ese concepto de incompatibilidad de los derechos en relación con la cosa pueden incluirse los casos que hemos llamado de terceristas simples, porque esos terceros acreedores aducen un derecho propio y con causa o título distinto, que no se excluyen entre sí, pero hay incompatibilidad en relación con los bienes perseguidos para el pago (que vienen a ser la «cosa» litigiosa, en cierto sentido), en cuanto puede suceder que no alcancen para cancelar todas las acreencias y el primer demandante pueda verse reducido en su aspiración de pago total.

No es suficiente que los derechos pretendidos sean distintos, porque no siempre existe incompatibilidad entre ellos, y por ese motivo no sería admisible la intervención principal del acreedor hipotecario en el juicio que verse sobre el dominio del inmueble, porque la existencia de la hipoteca no excluye la propiedad que alega el demandante, ni viceversa, como observa el mismo autor [57].

Cuando el litigio no versa sobre derechos reales sino personales, la cuestión es más difícil; pero después de un largo período en que se rechazó la intervención principal en estos casos, se llegó finalmente a admitirla a medida

---

[51] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 117 y 118.
[52] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 187.
[53] ROSENBERG, ob. cit., t. II, p. 116.
[54] ROSENBERG, ob. cit., t. II, p. 117.
[55] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 189.
[56] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 189 y 190.
[57] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 190.

que progresó la concepción doctrinaria de las pretensiones declarativas, hasta el punto de que hoy es generalmente aceptada por los autores alemanes, si el interviniente pretende «por razón del mismo derecho» del cual alega ser su titular con exclusión del demandante [58]. La identificación del derecho pretendido por ambos será lo que determina la aceptación o el reclamo de esta intervención.

4.° *El procedimiento para el litigio que plantea el interviniente debe ser el mismo del proceso en curso,* pues de lo contrario la acumulación sería imposible, como sucede siempre.

5.° *El juez o tribunal que conoce del juicio debe ser competente para la demanda del interviniente.* Creemos que en materia de competencia, es diferente la situación procesal que se origina con una demanda de reconvención o con las excepciones del demandado y que puede hacer variar la competencia por el valor de la materia (cfr. núms. 44 y 45), porque se trata del ejercicio de claros derechos procesales de una de las partes del juicio. En principio no nos parece admisible que por la intervención de un tercero debe cambiar la competencia para el proceso y creemos que esta debe ser la regla general.

No parece posible que surjan problemas por la competencia en razón del valor o la naturaleza del juicio, ya que el litigio que plantea el interviniente debe versar sobre la misma cosa o el mismo derecho discutido por las partes, pero en todo caso el juez del proceso debe ser competente para la pretensión del tercero [59]. Respecto al factor territorial opera un fuero de atracción forzoso, ya que ha de concurrirse al lugar donde el juicio cursa.

6.° *La intervención debe ocurrir en la primera instancia.* El factor funcional opera en todo caso, en cuanto hace indispensable, como nosotros lo consideramos, que la intervención ocurra en la primera instancia, a efecto de que la conozca el juez competente para ello y no se pretermitan las instancias para su juzgamiento. FAIRÉN GUILLÉN opina que si se adopta la teoría de que esta intervención origina un nuevo proceso, ha de exigirse que suceda en la primera instancia, pero que esto no es necesario si se adopta la que ve en ella una simple ampliación del proceso primitivo [60]. Nosotros creemos que la segunda solución es inadmisible y que se aplica únicamente a la intervención principal litisconsorcial, en la cual la conexión y compatibilidad de pretensiones hace que lo discutido y resuelto en la primera instancia sobre la de la parte consorcial se aplique a la del interviniente y lo mismo ocurre en la coadyuvencia; pero esto no sucede en el caso de la intervención *ad excludendum,* porque se introduce una nueva litis independiente, que requiere una distinta discusión, pruebas diversas y defensas especiales.

En Italia el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil dice: «La intervención puede tener lugar mientras la causa no haya sido remitida por el juez instructor al colegio.» El último es el juez que decide la causa, ya que el primero está limitado al período de instrucción, con un sistema parecido al que para lo penal rige en Colombia.

El artículo 272 del mismo Código italiano agrega: «Las cuestiones relativas a la intervención las decide el colegio al mismo tiempo que el fondo», a menos que el juez instructor le remita el asunto para una decisión preliminar

---

[58] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 190 y 191.
[59] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 194
[60] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 195

de fondo en caso de que puede definir el juicio, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 187. De manera que la intervención ocurre siempre en primera instancia.

En España no existe norma general que autorice esta intervención, y solo está regulada para algunos juicios especiales, como el ejecutivo. Por ese motivo la doctrina considera inadmisible esta clase de intervención en los juicios ordinarios, y en los especiales donde se autoriza expresamente existe un término para que comparezcan esos terceros interesados, en todo caso durante la primera instancia. En Colombia la situación es la misma, y de ahí que aceptemos la doctrina española por encontrarla claramente aplicable. Somos partidarios de introducir una norma general para darle cabida a esta intervención en toda clase de juicios ordinarios y en los especiales que por su naturaleza no la rechacen, pero siempre que ocurra durante la primera instancia, por las razones que acabamos de explicar.

C) *Situación del tercero que no intervino en el proceso, ante la sentencia ejecutoriada*

Como no se trata de litisconsorcio necesario ni de terceros que hayan sido citados al proceso de oficio o por llamamiento de una de las partes, la sentencia que se profiera no los puede perjudicar ni obligar en absoluto, pues a ella podrá oponerle la defensa de ser *res inter alios judicata*. Para que la parte vencedora en el proceso concluido pueda hacer valer contra ese tercero el derecho que la sentencia le reconoció, tiene que seguirle un nuevo juicio, y lo mismo sucede si este requiere imponerle sus pretensiones a aquella. En el caso de que para ejecutar la sentencia se tenga que privar al tercero de la posesión o la tenencia del bien o excluirlo del derecho, podrá este oponerse con éxito, alegando que contra él no fue pronunciada.

Pero la ausencia de este tercero no impide que el proceso se surta totalmente y concluya con sentencia de fondo que resuelva sobre las pretensiones y excepciones aducidas por el demandante y el demandado, a diferencia de lo que ocurre cuando deja de concurrir un litisconsorte necesario y cuando falta la citación de quienes por norma legal deben ser citados para la validez del proceso.

D) *Efectos procesales de la intervención «ad excludendum»*

La intervención del tercero produce ciertos efectos en la relación jurídico-procesal, que es necesario examinar:

1.° *El interviniente adquiere la calidad de parte principal,* en la posición de demandante en el nuevo litigio que plantea (no en el proceso, porque en este sigue teniéndola el primitivo demandante), con independencia y autonomía respecto de las primitivas partes, como hemos explicado [61].

2.° *La relación jurídico-procesal adquiere, por tanto, nuevos sujetos* (tan-

---

[61] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, núm. 89, p. 638; FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 199; ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 118; ROSENBERG, ob. cit., t. II, p. 118; CARNELUTTI: *Instituciones*, t. II, núm. 105, p. 178.

tos como sean los intervinientes principales), pero sin que por ello pierda su unidad, puesto que el proceso sigue siendo el mismo y único, lo que es más claro en la actual concepción italiana e hispanoamericana de esta intervención, aplicable en nuestro sistema procesal, según la cual es una ampliación del proceso en curso [62].

3.° *El interviniente tiene todos los derechos y facultades de una parte principal,* exactamente iguales a los demandantes y demandados, a partir del momento de su intervención, y puede ejercitarlos en forma autónoma e individual, sin que requiera el consentimiento o la coadyuvancia de estos. Puede, pues, solicitar pruebas, interponer recursos, iniciar incidentes, recusar a los jueces o magistrados, solicitar nulidades, insistir en el juicio a pesar del desistimiento del demandante y de la transacción que este celebre con el demandado y desistir de su propia demanda [63].

La situación procesal del interviniente principal *ad excludendum* es distinta de la del litisconsorte, por cuanto este forma una parte común con sus litisconsorcios, con las consecuencias que en el número 184 dejamos expuestas, mientras que aquel no solo obra con autonomía e independencia tanto respecto al demandante como al demandado, sino que está en oposición a ambos. En consecuencia, los recursos que los últimos interpongan no pueden favorecerle, y viceversa. Esa independencia en materia de recursos es más estricta que en el litisconsorcio voluntario [cfr. núm. 184, letra G)]. Sin embargo, cuando el recurso se refiere a un incidente de nulidad o de competencia o de excepciones dilatorias, si prospera se afecta la validez del procedimiento, su trámite o la competencia del juez, y sus efectos obligan a todas las partes, como es obvio, a pesar de su independencia procesal. En cuanto a los recursos contra la sentencia y autos que decidan cuestiones de fondo, son aplicables aquí, con mayor razón, las consideraciones que hicimos al estudiar la situación de los litisconsortes voluntarios [cfr. núm. 184, I, letra G)].

La independencia del interviniente *ad excludendum* en materia de transacciones, desistimientos y allanamientos respecto a la demanda principal es completa, puesto que el litigio que plantea es distinto del que ventilan las partes iniciales y sobre el cual pueden estas realizar aquellos actos. De la misma manera puede celebrarse transacción o producirse un desistimiento o un allanamiento de la demanda del interviniente, en forma totalmente ajena al litigio que versa entre demandante y demandado.

4.° *En materia de costas y expensas* el interviniente tiene una absoluta dependencia para el pago y el cobro de las causadas, ya que deben liquidarse por separado las correspondientes al litigio que él plantea y considerársele demandante en el mismo. Si apela de la sentencia o recurre en casación y otras de las partes lo hacen también, o se surten las varias apelaciones contra una decisión interlocutoria, las costas del recurso deben dividirse por partes iguales entre ellos, como ocurre en el litisconsorcio (cfr. núm. 184, punto I).

5.° *En cuanto a la representación y condiciones para actuar válidamente en juicio,* la situación también es autónoma. La incompatibilidad de pretensiones que existe en la intervención *ad excludendum* impide la representación en juicio del interviniente por el apoderado de una de las partes iniciales que

---

[62] Citas anteriores.
[63] Cfr. citas anteriores.

vienen a ser sus demandadas, en lo cual se diferencia del litisconsorcio tanto voluntario como necesario [cfr. núm. 184, letra J)] y del tercerista simple.

6.° *El procedimiento sigue siendo común,* una vez que la intervención es admitida, al menos en nuestro Código y en los demás que siguen el actual sistema italiano, que la considera como una simple ampliación del proceso en curso. Por consiguiente, los términos para interponer recursos son comunes y corren de modo simultáneo para todas partes, lo mismo que los traslados cuando se surtan simultáneamente, como sucede con los de memoriales de reposición, solicitud de incidentes, dictamen de peritos, etc. Igual cosa ocurre con los términos de fijación en lista en la segunda instancia y en la apelación de decisiones interlocutorias, y en los que se otorgan para pedir y practicar pruebas, en el caso de que la intervención se presente antes que transcurra esta etapa del juicio.

La situación del interviniente en estos aspectos es igual a la del litisconsorte [cfr. núm. 184, letra B)].

7.° *Debe dictarse una sola sentencia* para resolver la pretensión del interviniente, formulada en su demanda, la del demandante inicial y las defensas de fondo del demandado. Los efectos de esta sentencia son simultáneos para todos, en cuanto los vincula y obliga por igual; pero como gozan de autonomía en materia de recursos, puede suceder que la cosa juzgada se surta con la de la primera o segunda instancia para el demandante o el demandado o ambos, porque estos la consientan o dejan ejecutoriar sin interponer apelación o casación, pero que no tenga lugar respecto al interviniente, porque este recurra oportunamente, o viceversa [64].

En este punto de la ejecutoria de la sentencia para unos y no para otros, tienen perfecta aplicación las consideraciones que hicimos respecto a los litisconsortes voluntarios [cfr. núm. 184, letra A)].

También existe independencia en el resultado que en la sentencia puedan tener el litigio planteado por el interviniente y el contenido en la demanda inicial, por lo cual puede haber una decisión de fondo para aquel e inhibitoria para este, o viceversa, de acuerdo con la situación que aparezca en cada uno de ellos (demandante, demandado e interviniente), en punto a interés para obrar y legitimación en la causa. Si la decisión de ambos es posible en el fondo, debe haber entonces una relación lógica entre ellas, ya que, dada la incompatibilidad de sus pretensiones, si la una resulta favorecida, tendrá que reflejarse en la otra esa circunstancia, pues como la cosa juzgada es una, no debe incluir resoluciones contradictorias. Cuando se trate de un tercerista excluyente, el éxito que obtenga llevará al rechazo de la pretensión del demandante inicial y a la condena del demandado, como es obvio; pero si es un tercerista simple, cuya pretensión, si bien es relativamente incompatible con la del demandante, no la excluye en su totalidad, como ocurre con los acreedores personales intervinientes en un juicio ejecutivo o de quiebra, entonces puede suceder que las dos pretensiones resulten favorecidas en la sentencia, en la forma proporcional que su concurrencia establezca, y el demandado se verá obligado en razón de ambas.

8.° *El interviniente toma el proceso en el estado en que se encuentre,* y no puede solicitar que se retrotraiga a su conocimiento, a fin de participar en las etapas que ya hayan precluido, como la de contestación de la demanda y

---

[64] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 224, y ed. 1962, p. 216-17.

la de pruebas, cuando su intervención se tramita en el mismo proceso. Por tanto, no le será posible utilizar o ejecutar las actuaciones ya precluidas para las partes iniciales, como proponer excepciones dilatorias contra la demanda inicial después de vencido el término para hacerlo, objetar dictámenes de peritos o tachar testigos que declararon si la oportunidad ya transcurrió, oponerse a la prórroga de la competencia territorial que se surtió legalmente, etc. Por eso se dice que recibe el juicio *in statu et terminis* [65].

En el actual derecho alemán la situación del interviniente es distinta en este punto, porque, dada la circunstancia de considerar la intervención como un nuevo proceso independiente, la doctrina acepta que deba dársele el trámite completo desde el comienzo de la primera instancia, para lo cual el proceso inicial se suspende.

Sin embargo, el interviniente puede solicitar la nulidad del proceso, si existe alguna causal que no haya sido allanada y conseguir, como resultado, que el procedimiento se retraiga; pero se trata entonces de una situación muy diferente. También sucede, por lo general, que la intervención produzca alguna demora o suspensión del proceso, mientras se tramita el incidente respectivo y especialmente si alguna de las partes se opone a que la intervención sea admitida, y lo mismo ocurre cuando debe otorgarse un término de pruebas para discutir el título o el derecho pretendido por el interviniente, como acontece en las tercerías del juicio ejecutivo y con los emplazamientos, que en este caso se ordena hacerles a los posibles terceros acreedores para que concurran al juicio. Pero estas suspensiones o demoras no significan que el proceso se retrotraiga a etapas ya precluidas.

9.° *En materia de competencia* ya vimos que la intervención principal puede hacer variar la del juez, en cuanto al valor del juicio o al factor subjetivo, siendo entonces necesario el envío del expediente al superior; pero no es admisible la intervención cuando el juez no tiene competencia por la materia o el factor funcional (cfr. punto 5.°) [66].

10. *En materia de pruebas* consideramos aplicables al caso del interventor las conclusiones a que llegamos respecto a los litisconsortes, y a ellas nos remitimos [cfr. núm. 184, letra F)]. El interviniente puede aprovecharse de todas las pruebas practicadas en el juicio antes de su concurrencia, las cuales lo obligan también en lo desfavorable, sin que pueda alegar que no han sido controvertidas por él; es la consecuencia de recibir el proceso en el estado en que se encuentre. De manera que el juez resolverá sobre la situación de este interviniente, teniendo en cuenta todo el acervo probatorio, pero sin distinguir la procedencia de las diversas pruebas.

Naturalmente, las confecciones del demandante y del demandado, lo mismo que el reconocimiento que hagan estos de documentos privados, no obligan al interviniente, como consecuencia necesaria de su autonomía procesal.

11. *El interviniente goza de autonomía para formular alegaciones,* pero como el juez aplica el Derecho de acuerdo con su criterio personal, puede utilizar las razones y citas legales que las partes les ofrezcan para el estudio de las pretensiones de cualquiera de ellas.

12. *Las partes iniciales—demandante y demandada—pasan a ser codemandadas del interviniente,* como hemos visto, motivo por el cual la doctrina

---

[65] CHIOVENDA, ob. cit., t. II, núm. 89, p. 639 y 640; FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 201.
[66] CHIOVENDA, ob. cit., t. II, núm. 89, p. 641; FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 194.

alemana considera que existe entre ellas un litisconsorcio simple [67], e inclusive algunos autores lo consideran necesario. Creemos que puede aceptarse la idea de un litisconsorcio simple, pero en un sentido formal, muy relativo, pues si bien el demandante y el demandado tienen un común interés en rechazar las pretensiones del interviniente, por ser perjudiciales para ambos, la oposición e incompatibilidad que existe a su vez entre sus respectivas pretensiones y defensas, hace que no aparezca la comunidad de intereses y suertes que caracterizan al litisconsorcio (cfr. núms. 179 y 181).

La conexión entre las pretensiones del demandante y del demandado, frente a la demanda del interviniente, no resulta de tener intereses comunes, sino precisamente opuestos, sobre el mismo objeto litigioso que entre sí se disputan, y por esto el litisconsorcio que entre ellos se produce en razón de la demanda del tercero es simplemente *formal*.

No puede hablarse de litisconsorcio necesario, porque este existe cuando no es posible la decisión del litigio sin la concurrencia o presencia de los varios litisconsortes, por lo cual se hace indispensable demandarlos o que demanden conjuntamente; en cambio, este tercero puede optar por el camino de seguir juicios separados contra el demandante y el demandado, ya que la ausencia del uno en el juicio con el otro no impide la decisión de fondo sobre sus pretensiones. Además, si se trata de litisconsorcio necesario, no sería posible fallar sobre el fondo de la demanda inicial si ese tercero no concurriera al proceso, lo que tampoco es cierto.

E) *Procedimiento para la intervención «ad excludendum»*

Nuestro Código no contiene un procedimiento general para esta clase de intervenciones, y puesto que solo son admisibles en los juicios en donde están expresamente contempladas, como en los ejecutivos y demás indicados en el número 344, letra C), debe estarse a lo que para cada uno se dispone.

La doctrina considera que debe formularse la solicitud del tercero con los requisitos de una demanda, puesto que en realidad lo es [68]; nosotros creemos que así debe exigirse en todos los casos aceptados por nuestro Código (C. J., art. 205). Como observa Rocco [69], se ejercita por el tercero una acción, utilizando el proceso ya en curso, y esto implica la formulación de una demanda.

194. Intervención por oposición de terceros a la ejecución de la sentencia

Los efectos relativos de la cosa juzgada (cfr. núm. 162) conducen a la protección de los terceros contra los efectos de la sentencia. Esos terceros—considerados en sentido jurídico y no físico (cfr. núm. 186)—no están obligados a sufrir sus declaraciones ni a perjudicarse con ellas. Si la parte favorecida con la sentencia pretende ejecutarla a costa de los derechos o intereses de un tercero, este puede formular oposición, para que se respete su situación y se le mantenga en el goce de la cosa o derecho, tal como ocurre en los casos de

[67] Goldschmidt, Kohler, Rosenberg, cita de Fairén Guillén, ob. cit., p. 199.
[68] Fairén Guillén, ob. cit., p. 211; Rosenberg, ob. cit., t. II, p. 117.
[69] Rocco: *Trattato*, t. II, p. 116.

entrega de bienes, muebles o inmuebles, como resultado de prosperar una demanda reivindicatoria o restitutoria de la tenencia (cfr. letra D), núm. anterior).

Nosotros hemos incluido estos casos en los de intervención principal *ad excludendum* o de tercerista, con la peculiaridad de ser transitoria o incidental, ya que no se verifica en el curso del juicio y para todo su trámite [cfr. números 134, letra S), y 188, letra C)]. Son, en realidad, terceros principales en cuanto tienen una posición autónoma y no dependiente de ninguna de las partes.

Al estudiar los efectos de la cosa juzgada, veremos con mayor detenimiento quiénes pueden ser considerados como terceros frente a la sentencia (cfr. 262).

Puede afirmarse que la ejecución de toda sentencia puede encontrar oposición siempre que para lograrla sea necesario el concurso de terceros o haga falta modificar la situación de hecho que uno de estos tenga en la cosa litigiosa.

Algunos códigos consagran otra clase de oposición: la del tercero que concurre después de dictada la sentencia; pero antes de su ejecutoria, para recurrir de ella en apelación. En realidad se trata en este caso de una intervención principal ordinaria, pero no para los terceros coadyuvantes, porque carecen de autonomía para recurrir en desacuerdo con la parte coadyuvada.

195. Intervención incidental de terceros para oponerse a secuestros o embargos o pedir su levantamiento, y en otras actuaciones ordenadas en el curso del juicio

Ya hemos visto que pueden presentarse oposiciones de terceros a la entrega de un inmueble al demandante que ganó el juicio y al albacea o al secuestre (cfr. núms. 188, letra C), y 194), cuando dicha entrega ha sido ordenada en el curso de un juicio de sucesión o ejecutivo, de quiebra, concurso o separación de bienes, etc.

También hemos incluido estos casos en los de intervención principal *ad excludendum* o de terceristas, con la peculiaridad de ser tal intervención incidental y transitoria, en razón de su independencia y de la autonomía de sus pretensiones frente al demandante y al demandado.

196. La intervención por coadyuvancia o accesoria o «ad adiuvandum»

Hemos visto las diferencias que existen entre la intervención principal y la accesoria o secundaria o por coadyuvancia, y criticamos el error de algunos autores que incluyen en este grupo a los litisconsortes sucesivos, cuando sin la menor duda son intervinientes principales, porque hacen valer en el proceso un derecho propio (cfr. núms. 188, letra B), y 172).

Se suele denominar esta intervención *ad adiuvandum*, pero ya advertimos que es más técnico calificarla de *accesoria* o *secundaria*, como lo proponen Carnelutti y Redenti, precisamente para una mejor distinción entre los litis-

consortes o quienes adhieren a la causa de una de las partes, aunque con una pretensión propia que hacen valer en el proceso, y los coadyuvantes, que se limitan a defender la pretensión de la parte coadyuvada, sin aducir un derecho propio sobre el cual deba pronunciarse el juez (cfr. núms. 188, letra B); 172 y 192). 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» [70] y en un plano distinto al de la parte principal, de subordinación a esta, ligado secundariamente a la posición de su coadyuvado [71].

El coadyuvante no puede confundirse con el sustituto procesal ni asimilarse a este (cfr. núm. 135); en efecto, el sustituto actúa a nombre propio, en calidad de demandante y, por tanto, de parte principal, para la defensa de un derecho, del cual es titular otra persona que no concurre al juicio, al menos en sus comienzos; el coadyuvante, en cambio, lo hace como interviniente secundario y como parte accesoria, al lado y no en lugar del coadyuvado [72].

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 esta, 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 y a pesar de hacerlo en defensa de la causa de aquella, de manera que no se trata de una especie de representación; además, la parte coadyuvada está vinculada al proceso personalmente, como observa CHIOVENDA [73], aun cuando no intervenga en él activamente, y tendrá su propio representante cuando se trate de incapaz o persona jurídica o deba actuar mediante apoderado. Sin embargo, nada impide que los dos tengan el mismo apoderado.

Como escribe HUGO ALSINA, estos terceros «tienen interés en apoyar la pretensión del demandante o las defensas del demandado», no en hacer valer una pretensión personal en el juicio; pero, como observa el profesor brasileño A. A. LOPES DA COSTA, «no es representante de la parte coadyuvada, porque no obra en nombre de esta, sino en nombre propio», ni es un sustituto procesal, pues si bien defiende la causa del asistido, «lo hace, no en interés de este, sino en el suyo propio», que así resulta indirectamente defendido; no obra en lugar del coadyuvado ausente del proceso, sino al lado de este y con las limitaciones que luego indicaremos [74]. COUTURE nos da una definición muy apropiada [75]: «Aquel que tiene un interés jurídico propio en un conflicto ajeno; pero en condiciones tales que la defensa de un interés propio le conduce

---

[70] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. II, núm. 105, p. 179; CHIOVENDA: *Principios*, t. II, núm. 36, p. 33.

[71] GUASP, ob. cit., p. 224, ed. 1956, y p. 215, ed. 1962.

[72] CARNELUTTI: *Sistema*, t. I, núm. 143.

[73] CHIOVENDA, ob. cit., t. II, p. 33, núm. 36.

[74] ALSINA: "Unificación de la legislación acerca de la intervención de terceros en la relación procesal", monografía publicada en la obra *Estudios procesales*, en memoria de EDUARDO J. COUTURE, ed. Instituto Español de Derecho Procesal, 1957, p. 410; LOPES DA COSTA: *Direito processual civil brasileiro*, t. I, Río de Janeiro, 2.ª ed., 1959, p. 418-21.

[75] COUTURE: *Estudios*, t. III, p. 220.

al litigio a defender el interés ajeno». ROSENBERG trae una definición similar[76]: «Intervención por adhesión es la participación de un tercero en la gestión de una controversia ajena en propio interés y para apoyo de una de las partes, llamada parte principal.» Observa este autor que si bien actúa junto a la parte principal, inclusive para suplir su actividad, si permanece inactiva, lo hace siempre en nombre propio, «por lo cual no es su representante»; y agrega: «no pretende tutela jurídica para sí, sino que ayuda a la parte principal para el logro de su fin de tutela jurídica, y gestiona su proceso; por eso se le denomina *coadyuvante del litigio* (procesal) o auxiliar en el litigio», y también parte adherente.

Como se ve, es muy distinta la situación procesal de estos terceros intervinientes coadyuvantes y la de los litisconsortes y terceros principales *ad excludendum*. Los últimos llevan un litigio propio al proceso, paralelo y concordante con el de una de las partes iniciales, los litisconsortes, o incompatible con las pretensiones de estas, los *ad excludendum*. En cambio, los coadyuvantes no introducen al proceso ningún nuevo litigio, y ni siquiera amplían el que allí se debate, porque se limitan a colaborar para el éxito de la causa de una de las partes, con el fin de evitar que de la sentencia que en ese proceso se pronuncia les puedan sobrevenir perjuicios.

B) *Presupuestos de la intervención por coadyuvancia*

Los autores están de acuerdo en que son tres:

1.º *Que el proceso esté pendiente*, lo que significa que la demanda debe haberse notificado a los demandados y que la sentencia no haya sido dictada si no tiene recursos, o no haya quedado ejecutoriada[77], el coadyuvante surge, no en el momento de la iniciación ni en el de terminación del proceso, sino durante su desarrollo[78], con la observación que más adelante hacemos acerca de la interposición de recursos contra la sentencia dictada antes de su intervención.

2.º *Que el interveniente no esté actuando ya en el proceso* como parte o interviniente en otra calidad[79], pues no es concebible que una parte pretenda ser coadyuvante de sí misma o de su contrario, ni siquiera de la parte en cuyo nombre se actúa como representante legal (por ejemplo, el padre o tutor respecto del hijo o pupilo)[80], pero nada impide que el apoderado de una parte intervenga en su propio nombre como coadyuvante de la misma (jamás de la parte contraria, porque existirá una clara incompatibilidad para desempeñar ese poder), en razón de tener un interés personal en su triunfo.

3.º *Que el interviniente tenga un interés personal en el éxito de la pretensión o de la defensa de una de las partes principales y, por tanto, en el negocio. ¿En qué debe consistir exactamente ese interés?* CHIOVENDA[81] nos dice que debe consistir en un interés en el pleito, generalmente *de derecho*,

---

[76] ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 264.

[77] ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 265; CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 105, p. 180; ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 118.

[78] GUASP, ob. cit., p. 225.

[79] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 118; ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 266.

[80] ROSENBERG, cit. anterior.

[81] CHIOVENDA, ob. cit., t. II, p. 33, núm. 36.

por existir una relación jurídica entre el interviniente y la parte coadyuvada (y no con el adversario), con un nexo con el objeto del pleito, por ejemplo, la intervención del legatario en los pleitos entre el heredero testamentario y el legítimo, o la del vendedor obligado por la evicción en los pleitos que surjan entre el comprador y un tercero; pero agrega dicho autor que la jurisprudencia italiana acepta que puede ser *mero hecho*, en lo cual está de acuerdo, como sucede en el caso del notario respecto de la querella civil de falsedad de un acto o documento suyo, contra quien aparece como parte en el mismo, o en el del acreedor, respecto a los pleitos del deudor, casos en los cuales la relación objeto del pleito no tiene ningún nexo con el notario o acreedor intervinientes, pero estos tienen interés en que el acto sea declarado no falso o en que el deudor no se empobrezca por la condena. Dice CHIOVENDA que en todos estos casos el resultado desfavorable del pleito, aun cuando no produzca efectos de cosa juzgada a su respecto, haría más difícil la defensa de su derecho» [82].

CARNELUTTI [83] dice que ese interés propio o personal del interviniente no consiste en cualquier interés en la victoria de una de las partes, pues no sería suficiente, por ejemplo, el interés de tener una cuestión similar sujeta a otro juicio en curso o por proponer, sino en *un interés jurídicamente tutelado*, en cuanto su satisfacción pueda depender de la decisión de la litis en un sentido más bien que en otro; y trae como ejemplo los casos del acreedor de una de las partes cuya satisfacción queda favorecida con la victoria de su deudor; del sucesor a título particular en la relación litigiosa; del adquirente de la cosa que es objeto del proceso sostenido por su vendedor, y del socio de una sociedad comercial en pleito cuando le corresponda un dividendo o reparto sobre el patrimonio social. Es importante observar que este autor no exige que se trate de interés jurídico, sino *jurídicamente tutelado*, como en los ejemplos que trae el acreedor y del socio, en lo que está de acuerdo con CHIOVENDA.

ROSENBERG [84] explica que debe tratarse de un *interés jurídico* en la victoria de la parte principal (llamado causa de la intervención), y que se da siempre que el interviniente «está en tal relación jurídica con las partes o el objeto del proceso principal, que una sentencia desfavorable para la parte principal influiría, de algún modo, jurídicamente y para su detrimento, en su situación jurídica, de derecho privado o público»; que ese interés no puede ser delimitado de manera estrictamente formal y no necesita ser precisamente patrimonial, pero que tampoco basta un simple interés «real o económico en razón de amistad, parentesco o situación semejante, o en razón de una participación en el patrimonio de la parte principal; por ejemplo, como accionista o socio de una sociedad de responsabilidad limitada».

A pesar de que solo habla de interés jurídico, en el fondo existe acuerdo entre los conceptos de CHIOVENDA y CARNELUTTI, por una parte, y los de ROSENBERG, por la otra, ya que este cita los mismos ejemplos, con excepción del caso del socio, que el último rechaza, el segundo admite expresamente y se comprende en el supuesto del interés de hecho de que habla el primero. ROSENBERG trae estos ejemplos de intervención coadyuvante: la del notario en los juicios sobre la legalidad de la forma de la escritura pública autorizada por él; la del tercero cuando la sentencia adversa a una parte podría dar lugar a una ejecución forzosa contra él, o significar un hecho del cual podrían dedu-

[82] CHIOVENDA, ob. cit., t. II, p. 34, núm. 36.
[83] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 105, p. 180.
[84] ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 267.

cirse ciertas consecuencias jurídicas perjudiciales para él, como sucede en las sentencias de constitución; cuando la relación jurídica controvertida es perjudicial para sus derechos y obligaciones, sobre todo porque, en el caso de ser vencida la parte principal, crea o tema que pueda plantearse contra él una acción de indemnización; la del fideicomitente en el proceso del fiduciario sobre el bien objeto de fideicomiso; la del proceso de uno de los varios acreedores prendarios o embargantes contra el deudor directo o el tercero, cuando otro acreedor se adhiere al demandado.

Nada dice ROSENBERG acerca del caso del acreedor personal que interviene para tratar de evitar el empobrecimiento de su deudor y la consiguiente disminución de la prenda general que garantiza el pago de su crédito. Por una parte, parece ser un caso similar al del socio que interviene en el pleito de la sociedad para evitar el empobrecimiento que la pérdida de esta le representa, de manera que podría pensarse que, conforme a su criterio, no es admisible tampoco aquel; pero, por la otra, el ejemplo del acreedor que coadyuva con su deudor demandado en el pleito que a este le sigue otro acreedor prendario o embargante, parece también muy similar al del juicio ordinario que se le adelanta al mismo deudor para privarlo de un bien, o que este siga para recuperarlo, y cuando excluye el interés real o económico, habla solamente del que se origina en razón de amistad, parentesco o situación semejante, sin inculpir el de ser acreedor y poder resultar perjudicado con el pleito de su deudor. De manera que nos quedamos sin conocer a ciencia cierta su concepto sobre tan importante caso.

También cita ROSENBERG los casos en que la sentencia produce frente al interviniente efectos de cosa juzgada, o puede ser ejecutada contra él. Pero creemos que entonces se trata de una parte principal litisconsorte, porque su situación jurídica o su derecho quedan resueltos en la sentencia, y no de un simple coadyuvante.

HUGO ALSINA [85] trae los ejemplos del socio que interviene en el juicio promovido por otro socio que alega la nulidad de una asamblea; del notario en el juicio donde se pretende la nulidad de una escritura pasada ante él por defectos de forma o falsedad; del vendedor, en el juicio en que se discute al comprador la propiedad de la cosa; del acreedor o codeudor solidario y el comunero (pero nos parece que estos dos últimos son litisconsortes, por cuanto tienen un derecho propio radicado directamente en el proceso); del subarrendatario; del fiador, en el juicio contra el deudor principal. Todos estos ejemplos están de acuerdo con el concepto de los autores anteriormente citados, con la observación que acabamos de hacer respecto a los casos de solidaridad y comunidad. Y se refiere este autor al caso «del proceso fraudulento o colusivo en que el tercero debe intervenir para prevenir el dolo o la negligencia de la parte a la cual adhiere» [86], finalidad esta que se encuentra en el caso, aceptado por CHIOVENDA y CARNELUTTI, del acreedor personal que interviene para evitar el empobrecimiento de su deudor por el resultado del pleito, si con ello se trata de burlar su acreencia.

ROCCO se limita a exigir que «tenga cuando menos una legitimación para obrar, aun en la sola forma de la legitimación para intervenir», que le debe ser reconocida por las normas procesales [87]. Un poco antes dice que coadyu-

[85] ALSINA, monografía citada, p. 410.
[86] ALSINA, loc. cit., p. 411.

vante y coadyuvado son cotitulares de una misma y única acción», de manera que «quien no es sujeto de la relación jurídico-sustancial podría actuar como promotor de la acción, para la realización de una relación jurídico-sustancial de otro, mientras el titular de la relación jurídico-sustancial podría asumir la figura procesal de interviniente *ad adiuvandum*».

Creemos, sin embargo, que el coadyuvante puede ser ajeno a la relación sustancial debatida en el juicio por su coadyuvado, por ser ella conexa con otra relación sustancial que existe entre ellos y que puede resultar afectada con la decisión que sobre la primera se adopte en el proceso. El coadyuvante no es cotitular de la misma acción del coadyuvado, sino de la suya propia, y por esto, aun cuando no está legitimado para demandar respecto a la relación sustancial de aquel, sí lo está para intervenir en el proceso que inició su coadyuvado. Nos parece que si el interviniente es cotitular de la misma acción ejercitada por el demandante, en cuyo caso podía haber concurrido con él a demandar, existe entonces un litisconsorcio entre ellos y no una coadyuvancia, porque hace valer en el proceso una pretensión propia. El mismo Rocco se refiere en la página siguiente a los litisconsortes como «titulares o cotitulares del derecho de acción y de contradicción», y puntualiza en mejor forma al tratar de la legitimación para intervenir en la causa, en el capítulo sobre *Legitimación para obrar*, de acuerdo con lo que acabamos de observar, como puede apreciarse en los siguientes párrafos:

«La legitimación para intervenir es, a veces, una legitimación tan plena como la legitimación para obrar, en cuanto los sujetos legitimados para intervenir habrían podido ejercitar inicialmente aquella acción. En estos casos la legitimación para intervenir en nada difiere, en cuanto a la posibilidad que atribuye al sujeto de la legitimación para obrar: todos los sujetos legitimados para obrar, lo están para intervenir con mayor razón.

»Pero hay casos en que la legitimación para intervenir aparece como legitimación menos plena frente a la legitimación para obrar, por cuanto los sujetos legitimados para intervenir no habían podido iniciar determinado proceso, por no estar investidos por la Ley de esa facultad. En estos casos, para que el ejercicio de la acción pueda tener eficacia respecto de los sujetos que se valen de tal forma particular de legitimación, se hace necesario que por obra de otros sujetos, a quienes la Ley reconoce la legitimación para obrar, en el más amplio sentido, se instaure un juicio determinado» [88].

La primera hipótesis corresponde a la intervención litisconsorcial, y la segunda, a la accesoria o coadyuvante.

En nuestro concepto, tiene razón Rocco cuando afirma que el interventor coadyuvante, lo mismo que cualquiera otro que no sea incidental o transitorio, debe tener legitimación para intervenir en la causa, de manera que en esta noción se encuentra la solución del problema (cfr. núm. 134); pero es evidente que se trata de una legitimación menos plena, que, sin facultarlo para demandar la pretensión de su coadyuvado, sí lo autoriza para coadyuvarla en el proceso iniciado por este. Ya no se trata de pretender y afirmar ser el titular o cotitular de la relación jurídico-sustancial o del estado jurídico objeto del juicio—pues esto constituye la legitimación en la causa para el demandante—, sino de ser, por lo menos en apariencia (lo que debe demostrar), el titular de

[87] Rocco: *Trattato*, t. II, p. 120.
[88] Rocco, ob. cit., t. I, p. 335.

otra relación jurídica entre él y el coadyuvado, que pueda resultar afectada o beneficiada con los efectos de la sentencia que llegue a dictarse en ese proceso, como regla general, o el titular de un interés familiar que autorice la intervención por existir una norma legal que así lo disponga, en casos especiales [cfr. núm. 188, letra C)].

No es necesario que se trate de un interés jurídico en la causa u objeto del proceso, como aceptan CHIOVENDA y CARNELUTTI y se deduce de las enseñanzas de ROCCO y ALSINA, sino de un *interés jurídicamente tutelado* (para adoptar la fórmula carneluttiana), cuya satisfacción o realización dependan 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 el caso de los acreedores personales cuando la posibilidad de obtener el pago de sus créditos, que representa un interés tutelado por el derecho, depende del éxito que su deudor obtenga en el proceso con un tercero, o de la negligencia o el dolo con que esté adelantándolo; tales acreedores no tienen un interés jurídico en la causa debatida en ese proceso, pero sí en la satisfacción de sus derechos de crédito, condicionada a los resultados del mismo proceso. Esta circunstancia deberá ser afirmada por el interviniente para que se admita su solicitud, y en caso de que una de las partes se oponga a su intervención, deberá demostrar esta que el coadyuvado tiene otros bienes suficientes para garantía de sus obligaciones, ya que no puede exigirse al interviniente la prueba negativa de que aquel no tiene más bienes. Recuérdese que CHIOVENDA y CARNELUTTI aceptan expresamente esta intervención coadyuvante del acreedor personal de una de las partes y que es admisible, de acuerdo con el criterio de ROCCO y ALSINA. En cambio, no tendrán esos acreedores legitimación para intervenir, si el patrimonio del deudor que no está sujeto al pleito, es suficiente para garantía de sus acreencias, y así lo aprueba el opositor.

El acreedor real, con hipoteca o prenda, tiene con mayor razón interés suficiente para intervenir en el juicio de nulidad o resolución del título de propiedad de su deudor, ya que la sentencia afectará su garantía.

Estimamos que nuestro concepto viene a resolver un problema jurídico y moral, al otorgarle a los acreedores personales una defensa eficaz contra las maniobras dolosas de sus deudores, que se hacen demandar por testaferros con el objeto de sustraer bienes de sus patrimonios, mediante acciones reivindicatorias, de nulidad, de pertenencia, de venta con hipotecas ficticias u otras de efectos similares.

Anotamos que en ocasiones el coadyuvante tiene interés jurídico en el pleito, aun cuando no pretende obtener la declaración de su derecho en la sentencia, por lo cual se distingue del litisconsorcio, como lo explican los autores citados antes.

En resumen, el interés debe ser siempre jurídico en la misma causa en los casos de intervención principal litisconsorcial, pero puede ser simplemente económico, 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 juicio, cuando se trate de coadyuvancia o intervención accesoria o secundaria. Existen, además, los casos de intervención por interés familiar, de que hemos hablado.

Como ejemplos de coadyuvancia, aplicables a nuestro sistema procesal, están los que traen CHIOVENDA, CARNELUTTI, ROSENBERG y HUGO ALSINA, mencionados atrás, con las observaciones que allí mismo hicimos.

También pueden darse como ejemplos los del acreedor personal, hipotecario o prendario y de quienes hayan recibido un derecho de habitación, usufructo o servidumbre, en razón de un acto del demandado para coadyuvar la causa de este en el juicio que otra persona le siga sobre nulidad o inexistencia de su título de dominio, sin pedir que se declare la validez de su derecho, puesto que el fracaso de su coadyuvado afectaría la validez de su hipoteca o prenda o de su derecho real en ese bien, cuando no se les ha incluido en la demanda para que de una vez se declare esa invalidez (pues si son demandados, existe un litisconsorcio inicial). Como en el proceso y en la sentencia no se va a resolver sobre la validez de sus derechos, no se trata de intervinientes litisconsorciales; pero como su intervención tiende a precaver el peligro de una acción posterior del demandante contra ellos, tienen perfecto interés para coadyuvar la causa del demandado.

4.° *Por último, el coadyuvante debe ser capaz y obrar debidamente representado,* condiciones estas que rigen tanto para las partes como 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 tanto, no se sujeta a los requisitos de forma que para esta exige la Ley.

D) *Efectos procesales de la intervención coadyuvante*

Los efectos procesales de la intervención del coadyuvante son los siguientes:

1.° *El interviniente ingresa al proceso una vez que su solicitud es aceptada* por el juez, y conserva esta calidad mientras no le sea revocada en virtud del incidente que promueva la parte interesada en objetar su intervención. Naturalmente, si se interpone recurso de reposición o apelación contra el auto que admitió al coadyuvante, dicho recurso debe ser resuelto y prosperará si al revisar la situación el mismo funcionario o su superior encuentran que de las pruebas presentadas no aparece en principio el interés jurídicamente tutelado que justifique su admisión, o si falta alguno de los otros presupuestos ya examinados.

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 del coadyuvante, y en caso afirmativo debe ser resuelto como oportunamente presentado. Esto puede suceder con frecuencia, y el caso más importante es cuando se interviene después de dictada la sentencia de primera instancia y antes de su ejecutoria (cfr. letra B), 2.°), siempre que el coadyuvado no manifieste su voluntad de consentir o aceptar la sentencia.

Las mismas conclusiones deben ser adoptadas cuando se trate de intervención litisconsorcial, pero su recurso es autónomo.

2.° *El coadyuvante es parte en el proceso, de condición secundaria o accesoria,* ya que interviene hasta la terminación del debate y no de manera tran-

sitoria o accidental, y, con algunas limitaciones, que veremos, tiene los derechos procesales de parte. Sin embargo, la doctrina no ha sido uniforme sobre este particular.

CHIOVENDA [89] dice que «no deviene parte en el pleito, pero puede ser considerado de un modo análogo a un sustituto procesal (por ejemplo, responsabilidad por los gastos), cuando propone demandas por su cuenta». Creemos que la palabra *demandas* que utiliza el traductor se refiere a peticiones tales como recursos o nulidades, y así se deduce de la exposición que sigue.

El profesor brasileño A. A. LOPES DA COSTA [90] dice que tiene «cierto aspecto de parte», pero más adelante opina que el coadyuvante litisconsorcial no es parte, ya que no es actor ni demandado, y que por este aspecto su posición no se diferencia del coadyuvante común [91]. De esta manera, dicho profesor parece inclinarse por la doctrina de CHIOVENDA, con la modificación de extenderla al litisconsorte sucesivo, lo cual constituye un evidente error, como ya lo hemos explicado (cfr. núms. 179 y 191-192), y contrasta con su opinión de que no se limita a coadyuvar a la parte asistida, sino que interviene «para la defensa de una relación jurídica que es suya también y sobre la cual debe producirse la decisión» [92].

ROSENBERG [93] opina que «no llega a ser parte» y que inclusive puede ser testigo; SCHÖNKE [94] dice, en el mismo sentido, que «la intervención adhesiva no produce tampoco el efecto de que el interviniente se convierta en parte», y agrega que no lo es «ni aun en el caso de que la parte coadyuvada le ceda la gestión del proceso». Esta tesis la apoya SCHÖNKE en doctrina del Tribunal Supremo. Creemos que estas opiniones se deben a la especial reglamentación que de la materia contiene el Código alemán.

En cambio, ROCCO, CARNELUTTI y REDENTI consideran al coadyuvante como parte. El primero dice que tiene una legitimación para obrar, limitada a la forma de legitimación para intervenir y menos plena que la del demandante, con el cual es cotitular de la acción cuando es su coadyuvado, de lo que se deduce que en su concepto es parte, si bien no principal, sino secundaria [95], y el segundo lo califica expresamente de parte accesoria [96]. También REDENTI lo denomina parte secundaria [97].

ALSINA [98] dice que la sentencia afecta únicamente a quienes hayan intervenido en el proceso en calidad de partes y no aprovecha ni perjudica a los terceros que hayan permanecido ajenos a él; luego agrega que como existen terceros que pueden resultar perjudicados con la sentencia, se permite su intervención. De esto se deduce que al intervenir adquieren el carácter de partes, puesto que la sentencia los afecta y obliga. En su *Tratado* dice también que «con la intervención asume el carácter de sujeto de la relación procesal» [99]. Y como no hace excepción alguna para el caso de los coadyuvantes, en nin-

---

[89] CHIOVENDA, ob. cit., t. II, p. 33, núm. 36.
[90] A. A. LOPES DA COSTA, ob. cit., t. I, p. 422.
[91] A. A. LOPES DA COSTA, ob. cit., p. 427.
[92] A. A. LOPES DA COSTA, ob. cit., p. 427.
[93] ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 271.
[94] SCHÖNKE: *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950, p. 101.
[95] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 119-20.
[96] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 105, p. 179.
[97] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 241.
[98] ALSINA: *Unificación de la legitimación...*, cit., p. 409.
[99] ALSINA: *Tratado de derecho procesal*, t. I, p. 356.

guno de sus dos estudios, creemos que su concepto los comprende, con la advertencia que hace de que tienen «una distinta posición» en el proceso.

COUTURE estudia ampliamente esta cuestión [100] en la legislación comparada y concluye a favor del carácter de parte del coadyuvante, con las limitaciones que su condición accesoria le impone, y considera que «la solución que más se ajusta a las necesidades del proceso es la asimilación del tercero coadyuvante a la parte a la que ayuda» [101].

En España, GUASP habla de partes situadas en planos distintos, de respectiva subordinación [102], en oposición al concepto de partes principales, lo cual indica que considera al coadyuvante como una parte secundaria o accesoria. JOSÉ CASTILLO LARRAÑAGA y RAFAEL DE PINA [103] dicen que «pueden aparecer otras personas que, ocupando posición diferente, tengan, no obstante, la consideración de partes, aunque con carácter accesorio».

A nosotros no nos queda duda acerca del carácter de parte que tienen los coadyuvantes, ya que tienen el derecho a interponer recursos, a pedir pruebas, a proponer nulidades, actúan hasta la terminación del proceso y quedan vinculados por la sentencia; además, las limitaciones a que están sujetos en su actividad procesal y que veremos en seguida, no afectan esa calidad, pues sirven apenas para reducirla a la de *parte accesoria o secundaria.*

3.° *El coadyuvante toma el proceso en la situación en que se encuentre* en el momento de su intervención, de manera que no le es posible exigir un nuevo término para proponer excepciones previas, o para pedir pruebas, si ya han precluido, ni pretender un traslado especial para él, si ya se surtió a la parte coadyuvada; en general, el proceso no se retrotrae en ningún sentido [104]. Las pruebas practicadas y las providencias dictadas producen los efectos normales respecto de él [105].

4.° *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; por consiguiente, si coadyuva al demandante, no puede reformar la demanda de este, aun cuando esté en tiempo para hacerlo, ni le es posible proponer demanda de reconvención si coadyuva al demandado, ni tampoco alegar la compensación con un crédito a favor de este y a cargo del demandante, si no lo hace aquel [106] con un crédito suyo.

5.° *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 desistir de la demanda, ni transigir con el demandado, ni aceptar las excepciones de este cuando aquel las rechace o guarde silencio acerca de ellas, etc.; y si coadyuva al demandado, no puede confesar los hechos alegados por el demandante y que el primero rechaza o no ha aceptado expresamente (porque el silencio del demandado obliga al actor a probar los hechos de su demanda, salvo en casos espe-

---

[100] COUTURE: *Estudios,* t. III, p. 219 y ss.
[101] COUTURE, ob. cit., p. 231.
[102] GUASP, ob. cit., p. 224.
[103] JOSÉ CASTILLO LARRAÑAGA y RAFAEL DE PINA: *Derecho procesal civil,* ed. México, 1954, p. 219.
[104] CHIOVENDA, ob. cit., t. II, núm. 36, p. 33; ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 272.
[105] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 450.
[106] ROSENBERG, cita anterior.

ciales, como en los juicios posesorios y de lanzamientos), y mucho menos puede allanarse a la demanda si el demandado no lo hace, ni oponerse a ella si este la acepta y se allana a sus peticiones, ni transigir, etc.

En este sentido dice CHIOVENDA [107] que «regularmente su actividad puede *suplir* la actividad de la parte coadyuvada, pero no encontrarse en *contraste* con ella», y ROSENBERG [108] considera que «la contradicción con la parte principal debe establecerse en forma positiva; puede resultar de una declaración expresa de ella o de su conducta total en el proceso; en caso de duda se mantiene eficaz la actuación del interviniente adherente»; luego agrega que «le están prohibidas aquellas actuaciones que *in abstracto*, se oponen al interés de la parte principal». La misma opinión se encuentra en GUASP, que dice: «Estos actos no valen en cuanto contradigan o perjudiquen a la parte principal a quien el coadyuvante se adhiere» [109].

En ningún caso puede el coadyuvante reconocer un documento que su coadyuvado rechace o tache de falso, ni tachar uno que este haya presentado o reconocido como auténtico en forma expresa, ni allanar impedimentos o tachas propuestos por el coadyuvado al juez o a los testigos o peritos. En cambio, sí puede proponer esas 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 este no se deduce su voluntad en contrario, porque entonces suple la actividad del coadyuvado, lo que sí le es permitido, como lo dicen CHIOVENDA, ROSENBERG y GUASP.

6.° *No puede interponer recursos que el coadyuvado no desee o en disconformidad con este,* porque entonces hay una actuación procesal contraria a la de la parte principal.

Se presenta la duda de si 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 aquel. Nosotros consideramos que sí. Del concepto de CHIOVENDA, que transcribimos en el punto 5.°, se deduce la validez de ese recurso, ya que este autor opina que el coadyuvado puede suplir la actividad de la parte coadyuvada, sin contradicción alguna con esta, y al tratar de las condiciones del derecho de apelar dice que le corresponde «a cualquiera que haya sido *parte* y haya sido *gravado* por la sentencia, inclusive al sustituto procesal y, además, al interviniente adhesivo y forzoso» [110]. Lo mismo se deduce del concepto de GUASP, acabado de citar.

De la misma opinión es ROSENBERG, como puede deducirse del siguiente párrafo: «si la parte principal no ha interpuesto recurso o ha desistido de él porque no quiere proseguir la controversia, será improcedente el del interviniente adherente, pero será procedente si aquella no interposición o desistimiento no significa disconformidad con el recurso interpuesto por el interviniente adherente (RG, 97, 215; ZZP, 61, 372); el recurso del interviniente adherente se mantiene también procedente si fuese rechazado el de la parte principal por improcedente (RG, JW, 1927, 1324). Por otra parte, no puede rechazarse como improcedente el recurso de la parte en tanto se mantenga procedente el del interviniente adherente, ya que su recurso es el de la parte»; y un

[107] CHIOVENDA, ob. cit., t. II, núm. 36, p. 33.
[108] ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 272.
[109] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 225-26, y ed. 1962, p. 218.
[110] CHIOVENDA, ob. cit., t. II, núm. 84, p. 494.

poco antes dice: «en caso de duda se mantiene eficaz la actuación del interviniente adherente» [111].

De manera que cuando la parte coadyuvada ha abandonado el juicio o transitoriamente lo ha descuidado, los recursos que interponga el coadyuvante que fue admitido antes de dictarse la providencia recurrida, deben ser oídos y tramitados, ya que la ausencia de aquella no significa disconformidad con las defensas que este interponga. Si este es el concepto de ROSENBERG, a pesar de que en la Ordenanza procesal alemana el coadyuvante no es parte en el proceso, y también el de CHIOVENDA, no obstante que opina que no es parte, con mayor razón deben sostener esa conclusión quienes no le niegan la calidad de parte accesoria o secundaria. Sin embargo, CARNELUTTI opina que «no podría proponer la impugnación el interviniente adherente, cuyo carácter de parte accesoria excluye que pueda tomar iniciativa más allá de los límites de la demanda de la parte (principal) ayudada» [112]. El concepto de CARNELUTTI no resuelve el punto cuando el coadyuvado principal interpone el recurso, pero extemporáneamente o de manera irregular, y cuando expresa su conformidad con el recurso del coadyuvante, ya vencido el término para interponerlo. Por su parte, ROCCO dice que «el llamado derecho de impugnar las sentencias no es más que la facultad comprendida en el derecho de acción y de contradicción» [113]; de lo cual se deduce que el coadyuvante le corresponde ese derecho, siempre que no esté en contradicción la actitud asumida por el coadyuvado, puesto que al ingresar en el proceso se constituye en sujeto de esos derechos de acción y de contradicción, según el mismo autor, como más adelante lo dice en estos términos; «coadyuvante y coadyuvado son cotitulares de una misma y única acción» [114]. Pero en verdad no hemos encontrado un concepto expreso en este autor, como tampoco en REDENTI.

COUTURE opina que «los terceros, en principio, no tienen legitimación para apelar», porque, en general, la cosa juzgada no les afecta; «pero si el tercero pertenece a aquellos a quienes la sentencia afecta, aun cuando no hayan litigado, entonces la vía de la apelación queda abierta a su respecto» [115]. Más adelante dice que el tercero puede constituirse como parte en el juicio seguido entre otros, «a condición de tener interés legítimo en el litigio ajeno», intervención que puede ser coadyuvante o excluyente, y que, como puede hacerlo en cualquier estado de la causa, «es muy posible que el tercero se constituya como parte dentro del término para apelar e inmediatamente interponga el recurso contra la sentencia dictada» [116]. De este modo el ilustre profesor uruguayo acepta el recurso del coadyuvante sin exigir que el coadyuvado lo haya interpuesto y para suplir el de este. No estudia COUTURE el caso de oposición del coadyuvado al recurso del coadyuvante. En el extenso capítulo que a la «legitimación procesal del tercero coadyuvante» le consagra en sus *Estudios de derecho procesal civil* [117], observa COUTURE que el tercero se halla sometido a la condición que cada legislación positiva le asigne y que en las legislaciones hispanoamericanas se le asimila a la condición de la parte que coadyu-

[111] ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 272.
[112] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. II, núm. 527, p. 188.
[113] ROCCO: *Trattato*, t. I, p. 371.
[114] ROCCO, ob. cit., t. II, p. 119.
[115] COUTURE: *Fundamentos*, núm. 223, p. 363.
[116] COUTURE, ob. cit., núm. 223, p. 365.
[117] COUTURE: *Estudios*, t. III, p. 219 y ss.

va, solución esta que considera la que más se ajusta a las necesidades del proceso.

ALSINA dice que «el interviniente será considerado como parte distinta, y sus actos no perjudicarán ni aprovecharán a los otros litigantes» [118], lo cual conduciría a que el recurso interpuesto por aquel no podría beneficiar al coadyuvado; pero, como lo observa COUTURE [119], esta opinión se debe tomar como resultado de los textos legales especiales que sobre la materia contiene el Código argentino.

7.° *Puede ejecutar todos los actos procesales propios de las partes, con las limitaciones señaladas en los dos puntos anteriores.* Según lo dicho, el coadyuvante puede 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 o que supla el silencio o el abandono de esta.

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 esta (cfr. núm. 196, A) [120].

8.° *No puede ser testigo ni perito,* como resultado de su condición de parte accesoria. En Alemania se acepta que pueda ser testigo [121], debido a que no se le reconoce la calidad de parte; pero nosotros consideramos incompatible su interés en el juicio con la imparcialidad necesaria para testimoniar o rendir un concepto como perito, aun en la hipótesis de que no sea parte.

9.° *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.

10. *La sentencia lo vincula,* en el sentido de que no puede discutir en un nuevo juicio sus conclusiones, ni siquiera cuando, con base en ella, la parte coadyuvada le instaura posteriormente un proceso. Pero téngase presente que en la sentencia no se resuelve sobre ningún derecho del coadyuvante y que, por tanto, la cosa juzgada no lo obliga directamente ni le impone prestación alguna. Esta última consideración lleva a ROSENBERG a opinar que la sentencia produce efectos solo entre las partes y que la extensión de la cosa juzgada al coadyuvante opera únicamente cuando existe un litisconsorcio, pero advierte que, a pesar de esto, «el interviniente adherente no *puede discutir la exactitud de la sentencia* dictada contra la parte principal» y «*vale como justa* en contra del interviniente adherente en sus relaciones con la parte principal» [122]. SCHÖNKE dice que «en la contienda entre el interviniente y la parte coadyuvada no puede invocar aquel que el litigio principal fue resuelto indebidamente» y que «los efectos de la intervención adhesiva no coinciden con los de la cosa juzgada; siendo, con respecto a esta, en parte más amplios y en parte más restringidos» [123]. De modo que para estos autores la sentencia sí

---

[118] ALSINA: *Tratado,* t. I, p. 363.
[119] COUTURE: *Estudios,* t. III, p. 230.
[120] ROSENBERG, ob. cit., p. 271; CHIOVENDA, ob. cit., t. II p. 33; ROCCO: *Trattato,* t. II, p. 120; COUTURE: *Estudios,* t. III, p. 231.
[121] ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 271.
[122] ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 273-74.
[123] SCHÖNKE, ob. cit., p. 102.

produce efectos respecto al coadyuvante, si bien no en forma directa ni expresa, como nosotros lo sostenemos.

COUTURE considera que «la intervención del tercero se liga inseparablemente al tema de la cosa juzgada, en razón de que dicha intervención, en sí misma, no representa sino una anticipación preventiva a una cosa juzgada adversa» [124], de lo cual se infiere que lo resuelto en esa sentencia tiene que obligarlo en cuanto no les es posible discutirlo ni desconocerlo, como sí podría hacerlo si fuera un tercero que no hubiera intervenido en el proceso. Esta conclusión se deduce también de la opinión de CHIOVENDA y ROCCO, quienes admiten la impugnación de la sentencia por el coadyuvante, porque si no lo obligara, no se justificaría su recurso.

11. *Goza de autonomía en cuanto a capacidad o representación* y debe reunir los requisitos generales para que ambas aparezcan en debida forma (cfr. núms. 215-217).

12. *En nada afecta la competencia,* ya que no introduce un nuevo litigio.

13. *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 principal [cfr. núms. 184, letra I), y 193, letra E)].

197. INTERVENCIÓN FORZOSA POR LLAMAMIENTO AL JUICIO

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 obligada. Existen otras citaciones y emplazamientos que dan derecho a intervenir, pero que no convierten por sí solas al citado o emplazado en sujeto de la relación jurídico-procesal, como la de acreedores en los juicios de quiebra y concurso o en los ejecutivos, cuando se presenta una tercería, y la de posibles interesados como herederos o acreedores en el juicio de sucesión o poseedores y dueños en el de vacantes; 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.

Con alguna frecuencia, ocurre que una de las partes—demandante o demandada—tiene el derecho contractual o legal de exigirle a un tercero la indemnización del perjuicio o restitución del pago que llegue a soportar como resultado, por existir entre él y ese tercero una *relación de garantía,* es decir, aquella en virtud de la cual ese tercero (garante) está obligado a garantizar un derecho del llamante y, en consecuencia, a reponer a la parte principal (garantizada) lo que haya dado o perdido en virtud de la acción de otra persona [125]. En otras ocasiones, el derecho a citar al tercero proviene de una relación jurídica distinta, que existe entre los dos, respecto a la cosa materia del litigio, como cuando el tenedor demandado en reivindicación denuncia al verdadero poseedor en cuyo nombre tiene el inmueble. Esa citación puede prevenir también de la pretensión excluyente de un tercero sobre la misma cosa.

---

[124] COUTURE: *Estudios,* t. III, p. 222.

[125] CARNELUTTI: *Instituciones,* t. I, núm. 262, p. 398; ALSINA: *Unificación,* p. 412.

Cuatro son las clases de intervención forzosa que la doctrina contempla: 1.ª, *llamamiento en garantía,* en sentido general, que comprende las obligaciones personales y los derechos reales; 2.ª, la *litis denuntiatio,* cuando la parte vencida tendría acción revérsica contra el llamado y que en realidad es un llamamiento en garantía, de manera que en los códigos que no distinguen estos dos conceptos, como el nuestro, pueden refundirse las dos nociones; 3.ª, 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; 4.ª, el *llamamiento del tercero pretendiente,* cuando este pretende ser el verdadero titular del derecho discutido, con exclusión de las dos partes, que en nuestro Código no existe.

Cualquiera que sea la causa de la citación y la relación jurídica que exista entre el citado y la parte principal que lo llama, todos esos casos tienen la característica común de que la intervención del tercero es forzosa u obligada, ya que por el solo hecho de la citación quedan sujetos a la relación jurídico-procesal, aun cuando se coloquen en rebeldía y se abstengan de comparecer para la defensa de sus intereses o el cumplimiento de su obligación de garantía.

En los números siguientes estudiaremos estas varias especies de llamamiento al juicio y de intervención forzosa.

198. 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 tanto, tiene siempre un origen contractual, como sucede en la evicción de que responde el vendedor al comprador [126]; o *garantía personal,* cuando se trata de responder por obligaciones personales, como la de indemnizar perjuicios o de restituir lo pagado, de modo que 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 derecho a repetir contra este, o en un contrato, como en el caso del fiador que es obligado a pagar por su fiado y queda con derecho a repetir contra él. Da lugar a un litisconsorcio recíproco, como lo vimos en el número 183.

Chiovenda [127] limita la denominación de *llamamiento en garantía* para los casos en que «al llamamiento del tercero contra el cual la parte llamante tiene una acción de regresión, se añade la proposición *in eventum* de esta acción en el mismo pleito» (institución de origen germánico), de modo que el garante resulte de una vez condenado al reintegro o a la indemnización que corresponda, si el garantizado pierde el pleito, «en homenaje al principio de la economía de los juicios y a la conveniencia de decidir de una sola vez y de una

---

[126] Alvaro Pérez Vives: *Compraventa y permuta en derecho colombiano,* ed. 1953, p. 320 y ss.

[127] Chiovenda, ob. cit., t. II, núm. 90, p. 649.

sola manera los puntos que son comunes a la acción principal y a la acción de regresión».

Sin duda alguna, lo ideal es que así suceda en todo caso de llamamiento en garantía y de denuncia de pleito, porque nada justifica que sea necesario un segundo juicio entre garantizado y garante, para que aquel obtenga el resarcimiento que le corresponde, tal como, desafortunadamente, ocurre en nuestro actual procedimiento con la denuncia del pleito.

CALAMANDREI [128] opina, en desacuerdo con CHIOVENDA, que el llamamiento en garantía tiene un contenido actual y puramente procesal, porque se traduce simplemente en la obligación del garante de defender al que lo llama para obtener el triunfo de su causa.

Nosotros creemos que se trata de dos maneras de regular el llamamiento en garantía. La planteada por CHIOVENDA representa la mejor forma de reglamentarla, pero, a falta de norma expresa que así lo permita (como sucede en nuestro Código de Procedimiento Civil), sus efectos vienen a ser los puramente procesales que señala CALAMANDREI y, además, el de quedar sujeto el garante a los resultados de la sentencia, sin poder discutir su decisión, cuando su garantizado ejercite contra él la acción de reintegro.

HUGO ALSINA [129] distingue entre la *llamada en garantía* y la *litis denuntiatio*; la primera la limita a los casos en que «el llamado está obligado a garantizar un derecho del llamante (garantía propia, como el cedente respecto del cesionario: art. 1.476 del C. C.) o el llamante se encuentra en pleito por una obligación del llamado, como el fiador solidario respecto del deudor (artículo 2.003, C. C.)»; la segunda la acepta siempre que «la parte, en caso de ser vencida, podría tener una acción revérsica contra el tercero; como en la evicción (C. C., art. 2.108); el patrón que indemniza el perjuicio causado por su dependiente (ídem, art. 1.123); el tercero que excitó al animal que ocasionó el daño (ídem, art. 1.125); el propietario de la cosa inanimada contra el culpable del accidente (ídem, art. 1.133); en las acciones de nulidad de testamento (ídem, art. 3.421); en la reivindicación por el heredero en estado de indivisión (ídem, art. 3.450); la acción del asegurador contra el conductor (C. de Co., art. 325); la del capitán contra los oficiales y la tripulación (ídem, art. 1.263); la de indemnización por accidente de trabajo (Ley 9.688, arts. 10 y 18)».

El profesor argentino incluye en la *litis denuntiatio* los casos de garantía personal de origen extracontractual, sin limitarla a la evicción de derechos reales, y el llamamiento en garantía incluye los casos de origen contractual. Nosotros creemos que esto ocurre siempre que el llamado deba responderle al llamante por los resultados adversos que pueda tener en el proceso y que, por tanto, la *litis denuntiatio* es un llamamiento en garantía, por lo cual en los códigos donde no se encuentren reglamentados por separado, como sucede en el nuestro, que solo contempla la denuncia del pleito, pueden incluirse en esta todos los casos de aquella.

En el mismo sentido dice CARNELUTTI [130] que se llama relación de garantía «aquella relación por virtud de la cual alguno (garante) está obligado a prestar a otro (garantizado) el equivalente de lo que este haya dado o perdido

[128] CALAMANDREI: *Chiamata in garantia*, Milano, 1913, p. 6-15, cit. por CHIOVENDA: *Principios*, t. II, núm. 90, p. 650.

[129] ALSINA: *Unificación*, p. 412.

[130] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 262, p. 398.

para el cumplimiento de una obligación frente a un tercero; tal obligación puede derivarse del contrato, así como de un acto o hecho jurídico diverso; cuando nace del contrato, por el cual alguno transfiere a otro un derecho real (C. C., arts. 1.482 y ss.), se habla de *garantía real*; ejemplos de *garantía personal* son frecuentes en el campo de las obligaciones (C. C., arts. 1.299 y 1.954), pero se encuentran también fuera de este; por ejemplo, hay relación de garantía entre el autor del hecho culposo y quien debe responder del daño según los artículos 2.048 y siguientes del Código Civil». Como se ve, CARNELUTTI incluye en el llamamiento en garantía los casos de evicción de derechos reales y de garantía de derechos personales, tal como nosotros lo hacemos. En la denuncia del pleito existe sin duda una relación de garantía.

En los Códigos de Procedimiento Civil suele otorgarse a la parte garantizada el derecho de llamar al proceso a su garante para que defienda la litis que ha de afectarlo necesariamente, ya que de sus resultados se deducirá si queda con la obligación de restituir o pagar o indemnizar en virtud de la garantía, de modo que la sentencia lo beneficia o perjudica en todo caso. E igualmente se autoriza a ese garante para que intervenga voluntariamente en el proceso, en razón del mismo interés que en él tiene, a fin de defender la causa de su garantizado y su propia relación de garantía por los efectos jurídicos y patrimoniales que le representa, precaviéndose así de las consecuencias adversas que le traería el fracaso de aquel. En el primer caso, la intervención es forzada u obligada; en el segundo, voluntaria o facultativa (cfr. núm. 199).

Nuestro Código de Procedimiento Civil permite la intervención voluntaria en virtud del artículo 233, en todo caso de garantía; pero contempla el llamamiento al juicio por motivo de una relación de garantía, solamente en la forma de la denuncia del pleito en sus comienzos, en los artículos 235 a 239. Otros códigos admiten el llamamiento por garantía personal expresamente, junto con la denuncia del pleito, como el alemán (arts. 72 a 76), el austríaco (arts. 16 a 24), el italiano (arts. 106 y 107), el chileno (art. 22) y el argentino de la provincia de Santa Fe (art. 537).

Aun cuando el garante no resulte condenado en el proceso que sigue su garantizado o se le sigue a este, y la sentencia no se refiere a la relación que existe entre ellos, el interés jurídico del primero para intervenir o ser citados, es evidente, porque las consecuencias que para él trae la sentencia adversa al segundo representan un interés jurídicamente tutelado, ya que ha de beneficiarlo o perjudicarlo, y creemos que, más que interés de simple hecho, es un interés de derecho.

Existe entre la litis materia del proceso y la litis entre el garante y el garantizado una *conexión instrumental por el objeto*, como observa CARNELUTTI [131], y las dos litis son *interdependientes por accesoriedad*, ya que «una litis se dice accesoria a otra cuando no solo proviene de ella, sino que no puede estar sin ella, por lo cual media entre ambas no solo una relación de dependencia histórica, sino también de dependencia lógica» [132]. Es decir: si no se produce la litis contra el garantizado o este se ve en la necesidad de iniciarla, tampoco surge la litis entre este y el garante para la responsabilidad que por aquella puede deducírsele. Esa conexión es bastante para justificar tanto la citación como la intervención voluntaria.

---

[131] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 263, p. 398.
[132] CARNELUTTI, ob. cit., t. I, núm. 152, p. 242.

CHIOVENDA considera que en el llamamiento en garantía existe una contienda *común* a la parte y al tercero garante [133], lo que implica la conexión de objeto, de que habla CARNELUTTI, o de *causa petendi* común, que en ocasiones se presenta también, como observa el mismo CHIOVENDA, por lo cual agrega a continuación: «no es sino el llamamiento de quien habría podido ser, pero no quiere ni puede ser obligado a ser litisconsorte del actor, o de quien habría podido ser litisconsorte del demandado, pero que el autor no quiere ni puede ser obligado a llamar; y tiene el doble efecto, ante todo, de extender, en todo caso, al tercero llamado, la autoridad de la futura cosa juzgada» [134]. Por esto consideramos que existe un interés jurídico para el garante, ya que si fuera de simple hecho sería un coadyuvante y no un litisconsorte, como creemos que lo es, de acuerdo con CHIOVENDA.

Generalmente, el tercero obligado en garantía podría comparecer inicialmente al proceso, como litisconsorte de la parte demandante o demandada, porque tiene el interés jurídico para ser codemandante o codemandado, como observa CHIOVENDA [135]; pero no es un litisconsorte necesario, de manera que su presencia en el proceso no es indispensable para su eficacia ni para la sentencia de fondo, sino litisconsorte voluntario o facultativo, y por esto el demandante no está obligado a incluirlo en su demanda. Naturalmente, puede incluirlo entre los demandados o pedir que el juicio se inicie con citación previa de aquel, originando así un litisconsorcio inicial. Por esto no es parte procesal mientras no intervenga voluntariamente, o sea citado a solicitud de su garantizado o del demandante en la misma demanda, o de oficio cuando la Ley autoriza al juez para integrar el contradictorio, como sucede en los códigos italiano y brasileño.

No solo puede el demandante incluir en su demanda a su propio garante y solicitar que con su audiencia se tramite el proceso, sino que también es libre de incluir al garante de su demandado y en esta misma calidad, con lo cual, como hemos dicho, se origina un litisconsorcio inicial. La sola citación o notificación al garante lo constituye en parte, y su rebeldía a defenderse y a comparecer no lo libra de los efectos normales de la cosa juzgada, tal como ocurre con cualquier demandado que se niegue a comparecer después de ser notificado en forma legal.

Algunos códigos autorizan a las partes para hacer citar en el curso del juicio al garante de su contraparte, pero como nuestro Código no contempla el caso, entre nosotros solo es posible inicialmente o por corrección de la demanda o en reconvención.

199. DENUNCIA DEL PLEITO O «LITIS DENUNTIATIO»

En el número anterior vimos lo que se entiende por *litis denuntiatio* en la doctrina, y dijimos que, en nuestro concepto, que sigue el de CARNELUTTI y REDENTI, es simplemente un llamamiento en garantía; además, anotamos que HUGO ALSINA los distingue, pero incluye en el primero todos los casos en que de ser vencida la parte, «podría tener una acción revérsica contra el tercero»,

133 CHIOVENDA, ob. cit., t. II, núm. 90, p. 642.
134 CHIOVENDA, ob. cit., t. II, núm. 90, p. 643.
135 CHIOVENDA, ob. cit., t. II, núm. 90, p. 643.

lo mismo cuando se trate de derechos reales que cuando sean personales, tal como nosotros lo proponemos.

CHIOVENDA nos presenta un concepto similar al de ALSINA y al nuestro, cuando dice: «La parte que, en caso de ser vencida, tiene una acción de regresión hacia un tercero, puede denunciar a este el pleito para facilitarle un medio de intervenir y coadyuvarla en su defensa, y para evitar la excepción de negligente defensa en el juicio posterior de revalidamiento» [136]; a continuación cita el ilustre procesalista italiano los ejemplos del comprador que denuncia al vendedor el pleito en que padece la evicción y del arrendatario molestado por terceros con acciones relativas a la propiedad o a servidumbres sobre la cosa arrendada. Luego agrega: «La denuncia del pleito es un verdadero y propio *llamamiento al pleito*», y observa que puede tener dos características: «primera, la simultánea proposición de la acción de regresión contra el llamado al mismo juicio; segunda, la puesta fuera del pleito del demandado y su sustitución por parte del llamado, en los casos de garantía por acciones reales» [137]. De modo que para este eximio maestro italiano, cuando puede proponerse en el mismo proceso la acción de regresión contra el garante, que es la solución ideal para todos estos casos, con el fin de evitar así un segundo proceso entre el denunciado y el garantizado, con la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero, se trata de un caso de llamamiento en garantía.

Por eso, más adelante denomina, como vimos, llamamiento en garantía a la denuncia del pleito cuando se propone allí mismo *in eventum* la acción de regresión.

También REDENTI considera el llamamiento en garantía, en el que incluye a la denuncia del pleito por evicción: «Es el modo normal y acostumbrado de provocar el acoplamiento de la causa en garantía con la causa principal» [138], lo que significa el aprovechamiento del mismo proceso para resolver de una vez sobre la responsabilidad del garante y la condena que a favor del garantizado debe imponérsele. ROSENBERG dice que «lo decisivo es que el actor para el caso de su derrota crea posible hacer responsable a un tercero por el daño» [139], e incluye en los casos de denuncia los de obligaciones alternativas, los de contratos de seguros cuando dos o más asegurados discuten acerca de a quién le corresponde indemnizar el daño, y los de administración de patrimonios ajenos, *laudatio autoris*. Según él, existe el derecho a denunciar el pleito cuando, en general, «el denunciante del litigio debe *esperar* una acción de garantía o de indemnización». Naturalmente, el concepto es aplicable al caso de que sea el demandado quien denuncia el pleito.

De manera que la doctrina no limita la *litis denuntiatio* a los casos de garantía de derechos reales, sino a los más generales en que exista acción *revérsica o de regresión* hacia el tercero a quien se denuncia el pleito, con lo que se comprende la garantía personal, tan frecuente en el campo de la obligación por solidaridad o fianza o responsabilidad común por hechos extracontractuales culposos o dolosos, como resulta de los ejemplos puestos por CARNELUTTI y ALSINA (cfr. núm. 197) y del concepto de ROSENBERG y REDENTI.

ROCCO [140] enumera los casos de intervención a instancia de parte señalados

[136] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, núm. 90, p. 646.
[137] CHIOVENDA, ob. cit., t. II, núm. 90, p. 647.
[138] REDENTI, ob. cit., t. I, núm. 90, p. 321.
[139] ROSENBERG, ob. cit., t. I, p. 281.
[140] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 123.

específicamente por los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, e indica por separado la *litis denuntiatio* «en materia de evicción» y la llamada garantía que «se funda en el vínculo de garantía que une al tercero garante, llamado en causa, con el garantizado, que llama en causa. Tal vínculo importa la obligación de aquel de venir a prestar a este su defensa en el juicio y, eventualmente, a resarcir el daño». Pero observamos que esa doble obligación existe, precisamente, en la denuncia del pleito. REDENTI [141] habla, en general, de llamamiento en garantía siempre que «el garante defienda al garantizado en la causa principal contra su adversario, y en caso de salir vencido, lo mantenga indemne (revelado o resarcido) de las consecuencias de la derrota», de manera que incluye los casos de denuncia del pleito por evicción, razón por la cual no los estudia por separado. El Código de Procedimiento Civil italiano no tiene una norma especial para la denuncia del pleito y se limita a decir, en el artículo 106, que «cada una de las partes puede llamar al proceso a un tercero respecto del cual considere común la causa o por el cual pretenda estar garantizada».

PEDRO ARAGONESES dice que procede la litis denunciación «por obligaciones de garantía o de indemnidad» [142], sin limitarla a la evicción. Y MANUEL DE LA PLAZA afirma que «se produce esa intervención siempre que el litigante que hace este llamamiento está asistido de un derecho para *repetir* contra el tercero, cuya intervención reclama, en el supuesto de perder el pleito», y no distingue entre derechos reales y personales; luego trae como ejemplos los casos de evicción en la compraventa y en el arrendamiento [143].

De esta suerte, en el moderno derecho procesal la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía son considerados como una misma institución procesal; y, en todo caso, la primera se extiende tanto a la garantía real como a la personal de origen contractual o extracontractual. Da lugar a un litisconsorcio recíproco, como lo explicamos en el número 181.

En Colombia, ese derecho a denunciar el pleito lo consagra tácitamente la Ley *siempre que establezca la relación de garantía entre el denunciante y el denunciado*, para el resarcimiento del perjuicio o el saneamiento de la evicción, tal como lo entienden ALSINA, CARNELUTTI, REDENTI y ROSENBERG. Por consiguiente, se incluyen las denuncias del pleito cuando existe una garantía personal en razón de contratos (como la del deudor al reintegro de lo que su fiador demandado tenga que pagar por aquel, la del codeudor solidario para el reintegro de la parte proporcional del codeudor no demandado), o también en razón de la Ley (como la del patrón para el reintegro por el empleado de lo que deba pagar por la acción de responsabilidad indirecta por un hecho culposo de este, o la del asegurador que es condenado a pagar al asegurado, pero tiene acción de resarcimiento contra el tercero responsable, etc.).

REDENTI le reconoce al denunciado la calidad de litisconsorte [144]; lo mismo CHIOVENDA [145]. GUASP [146] lo califica de tercerista, es decir, de parte principal excluyente.

---

[141] REDENTI: *Derecho procesal civil*, t. I, núms. 46, 48, 88, 90 y 91, p. 170, 314, 321 y 327.

[142] ARAGONESES: *Técnica procesal*, Edit. Aguilar, Madrid, 1955, p. 175.

[143] DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 302.

[144] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 319-21.

[145] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, núm. 90, p. 643.

[146] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 222, y ed. 1962, p. 215.

Tan clara es la situación de parte principal que en nuestro Derecho tiene el denunciado, que el artículo 1.901 del Código Civil lo califica de demandado, con notoria impropiedad, y dice que el juicio se sigue solo contra él, si es un vendedor y comparece; norma que debe entenderse en el sentido de que tiene los derechos y las obligaciones procesales de un demandado, pero sin que el denunciante pierda su condición de tal, ni el debate deje de ser con él.

Los efectos del litisconsorcio que se producen entre denunciante y denunciado se asemejan a los del litisconsorcio necesario, en cuanto a la indivisibilidad de la sentencia y las consecuencias de los recursos interpuestos por cualquiera de ellos, ya que no es posible que exista una condena o una absolución para uno y no para el otro, ni que la sentencia quede en firme para uno solo de ellos, como sí puede ocurrir en el litisconsorcio voluntario [cfr. núm. 184, letras A) y G)]. 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, demandado o denunciado—denunciar o no el pleito, y las consecuencias de no hacerlo son puramente civiles, es decir, en cuanto al saneamiento, resarcimiento o indemnización a que entre ellos pueda haber lugar. Es un litisconsorcio voluntario, porque no afecta el proceso ni la procedencia y eficacia de la demanda, pero con efectos diferentes en algunos aspectos, dada su peculiar naturaleza.

En materia de unidad de procedimiento, de efectos de los actos procesales se aplican las conclusiones a que llegamos en materia de litisconsorcio en el que ejecuten, de alegaciones, de pruebas, de nulidades, de costas y expensas, número 184. Pero debe tenerse en cuenta que no es posible la terminación del juicio sin el consentimiento tanto del denunciante como del denunciado, ya que este adquiere una situación similar a la del demandado o demandante, según el caso, con iguales derechos procesales que el denunciante y, por tanto, el desistimiento, la transacción y el allanamiento que uno de ellos haga, no puede perjudicar al otro ni ponerle término al proceso cuando el denunciado comparece.

Como la denuncia del pleito no trae al proceso un nuevo litigio, de acuerdo con nuestro sistema legal, porque no se permite definir allí mismo la responsabilidad del denunciado, cuando este concurre al juicio se presentan los problemas que estudiamos respecto al litisconsorcio necesario, en el caso de que se celebre transacción con una parte de los interesados o se desista de la demanda o de un recurso contra la sentencia solo respecto de alguno [cfr. núm. 184, letras A), G) y H)]. No puede existir sentencia que vincule al uno y no al otro.

El juicio termina o continúa con ambos. Pero si el denunciado no concurre, a pesar de citársele, no adquiere la calidad procesal de parte y, por tanto, su intervención o su consentimiento no se requiere para ningún acto o efecto procesal. La sola citación no lo vincula al proceso, pues sus efectos se limitan a las obligaciones y derechos que como consecuencia de ese juicio pueden surgir entre el denunciante y denunciado; en esto se diferencia del litisconsorcio necesario.

En cuanto a la confesión y al reconocimiento de documentos por el denunciante o el denunciado, debe aplicarse la misma conclusión que en materia de allanamiento; es decir, lo que el uno haga no puede obligar al otro, y como tampoco pueden producirse efectos parciales, como en el litisconsorcio

voluntario, ya que no puede existir sentencia favorable al uno y desfavorable al otro, la situación es la que respecto al litisconsorcio necesario estudiamos en el número 184, II.

Efectos de la sentencia en las relaciones entre denunciante y denunciado

Si la sentencia absuelve al demandado-denunciante o accede a las peticiones del demandante-denunciante, ningún efecto posterior se origina de ella frente al denunciado, ya que su obligación de saneamiento o de indemnización o restitución queda indemne. Pero si la sentencia es adversa al denunciante, la obligación material del denunciado queda estructurada. Es una situación similar a la del coadyuvante frente a la sentencia dictada en el juicio seguido por o contra su coadyuvado [cfr. núm. 196, letra F)].

Desgraciadamente, nuestros Códigos Judicial y Civil no permiten que en el mismo juicio se defina y falle sobre el alcance y los efectos de la obligación del denunciado, y por esto es necesario recurrir a un juicio posterior, con menoscabo de la economía procesal y de la unidad de la cosa juzgada. En Italia, en cambio, sí es posible definir en el mismo juicio esa cuestión.

200. «LAUDATIO» O «NOMINATIO AUCTORIS»

En varias oportunidades nos hemos referido a la intervención de terceros con motivo de esta figura procesal (cfr. núms. 191 y 198). Sin embargo, es necesario tener en cuenta que no se trata de un llamamiento en garantía ni de una denuncia del pleito, pues 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 solo 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. Como puede apreciarse fácilmente, el demandado por ese error solo debe limitarse a indicar el nombre del verdadero poseedor o a negar que tenga la cosa y nada más. No lo cita al juicio, ni lo llama en su defensa o garantía, ni exige que el demandante o el juez lo hagan. Es facultativo del demandante utilizar esa información para reformar su demanda y enderezarla contra el poseedor, o para desistir de ella e iniciar un juicio separado contra el último, para no verse condenado en las costas del juicio, ni perder tiempo y dinero, ante el inevitable fracaso que le acarrearía a su demanda tal circunstancia, por falta de legitimación en la causa en ese demandado.

Nuestro Código de Procedimiento Civil contempla esta institución en los artículos 214 y 215, el primero de los cuales dice: «Cuando alguno es demandado diciéndose de él que tiene la cosa en su poder, si no es así, debe expresarlo en la contestación; pues de lo contrario, al probar el actor su propiedad, se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio, a menos que el demandante proceda con mala fe comprobada, sabiendo que aquel no era el poseedor.» Y el artículo 215 establece: «Si el que es demandado por cosa que no posee, lo expresa así al juez, se sustancia esta excepción dilatoria, com-

prendida en la de inepta demanda; y si se sentencia en favor del demandado, queda exento en la demanda, a no ser que sea el ladrón o estafador de la cosa demandada, o que dolosamente la haya enajenado para hacer más fácil la gestión del actor.»

El artículo 214 se refiere al caso en que se mantiene la cosa en tenencia o posesión, al paso que el artículo 215 contempla solo el caso de quien es demandado como poseedor; pero creemos que el segundo debe interpretarse con amplitud para extenderlo a las demandas ordinarias por restitución de la tendencia. Para ROCCO, el ejemplo típico se da en materia de arrendamiento [147].

201. LLAMAMIENTO DEL TERCERO PRETENDIENTE

En algunos códigos se autoriza al que es demandado por la restitución de una cosa o por el pago de una deuda, para que llame al juicio al tercero que pretende también ser propietario de ella o acreedor de esa prestación, a fin de que se resuelva de una vez su litigio con ambos. ALSINA cita al respecto el artículo 757, inciso 4.°, del Código Civil argentino [148], y ROCCO menciona los artículos 106 y 109 del Código de Procedimiento Civil italiano [149].

Sin duda alguna, es una medida conveniente. En Colombia no hay ningún texto legal que la consagre.

Ese tercero interviene inicialmente y durante todo el juicio, como parte principal *ad excludendum*, con los derechos y las obligaciones propios de esta clase de intervinientes, que ya dejamos estudiados (cfr. núm. 193).

202. 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, sin desplazar a ninguno de estos, sea en forma principal o secundaria, como lo explicamos en este capítulo. La sucesión de partes es un caso muy diferente, pues se refiere a un cambio en los sujetos de la relación jurídico-procesal, con la transmisión de las facultades y deberes procesales que conlleva esa posición, como lo observa ALSINA [150] y como lo expusimos en el capítulo anterior.

Por tanto, en la sucesión procesal no se trata de que un tercero o varios ingresen al proceso, al lado de las partes o en contraposición con ellas, sino de que una de estas, la demandante o la demandada, es reemplazada por quien o quienes no eran sujetos del proceso hasta ese momento, en tal forma que ocupan su lugar, con todas las consecuencias, no solo procesales, sino materiales, y frente a la cosa juzgada que allí se produzca. Lo mismo puede ocurrir con el denunciado y el interviniente.

---

147 ROCCO: *Trattato di diritto processuale civile*, t. II, p. 110.

148 ALSINA: *Unificación de la legislación*, ed. cit., p. 412.

149 ROCCO, ob. cit., t. II, p. 110.

150 ALSINA: *Tratado de derecho procesal civil*, Ediar Editores, Buenos Aires, 1941, t. I, p. 293.

Los diversos casos de sucesión de partes quedaron examinados en el número 177.

203. Diferencia entre sucesión de partes y sustitución procesal

En la sucesión de partes, quien concurre al juicio 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, que fue estudiada en el número 135.

Cuando se habla en ese sentido de sustitución procesal, de acuerdo con la denominación creada por Chiovenda e incorporada desde hace años al léxico procesal, ya no se quiere significar ese cambio de las partes o su reemplazo por sus herederos o causahabientes a título singular, que es lo que constituye la sucesión de partes, sino el caso especial y concreto de que una persona concurra a demandar en interés y en nombre propio, pero en defensa de un derecho ajeno del cual es titular otra persona, en virtud de una legitimación extraordinaria que la Ley le concede; y en general, el caso de sujetos no titulares de las relaciones jurídico-materiales que son objeto de la demanda (cfr. núm. 135).

Por estas razones, rechazamos la distinción que trata de hacer Alsina de estas dos figuras procesales, cuando dice si «en la sucesión hay continuación de la personalidad del causante, en la sustitución solo hay un cambio de la personalidad del titular del derecho». El notable tratadista argentino pone este ejemplo: «La sucesión se produce en caso de fallecimiento de la parte, y la sustitución, en caso de enajenación de la cosa litigiosa» [151]. Para nosotros, ambos casos son de sucesión procesal, ya que la sustitución tiene un carácter muy diferente, como lo hemos explicado. Apoyamos nuestro concepto en las enseñanzas de Chiovenda y Rocco acerca de lo que debe entenderse por sustitución procesal [152], y en las razones que expusimos al tratar de la legitimación en la causa en los números 134-135.

---

[151] Alsina: *Tratado de derecho procesal civil*, Ediar Editores, Buenos Aires, 1941, t. I, p. 294.

[152] Chiovenda: *Principios*, t. II, p. 27 y ss., y Rocco: *Trattato*, t. I, p. 347 y ss.

CAPITULO XIX

TEORIA DE LOS ACTOS PROCESALES

204. Noción general

El proceso está constituido por una serie de actos, de diverso significado e importancia, de variadas clases, realizados por los distintos sujetos del mismo (partes, terceros intervinientes, jueces y auxiliares de estos), pero coordinados en virtud del *fin común* que persiguen, como ya lo indicamos (cfr. número 56). Estos actos influyen de manera más o menos decisiva en la marcha y en el resultado del proceso, y a menudo están entre sí en relación de causa a efecto, es decir, que la realización de los unos produce la de otros, o, por el contrario, impide su ejecución.

Estos actos en que se descompone el proceso tienen otro aspecto común: producen efectos jurídicos. Por consiguiente, se trata de hechos jurídicos como todos aquellos que tienen importancia para el Derecho, es decir, hechos jurídicamente relevantes, como lo observa Calamandrei [1]. Pero, así como los hechos jurídicos en general se dividen en actos jurídicos y hechos jurídicos en sentido estricto, según intervenga o no el elemento voluntad humana, también en el proceso se distingue entre actos jurídicos procesales y simples hechos procesales.

Por tanto, los *actos procesales* son simplemente actos jurídicos en relación con el proceso; esto es, actos emanados de la voluntad de su autor y de importancia jurídica, inmediata para el proceso; son actos que emanan de la voluntad humana y que tienden a producir un efecto en la realidad jurídica procesal, es decir, en la constitución, conservación, desarrollo, modificación o extinción de una relación procesal [2].

Pero debe existir una relación inmediata y directa entre el acto y el proceso, porque hay actos jurídicos que pueden servir para el proceso y, 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 la violación del derecho ajeno que produce el litigio y la necesidad del juicio, o como el pago que puede ser alegado para demostrar la falta de derecho en el actor, etc.

Y son *hechos procesales* los que no se originan en la voluntad de una persona, pero producen efectos jurídicos en el proceso, tales como la muerte de una de las partes, su enfermedad, la destrucción por fuerza mayor del expediente o de piezas de este, el transcurso del tiempo, que puede producir cadu-

---

[1] Calamandrei: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, p. 369 y ss.

[2] Chiovenda: *Principios*, Madrid, 1922, t. II, núm. 51 bis, p. 231; Guasp: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, p. 294, y ed. 1962, p. 283-84.

cidad (cfr. núms. 100 y 299), el caso fortuito o la fuerza mayor, lo mismo que la muerte o enfermedad del apoderado o de ciertos parientes, para los efectos de la suspensión de términos o de su restitución.

De este modo, no todos los actos jurídicos que realizan las partes y que tienen relación con el litigio o con la materia del proceso, son actos procesales. E igualmente, no todos los actos que ejecuten las partes en el curso del proceso y dentro del mismo, son actos jurídicos procesales, sino únicamente aquellos que producen efectos jurídicos sobre la relación procesal. Así, los desmanes de una parte ante el juez, las ofensas que de palabra o de hecho le infiera a la contraparte, las alegaciones de puro derecho, no son actos procesales. Estas últimas se refieren a cuestiones que el juez debe conocer y se presume que conoce, y únicamente pueden orientar su criterio, pero no lo limitan, ya que aquel puede decidir con fundamento en apreciaciones completamente distintas de las que ambas partes le deduzcan y, por tanto, no producen ningún efecto jurídico [3]. Diferente es el caso de la alegación de excepciones, porque entonces sí se produce un efecto jurídico procesal, como lo es la obligación para el juez de estudiarlas y de proveer sobre ellas.

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 actos, de suma importancia, sin los cuales el proceso sería imposible. Los secretarios ejecutan actos procesales, como notificaciones y traslados.

Puede decirse que el acto procesal de las partes por excelencia, que no se concibe sino como propio de ellas, es la demanda, y que el acto especial del juez, que solo de él puede venir, es el proveimiento; es decir, tan propio es de la parte demandar, como del juez proveer.

Los actos de los terceros intervinientes pueden considerarse como actos de partes, una vez que son admitidos en el proceso.

Y existen actos de terceros ajenos al proceso, que producen efectos jurídicos en esta, y son, por tanto, actos procesales, como las declaraciones de testigos, los dictámenes de peritos, la rendición de cuentas de secuestres, etc.

205. La voluntad en los actos procesales y su interpretación

Así como en los actos jurídicos extraprocesales puede suceder que la voluntad interna y real que tuvo el autor al ejecutarlos, sea diferente de la voluntad externa o declarada que en ellos aparece, en los actos procesales puede ocurrir también ese divorcio, a pesar de que lo normal y frecuente es que ambas voluntades coincidan. Se pregunta, entonces, cuál de esas voluntades debe prevalecer en el proceso.

El carácter preponderantemente formal de los actos procesales y la circunstancia de que el funcionario judicial que los recibe o conoce debe proveer de conformidad con lo que la parte o las partes le manifiestan verbalmente o por escrito, hace que para el derecho procesal civil interese más la voluntad externa o declarada. Por eso observa Guasp [4] que «como regla general ha de afirmarse, en derecho procesal, *la prevalencia de la voluntad declarada* sobre la voluntad real».

[3] Chiovenda, ob. cit., p. 232, núm. 51 bis.
[4] Guasp, ob. cit., ed. 1956, p. 298, y ed. 1962, p. 283-84.

Pero no debe confundirse la voluntad externa o declarada con el tenor literal del escrito o de la petición oral, porque esto conduciría a suprimirle al juez toda facultad de interpretación de los actos jurídicos procesales, lo cual es inadmisible en el derecho moderno, y especialmente en el fecundo campo de la interpretación de la demanda y de las excepciones. Para conocer la verdadera voluntad declarada debe interpretarse el acto procesal en su realidad y evitar que los errores en el uso de los términos o en la redacción prevalezcan sobre la intención real del autor, especialmente cuando se trate de la interpretación de la demanda, para darle preferencia a la intención claramente conocida de los litigantes.

Como lo ordena el artículo 47 del Código Judicial colombiano, los funcionarios del orden judicial deben tener en cuenta, cuando profieren sus decisiones, «que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva». Con mayor razón deben guiarse por ese criterio cuando se trata de la interpretación de los actos procesales de las partes, especialmente de la demanda (incluyendo la casación) y de las excepciones. De este modo, es en la clara intención de las partes donde radica el verdadero contenido y alcance del acto procesal, como acontece en los contratos.

Con este criterio debe considerarse que en las demandas y excepciones lo que importa es la relación o presentación de los hechos y su prueba, no la calificación que de ellos hagan las partes, que puede ser equivocada, tanto para determinar la pretensión (*o acción*, según suele decirse, erróneamente), como para formular determinada petición o proponer una excepción.

El criterio de interpretación debe ser igual tanto para los actos procesales como para los extraprocesales (v. gr., los contratos), y por esta razón las normas civiles que ordenan darle preferencia a la intención que las partes hayan tenido al celebrar estos, tienen perfecta aplicación en el campo del derecho procesal.

De este modo, es indispensable distinguir entre los casos de *discrepancia intencional* de las dos voluntades y aquellos en que pueda resultar una *discrepancia no intencional*, por ignorancia o error de las partes [5]. En los primeros, el juez debe atenerse a la voluntad declarada o externa, porque ella coincide con la clara intención de quien ejecuta el acto, y de este modo no cabe recurrir a su interpretación para desentrañar un diferente significado; en los segundos, el funcionario judicial debe buscar la verdadera intención, mediante una científica interpretación del contexto general del acto procesal y teniendo en cuenta especialmente los hechos que en él se relacionan, para darles preferencia sobre los términos o calificaciones que se hayan utilizado.

206. La violencia y el dolo en los actos procesales

Esa discrepancia no intencional puede aparecer en los actos procesales de las partes por error motivado en dolo de una de ellas. Si de los hechos enunciados o del conjunto del escrito resulta posible deducir la verdadera intención que tuvo la parte, el juez debe darle preferencia sobre el tenor literal; en los

[5] Guasp, ob. cit., ed. 1956, p. 295, y ed. 1962, p. 284.

demás casos, el juez tendrá que atenerse al contenido del memorial que se le haya presentado.

Puede ocurrir que un proceso termine por desistimiento como consecuencia de una transacción, pero que esta haya sido aceptada y firmada por una de las partes en virtud de un error en la identidad del objeto sobre que se quiere transigir o en consideración a un título nulo (a menos que se transija precisamente sobre el litigio que verse acerca de la nulidad de este título) o en la creencia de que se transige con una persona, cuando en realidad se trata de otra, como resultado del dolo o la violencia de una de las partes, y entonces hay derecho a pedir la nulidad o rescisión de esa transacción. Como el desistimiento de la demanda o recurso es consecuencia de la transacción, entonces la nulidad y rescisión de esta apareja la de aquel (cfr. núm. 295).

Pero en estos casos es necesario un juicio separado para que la nulidad y rescisión de la transacción sea declarada, y para que, como resultado de ellas, se produzca la reanudación del proceso anterior, a partir del momento en que ocurrió tal acto.

Muy diferente 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 parte 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 a indemnizar perjuicios, pero en nada afecta la validez procesal del acto de la parte ni del que realice el juez como resultado de aquel, si queda ejecutoriado por no interponer la otra parte recurso oportuno.

GUASP opina que «no existe, con carácter general, el efecto invalidante de la violencia o del miedo dentro del ámbito del proceso civil», y que requiere una norma expresa, como ocurre con el caso del artículo 442 de la Ley de Enjuiciamiento española, conforme al cual «serán nulos todos los actos judiciales practicados bajo la intimidación o la fuerza» [6].

No estamos de acuerdo con el ilustre profesor español, pues creemos que, como regla general, la violencia afecta de invalidez los actos procesales, tanto del juez como de las partes, y que es aplicable la norma civil que le asigna el efecto de viciar el consentimiento y de producir la nulidad de todo acto o declaración de voluntad que sea el resultado de su ejercicio. Si la violencia se ejercitó sobre el juez y este no ha perdido la competencia, porque el acto ejecutado por él no es una sentencia o una decisión interlocutoria con fuerza de tal, podrá declarar en cualquier momento la nulidad de ese acto y la de los actos posteriores que hayan sido consecuencia o resultado de aquel, para lo cual debe abrir un incidente; si se trata de una sentencia, como no es posible su revocación por el mismo juez, si el negocio pasó al superior por apelación o casación, debe poner el hecho en conocimiento de este, quien entonces estará obligado a abrir el incidente respectivo, y si el juicio concluyó, debe poner el hecho en conocimiento del interesado para que inicie, si lo desea, el juicio ordinario pertinente.

Como en estos casos se tratará siempre de un acto delictuoso, el juez debe ponerlo en conocimiento de la justicia penal, y en ese caso se producirá la suspensión del proceso civil, si el punto puede influir en la decisión que se deba adoptar en la sentencia, y si se produce una condena contra la persona que fue

[6] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 296, y ed. 1962, p. 285.

la autora de esa violencia (sin que importe que ella haya sido una parte o un tercero), su copia será prueba suficiente para que se declare de plano la nulidad dentro del proceso civil (cfr. núms. 286-288).

Es importante recordar que si la sentencia se dictó por cohecho, violencia o fraude, cuando ha existido dolo de una parte en la retención de piezas decisivas o en el uso de documentos falsos o de falsos testimonios, y tal circunstancia fue determinante de la decisión contenida en la sentencia, es decir cuando esta es el resultado del dolo de esa parte, generalmente se otorga el recurso de revisión, que en Colombia se tramita ante la Corte Suprema, como un recurso extraordinario del juicio, siempre que se formule dentro de los dos años siguientes de la ejecutoria de la sentencia, pero solo para las pronunciadas por la misma Corte o los Tribunales Superiores (cfr. núm. 267).

Si la violencia se ejerce sobre una de las partes, para que no ejecute determinado acto procesal (como la petición de una prueba o la interposición de un recurso o recusación o el allanamiento de una nulidad, etc.), estaremos en presencia de una fuerza mayor y, por tanto, debe permitirse a la víctima de ella solicitar la restitución del término, para ejecutar ese acto. Si la violencia produjo la ejecución de un acto procesal, como un desistimiento o un allanamiento de nulidad o la aceptación de los hechos de la demanda o una confesión, puede plantearse en el mismo juicio la nulidad siempre que no haya concluido, asimilando el caso al de falta de capacidad de la parte. Repugna a todo criterio jurídico que esta nulidad no pueda ser invocada. Pero si el juicio terminó como resultado de ese acto obtenido por violencia o de sentencia posterior, el único camino que queda es el de recurrir al juicio posterior, si el resultado del primer juicio hubiera sido otro al no haberse presentado esa circunstancia.

En el último caso, si se tropieza con la dificultad que presenta la falta de un texto legal que autorice solicitar esa nulidad en juicio posterior, creemos que, como no es esta una causa formal de nulidad, su declaración debe ser procedente, con fundamento en los textos civiles. Pero si no se acepta esta solución, en cambio, la de imponer una condena a indemnizar perjuicios no presenta la menor dificultad; solo que entonces puede resultar ineficaz la reparación por insolvencia del demandado, especialmente si, como resultado del primer proceso, pudo disponer de bienes que debían corresponderle a la otra parte.

Las mismas conclusiones deben aplicarse al caso de la ejecución o no ejecución de actos procesales por motivo del dolo o fraude de una de las partes, por tratarse de otro vicio del consentimiento.

Sobre el proceso fraudulento trataremos más adelante (cfr. núm. 267).

207. Requisitos del acto procesal

El acto procesal, como el acto jurídico en general, debe reunir determinados requisitos para su validez y para que se produzcan todos los efectos jurídicos procesales que normalmente le corresponden. Estos requisitos los establece la ley procesal, unas veces para toda clase de actos (como la oralidad o la escritura), otras en forma especial para una clase de actos o para uno determinado, como para las pruebas, la demanda o la sentencia. Algunos de estos

requisitos se refieren al *fondo* y otros a la *forma* de los actos procesales.

Como requisito de *fondo* se tiene, en primer lugar, que el acto jurídico debe provenir de una persona capaz; y es por esta razón por la que, como veremos en los números 214 y 215, son condiciones para ser parte en un juicio la capacidad jurídica y la capacidad para obrar en juicio. Pero no basta el ser capaz para intervenir en un juicio; es indispensable, además, estar debidamente representado, si se trata de un incapaz o de persona jurídica, o si no se quiere o no se puede actuar personalmente en el proceso. En el último requisito se incluye el poder de postulación, es decir, la aptitud profesional como abogado, cuando la Ley la exige para litigar personalmente, o el hacerlo por intermedio de quien lo tenga (cfr. núms. 217-218).

Por otra parte, es necesario que cuando el autor del acto procesal sea un litigante o tercero interviniente, sea titular de un interés jurídicamente protegido que justifique su ejecución, para que el acto procesal obtenga los efectos que normalmente se producen con él, es decir, que su autor tenga interés para obrar y legitimación en la causa y, además, la legitimación especial para cada acto procesal que realice (cfr. núms. 119, 134 y 135).

Los primeros son requisitos para la *validez* del acto, y los segundos, para su *eficacia*.

Lo anterior se refiere al aspecto sustancial del acto. Pero, tal como sucede en el derecho material para ciertos actos jurídicos (contratos solemnes), la Ley señala no solo quiénes pueden celebrar actos procesales, sino, además, las formalidades que estos deben reunir, es decir, *cómo, cuándo y dónde* deben ejecutarse. A los requisitos de *fondo* deben sumarse, en consecuencia, los requisitos de *forma*.

Como se ve, algunos de esos requisitos se refieren al sujeto que ejecuta el acto y otros al acto mismo [7].

Los *requisitos subjetivos* los subdivide GUASP en *aptitud* y *voluntad* [8]. El primero lo hace consistir en la jurisdicción, la competencia y la ausencia de impedimentos, en cuanto a los funcionarios del órgano jurisdiccional; y en la capacidad, la postulación, o sea el tener título de abogado para litigar o hacerlo mediante quien lo tenga, y la legitimación en causa, si se trata de las partes.

Nosotros consideramos que debe incluirse la adecuada representación, cuando se trata de incapaces o personas jurídicas, y, por otra parte, creemos que la legitimación en causa y el interés para obrar son requisitos de naturaleza muy diferente de la capacidad, la representación y la postulación, ya que estos miran a la *validez* de la actuación de las partes o de los actos procesales ejecutados por estas, y aquellos a que se obtenga la finalidad perseguida al ejecutarlos, es decir, a su *eficacia* en el proceso (cfr. núms. 214 y ss.). En la misma situación está el requisito de la legitimación especial, que puede faltar a pesar de que se trate de una parte legítima, con suficiente interés para obrar en el juicio y plena legitimación en la causa, y que se refiere a la facultad de ejecutar con eficacia cierto acto procesal, como para recurrir de una providencia u objetar un dictamen, u oponerse a un secuestro, o allanar una nulidad o un impedimento (cfr. núms. 134, letra L), y 304). La legitimación en la causa y el interés para obrar son requisitos para la eficacia general del proceso; la legi-

[7] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 290-94, y ed. 1962, p. 279-83.
[8] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 291, y ed. 1962, p. 281.

timación especial es requisito para la eficacia de determinado acto procesal.

Por tanto, la legitimación en la causa, el interés para obrar y la legitimación especial indican *quién debe ejecutar el acto* para que se produzcan los efectos procesales que normalmente deben obtenerse. La capacidad, la representación y la postulación sirven para determinar *cuándo es válido o nulo el acto* procesal en cuanto a las partes; la jurisdicción y la competencia sirven para determinar *cuándo son válidos o nulos* los actos procesales en relación con el juez. La ausencia de impedimentos no constituye un requisito para la validez de los actos realizados por el juez, sino un requisito de su aptitud para continuar interviniendo en el juicio, pero mientras su competencia no quede suspendida por la recusación, es válida la actuación que tenga (cfr. núm. 159); se trata más de una condición personal del juez, que de un requisito de los actos procesales de que sea autor.

La voluntad como factor de los actos procesales quedó estudiada en el número 205.

Los *requisitos objetivos* del acto procesal los hace consistir GUASP en tres: *posibilidad,* tanto física como moral, de que el acto pueda ser ejecutado; *idoneidad* del mismo para el objeto que persigue, y *causa o motivo* del acto[9]. Como posibilidad física formal, cita el ejemplo de que la petición sea inteligible, y como posibilidad física material, el de que la sentencia no condene a algo físicamente imposible, como construir en veinticuatro horas un edificio de varios pisos. Nosotros creemos que lo primero se comprende en los requisitos de forma que para cada clase de actos establece la Ley, y que lo segundo no es un requisito procesal de la sentencia, sino un defecto sustancial que puede afectar la eficacia de la decisión contenida en ella, fuera del proceso. La idoneidad del acto, que consiste en que sea adecuado para el fin que con él se quiere conseguir, es otro requisito para su eficacia, porque el acto puede ser válido y ejecutado por quien tenga interés y legitimación para actuar, pero si es inadecuado para el fin que se persigue, será ineficaz o inútil.

La causa de los actos procesales no es otra que el interés para obrar que tenga su autor, cuando se trata de demandar o de excepcionar como demandado, según lo explica CARNELUTTI[10], y el interés para ejecutar eficazmente ciertos actos en el curso del proceso, como recurrir o pedir que se declaren nulidades, como el mismo GUASP[11] lo advierte, que es lo que llamamos legitimación especial.

De modo que nosotros preferimos denominar *requisitos objetivos* de los actos procesales, los que se refieren al acto en sí mismo, y *requisitos subjetivos,* los que miran al sujeto que lo ejecuta.

Ambas clases de requisitos se subdividen en requisitos de la validez y de la eficacia del acto procesal. De este modo, existen requisitos objetivos y requisitos subjetivos de la validez y de la eficacia del acto procesal.

Por consiguiente, preferimos la siguiente clasificación:

I. REQUISITOS DE FONDO Y DE FORMA

Los primeros se refieren a la sustancia del acto o a las condiciones del sujeto que lo ejecuta, y los segundos, al tiempo, modo y lugar y al orden en que

[9] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 291-92, y ed. 1962, p. 281.
[10] CARNELUTTI: *Instituciones,* t. I, p. 298-99.
[11] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 297, y ed. 1962, p. 286.

deben ejecutarse en el proceso. Son requisitos de fondo, en cuanto a las condiciones del sujeto que lo ejecuta: *a)* la capacidad en general, la capacidad para ser parte, la debida representación y la postulación, en cuanto a las partes, y la jurisdicción y competencia, respecto del juez, como requisitos para la validez del acto; *b)* la legitimación especial, como requisitos para la eficacia del acto.

II. REQUISITOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS

Los primeros se refieren al sujeto que ejecuta el acto, a saber: *a)* en cuanto a las partes, su capacidad en general, su capacidad para actuar en juicio, su adecuada representación, su poder de postulación, su legitimación en la causa, su interés para obrar y su legitimación especial; *b)* en cuanto al juez, su jurisdicción y su competencia (la presencia de impedimentos subjetivos del funcionario no afecta los actos procesales que ejecute, sino cuando se traduce en suspensión de su competencia al admitirse el incidente de recusación). Los segundos u objetivos miran al acto procesal mismo (no a su *autor*), y son: idoneidad, posibilidad moral y física de ser ejecutados y admitidos en el proceso, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que señale la Ley para cada clase de actos.

III. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ Y PARA LA EFICACIA DEL ACTO

Los tocantes a la validez son los que en caso de faltar producen la nulidad o la inexistencia del acto; lo primero ocurre con la jurisdicción, la competencia, la capacidad, la debida representación; lo segundo se presenta en la imposibilidad física de realizar el acto, que, como es obvio, impide su existencia; en la falta de materialidad del acto, como de escritura cuando la Ley no lo acepta verbalmente; en la falta de firmas tanto de las providencias del juez como de los memoriales de las partes y en circunstancias similares que impiden considerar como ejecutado el acto.

Los requisitos que miran a la eficacia se necesitan para que el acto válido produzca los efectos normales que con él pueden perseguirse, y son: la legitimación en la causa y el interés para obrar, necesarios para la eficacia general del proceso, es decir, para que haya la sentencia de fondo que la demanda y las excepciones perentorias persiguen; la *legitimación especial* necesaria para que ciertos actos produzcan sus fines o tengan eficacia en el curso del proceso; la idoneidad para que el acto válido que reúna los anteriores requisitos, sirva para el fin perseguido, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar sin las cuales el acto no produce ningún efecto procesal, a pesar de que no es propiamente nulo y aun cuando reúna los requisitos de legitimación, interés e idoneidad.

208. EFECTOS DE LAS FORMAS PROCESALES

De lo dicho en el párrafo anterior se deduce 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.*

Este principio se encuentra en todas las legislaciones y en todos los tiempos; pero ha tenido mayor o menor rigor en su aplicación.

La Ley fija el *modo* como el acto ha de cumplirse: escrito u oral, en papel sellado o común, personalmente o por intermedio de apoderado, ante el juez o sin él, etc.; el *tiempo* en que ha de ocurrir: antes de iniciado el juicio 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 esta; el traslado se surte a partir de la notificación; la notificación de la sentencia debe hacerse luego de ser publicada; la reposición de un acto procede luego de su notificación; la apelación de una sentencia la considera el juez después de ser notificada a todas las partes y de vencerse el término común para hacerlo, etc. Por otra parte, la Ley señala quién debe ser el sujeto del acto, es decir, quién debe ejecutarlo, y así, siempre que se trate de proveer, es el juez quien debe hacerlo, y siempre que se trate de formular peticiones, ha de hacerlo una parte o un tercero. Como las partes en los juicios contenciosos son dos (demandante y demandado), y como luego puede ocurrir la intervención de terceros, la Ley señala quién debe realizar ciertos actos para que sean válidos, y por eso la ratificación corresponde al interesado; la contestación de la demanda y la alegación de excepciones, al demandado; la prueba de los hechos de la demanda, al actor, etc.

Los efectos del incumplimiento de esas formalidades legales de los actos procesales pueden ser dos: la nulidad o ineficacia y la pérdida del derecho a ejecutarlos (cfr. núms. 313-314). Lo primero hace que se produzca la invalidez del acto viciado y, por lo general, la de todos los actos posteriores; lo segundo hace ineficaz el acto en caso de celebrarse, y por esto se le tiene por inexistente. La nulidad y la ineficacia se refieren a los requisitos de modo, forma o lugar, capacidad y competencia. La pérdida del derecho constituye lo que examinamos como principio de la preclusión del proceso en el número 19, letra F). Muy diferente es la falta de *legitimación especial,* que impide que el acto produzca efectos procesales, y que se distingue, por tanto, de los dos casos anteriores, como ocurre cuando un tercero coadyuvante, contra la voluntad del coadyuvado, interpone recurso de apelación contra la sentencia (cfr. núm. 196), o cuando ratifica una nulidad o recurre la parte que carece de interés para hacerlo. Diferente es también la falta de *legitimatio ad causam* o de interés para obrar, que impiden la sentencia de fondo (cfr. núms. 119 y 134).

Y no se crea que esta regulación del acto procesal obedece a simples caprichos, o que conduce a entorpecer el procedimiento en perjuicio de las partes. Todo lo contrario. Como lo observa PIERO CALAMANDREI [12], siendo la certeza el carácter esencial del derecho, las partes deben conocer cuáles son los actos que deben realizar para obtener los fines que persiguen, lo mismo que su forma, ante qué funcionarios, y en qué tiempo y sitio deben celebrarlos. Además, al establecer la Ley cierto orden y cierto método para el proceso, res-

[12] CALAMANDREI, ob. cit., p. 245.

pecto a los actos de las partes y del juez, se aseguran los principios del contradictorio y de la igualdad de las partes en el juicio [cfr. núm. 18, letras D) y E)]. De manera que, en realidad, se trata de «una preciosa garantía de los derechos y de las libertades individuales».

209. Necesidad de las formas procesales

Considera Couture [13] que una de las garantías constitucionales más importantes es del *debido proceso*, con sus secuelas de la garantía de defensa, de petición, de prueba y de igualdad ante los actos procesales. Nosotros creemos que nada de esto se conseguiría sin la previa regulación de las formalidades de los actos procesales, como única manera de hacer efectivas esas garantías.

De ahí que le reconozcamos plena razón al nuevo procesalista argentino Carlos A. Leites, cuando afirma que es ya una premisa indiscutible «la preeminencia del elemento formal en la estructura del acto procesal», porque «las formas que han de guardarse por las partes y por el órgano jurisdiccional en la dinámica del proceso, que conduce al restablecimiento del orden jurídico perturbado, implican un asunto que trasciende el interés particular contenido en la litis». A este respecto recuerda el autor citado que Montesquieu reconoció en las formas procesales el precio que cada ciudadano paga por su libertad [14].

Como observa Carnelutti [15], de los tres elementos del acto procesal: voluntad, causa y forma, el último es el más importante, como resultado del carácter esencialmente público del derecho procesal con las formas a que está sometido: estas son esenciales para su validez y eficacia, pero no lo constituyen, ya que, además de ellas, está su contenido especial, que lo hace distinto en cada caso, a pesar de la identidad formal.

Esas formas procesales son, precisamente, las circunstancias de tiempo, modo o medio de expresión y lugar, en que tanto el juez como las partes deben desarrollar su actividad en el proceso. La ley procesal establece especies de *modelos* o de esbozos de cómo deben ser los actos del proceso, según lo enseña Carnelutti [16], y señala, además, el lugar y la oportunidad en que deben ejecutarse.

210. Naturaleza de las formas procesales

Consideramos innecesario el estudio de la naturaleza de las formas procesales [17], porque ella no es otra que la de la ley procesal, a saber: de derecho público, de orden público e imperativa (cfr. núms. 3 y 14). Es cierto que hay normas dispositivas en los Códigos de Procedimiento, pero como una excep-

[13] Couture: *Estudios*, Buenos Aires, 1948, t. I, p. 18 y ss.
[14] Leites: *La forma de los actos en el proceso*, Buenos Aires, 1955, p. 7 y 8.
[15] Carnelutti: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1952, p. 108.
[16] Carnelutti: *Sistema*, t. III, p. 193.
[17] Leites, ob. cit., p. 18 y ss.

ción expresamente autorizada por la misma Ley. Las normas que regulan las formas del proceso son siempre imperativas, por su importancia para el cumplimiento de las garantías constitucionales y porque regulan la actividad jurisdiccional del Estado.

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 (cfr. números 15-16).

Las formas procesales son siempre obligatorias. Lo que a veces resulta facultativo es algún requisito de esas formas, por autorizarlo así las normas legales que lo establecen, porque al menos se exigirá, en su sentido más amplio, la forma en que determinado acto debe ser incorporado al proceso, y el tiempo, por lo menos en cuanto a las horas y días hábiles de trabajo, durante el cual debe ser ejecutado. Es frecuente que se deje a la voluntad del interesado el momento procesal y el lugar en que quiera ejecutar el acto (con algunas limitaciones necesarias, como la exigencia de que sea en el despacho judicial o en donde se practique una diligencia por el funcionario), o bien la forma oral o escrita como lo deba presentar; pero nos parece imposible que las tres circunstancias sean simultáneamente facultativas para un mismo acto procesal. En consecuencia, siempre existirá alguna formalidad obligatoria para la validez o la eficacia del acto procesal.

211. Clasificación de los actos procesales

La primera clasificación que corresponde hacer, en cuanto a su naturaleza intrínseca, es la de actos jurídicos procesales y hechos jurídicos procesales, según sean o no producto de un individuo (cfr. núms. 204-205).

En segundo lugar se distingue, en cuanto al sujeto que los ejecuta, en actos del juez, de las partes (se incluyen en estos los terceros intervenientes), de terceros (testigos, peritos, secuestres) y de funcionarios judiciales subalternos. Estos actos se distinguen también por el fin que persiguen, pues mientras los del juez se encaminan a la decisión justa de lo que es materia del juicio, los de las partes y terceros intervinientes buscan la decisión favorable a cada uno, los de terceros no intervinientes, como testigos y peritos, se dirigen a suministrar elementos de certeza, y los de funcionarios subalternos, a colaborar en la labor del juez.

En tercer lugar pueden clasificarse los actos procesales según la función que desempeñan en el proceso, y en cuanto a los efectos jurídicos que producen en el proceso; es decir, por su aspecto técnico y por su aspecto jurídico.

Por último, puede hablarse de actos procesales lícitos e ilícitos, según sean conformes o contrarios a derecho; los primeros son los jurídicamente permitidos, y los segundos, los jurídicamente prohibidos [18].

Para Guasp [19], la función procesal del acto mismo es la que sirve de verdadero criterio clasificador. Pero creemos que los otros criterios no pueden ser desconocidos para una mejor comprensión de las diversas y tan variadas clases de actos que en el proceso pueden existir.

---

[18] Rocco: *Trattato*, t. II, p. 197.
[19] Guasp, ob. cit., p. 284.

En nuestro *Tratado* estudiamos con bastante espacio la clasificación que ofrece CARNELUTTI en su *Sistema* [20], y que consideramos magnífica [21].

212. EL NEGOCIO JURÍDICO-PROCESAL

Como enseña CHIOVENDA, se debe reconocer el carácter de negocio jurídico 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 la Ley admite en el proceso, como dirigidas a constituir, modificar o extinguir derechos procesales [22].

Señala CARNELUTTI dos caracteres del negocio procesal: *a*) Que el acto constituya ejercicio de un poder y, por tanto, que su finalidad práctica consista en determinar, mediante su efecto jurídico, la conducta ajena; *b*) Que el poder ejercitado sea un derecho subjetivo, es decir, que el motivo del acto sea un interés de quien lo realice [23].

La zona más fértil de negocios jurídicos es, por consiguiente, la de las disposiciones y la de las instancias de parte.

Según lo anterior, son negocios jurídicos procesales los nombramientos de árbitros o de peritos o de secuestres, la ratificación de una nulidad (como ejemplos de disposiciones) y la petición para que se decrete una prueba, o se prorrogue un término, o para que se haga una declaración (como casos de instancias).

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, en el acuerdo para prórroga de competencia, en el acuerdo para designar secuestres 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 ratifica una nulidad o se allana un impedimento.

Pero la noción de negocio jurídico-procesal no es aceptada por todos los procesalistas. Así, GUASP dice que es un concepto que se mueve en la órbita del puro derecho privado [24], para indicar que tiende a producir efectos jurídicos.

ROCCO opina que, en un sentido amplio, se suele denominar negocio jurídico-procesal o de derecho procesal, o contrato procesal, a las declaraciones de voluntad que en sí no constituyen actos procesales, porque, formulados fuera del proceso, tienden a regular un futuro proceso o a configurar la renuncia, total o parcial, de derechos o facultades procesales que se ejercitan en el proceso [25]. Trae como ejemplos el *pactum de non petendo,* el compromiso arbitral, el *pactum de foro prorrogando*; nociones que estudiamos atrás

[20] CARNELUTTI: *Sistema,* Buenos Aires, 1944, t. III, p. 3-145.
[21] DEVIS ECHANDÍA: *Tratado,* t. III, p. 18-34.
[22] CHIOVENDA: *Principios,* t. II, núm. 52, p. 239.
[23] CARNELUTTI: *Sistema,* t. II, núm. 420.
[24] GUASP, ob. cit., p. 281.
[25] ROCCO: *Trattato,* t. II, p. 205.

(cfr. núms. 39 y 100-101). Considera Rocco que la circunstancia de que puedan producir efectos en un proceso futuro, no les confiere a estos tres negocios jurídicos un carácter distinto del de cualquiera otro que tenga por contenido relaciones jurídicas sustanciales. Estamos de acuerdo con el profesor napolitano, porque el negocio jurídico-procesal propiamente dicho, es el que contiene declaraciones dispositivas de voluntad formuladas «dentro de la órbita del proceso», como el mismo Rocco observa, para producir un efecto jurídico-procesal, es decir, el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídico-procesal.

La voluntad del autor, o de los autores, del negocio jurídico-procesal, es la determinante de sus efectos jurídico-procesales, como sucede en los de derecho sustancial. Pero, al paso que los últimos ocurren únicamente entre personas naturales o jurídicas ajenas al órgano jurisdiccional, en los primeros participa el juez o magistrado en representación de dicho órgano del Estado. Por eso el negocio jurídico-procesal, como enseña el mismo Rocco [26], es el que tiene ocurrencia entre una o ambas partes litigantes en el proceso y el órgano jurisdiccional.

De esta manera, el obstáculo para reconocerle personería a esta noción en el derecho procesal, está en vincularlo necesariamente al campo del derecho privado, sin tener en cuenta esta notoria peculiaridad. Sencillamente, sucede que existen negocios jurídicos de derecho privado y de derecho público, como ocurre con los contratos. La noción del contrato administrativo y de derecho público no es hoy discutida. Ahora bien: los negocios jurídicos de dicho derecho procesal pertenecen, indudablemente, al último grupo, porque desde el momento en que se ejecutan dentro de la órbita del proceso y que el órgano jurisdiccional participa en ellos, su carácter de derecho público aparece como indiscutible.

Para nosotros, esta noción no es solo aceptable, sino muy útil en el derecho procesal, y se subdivide en *negocios jurídicos procesales, unilaterales y bilaterales,* según que sean el producto de una manifestación unilateral de voluntad (como en las renuncias 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 recurso de casación *per saltum* (es decir, saltándose la segunda instancia, que requiere el consentimiento de las dos partes y que nosotros lo tenemos consagrado en el procedimiento laboral), 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 verificar la enajenación del bien.

Estos últimos casos nos conducen al estudio de las nociones de acuerdo y de contratos procesales, que son modalidades del negocio jurídico, procesal bilateral, lo que será materia del siguiente número.

Rocco [27] dice que las renuncias procesales forman la más importante categoría, si no la única, de verdaderos negocios jurídico-procesales. Estimamos nosotros que, evidentemente, constituyen una de sus principales clases: la de los negocios jurídico-procesales *unilaterales,* pero que a su lado existen los *bilaterales,* que hemos indicado y estudiaremos en el número siguiente. Ejem-

[26] Rocco, ob. cit., t. II, p. 207.
[27] Rocco, ob. cit., t. II, p. 211 y ss.

plos de renuncias son los desistimientos de la demanda, de los recursos, de los incidentes, de las pruebas pedidas, etc.

Pero nos referimos a las renuncias *expresas*, porque, como también lo dice Rocco, las llamadas renuncias *tácitas* son solo *circunstancias de hecho*, que producen determinadas consecuencias en el proceso, por disponerlo así la Ley, y que si bien algunas veces pueden corresponder a la intención de la parte perjudicada con ellas, en otras resultan totalmente involuntarias, cuando se deja de ejecutar el acto por descuido o ignorancia.

Cuando para la validez de la renuncia que una parte haga se requiere el consentimiento de la otra, se tendrá un *acuerdo procesal y un negocio jurídico-procesal bilateral*. En esto nos separamos de Rocco [28], quien opina que aun en este caso conservan su carácter unilateral.

Respecto a la llamada *renuncia de la acción*, consideramos que no es válido hacerla en forma general y antes del juicio, y que solamente puede admitirse, en forma especial y concreta, en el desistimiento que el actor haga del juicio ya iniciado, como lo expusimos en el número 100.

213. Las nociones de acuerdo y de contrato procesales

Durante un tiempo no se admitía en la ciencia jurídica otro tipo de convención que el contrato, ni otra clase de contrato que el de carácter discrecional o voluntario, y no se reconocía su existencia en el campo del derecho procesal.

Pero a medida que se estudió la teoría de los actos procesales, y especialmente la naturaleza de los actos complejos, se comenzó a ver la importancia de los actos concursales, y fue apareciendo como completamente natural la existencia de una especie de estos constituida por las convenciones. Son los negocios jurídico-procesales bilaterales de que acabamos de hablar.

Estas *convenciones* pueden surgir de la colaboración entre las partes, y entonces su admisión es más fácil, tal como ocurre en el allanamiento de nulidades o impedimentos, o en la designación de peritos por las dos partes. Carnelutti [29] incluye en este grupo el compromiso y la prórroga contractual de competencia, cuya calidad de convenciones no se discute, pero nosotros consideramos, de acuerdo con Rocco [30], que estas forman parte de las convenciones del derecho material. Mayor dificultad hay en lo que se refiere a aquellos actos de colaboración entre las partes y el juez, o entre este y un tercero, como en el caso del remate o venta forzosa o en pública subasta.

En la convención de derecho material el acto de cada una de las partes es de idéntica naturaleza. En cambio, cuando se trata de colaboración entre el juez y las partes o un tercero, el acto del primero es una función pública, un proveimiento, y el del particular, un negocio. Pero la solución está en considerar la diferencia que existe entre el contrato de derecho privado y el *contrato de derecho público*, para incluir entre estos el caso del contrato procesal.

---

[28] Rocco: *Trattato*, t. II, p. 215.
[29] Carnelutti: *Sistema*, t. III, núms. 435, 436 y 437.
[30] Rocco: *Trattato*, t. II, p. 205-07.

Esas convenciones procesales se dividen en dos grupos: acuerdos y contratos.

a) El *acuerdo* representa el tránsito del acto colegiado al contrato. Existen casos en que basta solo el acto de una parte para determinar el efecto jurídico-procesal, como ocurre en la apelación, en la demanda, o en la petición de pruebas. Pero otras veces ese defecto solo se produce si las dos partes actúan de acuerdo, simultánea o sucesivamente; por ejemplo, la renuncia de términos, la suspensión del juicio, la prórroga de competencia. Cada una de las partes realiza un acto de disposición, y por eso no se trata de diversos movimientos de un mismo acto (es decir, de un acto compuesto), sino de varios actos para producir un fin único, por lo cual se trata de un acto complejo.

Los ejemplos citados se refieren a acuerdos entre partes. Pero también existen entre una parte y el juez, y nosotros tenemos consagrado el caso de la designación de un curador *ad litem* por el menor púber o del partidor en el juicio 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 (C. J., art. 241, y C. C., art. 1.383).

b) El *contrato procesal* presenta una unidad nacida, no de la identidad de las causas de los distintos actos que lo forman, sino de la interdependencia de estas.

Antes fue común hablar de *contrato de «litis contestatio»*, como herencia del derecho romano, porque existe aparentemente un compromiso para someterse a la decisión del juez. Ese concepto subsistió durante un tiempo, no obstante la transformación operada en el derecho procesal mediante la sustitución del concepto del proceso privado por el del proceso público; pero al aparecer la moderna concepción de la acción y el proceso, se eliminó de la literatura procesal la noción contractual de la litis-contestación, que quedó definitivamente archivada. Sin embargo, no debe exagerarse esta reacción hasta el punto de eliminar totalmente la noción de contrato del campo del derecho procesal, puesto que esto no se justifica.

En lo que a la *litis contestatio* se refiere, puede hablarse de relación procesal, para dar a entender la situación jurídica que debe ser resuelta en el juicio, de acuerdo con la demanda y su contestación, pero no de contrato (cfr. número 231). Pero hay casos en que para la consecución de un efecto procesal se necesita una combinación de actos que sin duda tiene naturaleza contractual, y cuyo ejemplo típico lo encontramos en la venta forzosa o remate. Para la aceptación de la noción de contrato en este caso, existe, naturalmente, la dificultad que presenta el hecho de que en vez de ocurrir el deudor a la celebración del acto, lo hace el juez en su lugar.

Sin embargo, no se debe acudir a la ficción de suponer que el juez obra por encargo del deudor, porque, además de pecar contra la realidad, resulta inútil. El acto del juez no puede ser asimilado al del deudor en la venta voluntaria, porque no se trata de un negocio (acto, en beneficio de quien lo ejecuta), sino de un proveimiento judicial, y porque la situación del comprador es completamente distinta de la del juez. Pero esto no es obstáculo para reconocer la naturaleza contractual del acto, porque, sencillamente, esa igualdad de las partes y de los actos de estas se exigen solo para una especie de contratos, esto 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, lo que es muy diferente.

En relación con los otros aspectos del contrato, no existe problema. Hay una enajenación y una adquisición de bienes; dos actos de distintas personas que se combinan para producir esos efectos; un objeto y un precio.

La *datio insolutum*, que se presenta cuando el juez no vende los objetos del deudor para pagar con su producto al acreedor, sino que los adjudica a este, es similar al remate y debe considerarse como un contrato procesal. Lo mismo ocurre en el *concordato* del deudor insolvente, en los juicios de quiebra, cuando, por razón de ese concordato, se adjudican los diversos bienes del quebrado a los varios acreedores.

CARNELUTTI [31] acepta esta noción del contrato procesal, y en sus estudios nos hemos basado para la formación de nuestro concepto. La aplica no solo a la venta en pública subasta, sino también «a los otros institutos del mismo tipo», como la «asignación» o *datio insolutum*.

---

[31] CARNELUTTI: *Sistema*, t. III, núms. 435-437, e *Instituciones*, trad. de la 5.ª ed., Buenos Aires, 1959, t. III, p. 698 y ss.

CAPITULO XX

CAPACIDAD, REPRESENTACION Y POSTULACION PARA LOS ACTOS PROCESALES

214. 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 (cfr. núms. 169, 172 y 188), 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 juicio, conocida también como *legitimatio ad processum*; *c)* Debida representación cuando no se actúa personalmente o se trata de alguna persona jurídica; *d)* Adecuada postulación.

Queremos subrayar la importancia que tiene el distinguir entre estas condiciones, necesarias para ser parte y para actuar como tal en el proceso, iniciándolo o interviniendo en él e impulsándolo y ejecutando toda clase de actos procesales (recursos, pruebas, etc.), y las condiciones sustanciales conocidas como interés para obrar y legitimación en la causa, estudiadas en los capítulos XIII y XIV de esta obra. Las últimas son condiciones para la eficacia de la actuación, no para su validez, es decir, se requieren para tener derecho a una sentencia que decida en el fondo sobre el litigio o la pretensión no contenciosa, y sin afectar para nada la válida iniciación y el desarrollo del proceso hasta la sentencia, pues determinan solamente su pedido y alcance, excepto cuando se permite la discusión sobre su titularidad o adecuada constitución por la vía de excepciones previas (las mal denominadas dilatorias en nuestro Código), o su examen para la admisión de la demanda, casos en los cuales son condiciones para la iniciación o continuación del proceso, pero sin afectar en absoluto la validez de este, ni configurar motivo de nulidad en el supuesto de ser adelantado erróneamente, cuando por falta de alguna de esas dos condiciones ha debido negarse la admisión de la demanda o suspenderse el juicio.

Creemos que es un error incluir la legitimación en la causa y el interés para obrar entre las condiciones para la válida actuación en el juicio o entre los requisitos de los actos procesales, como lo hicimos nosotros en 1947 y lo hacen modernos autores cada día, al lado de la capacidad y la representación y la postulación [1].

Como lo dice Rosenberg [2]: «No son cualidades personales de las partes, sino la expresión de una relación material con el objeto del litigio, y son deci-

[1] Devis Echandía: *Derecho procesal civil*, ed. 1947, y Guasp, ob. cit., p. 293, ed. 1956, y p. 282, ed. 1962.

[2] Rosenberg, ob. cit., t. I, p. 219.

sivas, desde este punto de vista, para la cuestión de saber si las partes son las que deben serlo», no para determinar si quienes actúan en el proceso son partes en sentido procesal. Esta opinión la podemos considerar unánime en los autores modernos, como se deduce del estudio hecho en los capítulos mencionados.

El profesor brasileño A. A. LOPES DACOSTA [3] concuerda con nuestra opinión, ya que señala como requisitos para ser parte únicamente dos: la capacidad de parte y la capacidad para estar en juicio o capacidad procesal, que él denomina también *legitimatio ad processum* [cfr. núm. 134, letra L)].

ROCCO [4] liga el concepto de parte al de legitimación para obrar, como vimos ampliamente en el número 166; pero, como allí mismo observamos, esta noción sirve para determinar cuándo la parte que obra en el juicio es *legítima* y tiene derecho a una decisión de fondo sobre su demanda o sus excepciones, pero no se requiere para que quien concurre al juicio tenga la calidad procesal de parte y la capacidad para hacerlo, cuestiones estas que le corresponden a todo sujeto de derecho que demanda o es demandado. Si la legitimación en la causa fuera una condición para ser parte, lo sería también para el ejercicio de la acción, y ROCCO mismo nos enseña que esto no es así, al tratar del derecho de acción (cfr. núm. 85), y más adelante, en el capítulo sobre «capacidad de las partes», dice muy acertadamente: «puesto que el derecho de acción o el de contradicción en juicio corresponde a todo sujeto o persona, como tales, todo sujeto de derecho puede ser parte en el juicio» [5]. De este modo, existe una contradicción en las enseñanzas del maestro italiano en estas dos materias. En cambio, sí se relaciona con la capacidad la llamada *legitimatio ad processum*, por equivaler a la capacidad para actuar personalmente en juicio [cfr. núms. 216 y 134, letra L)].

Como observa REDENTI, para ser parte basta demandar, inclusive temeraria y absurdamente, agregamos nosotros, o aparecer demandado [6].

Solamente cuando se trata de terceros intervinientes se requiere la legitimación en la causa y el interés para obrar, a fin de ser admitidos como partes en el juicio, según hemos visto (cfr. núms. 119, J); 134, Q); 167 y 190). Pero aun en este caso esas condiciones son necesarias para poder intervenir en el juicio, más no para gozar de la capacidad general para ser partes procesalmente, ni para disponer de la capacidad de obrar en general en los juicios o *legitimatic ad processum*, porque lo primero corresponde, como tantas veces hemos dicho, a todo sujeto de derecho, y lo segundo a quienes además no estén afectados de alguna incapacidad por edad, demencia, sordomudez o quiebra.

También CARNELUTTI distingue claramente entre capacidad y legitimación en la causa, y dice que a menudo esa separación no es observada con el debido cuidado en los ambientes prácticos, por lo que se acostumbra expresar la capacidad con la fórmula de la *legitimatio ad processum* [7]. Creemos que esta última expresión es aceptable, pese a la crítica del maestro.

---

[3] LOPES: *Direito processual civil brasileiro*, Río de Janeiro, 2.ª ed., 1959, t. I, p. 382.
[4] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 106.
[5] ROCCO, ob. cit., t. II, p. 128.
[6] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 151.
[7] CARNELUTTI: *Instituciones*, 5.ª ed., Buenos Aires, t. I, núms. 322 y 323.

215. Capacidad para ser parte

De lo expuesto en el número anterior se desprende que ser parte en el proceso equivale a ser sujeto de la relación jurídico-procesal (cfr. núms. 70 a 72); por consiguiente, la capacidad para ser parte se identifica con la de ser sujeto de esa relación, como demandante, demandado, actor u opositor o interviniente.

La relación jurídico-procesal es una especie de las relaciones jurídicas en general, y la circunstancia de ser procesal y no sustancial o material, en nada puede alterar la capacidad para ser parte de ella; por esto puede concluirse que la capacidad para ser parte en el proceso es la misma que para ser parte en cualquier relación jurídico-material, es decir, para ser sujeto de derechos y obligaciones, o capacidad jurídica en general.

Significa lo anterior que la capacidad para ser parte en un proceso es la capacidad jurídica que el derecho civil establece y reglamenta para la ejecución válida de actos jurídicos en general (títulos 1.° y 2.° del libro 1.° del Código Civil). Como observa Eduardo B. Carlos [8], el problema de la capacidad no es particular de ninguna rama del Derecho, sino que pertenece a la teoría general de la ciencia jurídica. Pero criticamos a este autor el error de confundir la capacidad para ser parte con la legitimación en la causa, que mira no a la capacidad procesal sino a la aptitud para controvertir determinada relación jurídico-material objeto del proceso, de modo que puede faltar la legitimación y sin embargo la capacidad para ser parte se tiene siempre, porque corresponde a todo sujeto de Derecho (cfr. núm. 134). Por consiguiente toda persona natural o jurídica, de derecho privado o público, tiene capacidad para ser parte en juicio, o, lo que es igual, para ser sujeto del proceso o de la relación jurídico-procesal.

Esa identificación de la capacidad para ser parte en sentido procesal y material (civil, comercial, etc), tiene sin embargo una excepción: al proceso pueden concurrir como partes ciertos patrimonios o masas que no tienen esa condición en la vida jurídica general. Además, en derecho laboral existe la peculiaridad de que solo pueden ser partes dependientes las personas físicas.

A continuación estudiaremos las distintas clases de personas que pueden asumir la condición de partes en el proceso y el caso de esos patrimonios o masas sin personería jurídica.

A) *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. A diferencia de lo que ocurre en la Ley española, que exige que el recién nacido viva veinticuatro horas completamente desprendido del seno materno (C. C. español, arts. 29 y 30), la Ley colombiana requiere únicamente que haya sobrevivido un momento siquiera a la completa separación de su madre, para que se le reconozca existencia legal como persona (C. C., art. 90) y, por lo tanto, para ser parte.

---

[8] Eduardo B. Carlos: *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, 1959, p. 164.

La criatura que está por nacer tiene cierta personalidad en suspenso, por lo cual el artículo 93 del Código Civil dice: «Los derechos que se deferirán a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe.» Y agrega la misma disposición, que si tiene un principio de existencia, lo que significa que haya sobrevivido un momento siquiera a la separación total de la madre (esto se conoce si alcanza a respirar un segundo), entrará en el goce de esos derechos como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron, es decir en el momento de morir el causante de cuya herencia se trata; pero en el caso contrario, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese existido jamás.

Por lo tanto, teóricamente y como regla general, para que una persona natural tenga capacidad para ser parte en un proceso, le es suficiente haber sobrevivido al nacimiento el tiempo señalado en la Ley; 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. Esa criatura por nacer puede ser heredero de un ascendiente o colateral o de un extraño por testamento, y el curador que se le designe puede en su nombre y representación demandar o ser demandado, para cualquier efecto relacionado con dicha herencia (C. C., arts. 573 y 578). De otra manera estaría en un total desamparo legal y jurídico, lo que no es aceptable.

Si el recién nacido muere antes que la demanda instaurada por él o contra él haya sido notificada, lo reemplazan sus herederos, con quienes se tramitará el juicio, mediante la simple sustitución del libelo, porque no se trata entonces de reforma de demanda. Si su muerte ocurre después que esté notificada la demanda, se tendrá un caso de sucesión de partes, como lo estudiamos en el número 177, pero el proceso continúa con base en la misma demanda.

La personalidad de las personas naturales termina con la muerte. En ese momento termina la capacidad para ser parte y la persona queda sustituida por sus herederos, quienes le suceden en sus derechos y obligaciones y en el proceso, si estaba en curso. No puede demandarse a una persona muerta (cfr. núms. 177 y 215, punto 3.º).

B) *Personas jurídicas*

Puesto que las personas jurídicas de derecho privado y de derecho público tienen *personalidad* jurídica, les corresponde también la capacidad para ser partes en juicio, lo mismo que a las personas físicas o naturales.

Observamos que el concepto de persona ficticia está revaluado en el derecho moderno[9]. Creemos que es mejor hablar de persona creada en virtud de un acuerdo de voluntades o de un mandato legal.

En derecho laboral existen los *sindicatos*, que son agrupaciones obreras (nuestra legislación no permite los sindicatos de patronos), con personería jurídica, y por lo tanto pueden ser partes demandantes, demandadas o intervinientes, no solo en procesos de esa rama, sino en los de carácter civil, comercial, contencioso-administrativo, de aduanas y fiscales, ya que pueden adquirir bienes y derechos y contraer obligaciones. Las *cooperativas* son en realidad sociedades y tienen personería lo mismo que estas.

---

[9] ALFREDO ORGAZ: *Nuevos estudios de derecho civil*, Buenos Aires, 1945, p. 219 y ss.

Así, pues, *las personas jurídicas pueden distinguirse en cuatro grupos*: *a*) Las de derecho público que existen por privilegio legal, como la nación y las divisiones administrativas o políticas que en cada país existen y en Colombia, además, la Iglesia Católica y las particulares de la misma Iglesia. *b*) Las de derecho público que requieren el reconocimiento de su personería por el gobierno nacional (sistema del privilegio administrativo o gubernamental). *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, fundaciones y corporaciones particulares, lo mismo que las órdenes, comunidades y asociaciones religiosas o *ab homine*, y sindicatos, los cuales requieren también el reconocimiento de su personería por el gobierno nacional (razón por la cual forman parte del grupo llamado de privilegio administrativo o gubernamental) y las demás personas morales canónicas que no necesitan de ese reconocimiento oficial. *d*) Las sociedades incluyendo las cooperativas, 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, pero en actuaciones de índole similar a las de particulares, 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 un origen y una finalidad diversas de las anteriores, pero son personas jurídicas como estas, aun cuando de diferente naturaleza.

Las sociedades son indudablemente personas jurídicas de derecho privado, y en apoyo de esta tesis pueden citarse muchos autores, tales como GUASP [10], para quien entre las personas jurídicas están las sociedades civiles y comerciales; ROCCO y CARNELUTTI, para quienes las únicas entidades que no son personas jurídicas son «las asociaciones y los comités a los cuales no se les reconoce la personalidad jurídica», según el artículo 12 del Código Civil italiano [11]; REDENTI, quien menciona expresamente a las sociedades comerciales entre las personas jurídicas [12], y otros más.

C) *Los 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 ese 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 juicios, 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, a pesar de carecer de personalidad propia, a ciertas uniones y a algunas masas de *bienes o patrimonios autónomos*: las primeras están formadas por una agrupación o asociación de individuos reunidos para un fin común, pero que carece de personería jurídica, como sucede

[10] GUASP, ob. cit., p. 187-88, ed. 1956, y p. 180-81, ed. 1962.
[11] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 129; CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 106.
[12] REDENTI: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1957, t. I, núm. 39, p. 154.

con ciertas juntas y comités que habla GUASP [13]; las segundas son un conjunto de bienes, o sea un patrimonio, que por carecer de un dueño conocido o por haber sido separado este de su manejo y disposición, recibe un trato especial por parte del legislador que lo asimila a una persona jurídica, sin serlo, como ocurre con la herencia yacente y la masa de bienes del concurso de acreedores o de la quiebra.

Esa similitud con las personas jurídicas es simplemente aparente, porque no se trata de entidades con capacidad propia ni personería autónoma, como sucede con las sociedades y entidades de derecho público. Pero la verdad es que esas uniones y masas de bienes actúan en los juicios, como si estuvieran dotadas de personalidad. GUASP [14] opina que no pueden figurar como partes, y que en realidad quienes figuran como tales son los sujetos más relacionados con ellas, verbigracia, los dirigentes de la junta o comité o los administradores del concurso, quienes actúan, «no como representantes de una persona que no existe, sino como sustitutos de los titulares futuros e indeterminados de las relaciones que en uno y otro caso están en juego».

Nosotros creemos que estos patrimonios autónomos sí tienen una especie de personalidad provisional y transitoria. Nos inclinamos por este concepto, en desacuerdo con GUASP, porque nos parece que evidentemente la Ley les reconoce cierta personalidad autónoma, limitada y transitoria, para los solos efectos de su defensa en juicio, a esas uniones o masas de bienes. También REDENTI opina que los gestores de esos patrimonios ejercitan, activa o pasivamente, las acciones «correspondientes al patrimonio o a los bienes», en lugar de los titulares y en razón del cargo asumido [15]. En Colombia no tenemos ejemplos de las primeras, y por esto los comités o juntas sin personería no pueden actuar en calidad de tales, sino que deben hacerlo junto con los asociados en sus propios nombres. En cambio, en nuestro sistema legal existen dos patrimonios autónomos muy claros: la herencia yacente y la masa de bienes del quebrado o concursado.

También en Alemania las asociaciones sin capacidad jurídica pueden ser partes, pero solo en forma pasiva, como para ejecutarlas a fin de cobrar un título sobre su patrimonio; activamente deben concurrir todos sus miembros, pero si son demandados pueden proponer reconvención [16]. En Italia se reconoce la capacidad de ser partes a la sociedad, comités y asociaciones sin personalidad jurídica sobre la noción del «patrimonio social» [17], y también se les otorga una administración especial a algunos patrimonios para que actúen en forma autónoma en juicio, como a la herencia yacente y a la masa de la quiebra, a bienes sujetos a expropiación o a secuestro, y a la herencia aceptada con beneficio de inventario [18].

La herencia no yacente o sucesión ilíquida no tiene personería alguna; son los herederos quienes la tienen en todo lo relacionado con ella.

---

[13] GUASP, ob. cit., p. 189, ed. 1956, y p. 182, ed. 1962.
[14] GUASP, ob. cit., p. 189, ed. 1956, y p. 182, ed. 1962.
[15] REDENTI, ob. cit., t. I, núm. 45, p. 167.
[16] ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1955, t. I, p. 233-34.
[17] REDENTI, ob. cit., t. I, núm. 44, p. 164.
[18] REDENTI, ob. cit., t. I, p. 167.

216. Capacidad para comparecer al juicio o capacidad procesal, conocida también como «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 y libre, así también la capacidad de esas personas para ser partes en un proceso no implica que siempre puedan intervenir de manera personal, directa e independiente. A los incapaces del derecho material, corresponden los incapaces del derecho procesal. La regla general es la misma: es capaz para comparecer al juicio o 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 menor, interdicto, sordomudo, que no pueda darse a entender por escrito o demente.

No se trata de que los incapaces no puedan contraer obligaciones ni adquirir derechos procesales, ni concurrir al juicio, sino de que no pueden hacerlo por sí mismos, y lo tienen que hacer por intermedio de sus representantes.

Las personas jurídicas actúan necesariamente por medio de sus representantes, aunque esto no significa que sean procesalmente incapaces y solo en un sentido figurado puede clasificárseles como tales.

Se ha generalizado denominar *legitimatio ad processum* esta capacidad para comparecer en juicio por sí mismo (cfr. núms. 134, letra L), y 216). Pero debe tenerse mucho cuidado de no confundirla con la *legitimatio ad causam*, que nada tiene que ver con la capacidad, como lo explicamos ampliamente en el capítulo. Resultado de tal error es la inadecuada inclusión de la legitimación en causa entre las condiciones de la acción y de la válida actuación de las partes en el juicio, error que hemos criticado ampliamente [cfr. núms. 87 y 134, B)].

Como ya lo observamos [núm. 134, letra L)], existe una *especial legitimatio* que no se refiere a la capacidad procesal propiamente dicha ni a la *legitimatio ad causam* en general, sino a la aptitud o facultad para ejecutar con eficacia jurídica ciertos actos procesales, como recurrir de una providencia, recusar a un funcionario, allanar o reclamar una nulidad, actos que corresponden solo a la parte perjudicada con la decisión, el impedimento o el vicio procesal. Es, como se ve, una especie de capacidad, que no mira a la validez de la actuación, sino a su eficacia. Por esto podría denominarse también *legitimación especial para el acto* y es muy diferente de la *legitimatio ad processum*.

Como lo explica Couture [19], entre la capacidad y la legitimación procesal existe la misma relación que entre el género y la especie; aquella es la aptitud para realizar actos jurídicos válidos, y esta, la aptitud para realizar actos jurídicos *procesales* válidos. Por lo cual, dicho autor incluye, con razón, entre los presupuestos procesales la *legitimatio ad processum*, ya que afecta la validez formal del proceso.

La *legitimatio ad processum* forma parte de lo que se ha conocido entre nosotros como personería adjetiva, y mira a la adecuada representación y a la habilidad litigiosa de las partes. Su ausencia constituye la excepción previa o dilatoria entre nosotros, que consagra el ordinal 2.° del artículo 330 del Código Judicial.

---

[19] Couture: *Estudios de derecho procesal civil*, t. III, p. 216.

217. Representación judicial. Incapaces y personas jurídicas de derecho privado y de derecho público

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 juicio, porque necesitan hacerlo por intermedio de otras, representantes o apoderados.

Así, al tenor del artículo 240 del Código Judicial colombiano, los incapaces comparecen en juicio 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, como lo dice el artículo 250 del Código Judicial. Las corporaciones o fundaciones cuyo representante legal no sea conocido, pueden ser representadas por las personas que las presiden, conforme al inciso 2.° de este último artículo. 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 de la razón social y los apoderados generales o especiales que estos designen. El síndico representa a la masa de la quiebra o concurso, y al ausente y al que está por nacer los representa el respectivo curador, como lo explicamos en el número 217.

Por otra parte, las personas capaces, pero no hábiles para litigar por sí mismas, por no ser abogados inscritos, cuando el negocio lo requiere, concurren por medio de apoderados que sí lo sean.

La debida representación de las partes en el juicio se relaciona con la llamada personería adjetiva, o sea con la *legitimatio ad processum*, y su defecto configura la excepción previa, entre nosotros, de ilegitimidad de personería adjetiva, que consagra el ordinal 2.° del artículo 330 del Código Judicial y causal de nulidad (C. J., art. 448, ord. 2.°) (cfr. núms. 244 y 317).

218. El derecho de postulación

La Ley establece generalmente ciertas limitaciones al derecho de comparecer en nombre propio a los juicios civiles, limitaciones que no atañen a la capacidad propiamente, sino a la habilidad para litigar, como ejercicio de una profesión garantizada, reglamentada y defendida por el Estado. En este sentido, la Ley suele exigir que, para comparecer en juicio, las personas capaces (sea que obren en su nombre o que representen a otras) deben hacerlo por intermedio de abogado inscrito en el respectivo despacho judicial, a no ser que ellas mismas tengan esta calidad.

Se trata, como se ve, de un caso de inhabilidad para comparecer en juicio por sí mismo. De este modo, si el juez acepta la demanda o le da curso a actuaciones promovidas por una parte, con violación de la prohibición legal, podría proponerse la consiguiente nulidad.

Son apoderados los representantes convencionales para el juicio, es decir, los mandatarios judiciales, que representan a una de las partes o a terceros intervinientes mediante un poder que estos les otorguen.

219. Agencia oficiosa judicial

También en materias judiciales tiene aplicación la agencia oficiosa. En efecto, conforme al artículo 269 del Código Judicial colombiano, cualquier persona, sin necesidad de poder, puede contestar una demanda después de ser notificada, o interponer un recurso, cuando la parte interesada, de no hacerlo, pueda sufrir algún perjuicio; para ello debe dar garantía real o personal a satisfacción del juez de que el interesado por quien habla le dará su aprobación. Igualmente, se puede promover una demanda a nombre de una persona de quien no se tenga poder, siempre que esta se halle impedida por algún motivo para hacerlo por sí o por medio de representante, o se trate de un ausente, sobre lo cual basta la afirmación jurada del interesado; pero se debe otorgar la caución para responder de que la parte por quien se obra ratificará lo hecho, en el término de dos meses, o, de lo contrario, se tendrá que pagar los perjuicios que se causen al demandado.

En el último caso, la actuación por agencia oficiosa debe suspenderse después de hecha la notificación de la demanda, y de ahí en adelante se aplica la regla sobre ausentes, o sea, se procede a la designación de curador *ad litem*, y a este le corresponde ratificar.

Si antes de otorgarse la caución el interesado ratifica la actuación oficiosa, ya no hay razón para otorgarla.

CAPITULO XXI

LA DEMANDA: SU CONTESTACION Y SUS RESULTADOS

220. Generalidades

Cuando en el número 19 estudiamos la aplicación del principio dispositivo en el procedimiento, vimos que en materia civil la primera consecuencia de ese principio es que la actividad jurisdiccional no puede ponerse en movimiento y que, por tanto, no cabe la iniciación de un proceso, si no existe petición de parte interesada. Sabemos que esa petición que produce la intervención del funcionario público respecto de un caso concreto, con el fin de aplicarle mediante un mandato jurídico la voluntad de la Ley, recibe el nombre de *acción*, y que esta, en consecuencia, es el derecho abstracto, público y subjetivo a obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una decisión judicial, o el derecho abstracto, público y subjetivo a obtener una sentencia mediante un proceso (cfr. núm. 86). En los capítulos IX y XI estudiamos las nociones de acción y pretensión. En los capítulos X y XII, las de derecho de contradicción, oposición y defensa. Igualmente estudiamos, en los números 70 y 71, la noción de relación jurídico-procesal, o sea de la relación jurídica que surge del proceso; y sabemos por esto que esa relación es de naturaleza compleja, e independiente de la relación jurídico-material que pueda existir entre sus sujetos, que su contenido es rico en derechos y obligaciones, poderes y cargas procesales, y que, lejos de ser estática, es esencialmente dinámica, o sea una relación en movimiento, que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo.

La relación jurídico-procesal tiene su origen en el ejercicio de la acción y en su comunicación a la parte frente a la cual se tiene la pretensión, cuando existen las dos partes; pero cuando el juez debe proveer de plano, sin antes ordenar dicha comunicación, surge la relación por el solo hecho de formularse la acción con los requisitos legales conocidos como presupuestos procesales previos (cfr. núms. 70 a 72 y 137 a 140). Sabemos que la falta de esos presupuestos constituye un hecho impeditivo para que nazca el juicio o la relación procesal, y que para el desarrollo de esta se necesita, además, que se cumplan los presupuestos procesales del procedimiento y que no exista los hechos señalados por la Ley como impedimentos y causales de recusación (cfr. núms. 141 y 159).

La noción de proceso, su naturaleza, su objeto y sus distintas clases, fue materia del capítulo VIII; los problemas de la competencia y la jurisdicción se trataron en los capítulos VI y VII; en los capítulos XIII y XIV vimos qué se entiende por interés para obrar y por legitimación en la causa, tanto en el demandante como en el demandado y en los terceros intervinientes; en el

capítulo XIX definimos lo que se entiende por actos procesales y la clasificación que de estos hacen los autores.

Todas estas nociones son necesarias para la debida comprensión de la materia de este capítulo, y por ello, en caso de duda, deben repasarse los correspondientes capítulos.

221. Noción de demanda

Si por acción se entiende el derecho abstracto, subjetivo y público a que se realice un proceso y se dicte una sentencia, se deduce lógicamente que ese derecho 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, la obligación de proveer, es obvio que ese derecho debe ser ejercitado mediante la comunicación de su titular con el juez y que solo mediante este medio se surten sus efectos [1]. Pero esto no quiere decir que la acción se origine con el proceso, como en el número 86 lo estudiamos, porque ella existe antes de ser ejercitada.

En otras palabras, el ejercicio de la acción se traduce en una petición dirigida al juez para que produzca el proceso. Esta petición es la demanda en sentido simplemente formal.

De ahí que por este aspecto la demanda sea un *acto introductivo*.

Desde este punto de vista, la demanda tiene por objeto ejercitar la acción, y no se la debe confundir con esta, como tan frecuentemente sucede. En efecto, quien presenta una demanda, no se limita a pedirle al juez que provea y que mediante un juicio dicte una sentencia, sino, además, que en esa sentencia le resuelva favorablemente determinadas peticiones para satisfacer su interés, lo que no constituye objeto de la acción, como lo enseñan todos los grandes procesalistas modernos (cfr. núms. 80-86). Es decir, la demanda contiene también la pretensión cuya naturaleza estudiamos en el número 105.

No es que la pretensión sea la demanda judicial, sino que aquella está contenida en esta. Discrepamos en este punto de Guasp [2], quien considera que la demanda «no tendrá por qué ser, a la vez, una formulación de peticiones de fondo» y la concibe solo como un «acto típico y ordinario de iniciación procesal». La acción se diferencia de la pretensión, como hemos explicado, pero la demanda las contiene a ambas, sin que se identifique con ninguna de ellas. Teóricamente, puede ejercitarse la acción sin la pretensión, pero entonces no existe demanda.

La acción se dirige al juez, y por eso los sujetos de ella son únicamente este y el actor; la pretensión va dirigida a la contraparte, y además de aquellos es esta también sujeto principal de la relación jurídico-procesal (cfr. números 70 a 72).

Desde un punto de vista más exacto y en relación a su contenido, la demanda incluye la acción y la pretensión, y por eso, además de reunir los presupuestos procesales necesarios para que pueda originarse el proceso, debe contener lo que se demanda, con sus fundamentos de hecho y de derecho; es de-

[1] Carnelutti: *Instituciones*, t. II, núm. 150; en el mismo sentido, Guasp: *Derecho procesal civil*, ed. Madrid, 1956, p. 321 y 324, y ed. 1962, p. 309-12.

[2] Guasp, ob. cit., ed. 1956, p. 321-23, y ed. 1962, p. 309-13.

cir, la pretensión y su razón. Así, para que el objeto de la acción se cumpla y haya proceso, basta que se reúnan los presupuestos procesales (competencia, capacidad de las partes, ausencia de *litis pendentia* y de vicios de nulidad, condiciones de forma para toda demanda y las especiales para la clase de juicio de que se trata, etc.) (cfr. núms. 224 a 227); 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 para obrar y que se reúnan los demás presupuestos materiales estudiados en el capítulo XV (cfr. núms. 144 a 146 y núm. 234); de ahí que pueda demandar sin fundamento ni razón quien no tenga el derecho que pretende, ni legitimación en la causa, y que, sin embargo, nazca para el juez la obligación de proveer si se cumplen los presupuestos procesales.

El mismo es el sentido de la definición que de demanda presenta CHIOVENDA: «Es el acto por el cual, afirmando existente una voluntad concreta de la Ley, positiva o negativa, favorable al que insta, invoca este el órgano del Estado para que actúe tal voluntad» [3]

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 que el peticionario le formulará sus pretensiones; pero creemos que es en la audiencia en donde se produce la demanda y que aquella petición no alcanza a configurarlo.

De acuerdo con las nociones expuestas, podemos construir la siguiente definición:

Demanda es un acto de declaración de voluntad, introductivo y de postulación, que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la afirmación de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la Ley, por una sentencia favorable y mediante un juicio, 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 (cfr. núm. 105).

Se reúnen así los tres conceptos sobre la demanda como acto de incoacción del proceso, de postulación y como objeto del proceso [4], ya que, en realidad, se complementan para una visión completa de este acto jurídico-procesal.

Por este aspecto, la demanda es un acto de postulación, en cuanto se hace valer por ella la pretensión [5].

En toda demanda hay que distinguir, como dice CARNELUTTI, la *proposición*, que es la afirmación de que existe un interés legítimo que debe ser protegido conforme a derecho, y el *requerimiento* o *pedimento*, que es la conclusión de la anterior y que constituye la materia de la decisión o sentencia.

En un sentido muy general, suele llamarse demanda toda petición hecha al juez, pero su significado propio está restringido a la demanda introductiva, que hemos definido. Algunos llaman también demanda a la petición del demandado para que se desestime la pretensión del actor; pero este es un uso in-

[3] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, p. 65, núm. 41.
[4] FAIRÉN, ob. cit., p. 441; COUTURE: *Fundamentos*, ed. 1951, p. 107.
[5] PEDRO ARAGONESES: *Sentencias congruentes*, ed. 1957, p. 17.

adecuado del término, ya que propiamente demandan solo el actor y el demandado cuando reconviene, porque entonces se convierte en actor, razón por la cual se diferencian sustancialmente la excepción y la reconvención (cfr. números 239 y 242).

Suele decirse también que la demanda (junto con las excepciones) es el objeto del juicio; pero entonces se hace referencia a las pretensiones contenidas en ella. Es más técnico hablar de que el objeto del juicio lo constituyen las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado.

Como observa FAIRÉN GUILLÉN [6], «desde el momento de la demanda y hasta que el proceso finalice, el derecho material padece una aparente disminución», porque al quedar sujeto a los resultados de la sentencia, se hace en cierto grado incierto, y por eso nuestra Ley lo considera como un derecho litigioso, con las consecuencias que para su enajenación examinamos al tratar del retracto [cfr. núm. 177, letra C)], y pone fuera del comercio la cosa o bien materia de la demanda, hasta el punto de considerar que existe un objeto ilícito en su enajenación. Pero nos parece exagerado decir, como lo hace el autor citado, que «los derechos más tangibles se convierten en simples expectativas, posibilidades y cargas» [7], porque el derecho continúa en cabeza de su titular demandado mientras que por la sentencia no sea anulado o resuelto o extinguido su título.

Sirve la demanda también para señalar, al menos inicialmente, quiénes son los sujetos de la relación jurídico-procesal que con ella se origina (cfr. números 71 y 223), y para delimitar los elementos de la acción y de la pretensión que se dejaron estudiados (cfr. núm. 87).

222. CONDICIONES PARA DEMANDAR

Es demandante, tanto en los juicios contenciosos como en los voluntarios, 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 un demandado, porque tal cosa sucede únicamente cuando existe un litigio y el juicio es contencioso, como en varias ocasiones lo hemos explicado (cfr. núms. 57, 71, 32-33).

Para demandar es necesario tener la acción y poderla ejercitar válidamente. Lo primero significa que el demandante debe pretender que necesita la intervención del órgano jurisdiccional del Estado para desatar el litigio que plantea (juicio contencioso) o para resolver sobre la declaración que pide (juicio voluntario). Por consiguiente, una cosa es tener la acción y otra tener el derecho; para lo primero basta afirmar lo segundo; pero, como varias veces lo hemos demostrado, la falta del derecho no impide el ejercicio de la acción y el cumplimiento absoluto del juicio hasta el proveimiento definitivo. Confundir la acción y el derecho es darle a la primera un significado material, no procesal, o considerarla como el derecho en movimiento o en función del derecho material, de acuerdo con la antigua y archivada doctrina que hemos estudiado (cfr. núm. 75). Para ejercitar válidamente la acción se necesita la capa-

[6] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 439.
[7] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 440.

cidad para ser parte y para comparecer en juicio, cuyos significados se estudiaron (cfr. núms. 214 a 216).

Estas tres condiciones no constituyen el contenido del juicio, sino la viabilidad de la demanda, y de ahí que, si alguna de ellas falta, la decisión no puede ser sobre el fondo del derecho controvertido.

Es lógico, por economía procesal, permitir que el demandado proponga como excepción previa la falta de legitimación en la causa o de interés para obrar del demandante o de él mismo.

223. A QUIÉN DEBE DEMANDARSE. NOCIÓN DE DEMANDADO

Se entiende por demandado aquel frente a quien se piden las declaraciones de la sentencia o frente a quien se formula la pretensión contenida en la demanda. Desde este punto de vista, el demandado es la parte pasiva en el juicio contencioso. Decimos *frente* a quién y no *contra* quién se hacen esas peticiones, porque puede suceder que no exista oposición de intereses, por perseguir ambas partes el mismo resultado, como sucede en los juicios de deslinde y como puede acontecer en los de divorcio y nulidad del matrimonio (cfr. números 32-33), y porque aquello es más exacto en los juicios declarativos y de declaración constitutiva.

Si se entiende la demanda en la forma sustancial que dejamos explicada, puede hablarse de persona contra quien esta se dirige, como también es aceptable decir que la pretensión se formula contra el demandado; pero la acción va dirigida al Estado, a través del juez que lo representa (cfr. núm. 86, letra E). Con todo, es mejor decir que la demanda y la pretensión se formulan *frente* al demandado, cuando no se trata de juicios ejecutivos o de condena.

Para ser demandado deben reunirse los mismos requisitos que para ser demandante, a saber: capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al juicio, y para poder controvertir en el fondo las pretensiones del demandante; el demandado necesita tener, además, legitimación en la causa. 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 de ese litigio. Es decir, el demandado es la persona frente a quien se quiere hacer valer el derecho que pretende el demandante o la negación del 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.

Así, pues, la condición de demandado surge exclusivamente de la demanda, es decir, que corresponde al actor señalar la persona a quien debe llamarse al juicio como demandado y frente a quien se quiera obtener la sentencia.

Como varias veces hemos dicho, es conveniente adoptar una norma legal similar a las que existen en los códigos de Italia y Brasil, que faculte al juez para citar de oficio o a solicitud del demandado a las personas cuya presencia en el juicio se requiere para completar el «necesario contradictorio» y evitar que existan así procesos inútiles que concluyan con un fallo inhibitorio [cfr. número 134, letra P)].

En la demanda debe determinarse claramente la persona o personas de-

mandadas, y si se trata de incapaces, personas jurídicas o ausentes, es necesario también indicar quién es su representante legal o convencional.

224. Requisitos generales de la demanda

Dos clases de requisitos deben reunir las demandas para su admisión: de fondo y de forma.

1.° Los *requisitos de fondo* son:

a) Capacidad del demandante;

b) Capacidad del demandado;

c) Competencia del juez;

d) Haberse escogido el procedimiento adecuado, ordinario o especial pertinente, según el caso;

e) Habilidad para demandar personalmente o poder de postulación, cuando no se hace por intermedio del abogado inscrito, 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 cuando la Ley lo exige;

h) Cuando la Ley exige que se demande a varias personas, debe dirigirse la demanda contra todas ellas;

i) Si se acepta, como nosotros lo proponemos, que se examine inicialmente el interés para obrar y la legitimación en la causa de las partes, estos serían otros dos requisitos de fondo de la demanda;

j) Que no exista una indebida acumulación de pretensiones o subjetiva de partes (cfr. núms. 97, 98 y 225).

Estas condiciones fueron estudiadas en los numerales anteriores.

Se trata de requisitos de fondo para la admisión de la demanda, y no deben confundirse con los presupuestos materiales necesarios para que haya sentencia de mérito o fondo y para que ella sea favorable al demandante, requisitos ya estudiados. De ahí que sea muy distinto hablar de demanda en debida forma y de demanda debidamente fundada.

2.° Los *requisitos de forma* son:

a) Redacción de la demanda, con los detalles exigidos por la ley procesal;

b) Papel competente;

c) Presentación de la demanda en debida forma.

225. El «petitum» de la demanda. Acumulación de pretensiones mal llamada de acciones

Para la admisión de la demanda se requiere que no haya duda acerca de las declaraciones que se solicitan o de la condena que se pide contra el demandado o del efecto constitutivo que se persigue, si se trata de juicio de conocimiento; y de la clase y monto de la orden de pago que se busca, si de juicio ejecutivo, o del monto de la deuda y la petición de venta, si es un juicio de venta de cosa hipotecada o dada en prenda, etc. En una palabra: se requiere

que aparezca clara la pretensión, el objeto de la demanda. Mayores exigencias llevarían a supeditar el derecho a la forma, lo que es inaceptable.

No se trata de que las peticiones sean pertinentes ni de que la existencia o exigibilidad del derecho que se alega resulten evidentes, puesto esto es materia de la sentencia, una vez que se conozcan las pruebas y las excepciones del demandado.

En ocasiones, la causa de la obligación objeto de la demanda es inseparable de ella y constitutiye parte de la determinación de lo que se pide, como sucede, por lo general, en las acciones 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 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. Sin esta precisión, faltaría al cuarto requisito apuntado.

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, porque la Ley no exige que se haga en ningún lugar determinado del libelo.

Tampoco es necesario denominar jurídicamente la petición, es decir, que no hace falta calificar la pretensión que se quiere ejercitar (esto es, la *acción* en sentido material, como algunos dicen); por ejemplo: reivindicatoria, 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 aprobados los hechos y claro el sentido de lo que se pide, se pronuncie favorablemente, desatendiendo tal impropiedad, porque es al juzgador a quien corresponde denominar la acción (mejor dicho, la pretensión) incoada, ya que la naturaleza de esta 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 emane del conjunto de la demanda y que precisa el objeto del litigio y de la decisión, como veremos al estudiar las normas para su interpretación.

En cambio, sí es necesario indicar cuál es la *acción* incoada, cuando se refiere al procedimiento o clase de juicio que debe seguirse como ordinario, o posesorio, de lanzamiento de arrendatario, ejecutivo o de venta forzosa, etc.; pero el juez no queda obligado a seguir un trámite inadecuado y debe rechazar la demanda en tal caso (cfr. núm. 228).

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 solo así es posible la defensa del demandado en igualdad de condiciones y la consecución de la certeza por el juez [cfr. núm. 18, letra E)].

El *petitum* tiene mucha importancia en cuanto al fondo del litigio, porque fija los límites de la sentencia, que solo puede pronunciarse sobre lo que 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).

Teóricamente, es posible que la demanda contenga una sola pretensión,

pero en la práctica esto no es frecuente. Al contrario, el demandante formula 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 en subsidio de su resolución; e igualmente puede aprovechar la demanda para la tramitación en el mismo juicio 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.

Al lado de esa acumulación de pretensiones está la llamada acumulación subjetiva de acciones en la demanda que no existe en realidad, como lo explicamos en el número 98, porque cuando varias personas concurren a demandar existe el ejercicio por ellas de una sola acción, procesalmente considerada, y cuando se demanda a varias personas para responder de una misma pretensión, la acción no se modifica porque los demandados no son sujetos pasivos de ella, sino de la pretensión. Se presentan entonces los casos de litisconsorcio activo, pasivo y mixto, que estudiamos ampliamente en los números 182-183.

226. Los fundamentos de hecho

El señalamiento de los hechos es fundamental en toda demanda, ya que estos vienen a ser como la historia del litigio, cuando lo hay por tratarse de juicio contencioso, o de las circunstancias que motivan la necesidad y procedencia de la declaración pedida, en los juicios voluntarios. De esos hechos emana el derecho que se pretende; de ahí que en el libelo causa y hechos sean términos sinónimos, como lo explicamos al estudiar la pretensión (cfr. números 105 y 260).

Para los simples efectos de la admisión de la demanda, basta presentar una relación clara de hechos, entre los cuales pueden aparecer o no los que sirvan para determinar lo que se pide, como vimos en el número anterior.

La improcedencia, inexactitud, contradicción e ilicitud de los hechos no son cuestión de previo examen, y menos, motivos para la no admisión de la demanda.

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 en los hechos, no obligan al juez ni desvirtúan su naturaleza, 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 fondo del litigio, el éxito y el contenido de la sentencia, los hechos 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 ellos y sobre las excepciones y hechos afirmados por el demandado, para que no resulte incongruente (cfr. núm. 253). Pero en los juicios voluntarios la ausencia del litigio y de controversia, al menos inicialmente, los hace menos importantes para la eficacia de la demanda. Por eso, en el capítulo XIX vimos que la afirmación de los hechos constituye un

acto jurídico procesal, cuyos efectos jurídicos son de suma importancia; no así las alegaciones de derecho (cfr. núm. 204).

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; es decir, para fijar las pretensiones de manera que no exista incertidumbre sobre el objeto de la demanda. Es la teoría de la individualización, a la cual se opone la llamada de la sustitución, que es más rigurosa y exige indicar los hechos que han engendrado el derecho que se hace valer[8]. 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 deducción posterior de un hecho no comprendido en la demanda sería cambio de demanda y por lo mismo inadmisible». Pero, como dice CHIOVENDA, «esta opinión se enlaza con formas de procedimiento hoy en desuso y no tiene muchos adeptos»[9]. Pero puede ser atenuada, para exigir únicamente que los hechos fundamentales, de donde emana la pretensión, aparezcan enunciados.

De lo anterior se deduce que la *causa petendi* la forman en la práctica, no los hechos de donde se derive el derecho, sino los que se hayan indicado en la demanda, no obstante que en teoría deben identificarse aquellos y estos. 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, esta debe prevalecer sobre el tenor literal.

Con todo, la tesis de la sustanciación y la exigencia de indicar en la demanda los hechos de donde se pretende deducir el derecho, para el éxito del demandante (no para la admisión de la demanda, pues entonces basta su apreciación formal), no debe llevarse hasta el extremo de hacer indispensable que todas las circunstancias y todos los detalles del caso aparezcan enunciados. Por el contrario, 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, las relaciones sexuales estables y notorias o la posesión de estado en los juicios de filiación natural, 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 rodearon 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 juicio para que en la sentencia se tengan en cuenta con todas las consecuencias legales (cfr. núms. 105 y 261). 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 de hacer efectivos los derechos materiales que con ellas se tutelan.

La opinión de GUASP[10] concuerda con la nuestra, porque distingue los he-

---

[8] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 466 y 470.
[9] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, núm. 41, p. 68.
[10] GUASP: *Derecho procesal civil*, ed. 1956, p. 330, y ed. 1962, p. 318.

chos que deben incluirse obligatoriamente en la demanda, o sea «los delimitadores de la pretensión procesal, su título o causa de pedir, en cuanto proporcionan la natural sustancia de la reclamación», y los que pueden incluirse porque «tengan relevancia para el proceso», que no son «definidores de la pretensión, aunque la apoyan lógicamente».

Al estudiar la eficacia o la desestimación de la demanda, volveremos sobre este tema (cfr. núm. 234).

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 juicio se prueba que existe su obligación, pero por otra distinta no es pertinente aplicarla, porque no es materia de la *litis contestatio*. En estos casos, el hecho es determinante del *petitum* y su ausencia haría inepta la demanda. Mas no hay que confundir la *causa petendi* (hechos) con las pruebas que en la demanda se enuncian para demostrarla, pues estas pueden variarse y aumentarse en el término respectivo, sin que ello signifique alteración de aquella y, por tanto, deben considerarse en la sentencia. Y lo mismo sucede con las razones alegadas para apoyar determinada tesis o fundamentos de derecho.

La designación del hecho sirve, como observa CHIOVENDA, no solo para la prueba de la existencia del derecho y de la legitimación, ya que indica quiénes son las personas que tienen el derecho a formular esa pretensión y a contradecirla, sino también para determinar la pertinencia de la *acción* ejercitada. Por ejemplo, si se demanda en reivindicación, debe alegarse el hecho de la posesión del demandado, y si se reclama una indemnización, el hecho que ocasionó el daño o violó la prohibición, en caso de incumplimiento de una obligación de no hacer; en las acciones que nacen de una obligación de hacer o dar, basta la afirmación del derecho, ya que en ella está implícita la alegación del incumplimiento, desde que se pide una condena al respecto, y al demandado le corresponde probar que la ha cumplido; en las acciones declarativas, se debe afirmar el hecho constitutivo del interés en la declaración [11].

También para la fijación de la cuantía son muy importantes los hechos de la demanda, y en caso de que de ellos aparezca deben primar sobre la apreciación arbitraria que haga el demandante en otro lugar del libelo.

Se debe distinguir el caso de *plus petitio*, que vimos en el número anterior, en el cual el juez dicta sentencia favorable al demandante, pero limitada a la cuantía probada, inferior a la pedida en la demanda, y el muy distinto del que aparezca probada una acción diferente a la ejercitada, es decir, un derecho distinto del pretendido o afirmado en los hechos de la demanda y que no se deduzca de estos (*extra petitio*; cfr. núm. 253).

Insistimos en que lo que importa es la naturaleza de los hechos, no la calificación jurídica que les dé el demandante, y en su apreciación el juez debe considerarlos en conjunto, relacionándolos a un mismo tiempo con los fundamentos de derecho y con las peticiones, para que aparezca su verdadero contenido y alcance, como veremos de nuevo al tratar de la interpretación de la demanda. Hay que buscar en esos hechos todas las consecuencias lógicas, sin limitarse a un examen literal de sus enunciaciones.

---

[11] CHIOVENDA, ob. cit., t. II, p. 69, núm. 41.

CARNELUTTI sostiene que el juez no puede tener en cuenta un hecho sino en favor de la parte que así lo pide o que lo ha afirmado; pero que si una lo confiesa y la otra guarda silencio, no puede considerarlo en su beneficio, pues debe ser siempre alegado «por la parte *cui interest*» [12]. Pero como, según nuestra Ley, para declarar una excepción perentoria no hace falta alegarla, y el juez debe tener en cuenta todos los hechos de la demanda y la defensa, la tesis no tiene aplicación en Colombia y el juez debe considerar tales hechos en favor de ambas partes, sin que tenga importancia su origen, sino su prueba, cualquiera que sea quien la lleve al juicio.

227. 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 *jura novit curia*.

Por eso hemos sostenido que 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 (cfr. núm. 204).

Como se ve, hay gran diferencia entre los fundamentos de hecho y los de derecho de la demanda. Pero hay una hipótesis en que la afirmación del derecho llega a ser un verdadero hecho, en el sentido de que es obligatoria y por los efectos jurídicos definitivos que producen; dicha hipótesis se presenta cuando la afirmación del derecho constituye la *causa petendi*, como advierte CARNELUTTI [13].

El principio general de que la norma de derecho no requiere prueba se ha prestado a una interesante discusión. Algunos consideran que es aplicable solo a la Ley y a los decretos nacionales, pero no a las normas seccionales, como las ordenanzas y acuerdos de los departamentos y municipios, y por ello exigen la prueba de ellos, como si se tratara de hechos de la demanda o de las excepciones; otros, en cambio, opinan que no debe distinguirse entre las dos clases de normas y que al juez corresponde aplicarlas siempre de oficio.

Nuestra Corte ha sostenido la primera doctrina; CARNELUTTI [14] es partidario de la segunda, lo mismo que lo somos nosotros, según lo expondremos más adelante, al tratar de los requisitos para obtener una sentencia favorable. GUASP [15] reconoce que la tesis que exige la prueba de los fueros locales «suscita, en cuanto a su fundamento, graves dudas».

---

[12] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 161.
[13] CARNELUTTI, ob. cit., t. II, núm. 161.
[14] CARNELUTTI, ob. cit., t. II, núm. 161, letra H.
[15] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 355, y ed. 1962, p. 342-43.

228. Cuándo procede el rechazo de la demanda

Si la Ley fija determinadas condiciones para demandar, o exige que la demanda contenga ciertas designaciones o que esté acompañada de algunas pruebas, es lógica conclusión que el juez debe abstenerse de darle curso, en caso de que no se cumplan esas disposiciones. Esto es lo que se llama rechazo de la demanda.

Como lo vimos en el capítulo XV (cfr. núms. 137 y ss.), 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. Estas condiciones de fondo y de forma de la demanda se relacionan con los presupuestos procesales: competencia del juez, personería de las partes y requisitos de contenido, de forma y de anexos que para cada caso se deben reunir, etc.

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 deba resolver de plano.

Por otra parte, es elemental que, aun tratándose de juicios voluntarios, el juez no puede proveer si no es competente; que las partes no pueden pedir si no son capaces, ni lo pueden hacer a nombre de otro si no demuestran su representación; que el proceso no puede adelantarse si se pide un trámite que no le corresponde; que si se necesita abogado inscrito para demandar, no puede el juez oír a quien no reúna esta condición; que no puede dársele curso a una petición si no contiene claramente la expresión de lo que se pide, o si viene en papel incompetente, o no se presenta en forma legal, o no se indica quién pide; que si hay litigio, para que la contradicción pueda operar son indispensables los hechos en que se funda la pretensión y en que ha de basarse la sentencia, y, por último, que cuando se trata de un requisito especial, si el juez no lo exige para admitir la demanda, estaría desconociendo la Ley.

En nuestro sistema legal y en la mayoría de los vigentes en otros países, el juez debe limitarse a examinar el cumplimiento externo de los requisitos: existencia de las pruebas en apariencia legales; constancia de los hechos inteligibles; designación de domicilios, de cuantía, etc.; pero para la admisión de la demanda no le corresponde entrar a estudiar la procedencia o exactitud de tales hechos o afirmaciones. Por ejemplo, los hechos en que se pretende fundarla pueden aparecer como improcedentes y contradictorios; pero si están enunciados en forma clara y numerada, el requisito debe darse por satisfecho, ya que su examen de fondo debe reservarse para la sentencia, y aun cuando por la lectura del libelo se convenza 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 dilatorias que debe formular el demandado [cfr. núms. 119, letra O), y 134, letra V)]. Lo mismo sucede con los fundamentos de derecho (cfr. núms. 145 y 227).

Sería mejor darle facultades al juez para exigir oficiosamente que se cumplan estos requisitos de fondo, que se integre adecuadamente el contradictorio, que se establezca la legitimación en la causa y el interés para obrar, y

permitir que el demandado proponga como excepción previa estas cuestiones, para evitar procesos inútiles, cuyo fracaso se conoce de antemano, como en varias oportunidades hemos dicho (cfr. núms. 119 y 134). El proceso civil debe ser inquisitivo, y el juez debe disponer de mayores poderes, como en lo penal, ya que hoy no se distinguen los dos procesos por su finalidad ni por el interés público que ambos defienden, con la limitación de exigir la demanda para iniciar el juicio y de la congruencia entre la sentencia y aquella.

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 existe 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; 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.

En los juicios voluntarios 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 (cfr. núms. 33, 69, 214-216).

229. Efectos de la demanda

Como observa Guasp [16], los efectos de la demanda son de dos clases: materiales, cuando pertenecen al ámbito jurídico-material, es decir, los que se producen sobre el derecho o relación jurídico-material objeto del litigio; procesales, cuando pertenecen al ámbito del proceso o recaen sobre las relaciones jurídico-procesales. Los examinaremos por separado.

1.° *Efectos jurídico-materiales.*—Como efectos jurídico-materiales podemos indicar los siguientes:

a) En primer lugar tenemos el ya enunciado en el número 221, que consiste en darle al derecho material el carácter litigioso y de poner fuera del comercio la cosa u objeto sobre que recae cuando se registra la demanda sobre inmuebles o se practica secuestro preventivo de muebles o embargo de inmuebles. De este modo, el derecho material sufre una «aparente disminución», como dice Fairén Guillén [17]. Ambas circunstancias se reflejan en la disponibilidad del derecho material y en los efectos de los actos extraprocesales que se realicen, sea afectando de nulidad el contrato (si existe secuestro o embargo), o sujetándolo al derecho de retracto [cfr. núm. 177, letra C)]. Lo último, a partir de la notificación.

b) Determina el momento en que el demandado o 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).

---

[16] Guasp, ob. cit., p. 331-34, ed. 1956, y p. 319-22, ed. 1962.
[17] Fairén Guillén, ob. cit., p. 439.

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 sufre desde su presentación cuando la Ley no exige para ello la previa notificación al del demandado, como ocurre en Colombia.

2.° *Efectos jurídico-procesales.*—Pueden señalarse los siguientes:

a) La determinación de los sujetos iniciales de la relación jurídico-procesal (juez y partes demandante y demandada), lo mismo que las diversas personas que los forman (cfr. núms. 70-71 y 167-168).

b) La fijación de la competencia, que, por lo general, es inmodificable, a menos que por razón de una reconvención o de intervención de una entidad pública, o de acumulación de procesos, o de una excepción de compensación, o de un fuero de atracción (quiebra o concurso de acreedores), se pierda por el juez que inicialmente la tuvo, para pasar a otro que continúa el conocimiento del juicio (cfr. núms. 36 a 47). Es lo que suele llamarse *perpetuatio jurisdictionis,* cuyos efectos fueron estudiados ampliamente en el número 37 y que se configura en el momento de admitirse la demanda.

c) La delimitación del interés para obrar 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 [cfr. núms. 119, letra G), y 134, letra I)]. De ahí que GUASP [18] proponga este principio de la *perpetuatio legitimationis,* por analogía con el anterior, lo que encontramos muy acertado; solo que el profesor español fija esos efectos en el momento de la *litis pendentia* y esta en el de la interposición de la demanda, al paso que nosotros creemos que solo se producen al quedar consumada la relación procesal con su admisión y notificación al demandado, ya que antes no hay juicio 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 (cfr. núm. 244). GUASP [19] opina que este efecto se produce por la simple interposición de la demanda, pero creemos que es necesaria su admisión y notificación al demandado, porque antes no existe juicio y es por tal notificación por la que el juez asume el conocimiento preventivo del negocio, si su competencia no es privativa.

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 (cfr. núms. 253 y 260-261).

f) El momento en que se vinculan las partes al proceso y quedan sujetas a sus cargas, facultades, deberes y derechos, en primer término a la jurisdicción del Estado con los efectos de la cosa juzgada que habrá de producirse (cfr. núms. 5, 21, 71, 256 y ss.), mediante su admisión y notificación al demandado; y el momento en que nace para el juez la obligación de proveer, como re-

[18] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 333, y ed. 1962, p. 321.
[19] GUASP, ibídem, cita anterior.

sultado de la obligación de jurisdicción del Estado, por la presentación o interposición de la demanda (cfr. núms. 21 y 86).

Estos 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 esta se producen no sufre alteración. Si la demanda es retirada antes de notificarse al demandado, estos efectos no alcanzan a producirse y ni siquiera se tratará de un desistimiento, ya que no ha existido juicio (cfr. núm. 296).

230. 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 juicio contencioso. El traslado consiste en poner en conocimiento del demandado la demanda y el auto que la admitió, y en dejar a su disposición el expediente, por el término que la Ley señale, con el fin de que lo retire o lo estudie en la secretaría del juzgado, según el caso.

El incumplimiento de estas formalidades para la notificación y el traslado vicia de nulidad el acto y todo el juicio, puesto que se viola el derecho de defensa y de contradicción del demandado (cfr. núms. 314 y 316).

231. Contestación de la demanda. La llamada «litis contestatio»

Cuando por la naturaleza contenciosa de la demanda existe 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 peticiones y perseguir una sentencia favorable, así también el demandado tiene un instrumento similar para oponer sus defensas, aclarar el litigio y pedir la desestimación de las pretensiosiones del primero.

Ya vimos que la doctrina romana y durante un tiempo la vieja escuela clásica consideraron ese momento procesal de la *litis contestatio* como un contrato o cuasicontrato; y vimos también que esa apreciación solo se justificaba cuando se le daba a la administración de justicia un carácter privado, incompatible con su naturaleza pública y con fines de interés público distintos de los que cada parte persigue en el proceso, como lo enseña la doctrina moderna. No existe, pues, el citado 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.

En todo caso, 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 (cfr. núms. 105-107), que configura a su vez el objeto de la sentencia (cfr. núms. 107 y 253), razón por la cual en muchas legislaciones se exige al demandado formular en aquéllas sus excepciones. En este sentido debe enten-

derse hoy la expresión *litis contestatio*, para determinar el momento en que queda configurado el litigio y su contenido de acuerdo con la pretensión del demandante y la oposición del demandado. De ahí que en el viejo derecho germánico se obligara por la fuerza al demandado a comparecer al juicio. En el derecho moderno no se aplica esta medida, pero se consigue la contestación de la demanda por medio del estímulo que resulta de la pérdida de poderes y oportunidades de defensa, estableciéndola como una carga para el demandado, especialmente por la pérdida de la oportunidad para excepcionar.

No obstante, en muchas legislaciones, como sucede en la nuestra, se consagra el principio general de la absoluta libertad para contestar o no la demanda, sin imponerle por lo general consecuencias adversas al demandado, en el caso negativo. Esto se hace más notorio cuando se permite la alegación de excepciones en cualquier momento del juicio, antes de la sentencia de última instancia, o cuando se permite su declaración oficiosa por el juez, como sucede en nuestro procedimiento civil con las excepciones perentorias (menos las de prescripción y compensación), las cuales incluyen lo que la doctrina llama objeciones, y por ello, para el cumplido éxito de la defensa del demandado, por lo general, basta que los hechos constitutivos de tales excepciones se encuentren demostrados en el juicio, aun cuando estas no hayan sido alegadas e inclusive cuando la prueba respectiva ha sido suministrada por el demandante (cfr. núms. 243-244). Sin embargo, hay juicios, como los de cuentas, divisorios, de venta, de lanzamiento del arrendatario y los posesorios, 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 todos estos casos se dispone que el juicio se abra a prueba solo cuando el demandado se opone a la demanda, dentro del término del traslado, lo cual significa que no hace falta que el demandante presente más pruebas que la que se exigen para la admisión de la demanda, si no surge esa oposición.

Una aconsejable conciliación de estos dos sistemas consistiría en exigir la contestación de la demanda para que el demandado exponga los hechos que, desde su punto de vista, configuran el litigio y de los cuales pretende deducir las razones de su oposición, constituyan o no excepciones en sentido estricto, con la misma limitación procesal que para los hechos de la demanda se establece en relación con la *causa petendi* y la congruencia del fallo, pero conservando la libertad del juez para declarar las excepciones que resulten probadas, siempre que puedan deducirse, expresa o tácitamente, de tales hechos, inclusive con facultad para decretar pruebas de oficio.

Cuando no existe demandado, como sucede en los juicios voluntarios, no opera este acto procesal, como es obvio, y tampoco en algunos juicios 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 de declaración de la quiebra, pero no hay previo traslado 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 dos aspectos: 1) La aceptación o negación de los hechos y de las peticiones de la demanda; 2) La presentación de las excepciones que pueda tener, no obstante la veracidad de aquellos hechos. Pero debe tenerse en cuenta que el silencio, como norma general, no implica en modo alguno adquiescencia o aceptación del demandado, salvo norma legal en contrario. Las diversas actitudes

que puede asumir el demandado se estudiaron al tratar del derecho de contradicción (cfr. núms. 102-104).

Sin embargo, es mejor contestar la demanda en forma clara, refiriéndose por separado a cada hecho, porque con esto se lleva de una vez el litigio a su terreno natural, mediante la rectificación de unos hechos y la afirmación de otros nuevos, y porque los juzgadores siempre le prestan gran atención a este acto. Además, puede ser útil para la defensa la aceptación de algunos hechos afirmados en la demanda, y si se trata de cuestiones que la Ley permite probar por confesión, al hacerlo así se consigue que el hecho se tenga por probado por mutua confesión, es decir, como fuera de toda controversia.

Somos partidarios de que se haga obligatoria la contestación de la demanda y se exija la alegación en ella de los hechos que pueden configurar la oposición del demandado para su apreciación en la sentencia, es decir, de los que configuren sus excepciones de fondo, sin exigir su precisa denominación, ni su alegación expresa; pero conservando la libertad para el juez de declararlas de oficio si se deducen de los hechos de la demanda y su contestación, o de hechos diferentes probados, inclusive con facultad para decretar de oficio pruebas con el fin de establecer la verdad y de resolver con certeza y justicia. Al tratar de la excepción volveremos sobre este tema (cfr. núms. 236-244). En ese lugar expondremos nuestras razones para dar a los hechos de la demanda que configuren su *causa petendi* un valor y un efecto restrictivo distinto del que asignamos a los hechos de la contestación.

232. 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 (cfr. núms. 225-226), de la admisión y rechazo de la demanda (cfr. núms. 228 y 230); 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 efectividad 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.

La demanda no contiene un texto literal rígido e intocable, y el criterio del juez al interpretarla no debe operar mecánicamente. Por el contrario, la demanda es susceptible de interpretación razonada y lógica, para buscar el derecho impetrado en su contenido general, y al interpretarla no es obligatorio aferrarse a la calificación jurídica que a los hechos y a las pretensiones incoadas les dé el demandante. De esta suerte, el juzgador debe perseguir siempre determinar su real naturaleza para decidir de conformidad con ella. La parte petitoria, por ejemplo, debe estudiarse y analizarse 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 en general de los negocios jurídicos unilaterales.

Pero esa facultad de interpretación tiene su límite, que no es otro que los hechos afirmados y las peticiones, que a su vez pueden ser analizados para su

debida comprensión, teniendo en cuenta el conjunto del libelo, pero cuya existencia y ausencia no puede ser desconocida ni suplida por el juez (lo último en cuanto sean fundamentales; cfr. núms. 226 y 253).

Es al tribunal y al juez de las dos instancias a quienes corresponde esa interpretación de la demanda, porque es cuestión de hecho.

233. Demanda de reconvención

En varias ocasiones hemos visto que el demandado puede aprovechar el proceso iniciado por el demandante, para formular a su vez demanda contra este, con el fin de que se tramite simultáneamente con la suya y se decida por la misma sentencia. Sabemos también que la reconvención se distingue esencialmente de la excepción, pues esta se limita a atacar las pretensiones del demandante, sin sacar el litigio del terreno que este le asigna en la demanda; la reconvención, por el contrario, consiste en el planteamiento de un nuevo litigio y de una nueva controversia, y, por tanto, lleva el juicio a un terreno distinto (cfr. núms. 239 y 242).

Pero debe tenerse en cuenta que entre las pretensiones de la reconvención y la demanda debe existir alguna conexión o afinidad, aunque no es necesario que se originen en el mismo título que les sirve de *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.

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 rechazarla en caso contrario.

234. 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 (cfr. núms. 137-142, 228). Para que pueda dictarse sentencia es necesario que no se haya incurrido en causal de nulidad absoluta e insanable, como lo estudiaremos más adelante (cfr. núm. 314), y el juez debe conservar su competencia subjetiva por la ausencia de causales de impedimento o recusación. Puede exigirse también que aparezcan en principio el interés para obrar y la legitimación en la causa, para la admisión de la demanda [cfr. núms. 119, O), y 134, V)].

Si todas estas condiciones se cumplen, el proceso debe terminar con una sentencia, que es el fin de la acción, como lo estudiaremos en el número 246. 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 desfavorable al demandante o peticionario, en los voluntarios (cfr. núms. 144 y 145).

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 CARNELUTTI [20]. Estos medios son las razones y las pruebas, cuando el juicio es de conocimiento y el proveimiento consiste en una *decisión*, y los bienes, cuando se trate de proceso ejecutivo y consista en una *transferencia*.

Las razones se descomponen en la regla de derecho y en la afirmación de 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 (cfr. núm. 227), *la carga de la razón* se limita a la *carga de la afirmación de los hechos*. Pero debe limitarse a los hechos sustanciales, como lo explicamos en el número 226. Véase lo que expresamos sobre la demanda en indebida forma, en los números 228 y 244.

Con la carga de la demanda no termina la actividad. Puesto que no probar un derecho y no tenerlo es lo mismo, a la afirmación que de él se haga en la demanda debe sumarse oportunamente la prueba que lo evidencie en el proceso. Este es un principio de derecho procesal de lógica elemental: el actor debe probar el fundamento de hecho de sus pretensiones. Es lo que se llama la *carga de la prueba*. La demostración es, por tanto, el complemento de la demanda.

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 prueba de los hechos en que funde 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 no probar los hechos en que fundan la pretensión o la excepción.

Surge aquí la diferencia, que luego estudiaremos, entre defensa y excepción (cfr. núms. 237-239). No existe la carga de la prueba de la negación de los hechos y del derecho del demandante (que es lo que constituye la defensa). Además, es al demandante a quien corresponde probar su derecho, y por ello, a falta de esa prueba, deben desestimarse sus pretensiones, a pesar de la ausencia de toda prueba en contrario (cfr. núm. 145).

En ocasiones, la Ley invierte la carga de la prueba, lo que ocurre cuando el hecho está amparado por una *presunción legal*, en favor de la parte que lo alega. Las negaciones indefinidas no se demuestran, y así lo aceptan tanto la jurisprudencia como la doctrina, y es de lógica elemental.

Concluido el debate probatorio, el juez entra a decidir el juicio, con base en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa que estén debidamente probados, y teniendo en cuenta que las excepciones perentorias deben declararse si aparecen demostrados los hechos que las constituyen, aunque falte al respecto toda alegación de parte interesada, menos las de prescripción y compensación, en el sistema colombiano, o si han sido expresamente alegadas en el sistema europeo. Si encuentra que el demandante o el demandado carecen de legitimación en la causa o de interés para obrar, debe abstenerse de fallar en el fondo, manifestándolo así y explicando sus motivos, aunque en principio los haya examinado para la admisión de la demanda. Si encuentra

[20] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 151.

probados estos dos requisitos, debe examinar si el demandante ha probado el nacimiento del derecho pretendido; en caso contrario, debe desestimar la demanda, sin necesidad de estudiar las excepciones del demandado (cfr. números 145 y 236-239). Si encuentra probado el nacimiento del derecho, debe estudiar si existe demostrada una excepción perentoria que lo haga ineficaz para el juicio o lo destruya; en caso afirmativo, debe desestimar la demanda y dictar sentencia absolutoria del demandado, con la correspondiente motivación. Pero si ninguna excepción comprobada existe, debe dictar sentencia favorable al demandante, imponiendo la condena o haciendo las declaraciones solicitadas.

En los juicios especiales en que no haya traslado de la demanda y se decide de plano, como en el ejecutivo, el examen de la existencia del derecho, de la legitimación en la causa y el interés para obrar se verifica inicialmente; pero en la sentencia de excepciones el juez estudia las otras condiciones, en presencia de lo hechos probados por el demandado, y puede revisar aquellos puntos si así se le pide. En los juicios voluntarios debe limitarse a estudiar la legitimación del actor y la prueba de su derecho a la declaración, y en caso de encontrarlos debidamente establecidos, dictará sentencia en que acceda a lo pedido, o desestimará la demanda, en la hipótesis contraria.

Se pueden resumir las condiciones para la eficacia de la demanda, en los juicios contenciosos, así:

1.ª En el libelo deben afirmarse los hechos conducentes que sirvan de *causa petendi* a las pretensiones, directa o indirectamente, es decir, los hechos sustanciales, sin que sea necesario indicar los circunstanciales o accesorios (cfr. núm. 226).

2.ª Las peticiones o los derechos pretendidos deben estar de acuerdo con los hechos de la demanda, o ser consecuencia de los que afirme el demandado y que correspondan a la misma *causa petendi*.

3.ª Deben existir el interés para obrar y la legitimación en la causa, tanto en el demandante para formular las pretensiones, como en el demandado para controvertirlas, lo que debe deducirse de los mismos hechos y de los que afirme el demandado, sin que la calificación inicial obligue al sentenciador.

4.ª Deben probarse los hechos conducentes y, por tanto, el nacimiento del derecho y de la obligación a cargo del demandado.

5.ª No debe aparecer la prueba de ninguna excepción perentoria o dilatoria en el sentido que la doctrina les asigna, que se comprenden en las que los códigos español y colombiano llaman excepciones perentorias, sin que importe quién haya llevado esa prueba. En el sistema europeo se exige que el demandado alegue la excepción, pero no en el colombiano, salvo que se trate de prescripción o compensación, pues entonces deben ser expresamente alegadas por este.

Naturalmente, a estas condiciones deben sumarse las necesarias para la admisión de la demanda y el trámite del juicio, y la ausencia de causales de nulidad (cfr. núms. 137-142, 224-228).

Estas condiciones corresponden a los presupuestos procesales y materiales, que estudiamos en el capítulo XV.

En los juicios en que el juez se pronuncia de plano sin oír antes al demandado, como en los ejecutivos, y cuando no existe término de prueba o puede no existir en el caso de que el demandado no se oponga (como en los posesorios y lanzamientos), las cuatro primeras condiciones y la última deben exa-

minarse inicialmente y, por tanto, se requiere acompañar a la demanda las pruebas respectivas.

En los juicios voluntarios 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 juicio; de esta manera, los dos primeros requisitos tienen una aplicación mucho menos estricta y el quinto no tiene ocurrencia. Pero es necesario que aparezcan el interés para obrar, la legitimación en la causa y la prueba del derecho. En algunos juicios voluntarios, como en los de sucesión por causa de muerte y de licencia para enajenar o gravar bienes de incapaces, la prueba de la legitimación debe acompañarse a la demanda (el interés en la sucesión y el derecho de pedir por el menor en la licencia).

Creemos que 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 juicio 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 tendrán el carácter de accesorios o circunstanciales (cfr. núms. 226 y 253).

Si el hecho constitutivo de la excepción se tiene en cuenta cuando se encuentre demostrado en el juicio, a pesar de que haya sido afirmado y probado por el demandante, es lógico concluir que igualmente deben tenerse en cuenta en favor de este los hechos afirmados y probados por el demandado, desde que no modifiquen la *causa petendi*. 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. Hoy se admite generalmente que en la demanda se aleguen únicamente los hechos fundamentales para la causa de las pretensiones, sin exigir que en ella aparezcan los que sean simplemente circunstanciales o accesorios (cfr. núm. 226).

Naturalmente, esos hechos afirmados por el demandado solo pueden servirle al demandante en apoyo de la *causa petendi* afirmada en la demanda, pero no cuando constituyan otra distinta. 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 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 juicio. Pero, en cambio, si se ha pedido la nulidad de un contrato y en los hechos se afirma que hubo violencia, y el demandado alega hechos distintos de los contenidos en la demanda, pero que concurren a probar su existencia o la de otro vicio del consentimiento, nos parece indudable que el juez debe hacer la declaración pedida en la demanda basándose en tales hechos si su prueba se encuentra en los autos. Al fin y al cabo, la *litis contestatio* surge con la demanda y su contestación.

235. 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 de admisión y para que el juicio transcurra normalmente; pero, en cambio, en

el fondo puede ser infundada, bien sea porque falta la legitimación en la causa o el interés para obrar de alguna de las partes o de ambas, o porque el demandante carece del derecho material que pretende o porque no sea exigible todavía, o se ejercite inadecuadamente, o exista una excepción que la desvirtúe. 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 para obrar, que pueden ser examinados al admitirse la demanda y ser objeto de excepciones previas, como lo hemos sostenido [cfr. núms. 145, 230, 119, O), y 134, V)].

CAPITULO XXII

EXCEPCIONES E IMPEDIMENTOS PROCESALES

236. Necesaria distinción entre excepciones e impedimentos procesales

De lo dicho al tratar de la oposición a la pretensión en el capítulo XII y de las varias maneras de ejercitar el demandado su derecho de contradicción (cfr. núms. 104 y 108), resulta que en doctrina las excepciones se refieren siempre al fondo de la cuestión, bien sea para destruir definitivamente las pretensiones del demandante, haciendo imposible un nuevo juicio al respecto y constituyendo cosa juzgada, o anulando solo los efectos perseguidos por aquel en el proceso en que se formulan, sin hacer imposible otro posterior. Pero en todo caso atacan al fondo del litigio.

Sin embargo, el demandado puede paralizar el procedimiento y hacer imposible el desarrollo del juicio o suspenderlo con el fin de que se llenen ciertos requisitos necesarios, e impedir de esa manera, transitoriamente, que el demandante obtenga los fines que persigue al ejercitar la acción, sin necesidad de atacar el fondo del litigio, o sea la pretensión aducida por este. Es un ataque dirigido a la forma del proceso y que contempla lo que conocemos con el nombre de presupuestos procesales (cfr. núms. 137 y ss.).

Es decir, para que exista un proceso se deben reunir determinados presupuestos procesales, como lo estudiamos en el capítulo XV; sin esos presupuestos no surge la relación procesal o no puede desenvolverse, lo que equivale a decir que no actúa la jurisdicción para aplicar al caso concreto la voluntad de la Ley mediante el mandato del juez en la sentencia. No se trata entonces de que la sentencia desestime las pretensiones del actor, sino de que no puede pronunciarse sentencia, porque el proceso no puede adelantarse. De ahí que se hable de impedimentos procesales.

En estos casos, como no se trata de un ataque al fondo del litigio, ni a los fundamentos de la demanda o a la pretensión del actor, sino al rito o trámite, no estamos en presencia de excepciones de ninguna clase, desde un punto de vista doctrinario. La denominación adecuada es la de *impedimentos procesales*, es decir, obstáculos a que el proceso se realice. La doctrina acepta que estos defectos de rito sean observados de oficio por el juez, mientras que le niega la facultad de declarar de oficio las excepciones (nuestro Código Judicial otorga esta facultad en el artículo 343).

Si se entiende la acción en su sentido técnico, de acuerdo con los más notables procesalistas (cfr. cap. IX), es decir, como el derecho a que se realice el proceso y a que se dicte una sentencia, estos impedimentos procesales atacan en realidad la acción para impedir el cumplimiento de su objeto, que es la sentencia mediante el proceso; en cambio, las excepciones se dirigen contra los fundamentos (de hecho y de derecho) de la demanda y, por tanto, atacan

la pretensión, razón por la cual no impiden que el proceso se realice, sino que la sentencia sea favorable al demandante.

Los expositores olvidan con frecuencia esta verdad elemental, y así veremos que el mismo CHIOVENDA habla de la excepción como de un contraderecho opuesto al derecho de acción, no obstante que esta es el poder jurídico de pedir la aplicación de la Ley a un caso concreto, o sea el derecho a que el proceso se surta. CARNELUTTI es más lógico y considera la excepción como la razón de la discusión del demandado que se opone a la razón alegada por el demandante como fundamento de su pretensión.

La incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad adjetiva de personería (defectos en la capacidad o representación), la ineptitud formal de la demanda, el pleito pendiente, no son, técnicamente, excepciones, sino impedimentos procesales. Esta doctrina tampoco tiene aplicación en los códigos colombiano y español, como veremos en el número 243, porque expresamente las denominan excepciones dilatorias.

Como observa COUTURE [1], fue el procesalista alemán OSKAR VON BÜLOW quien por primera vez precisó el diferente contenido de estas dos nociones, en su célebre monografía sobre excepciones y presupuestos procesales, publicada en 1868 en Giessen.

237. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXCEPCIÓN EN LA DOCTRINA MODERNA Y SU DEFINICIÓN

En los números 108 y 109 estudiamos ampliamente lo que se entiende por excepción en el derecho procesal y su diferencia con la defensa en general y con los impedimentos procesales.

Intentaremos ahora precisar su verdadera naturaleza jurídica. La excepción es la principal arma de defensa que tiene el demandado frente a la demanda. De ahí que los autores se pregunten si se trata de una contraacción o de un contraderecho opuesto al de acción, o de una contrapretensión, o simplemente de una contrarrazón.

Algunos autores, como SAVIGNY, entienden que en el derecho romano la *exceptio* constituía un verdadero contraderecho del demandado, autónomo y propio.

Ya en el presente siglo, CHIOVENDA la considera «como un contraderecho frente a la acción y, por tanto, como un derecho potestativo dirigido a anular la acción» [2]. El maestro italiano usa el término acción cuando debía hablar de pretensión, ya que no se trata de anular aquella para que el proceso no se surta y no se dicte sentencia, sino de impedir que esa sentencia sea favorable al demandante, es decir, de evitar que el ejercicio de la acción por el demandante lo conduzca a obtener su pretensión. Por eso dice más adelante: «así como cuando no existe un hecho constitutivo y normalmente cuando existe un hecho impeditivo o extintivo *no existe la acción*, y por lo mismo la demanda es infundada, en este caso la acción puede existir o no existir, según que el demandado haga o no uso de su contraderecho» [3]. Recientemente, DE LA

[1] COUTURE: *Fundamentos*, 3.ª ed., Buenos Aires, p. 93.
[2] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 334, núm. 11.
[3] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 335, núm. 11.

PLAZA acogió el concepto de CHIOVENDA de contraderecho opuesto a la acción [4], y en esto los sigue ARAGONESES [5]; pero el primero suprime la denominación de derecho potestativo, al paso que el segundo la acepta. Sin embargo, es evidente que en todos los casos en que prospera la excepción basada en hechos impeditivos o extintivos del derecho material pretendido por el demandante, la acción existe, se ejercita válidamente y con éxito, puesto que al ejercitarla el demandante se surte el proceso, se desenvuelve normalmente y culmina en la sentencia. Esa sentencia puede ser inhibitoria o de fondo, favorable o desfavorable al actor, pero la acción no se altera por ello. Será de fondo si el demandante y el demandado tienen legitimación en la causa e interés para obrar, y favorable al uno o al otro según surja o no de las pruebas el derecho invocado en la demanda (cfr. núms. 144-145, 234).

Del equívoco en que incurre CHIOVENDA se deduce el argumento en contra de su concepción. En efecto, si la excepción no ataca la acción y no tiende a anular la acción, sino la razón del demandante y su pretensión, no puede ser un contraderecho opuesto al derecho de acción, sino a la pretensión. Además, la noción del derecho potestativo ha sido rechazada por sutil e inútil (cfr. número 80).

De ahí que CARNELUTTI diga en forma más técnica que «no se puede considerar ni como un contraderecho ni como contrapretensión: tiene tan poco de derecho material o procesal como de pretensión la discusión de la pretensión. La excepción no es más que una *razón*. Pero es una razón de la discusión distinta de la defensa. La diversidad consiste en que la excepción desplaza, y la defensa no, la contienda del campo en que se contiene la razón de la pretensión, o sea de las normas y de los hechos en que se funda la pretensión» [6].

Es decir, el demandante presenta sus pretensiones en la demanda, fundadas en una razón, que se desdobla en elemento de hecho y en elemento de derecho, como sabemos (cfr. núm. 105). El demandado puede limitarse a negar el fundamento de la demanda, y entonces se tiene la simple defensa. Pero puede llevar la contienda a un campo distinto, con base en afirmaciones de hechos diferentes a los presentados por el actor, que tienden a desvirtuar la pretensión y entonces ejercita excepciones. Estas excepciones no atacan la acción (como derecho subjetivo procesal a que se surta el proceso), ni constituyen una pretensión propia del demandado (lo que sí sucede cuando formula demanda de reconvención), sino que se dirigen contra la *razón* de la pretensión (elementos de hecho y de derecho que fundamentan la demanda). Y como a su vez sirven de fundamento a la discusión de la pretensión del demandante, constituyen, por su parte, la razón de esa discusión, es decir, el fundamento de la discusión del demandado. Pero observamos que esta discusión puede basarse en la simple negación de los hechos o del derecho del demandante, y por ello la excepción es *una especie de discusión* de las razones del demandante y no existe siempre que se presente tal discusión.

En resumen, la excepción es, para CARNELUTTI, *una contrarrazón formulada por el demandado para destruir la razón del demandante y desvirtuar sus pretensiones.*

---

[4] DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 377, núm. 11.
[5] ARAGONESES: *Sentencias congruentes*, Madrid, 1957, p. 193.
[6] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 126.

Rocco considera que el concepto de excepción es esencialmente procesal, «ya que está implícito en la idea misma de excepción, como facultad de contraponer en el proceso una defensa contra la acción del adversario, un concepto y una función puramente procesal»[7], y nos ofrece esta definición: «es la facultad procesal, comprendida en el derecho de contradicción en juicio, que incumbe al demandado, de pedir que los órganos jurisdiccionales declaren la existencia de un hecho jurídico que produzca efectos jurídicos relevantes, frente a la acción ejercitada por el actor».

Razón tiene Rocco cuando dice que es necesario darle a la excepción un sentido puramente procesal, ya que se regula por las normas procesales y solo tiene existencia en el proceso. Pero al hablar de defensa contra la *acción* y de que sus efectos se surten frente a la *acción*, en vez de referirse a la pretensión, da la impresión de incurrir, en el fondo, en el defecto de contraponer las nociones de acción y excepción, cuando él mismo, una página antes, refuta acertadamente la tesis de Chiovenda sobre la excepción como un contraderecho opuesto al derecho de acción; por esto no pudo tener la intención de darle ese alcance a su definición. Más adelante explica Rocco que pueden distinguirse las excepciones sustanciales y las procesales, según que sus efectos recaigan sobre las relaciones jurídico-sustanciales o procesales; en el último caso, cuando se refieren, por ejemplo, a la incapacidad de las partes, a la incompetencia del juez, a la *litis pendencia*, a la caducidad de la acción (es decir, las excepciones procesales de que habla Rocco son los impedimentos procesales o las excepciones dilatorias de nuestro Código y el español). Luego las excepciones sustanciales no se oponen a la acción ni producen efectos sobre ella, sino que atacan la pretensión.

Redenti sostiene un punto de vista similar al de Carnelutti. Para él, la excepción en sentido procesal «es el contraderecho convertido en pretensión»[8]; es decir, un contraderecho opuesto a la pretensión del demandante y no a la acción, con lo que sin duda piensa con mayor exactitud que Chiovenda. En otro lugar dice que las excepciones sustanciales o de mérito (en oposición a las procesales o de rito) son «todos los motivos que puedan llevar a declarar la pretensión infundada en su contenido intrínseco», y la califica de *contrapretensión* o *antipretensión*, por cuanto nace cuando el derecho del demandado «es atacado o puesto en peligro por la pretensión ajena»[9], con lo cual precisa mejor su concepto de que no se opone a la acción, sino a la pretensión del demandante. Pero el uso inadecuado del término acción en vez de pretensión, que le criticamos al estudiar su concepto sobre ella (cfr. núm. 83), lo hace incurrir en aparentes contradicciones.

Couture concibe la excepción en un sentido amplio, como «el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él»[10]; de ahí que considere el tema de la excepción «virtualmente paralelo al de la acción», como el derecho de defensa en juicio. Examina y refuta, desde este punto de vista, la doctrina que considera la excepción como un atributo propio del derecho material del demandado, paralela a la que considera la acción como un atributo del derecho material del demandante; y lo mismo hace con la doctrina que considera no solo la ex-

---

[7] Rocco: *Trattato*, t. I, p. 306 y 307.
[8] Redenti: *Profili*, núm. 154, citado por Alsina, ob. cit., p. 91.
[9] Redenti: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1957, t. I, núm. 12, p. 53.

cepción, sino la acción, como un derecho a la tutela concreta por una sentencia favorable; y concluye diciendo que así como la acción es un derecho a la jurisdicción que compete aun a aquellos que carecen de un derecho material efectivo, así también debe admitirse «que disponen de la excepción todos aquellos que han sido demandados en el juicio y que a él son llamados para defenderse», porque «el demandado también puede actuar con conciencia de su sinrazón y oponerse a una demanda fundada», y en todo caso reclama del juez que lo absuelva de la demanda. De esta suerte, para COUTURE la excepción, en sentido amplio, es «el derecho procesal de defenderse», razón por la cual ve contenido en ella el principio de que «nadie puede ser condenado sin ser oído», y le asigna un carácter cívico similar al de la acción.

De lo anterior se deduce que COUTURE entiende por excepción, en sentido amplio o lato, lo que propiamente se conoce como derecho de contradicción o de defensa o de oposición a la demanda, cuyo ejercicio puede ser de diversas maneras, una de ellas la formulación de excepciones propiamente dichas (cfr. núms. 102-104). Sobre la naturaleza de la excepción en un sentido estricto, nada nos dice el eminente profesor uruguayo, pero en otro lugar advierte que se trata de un «puro derecho *procesal de defenderse*» y que «no es un contraderecho. El excepcionante no aduce ningún derecho subjetivo contrario al del actor. Alega apenas que el derecho aducido por el actor no le crea ningún ligamen jurídico. El no pide nada contra el actor; pide solamente su libertad» [11]. En estos dos puntos, el concepto de COUTURE coincide con el de CARNELUTTI, ROCCO y REDENTI, en oposición al de CHIOVENDA, DE LA PLAZA y ARAGONESES, quienes consideran la excepción como un contra-derecho de acción.

Por su parte, HUGO ALSINA dice que «la excepción puede ser considerada como un derecho abstracto en cuanto no exige por base un derecho concreto para requerir un pronunciamiento por parte del juez, *pero a esa pretensión va unida otra de carácter material, que será o no fundada, pero que es justamente lo que da nacimiento a aquella*» [12]. La parte final del párrafo transcrito, que hemos subrayado, se refiere a la excepción en sentido estricto, al paso que la primera se refiere a la excepción en sentido lato o como derecho general de defensa, y de ahí por qué ALSINA consagra las páginas anteriores a estudiar la teoría de la excepción como derecho concreto o abstracto, paralelas a las de la acción, para concluir decidiéndose por las últimas, con alguna salvedad. Sin embargo, ese paralelo existe entre acción y derecho de contradicción o de defensa general, pero no entre aquella excepción. Sacamos en claro del estudio global de su concepto, que para ALSINA la excepción es una pretensión del demandado de carácter material y que, por tanto, se opone al derecho material pretendido por el demandante, con lo que está de acuerdo con REDENTI, ROCCO, CARNELUTTI y COUTURE, pese a las modalidades que cada uno le da a su concepto. De manera expresa refuta la teoría de CHIOVENDA de la excepción como contraderecho opuesto a la acción [13].

En España, GUASP [14] considera la excepción como uno de los tipos de opo-

---

[10] COUTURE: *Fundamentos*, p. 89 y ss., y *Estudios*, t. II, núms. 2, 9 y 10, p. 22, 45-47.

[11] COUTURE: *Estudios*, t. I, núms. 9 y 13, p. 46 y 55.

[12] ALSINA: *Defensas y excepciones*, p. 91.

[13] ALSINA, ob. cit., p. 86-88.

[14] GUASP, ob. cit., ed. 1956, p. 254, y ed. 1962, p. 245.

sición a la demanda y una especie del género más amplio de la defensa procesal, que consiste en la afirmación de circunstancias que contradicen u objetan un elemento de la pretensión, sea para desvirtuar definitivamente (oposición perentoria) o provisionalmente (oposición dilatoria); es decir, que para el ilustre profesor madrileño la excepción ataca la pretensión del demandante y no la acción, y constituye una de las varias especies de defensa que puede utilizar el demandado, en lo cual está de acuerdo con los tres grandes procesalistas italianos acabados de mencionar y con ALSINA y COUTURE. Vimos que DE LA PLAZA y ARAGONESES siguen a CHIOVENDA, en su concepto de contraderecho de acción, aun cuando el primero se abstiene de calificar la excepción como un derecho potestativo.

238. LA NOCIÓN PROCESAL DE OBJECIÓN EN LA DOCTRINA

Algunos autores distinguen la objeción de la excepción.

El demandado puede alegar hechos distintos de los afirmados por el demandante, que ataquen directamente al nacimiento del derecho material, y entonces nos hallamos en presencia de objeciones, según el concepto de ENNECCERUS, que cita DE LA PLAZA [15]. Esos hechos tratan de desvirtuar el válido nacimiento del derecho. Es decir, la objeción es la *contradicción, mediante hechos distintos, del nacimiento del derecho material pretendido por el actor, con el fin de obtener su negación en el proceso mediante la sentencia.*

En cambio, las excepciones consisten en la alegación de hechos distintos de los de la demanda, para destruir la razón del demandante y anular su pretensión, *sin atacar el nacimiento del derecho, sino su existencia actual o sus efectos para el proceso.*

De la distinción entre objeción y excepción deduce la doctrina estas importantes conclusiones:

1.ª Cuando prospera una objeción, el punto constituye siempre cosa juzgada, y por ello no es posible un nuevo proceso sobre el litigio, ya que al declararla en la sentencia el juez, niega que existe el derecho material pretendido por el demandante. En cambio, la excepción ataca a veces solo la efectividad del derecho en el proceso donde se formula, pero sin negar su existencia, e implica entonces la negación por la sentencia de los efectos perseguidos [16] en ese proceso y no constituye cosa juzgada ni impide la iniciación de otro juicio posterior; en otros casos destruye definitivamente la pretensión y configura la cosa juzgada.

2.ª Si en el material probatorio reunido en el proceso aparece una objeción, debe ser tomado en cuenta por el juez sin necesidad de petición expresa del demandado, ya que es su deber negar el derecho cuando consta que no ha podido existir; en cambio, la excepción debe ser formulada siempre por el demandado y el juez no puede apreciarla oficiosamente. La primera puede aparecer de las pruebas presentadas por el actor; la segunda no se considera de oficio ni siquiera cuando los hechos que la fundan han sido afirmados por el demandante, como observa CHIOVENDA [17]; PIERO CALAMANDREI dice en el mis-

[15] Ob. cit., t. I, p. 363.
[16] DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 371.
[17] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, núm. 11, p. 332.

mo sentido: «pero a la palabra excepción se da también un significado técnicamente más restringido, reservado a aquellos únicos casos en los que la petición de rechazo está basada sobre razones que el juez no podría tener en cuenta si el demandado no las hubiese hecho valer» [18].

Así, pues, podemos decir que si falta una circunstancia *necesaria para la existencia* de la relación jurídica o derecho material, se tendrá una objeción; pero cuando su falta o su presencia no impide que el derecho nazca, sino permite al demandado *hacerla valer para anular sus efectos*, se tratará de una excepción.

Por ejemplo: la afirmación de un hecho impeditivo del nacimiento de un contrato, como la falta de escritura pública en una venta de inmuebles, es una objeción; la afirmación del incumplimiento del contrato por el demandante, del término no vencido, del derecho de retención, del pago, de la remisión o compensación, son excepciones.

En la doctrina italiana se refunden las dos nociones en la de excepción, y por tal razón esta puede conducir a descartar el nacimiento del derecho pretendido por el demandante, a su extinción, a pesar de haber nacido válido, o a paralizar sus efectos temporalmente en ese proceso. Lo mismo sucede en nuestro derecho, en el español y, en general, en el hispanoamericano.

239. Sistematización de nuestro concepto sobre la excepción

El demandado puede fundar su oposición a la demanda en dos clases de razones (cfr. núm. 108): 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 contra-derecho material, ni un contra-derecho de acción; ella ataca la pretensión incoada en la demanda, pero es una *razón de la oposición* que a esta formula el demandado. La oposición es una antipretensión, como ya lo expusimos anteriormente (cfr. núm. 107).

No creemos conveniente calificarla de 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 específica; solo cuando el demandado toma la iniciativa a su vez, mediante demanda de reconvención, es apropiado decir que formula pretensiones propias e independientes frente a su demandante-demandado. Pero en relación con la pretensión del demandante, puede decirse, en un sentido lato, que en la excepción existe una antipretensión del demandado para la desestimación de la demanda, es decir, una petición para el rechazo de la pretensión del demandante (cfr. núm. 411). 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. Es una de las maneras

[18] Carnelutti: *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1943, p. 162.

de ejercitar el derecho subjetivo de contradicción o de una defensa en general (cfr. núm. 104); aquella es la especie y este es el género. Pero tampoco se las debe confundir, y por eso no nos parece técnico utilizar el término excepción para indicar toda clase de defensas u oposiciones del demandado.

La naturaleza de la excepción es análoga a la de la pretensión, porque ambas persiguen una sentencia favorable, y diferente de la 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 ampliamente (cfr. núms. 102-103).

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 y alemana 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 hacen nuestros Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y Contencioso-Administrativo, 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 este o de modalidades de los mismos hechos, sin que el demandado se limite a negarlos.

La prohibición para que el juez declare de oficio las excepciones perentorias que aparezcan probadas en el juicio es un rezago del concepto privatista del proceso, que veía en este 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 (cfr. caps. VI, VIII y IX), y del fin de interés público que se les asigna, la suerte del litigio 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 juicio, sin que importe el silencio del demandado, e inclusive se le debieran otorgar amplias facultades para reclamar 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 siempre de resolver sobre las pretensiones del demandante.

Aceptamos que se exija al demandado la contestación de la demanda y la exposición de los hechos en que fundamenta su oposición, para que el debate resulte en un plano de igualdad, ya que el demandante debe exponer en su libelo los hechos que forman la *causa petendi* de sus pretensiones; pero sin limitar la actividad del juez en el examen de las excepciones, como lo expusimos en el número 110.

El caso de la prescripción es especial, y de ahí que nuestro Código exija

que se alegue por el demandado, debido a que si bien extingue la obligación civil, deja vigente la obligación natural, y esta da derecho al acreedor para recibir el pago; por tanto, si el demandado no propone la prescripción, debe entenderse que está dispuesto a cumplir su obligación natural. Lo mismo sucede con la compensación, porque tiene cierto sentido reconvencional y debe ser reclamada.

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 de 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*; 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 vicios del consentimiento, de compensación o novación, y demás modos de extinción de las obligaciones y causas de nulidad, *porque no surgen de la demanda.*

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 aquellos 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 o la extinción de la obligación por otro motivo, y por esto se trata de proponer una verdadera excepción.

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 este no prueba su derecho, y entonces no se trata de una verdadera excepción; esto 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 afirmación de esas circunstancias, y no de asumir una actitud de simple negación del derecho o de los hechos alegados por el demandante.

240. La excepción en el derecho procesal penal

La excepción, como uno de los medios de defensa de que dispone el acusado, entendida en un sentido general, tiene aplicación en el derecho procesal penal, pero no en un sentido estricto. Naturalmente, la característica inquisi-

tiva del procedimiento penal y la necesidad de absolver al sindicado cuando no se le demuestre su culpa, hacen que la excepción en este ramo del derecho procesal tenga algunas características propias, que la doctrina y las legislaciones le reconocen, especialmente tres: su irrenunciabilidad, su indisponibilidad y su imperativa declaración de oficio.

En el derecho procesal penal no puede concebirse una excepción que sea apenas un poder de la parte para obligar al juez a que la considere y sin cuya iniciativa no podría este declararla, tal como la doctrina europea la entiende (cfr. núm. 237), porque, como dice ENRIQUE FORNATTI, «son relevadas por el juez aun aquellas circunstancias favorables al procesado que este no haya deducido. Por tanto, falla por su base misma la distinción entre la excepción en sentido propio y la excepción en sentido impropio, y se llega así a la identificación de los conceptos de defensa y excepción» [19]. Tampoco son aplicables a la excepción penal los conceptos que la consideran contra-derecho o contra-pretensión, por razones obvias, ni la noción de razón de la oposición a la pretensión del demandante, que CARNELUTTI defiende y que nosotros aceptamos con algunas modalidades, porque ni siquiera cuando existe denuncio de parte y este es indispensable para que se inicie la investigación penal, puede hablarse de pretensión y de oposición a ella. Resulta así muy cierta la opinión de FORNATTI cuando identifica los conceptos de defensa y de excepción en el derecho procesal penal y cuando dice que «la excepción, en sentido propio y estricto, no existe en el proceso penal» [20].

Para aceptar esta conclusión no le damos relevancia alguna a la circunstancia de que en derecho procesal penal la excepción siempre debe ser 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 reglamenta (cfr. núm. 243). Sencillamente, la naturaleza, la finalidad y el contenido de la excepción civil son incompatibles con el procedimiento penal, como lo acabamos de exponer. Solo en el fondo existe alguna analogía, en cuanto la excepción penal es sustancialmente una afirmación de libertad frente a las imputaciones que al sindicado se le hacen, y la excepción civil conlleva también una defensa de la libertad jurídica del demandado, afectada por las consecuencias que el proceso puede acarrearle, como anotan CARNELUTTI, COUTURE y FORNATTI [21].

241. CLASIFICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES EN LA DOCTRINA

Varias son las clasificaciones que la doctrina presenta en esta materia:

1.ª Hemos dicho que los hechos constitutivos de excepciones pueden perseguir la destrucción definitiva de la pretensión del demandante o solo su rechazo temporal, para el proceso en que se alegan. De ahí que la doctrina distinga dos clases de excepciones: *perentorias* y *dilatorias*.

Las *excepciones perentorias* las define CHIOVENDA como «las que anulan definitivamente la acción»; las *excepciones dilatorias*, como «las que excluyen la acción como actualmente existente». Ejemplo de la primera es la prescrip-

[19] FORNATTI: *Excepciones previas en el proceso penal*, Buenos Aires, 1952, p. 77 y 78.
[20] FORNATTI, ob. cit., p. 79.
[21] Citas anteriores.

ción; de las segundas, el término convencional no vencido [22]. La idea es exacta, pero debe hablarse de *pretensión* y no de acción.

ENNECERUS equipara el término excepción al de *definitiva,* en consideración a que su efecto consiste en excluir *para siempre* el ejercicio de la pretensión, como la prescripción. Y añade que la excepción dilatoria se asimila a las *suspensivas* o *retardantes,* porque solo temporalmente se opone a la pretensión [23].

Las dos definiciones son similares; es decir, las *perentorias* persiguen que se declare la extinción de la obligación cuyo nacimiento no se discute o la inexistencia 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; y las *dilatorias* excluyen la pretensión como actualmente exigible, en ese proceso. Las perentorias se subdividen en extintivas e impeditivas, según extingan el derecho o impidan su nacimiento, y *modificativas,* cuando únicamente hacen variar sus efectos.

Ambos autores están de acuerdo en que tanto las dilatorias como las perentorias se dirigen contra el fondo de la cuestión debatida.

La distinción entre excepciones perentorias y dilatorias con este preciso significado tuvo su origen en el derecho romano justinianeo; antes se utilizó, pero en sentido diferente, según la oportunidad de que se disponía para proponerlas, a saber: las perentorias en cualquier momento y las dilatorias solo durante un término especial [24].

Sin embargo, la distinción de las excepciones perentorias y 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 perentorias 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, sin negar directamente el derecho del actor, tendían a que no fuera atendido 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 y la de perentorias para todas las defensas de fondo, desde la época de los prácticos, lo mismo que los Códigos de 1855 y 1881. Del último pasaron con igual contenido a nuestro actual Código Judicial (cfr. núm. 243).

2.ª También se distinguen las excepciones en *absolutas* o *relativas,* según que puedan hacerse valer por todos los partícipes de una relación o solo por algunos [25]. Ejemplo de las primeras es la nulidad absoluta de un contrato; de las segundas, la violencia o el error.

3.ª Algunos autores distinguen las excepciones en *sustanciales* y *procesales:* las primeras, cuando sus efectos recaen sobre el derecho material 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

---

[22] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 339.

[23] ENNECERUS, citado por DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 365.

[24] ALSINA: *Defensas y excepciones,* Buenos Aires, 1958, p. 26-28; VITORIO SCIALOJA: *Procedimiento civil romano,* p. 382-89.

[25] CHIOVENDA, cita *supra.*

técnicamente impedimentos procesales y no son verdaderas excepciones (las dilatorias de nuestro Código y el español).

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 [26].

Las excepciones procesales pueden distinguirse en *definitivas* y *temporales*, según que ataquen el procedimiento para impedir el proceso definitivamente o para suspenderlo temporalmente, como lo propusimos en nuestro *Derecho procesal civil* [27] en 1947: en el primer caso el proceso termina, y en el segundo puede continuar una vez subsanado el defecto.

ROCCO [28] divide, tanto las excepciones de derecho sustancial como las de derecho procesal, en perentorias y dilatorias, según que sus efectos sean permanentes o temporales. Las perentorias sustanciales son las que atacan el derecho sustancial para excluirlo definitivamente, y las dilatorias sustanciales las que atacan *pro nunc* el derecho material, es decir, su ejercicio en ese proceso, como el plazo pendiente; las procesales perentorias son las que se refieren a defectos de procedimiento e impiden que haya proceso y, por tanto, anulan el ejercicio de la acción, y las procesales dilatorias las que por defectos de igual índole suspenden temporalmente el ejercicio de la acción, es decir, el proceso.

Pero para evitar confusiones es mejor conservar la clasificación de perentorias y dilatorias en el sentido que CHIOVENDA y ENNECERUS les asignan, es decir, solo para las excepciones sustanciales, y dividir las procesales en definitivas y temporales, como hemos explicado.

4.ª Se habla también de excepciones *personales* e *impersonales*, entendiéndose por las primeras o relativas las que miran a las personas que las ejercitan o contra quienes se oponen, y por esto solo pueden formularse por determinadas o contra determinadas personas; y se agrupan en las segundas, que *también se llaman absolutas*, las que miran al hecho que las constituyen en sí mismo, razón por la cual pueden alegarse por quién tenga interés legítimo, sin que importe la identidad del demandante o del demandado.

Entre nosotros y en España son aplicables las últimas clasificaciones, pero no la primera, porque los Códigos confunden las nociones de excepción perentoria y dilatoria e impedimentos procesales, y en la tercera hay que hacer la aclaración de que denominan dilatorias a las excepciones previas o impedimentos procesales, y refunden las verdaderas dilatorias que atacan al fondo, con las perentorias, como lo vemos en el número 243.

242. EXCEPCIÓN Y RECONVENCIÓN

Algunos autores, como MORTARA, proponen la división de las excepciones en simples y reconvencionales, según que se limiten a atacar las pretensiones del demandante o que, por el contrario, contengan por su parte la formulación de pretensiones propias del demandado.

La doctrina moderna rechaza esta clasificación, porque, como observa CHIO-

[26] ROCCO: *Trattato*, t. I, p. 307.
[27] DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., p. 199 y ss.
[28] ROCCO: *Trattato*, p. 308 y 309.

VENDA, «conforme a los que hemos dicho, la *excepción* no puede ampliar los límites de la contienda jurídica; por tanto, la frase excepciones reconvencionales puede parecer una contradicción, puesto que excepción y reconvención son términos antitéticos»[29]. Del mismo parecer es CARNELUTTI, quien dice: «La diferencia entre estas dos formas de acción del demandado está en el fin que este se propone; mientras el demandado tiende solamente al desconocimiento de la pretensión, la reconvención no existe». Y luego agrega: «Si este no tiende a otra cosa que a hacer rechazar la pretensión, no puede darse otra figura que la de excepción[30].

Es decir, la excepción es simplemente la contradicción de la pretensión del demandante y persigue su desestimación por el juez; la reconvención, en cambio, consiste en la petición para que se reconozca una pretensión propia autónoma del demandado, lo que plantea una nueva cuestión por resolver. 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, está formulando excepciones; pero si por su parte pide al juez que se declare que su demandante le debe una suma de dinero, está reconviniendo. De ahí que en este caso se hable de *demanda* de reconvención.

Esta distinción es aplicable en nuestro derecho y en el español. La reconvención es una demanda del demandado y se rige por las mismas normas y principios que hemos estudiado. Es el único caso de verdadera acumulación subjetiva de acciones en un proceso, ya que el demandado ejercita su acción al reconvenir (cfr. núm. 99).

243. LAS EXCEPCIONES EN NUESTRO CÓDIGO PROCESAL Y EN EL ESPAÑOL

En los números anteriores hemos visto lo que en pura doctrina debe entenderse por excepciones y la clasificación que puede hacerse de ellas. Desgraciadamente estas conclusiones, muy claras y lógicas, no tienen cabida en nuestro sistema legal. Así, pues, debemos construir nuestra propia doctrina sobre la materia.

Nuestro Código judicial y el español confunden las nociones de objeción, por una parte, y de excepción e impedimentos procesales, por la otra; y al clasificar las excepciones confunden también las nociones de perentorias y dilatorias.

Ya sabemos que nuestro Código de Procedimiento Civil tiene sus orígenes en el Código español de 1855, y en este encontramos precisamente las fuentes de nuestra reglamentación legal sobre excepciones.

El Código español trae una serie de disposiciones que en lo sustancial son idénticas a las nuestras, con la diferencia de que no contiene el texto de los artículos 329 y 343 del Código Judicial colombiano.

La ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 limitó el número de las excepciones dilatorias, reduciéndolas a las de incompetencia de jurisdicción, falta de personería en el demandado o en su procurador, *litis pendencia*, inepta demanda y el arraigo en juicio; y estimó como perentorias todas las que, «por refe-

[29] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, p. 339.
[30] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 375, p. 688.

rirse al fondo de la cuestión que se debate, deben ser tratadas simultáneamente con ella y decididas en la misma sentencia». La ley de Enjuiciamiento de 1881 mantuvo el mismo criterio, y así enumera las dilatorias en el artículo 533, consagrando, además, la de falta de personalidad en el demandado y la falta de reclamación previa por la vía gubernativa, cuando la demanda se dirija contra la Hacienda pública [31].

Esta confusión de las excepciones perentorias y las dilatorias propiamente dichas, dentro de la definición de las primeras, confusión en que también incurre nuestro Código, la explica DE LA PLAZA diciendo que es una herencia de los clásicos españoles como HEVIA BOLAÑOS, GREGORIO LÓPEZ, GUTIÉRREZ y ACEVEDO, para los cuales «las dilatorias *se podían poner* como perentorias, no para impedir el ingreso, sino para tratarse de ellas en el pleito principal y terminarse con él en definitiva» [32].

Lo anterior demuestra nuestra afirmación de que en ambos códigos se comprenden dentro de las excepciones perentorias, también, las propiamente dilatorias, porque se refieren, en general, a todas las que, por dirigirse al fondo de la cuestión, se deben resolver en la sentencia, ya que su origen remoto está en el concepto de los clásicos españoles.

La ley de Enjuiciamiento española de 1881 no trae ningún texto que diga cuáles o cuántas son las excepciones perentorias, y los tratadistas estimaron que estaban formadas por todas las causas de extinción de las obligaciones [33]; nuestro artículo 329 incluyó los hechos impeditivos del nacimiento del derecho, es decir, las objeciones propiamente dichas.

FÁBREGA Y CORTÉS, muy citado antes por la Corte y por los tribunales de Colombia, define las excepciones perentorias así: «*de perimere*, matar, las que matan el derecho o el juicio en el cual el derecho se ejercita»; en cuanto a dilatorias, dice: «De *differre*, diferir, alargar, prolongar, aquellas que no matan el derecho ni el juicio, sino que solo difieren el ejercicio del derecho en el curso del juicio o a la contestación de la demanda.»

Pero la cita no es aplicable a nuestro Código. En la ley española, la ausencia del texto de nuestro artículo 329 permite distinguir, como reconoce DE LA PLAZA, entre objeciones y excepciones, y en todo caso, estas son solo las que tratan de «matar el derecho», por lo cual no se oponen a que haya nacido, sino que suponen su nacimiento; en cambio, nuestro Código les da también esa denominación a los hechos impeditivos del nacimiento del derecho, según las claras palabras del artículo 329, diferencia fundamental que no ha sido tenida en cuenta por la Corte en muchas ocasiones y que nuestros comentaristas olvidan siempre. Además, cabe observar que las definiciones de FÁBREGA Y CORTÉS son poco adecuadas, aun dentro del derecho español, porque las perentorias nunca «matan el juicio», ya que precisamente se resuelven en la sentencia y cuando aquel se ha cumplido a cabalidad; al paso que las dilatorias sí pueden matar el juicio, hacerlo imposible, como la declinatoria de incompetencia de jurisdicción, tanto en el Código español como en el nuestro.

Este mismo autor distingue, tanto las excepciones perentorias como las dilatorias, en de *fondo* y de *forma* [34], en lo cual lo siguieron durante muchos años nuestra Corte y nuestros comentaristas. Es éste otro grave error, porque,

[31] DE LA PLAZA, ob. cit., p. 367, y DE PINA, ob. cit., p. 146.
[32] DE LA PLAZA, ob. cit., p. 368.
[33] DE PINA, ob. cit., p. 147.
[34] *Procedimientos judiciales*, p. 377.

según el claro tenor de los textos legales, *las excepciones dilatorias son siempre de forma, y las perentorias, siempre de fondo,* aun cuando las últimas dejen subsistir el derecho para promover un nuevo juicio, tanto en España como en Colombia.

En acuerdo con las nociones que hemos expuesto, dice DE LA PLAZA que en España las perentorias se dirigen siempre al fondo de la cuestión debatida, y DE PINA las asimila a «las causas en virtud de las cuales se extinguen las obligaciones». Ambos conceptos se oponen a la distinción que hace FÁBREGA Y CORTÉS. Con mayor razón, no se debe aplicar esa clasificación en Colombia, la que, además, solo sirve para confundir más las nociones, de por sí confusas en nuestro Código.

Como enseña DE LA PLAZA [35], lo que la ley española y nuestro Código llaman excepciones dilatorias, «más que ese nombre merecen el de impedimentos, por señalar defectuosa constitución de los presupuestos».

De manera que en España y en Colombia no existe la distinción que la doctrina hace entre excepciones y objeciones (cfr. núm. 238), ni entre perentorias y dilatorias (cfr. núm. 241), porque se refunden las nociones, se califican de excepciones dilatorias precisamente los impedimentos procesales, y en la definición general que de perentorias da la Ley caben tanto las que sí lo son, como las que se oponen a lo sustancial de la pretensión, sin extinguir el derecho ni desconocerlo, sino haciendo ineficaces sus efectos para ese proceso, es decir, las verdaderas dilatorias.

Las definiciones que hemos presentado de objeciones y excepciones perentorias y dilatorias se aplican entre nosotros y en España a las excepciones perentorias, y la de impedimentos procesales se aplica a las excepciones dilatorias; mejor dicho, de la suma de ellas se deduce lo que debemos entender por excepción en general, en Colombia y en España, a saber:

Excepción es la afirmación de hechos distintos de los enunciados en la demanda, o de modalidades o de una diferente interpretación de estos mismos hechos, que conducen a contradecir el nacimiento del derecho pretendido por el demandante, o a producir su excepción o a negar su exigibilidad actual (perentorias), o simplemente a impedir el juicio, suspender o mejorar el procedimiento (dilatorias).

Pero no es excepción la simple negativa del derecho del actor, porque si este falta, no hay ningún hecho que constituya excepción, sino la ausencia de su prueba.

Las perentorias comprenden los hechos impeditivos u objeciones, los extintivos y modificativos o verdaderas excepciones perentorias, y los hechos que únicamente persiguen desestimar la pretensión para el proceso, pero permiten iniciarlo posteriormente, o excepciones dilatorias propiamente dichas en doctrina.

Las excepciones que buscan suspender o mejorar el procedimiento, llamadas con más propiedad impedimentos procesales, son las que nuestro Código y el español llaman dilatorias.

Con todo, cuando estos hechos son tenidos en cuenta oficiosamente por el juez, no se produce el incidente de excepciones dilatorias, sino el simple rechazo de la demanda, o la declaración de nulidad, si el juicio está en curso.

---

[35] DE LA PLAZA, ob. cit., t. I, p. 381.

Como se trata de impedimentos procesales, el juez puede apreciarlos de oficio, en lo cual está de acuerdo nuestro Código con la doctrina (cfr. números 242 y 236). Pero como el pleito pendiente es un hecho que ocurre fuera del proceso, debe ser alegado por la parte demandada.

244. Clasificación de las excepciones en derecho español y colombiano

1.ª *Excepciones dilatorias o previas* son únicamente las que «se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo». Nunca se dirigen contra el fondo de la cuestión o lo sustancial de la acción, es decir, contra la pretensión. Unas producen la suspensión transitoria del proceso, mientras que mejora la demanda o se corrige; otras, en cambio, impiden que el proceso se produzca y, por consiguiente, matan el juicio. Aquellas son las que, una vez saneadas, dejan que el proceso continúe ante el juez de la demanda; estas son las que hacen imposible el juicio y obligan al actor a iniciar otro posteriormente, si insiste en sus pretensiones.

Nos parece entonces que es técnico distinguir las excepciones dilatorias de los códigos colombiano y español en dos clases: *dilatorias relativas o temporales*, y *dilatorias absolutas o definitivas*, según que permitan la continuación del mismo proceso o hagan necesario uno distinto.

2.ª *Excepciones perentorias* son todos los hechos que se dirigen contra lo sustancial de la acción, mejor dicho, contra la pretensión del actor; para desconocer el nacimiento de la obligación o su existencia, o para afirmar su extinción, o solo para impedir que produzca sus efectos en ese proceso.

Nosotros creemos que la única clasificación aceptable de las excepciones perentorias en Colombia y España es en *absolutas o definitivas* y *temporales o del juicio*, como lo propusimos en 1947 [36] y lo ha aceptado la Corte en varias sentencias [37].

1.º *Excepciones perentorias absolutas o definitivas* son las que desvirtúan o destruyen la pretensión del demandante definitivamente y con efectos de cosa juzgada, y pueden distinguirse en dos grupos:

a) *Excepciones perentorias definitivas materiales* son las que niegan el nacimiento del derecho pretendido por el actor y el de la obligación correlativa, y se refieren a hechos en virtud de los cuales los efectos jurídicos no se producen, a pesar de la realización del acto que normalmente debe originarlos. Son los hechos impeditivos, que impiden que el actor sea el titular del derecho aun cuando se haya probado el acto del cual debía emanar, como las causas de nulidad consagradas en la ley civil. Estas excepciones equivalen a las *objeciones* de que habla la doctrina (cfr. núm. 238) y dejan resuelto el punto definitivamente, con valor de cosa juzgada.

b) *Excepciones perentorias definitivas procesales* son las verdaderas perentorias en doctrina, o sea las que, sin negar el nacimiento del derecho pretendido por el actor, persiguen anularlo o extinguirlo definitivamente, y por ello excluyen para siempre la pretensión, con fuerza de cosa juzgada. Así, pues, configuran estas excepciones todos los hechos en virtud de los cuales la Ley considera que una obligación se extingue (C. C., art. 1.625).

---

[36] Devis Echandía: *Derecho procesal civil*, p. 199-201.

[37] Sentencias de 5 octubre 1950, 20 y 31 octubre 1952, *Gacetas* 2.087-2.088, p. 116-119, 2119-2120, p. 274 y 335.

2.° *Excepciones perentorias del juicio o temporales* son las que la doctrina considera como dilatorias, es decir, los hechos en virtud de los cuales, sin que se niegue el nacimiento del derecho del actor ni se afirme su extinción, se destruyen sus efectos para el proceso, sin constituir cosa juzgada, dejando la facultad de iniciarlo nuevamente cuando la situación se modifique, pero que se dirigen contra el fondo de la cuestión debatida y contra la pretensión del demandante. En síntesis, son «las que excluyen la acción como actualmente existente», según CHIOVENDA, o, mejor dicho, las que excluyen la pretensión como actualmente exigible.

Sus efectos son temporales o para ese juicio, sin que configuren cosa juzgada, como el plazo no vencido, o la condición no cumplida, o la petición de modo indebido, o la *non adimpleti contractus* o de contrato no cumplido temporalmente.

Son ejemplos de *perentorias definitivas materiales* las causas de nulidad absoluta del acto y contrato, la falsedad del título, la falta de licencia judicial en la venta o hipoteca de un inmueble de persona incapaz, la simulación y, en general, todos aquellos hechos que impiden que el derecho pueda nacer.

Son ejemplos de *perentorias definitivas procesales:* el pago, la remisión, la novación, la transacción, la confusión, la pérdida de la cosa debida, la nulidad relativa, el incumplimiento del contrato, la condición resolutoria, la prescripción, el pacto de no pedir, la cosa juzgada, la renuncia del derecho, la novación, la compensación; es decir, todo hecho extintivo de las obligaciones. Se discute si la resolución del contrato puede proponerse como simple excepción o si debe reconvenirse al respecto, pero nos parece que no puede negársele el carácter de excepción perentoria, porque es un modo de extinción de las obligaciones.

La excepción de incumplimiento del contrato corresponde a este grupo cuando es definitivo. Pero cuando es posible que se presente posteriormente el cumplimiento de la obligación por el demandante, cabe nuevamente el juicio contra el mismo demandado, una vez realizado el cumplimiento por el actor, y la excepción es perentoria del juicio.

Son ejemplos de *perentorias del juicio o temporales:* la petición antes de tiempo por término no vencido o condición pendiente, la de contrato no cumplido, si es posible todavía ese cumplimiento; la de vía procesal equivocada (cuando se siguió juicio ordinario debiendo ser especial, o viceversa, o era uno especial, pero distinto al escogido); la de ineptitud sustantiva de la demanda y la de petición de modo indebido, que hacen imposible el pronunciamiento sobre el fondo. Pueden asimilarse a estas excepciones por su efecto análogo, aun cuando técnicamente no son excepciones, los casos de la falta de prueba de la legitimación en causa de una de las partes [cfr. núm. 134, letra O)], o de su interés para obrar [cfr. núm. 119, letra M)], y, por tanto, la ilegitimidad de personería sustantiva (cfr. núm. 136) y de falta de integración del contradictorio.

Son ejemplos de *dilatorias relativas* o *temporales:* la de ilegitimidad de personería adjetiva para que se acredite la representación del demandante por su apoderado o representante, o para que se pruebe la identidad de quien demanda; la de inepta demanda por falta de los requisitos formales; la de habérsele dado un curso distinto del pedido en la demanda; la de pleito pendiente; la inhabilidad del menor demandado, ya que por medio de una corrección de la demanda cabe enderezarla contra su representante legal o perseguir la designación de curador *ad litem.*

Son ejemplos de *dilatorias absolutas* o *definitivas:* la declinatoria de jurisdicción o, mejor dicho, falta de jurisdicción o de competencia; la de compromiso arbitral; la de vía procesal inadecuada, cuando ha sido escogida en la demanda.

Cuando la Ley permite alegar como previas la *cosa juzgada, el desistimiento y la transacción,* tienen el valor de dilatorias o definitivas si comprenden la totalidad de la demanda.

3.ª *La excepción de pleito pendiente («litis pendentia»).* Existe esta excepción previa cuando se sigue otro juicio sobre la misma cuestión o pretensión entre las mismas partes, lo cual se justifica plenamente, porque, de lo contrario, se afectaría la unidad de la cosa juzgada al sobrevenir dos o más sentencias que pueden resultar contradictorias, y se pecaría contra el fin de certeza que en el proceso se persigue. Además, la multiplicidad de procesos sobre la misma cuestión perjudica al demandado al imponerle una pérdida innecesaria de tiempo, trabajo y dinero, y al soportar nuevamente la actividad jurisdiccional del Estado, ya que la finalidad que esta persigue en el caso concreto se satisface plenamente con el primer proceso.

Es un error de nuestro artículo 334 del Código Judicial hablar de identidad de *acción,* porque, procesalmente, la acción es siempre igual, si se la considera como derecho abstracto a solicitar que mediante un proceso se dicte una sentencia que declare un derecho, y porque cuando más puede distinguirse procesalmente, de acuerdo con su finalidad, en acción declarativa, de declaración constitutiva, de condena, de conocimiento, ejecutiva, cautelar, contenciosa o voluntaria (cfr. núms. 89-96). De este modo, si se trata de dos procesos contenciosos de condena o de otro tipo, las acciones son procesalmente iguales. Como lo enseña la doctrina universal y lo indica la simple lógica, la litis pendencia significa que en los dos procesos se está persiguiendo la solución de un mismo litigio entre unas mismas partes, lo cual mira al contenido de la demanda, en cuanto en ella se encierra la pretensión del demandante.

En el número 105 estudiamos ampliamente la noción de pretensión, su naturaleza, sus elementos (objeto y razón o *causa petendi*), sus sujetos, sus presupuestos y sus efectos. Para conocer si en las dos demandas se contiene la misma pretensión, basta comparar si sus elementos son iguales, ya que si varía el objeto o la *causa petendi,* no existirá identidad, como tampoco habrá si el demandante o el demandado es distinto, en cuyo caso no se tratará de los mismos sujetos. El objeto de la pretensión determina sobre qué cuestiones debe versar la sentencia, y la *causa petendi* o razón delimita el alcance de las cuestiones por resolver; de este modo, sobre el mismo objeto pueden presentarse litigios diversos y pretensiones independientes o conexas, pero distintas, por virtud de diferentes causas o títulos, o, viceversa, por la misma causa pueden perseguirse distintos objetos. Al tratar de la sentencia, volveremos sobre este tema (cfr. núms. 260-262).

Así, pues, existirá *litis pendentia* cuando el objeto, la *causa petendi* y los sujetos de la pretensión o de una de las varias acumuladas sean unos mismos en ambas demandas, de modo que la sentencia que llegue a dictarse sobre la una constituya cosa juzgada para la otra, en su totalidad o parcialmente respecto a la pretensión común, si la Ley le asigna esa especial eficacia (cfr. número 248 y cap. XXV).

Pero existe, aun cuando se trate de procesos en los que no opera la eficacia de la cosa juzgada, por ser revisables sus sentencias, por ejemplo. Siempre

que la primera sentencia produzca cosa juzgada total o parcialmente en el nuevo proceso, habrá litispendencia, pero no lo inverso; basta que se trate de obtener sentencia sobre una misma pretensión entre partes iguales, haga o no tránsito o cosa juzgada y esté o no acumulada a otras.

Cuando las partes demandante y demandada se forman por una sola persona, es muy sencillo conocer si los sujetos de las dos pretensiones son unos mismos; pero puede suceder que estén formadas por varias personas cada una, y entonces, si la identidad se refiere a algunas y no a todas, surge la duda acerca de si opera la excepción previa. Consideramos que sí, porque la circunstancia de introducir un nuevo demandado o de concurrir un demandante adicional, nada le quita al hecho de que los demás están trabados en un proceso en curso para la solución del mismo litigio y de que respecto a ellos existe la prohibición legal de someterlos a uno nuevo para los mismos fines. Si es necesario o conveniente ampliar el debate judicial a otra persona o que otra lo amplíe, existe el camino de iniciar contra esa persona un nuevo juicio o de que esta lo inicie, y luego pedir su acumulación.

Tampoco se afecta la identidad de partes por el hecho de que se inviertan las situaciones de demandante y demandado, lo que puede ocurrir cuando quien tiene esta última condición en el proceso en curso, demanda a su primitivo demandante con el objeto de que se declare que no existe la obligación que en el primer proceso se le quiere imponer o que este no tiene el derecho que pide se le declare por la primera demanda, es decir, para plantear como *acción*, mejor dicho, como pretensión, sus excepciones. El carácter de declaración afirmativa o negativa de un mismo derecho o de una misma relación jurídico-material no impide definir la identidad de objeto, ya que la sentencia debe resolver de todas maneras sobre su existencia y el litigio es el mismo.

Puede suceder que en la nueva demanda se incluya tanto la pretensión aducida en la primera como otra u otras adicionales, o que, por el contrario, se limite a plantear parte de las pretensiones incoadas en esta. El segundo caso no tiene el menor problema, porque la identidad será siempre total. Pero en el primero no existe, tomada en su conjunto, esa identidad. Sin embargo, la excepción debe prosperar de igual manera, porque como la segunda sentencia tendría que resolver sobre esos puntos que en la primera ya habrían sido resueltos, se tendría, en cuanto a ellos se refiere, una dualidad de decisiones. Esto ocurriría, por ejemplo, si en la primera demanda se pidiera la nulidad de un contrato de compraventa, y en la segunda, además de esto, la restitución del bien con pago de perjuicios o frutos u otras condenas relacionadas o no con ese contrato (identidad parcial del objeto).

Pero los efectos de la excepción, una vez declarada o aceptada, son diferentes en los casos de identidad total o parcial de las pretensiones. En el primer caso, el nuevo proceso queda definitivamente terminado, ya que, cualquiera que sea la solución que en el primer juicio se dé, nada queda pendiente por resolver en el segundo. En el segundo caso, el nuevo proceso quedará solamente suspendido, y una vez que termine el primero, podrá continuar para la solución de las otras cuestiones planteadas, debiéndose respetar, como es obvio, la resolución que pueda existir en la primera sentencia, en cuanto a los puntos en que coinciden las dos demandas.

En ningún caso puede adelantarse el juicio respecto de las pretensiones que no son comunes al iniciado antes, porque no puede escindirse el litigio, a menos que se desista de las que fueron materia de la excepción y siempre que no

constituyan una cuestión prejudicial, como más adelante veremos, o que se corrija la demanda en el mismo sentido. Así, si en el ejemplo puesto anteriormente prospera la pretensión de nulidad del contrato en el primer juicio, el segundo continuaría para resolver sobre la restitución y demás peticiones adicionales. En este caso puede pedirse la acumulación de los procesos, si están en la misma instancia, lo que es aconsejable por economía procesal.

Si la identidad parcial se refiere a las causas (siendo iguales los objetos), como si en la primera demanda se reclama la propiedad de un bien, por haberlo adquirido por compraventa, y en la segunda se invoca esta causa y, además, la prescripción, nos parece lógico que el juicio pueda continuar en cuanto a la nueva causa se refiere, porque la suspensión se justifica solo cuando la resolución sobre el punto idéntico sea necesario antecedente o cuestión prejudicial para los demás puntos, como sucede en la identidad parcial de objetos, por ejemplo, al pedirse nulidad, en uno, y lo mismo y reivindicación o pago de perjuicios o ambas cosas, en el otro; pero no cuando las dos decisiones pueden adoptarse independientemente, lo que sucede siempre que la causa invocada es distinta. También sería pertinente la acumulación de ambas hipótesis.

Cuando se trate de identidad parcial de objeto y no haya necesaria prejudicialidad en la decisión del primer juicio para la del segundo, como ocurre cuando en este se acumulan al lado de las pretensiones planteadas en el primero, otras que nada tienen que ver con aquellas o que tengan causa diversa, aunque versen sobre el mismo objeto, el juicio puede continuar sobre las nuevas pretensiones planteadas; pero si el juez no lo acepta o si lo prefiere el demandante, puede recurrirse a corregir la demanda para limitarla a esas nuevas pretensiones, lo mismo que en el caso de identidad parcial de causas, inclusive antes que sea resuelto el incidente, en cuyo caso el juez debe darlo por terminado, por sustracción de materia. Es una especie de desistimiento de los demás puntos, y por eso puede hacerse dándole este sentido y sin necesidad de repetir el libelo. Por la misma razón, en ambos casos deben imponerse las costas al demandante, lo mismo que cuando pierde el incidente al serle desfavorable el fallo.

Puede asimilarse a la *litis pendentia* el caso de la prejudicialidad de acción (cfr. cap. XXVI), es decir, cuando, no obstante tratarse de distintas pretensiones, estas están ligadas entre sí en forma tal, que la decisión de la primera es indispensable presupuesto para la de la segunda, y la Ley prohíbe iniciar el juicio sobre esta mientras no concluya el primero. Entonces, como el juez no puede decidir sobre la segunda sin basarse en la decisión que sobre la primera se pronuncie, aun cuando no se la incluya también en la demanda (porque si está incluida se tendrá el caso de la identidad parcial ya estudiado), la suspensión del juicio se hace indispensable para no llevarlo a una sentencia inhibitoria que haga perder tiempo y trabajo a funcionarios y partes, con grave pecado contra la economía procesal. Si el juicio se tramita, la suspensión puede ser decretada a solicitud de parte y aun de oficio, si la prueba de la existencia del otro proceso aparece en el expediente. Luego es aceptable que se plantee como excepción previa, por economía procesal, cuando se trate de juicios en que exista este incidente. Si es procedente pedir acumulación de los dos procesos, debe rechazarse la solicitud de suspensión y obligar al interesado a pedir la acumulación, por economía procesal y para evitar un perjuicio innecesario a la otra parte. Si el juez declara la suspensión, la parte interesada en que continúe

el juicio puede solicitar la acumulación en el otro juicio, y si es procedente aquella, debe terminar.

No nos parece lógico aceptar que al caso contemplado últimamente se le dé el carácter de excepción perentoria temporal (cfr. núm. 244), para resolverla en sentencia definitiva que le ponga término al juicio, porque esto implicaría la necesidad de iniciarlo de nuevo y se perdería la actuación válida que hasta el momento anterior a la sentencia se ha realizado. Es mejor resolver el punto mediante una providencia interlocutoria, antes de la sentencia, como cuando se trata de prejudicialidad penal. Al llevarse la prueba de la sentencia que haya puesto fin a la prejudicialidad, sería necesario volver a estudiar la cuestión de fondo por nueva sentencia; en cuyo caso la primera sentencia sería inhibitoria e interlocutoria. Por eso debe resolverse su suspensión en auto y no en sentencia, sin retrotraer el juicio. Iniciar de nuevo el juicio, para repetir el largo trámite, sería un pecado contra la economía procesal.

Sin embargo, cuando en el mismo juicio sea posible resolver por vía de excepción sobre los puntos planteados en el otro, como la nulidad del título con que se ejecuta o se pide la venta de cosa hipotecada, debe rechazarse la suspensión, porque entonces el demandado debe utilizar las oportunidades que en el mismo proceso le brinda la Ley para defenderse. La suspensión es procedente en los casos en que el otro juicio sea camino indispensable para esas decisiones y no procede su acumulación, porque «el juez de la acción es juez de la excepción» (cfr. núm. 283).

Conviene distinguir las nociones de pleito pendiente, prejudicialidad necesaria y cosa juzgada, ya que, por relacionarse íntimamente, se prestan a frecuentes confusiones.

El pleito pendiente se refiere a la misma cuestión planteada en juicio iniciado antes de admitirse la nueva demanda, ya sea como pretensión o como excepción. La prejudicialidad consiste en una cuestión distinta, pero relacionada con la debatida en el juicio, cuya resolución previa es necesaria para la decisión de esta y que no es posible conocer allí mismo por vía de excepción, sin que interese cuál de los dos juicios se haya iniciado primero y aun cuando no exista todavía el otro juicio, siempre que sea necesario adelantarlo para resolver sobre ella. La cosa juzgada se refiere a la misma cuestión planteada en el nuevo juicio, pero es indispensable que haya sido resuelta en sentencia con valor de tal, por haber sido propuesta en el juicio anterior como pretensión o como excepción perentoria definitiva.

¿Desde cuándo y hasta cuándo existe la litispendencia? Como vimos al tratar de los efectos de la demanda [cfr. núm. 229, letra *e*)], dos de los más importantes, por el aspecto procesal, son la fijación de la competencia y la formación de la *litis pendentia*. De ahí que cuando la competencia es preventiva, al asumir el primer juez el conocimiento del juicio se convierte en privativa. Esto solo ocurre una vez notificado el demandado o los varios demandados del auto admisorio de la demanda, porque antes puede existir demanda, pero no juicio. De ahí que nos parezca inaplicable el concepto de GUASP [38] de que la litis pendencia existe desde la interposición de la demanda. Nuestra Corte ha sostenido también la primera tesis [39]. Y se necesita que el primer proceso esté en curso, por no haberse dictado la sentencia final no sujeta a re-

[38] GUASP, ob cit., p. 33.
[39] Cas. 17 julio 1959. G. J., t. XCI, núm. 2214, p. 30.

cursos o por haberse recurrido la que sí los tenía y por no haber sobrevenido su fin por razón de una nulidad o caducidad u otra causa extraordinaria, pues en el caso contrario, si ya terminó el proceso, habrá lugar a alegar como excepción previa la cosa juzgada, pero no la *litis pendentia*. El trámite ulterior a la sentencia ejecutoriada para liquidar costas o ejecutarla, no impide que la litis pendencia haya concluido con aquella.

Esa competencia preventiva, una vez convertida en privativa, ¿significa que el segundo juez usurpa competencia y que el proceso se afecta de nulidad? Cuando los dos juicios se inician ante un mismo despacho (tribunal, circuito o municipio), es indudable que el funcionario actúa con competencia, porque no puede usurpársela a sí mismo; pero si se trata de distinto despacho, es evidente que la competencia preventiva del segundo quedó derogada al volverse privativa la del primero que inició el proceso. Sin embargo, la competencia privativa puede ser prorrogada, y esto ocurre para el factor territorial por la presentación de la demanda y la no formulación por el demandado de la excepción previa o por su intervención sin reclamar (cfr. núm. 38). Por consiguiente, no puede presentarse nulidad en razón de la litispendencia, cuando la competencia era preventiva y prorrogable; pero si opera un factor improrrogable de competencia, la nulidad existirá, pero no en razón de la litispendencia, sino de la competencia en sí misma.

En el primer caso, cuando no hay nulidad, queda el camino de pedir la acumulación de los procesos, si no se propuso la excepción previa o esta no es pertinente por tratarse de juicio especial que no permite el incidente previo. Debiera permitirse al juez ordenar de oficio la acumulación, como medida necesaria para la integración del contradictorio y la unidad de la cosa juzgada.

Puede presentarse el caso de que los dos procesos versen sobre la misma cuestión, pero que se sigan procedimientos diversos. Por ejemplo, que el primero sea ejecutivo o de separación de bienes entre cónyuges, y el segundo, ordinario, porque el demandado en aquel demandó por la vía ordinaria con el objeto de que declare que la obligación que ejecutivamente se le cobra no existe, o que el demandante en el segundo caso resuelva iniciar para los mismos fines y con base en los mismos hechos e igual causa un juicio ordinario, en vista de la deficiente prueba que en el primero exista, y la *Ley autorice ambos procedimientos*. ¿Existirá entonces litispendencia? Creemos que no, si la sentencia del primer juicio no causa cosa juzgada, pero la habrá en el supuesto contrario, porque serían incompatibles.

Si la Ley permite escoger las dos vías, ordinaria o especial, sin que el debate por la una excluya la otra, debe prevalecer la sentencia que en el juicio ordinario se dicte, en el caso de que la del juicio especial no haga tránsito a cosa juzgada, porque aquella tiene esta calidad; si la sentencia en el especial configura cosa juzgada, existirá litispendencia para impedir el segundo juicio ordinario. Si la Ley dispone que escogida una vía, ya que no es posible la otra, existirá litispendencia en todo caso.

Para evitar estos problemas, es conveniente que cuando exista un procedimiento especial para determinada clase de litigios, no sea permitido el juicio ordinario, y que las sentencias dictadas en aquellos produzcan la cosa juzgada, excepto si se refieren a situaciones de hecho mutables, como en alimentos e interdicción [cfr. núms. 258 y 268, V)]. En verdad, no se justifica el trámite especial si no ha de ponerle fin al litigio.

Puede también existir litispendencia cuando en el primer juicio se está dis-

cutiendo como excepción lo que en el segundo se plantea como pretensión, siempre que se reúnan los demás requisitos, y esto porque la sentencia tiene el mismo valor en su resolución sobre la pretensión del demandante que sobre las excepciones del demandado.

Cuando la Ley no permite alegar excepciones previas, como sucede en Colombia en los juicios especiales distintos del deslinde, se presenta entonces el problema de cómo y cuándo se debe proponer esta excepción en tales juicios. No es posible aceptar que no exista ninguna oportunidad, porque la litispendencia afecta principios de interés general, como el de la unidad de la cosa juzgada y el del fin de interés público del proceso. Por consiguiente, la solución está en estudiarla en la sentencia o en auto interlocutorio anterior a esta. Solo cuando la litispendencia sea total, debe dictarse sentencia inhibitoria que termine el juicio, porque nada queda por resolver. Si es parcial, es mejor resolver el punto en auto interlocutorio, y ordenar, aun de oficio, la suspensión de la instancia hasta que se presente la prueba de haber concluido la litispendencia, ya que se trata, en el fondo, de un caso de prejudicialidad civil, y debe dársele la misma solución (cfr. núms. 281 y 283).

Al tratar de los presupuestos procesales en el capítulo XV, número 142, dijimos que el juez no puede de oficio considerar la litispendencia. Aclaramos que nos referimos entonces a que no puede de oficio considerarla como excepción dilatoria o previa, porque requiere un incidente a solicitud de parte. Pero cuando dicta sentencia, debe considerar de oficio todas las excepciones que aparezcan demostradas, y cuando suspende el juicio antes de la sentencia, obra en ejercicio de la misma facultad.

Otro delicado problema que esta materia presenta es el de si en caso de haberse rechazado la excepción previa por error del juez, puede estudiarse de nuevo el punto en la sentencia para llegar a una conclusión distinta. No es posible entonces estudiar en otro auto interlocutorio lo resuelto en el incidente, porque equivaldría a revivirlo cuando legalmente concluyó, y eso sería ilegal (C. J., art. 394). Pero nada impide que en la sentencia se corrija ese error, porque, por regla general, al sentenciador no lo vinculan las decisiones interlocutorias que puedan afectar la unidad de la sentencia, ya que la decisión del litigio no puede quedar dispersa en varias providencias, como lo admite la Corte colombiana [40]. Creemos que en presencia de la prueba de la litispendencia el juez está en la obligación de abstenerse de fallar en el fondo, sobre la demanda si es total o sobre los puntos en que exista la litispendencia, si los otros pueden ser objeto de decisión separada, tal como ocurre cuando se trata de cosa juzgada o sus equivalentes, porque en ambos casos se trata de impedir que surjan dos sentencias con valor de cosa juzgada, lo que tiene un marcado interés público (cfr. núm. 273).

Debe tenerse en cuenta lo que en el siguiente punto exponemos en relación con los problemas de la cosa juzgada, muchos de los cuales se presentan en la *litis pendentia.*

4.ª *La excepción de cosa juzgada, transacción, desistimiento o caducidad como dilatoria.*—La cosa juzgada puede ser parcial, en cuanto a los sujetos, al objeto o la *causa petendi* de la nueva demanda, y entonces se aplican las soluciones que dimos para el mismo supuesto de identidad parcial de la litispendencia, en el ordinal anterior.

---

[40] G. J., t. XIV, núm. 1.927, p. 485; t. XLIII, núms. 1.909-1.910, p. 632.

A diferencia de lo que ocurre con la litispendencia, nada interesa la diversidad de procedimientos entre los dos juicios, el concluido y el nuevo, pues solo se atiende a si la Ley le otorga o no a la primera sentencia la calidad de cosa juzgada, y a si existe para la pretensión aducida en la nueva demanda. Por tanto, si el primero fue un juicio especial contencioso, pero la sentencia goza de tal calidad, prosperará la excepción frente a una nueva demanda por la misma vía o por la vía ordinaria y viceversa.

Si no se propone la excepción como dilatoria o no es pertinente hacerlo, se debe estudiar como perentoria en la sentencia y declararse si se encuentra probada, aun de oficio, de acuerdo con nuestro sistema legal (C. J., art. 343). Como se trata de prejudicialidad, la misma solución procede cuando la cosa juzgada o su equivalente opera sobre parte de la pretensión contenida en la nueva demanda. Nunca será pertinente la suspensión del juicio. Podrá continuar si en el incidente previo se declaró en forma parcial, para la solución de los demás puntos, como ocurre con la litispendencia cuando termina el primer juicio, y deberá fallarse en el fondo sobre estos, si se estudia en la sentencia, a menos que otra razón lo impida, como sucederá cuando la cosa juzgada parcial deje al demandante sin legitimación en la causa para las otras peticiones. Si se declara la excepción previa sobre la totalidad de la demanda, el juicio queda concluido.

La providencia que niega en incidente previo la excepción, ¿vincula al sentenciador? Creemos que no, por las razones expuestas al tratar de la litispendencia, razones a las cuales podemos agregar estas: en el derecho procesal moderno se considera que la cosa juzgada impone directamente al juez la obligación de abstenerse de decidir nuevamente sobre la misma cuestión o pretensión si se le plantea en otro juicio (cfr. núm. 256), y existe un interés público en respetar la cosa juzgada. Esa obligación no se extingue por el error en que se haya incurrido al fallar el incidente previo, y pesa sobre el juez, principalmente en el momento de dictar la nueva sentencia, e impide que pueda ser de fondo o mérito. Nuestra Corte ha aceptado esta tesis [41].

Las consideraciones anteriores se aplican a la transacción y al desistimiento cuando la Ley les reconoce el efecto de cosa juzgada y permite alegarlos como excepción previa.

[41] Cas. 29 septiembre 1952, G. J., t. LXXIII, núms. 2.110-2.120, p. 170.

CAPITULO XXIII

ACTOS PROCESALES DEL JUEZ Y PRINCIPALMENTE LA SENTENCIA

245. Actos procesales del juez

En el capítulo XIX estudiamos la naturaleza, las características y la clasificación de los actos procesales, y vimos que estos pueden ser de las partes, del juez y de funcionarios subalternos (cuya influencia es más o menos importante en el juicio), y que otros son de terceros, como peritos, testigos, secuestres y agentes de la fuerza pública, cuando es necesaria su intervención para cumplir las decisiones y órdenes judiciales.

El juez dirige el proceso y resuelve el litigio o resuelve las peticiones que sin controversia se le presentan para la declaración de un derecho o el cumplimiento de una formalidad para su ejercicio, según se trate de proceso contencioso o voluntario. Para esto dispone de ciertos poderes, que en el número 155 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 se diferencian fundamentalmente por su finalidad de los actos de las partes, ya que estos buscan la decisión favorable a sus respectivas pretensiones o defensas, al paso que aquellos persiguen la decisión legal y justa del litigio o del asunto objeto de la petición.

Desde el punto de vista técnico o de la función técnica que les está encomendada para contribuir al fin del proceso, esos actos del juez pueden ser de *gobierno procesal* de carácter constitutivo, normativo o extintivo, que se ejercitan sobre el proceso en sí, para su constitución, desenvolvimiento o extinción, sin referirse al fondo del asunto o del litigio, como la delegación de competencia, la prórroga de un término, la declaración de un impedimento; o actos de *composición procesal*, que sirven para resolver las peticiones o componer el litigio y que regulan, por tanto, el fondo del asunto (cfr. núm. 211).

Los actos de gobierno procesal propios del juez son las *órdenes*, y los de composición procesal, la *conminación* y la *transformación*. Los primeros se refieren al proceso; los segundos se aplican al litigio (cfr. núm. 211).

La conminación puede ser de dos clases, según se trate de un proceso de conocimiento (declarativo, de condena o de declaración constitutiva) o de un proceso ejecutivo. En el primer caso, recibe el nombre de *decisión*; en el segundo, de *conminación ejecutiva* o *mandamiento ejecutivo*, como lo llama nuestro Código Judicial.

La decisión ocurre cuando el juez resuelve sobre la existencia o los límites del derecho y señala la solución del conflicto de intereses que se ha llevado ante él, si está en presencia de un litigio; el mandamiento ejecutivo existe cuando el juez no decide, porque parte de la base de la existencia clara del

derecho, sino que impone una decisión o la ejecuta. Pero en ambos casos el juez provee, y por lo mismo se trata de dos especies de *proveimiento*. La *transformación* se refiere únicamente a la supresión por el juez o los funcionarios delegados, y por su orden, de alguna obra o cosa hecha con violación de alguna obligación de no hacer, cuando el obligado se niega a cumplir su decisión, y es una especie de conminación ejecutiva (cfr. núm. 211).

246. Naturaleza de la sentencia

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 del demandado. Con ella se satisface el objeto de la acción (cfr. núm. 86) y se cumple el fin del proceso (cfr. núm. 56). Hablamos de la sentencia en sentido estricto, no de las llamadas interlocutorias.

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 es 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 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 la Ley contiene.

También la providencia interlocutoria (lo mismo que las llamadas sentencias interlocutorias en otros países) tiene estas condiciones, ya que por ella se decide; pero, a diferencia de la sentencia, no contiene una decisión definitiva, sino incidental, y su fuerza vinculatoria es inferior.

La sentencia puede ser de tantas clases como los procesos, según la clasificación que expusimos en el capítulo VIII, y, por tanto, puede hablarse de sentencias declarativas o dispositivas, de conocimiento o ejecutivas, declarativas o de declaración constitutiva o de condena, represivas o preventivas, singulares o colectivas, contenciosas o voluntarias.

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*. La primera se fundamenta en que la sentencia se produce mediante un silogismo, en el cual la norma jurídica representa la premisa mayor; el caso concreto, la premisa menor, y la conclusión es la norma particular jurídica que el juez aplica a ese caso y que toma de la norma legal general. La segunda se basa en que existe un acto de voluntad del juez para regular el caso concreto mediante un mandato jurídico que vincula a las partes.

En realidad, las dos tesis contemplan aspectos diversos de la sentencia, y lejos de excluirse, se complementan, como observa Rocco [1], para quien la sentencia «debe contener un silogismo, mas esto no impide que, además de un silogismo, pueda contener un acto de voluntad del juez». Al concepto de Rocco le hacemos la observación de que no se trata de un acto de voluntad del juez, sino del Estado a través de aquel, razón por la cual consideramos la sen-

[1] Rocco: *Trattato*, t. II, p. 236.

tencia como *un juicio lógico del juez para la declaración de la voluntad del Estado, contenida en la norma legal que aplica, en el caso concreto.*

Por eso 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 los regula.

En nuestro sistema procesal, con la sentencia concluye la instancia, pues no se le otorga ese nombre sino a las providencias que resuelven sobre la demanda y excepciones perentorias. Sin embargo, existen algunos juicios en que se pronuncian sentencias que no ponen fin a la instancia, y por ello posteriormente dentro de la misma se produce otra. En otros países, como Italia, se llama sentencias interlocutorias a las providencias que resultan sobre puntos de fondo durante las instancias.

Es mejor el primer sistema.

247. Vicios de las sentencias

Las sentencias, como los demás actos procesales, pueden incurrir en vicios. Esos vicios se refieren a su validez o a su justicia: los primeros constituyen causales de nulidad, y los segundos, motivos de revocación.

La nulidad y la revocación de las sentencias se declaran, por regla general, a petición de interesado y no de oficio. En este sentido puede decirse que los vicios de las sentencias son siempre causales de anulabilidad, ya que mientras no haya intervención de parte, no pueden ser considerados, excepto el caso especial de la consulta oficiosa con el superior que consagra nuestra Ley cuando se condena a una entidad pública.

La nulidad de la sentencia puede ser consecuencia de la nulidad del juicio o de la instancia, pero puede ser ocasionada también por vicios propios de ella, como cuando no reúne los requisitos para su validez, tales como la motivación o la aprobación por el número de votos requeridos si es de sala, o cuando en la sentencia final se condena a quien no ha sido parte por no figurar como demandante, demandado o interviniente. Como dice Carnelutti [2], no puede existir un acto procesal que no esté sujeto a impugnación ni a nulidad, y por lo mismo, si los vicios ocurren en la sentencia final y no en las instancias, el remedio tiene que ser buscado en juicio posterior o en el incidente de ejecución de la misma sentencia (cfr. núm. 319).

El remedio para todos estos vicios está en general en la impugnación, sea que se trate de obtener su revocación, en cuyo caso basta interponer los recursos, o que se quiera obtener su anulación, y entonces debe proponerse el incidente respectivo. Cuando se trata de sentencia de primera instancia, es necesario apelar para proponer el incidente de nulidad en la segunda instancia. Pero si la sentencia no es impugnada o no puede serlo, al quedar en firme se produce la convalidación, tanto de su injusticia como de su nulidad, a no ser que sea procedente el recurso excepcional de declaración de nulidad en juicio posterior, o en el incidente de ejecución, o que pueda solicitarse su revisión (cfr. núms. 267 y 319). El juez superior puede declarar de oficio las nulidades que encuentre, pero para ello se hace necesario que haya precedido la

[2] Carnelutti: *Sistema*, t. III, núm. 564, punto *d*).

tencia como *un juicio lógico del juez para la declaración de la voluntad del Estado, contenida en la norma legal que aplica, en el caso concreto.*

Por eso 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 los regula.

En nuestro sistema procesal, con la sentencia concluye la instancia, pues no se le otorga ese nombre sino a las providencias que resuelven sobre la demanda y excepciones perentorias. Sin embargo, existen algunos juicios en que se pronuncian sentencias que no ponen fin a la instancia, y por ello posteriormente dentro de la misma se produce otra. En otros países, como Italia, se llama sentencias interlocutorias a las providencias que resultan sobre puntos de fondo durante las instancias.

Es mejor el primer sistema.

247. Vicios de las sentencias

Las sentencias, como los demás actos procesales, pueden incurrir en vicios. Esos vicios se refieren a su validez o a su justicia: los primeros constituyen causales de nulidad, y los segundos, motivos de revocación.

La nulidad y la revocación de las sentencias se declaran, por regla general, a petición de interesado y no de oficio. En este sentido puede decirse que los vicios de las sentencias son siempre causales de anulabilidad, ya que mientras no haya intervención de parte, no pueden ser considerados, excepto el caso especial de la consulta oficiosa con el superior que consagra nuestra Ley cuando se condena a una entidad pública.

La nulidad de la sentencia puede ser consecuencia de la nulidad del juicio o de la instancia, pero puede ser ocasionada también por vicios propios de ella, como cuando no reúne los requisitos para su validez, tales como la motivación o la aprobación por el número de votos requeridos si es de sala, o cuando en la sentencia final se condena a quien no ha sido parte por no figurar como demandante, demandado o interviniente. Como dice Carnelutti [2], no puede existir un acto procesal que no esté sujeto a impugnación ni a nulidad, y por lo mismo, si los vicios ocurren en la sentencia final y no en las instancias, el remedio tiene que ser buscado en juicio posterior o en el incidente de ejecución de la misma sentencia (cfr. núm. 319).

El remedio para todos estos vicios está en general en la impugnación, sea que se trate de obtener su revocación, en cuyo caso basta interponer los recursos, o que se quiera obtener su anulación, y entonces debe proponerse el incidente respectivo. Cuando se trata de sentencia de primera instancia, es necesario apelar para proponer el incidente de nulidad en la segunda instancia. Pero si la sentencia no es impugnada o no puede serlo, al quedar en firme se produce la convalidación, tanto de su injusticia como de su nulidad, a no ser que sea procedente el recurso excepcional de declaración de nulidad en juicio posterior, o en el incidente de ejecución, o que pueda solicitarse su revisión (cfr. núms. 267 y 319). El juez superior puede declarar de oficio las nulidades que encuentre, pero para ello se hace necesario que haya precedido la

[2] Carnelutti: *Sistema*, t. III, núm. 564, punto *d*).

impugnación de la sentencia, sin la cual no llega a ser competente para conocer del juicio, salvo el caso de consulta forzosa (cfr. núm. 314).

Por último, puede hablarse de inexistencia de la sentencia cuando le falta un requisito esencial constitutivo, como la firma del juez o la calidad de funcionario judicial de quien la dicta.

Estas materias se tratan ampliamente en el capítulo XXIX.

248. Ejecutoria de las providencias y sus efectos

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. En todo caso, ninguna providencia judicial queda en firme sino una vez ejecutoriada.

Consecuencia de lo primero es que las providencias no se cumplen sino cuando están ejecutoriadas, salvo que expresamente la Ley autorice lo contrario; en este aspecto existe una especie de condición resolutoria de los actos realizados en su cumplimiento para el caso de que el superior o el mismo juez las revoque como resultado de un recurso interpuesto oportunamente. De ahí que las apelaciones son, por lo general, en el efecto suspensivo, es decir, que se suspende el cumplimiento de la resolución mientras el superior decide sobre ella; se necesita expresa disposición para que pueda cumplirse antes, y entonces se dice que la apelación es en el efecto devolutivo (cfr. núm. 309).

Consecuencia de lo segundo es que pueden ejercitarse contra la providencia los recursos que la Ley consagra según su naturaleza y su cuantía, mientras la ejecutoria no se surta.

Por esta razón, providencia en firme es lo mismo que ejecutoriada.

Pero hay una diferencia muy importante entre los efectos de la ejecutoria de las sentencias definitivas y las de las demás providencias. Las primeras, una vez ejecutoriadas, no pueden ser reformadas, y generalmente producen el efecto de la cosa juzgada, es decir, obligan a las partes y vinculan al juez, como más adelante veremos (cfr. núms. 254 y ss.). En cambio, las providencias interlocutorias ejecutoriadas no atan al juez si son ilegales, cuando este decide sobre el juicio en la sentencia, y por esto el juez puede separarse de ellas al fallar. Es decir, las únicas leyes del proceso, cuyos efectos son inmutables, en el mismo proceso, son las sentencias ejecutoriadas. De esta manera se salva un poco la concentración del proceso, menoscabada por el sistema de los incidentes de previa sustanciación y las decisiones interlocutorias.

Pero no quiere decir lo anterior que las providencias interlocutorias ejecutoriadas no tengan ningún valor vinculativo y que el juez pueda modificarlas o revocarlas oficiosamente o a solicitud de parte, en cualquier momento. Por el contrario, si los interesados no formulan los recursos que contra ellas existen, en el término de su ejecutoria, y esta se surte, 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, pues entonces el juzgador puede separarse de sus conclusiones, o que exista una causal de nulidad que afecte la parte del proceso en donde se encuentren.

Por otra providencia interlocutoria o de sustanciación, no se les puede declarar *sin valor* o *sin efectos,* sin declarar su nulidad o sin revocarlos: lo

primero cuando existe alguna causa legal de nulidad, y lo segundo cuando se interpuso recurso de reposición o de apelación oportunamente.

249. Efectos de las sentencias ejecutoriadas y diferencias con los de la cosa juzgada

Sabemos que el fin de la sentencia es desatar la *litis*, definir la controversia y terminar la relación jurídico-procesal. Pero falta estudiar cuál es el valor de esa decisión.

Una razón de clara utilidad social, la necesidad de poner un límite a los litigios y de dar estabilidad a las relaciones jurídicas, ha originado la institución de la cosa juzgada con su doble consecuencia de imperatividad e inmutabilidad. Pero debe tenerse cuidado de no confundir la cosa juzgada con la ejecutoria de la sentencia. Esta 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; aquella es una cualidad especial que la Ley asigna a algunas sentencias ejecutoriadas. No hay cosa juzgada sin ejecutoria, pero sí esta sin aquella.

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. De este modo, es un error decir que la obligatoriedad de la sentencia sea un efecto de la cosa juzgada, pues lo es de toda sentencia ejecutoriada, aunque la Ley no le otorgue esa calidad.

En el capítulo siguiente, en que estudiaremos la cosa juzgada en todos sus aspectos, volveremos más ampliamente sobre este tema.

Así, pues, la primera consecuencia de la distinción entre la sentencia ejecutoriada y la que no lo está, radica en que esta, por lo general, le pone fin a la instancia, pero no al juicio, al paso que con la ejecutoriada termina la relación jurídico-procesal.

Al tratarse de los recursos, veremos cuál es la naturaleza de la sentencia sujeta a ellos y las diversas tesis que al respecto se han planteado (cfr. número 307).

Pero ambas producen el efecto común de terminar para ese juicio la competencia del juez que la dicta, desde el momento en que se firma, respecto a lo sustancial del litigio.

Por otra parte, con la sentencia 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 la de registrarla 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 del proceso.

Por este motivo se distingue entre *eficacia interna* y *eficacia externa* de la sentencia. La primera se refiere a su imperatividad e inmutabilidad, que son efectos que se producen entre quienes fueron partes en el juicio y sobre el juez; la segunda se refire a consecuencias distintas de la vinculación entre las partes y para el juez, pero de indudable valor jurídico[3] (cfr. núms. 264-265).

[3] Carnelutti, ob. cit., t. I, núms. 95 y 103.

250. Ejecución de las sentencias y otras resoluciones judiciales

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 de 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.

Las resoluciones judiciales se deben cumplir una vez ejecutoriadas, salvo que se fije un plazo para el cumplimiento de las obligaciones que declaren (cfr. núm. 248).

Para la ejecución de la sentencia de condena es necesario en algunos casos recurrir a un juicio posterior y distinto, que debe promoverse ante el juez o tribunal a quien corresponda el conocimiento, conforme a las reglas generales sobre competencia, pero en otros no se requiere seguir juicio, y entonces la ejecución le corresponde al juez o tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia. En el primer caso, la sentencia es título ejecutivo contra el cual solo es posible oponer excepciones basadas en hechos posteriores, como prescripción de la acción ejecutiva, compensación, transacción, etc., salvo la nulidad cuando la Ley permite alegarla como excepción y que se fundamenta entonces en defectos del juicio en donde fue pronunciada o de la misma sentencia (cfr. núm. 319).

251. Cumplimiento de sentencias extranjeras. «Exequatur»

Se entiende por *exequatur* el requisito que debe llenar la sentencia dictada en un país para tener cumplimiento en otro. Se llama también *juicio* de *deliberación*, o de *reconocimiento*, o de *homologación*. Se trata de una acción procesal, ya que persigue la intervención del órgano jurisdiccional para que mediante un trámite, que bien puede considerarse como proceso, se pronuncie una sentencia que disponga darle cumplimiento en el territorio nacional a la sentencia extranjera. Esta acción es autónoma, en el sentido de que es independiente de la que motivó el proceso en que tal sentencia fue pronunciada, y de tipo declarativo, porque persigue que se reconozca el valor que dicha sentencia extranjera tiene, sin que el litigio o la relación jurídica materia del proceso extranjero vaya a ser objeto del proceso de *exequatur* y ni siquiera se revise su contenido y su decisión.

Sin embargo, muchos autores consideran la acción de *exequatur* como constitutiva, con el argumento de que sin la sentencia nacional la extranjera no adquiere eficacia. Tal es la opinión de Chiovenda[4] y de Sentís Melendo[5], quien sigue el concepto de Liebman, según el cual la ley nacional «no declara

[4] Chiovenda: *Principios*, p. 306; *Instituciones*, t. II, p. 49.

[5] Sentís Melendo: *La sentencia extranjera* ("*exequatur*"), Buenos Aires, 1958, p. 158.

eficaz en Italia a la sentencia extranjera, sino que la considera *capaz de adquirir eficacia*»; por esta razón, concluye SENTÍS, «como tal eficacia solo la puede adquirir en virtud de la sentencia de reconocimiento, esta debe definirse como sentencia constitutiva». Creemos que el argumento es aparente, porque la ley nacional permite cumplir la sentencia extranjera cuando la sentencia nacional le reconozca su eficacia, es decir, declare que la tiene. Es una condición o formalidad para el cumplimiento, pero no un acto constitutivo de su eficacia o valor.

La razón de ser del *exequatur* no consiste en una simple cortesía de un Estado para con el otro, sino en un verdadero deber de relaciones internacionales, ya que la coexistencia de los múltiples Estados impone obligaciones y otorga derechos de carácter internacional que hoy nadie desconoce, como lo observa SANTIAGO SENTÍS MELENDO en su magnífica monografía sobre este tema [6]. La mayoría de los Estados aceptan la validez de las sentencias ejecutoriadas que se dicten en otros países, siempre que reúnan los requisitos de legalidad que allí mismo se establecen, que no afecten el orden público nacional y que en el país donde se pronunció la sentencia se reconozca igual valor a las del país en donde se la quiera hacer cumplir, o se haya estipulado en tratados públicos. Sobre el primer sistema de la reciprocidad legislativa, observa JOSÉ JOAQUÍN CAICEDO CASTILLA [7] que es inconveniente, «porque si cada una de las legislaciones de los Estados se refiere a la otra, se cae en un círculo vicioso, sin que se sepa con certidumbre la fuerza o eficacia legal de la sentencia extranjera». Por eso, como lo hace notar SENTÍS MELENDO, puede considerarse que la materia del *exequatur* forma parte de un «derecho público instrumental de proyección internacional». Autor tan notable como GAETANO MORELLI publicó una interesante obra con el sugestivo título de *Derecho procesal civil internacional* [8], del cual, por ciertos aspectos, formaría parte esta materia.

Sin embargo, puesto que ordinariamente se regula el trámite del *exequatur* como un juicio o especie de juicio ante el órgano jurisdiccional del Estado, mediante su más alto tribunal casi siempre, en los Códigos de Procedimiento Civil se encuentran las disposiciones que reglamentan esta materia. Por esto forma parte del derecho procesal nacional en cuanto al trámite y requisitos para que pueda obtenerse *exequatur* en cada país.

El *exequatur* se aplica a las sentencias judiciales, es decir, a actos de jurisdicción y no a simples decisiones administrativas. El problema está en definir si el carácter de judicial o administrativo se debe juzgar de acuerdo con el derecho nacional del país en donde se pide el *exequatur*, o del país donde se dictó la providencia. Nosotros creemos, con SENTÍS MELENDO [9], que debe ser lo segundo, porque ese carácter lo tiene «según lo regule la legislación del país en que se ha producido, sin que en el extranjero sea posible cambiar su naturaleza jurídica». No importa que, estudiado el acto de acuerdo con su contenido intrínseco o su naturaleza, debiera corresponder al órgano judicial dictarlo, si de hecho ha sido proferido por una autoridad administrativa en su país de origen. Tal circunstancia es inmodificable dentro y fuera de ese país.

Se ha discutido si es posible pedir el *exequatur* de las providencias o reso-

[6] SENTÍS MELENDO, ob. cit., p. 31.

[7] CAICEDO CASTILLA: *Derecho internacional privado*, 5.ª ed., Edit. Temis, Bogotá, 1960, p. 492.

[8] MORELLI: *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1938.

[9] SENTÍS MELENDO, ob. cit., p. 39.

luciones que ponen fin al proceso de jurisdicción voluntaria y de laudos arbitrales producidos en el exterior. Nosotros creemos que la respuesta depende del valor que en el país de origen se les dé a aquellas resoluciones y a estos laudos: 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, sin duda esta es susceptible de *exequatur* en otro país; pero no cuando se trate de actuaciones realmente administrativas y ante funcionarios administrativos, como sucede en algunos casos en Italia y Alemania (cfr. núms. 27-30), si la ley nacional donde ocurrió el arbitramento le da a su decisión el valor de sentencia proferida por el órgano jurisdiccional (como ocurre en Colombia), no puede negarse que corresponde el *exequatur*. De la misma opinión es SENTÍS MELENDO [10].

En cambio, si el proceso en que se pronunció la sentencia es contencioso, la pertinencia del *exequatur* no la discute la doctrina universal, sin hacer distinciones sobre si se trata de sentencia de condena o declarativa o declaración constitutiva, pero siempre que se reúnan, claro está, los demás requisitos.

Quienes niegan la pertinencia del *exequatur* para las sentencias de jurisdicción voluntaria, cuando provienen del órgano jurisdiccional, aceptan que estas tienen valor en cualquier país por sí mismas, probada su autenticidad, sin necesidad de previo reconocimiento o autorización de los jueces nacionales. El argumento fundamental de esta tesis es la carencia de ejecutabilidad de esas sentencias. Pero, como observa SENTÍS MELENDO [11], es un rezago de la doctrina revaluada que distingue el *imperium* de la *jurisdictio*, con base en el derecho romano, y según la cual cuando faltaba la ejecución se consideraba que en nada podía afectarse la soberanía nacional con el cumplimiento o reconocimiento de la sentencia proferida en otro país. El derecho moderno considera el *imperium* como un atributo de la jurisdicción, y por esto se habla del poder de coerción y de ejecución como propios de aquella, al lado del poder de acción y de documentación (cfr. núm. 22). Por jurisdicción no se entiende hoy la simple potestad de definir el derecho.

Cuando se trate de resoluciones administrativas, no existe *exequatur*, y el simple valor probatorio de ellas se regulará conforme a las leyes del país en donde se dictaron.

Es común en los autores y códigos hablar de sentencias con valor de *cosa juzgada*, como requisito para la procedencia del *exequatur* o juicio de reconocimiento en otro país. Nosotros creemos que se trata de un equívoco, originado en la confusión muy frecuente entre cosa juzgada y ejecutoria de las sentencias, porque lo que realmente se exige es que la sentencia haya quedado en firme, que sea la definitiva en el respectivo proceso, que no esté pendiente algún recurso contra ella, para que de esa manera obligue a las partes demandante y demandada, y que pueda recibir cumplimiento definitivo y no simplemente provisional. Es decir, se excluyen las sentencias que sin estar ejecutoriadas reciben, de acuerdo con la ley del país en donde se dictan, un cumplimiento provisional, sea porque el recurso de apelación se concede en el efecto devolutivo o porque el de casación permita su ejecución anticipada.

La obligatoriedad y la ejecución de la sentencia no son el resultado de la cosa juzgada, sino de su ejecutoria. La cosa juzgada se refiere a su inmutabi-

---

[10] SENTÍS MELENDO, ob. cit., p. 36-100.
[11] SENTÍS MELENDO, ob. cit., p. 56, 64 y 66.

lidad, a que no es posible revisar la decisión y ni siquiera pronunciar una nueva, en juicios posteriores, sobre el mismo litigio, y solo existe en los procesos contenciosos, con algunas excepciones, como sucede en Colombia respecto a los juicios especiales sobre alimentos, privación de la patria potestad, ejecutivos y de venta de cosa hipotecada o dada en prenda, que tienen revisión posterior en juicio ordinario a petición de una de las partes. Estos puntos serán tratados ampliamente en el capítulo siguiente, pues por ahora nos limitamos a dar escuetamente nuestro concepto (cfr. núms. 267 y ss.).

Por consiguiente, cuando los autores y códigos hablan de cosa juzgada en materia de *exequatur*, debe entenderse que se refieren a sentencia ejecutoriada o firme. Por eso se acepta el *exequatur* para aquellas sentencias que no hacen tránsito a cosa juzgada, como todas las de jurisdicción voluntaria y las contenciosas revisables en juicio posterior. Lo que importa es que el proceso en que se profirieron haya terminado y que en él no exista recurso pendiente. La sentencia ejecutoriada vale, obliga y debe cumplirse mientras no sea proferida una nueva, en otro proceso, que la declare sin valor o sin efectos, y por eso puede dársele cumplimiento mediante el *exequatur*, en los demás países.

Más técnico es nuestro Código Judicial, pues en el artículo 557 exige solo que la sentencia esté ejecutoriada. Nuestra ley comprende el cumplimiento o reconocimiento de la sentencia en todos sus aspectos, sin limitarlo a la ejecutabilidad, de acuerdo con la doctrina moderna. Solo en los artículos 560 y 561 del mismo Código se habla de ejecución de la sentencia, pero refiriéndose al caso de que haya demandado que deba cumplirla. Por eso la Corte considera que puede haber trámite para el *exequatur* sin demandado, y que procede cumplir con esta formalidad, cualquiera que sea la naturaleza de la providencia extranjera que se quiera hacer valer en Colombia [12]. De nuestra parte, aceptamos esta doctrina.

También en el primer Congreso de Montevideo, en el Tratado de 1940 y en el Código de Bustamante, se habla de sentencia ejecutoriada [13].

CHIOVENDA [14] fue partidario de la necesidad del *exequatur* para hacerle producir cualquiera clase de efectos a la sentencia extranjera. CARNELUTTI exige igualmente su reconocimiento en todo caso, y por ello la considera como un equivalente jurisdiccional [15].

¿Tiene el «exequatur» un valor constitutivo o declarativo? Es esta una cuestión muy debatida. Lo primero significa que la sentencia extranjera no tiene valor por sí misma, y la sentencia nacional contendría el mandato jurídico objeto de aquella, como si la reprodujera. Lo segundo implica el reconocimiento del valor de la sentencia extranjera y el darle a la nacional el valor de simple aceptación de aquel dentro del territorio patrio. Nosotros nos inclinamos por la segunda doctrina, puesto que para el *exequatur* no se revisa el fondo de la sentencia extranjera, su justicia o legalidad conforme a la ley del país de origen, y por esta razón su valor intrínseco y extrínseco no se desconoce, sino que simplemente se autoriza su reconocimiento en el país donde se quiera hacer valer.

---

[12] G. J., t. LXXII, núms. 2.116-2.117, p. 373; G. J., t. XXX, núm. 1.566, p. 201-04; G. J.; t. XL, núm. 1.886, p. 165, y G. J., t. XLV, núm. 2.066, p. 697.

[13] CAICEDO CASTILLA, ob. cit., p. 494-96.

[14] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, núm. 81, p. 439 y ss.

[15] CARNELUTTI: *Sistema*, t. I, núms. 49 y ss.; *Instituciones*, t. I, núms. 67-75.

Quienes quieran hacer un estudio más amplio de este tema, pueden consultar la magnífica monografía de SENTÍS MELENDO, citada varias veces, en donde, además, encontrarán una completa bibliografía.

Para el trámite del *exequatur* existen varios sistemas. El administrativo, ante autoridades de este ramo; el judicial, ante este órgano, que puede tener dos modalidades: se permite solicitarlo directamente ante el juez que conoce de la demanda ejecutiva o del juicio en que se vaya a hacer valer la sentencia extranjera, pero este trámite tiene el inconveniente de que pueden sobrevenir diversidad de conceptos y decisiones, o se exige un trámite previo, generalmente ante el más alto tribunal nacional, cuya decisión es obligatoria para todos los funcionarios del país.

Nuestro Código de Procedimiento Civil adoptó, en buena hora, el último sistema.

252. LA SENTENCIA EXTRANJERA COMO PRUEBA EN JUICIO ANTE JUECES NACIONALES

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.

Claro, que si la legislación nacional no exige el *exequatur* o juicio de reconocimiento para darle cumplimiento a la sentencia ejecutoriada extranjera, tampoco se requerirá esta formalidad previa para que el juez nacional le reconozca valor como prueba en un juicio determinado. La duda acerca de si el *exequatur* se necesita para este último efecto, se presenta solo cuando la ley nacional lo reglamenta para el cumplimiento de la sentencia extranjera, como sucede en Colombia y en la generalidad de los países.

Este punto se encuentra tratado en admirable síntesis por SENTÍS MELENDO [16], por lo cual lo tomamos como guía. MORTARA [17] planteó el problema muy correctamente, al decir: «En sustancia, la sentencia extranjera producida como simple medio de prueba no vincula con la autoridad de la cosa juzgada, sino que deja en absoluta libertad para el examen de la cuestión en hecho y en derecho.» DIANA [18] comenta este pasaje y opina que si el juez nacional debe quedar vinculado a lo decidido en la sentencia, el reconocimiento o *exequatur* es indispensable y no en el caso contrario. MORELLI [19] coloca el problema en su preciso significado y dice que cuando se presenta como prueba una sentencia extranjera «no se trata de derivar de la sentencia extranjera el efecto de obligar al juez italiano (léase juez nacional) a reconocer y respetar como declaración autoritativa de certeza lo contenido en ella». Por último, CALAMANDREI [20] nos ofrece un admirable estudio y dice que es necesario distinguir entre la sentencia como documento probatorio de la *providencia jurisdiccional en ella contenida*, y la sentencia como prueba documental *de los hechos* que

[16] SENTÍS MELENDO, ob. cit., p. 93-101.
[17] MORTARA: *Manual*, t. II, p. 234; *Comentario*, t. V, p. 43, cita de SENTÍS.
[18] DIANA: *La sentencia extranjera*, cita de SENTÍS.
[19] MORELLI: *Il diritto processuale civile internazionale*, p. 291, cita de SENTÍS.
[20] CALAMANDREI: *La sentenza civile come mezzo di prova*, t. I, p. 108-29, cita de SENTÍS.

se afirman en las premisas de su motivación. O, como dice COUTURE [21], la sentencia como documento prueba «el hecho de haberse otorgado y su fecha» y los hechos ocurridos ante el magistrado, de los que este toma razón directa para su fallo; pero no prueba, en cambio, la verdad de los hechos de los que el juez no es testigo, porque «es juez para admitir un hecho en el juicio de que conoce; no es juez para transferir a otro proceso los juicios de verdad, que solo competen al otro magistrado»; por eso distingue entre los hechos que la sentencia *representa* y los que *admite* y dice: «La admisión de un hecho como probado es apenas un proceso intelectual del juez, que tiene valor en cuanto se refiere al caso decidido.»

Observa, por último, SENTÍS MELENDO, que la jurisprudencia argentina «ha sabido diferenciar claramente entre efecto probatorio y fuerza de cosa juzgada cuando ha resuelto que una sentencia dictada en país extranjero no es suficiente para probar la calidad de hijo natural del causante, si este tuvo su último domicilio en Buenos Aires; y que la sentencia de divorcio dictada en Montevideo, cuando se trata de un matrimonio domiciliado en nuestro país, no basta para acreditar el abandono voluntario y malicioso del hogar por parte de la esposa, a quien se demanda por cesación de alimentos, pues dicha sentencia no tendría existencia legal por falta de jurisdicción en la esfera internacional del juez que la dictó».

Del estudio anterior se deduce que si se presenta una sentencia extranjera como simple prueba en un juicio ante jueces nacionales, sin que haya recibido *exequatur*, debidamente autenticada su copia con intervención del cónsul, o agente diplomático nacional en el país de origen, solo 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 y esta no tendrá mérito para demostrar por sí sola los hechos que en sus motivaciones se dieron por probados en ese proceso extranjero. Para que la vinculación se produzca será necesario obtener el previo *exequatur*, y para probar esos hechos se requerirá trasladar en copia la prueba practicada en aquel juicio, para que el juez del nuevo la aprecie libre y soberanamente, de acuerdo con su ley nacional. Esto último es pertinente inclusive para el valor probatorio de sentencias nacionales, como lo veremos en el capítulo XXV (cfr. número 270).

---

[21] COUTURE: *Fundamentos*, p. 191.

CAPITULO XXIV

DE LA CONGRUENCIA EN LAS PROVIDENCIAS DEL JUEZ

253. Qué se entiende por congruencia

Se entiende por congruencia o consonancia el principio normativo que delimita el contenido y alcance de las resoluciones judiciales que deben proferirse a instancia de parte y de acuerdo con el sentido y alcance de tal instancia, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones (en sentido general) y excepciones de los litigantes, 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 civil, y por ello los autores suelen estudiarlo con detenimiento [1].

No se trata de un principio aplicable solo a las sentencias, sino a toda resolución judicial que deba responder a una instancia de parte, y así lo encontramos aplicado a la apelación de autos interlocutorios que solo dan competencia al superior para decidir sobre el punto objeto del recurso y en lo desfavorable al recurrente (con la excepción de la *reformatio in pejus*), como veremos en el número 310; a la admisión de la demanda, cuando el juez es incompetente territorialmente, pero se trata de fuero prorrogable, porque solo a solicitud del demandado debe negar su competencia (cfr. núms. 38 y 46); al decreto de pruebas en el proceso civil, cuando debe responder a la expresa solicitud de las partes, como sucede, desafortunadamente, en Colombia, con algunas excepciones, como la de los autos para mejor proveer, que deben ampliarse para acomodar las facultades del juez al moderno concepto de la jurisdicción y del proceso. Por eso decimos, de acuerdo con Pedro Aragoneses [2], que es un principio normativo que delimita las facultades resolutorias 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, impuesta por el ejercicio de la acción y del derecho de contradicción, y que resuelve sobre las pretensiones incoadas en la demanda y las excepciones que tienden a desvirtuarla. Esta identidad jurídica debe existir entre la sentencia, por una parte, y las pretensiones contenidas en la demanda y las excepciones oportunamente propuestas (o simplemente probadas, en Colombia) por el demandado, por la otra. No hablamos de defensas en general, porque cuando la oposición del demandado se limita a negar el derecho del actor o a señalar hechos impeditivos de su nacimiento, nada agrega al examen que el juzgador debe

[1] Pedro Aragoneses: *Sentencias congruentes*, ed. 1957; Rocco: *Trattato*, t. II, parte 7.ª; Guasp: *Derecho procesal civil*, p. 555-57; Podetti: *Tratado de los actos procesales*, Buenos Aires, 1955, p. 442 y ss.

[2] Aragoneses: *Sentencias congruentes*, p. 10.

hacer de las pretensiones que lo contienen, es decir, de la existencia y, por tanto, del nacimiento del derecho pretendido; solo la excepción, en su sentido rigurosamente técnico (cfr. núm. 239) impone al juzgador el deber de examinar puntos que no resultan necesariamente del estudio de la pretensión.

Sobre el fundamento jurídico de este principio se han presentado diversas opiniones.

Algunos consideran que se trata simplemente de una aplicación del principio dispositivo del procedimiento [cfr. núm. 19, A)]; pero se les observa que este mira a la aportación por las partes del material probatorio o de hecho, limitando la función del juez a valorarlo [3]. Esta crítica, en verdad, no es justa, porque el principio se refiere en general a que en el proceso civil son las partes quienes deben llevar la iniciativa en todo sentido, y si se le entiende así, la relación entre los dos principios aparece evidente, pero no es bastante para explicar su fundamento, ya que no da la razón de por qué debe ser una iniciativa de las partes.

Puede pensarse también que se trata de una derivación del principio de contradicción [cfr. núm. 18, E)], pero como este 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 pueda imponer una condena mayor o distinta, o absuelva sin poder hacerlo, 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.

Puede pensarse que se trata de la necesidad de impedir un exceso de poder por parte del juez; pero, como observa ARAGONESES [4], esto no explica todos los supuestos de incongruencia, como los casos de *citra petita*, y, agregamos nosotros, esa puede ser una de las finalidades del principio, más no explica su razón o fundamento.

ARAGONESES [5] considera que se trata de una derivación del principio de atendibilidad imparcial, es decir, del que impone la imparcialidad rigurosa de los funcionarios judiciales (cfr. núms. 18, C), y 150). Pero, como en los números citados lo expusimos, la imparcialidad del funcionario mira a que su criterio no esté influido por ningún sentimiento o criterio distinto del de la recta aplicación de la Ley, lo que puede ocurrir rigurosamente y no obstante por errores del juez incurrirse en algunos de los vicios que producen la incongruencia.

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 VI (cfr. núms. 20-21). El derecho de acción y de contradicción no solo impone al Estado el deber de proveer mediante un proceso en una sentencia, sino que al complementarse con el ejercicio de la pretensión y la oposición de excepciones, delimita el alcance y contenido de ese proveimiento. 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. Fija, por

---

[3] ARAGONESES, ob. cit., p. 139.
[4] ARAGONESES, ob. cit., p. 142.
[5] ARAGONESES, ob. cit., p. 144-230.

tanto, la materia sobre que debe versar la sentencia (cfr. núms. 86, 102-103, 105 y 108).

Nuestro concepto se aproxima al de GUASP, para quien el principio de la congruencia se deduce de las nociones de proceso y sentencia, relacionadas con la de pretensión [6].

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 aquel. Como lo estudiamos en el capítulo XXII, las legislaciones y la doctrina europea se inclinan a negarle al juez la facultad de declarar de oficio las excepciones, aun cuando aparezcan demostradas en los autos; en cambio, nuestro Código Judicial (art. 343) le impone al juzgador la obligación de estudiarlas oficiosamente, desde el momento en que aparezca su prueba y sin que importe que provenga del propio demandante, salvo la de prescripción y la de compensación por depender esta de la voluntad del demandado y tener un cierto sentido reconvencional. 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 ya viejo 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 la iniciativa del proceso le corresponde al demandante, y por eso debe puntualizar sus pretensiones, al paso que el principio fundamental de la recta administración de justicia y de la certeza jurídica de la sentencia, impone el examen de oficio de las excepciones, para que no se otorgue un derecho inexistente, con grave quebranto de la justicia, y porque al hacerlo no se sale del campo del litigio formado por la demanda.

Por consiguiente, en materia de excepciones, la congruencia tiene un sentido diferente, según el sistema acogido en la Ley: exigirá al juez que resuelva sobre todas las excepciones probadas en el juicio, en el sistema nuestro; o se le exigirá solamente respecto de las invocadas expresamente por el demandado en la debida oportunidad y le impedirá resolver sobre las demás, aun cuando aparezcan probadas, en el sistema europeo.

Nos referimos a la oportunidad legal, porque algunos códigos imponen la carga procesal de alegar las excepciones perentorias dentro de determinada etapa del proceso, con un sentido preclusivo. El nuestro, en cambio, permite invocarlas en cualquier momento antes de la sentencia, como lógica consecuencia de que aun de oficio se deben declarar en la sentencia, si aparecen probadas.

El sistema nuestro impone menores consecuencias a la inactividad del demandado e inclusive a su renuencia a comparecer una vez notificado o emplazado legalmente [7], puesto que aun así, por lo general, podrá sobrevenir sentencia que rechace las pretensiones del demandante, con base en excepciones que resulten de las mismas pruebas aducidas por este; salvo la de

[6] GUASP: *Comentarios*, t. I, p. 974, y *Derecho procesal civil*, ed. 1962, p. 533.

[7] PEDRO ARAGONESES: "La inactividad de las partes", *Revista de Derecho Procesal*, año 1960, núm. 3.

prescripción, que nuestro Código exige sea alegada, en vista de que la obligación civil prescrita subsiste como obligación natural y da derecho a conservar lo que por ella se pague, por lo cual, si el demandado no la alega, debe entenderse que está dispuesto a satisfacerla como obligación natural, y la de compensación, porque no puede imponerse a quien no la reclama. Hay algunos juicios en que la falta de oposición conlleva sentencia favorable al actor, como los posesorios y lanzamientos.

Menos sencillo es delimitar el alcance de la congruencia en relación con la demanda. En derecho romano se conocía este principio, y de él provienen las máximas con que se suele representarlo: *Sententia debet esse conformis libello*; *ne aet judex ultra, extra o citra petita partium*; *tantum litigatum quantum judicatum*; *judez judicare debet secundum alligata et probata.* El último es aplicable también a la congruencia en relación con las excepciones, como acabamos de explicar; pero en nuestro sistema, para las excepciones rige solo aquello de *secundum probata,* y para las pretensiones se aplica también lo de *secundum alligata.*

Es frecuente que los autores y las leyes hablen de identidad entre acción y sentencia. Rocco mismo lo hace [8], pues opina que «debe haber perfecta correlación entre acción y sentencia». Pero, como lo explicamos al tratar de la litispendencia (cfr. núm. 244) y volveremos a verlo al estudiar la cosa juzgada (cfr. núms. 259-262), siempre que se trate de conocer si hay identidad entre dos demandas o una sentencia y una demanda o dos sentencias, el factor determinante es la pretensión aducida en aquellas y resueltas en estas. La acción es una misma para cada tipo de procesos: declarativo, de condena, de declaración constitutiva, ejecutivo, cautelar, ordinario o especial (esta subdividida según los diversos procedimientos). Pero dentro de cada uno de estos tipos, la pretensión varía de acuerdo con sus tres elementos: sujeto, objeto y causa. Es una confusión incompatible con el moderno concepto de acción (cfr. núms. 87 y 105).

También suele hablarse de que la correlación debe existir entre demanda y sentencia. Esto es más técnico, pero debe entenderse que ello es así en cuanto en la demanda se encierra la pretensión del demandante. Por ello es mejor hablar de *identidad entre pretensión y sentencia,* ya que aquella delimita las cuestiones que se le plantean al juez para que las resuelva, con relación a un objeto, a una causa o título y respecto a ciertas personas. De ahí la importancia de esta noción de pretensión, que en el número 105 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 y nada más que sobre esto; *b*) la resolución debe basarse solo en los hechos sustanciales aducidos en la demanda y en los que constituyen las excepciones del demandado; a menos que la Ley le otorgue facultades para separarse de esos dos principios, dejando de resolver o haciéndolo de otra manera o sobre hechos o puntos diferentes, sin que esto signifique que se trate de excepciones a la congruencia.

Creemos conveniente hablar de hechos en vez de «elementos que las partes le han proporcionado» al juez, como lo hace Rocco [9], para dejar más claro que no se trata de las pruebas de esos hechos suministrados por las partes, por-

---

[8] Rocco: *Trattato,* t. II, p. 232.
[9] Rocco, ob. cit., *ibidem.*

que, aun cuando el juez debe atenerse a los elementos probatorios que encuentre en el expediente, y por regla general los procedimientos civiles continúan negándole al juez la facultad de solicitar pruebas de oficio (pese a que los modernos conceptos de jurisdicción y proceso están en desacuerdo con esa inactividad forzada), es un aspecto que mira a la legalidad de la decisión y no a su congruencia. Claro que toda sentencia incongruente es ilegal, pero no toda ilegalidad es incongruencia, como ocurre cuando se aplica indebidamente la norma legal o se incurre en errores en la apreciación o valoración de las pruebas o de los hechos, no obstante que el juzgador se limita a resolver sobre las pretensiones y excepciones de las partes.

La iniciativa o pasividad del juez en la investigación de los hechos no forma parte de la congruencia, que mira solo a la actividad de resolver. Aquellas se relacionan con los principios inquisitivo y dispositivo del procedimiento (cfr. núm. 19) y determinan la legalidad o ilegalidad de la conducta del juez en materia de pruebas, tanto en su producción como en su valoración, pero no se refieren a la congruencia del fallo, que mira solo a la armonía entre decisión y pretensión-excepción.

Los hechos que las partes aducen en la demanda configuran no solo el objeto de la pretensión, sino la causa jurídica de donde se pretende que emane el derecho para perseguir tal objeto, lo 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 alligata 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 juicio, pero no que el juez no pueda tener iniciativa para buscar esas pruebas, como debiera tenerla; si la asume más allá de los límites que la Ley le señala, será ilegal su conducta y serán nulas esas pruebas, pero la sentencia puede resultar rigurosamente congruente, lo mismo que cuando deja de darle valor a pruebas que lo tienen o le asignan a alguna un mérito que la Ley no le reconoce. Por eso todos estos errores del juzgador se atacan en casación por la causal primera de violación de norma legal y no por la segunda de falta de congruencia.

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 los alegatos ambos, no tienen ninguna significación 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, como lo explicamos al estudiar este requisito de la demanda (cfr. núm. 227), lo mismo que en la valoración de los hechos alegados y probados por las partes [10]: *Jura novit curia.*

Esta diferencia entre hechos y normas de derecho se explica también porque en aquellos 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. No es lo mismo pretender algo por una causa determinada que por otra; se puede tener el derecho en razón de aquella y no de esta. Por ello el juez debe limitarse al examen de la causa invocada en los hechos, única que el demandado

[10] Rocco: *Trattato*, t. II, p. 235.

ha controvertido y que es materia de la resolución, pero puede considerar otros hechos accesorios o circunstanciales (cfr. núms. 226 y 261).

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 asignan las normas legales.

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 o excepcionado *(citra petita).*

A) *La congruencia por «plus o ultra petita» («Ne eat judex ultra petita partium»)*

Significa esta incongruencia que la sentencia no debe otorgar cuantitativamente más de lo pretendido en la demanda; pero, 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 [11]. Si esa decisión es equivocada, se habrá violado la Ley como resultado de errores en la apreciación de la prueba o en la aplicación de las normas materiales, pero no habrá incongruencia, como tampoco la hay cuando el juez niega la totalidad de la pretensión. Es una contradicción aceptar que hay congruencia cuando se niega la pretensión totalmente y que no la hay cuando se la niega parcialmente al condenarse a menos de lo pedido.

Sin embargo, PEDRO ARAGONESES sostiene en su muy interesante y magnífico estudio sobre este tema [12] que hay incongruencia cuando «la sentencia concede menos al actor de lo que había sido admitido por el demandado, o en otra forma, que como la congruencia tiene que relacionarse con las peticiones de las dos partes contendientes, existe modificación cuantitativa por *ultra petita,* no solo cuando la sentencia concede más de lo pretendido por el actor, sino también cuando la sentencia concede más de lo resistido por el demandado». Este concepto es resultado de otro expuesto por el profesor español en estos términos: «Toda pretensión tiene que ser examinada en los límites en que ha sido combatida», es decir, que la parte de la pretensión del demandante que el demandado acepta, no tiene por qué ser resuelta en la sentencia, pues esta debe limitarse a decidir sobre la controversia [13].

Consideramos equivocada la tesis de ARAGONESES, porque 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 solo cuando la parte aceptada 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 esta, la sentencia de todas maneras debe resolver si accede o no a ella, según valga o no la prueba de confesión; pero en el primer supuesto

[11] GUASP: *Comentarios,* t. I, p. 971.
[12] ARAGONESES: *Sentencias congruentes,* p. 114, 22-30.
[13] ARAGONESES, ob. cit., p. 22, 24-30.

no puede dejar de resolver so pretexto de que no hay controversia, pues la acción ejercitada en 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 ella, como sucede en los casos de estado civil de las personas y de divorcio o nulidad del matrimonio o de separación de bienes entre los esposos.

La doctrina en general y la jurisprudencia de nuestra Corte se separan del concepto de ARAGONESES, como nosotros lo hacemos [14].

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 otorgarle al demandado más de lo que pide. En nuestro sistema legal esto ocurrirá solo cuando se declaren de oficio las excepciones de prescripción y de compensación.

Pero hay que tener en cuenta que esta 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 (C. Pr. Lab., art. 50).

Por consiguiente, *la incongruencia se presenta solo cuando el sentenciador rebasa las facultades oficiosas que la Ley le otorga* [15], al resolver sobre las pretensiones y excepciones de las partes. Lo mismo sucede en materia de *extra petita.* Pero no se trata de otra clase de incongruencia y ni siquiera de otro caso de *ultra* o *extra petita,* sino de que deben reunirse las dos circunstancias para que estas existan: la desarmonía entre lo resuelto y lo pedido o las excepciones, más la ausencia de norma legal que autorice al sentenciador para obrar asi oficiosamente. En esto nos separamos de ARAGONESES [16], quien cree ver entonces un caso de *ultra petita* por modificación cualitativa de la atendibilidad. Un ejemplo en Colombia es la facultad que la ley 50 de 1936 le otorga al juez para declarar de oficio la nulidad absoluta de actos o contratos, cuando esta aparece manifiesta en los autos.

Entendemos que haya *desarmonía cualitativa* cuando se otorga un derecho diferente sobre el mismo bien o una relación jurídica similar, pero diferente, y entonces se incurre en *extra petita,* porque se concede lo que no se pide, como sucede cuando se reclama la restitución de un bien como simple arrendador y se decreta como propietario; o se solicita la entrega en tenencia de un bien y se decreta en posesión; o se condena por una suma a título de donación, cuando se ha solicitado por causa de un préstamo, es decir, cuando se otorga lo mismo, pero por *causa petendi* distinta.

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.

---

[14] ROCCO: *Trattato,* cita anterior; GUASP: *Comentarios,* t. I, p. 964 y ss., y *Derecho procesal civil,* p. 555-56.

[15] ARAGONESES, ob. cit., p. 115.

[16] ARAGONESES, ob. cit., p. 89 y 115.

B) *Incongruencia por «extra petita» («Ne eat judex extra petita partium»)*

Existe esta incongruencia cuando el sentenciador sustituye una de las pretensiones del demandante por otra y cuando, además de otorgar las primeras, concede algo adicional. Se incurrirá, además, en *citra petita* si se deja de resolver sobre el punto pedido; pero puede ocurrir que este sea negado, en cuyo caso no existirá *citra petita,* y que se otorgue en su lugar algo distinto, por lo que habrá *extra petita.*

Consideramos que también existe *extra petita* cuando se otorga lo pedido, pero por una *causa petendi* distinta a la invocada en la demanda, ya que siendo esta uno de los elementos que estructuran la pretensión, si varía se habrá concedido algo diferente de lo pedido en la demanda. Es el caso de desarmonía cualitativa que comentamos al final del parágrafo anterior.

Esto ocurrirá cuando la sentencia se fundamenta en hechos esenciales distintos de los invocados en la demanda, pero no cuando sean accesorios o secundarios (cfr. núms. 226 y 261), ni cuando se apliquen normas de derecho por iniciativa del juzgador, ya que para esto tiene absoluta libertad (cfr. número 227). Este criterio se aplica para efectos de saber si existe litispendencia o cosa juzgada (cfr. núms. 244 y 261).

Una vez más aparece la importancia de determinar con exactitud lo que se entiende por pretensión y sus elementos (cfr. núm. 87 y 105).

Como ya observamos, 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 materia laboral y en lo civil con la nulidad absoluta del título o contrato (ley 50 de 1936, art. 20).

C) *Incongruencia por «citra petita» («Ne eat judex citra petita partium»)*

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 (las dos clases se comprenden en las perentorias de nuestro Código y el español, como vimos, en los núms. 243-244). Respecto a las excepciones, bastará en nuestro sistema legal que aparezcan probadas, pero en el europeo se requerirá que hayan sido invocadas o propuestas por el demandado. Las de prescripción y compensación tienen entre nosotros este último tratamiento y deben ser alegadas. Pero pueden estar resueltas tácitamente y entonces no existirá incongruencia (cfr. núm. 270).

Existirá entonces una sentencia negatoria de justicia o solo incompleta, con la cual el juzgador no cumple a cabalidad el deber que al Estado le impone el derecho de acción y de contradicción (cfr. núms. 21, 86 y 102). Lo primero ocurrirá cuando se deniegue la decisión en el fondo, sin ser procedente la inhibición, o cuando se aplace 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. Mas hay que tener en cuenta que cuando existe una resolución implícita, no se configura la incongruencia.

No hay que confundir la incongruencia por omitir la decisión, con la reso-

lución que condena en abstracto o genéricamente y deja para un incidente posterior a la ejecutoria de la sentencia el fijar su monto o cuantía, tal como lo autoriza nuestro Código en el artículo 553. 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 aquella o de estos. 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 estas deben ser examinadas solo cuando es negada la principal (en cambio, hay *plus petita* si se declaran principales y subsidiarias); cuando se trata de peticiones alternativas a voluntad del demandado o a juicio del juez y se acoia 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 existe una indebida acumulación de pretensiones y sea competente el juez solo para algunas o corresponda a una o a varias un trámite distinto, por lo cual se resuelve solamente sobre aquellas y se abstiene el juez de pronunciarse en el fondo sobre las demás, porque su obligación se limita a hacerlo respecto a las que están sujetas a su competencia y a las que sea posible resolver mediante el procedimiento escogido. Pero si se equivoca el juez al invocar estas causas de su abstención, aparecerá la *citra petita* (cfr. núm. 144).

Terminamos este punto con la observación de que cuando la Ley da facultades al juzgador para otorgar más de lo pedido (como ocurre en el proceso laboral), o para hacer declaraciones de oficio, o para declarar excepciones perentorias de oficio, o para tener en cuenta hechos demostrados a pesar de no haber sido alegados en la demanda, no se trata de excepciones al principio de la congruencia, sino de que jamás existe incongruencia cuando el juez obra dentro de las facultades que la ley le otorga.

Tampoco hay incongruencia cuando el juez hace una declaración no pedida, pero que es consecuencia natural de las pretensiones formuladas que prosperan, como cuando ordena la restitución de la cosa materia del contrato que se anula o se declara simulado, o cuando reconoce al poseedor demandado y vencido derechos sobre mejoras y prestaciones mutuas, o cuando agrega pronunciamientos accesorios que sean lógica secuela de los pedidos que prosperan.

Tampoco puede decirse que se trata de excepciones 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 las peticiones subsidiarias de la demanda, por acceder a las principales, ni varias excepciones porque prospere otra de igual alcance o una dilatoria que haga improcedente el examen de las perentorias; ni cuando se abstiene de fallar en el fondo por falta de interés para obrar o de legitimación en la causa o por petición de modo indebido u otra causa legal. En todos estos casos el principio de la congruencia se cumple a cabalidad si la abstención está justificada. Claro está, si el juez se equivoca y el fallo de fondo era procedente, existirá incongruencia por *citra petita*.

CAPITULO XXV

DE LA COSA JUZGADA

254. Importancia de esta institución

Una de las materias más importantes e interesantes del derecho procesal es la referente a la cosa juzgada, que constituye uno de sus principios fundamentales [cfr. núm. 18, letra J)]. Este principio se deduce del carácter absoluto de la administración de justicia, y significa que una vez decidido con las formalidades legales un litigio, mediante sentencia que tenga esa calidad, a las partes les está vedado plantearlo posteriormente y a los jueces resolverlo de nuevo.

Por consiguiente, la cosa juzgada o autoridad de la cosa juzgada es la inmutabilidad y definitividad de la fuerza vinculativa de ciertas sentencias ejecutoriadas.

En virtud de esta institución, la voluntad del Estado contenida en la Ley para ese litigio (cfr. núm. 24) es definitiva e inmutablemente la que el juez declara en la sentencia y mediante ella se le garantiza a la parte favorecida, como dice Chiovenda, «un bien de la vida en el caso concreto» [1].

La razón de ser de esta institución está en la necesidad de poner término a los litigios decididos por sentencia judicial para impedir su sucesivo replanteamiento por la parte desfavorecida y evitar así la incertidumbre en la vida jurídica.

Sin la cosa juzgada el trabajo de los funcionarios judiciales se desvirtuaría, ya que al serle posible a la parte insatisfecha el plantear de nuevo el litigio, dependería de la voluntad particular la eficacia en el tiempo de las sentencias y se les restaría su mayor importancia y utilidad práctica.

En la conveniencia de dar a las sentencias definitivas o en firme dictadas en juicios contenciosos esta fuerza o calidad especial, para evitar el indefinido replanteamiento de los litigios, han estado de acuerdo los autores y las legislaciones desde los tiempos del Imperio romano, con algunas excepciones para casos taxativamente señalados. No sucede lo mismo en la determinación de la naturaleza y el fundamento jurídico de la cosa juzgada y tampoco en la deli-

255. Doctrinas sobre la naturaleza y el 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 las principales teorías.

A) *Teoría de la presunción de verdad. El derecho romano y el Código de Napoleón*

En el derecho romano se consagró el instituto de la cosa juzgada con la misma finalidad y con análogos efectos que en el derecho moderno. Podía hacerse valer como excepción cuando se iniciaba entre las mismas partes otro proceso sobre el mismo asunto y se reducía a lo contenido en la parte resolutiva de la sentencia. Se ha considerado que 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 juicio posterior.

Esta teoría de la presunción de verdad, acogida por Pothier, fue llevada luego al Código de 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: la de que el juez no puede equivocarse y que la sentencia corresponde siempre a la verdad. Inclusive sucede a menudo que el juez falle correctamente, de acuerdo con el material probatorio que tiene en el expediente, pero que la verdad sea otra, y que por falta de actividad de las partes no resulte demostrada. No aparece tampoco la necesidad de presumir que toda sentencia contiene la verdad, pues lo perseguido es la estabilidad y certeza de las relaciones jurídicas que se produce con la inmutabilidad de la decisión, sea que haya correspondido o no a la verdad real. Para ello basta que la Ley imponga esta consecuencia como voluntad del Estado para el caso concreto. Esta doctrina está archivada desde el siglo pasado.

B) *Teoría de la ficción de verdad*

Es la teoría de Savigny. Luego de demostrar que existen sentencias injustas, cosa que nadie puede negar, argumenta este autor en el sentido de que es absurdo ante tal realidad presumir la verdad de toda sentencia y 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. Por consiguiente, la cosa juzgada no es más que una «ficción de verdad que protege las sentencias definitivas contra todo ataque y toda modificación». Pero esto equivale a admitir en la sentencia injusta su contenido falso y sin embargo rodearlo de tal ficción de verdad que vendría a otorgar derechos que no se tenían, lo que peca contra el concepto puramente declarativo de la sentencia (cfr. números 18, letra H), y 91). Además, como observa Rocco [2], no se le puede asignar al proceso como tarea la investigación de la verdad objetiva y a un mismo tiempo aceptar que con la ficción se crea una verdad postiza. La verdad objetiva está

[2] Rocco: *Trattato*, t. II, p. 300.

fuera del alcance de la imperfección humana, y la justicia tiene que contentarse con la verdad subjetiva, que tiene un valor relativo.

La cosa juzgada no persigue convertir en cierto lo errado ni en real lo irreal. Esto es desquiciar el fundamento de la justicia y de la jurisdicción. No es necesario esta alquimia jurídica para que las sentencias produzcan sus efectos, ni para que estos sean inmodificables. Esta teoría y la anterior no solamente pecan contra la realidad, sino que son inútiles [3].

C) *Teoría contractualista y cuasi-contractualista*

Esta teoría tiene también su raíz en el derecho romano, ya que se basa en la abolida noción del cuasicontrato de *litis contestatio,* enunciado por ULPIANO, y del cual este jurista deducía la obligación que las partes asumían de someterse al litigio y a la sentencia. Se presume un acuerdo entre las partes para iniciar el proceso, lo que pudo tener algún fundamento durante el primer período de las acciones de la Ley, en el que no existía fórmula escrita, y por esto las partes concurrían a exponer ante el magistrado la cuestión que querían someter a juicio. De estos antecedentes romanos surgió la teoría del cuasicontrato de *litis contestatio,* que contempla al proceso como un negocio privado y como el resultado del acuerdo de las partes contendientes para someterse a la decisión del juez.

Fue WILHELM ENDEMANN quien presentó primero esa teoría y 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 juicio está reñido con la realidad, y las nuevas teorías de la jurisdicción, el proceso y la acción, como nociones de derecho público y con fines de interés público, eliminaron toda idea privatista del proceso y, por tanto, de la sentencia. En el número 231 tuvimos oportunidad de referirnos a esta caduca concepción de la *litis contestatio.* Hoy puede verse en ella el momento en que queda determinada en el proceso la controversia formada por la pretensión del demandante y la oposición del demandado, si concurre a formularla; pero esto tiene un sentido relativo, porque muchos códigos, como el nuestro, permiten al demandado formular excepciones perentorias en cualquier momento de las instancias. Por tanto, en realidad, se trata de una etapa preclusiva del proceso, que comienza con la formulación de la demanda y concluye con el término que se da para contestarla, sea que se haga o no uso de este derecho.

Una modalidad de esta teoría es la que examina ROCCO [4] con el título de *teoría de la novación* y que consiste en suponer que la relación jurídico-procesal sustituye a la jurídico-material, objeto del proceso, mediante una especie de novación. En el fondo se fundamenta en la ficción del acuerdo de voluntades de las partes. Cierto es que la relación jurídico-procesal produce efectos en el derecho material, lo convierte en litigioso y lo reviste de cierta inseguridad o incertidumbre; pero como lo vimos en el número 229, de ninguna manera llega hasta sustituir ni dejar sin realidad jurídica la relación jurídico-material sobre la que discuten las partes.

---

[3] RODOLFO PABLO MIGLIORE: *Autoridad de la cosa juzgada,* Buenos Aires, 1945, p. 35-39; ABITIA ARZAPALO: *De la cosa juzgada,* México, 1959, p. 45.

[4] ROCCO: *Trattato,* t. II, p. 302.

D) *Teoría normativa o de la ley especial*

Esta teoría enseña que el Estado expresa su voluntad para el caso concreto en la sentencia y con valor de una *lex specialis*. La sentencia viene a ser, por tanto, la expresión de la última voluntad del Estado y la norma jurídica perfecta. Ha sido sostenida por VON BULOW, MERKL, BACHMANN y otros.

Esta teoría representa, sin duda, un gran avance en la investigación del tema, porque ve en la cosa juzgada un acto del Estado, impuesto por este y un instituto de derecho público, pero al identificar la sentencia con la Ley, aun limitándola al caso particular, le asigna una función creadora de derechos y le da al juez cierto papel de legislador, que no le corresponde.

Es la misma que estudia ROCCO[5] con la denominación de *teoría de la voluntad autoritaria del Estado* y que refuta breve pero rotundamente. La decisión de la sentencia no puede ser un acto de voluntad del juez, porque se limita a aplicar el elemento volitivo contenido en la norma legal; o, dicho de otra manera, el juez aplica la voluntad de la Ley y simplemente declara la solución que esta da para el caso controvertido. No es, pues, un acto de voluntad personal del juez. Tampoco explica esta teoría por qué ese acto de voluntad debe ser inmutable.

En los números 18, letra H), 91 y 245-246 explicamos por qué la sentencia tiene un valor simplemente declarativo.

E) *Teoría materialista*

Esta teoría considera la sentencia como un hecho jurídico-material y no procesal, y por esto hace recaer sus efectos únicamente sobre el derecho material o la relación jurídica privada que se ventila en el juicio. De esto resulta que la sentencia viene a ser un negocio jurídico, ya que otorga derechos subjetivos y no se limita a declarar el derecho objetivo. La sostienen PANGENSTECHER, WACH, KOHLER y otros.

Como se ve, tiene esta teoría alguna semejanza con la normativa, en cuanto ambas dan a la sentencia una función creadora de derechos subjetivos. De ahí que su principal defensor, PANGENSTECHER[6], sostenga que los efectos de la sentencia son similares a los del contrato por el cual dos personas definen una relación jurídica entre ellas, es decir, al llamado contrato de transacción, y le reconoce efectos constitutivos, especialmente cuando la sentencia es injusta, porque con ella se cambia un estado jurídico. Sin embargo, esos efectos constitutivos los hace deducir este autor de la Ley, pues la sentencia por sí misma no es constitutiva; es el legislador quien le da eficacia a su declaración. De ahí el valor de norma especial que tiene y que impide dudar de su legalidad: la sentencia no puede ser nunca contraria a derecho, porque contiene el derecho y por eso obliga a todos los jueces y a las partes. Esto explica la fuerza de la cosa juzgada.

La analogía que esta teoría encuentra entre sentencia y transacción nos

---

[5] ROCCO: obs. cits., p. 54, 55 y 302, respectivamente.

[6] ABITIA y ROCCO, obs. cits., p. 54, 55 y 302, respectivamente.

hace recordar la doctrina contractualista, con su grave error de suponer un irreal acuerdo de voluntades. Además, no se trata de que la sentencia sea análoga a la transacción, sino de que esta obliga a las partes con fuerza inmutable, porque la Ley le da el valor de cosa juzgada, siempre que no adolezca de nulidad o dolo, ni existan documentos definitivos que no pudieron ser reconocidos por una de las partes por fuerza mayor o por obra de la otra (C. C., artículos 2.475-2.483). Esas excepciones que consagra nuestra Ley para la fuerza inmutable de la transacción, son similares a las que permiten la revisión de la sentencia ejecutoriada con valor de cosa juzgada (C. J., art. 542). Además, la transacción es susceptible de resolución por incumplimiento, como contrato bilateral.

Acierta la doctrina anterior 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 derechos subjetivos, desvirtúa su anterior concepción. Creemos que hay una clara contradicción en los dos conceptos. Son pertinentes a esta las críticas hechas a la teoría normativa. Por otra parte, al decir que la sentencia contiene siempre el derecho, con valor de norma legal para el caso, se llega en el fondo a la teoría de la presunción de verdad.

MIGLIORE [7] observa, al refutar esta teoría, que en realidad el efecto constitutivo de la sentencia se explica por la cosa juzgada y no esta por aquel. Y ENRICO TULLIO LIEBMAN [8] dice que el problema de saber si la declaración de certeza contenida en una sentencia tiene una eficacia constitutiva o declarativa de las relaciones jurídicas sustanciales, no tiene nada que ver con la cosa juzgada. Esto nos parece evidente, porque el efecto propio de la cosa juzgada es darle inmutabilidad y definitividad a la decisión acogida en la sentencia, sea esta declarativa o constitutiva.

F) *La doctrina alemana moderna, conocida como teoría procesalista*

Se acostumbra llamar teoría procesalista a la creada por HELLWING y luego sostenida por STEIN, GOLDSCHMIDT y ROSENBERG. Consideramos inadecuado el término, porque en verdad son procesalistas todas las teorías que apoyan en el derecho 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 solo efectos procesales.

Para HELLWING y sus seguidores, la cosa juzgada se reduce a la declaración de certeza contenida en la sentencia, con el carácter de obligatoria e indiscutible, sin que produzca efectos sobre las relaciones y derechos sustanciales. De esto se deduce que la cosa juzgada es la fuerza vinculante de la declaración de certeza, que impone al órgano jurisdiccional la observancia de lo resuelto, y que se trata de un efecto puramente procesal. La relación jurídico-sustancial sigue siendo lo que era, cuando por error la sentencia declara algo distinto; pero no es posible una nueva decisión sobre ella.

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

[7] MIGLIORE, ob. cit., p. 44-47.

[8] LIEBMAN: *Eficacia y autoridad de la sentencia*, Buenos Aires, 1946, traducción de SENTÍS MELENDO, p. 60-62.

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 solo varían en matices más o menos importantes.

Sin embargo, podemos hacerle dos observaciones. En primer lugar, no pueden ignorarse los efectos de la cosa juzgada sobre las relaciones y derechos sustanciales, porque 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 que sobre ellos se pronuncia y que los vincula permanentemente. Así, pues, esta teoría explica lo que es la cosa juzgada en su eficacia procesal, pero no sus efectos sobre los derechos materiales. En segundo lugar, no ofrece una suficiente explicación de la razón o fundamento jurídico que sustenta la existencia de la cosa juzgada, y que indique por qué la sentencia puede producir esa fuerza vinculante definitiva. En efecto, se dice que existe un mandato público y de carácter procesal, que prohíbe resolver una misma cuestión más de una vez y que le impone al juez el deber de someterse a la declaración de certeza de la primera sentencia; pero no se señala la fuente jurídica de dicho mandato, ni se precisan sus lineamientos. Además, si no toda sentencia produce cosa juzgada, este no puede ser un efecto propio de la sentencia, sino de la Ley que le agrega esa especial calidad.

No creemos justa la crítica que TULLIO LIEBMAN[9] le hace a esta teoría, en el sentido de que confunde certeza jurídica con cosa juzgada y que ello equivale a confundir el efecto con la causa. Nos parece que los citados autores se refieren primordialmente al *efecto vinculativo inmutable* de esa certeza jurídica, que impide toda nueva resolución, lo que le agrega una calidad especial y permite explicar por qué toda sentencia contiene una declaración de certeza jurídica, pero no todas gozan de esa fuerza de vinculación definitiva. Es decir, aciertan estos autores a distinguir, expresa o tácitamente, los efectos de la simple ejecutoria de toda sentencia con los propios de la cosa juzgada. De esta suerte, viene a existir un acuerdo con LIEBMAN cuando dice, con mucho acierto, que «la cosa juzgada es una cosa más que se añade para aumentar su estabilidad». Su desacuerdo es, en cambio, evidente cuando los defensores de la tesis se refieren a los efectos sobre el derecho sustancial y frente a terceros, pues para HELLWIG solo se les aplican los de carácter constitutivo; con razón observa LIEBMAN que no puede hacerse una separación de los efectos de la sentencia para hacer valer unos y no otros, además de que resulta contradictoria la idea de una declaración de certeza con efectos constitutivos.

ROSENBERG[10] le asigna a la cosa juzgada como efecto esencial la inmutabilidad de la decisión; «no puede volver a discutirse o resolverse», y por esto el juez futuro está vinculado por la declaración de la sentencia. Dice que la teoría procesal «concuerda con la esencia del proceso, que solo inquiere lo que es, y con la esencia de la sentencia, que únicamente declara esto»; no reconoce diferencia entre sentencia justa e injusta, «que solo conduce a inútiles discusiones sobre la justicia y, precisamente, eliminadas por la autoridad de la cosa juzgada». Le formula, sin embargo, a la teoría procesal una objeción: la de

[9] LIEBMAN, ob. y p. cit.
[10] ROSENBERG: *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, p. 448-50.

que «reconoce la posibilidad y hasta la necesidad de una nueva resolución, y únicamente niega admisibilidad a una resolución *divergente*». Para él, la cosa juzgada implica «la exclusión de todo debate y resolución nuevos», punto en el que está de acuerdo con la doctrina procesal italiana y que nos parece un indudable acierto.

Para ROSENBERG la cosa juzgada es una institución de derecho público y de derecho procesal, que debe observarse de oficio por el juez aun en los países en donde las excepciones deben ser alegadas por el demandado. Estamos de acuerdo. Sin duda este ilustre profesor alemán mejoró notablemente la teoría procesalista.

G) *La doctrina italiana moderna*

Haremos un resumen de las tesis de los principales procesalistas italianos modernos:

1.° Para CHIOVENDA [11], la cosa juzgada en sentido sustancial, única que lo es verdaderamente, está contenida en la sentencia de fondo, «consiste en la indiscutibilidad de la esencia de la voluntad concreta de la Ley afirmada en la sentencia»; a su vez, la cosa juzgada formal es la que recae sobre los presupuestos procesales, sin resolver en el fondo, y por esto es una cosa juzgada aparente que significa solo la preclusión de las impugnaciones dentro del juicio Aquella garantiza un bien de la vida fuera del proceso, es decir, el derecho sustancial que declara; esta no. De este modo, para el maestro italiano, las denominaciones de cosa juzgada sustancial y formal tienen un significado muy distinto del que algunos le asignan (cfr. núm. 257), cuando las emplean para indicar los diversos efectos que produce en el derecho material y sobre el proceso (cfr. núm. 249). Por tanto, cosa juzgada formal es, para CHIOVENDA, lo que nosotros denominamos simple sentencia ejecutoriada sin valor de cosa juzgada (cfr. núms. 249 y 257).

En cuanto a su naturaleza, dice CHIOVENDA que jurídicamente «la cosa juzgada no hace referencia a la afirmación de verdad de los hechos, sino a la existencia de *una voluntad de ley* en el caso concreto». Luego agrega: «Se limita a afirmar que la voluntad de la Ley en el caso concreto es lo que el juez afirma ser la voluntad de la Ley. El juez, por tanto, en cuanto razona, no representa al Estado; lo representa en cuanto afirma su voluntad. La sentencia es únicamente la afirmación de una voluntad del Estado que garantiza a alguien un bien de la vida en el caso concreto, y solo a esto puede extenderse la autoridad de lo juzgado. Con la sentencia se llega únicamente a la certeza de la existencia de tal voluntad.» Y concluye: «Para proveer a la certeza jurídica de los litigantes, dando un valor fijo y constante a las prestaciones, la organización jurídica quiere que la actividad jurisdiccional se desarrolle una sola vez (aunque ordinariamente con la posibilidad de varios grados)».

De esta manera, CHIOVENDA distingue en forma precisa los efectos de la cosa juzgada, que él califica de sustancial, de los que corresponden a la simple preclusión de la impugnabilidad de la sentencia, es decir, a la simple ejecutoria, que él denomina cosa juzgada formal. Con la primera se tiende «a excluir no solo una decisión contraria a la precedente, sino simplemente una nueva decisión sobre lo que ya ha sido juzgado», lo que denomina función

[11] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, núms. 78, p. 412 a 422.

negativa de la cosa juzgada; pero igualmente «constriñe al juez a reconocer la existencia de la sentencia en todas sus partes sobre demandas que presuponen la sentencia».

Observa, por último, que la cosa juzgada puede darse en las sentencias y en otras providencias semejantes, que al hacerse definitivas afirmen de manera indiscutible una voluntad de ley que garantice un bien a una parte frente a la otra, cosa que ocurre con nuestros autos interlocutorios que aprueban transacciones o aceptan desistimientos definitivos.

En forma muy precisa y técnica, limita CHIOVENDA la cosa juzgada a la inmutabilidad o, como él dice, a «la indiscutibilidad» de la decisión de fondo o mérito contenida en la sentencia ejecutoriada. Le da el valor de declaración de la voluntad del Estado o de la Ley para el caso concreto, y no de acto de voluntad personal del juez, y deduce su fundamento o razón del ordenamiento jurídico, que quiere que para cada caso la actividad jurisdiccional se desarrolle solo una vez. En síntesis, la razón de la cosa juzgada está en la voluntad del Estado contenida en la Ley, que obliga a respetar la sentencia en futuros procesos.

TULLIO LIEBMAN [12] critica la doctrina de CHIOVENDA y dice que limita la cosa juzgada a la declaración de certeza; que la afirmación de una voluntad de ley constituye el contenido de toda sentencia y no la cosa juzgada; que la obligatoriedad es un efecto de la sentencia y no de la cosa juzgada. Por último, observa que CHIOVENDA hace de la cosa juzgada un efecto de la sentencia, cuando es algo diferente. Con excepción de la última observación, creemos que la crítica anterior peca por exagerada, porque de las transcripciones que hicimos se infiere que CHIOVENDA no reduce la cosa juzgada a la simple declaración de certeza, sino a la indiscutibilidad de esa declaración, a la prohibición de revisarla; lo mismo puede decirse de su tesis de la afirmación de una voluntad de la ley, pues para él solo existe como cosa juzgada cuando reviste el carácter de irrevisible en juicio posterior. Además, por parte alguna aparece que le asigne a la cosa juzgada el efecto obligatorio de la sentencia, sino su inmutabilidad.

Creemos que la doctrina del gran maestro italiano estuvo muy bien encaminada, pese a que le hizo falta ahondar un poco más en la verdadera razón que sustenta la cosa juzgada y que él esboza como la voluntad del Estado representada en la organización jurídica. Nos parece correcta la observación de LIEBMAN de que CHIOVENDA hace de la cosa juzgada un efecto de la sentencia de mérito, punto que sí está revaluado por la doctrina moderna, que la considera una calidad especial y adicional que la Ley le otorga a ciertas sentencias; es decir, es un efecto de la Ley, no de la sentencia. Por eso pueden existir sentencias de mérito que por mandato legal no constituyan cosa juzgada.

2.° CALAMANDREI [13] sigue, en líneas generales, la doctrina de CHIOVENDA.

3.° Para ENRICO REDENTI [14] la cosa juzgada es también una declaración de certeza contenida en un pronunciamiento del juez, emitido con la formalidad solemne de una sentencia. Advierte que cuando se habla de cosa juzgada en un sentido puramente *procesal-formal*, se indica con ello que la sentencia ha venido a ser irrevocable por no estar sujeta a medios ordinarios de

---

[12] TULLIO LIEBMAN, ob. cit., p. 65, 66, 32 y 33.

[13] CALAMANDREI: *El proceso civil*, Buenos Aires, 1945, p. 425, 599, 601 a 605.

[14] REDENTI: *Derecho procesal civil*, t. I, p. 63-67, núm. 15.

impugnación, sin que en ella se contenga ninguna providencia de mérito; pero que solo cuando estamos en presencia de la autoridad que asume una declaración de certeza sobre el fondo de la litis, nos hallamos frente a la verdadera cosa juzgada, la que denomina, solo para distinguirla y para un mejor entendimiento, *sustancial* o *material*. Esa declaración de certeza puede ser positiva o negativa, según resulte favorable o desfavorable al actor, pero «en uno y otro caso resuelve la incertidumbre o la discusión para siempre»; no se podrá ya «tratar de invalidarla» ni aduciendo nuevas razones o hechos o excepciones o réplicas. *Ne bis in idem:* «La Ley no consiste en renovar el experimento judicial».

Como puede apreciarse, REDENTI acoge la doctrina de CHIOVENDA de la indiscutibilidad de la declaración de certeza sobre el fondo de la *litis*, por voluntad de la Ley. E igualmente considera cosa juzgada formal o procesal la sentencia ejecutoriada que, por no resolver en el fondo, no goza de esa inmutabilidad, es decir, que no hace tránsito o cosa juzgada.

4.° CARNELUTTI distingue el proceso declarativo del dispositivo, y al primero le asigna un fin de simple declaración *(accertamento)* del estado jurídico existente, y al segundo le otorga un poder constitutivo de estados jurídicos que no existen [15]. El proceso dispositivo es relativamente raro, según sus propias palabras. Esta distinción lo lleva a asignarle a la sentencia dispositiva el poder de crear derechos, como una Ley especial, opinión que hemos rechazado en varias ocasiones (cfr. núm. 60, 91) y que CARNELUTTI mismo atempera en sus *Instituciones*.

Para el eminente procesalista italiano la cosa juzgada se distingue en sustancial y formal. La primera se sefiere a la imperatividad de la decisión, es decir, a su carácter vinculativo o su obligatoriedad para las partes; la segunda mira a su inmutabilidad, o sea a la prohibición para el juez de volver a decidir el litigio ya decidido, lo que implica la preclusión del derecho a impugnar la sentencia en juicio posterior [16]. CARNELUTTI usa esta clasificación en un sentido muy diferente del que le asignan CHIOVENDA, CALAMANDREI, REDENTI y ROSENBERG, como lo vimos y lo explicaremos mejor en el número 257, pues se refiere en realidad a las dos eficacias de la cosa juzgada: la primera sobre el derecho material y la segunda sobre el proceso.

El fundamento de la cosa juzgada es para CARNELUTTI la voluntad de la Ley, como se deduce de la siguiente frase: «El legislador manda que lo que él (el juez) haya juzgado valga como si hubiese sido mandado por él mismo.» De esto deduce que «el juicio del juez hace Ley» y que se le atribuye «la eficacia de mandato», y de ahí que suele indicarse la eficacia de la cosa juzgada en el lenguaje común como su *autoridad*. Pero advierte que como «normalmente el proceso es declarativo, el mandato en que se resuelve el juicio del juez no crea, sino que declara cierta una relación jurídica preexistente». El juez debe considerar que el mandato contenido en la sentencia «vale como si para aquel caso el legislador lo hubiese mandado». Pero es un mandato singular, para la relación jurídica deducida en el juicio, que no se extiende a ninguna otra, por más similar que sea [17].

Para el maestro italiano, la eficacia material de la cosa juzgada se expande

[15] CARNELUTTI: *Sistema*, t. I, p. 157 y 158; *Instituciones*, t. I, núms. 31 y ss., p. 65 y ss.
[16] CARNELUTTI: *Sistema*, t. I, p. 323-24; *Instituciones*, t. I, núms. 78 y ss., p. 137 y ss.
[17] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 79, p. 138-39.

fuera del proceso, sobre el derecho material, al hacer obligatoria y vinculativa para las partes la decisión. En cambio, la eficacia procesal se despliega en el proceso mismo al hacer inmutable la decisión, en el sentido de que al juez le es prohibido juzgar lo que ha sido juzgado y no solo reformar la decisión. La eficacia material o imperativa no excluye que la sentencia sea modificada en juicio posterior; «la posición de la *litis* exige, pues, no solo la imperatividad, sino hasta cierto punto también la inmutabilidad del juicio». La cosa juzgada formal implica la cosa juzgada material, porque solo cuando el juicio esté dotado de imperatividad puede pasar a ser inmutable; pero también, «dentro de ciertos límites, la imperatividad de la cosa juzgada depende de la inmutabilidad», en el sentido de que «sea necesaria la exclusión de cierta posibilidad de mutación para que el juicio adquiera valor imperativo», aunque la sentencia puede ser imperativa antes de ser inmutable, como sucede cuando es apelada en el efecto devolutivo [18]. De esto resulta, en definitiva, que para CARNELUTTI las dos eficacias de la cosa juzgada se relacionan y se presuponen mutuamente.

Advierte CARNELUTTI que no se debe confundir la imperatividad propia de la cosa juzgada con la eficacia ejecutiva de la sentencia, porque esta no es propia exclusivamente de ella, ya que existe la ejecución provisional (entre nosotros, también pueden ejecutarse sentencias definitivas sujetas a revisión en juicio posterior, es decir, que no constituyen cosa juzgada, como las de alimentos, las de filiación natural que profieren los jueces de menores, la de suspensión de la patria potestad).

Por último, para CARNELUTTI, el pronunciar el juicio contenido en la sentencia es una obligación del juez, «el haberlo pronunciado constituye cumplimiento de esa obligación y tiene el efecto extintivo o liberatorio propio de todo acto debido» [19].

De la doctrina general del maestro se deduce que para él la cosa juzgada es una cuestión de derecho público, incompatible con la teoría contractualista, y que considera inexactas las doctrinas que la fundamentan en una presunción o ficción de verdad, como también la materialista que le asigna solo efectos constitutivos de derechos. Se separa de la escuela procesalista alemana en cuanto esta rechaza los efectos materiales que también se deducen de la cosa juzgada, pero son muchas las analogías de su pensamiento con el de esta escuela, no solo en el rechazo de aquellas teorías, sino en cuanto le asigna preferencialmente a la cosa juzgada el efecto vinculativo inmutable e irrevisable de la decisión, por la voluntad de la Ley. Su doctrina no se distancia en nada sustancial de la de CHIOVENDA y sus seguidores, CALAMANDREI y REDENTI, excepto en cuanto estos consideran la cosa juzgada como un efecto de la voluntad de la Ley. El párrafo transcrito últimamente constituye, como veremos, un puente que aproxima su concepto sobre el fundamento de la cosa juzgada, con el de ROCCO, aunque sin existir identidad entre ellos.

A las tesis de CARNELUTTI debemos hacerles algunas observaciones. En primer lugar, en vez de hablar de cosa juzgada material y formal, en el sentido que él le asigna a estos términos, es mejor referirse a sus efectos materiales y formales o a su eficacia material y formal, como él mismo lo hace, por las razones que en los números 256 y 257 expondremos. En segundo lugar, el ver-

[18] CARNELUTTI, ob. cit., t. I, p. 143 y 144.
[19] CARNELUTTI, ob. cit., t. I, p. 141.

dadero efecto material de la cosa juzgada no consiste en la imperatividad o poder de vinculación de la sentencia, porque esta eficacia es propia de toda sentencia ejecutoriada, sea que constituya o no cosa juzgada, como sucede con las revisables en juicio posterior, que nuestro Código Judicial contempla; el efecto material propio de la cosa juzgada es la definitividad de esa decisión, el hacer permanente y definitiva tal imperatividad, al no permitir revisión ni discusión en juicio posterior, pero esto es una eficacia inseparable de su inmutabilidad, y el mismo CARNELUTTI advierte que la eficacia imperativa no excluye que la decisión o juicio pueda ser modificado, lo que significa que aquella es característica o efecto de toda sentencia en firme y que lo es de la cosa juzgada solo en cuanto se excluye esa posibilidad de modificación. En tercer lugar, negamos que la sentencia dispositiva pueda crear derechos, y en las *Instituciones* CARNELUTTI recoge parcialmente su concepto, pues aclara que se trata en realidad de «constituir el mandato jurídico mismo del cual deriva la relación jurídica» y no de constituir esta [20]. Por esto, su concepto de que la sentencia es una Ley especial no puede ser tomado en el sentido que le asignan las escuelas normativa y materialista [cfr. puntos D) y E)].

Una mejor distinción entre ejecutoria y cosa juzgada y un estudio más completo de la primera conducen a precisar la verdadera eficacia material de la segunda y a hablar de definitividad en vez de imperatividad u obligatoriedad para distinguirla; es decir, a darle un sentido sustancial de definitividad de los efectos de la sentencia sobre las relaciones jurídicas de derecho material y no de preclusión de los medios de impugnación ni de simple obligatoriedad para las partes, porque estos son efectos de toda sentencia en firme, aun cuando no tenga valor de cosa juzgada.

5.° UGO ROCCO aporta algunas ideas originales a esta materia [21]. Rechaza, como los anteriores, las teorías de la presunción y la ficción de verdad, la contractualista, la normativa, la materialista, y le formula algunas observaciones a la procesalista alemana, como ya lo explicamos. ROCCO ve en la cosa juzgada algo distinto de la voluntad del juez y le asigna, además de los efectos procesales directos de inmutabilidad de la decisión, efectos declarativos sobre el derecho material, que él considera sustanciales e indirectos, como influencia normal de los hechos procesales sobre el derecho sustancial y que en síntesis hace consistir en «la fijeza y estabilidad de las relaciones jurídico-sustanciales» con respecto a su regulación jurídica.

En la doctrina de ROCCO se precisa mejor la verdadera eficacia material de la cosa juzgada, porque no la hace consistir simplemente en su imperatividad, sino en la *definitividad* o fijeza y estabilidad, como él dice, de su decisión; y no habla de cosa juzgada material y formal, sino de efectos procesales y de eficacia material, lo que es más técnico, como hemos explicado (cfr. núm. anterior). En este orden de ideas, agrega: «Así, mientras la causa de la fijeza del derecho (sustancial, aclaramos) es la prohibición y, por consiguiente, la imposibilidad de obrar (autoridad de la cosa juzgada), la causa de la prohibición y, por tanto, de la imposibilidad de obrar, es la cosa juzgada.» Es decir, para ROCCO la causa de la inmutabilidad de lo resuelto es directamente la cosa juzgada, mientras que la causa directa de la fijeza del derecho material declara-

[20] CARNELUTTI, ob. cit., núm. 31, p. 66.

[21] ROCCO: *Trattato*, t. II, cap. VII, p. 305-329. La misma doctrina se encuentra en su anterior obra *Derecho procesal civil*, 2.ª ed., México, 1944, p. 275-303. Las citas que hacemos se refieren al *Trattato*, Torino, 1957.

do es esa inmutabilidad y solo indirectamente la cosa juzgada. En ello estamos de acuerdo, porque si la decisión no fuera inmutable, no podría existir definitividad en la declaración del derecho material, ya que no puede concebirse esta sin aquella. Del concepto de Rocco se deduce también que la cosa juzgada no es efecto propio de la sentencia ejecutoriada, porque esta puede ser revisable en juicio posterior, si la Ley lo permite, y entonces no existe; sino una eficacia especial que la Ley otorga a ciertas sentencias, generalmente las proferidas en juicios contenciosos. Este punto lo consideramos esencial en la doctrina contemporánea de la cosa juzgada, como varias veces lo hemos dicho.

Pero Rocco va más adelante y presenta dos tesis originales: 1.ª, los efectos materiales de la cosa juzgada «no son efectos jurídicos, sino simples consecuencias de hecho», es decir, «la fijeza o estabilidad del derecho declarado, no es más que un estado de hecho que deriva de la extinción del derecho de acción y del derecho de jurisdicción»; 2.ª, la cosa juzgada, en cuanto impide a los jueces emitir otra decisión sobre el mismo asunto, 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)*». Esta última tesis la entendemos en el sentido de que la cosa juzgada extingue el derecho de acción y de contradicción, el cual, por tanto, no puede revivir para iniciar otro proceso, y el juez ante quien se pretenda hacerlo no tiene la obligación jurisdiccional de atender la nueva demanda, sino, antes bien, le está vedado hacerlo, puesto que no se le ejercita una acción apta para ello. De ahí que agregue: «La sentencia final de fondo hecha inimpugnable marca necesariamente el momento en que el Estado agota su oficio *(functus officio)* y queda libre, por tanto, de la obligación de jurisdicción civil».

Para Rocco, al extinguirse el derecho de acción con la cosa juzgada, surge para las partes la obligación jurídica de no ejercitar el derecho de acción y de contradicción en juicio, y a esa obligación de las partes corresponde un derecho del Estado, o sea de sus órganos jurisdiccionales: el de exigir a aquellas que no pretendan ejercitar ese derecho de acción y de contradicción, ya extinguido. Al mismo tiempo, los órganos jurisdiccionales tienen la obligación jurídica de no juzgar una cuestión que ha sido ya objeto de un juicio anterior entre los mismos sujetos; e igualmente, las partes tienen el derecho de que el Estado no dicte otra sentencia de fondo o no juzgue otra vez las relaciones jurídico-sustanciales ya declaradas en la sentencia con autoridad de cosa juzgada. Tales son, para Rocco, los efectos procesales o directos de la cosa juzgada, que se presenta como «una doble prohibición de la que surgen dos obligaciones jurídicas y dos diferentes derechos subjetivos»: prohibición a las partes de volver a pretender la prestación de la actividad jurisdiccional con esos fines, y prohibición a los órganos jurisdiccionales de prestar su actividad para ello, una vez agotada con la sentencia.

Esta teoría tiene su raíz en el concepto de jurisdicción como derecho y como deber u obligación del Estado, que el mismo Rocco presenta con maestría en su *Tratado* y que nosotros acogemos (cfr. núms. 20-21). La cosa juzgada resulta así un efecto de la Ley procesal, y no de la sentencia, lo que es otro acierto en nuestro concepto, pues Rocco advierte que se trata de una «prohibición impuesta por la Ley procesal a los órganos jurisdiccionales, de la cual prohibición deriva el derecho de los que invocan a su favor la cosa juz-

gada». De ahí que considera las relaciones jurídicas que constituyen la autoridad de la cosa juzgada, como pertenecientes al derecho público.

Indudablemente, se trata de una tesis de gran fuerza, elaborada con la característica habilidad jurídica del gran profesor italiano y que merece la mayor consideración y el más cuidadoso estudio. Los efectos procesales de la cosa juzgada imponen a los órganos jurisdiccionales la prohibición y, por tanto, la obligación de abstenerse de decidir nuevamente sobre lo que fue materia de una sentencia revestida de tal valor, y otorgan a las partes el derecho correlativo de exigir esa abstención (por lo que la excepción correspondiente puede ser declarada de oficio, aun en donde se exige como regla general alegar las excepciones dilatorias y perentorias); e igualmente es claro que los órganos jurisdiccionales tienen el derecho de abstenerse de proveer en el fondo y las partes la obligación de sujetarse a lo juzgado. Esas relaciones jurídico-procesales emanan de la Ley y no de la sentencia, razón que explica por qué no todas las sentencias ejecutoriadas las producen, sino aquellas a las cuales la Ley les asigna esa especial eficacia. En estos aspectos acogemos los conceptos de Rocco.

En cambio, no podemos aceptar la tesis de la extinción del derecho de acción y contradicción, como causa de esas relaciones jurídicas y como fundamento de la autoridad de la cosa juzgada, tesis que conduce a que la parte que inicia otro proceso sobre la misma cuestión carece de acción para ello.

Si la acción, procesalmente considerada, es un derecho autónomo y abstracto, independiente, por tanto, de que el actor tenga o no el derecho sustancial pretendido e inclusive de que carezca de interés para obrar y de legitimación en la causa, o sea, de que pueda obtener o no sentencia de fondo, no nos parece posible vincular su existencia a que no haya existido un proceso y una sentencia anteriores que hayan declarado o negado con fuerza definitiva e inmutable la relación jurídico-material pretendida. Lo contrario equivale a negar la existencia de la acción cuando el actor obra temeraria e infundadamente y a condicionarla a que pueda pronunciarse una sentencia de fondo, y entonces no se explicarían todos los procesos que terminan con sentencia inhibitoria o desestimatoria de fondo por carecer el demandante de legitimación, de interés para obrar o del derecho pretendido.

La mayoría de los autores modernos, inclusive Rocco, están de acuerdo en que la cosa juzgada impide la nueva sentencia de fondo y prohíbe al juez decidir sobre lo ya juzgado. Por consiguiente, es sobre el sentido y alcance de la nueva sentencia sobre el que opera la autoridad de la cosa juzgada, cuando no se declara como excepción previa, lo que ocurre frecuentemente. Eso demuestra que el demandante ejercita una acción que no solo tiene, sino que es procesalmente válida, pues las consecuencias del proceso para la pretensión o el derecho material pretendido son ajenas a la acción como derecho abstracto y autónomo (cfr. núm. 86). Rocco mismo explica muy bien la naturaleza del derecho de acción y su independencia de la suerte que tenga la pretensión del demandante (cfr. núm. 107). Lo propio ocurre cuando se alega como excepción previa la cosa juzgada y se obtiene resolución favorable que le pone término al proceso. Entonces nos hallamos en presencia de una especie de impedimento procesal, aun cuando por naturaleza no lo sea, ya que mira a las relaciones sustanciales, por virtud de la analogía que la Ley le otorga, para impedir procesos inútiles que deban concluir con sentencia inhibitoria. Es exactamente lo que sucede cuando se permite alegar como concepción previa

la falta de interés para obrar o de legitimación en la causa, que tampoco son verdaderos impedimentos procesales, como lo explicamos al tratar de estos (cfr. núms. 137 y ss.). La circunstancia de que el proceso resulte paralizado en virtud de un impedimento procesal (excepciones dilatorias de nuestro Código) no significa que el demandante no haya ejercitado una acción, y mucho menos cuando se trata de uno que impide continuar el juicio, pero que permite iniciarlo, por tratarse de un presupuesto procesal del procedimiento y no de la acción, como allí mismo lo explicamos (cfr. núm. 141). Esto último es lo que ocurre con la cosa juzgada, como lo prueba el hecho de que por regla general se la asimila a excepción perentoria. Por eso consideramos la inexistencia de cosa juzgada como presupuesto material para la sentencia de fondo, cuando no ha sido alegada y declarada en incidente previo.

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 esta 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.

En primer lugar, obsérvese que esa extinción de la acción ejercitada en un proceso se produce con la sentencia definitiva o ejecutoriada, aun cuando no tenga valor de cosa juzgada, y por ello no se trata de un efecto propio de esta.

En segundo lugar, si la acción es un derecho abstracto y autónomo, independiente de la pretensión y del contenido y alcance de la sentencia, es indudable que *en cada demanda se ejercita una acción diferente*, así sea que se trate de reabrir un litigio clausurado por la cosa juzgada. Esto lo estudiamos al tratar de la acción y especialmente de su renuncia y cesión (cfr. núms. 86 y 101). Dijimos entonces que la acción como derecho abstracto no es renunciable, ni siquiera cuando se estipula en una transacción (cuyos efectos son análogos a los de la cosa juzgada), y por esta razón, si una de las partes trata de desconocerla y formula una demanda para ese fin, la acción estará ejercitada válidamente y será necesario oponer la respectiva excepción para impedir que el juicio se adelante y termine con sentencia de mérito. En ambos casos (de transacción y de cosa juzgada), la pretensión de querer obtener sentencia de fondo, a pesar de que la Ley lo prohíbe, es ya objeto de acción, porque esta existe siempre que se requiera la intervención del Estado mediante un proceso para cualquier fin jurídico. Es el Estado, mediante el funcionario judicial, quien debe decidir sobre la suerte de tal pretensión. La acción puede resultar paralizada a la iniciación del proceso, si prospera la excepción previa, o puede llevarlo hasta la sentencia; pero desde el momento en que el juez admite la demanda por reunir los requisitos formales y los presupuestos procesales de la acción y previos del juicio, es porque la acción existe y está ejercitada válidamente (cfr. núms. 140 y 141).

Así como el derecho procesal moderno no acepta que para la existencia de la acción se investigue el origen ni el fundamento de la pretensión (cfr. números 86 y 101), tampoco es posible aceptar que se inquiera para ello si tal pretensión fue resuelta antes negativamente por una sentencia o una transacción. El hecho de haberse extinguido la acción ejercitada en el proceso anterior no puede significar que no existe la acción incoada en el nuevo proceso. La tesis de Rocco conduce a darle al derecho de acción un sentido material,

reñido con su propio concepto, porque lo liga a la suerte del derecho sustancial resuelto en la sentencia y al contenido de la pretensión formulada, ya que para conocer si existe o no cosa juzgada es menester comparar la pretensión resuelta en aquella con la formulada en la nueva demanda. La verdad es que la cosa juzgada impide que se resuelva sobre la misma pretensión, si llega a plantearse judicialmente mediante el ejercicio de una nueva y distinta acción. Existe una acción en cada demanda, totalmente independiente de las ejercitadas en otras demandas, cualquiera que haya sido la pretensión contenida en cada una y cualquiera que sea su suerte en la sentencia. 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 GUASP [22]. Por eso es un derecho abstracto y no concreto, como ROCCO mismo lo enseña.

Cosa distinta es que el proceso pueda resultar fallido, lo que ocurre siempre que no se obtiene sentencia o que esta es inhibitoria. Pero no es resultado exclusivo de la cosa juzgada (cfr. núms. 141 a 144).

Más claro resulta el error de la tesis de ROCCO por el aspecto del derecho de contradicción. Como lo estudiamos ampliamente al examinar su naturaleza (cfr. núms. 102 y 104), este derecho existe por el solo hecho de ser admitida una demanda contra un demandado, cualesquiera que sean su contenido, su fundamento y sus fines. Por ello, en cada proceso surge ese derecho de contradicción, con absoluta independencia de cualquiera anterior, sea que haya concluido o no con una sentencia con valor de cosa juzgada.

En cada proceso se satisface y se extingue con la sentencia definitiva, sea inhibitoria o de fondo, revisable o con valor de cosa juzgada.

Si examinamos, por último, el derecho de jurisdicción, como lo entiende ROCCO y lo consideramos nosotros (cfr. núms. 20 y 21), las conclusiones son idénticas. Puesto que se trata de un derecho abstracto y permanente, que el Estado ejercita en cada proceso, no es admisible que se extinga por la sentencia con valor de cosa juzgada, porque solo se extingue la obligación de ejercitarla en ese proceso y en razón de esa acción. En cada proceso existe tal obligación, originada en la acción que allí se ejercita, sin que jamás se extinga la jurisdicción como potestad permanente y abstracta del Estado. La cosa juzgada impide que el ejercicio de la función jurisdiccional, que se pone en movimiento con la demanda, llegue hasta la sentencia de fondo, y permite que se le ponga término al proceso en incidente previo; pero esto significa que la cosa juzgada exime al órgano jurisdiccional de su normal obligación de proveer mediante una sentencia de fondo a través de un proceso, e igualmente le prohíbe ejercitar la jurisdicción hasta ese momento. Pero eso no significa que la jurisdicción como derecho y deber del Estado esté extinguida para el nuevo proceso, por el hecho de haberse ejercitado y satisfecho en el anterior. Como simple obligación respecto de cada proceso, puede decirse que se extingue con su cumplimiento por la sentencia definitiva, tenga o no valor de cosa juzgada; e igualmente en cada uno surge tal obligación, con independencia de los anteriores. Los límites que el ejercicio de la jurisdicción tenga en cada proceso dependen no solo de la cosa juzgada, sino de los presupuestos procesales y de los que denominamos materiales o de la sentencia de fondo, como el interés para obrar y la legitimación en la causa (cfr. núms. 137 a 144).

Tampoco compartimos la tesis de ROCCO de que los efectos sustanciales de

[22] GUASP, ob. cit., p. 597.

la cosa juzgada no son efectos jurídicos, porque la causa directa de la fijeza obtenida por el derecho material es la inmutabilidad de la decisión, que a su vez es consecuencia de la cosa juzgada. Pero esto no significa que se trate de un efecto de hecho y no de derecho, pues emana de la norma jurídica que, como voluntad del Estado, regula el instituto de la cosa juzgada. Son frecuentes los efectos jurídicos indirectos de actos o hechos jurídicos. Nosotros creemos que se trata de un efecto jurídico indirecto que determina y delimita el contenido y alcance del derecho material, que no puede concebirse independientemente de la inmutabilidad de la decisión contenida en la sentencia. En este punto se aproxima Rocco a la doctrina procesalista alemana, que solo ve efectos jurídicos procesales en la cosa juzgada.

1.° ENRICO TULLIO LIEBMAN, por su parte, critica las teorías sobre la cosa juzgada, desde la romanista de la presunción de verdad hasta la de ROCCO, como al exponerlas lo hemos visto, y concluye ofreciéndonos sus puntos de vista personales, en su magnífica monografía consagrada exclusivamente a este tema [23].

Para este jurista, el proceso y, por tanto, la sentencia no crean ni modifican las relaciones jurídico-sustanciales de las partes, sino que se limitan a declarar la certeza de ellas; pero, en todo caso, el carácter declarativo o constitutivo de la sentencia nada tiene que ver con la cosa juzgada, sino con la posición del proceso frente a la Ley y al ordenamiento jurídico. Estas observaciones nos parecen correctas, porque, como él dice, cualesquiera que sean la naturaleza y los efectos de la sentencia, queda idéntico el problema de saber si debe dársele una fuerza vinculativa inmutable, o si, por el contrario, es posible revisar su decisión en juicio posterior [24]. De esto deduce LIEBMAN que la cosa juzgada es diferente de los efectos de la sentencia, y también de la declaración de certeza que se contiene en toda sentencia, aun cuando no tenga valor de cosa juzgada; «una cosa más que se añade para aumentar su estabilidad, y que tiene valor en cuanto a todos los posibles efectos de la sentencia» [25], y no solo a la declaración de certeza. Esta afirmación nos parece igualmente cierta. Consecuencia de tal distinción es separar la eficacia de la sentencia (o sea su obligatoriedad o imperatividad para las partes, que existe siempre que esté ejecutoriada, aun cuando sea revisable en juicio posterior), de la cosa juzgada o autoridad de la sentencia, que mira a la inmutabilidad y definitividad de su decisión. Es decir, la imperatividad puede existir antes de la inmutabilidad e inclusive sin esta. En este punto acepta la opinión de CARNELUTTI [26].

Por lo demás, en el rechazo de las teorías privatistas, normativa, materialista y procesalista alemana, concuerda LIEBMAN con los dos mencionados maestros italianos, lo mismo que en considerar la definitividad de la decisión como el efecto material o sobre el derecho material de la cosa juzgada y en determinar el fundamento de su autoridad en la voluntad del Estado.

De acuerdo con las ideas anteriores, LIEBMAN define la cosa juzgada como «la inmutabilidad del mandato que nace de una sentencia» [27]; concibe su naturaleza como una cualidad especial «más intensa y más profunda, que com-

---

[23] LIEBMAN: *Eficacia y autoridad de la sentencia*, Buenos Aires, 1946, trad. de SANTIAGO SENTÍS MELENDO.
[24] SENTÍS MELENDO, ob. cit., p. 37, 48 y 49.
[25] Ob. cit., p. 37.
[26] Ob. cit., p. 56-57.
[27] Ob. cit., p. 71.

prende el acto en su existencia formal, los efectos, cualesquiera que sean, del acto mismo», con lo cual «se afirma como única e inmutable formulación de la voluntad del Estado al regular concretamente el caso particular decidido». Pero esto no significa ni una presunción ni una ficción de verdad. «Por eso el instituto de la cosa juzgada pertenece al derecho público y propiamente al derecho constitucional» [28].

Así, pues, LIEBMAN distingue claramente la eficacia y la inmutabilidad de la sentencia y dice que esta «se puede genéricamente definir como mandato, ya tenga la finalidad de declarar la certeza, ya tenga la de constituir, modificar o determinar una relación jurídica». Y agrega: «La sentencia vale como mandato, al menos en el sentido de que contiene la formulación autoritativa de una voluntad de contenido imperativo, y esto basta para que se pueda hablar, al menos desde un punto de vista formal, del mandato que nace en la sentencia». Pero como ese mandato puede ser contradicho por otro posterior, la eficacia de la sentencia no impide por sí misma que otro juez examine el asunto y decida en forma distinta. «Solo una razón de utilidad política y social» interviene para evitar esa posibilidad, y en eso consiste la autoridad de la cosa juzgada, motivo por el cual la define como lo acabamos de exponer [29].

Se refiere LIEBMAN a la distinción de cosa juzgada formal y sustancial, en el mismo sentido que le asigna CHIOVENDA. Por último, considera que la cosa juzgada tiene solo una función negativa, que es «únicamente la de impedir todo juicio diferente que contradiga o se oponga a los efectos producidos por la anterior sentencia», y por esto rechaza la opinión que la hace consistir en la prohibición al juez no solo de decidir en contradicción, sino de juzgar lo ya juzgado, y también la tesis que encuentra una función positiva en la cosa juzgada porque «es simplemente la eficacia natural de la sentencia» [30].

Sin duda, LIEBMAN le da a la noción de cosa juzgada una mayor precisión y la presenta con mejor lógica, de acuerdo con las modernas nociones de acción, jurisdiccional y proceso. En general, compartimos sus opiniones, pero le hacemos tres observaciones: creemos que la función negativa de la cosa juzgada consiste en impedir todo nuevo pronunciamiento de mérito y de fondo sobre la misma cuestión y no solo uno diferente, punto en el que se separa de los otros maestros italianos que hemos comentado; consideramos que existe una función positiva de la cosa juzgada, en cuanto produce la definitividad de la certeza en las relaciones o derechos materiales que son objeto de la decisión, y por último, no explica suficientemente el fundamento jurídico o la razón para que exista esa autoridad de la cosa juzgada como voluntad del Estado.

H) *La doctrina hispanoamericana*

Según DE LA PLAZA [31], la sentencia produce determinados efectos que pueden observarse desde tres puntos de vista: los característicos o generales, los que se relacionan con la eficacia de la decisión y los que contempla su inmutabilidad. Los primeros trascienden al derecho material, y por eso se les califica de sustanciales, como la condena en costas, la interrupción de la buena fe,

[28] Ob. cit., p. 71-72.
[29] Ob. cit., p. 70-71.
[30] Ob. cit., p. 75-77.
[31] DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, t. I, cap. VIII, p. 559-64.

la condena en frutos o intereses. Los segundos se determinan por tres factores que miran al ámbito de su eficacia, a su valor en el tiempo y a su valor en el espacio; con la eficacia se relaciona el concepto de cosa juzgada sustancial, en el sentido que le asigna CARNELUTTI. Rechaza DE LA PLAZA las teorías de la presunción y ficción de verdad y de la verdad formal, y considera la cosa juzgada, de acuerdo con GUASP, como una creación del ordenamiento jurídico y de naturaleza estrictamente jurídica. Distingue correctamente entre preclusión y cosa juzgada, y dice que por cosa juzgada formal se entiende la sentencia en firme, en oposición a la materia o sustancial, en lo cual sigue a CHIOVENDA; pero habla de la inmutabilidad de la sentencia, en el sentido de sentencia que adquiere firmeza dentro del proceso y permite su ejecución, al tiempo que se refiere a los casos excepcionales en que se quiebra la inmutabilidad por los recursos de revisión y rebeldía, que contemplan la sentencia con valor de cosa juzgada y frente a procesos posteriores. De esta manera, falta claridad en ese aspecto de su exposición y no explica la naturaleza y el fundamento de la institución.

2.° JAIME GUASP, sin duda el principal procesalista moderno español, nos ofrece un estudio muy valioso acerca de esta institución [32]. La considera, en un sentido amplio, como la «fuerza que el derecho le atribuye normalmente a los resultados procesales» obtenidos en la sentencia, y por esto en sustancia solo significa la «inatacabilidad de lo que en el proceso se ha conseguido»; es decir, la inmutabilidad de la decisión, tesis que es la de los modernos autores alemanes e italianos, sin que esto signifique que carezca de efectos materiales o sobre el derecho material. GUASP distingue certeramente esa eficacia de la cosa juzgada de los efectos de la simple ejecutoria o sentencia definitiva o firme, cuya decisión considera perfecta aun cuando esté sujeta a la eventualidad de una impugnación en proceso posterior. Además, habla de cosa juzgada formal y material en el sentido que les asigna CHIOVENDA; aquella es sentencia definitiva, no sujeta a impugnación directa o inmediata, es decir, en el mismo proceso; y esta existe cuando tampoco es posible impugnar la decisión en juicio posterior, por ataque indirecto o mediato, ya que «lo que se impide precisamente es la discusión de la materia ya decidida», y no solo la nueva decisión de fondo que la contradiga. Advierte que la ejecutabilidad de la sentencia es un defecto normal de la simple ejecutoria, pero que hay sentencias ejecutables antes provisionalmente, y que el efecto principal de la cosa juzgada formal es abrir normalmente «la posibilidad de la cosa juzgada material, es decir, la inatacabilidad de la decisión, no ya por vía de recurso, sino en cualquier otro proceso distinto y posterior», en lo cual acierta, sin duda.

En cuanto a la naturaleza de la cosa juzgada material, considera GUASP que son erradas las teorías de la presunción y de la ficción de verdad. Dice que tiene «una naturaleza neta y estrictamente jurídica» y que «es una creación del ordenamiento jurídico que, como tal, tiene solo validez y vigencia dentro del ámbito de este»; por esto afirma que «es una figura jurídica, no de derecho material, sino de derecho procesal. En otras palabras, opera, no porque transforme la situación jurídico-material existente antes de la decisión del proceso, sino porque, al margen de tal transformación, hace surgir una especial eficacia procesal que antes no existía». Compartimos también

[32] GUASP: *Derecho procesal civil*, p. 588-605.

este punto de vista, en el cual están de acuerdo los modernos autores alemanes e italianos [cfr. letras E) y F)].

Pero al explicar su fundamento, dice que «es efecto necesario del proceso mismo» o «auténtico efecto del proceso» [33], y esto significa que lo es de la sentencia, en lo que está de acuerdo con CHIOVENDA y en desacuerdo con LIEBMAN, CARNELUTTI y ROCCO, que ven en ella una calidad especial que le agrega la Ley o impone la voluntad del Estado, opinión esta última que nosotros acogemos.

Hay un aspecto importantísimo en la tesis de GUASP, y es aquel en que rechaza, sin advertirlo, la opinión de ROCCO sobre el agotamiento o extinción del derecho de acción como resultado de la cosa juzgada, cuando al explicar su fundamento dice que el proceso es, por esencia, una institución jurídica destinada a la «satisfacción de pretensiones»; lo que ocurre, sea cuando la sentencia la actúa o cuando la desestima. «Pero en uno y otro caso, la pretensión queda objetivamente satisfecha.» Y agrega: «Una vez que una pretensión ha sido satisfecha, en uno u otro sentido, no hay por qué ocuparse nuevamente de ella, pues la reproducción del litigio en tal hipótesis carecería, en realidad, de causa jurídica que la justificase.» Esta sencilla verdad «es la que late en el fondo de las antiguas construcciones sobre consunción procesal, y de las modernas, sobre agotamiento del derecho de acción». En este punto concordamos con GUASP, pues rechazamos la tesis del agotamiento absoluto del derecho de acción para procesos futuros por la cosa juzgada, en el sentido que le asigna ROCCO y que dejamos explicado, y también consideramos que es la pretensión la que realmente se satisface o extingue con la cosa juzgada al producirse la indiscutibilidad o definitividad de la decisión que sobre ella recae; la acción concretamente ejercitada en cada proceso se satisface y extingue con la sentencia definitiva o firme, haga o no tránsito a cosa juzgada, razón por la cual no es un efecto propio de esta, sino de aquella. De ahí que muy certeramente observa GUASP que la llamada excepción de cosa juzgada tiende a rechazar, según el criterio de cada derecho positivo, «la admisibilidad o la fundamentación de la pretensión correspondiente» [34]; lo primero, cuando se alega como excepción previa, y lo segundo, cuando se resuelve en la sentencia. No la admisibilidad de la acción, como dice ROCCO. Es este el aspecto más original del concepto del ilustre maestro español.

3.° PEDRO ARAGONESES [35] acoge la tesis de GUASP sobre relaciones de la pretensión y la cosa juzgada, y dice que esta constituye un obstáculo a la nueva pretensión por haber quedado satisfecha con la sentencia anterior, y la considera un efecto jurídico-procesal.

4.° EDUARDO J. COUTURE [36] define la cosa juzgada como «la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla». Debe entenderse que el autor se refiere a procesos posteriores. Dice que es «calidad, atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo». Y advierte que, además de la autoridad, el concepto se complementa con una medida de eficacia; que es inimpugnable, «en cuanto la Ley impide todo ataque ulterior tendente a obtener la revisión de la misma materia: *non bis in eadem*».

[33] GUASP, ob. cit., p. 590 y 597.
[34] Ob. cit., p. 604.
[35] ARAGONESES: *Técnica procesal*, p. 139, 330 y 596; *Sentencias congruentes*, p. 153.
[36] COUTURE: *Fundamentos*, 3.ª ed., p. 401 y ss.

Observa COUTURE que al examinar el problema de la esencia de la cosa juzgada se renueva la cuestión de determinar si obliga bajo la forma de derecho nuevo o de mera declaración de los mismos derechos. El ilustre procesalista uruguayo se inclina por la primera tesis, pero la presenta desde un punto de vista personal [37], pues dice que «la sentencia es una forma jurídica nueva que no existía antes de su expedición»; que hay casos en que la sentencia «innova con respecto al estado de cosas anterior» y la doctrina declarativa no los explica, como tampoco los cambios de jurisprudencia; de ello concluye que el derecho de la cosa juzgada «no es un derecho meramente declarado». Y agrega: «Siempre existe, entre el derecho de la Ley y el derecho de la sentencia, un cúmulo de diferencias que hacen de este una cosa distinta de aquel. No solo la certidumbre, que es ya de por sí un *quid novum* con respecto a la Ley, sino también la particularidad de la decisión proferida, la cual excluye, por sí sola, todas las otras interpretaciones y aplicaciones posibles que el juez pudo haber hecho y no hizo. El derecho de la cosa juzgada es el derecho logrado a través del proceso» [38].

De este modo, la tesis de COUTURE sobre la naturaleza de la sentencia difiere de la doctrina materialista, no obstante que niega que se limite a declarar los derechos preexistentes. Las observaciones que presenta acerca de la diferente modalidad del mandato de la sentencia y de la Ley son ciertas. Sin embargo, le objetamos que esto significa que aquella opera solo para el caso particular y produce la certidumbre en el derecho, como resultado de la definitividad de la decisión, mientras la Ley da un mandato general y abstracto que puede ser discutido judicialmente en cuanto a sus efectos para un caso concreto; pero de ninguna manera significa que no se contenga en la Ley el derecho que la sentencia declara, inclusive cuando su declaración tiene efectos constitutivos, porque entonces se limita a declarar que la Ley otorga en tales casos esos efectos constitutivos. Las diferencias en los efectos de la declaración, no excluyen la naturaleza declarativa de la sentencia. Si no fuera así, tendría un valor constitutivo o creador de derechos materiales, efectos que COUTURE no le asigna a la sentencia ni a la cosa juzgada, ya que para él aquella y esta tienen la misma naturaleza, afirmación que sí compartimos.

5.° HUGO ALSINA [39] distingue la preclusión y la cosa juzgada; dice que la segunda está destinada a «producir sus efectos fuera del proceso, protegiendo al vencedor contra cualquiera pretensión nueva respecto de la misma cosa *(exceptio res iudicata)* o acordándole el derecho de solicitar su ejecución *(actio iudicati)*»; que produce la «incontestabilidad de la sentencia definitiva», o sea su inmutabilidad, y que supone la preclusión del derecho a impugnarla tanto en su efecto como en su contenido», lo que significa que no cabe recurso alguno contra ella, «ni puede renovarse la discusión de las cuestiones que ella resuelve». Considera este procesalista argentino que «toda sentencia es declarativa en cuanto el juez aplica la voluntad abstracta de la Ley a una situación concreta, pero su eficacia varía con el contenido de esa declaración» [40]. Le observamos que la ejecutabilidad no es efecto de la cosa juzgada, sino de la sentencia ejecutoriada en general e inclusive de la apelada en el efecto devolutivo o recurrida en casación, cuando así lo autoriza la Ley.

[37] Ob. cit., p. 308-314.
[38] Ob. cit., p. 412.
[39] ALSINA: *Tratado*, Buenos Aires, 1943, t. I, p. 264.
[40] Ob. cit., t. III, p. 34; t. II, p. 124 y ss.

6.° De México podemos citar a ABITIA y a PALLARES.

EDUARDO PALLARES [41] define la cosa juzgada como «la autoridad y la fuerza que la Ley atribuye a la sentencia ejecutoriada». La autoridad reside en que es irrevocable e inmutable, en el juicio o en otro posterior; la fuerza consiste en el poder coactivo que de ella dimana, es decir, en su imperatividad. La considera como una verdadera institución y le reconoce su eficacia procesal, frente a jueces y autoridades administrativas, y material, en el comercio jurídico o relaciones entre particulares. Dice que de ellas emana la acción para hacer efectivo lo resuelto, es decir, su ejecutabilidad, lo que no es cierto, como tantas veces hemos dicho.

ABITIA ARZAPALO [42] acoge la tesis de LIEBMAN en su interesante monografía, que varias veces hemos citado.

256. 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.

A) *Importancia de la institución*

Sin la cosa juzgada, la fuerza vinculativa y la obligatoriedad de la sentencia serían transitorias y relativas, y esta no podría ejecutarse o cumplirse coercitivamente, sino de manera transitoria o provisional, puesto que estaría sujeta a que por un proceso posterior fuera revocada y se dispusiera regresar las cosas a su estado anterior, o, a falta de esto, el reintegro o la indemnización compensatoria [43]. No es la simple fuerza de obligatoriedad, imperatividad o ejecutibilidad, el efecto propio ni exclusivo de la cosa juzgada, sino la *definitividad e inmutabilidad* que a esa fuerza, propia de toda sentencia, sea que haga o no tránsito a cosa juzgada, se agrega en los casos en que la Ley le otorga esa especial calidad. Es esta una aclaración muy importante, que a menudo olvidan autores y magistrados, pues de lo contrario se llega a confundir los efectos de la ejecutoria de la sentencia con los de la cosa juzgada; es decir, su obligatoriedad y ejecutabilidad, con su inmutabilidad y definitividad (cfr. letra *f*). Hay, pues, razones fundamentales para el orden social y la seguridad jurídica, que exigen la cosa juzgada como una calidad especial de ciertas sentencias.

B) *Cuál es el objeto y fin 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 este es el fin de toda sentencia, haga o no tránsito a cosa juzgada. Pero esto no significa que la sentencia sea exactamente la voz de la Ley, ya que puede

[41] PALLARES: *Diccionario de derecho procesal civil*, México, 1960, p. 178-183, y *Derecho procesal civil*, México, 1961, p. 361 y ss.

[42] ABITIA, ob. cit., p. 389.

[43] Aclaramos en esta forma lo que al respecto decimos en el núm. 18, letra J).

adoptarse una decisión que no esté conforme a ella, por error o ignorancia o dolo. Debe entenderse más bien que la decisión contenida en toda sentencia es la manifestación de la voluntad del Estado, mediante su órgano jurisdiccional, sobre el contenido de la Ley en relación al caso concreto [44]. Con todo, este no es tampoco el efecto propio de la cosa juzgada, porque toda sentencia ejecutoriada o en firme, es decir, sin recursos dentro del mismo proceso, produce la certeza jurídica. 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 solo mientras por un nuevo proceso no se la modifique, al paso que si la hay, no será posible examinarla en otro proceso, y, por 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.

Deben distinguirse y separarse los efectos de la cosa juzgada y los propios de la sentencia ejecutoriada (cfr. núm. 249).

Así, pues, el objeto y fin de la cosa juzgada es producir la inmutabilidad y definitividad de la declaración de certeza contenida en la sentencia.

C) *Alcance y efectos de la cosa juzgada*

Tampoco significa la cosa juzgada que la parte favorecida adquiere 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, a sus causahabientes y codeudores o coacreedores solidarios o de obligación indivisible. Es el efecto relativo de la cosa juzgada, que todas las legislaciones aceptan como norma general y que solo tiene limitadas excepciones para los casos en que expresamente la Ley le otorga valor *erga omnes*. Sobre el particular, dice CARNELUTTI [45]: «La cosa juzgada vale respecto de un litigio dado, siempre que tal litigio haya sido deducido en el proceso en que se haya pronunciado la decisión.»

Es decir, la cosa juzgada se refiere siempre al litigio examinado en el juicio y resuelto por la sentencia. Para determinar ese litigio se debe recurrir a precisar cuál fue la pretensión discutida, de acuerdo con sus tres elementos (que constituyen igualmente los elementos del litigio): sujeto, objeto y causa. Para que se trate del mismo litigio y, por tanto, de igual pretensión, se necesita que los tres elementos sean idénticos; si varía uno de ellos, estaremos en presencia de una nueva pretensión y de distinto litigio y, por consiguiente, no existiría cosa juzgada.

Suele decirse que la sentencia que hace tránsito a cosa juzgada tiene una eficacia, para el caso concreto, similar a la de una norma legal, respecto a las personas que fueron sujetos iniciales o intervinientes de la relación jurídico-procesal (cfr. caps. XVII y XVIII). De ahí que CARNELUTTI la llame *lex specialis* [46]. Pero en cuanto a quienes dictan la sentencia y la Ley, la fuerza vinculativa de la primera es superior, porque esta puede ser revocada o reformada por el legislador, al paso que aquella no puede serlo en el mismo proceso por el juez que la dicta, ni siquiera cuando no es definitiva, por estar sujeta a re-

[44] REDENTI: *Derecho procesal*, Buenos Aires, 1957, t. I, p. 35.
[45] CARNELUTTI: *Sistema*, t. I, núm. 99.
[46] CARNELUTTI, ob. cit., t. I, núm. 99.

cursos, y menos cuando está ejecutoriada, constituya o no cosa juzgada, ni puede ser revisada, y mucho menos modificada por otros jueces o por el mismo, en proceso posterior, cuando tiene la fuerza de cosa juzgada. Hay otra diferencia muy importante que nos inclina a considerar poco técnica la denominación de *lex specialis* para la cosa juzgada: la norma legal puede ser y es a menudo objeto de controversia y de decisión judicial que precise su contenido y sus efectos; en cambio, la cosa juzgada no puede ser objeto de controversia ni de decisión judicial, ni siquiera para confirmarla. Por último, la Ley crea mandatos abstractos y generales, al paso que la cosa juzgada se limita a imponer como voluntad de la Ley un mandato particular y concreto, que no puede tener efectos para casos análogos y que es siempre declarativo, pues inclusive cuando aparentemente es constitutivo se limita en realidad a declarar que la Ley otorga para ese caso esos efectos constitutivos.

D) *Naturaleza y definición*

No es la cosa juzgada un efecto general y ordinario de la sentencia, sino especial, o, mejor dicho, es una calidad especial que la Ley les asigna a ciertas sentencias, en virtud del poder de jurisdicción del Estado, y que se aplica a todos los efectos de la sentencia, no solo a la declaración de certeza.

La naturaleza de la cosa juzgada es la misma de la sentencia que la contiene (cfr. núm. 246).

En la sentencia se contiene un mandato singular y concreto, que tiene su eficacia, no por emanar de la voluntad del juez, sino por la voluntad de la Ley que le otorga la función de declarar en qué forma deben surtirse sus efectos en el caso concreto. Ese mandato es obligatorio e imperativo, desde el momento en que la sentencia se ejecutoría, haga o no tránsito a cosa juzgada; y, por tal razón, no es un efecto de esta, sino de toda sentencia. Inclusive se presenta su cumplimiento provisional antes de la ejecutoria. Pero la cosa juzgada le agrega una calidad especial: la inmutabilidad y la definitividad, que son los efectos propios de ella.

Así, pues, definimos la cosa juzgada como la *calidad de inmutable y definitiva que la Ley le otorga a la sentencia, en cuanto declara la voluntad del Estado, contenida en la norma legal que aplica en el caso concreto.*

La sentencia no es reformable por el juez que la dicta, quien solo puede aclararla y corregir errores aritméticos, aun cuando sea de primera instancia y aun cuando estén pendientes los recursos de apelación y casación (cfr. números 309-311); sin embargo, su imperatividad u obligatoriedad solo surgen cuando se surte su ejecutoria, o sea cuando no exista ningún recurso contra ella, a menos que se otorgue apelación en el efecto devolutivo o se autorice su cumplimiento, a pesar del recurso de casación del demandado; pero esto nada tiene que ver con la cosa juzgada. En cambio, su definitividad e inmutabilidad, que precluye la posibilidad de que su decisión sea revisada y reformada en otro juicio por cualquier juez, sea o no el que la dictó, superior o inferior de este, se produce al mismo tiempo que su ejecutoria, cuando la Ley le da esa especial calidad (porque no toda sentencia ejecutoriada produce la cosa juzgada).

La absoluta inmutabilidad de toda decisión pecaría contra el fin de certeza jurídica del proceso y de composición justa del litigio, y por eso debe apli-

carse una solución transaccional: permitir que hasta determinado momento la decisión cambie, para imponer a partir de entonces su inmutabilidad. En ese momento, la decisión queda en firme [47]. Es decir, se debe permitir la impugnación de la sentencia por la parte interesada, para que la justicia sea más posible, pero solo hasta cierto momento, llegado el cual se considera agotado el proceso y en firme la última resolución, porque, de lo contrario, el juicio sería interminable. Si, además, se le otorga el valor de cosa juzgada, no será posible revisar su decisión, ni pronunciarse sobre su contenido siquiera, en un juicio posterior. En presencia de tal sentencia, el juez del nuevo proceso debe abstenerse de fallar en el fondo, si encuentra que hay identidad entre lo pretendido en la nueva demanda y lo resuelto en esa sentencia.

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, que le impone a ciertas sentencias esa aficacia o calidad especial, sin que esto sea inconveniente para que sus efectos se extiendan también indirectamente fuera del proceso y sobre las relaciones jurídico-materiales, como una consecuencia de la inmutabilidad de la decisión, que es su efecto directo, produciendo así la definitividad de la certeza jurídica de aquellas. Ambos son efectos jurídicos de la cosa juzgada: directo y procesal la inmutabilidad de la decisión; indirecto y material la definitividad de la certeza jurídica del derecho material declarado o de su rechazo o negación. En lo último se incluyen los efectos materiales de las llamadas sentencias constitutivas, que nosotros, de acuerdo con Rocco, denominamos más precisamente de declaración constitutiva, porque el juez, en realidad, se limita a declarar cuáles son los efectos constitutivos que la Ley les asigna a los hechos probados en el juicio.

Nada tiene que ver con la cosa juzgada el carácter declarativo, constitutivo o de condena de la sentencia, porque aquella mira a la inmutabilidad y definitividad de la decisión, cualquiera que sea su naturaleza. De ahí que, al menos en Colombia, existan sentencias de estas tres clases, que, a pesar de ser definitivas, no configuran la cosa juzgada (cfr. núm. 268), por ser posible su revisión en juicio posterior.

Se trata de una institución de derecho público y de orden público, como lo son la acción, el derecho de contradicción y la jurisdicción, de los 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, una vez formulada la demanda, propuestas las excepciones y proferida la sentencia. Es la voluntad del Estado, mediante la regulación legal, la que crea e impone la cosa juzgada como una calidad especial de ciertas sentencias, generalmente las proferidas en juicios contenciosos, pero con las excepciones que la misma Ley establece.

La regulación legal de la cosa juzgada no es indispensable para que exista una organización judicial y para que el Estado ejerza su jurisdicción, ni tampoco es de la esencia del derecho de jurisdicción del Estado. Bien podría funcionar un sistema sin ella. Pero las razones de conveniencia de orden social y político y de seguridad del orden legal positivo, la hacen necesaria en toda sociedad jurídicamente organizada.

---

[47] Carnelutti, ob. cit., t. II, núm. 105.

E) *Cómo operan los efectos de la cosa juzgada*

Los dos efectos de la cosa juzgada (el procesal y el material, su inmutabilidad y su definitividad) operan de manera análoga, ya que este es consecuencia de aquel.

El primero impone a los jueces, tanto a quienes dictaron la sentencia definitiva 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 el derecho de paralizar la acción que se ejercite con desconocimiento de ella, si se les alega y prueba como excepción previa, o de inhibirse a resolver en el fondo, si deben hacerlo en la sentencia; por otro lado, otorga a las partes el derecho de impetrar la suspensión definitiva del juicio (o solo de parte de las pretensiones incoadas cuando existe cosa juzgada parcial y no total), mediante la excepción previa o la inhibición de la decisión de fondo, si la alegan como excepción perentoria para su estudio en la sentencia, y les impone la obligación de abstenerse de revivir esa pretensión resuelta positiva o negativamente en procesos posteriores.

El segundo otorga la definitividad de la declaración de certeza contenida en la sentencia (entendida en un sentido amplio y con inclusión de las declaraciones constitutivas), haciéndola indiscutible en procesos posteriores, y por esto les otorga a las partes el mismo derecho y les impone igual obligación que el efecto procesal.

Tiene la cosa juzgada una función o eficacia negativa: la prohibición a los jueces para decidir sobre lo ya resuelto (inmutabilidad), y una función o eficacia positiva: la seguridad o definitividad que otorga a las relaciones jurídico-materiales sobre que versa la decisión.

La cosa juzgada no es, pues, un efecto de la sentencia, sino de la voluntad del Estado manifestada en la Ley que la regula.

F) *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 este punto (cfr. número 249), sobre el cual volveremos ampliamente en el número siguiente. Toda sentencia es imperativa, obligatoria y ejecutable, si impone condena, sea revisable o no en juicio posterior, y algunas antes de quedar en firme (como sucede en los casos de apelación en el efecto devolutivo y de recurso de casación). Luego no se trata de efectos de la cosa juzgada. Esta tiene influencia en aquellos, pero en cuanto los convierte en inmutables y definitivos, al excluir su revisión en juicio posterior y prohibir la nueva decisión de fondo en caso de que alguna parte pretenda desconocerla.

G) *No es técnico hablar de cosa juzgada formal y material*

Este punto merece un amplio examen, y por ello le dedicamos el número siguiente. Por ahora, nos limitamos a observar que cuando se habla de cosa juzgada formal, para significar que la sentencia está en firme, pero es revisa-

ble en juicio posterior, en realidad no existe cosa juzgada y se trata de la simple ejecutoria; y si se le asigna el sentido de que hace inmutable e irrevisable la decisión en juicio posterior, se trata entonces de los efectos procesales o de la eficacia procesal de la cosa juzgada, denominación que nos parece más técnica.

H) *Fundamento o razón jurídica de la cosa juzgada*

Estamos de acuerdo con CARNELUTTI y con ROCCO en que la sentencia definitiva representa el cumplimiento de la obligación de jurisdicción del juez, y que, por tanto, tiene el efecto extintivo o liberatorio que para todo obligado significa el cumplimiento de su obligación. Pero, por las razones expuestas al criticar la doctrina de ROCCO, consideramos que tanto el deber de jurisdicción como los derechos de acción y de contradicción, se satisfacen y extinguen con la sentencia definitiva únicamente respecto del mismo proceso.

Cada proceso se inicia mediante el ejercicio de una acción distinta y autónoma, que se extingue con la sentencia definitiva, e igualmente el derecho de contradicción que surge desde la admisión de la demanda se cumple y se extingue en cada proceso con la sentencia definitiva.

Respecto del derecho y la obligación de jurisdicción, cabe decir exactamente lo mismo, en cuanto el primero se ejerce y el segundo se origina, en cada proceso, en razón del ejercicio de la acción y del derecho de contradicción.

La acción se satisface con la sentencia definitiva, haga o no tránsito a cosa juzgada; esta es un problema de duración en el tiempo de los efectos de la sentencia, que trasciende el proceso y vincula el futuro, que no se relaciona con el derecho de acción y contradicción. La inmutabilidad y la definitividad de la decisión contenida en la sentencia se relacionan, por tanto, con las pretensiones que fueron la materia de la demanda, de las excepciones y la sentencia; son estas las que resultan definitivamente declaradas o negadas, las que quedan extinguidas en el último caso o definitivamente revestidas de certeza en el primero, como consecuencia de la cosa juzgada. Cuando una de las partes pretende seguir un nuevo juicio para volver a plantear lo que fue decidido por la sentencia con valor de cosa juzgada, lo que revive o se reinicia es la pretensión; en cambio, ejercita siempre una acción nueva y distinta.

Se justifica plenamente que el Estado prohíba el replanteamiento de pretensiones resueltas por sentencia con valor de cosa juzgada, porque respecto a ellas obró ya la jurisdicción, y es necesario impedir que un mismo litigio se reinicie sucesivamente, por las razones sociales, políticas y de seguridad jurídica de que hemos hablado.

Pero ¿cuál es el fundamento o la razón jurídica para que el Estado pueda imponer la doble prohibición y otorgar el derecho a exigir su respeto, tanto a los jueces como a las partes? ¿De dónde emanan esos dos efectos de la cosa juzgada de que hablamos en el parágrafo *e*) de este número?

Evidentemente, *de la voluntad del Estado manifestada en la Ley*, como lo aceptan los modernos autores alemanes, italianos, españoles y americanos. Pero es erróneo e innecesario buscar otro fundamento adicional a la cosa juzgada y recurrir a la tesis de la extinción de la jurisdicción (que, como potestad permanente del Estado, jamás puede extinguirse) y 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), para explicar por qué puede operar (véase nuestra crítica al concepto de ROCCO).

Creemos que la cuestión es más sencilla de lo que a primera vista parece: el fundamento o la razón jurídica de la cosa juzgada, que explica por qué existe y por qué se impone con su inmutabilidad y su definitividad tanto a jueces como a las partes, está en la *potestad jurisdiccional del Estado,* de la que emana el poder suficiente para imponer en la forma que el legislador desee los efectos y la eficacia de la sentencia definitiva.

Así como de la jurisdicción emanan los poderes de decisión, coerción, documentación y ejecución (cfr. núm. 22), también emana el poder de imponer la voluntad del Estado respecto a los efectos permanentes e inmutables de la sentencia definitiva sobre los jueces y las partes, cuando se le da el valor de cosa juzgada. De igual manera que la jurisdicción otorga a los jueces el derecho y el deber de proveer y juzgar (cfr. núm. 21), también les puede imponer el derecho y el deber de abstenerse de proveer y de juzgar cuando se les presenta la prueba de una sentencia que haga mérito de cosa juzgada para las pretensiones contenidas en la demanda. Y así como la jurisdicción les otorga a las partes el derecho a obtener una sentencia de fondo mediante un proceso y la obligación de someterse a él, si el demandante ejercita válidamente una acción y además se cumplen los presupuestos procesales y los materiales para la sentencia de mérito, de idéntica manera les impone la prohibición de pretender otro proceso y de obtener sentencia de fondo cuando existe cosa juzgada sobre la pretensión, dándole al demandado el derecho de oponer esa circunstancia, como impedimento procesal si la alega como excepción previa, o como presupuesto material con valor de excepción de fondo si la invoca para ser estudiada en la sentencia.

No hace falta, ni es pertinente, recurrir a mayores explicaciones ni a tesis más o menos hábiles para justificar lo que es una sencilla consecuencia de la potestad jurisdiccional del Estado.

257. LAS LLAMADAS COSA JUZGADA MATERIAL Y FORMAL

Con frecuencia se encuentran las denominaciones de cosa juzgada material y formal en la doctrina y en la jurisprudencia, en dos sentidos completamente diferentes, ambos en verdad equivocados y que contribuyen a rodear de confusión esta materia. Los explicaremos a continuación.

A) *Primer sentido de esta distinción*

Quienes consideran que son efectos propios de la cosa juzgada su imperatividad u obligatoriedad respecto de las partes y su inmutabilidad respecto de los jueces, con el fin de distinguirlos hablan de cosa juzgada material y formal. Esta doctrina, que no compartimos, confunde los efectos de la ejecutoria con los de la cosa juzgada (cfr. núm. 249).

Por *cosa juzgada material* entiende CARNELUTTI[48] la que se aplica, fuera

[48] CARNELUTTI: *Sistema,* t. I, p. 323, 324, 351-53; *Instituciones,* t. I, núms. 80-82, p. 141-45.

del proceso, sobre las partes y respecto de la relación jurídica objeto de la sentencia, en cuanto aquellas deben cumplir la decisión sin que les sea lícito desconocerla. Es la obligatoriedad o imperatividad de la sentencia. Pero este es un efecto propio de toda sentencia ejecutoriada, aun cuando no tenga valor de cosa juzgada y en ocasiones inclusive de sentencias no ejecutoriadas, cuando han sido apeladas en el efecto devolutivo o se permite cumplirlas a pesar del recurso de casación. Solo cuando esa obligatoriedad e imperatividad son definitivas, no solo por estar ejecutoriada la sentencia, sino porque no es posible revisar su decisión en juicio posterior, puede decirse que estamos en presencia de un efecto de la cosa juzgada. Por eso es mejor hablar de *definitividad* y dejar los términos obligatoriedad e imperatividad para los efectos de la sentencia ejecutoriada.

Por cosa *juzgada formal* entiende CARNELUTTI la que se aplica sobre el proceso, y su efecto consiste en precluir el debate sobre su justicia en procesos posteriores, lo que tiene como consecuencia la inmutabilidad de la decisión. Aquí la posición del juez es distinta de la del legislador, ya que este puede revocar su norma, al paso que aquel está impedido para reformar su mandato; el primero dispone para el pasado o el presente, y el segundo, para el futuro.

Esta inmutabilidad es condición esencial para que el fin del proceso se cumpla a cabalidad, es decir, para obtener la certeza jurídica en forma definitiva, mediante la aplicación de la voluntad concreta de la Ley al caso en litigio. En este sentido se ha dicho que se presume cierta esa voluntad del legislador declarada en la sentencia, y, por tanto, que se presume justa la decisión, aun cuando la idea de tal presunción no tiene ninguna realidad, por lo cual debe desechársela [cfr. núm. 255, A) y B)]. Como una excepción, en casos muy especiales y por motivo de moralidad y de justicia, se permite una revisión de la sentencia que tiene valor de cosa juzgada, según lo veremos (cfr. núm. 267).

Pero, en nuestro concepto, se trata en realidad de que la cosa juzgada produce efectos materiales y procesales: aquellos, sobre el derecho material, para darle de manera permanente o perpetua entre las partes la certeza jurídica o negarlo y rechazarlo con iguales efectos sustanciales (definitividad); estos, para imponer a todos los funcionarios del Estado, y no solo a los jueces, el deber de respetar la decisión y de abstenerse de revisarla en juicio posterior (ya que el juicio donde fue proferida está concluido), es decir, su inmutabilidad [49].

Téngase en cuenta que cuando la Ley ordena al juez no revivir procesos concluidos ni proceder contra sentencia de su superior, se está refiriendo a la ejecutoria y no a la cosa juzgada, y por ello estas prohibiciones operan aun cuando la sentencia en firme no tenga esta calidad. Lo mismo ocurre cuando precluye la oportunidad de impugnar la sentencia en el mismo proceso.

La inmutabilidad se traduce en una prohibición al juez para decidir de nuevo y en un proceso posterior sobre el litigio ya resuelto por una sentencia; no solamente para decidir en desacuerdo con esta, sino simplemente para que se pronuncie sobre ese litigio, como lo observan ROCCO y CARNELUTTI [50].

Esta es la eficacia procesal de la cosa juzgada, que complementa su eficacia

[49] ENRICO TULLIO LIEBMAN: *La eficacia y autoridad de la sentencia*, p. 70-72; ROCCO: *Trattato*, t. I, p. 326; JOSÉ ALFONSO ABITIA ARZAPALO: *De la cosa juzgada en materia civil*, México, 1959, p. 75, 77, 389 y 390.

[50] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 309-22; CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, p. 78 y ss.

material y significa la preclusión no solo del derecho a provocar el cambio de la decisión, sino a revisarla, como observa CARNELUTTI [51]. Pero debe entenderse revisión posterior, porque la preclusión de la impugnación en el mismo juicio es la ejecutoria.

La *obligatoriedad* y la *imperatividad* de la sentencia no son tampoco un efecto propio de la cosa juzgada, como no lo es la *ejecutabilidad*, que es resultado de aquellas, sino efectos procesales de la ejecutoria de toda sentencia, haga o no tránsito a cosa juzgada, siempre que haya habido decisión de fondo o mérito, es decir, no obstante que la Ley permita su revisión en juicio posterior.

Toda sentencia que produzca obligatoriedad tiene fuerza ejecutiva, si requiere cumplimiento. Aquella y esta pueden ser provisionales, cuando se permite el cumplimiento de la sentencia sin estar ejecutoriada. La cosa juzgada les agrega a esos efectos la calidad especial de definitivos e inmutables, y es esta calidad y no tales efectos lo que constituye la eficacia y el valor propio de la cosa juzgada.

Una vez más aparece la conveniencia de hablar de efectos materiales y procesales o de eficacia material y procesal de la cosa juzgada, en vez de cosa juzgada material y formal. Esto resulta todavía más necesario si se tiene en cuenta que la doctrina utiliza estos mismos términos en sentido totalmente distinto, como pasamos a explicarlo, lo cual contribuye a rodear de confusión una materia que puede ser entendida y explicada con sencillez y claridad.

B) *Segundo sentido de esta distinción*

Cuando una sentencia ejecutoriada no impide que en un nuevo juicio entre unas mismas partes se ventile un mismo litigio, por haberse pronunciado sin entrar a decidir sobre el fondo de las pretensiones y excepciones, suele decirse que causa solo una *cosa juzgada formal*, en el sentido de que es solo aparente. Su ejecutoria le pone fin al juicio, pero no resuelve el litigio, y por esto el fallo es inhibitorio. Pero es una expresión inadecuada, porque por cosa juzgada formal entiende también la doctrina precisamente la inmutabilidad de la decisión, como lo acabamos de explicar. Lo que sucede en esos casos es que no hay cosa juzgada.

Así ocurre cuando falta el interés para obrar o la legitimación en la causa (cfr. núms. 119 y 134), o cuando hay una ineptitud sustancial de la demanda que impide al juez conocer sobre qué debe resolver, o cuando se ha seguido un trámite inadecuado por corresponderle uno especial y haberse adelantado como ordinario o viceversa, o cuando, finalmente, no se agotó la vía administrativa en los juicios ante el contencioso-administrativo, como lo explicamos en el número 144. En síntesis, cuando falta un presupuesto para la sentencia de fondo.

Lo mismo sucede cuando la sentencia es de fondo, pero la Ley permite revisar su decisión en juicio posterior: no hay cosa juzgada y es un error hablar de cosa juzgada formal.

En cambio, cuando la sentencia ha sido de fondo o mérito y se ejecutoría, si la Ley no permite otro juicio sobre el mismo asunto, es decir, si produce la inmutabilidad de la decisión, se dice que existe *cosa juzgada material*.

---

[51] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 104.

Esa distinción, con el preciso significado que acabamos de explicar, se encuentra en la doctrina de CHIOVENDA y de sus seguidores, REDENTI y CALAMANDREI [52], como vimos, y es usada por GUASP, DE LA PLAZA y LIEBMAN (cfr. números 255 y 256).

ROSENBERG [53] usa la denominación de cosa juzgada material en el mismo sentido.

También nuestra Corte ha acogido la doctrina de CHIOVENDA en varias ocasiones y ha distinguido entre cosa juzgada material y formal, en el sentido explicado.

Pese a la gran autoridad de los tratadistas que utilizan esta clasificación con tal significado, nos parece tan inadecuada como en el primer sentido examinado. Porque si la cosa juzgada es en realidad solo la llamada material y la formal o procesal es solo aparente, es mejor hablar para el primer caso de cosa juzgada y para el segundo de sentencia ejecutoriada o en firme o definitiva, que no la produce o causa.

De esta manera hay más claridad en los conceptos y más lógica, porque lo aparente es aquello que no es real o cierto, y, por tanto, la denominación de cosa juzgada formal o procesal con ese sentido encierra una contradicción.

258. LAS MAL LLAMADAS EXCEPCIONES A LA INMUTABILIDAD DE LA COSA JUZGADA: «REBUS SIC STANTIBUS» Y NULIDAD

Los autores suelen hablar de excepciones a la inmutabilidad de la cosa juzgada, cuando la Ley permite revisar la sentencia en juicio posterior o plantear la extinción de los efectos de la sentencia por virtud de hechos nuevos posteriores a su pronunciamiento (la llamada cláusula *rebus sic stantibus*), o examinar su nulidad en juicio posterior o en incidente de ejecución o cumplimiento de la misma sentencia.

Sin embargo, como veremos luego, ninguna excepción existe al principio o a los efectos de la cosa juzgada, porque en todos esos casos se trata de una de estas dos hipótesis: o la cosa juzgada no se produce con la ejecutoria de la sentencia, lo que ocurre siempre que exista revisión en juicio posterior y cuando es nula, o los hechos posteriores que quieran hacerse valer en el nuevo proceso constituyen un litigio distinto y una pretensión diferente que no fueron examinados ni resueltos en aquella *(rebus sic stantibus)*. En ambos casos la realidad es que no hay cosa juzgada.

Por eso hemos distinguido insistentemente entre sentencia ejecutoriada y sentencia con valor de cosa juzgada.

En los números siguientes examinaremos los límites de la cosa juzgada en relación con el objeto y con la causa de la pretensión resuelta en la sentencia. Veremos entonces que si la última varía, aun cuando recaiga sobre el mismo objeto, no existe cosa juzgada que impida una nueva decisión de fondo, y esto ocurre precisamente en los casos en que se invoca la cláusula *rebus sic stantibus*, como en los alimentos y suspensión de la patria potestad, en que por hechos posteriores puede pedirse la extinción de la obligación o su suspensión (cfr. núm. 268).

---

[52] Véase cita núm. 453, letra *i*).

[53] ROSENBERG: *Derecho procesal civil*, t. II, núm. 148, p. 448 y ss.

259. 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, la cosa juzgada está sujeta a límites tanto por razón del objeto o cosa sobre que versó el litigio como por la causa o título de donde se quiso deducir el derecho y por las personas que han sido partes en ese proceso.

Estas limitaciones son consecuencia lógica del principio constitucional que prohíbe condenar a nadie sin haberlo oído y vencido y sin las formalidades del juicio prescrito por la Ley para el caso determinado (Const. Nac., arts. 26 y 28).

Si las sentencias obligaran a los terceros que no han intervenido en el juicio, se les estaría condenando sin oírlos ni vencerlos; si obligaran entre unas mismas partes para cuestiones no debatidas en el juicio ni resueltas en esas sentencias, se les estaría desconociendo el derecho del debido proceso para el juzgamiento de tales cuestiones. En ambos casos se violarían la Constitución y los principios fundamentales del derecho procesal universal (cfr. números 18 y 19).

De ahí la importancia de esos dos límites: el objetivo, que a su vez se descompone en objeto y causa, y el subjetivo. En los números siguientes los examinaremos.

260. Límite objetivo: A) Identidad de cosa u objeto («eadem res»)

El límite objetivo de la cosa juzgada está constituido por el objeto de la pretensión materia del anterior juicio, es decir, el «bien de la vida» reconocido o negado en la sentencia ejecutoriada, o sea el objeto y la relación jurídica rspecto de los cuales se aplica su fuerza vinculativa.

Como la cosa juzgada solo se aplica al litigio y a la pretensión que sobre ese objeto existe, por ello nada tiene que ver con el que se presente entre unas mismas partes y por un mismo título, pero respecto de objeto distinto. O, mejor dicho, cuando varía el objeto varía el litigio y la pretensión, y por esto nos hallamos en presencia de otros no vinculados al juicio y a la sentencia (cfr. números 105 y 253).

Este objeto lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, con respecto a una cosa o varias cosas determinadas o a la relación jurídica declarada, como en los juicios de estado civil. Porque sobre una misma cosa pueden existir diversos derechos (dominio, usufructo, habitación, etc.), y puede tenerse el mismo derecho sobre distintas cosas. Por esto, si falta la identidad del derecho o de la cosa, estaremos en presencia de un litigio y de una pretensión distintos. Entre unas mismas partes pueden existir diversas relaciones jurídicas vinculadas a una misma cosa, y la sentencia recaída sobre una no puede vincular el litigio que surja respecto de otra.

Por eso si se demanda el dominio de un bien, la sentencia desestimatoria no impide que luego se demande su usufructo; quien demanda la posesión de

una finca y no puede demostrar este derecho, «no queda por eso impedido para promover juicio de propiedad sobre la misma finca» (C. J., art. 211); ni quien demanda infructuosamente la reivindicación de un terreno, con fundamento en cierto título, no está impedido para seguir juicio contra el mismo demandado, con el mismo título, para reivindicar otro terreno, lo que sucederá cuando en la primera demanda se incurrió en error acerca de su identificación, ni para reivindicar el mismo terreno con base en otro título, en cuyo caso el objeto es el mismo, pero varía la *causa petendi*.

No hay que confundir el objeto material sobre el cual versa el juicio con el objeto de la demanda y de la sentencia. El primero es el bien sobre el cual se controvierte; el segundo, lo que se pide al juez que declare o condene en relación con ese bien. Así, por ejemplo, el objeto del juicio puede ser un bien raíz y el de la demanda su usufructo, uso o dominio. Por consiguiente, la cosa juzgada surgirá únicamente respecto de lo que se pida al juez con relación a ese inmueble y no respecto del inmueble en general. Por esa razón el juicio anterior sobre el dominio no impide que se controvierta y decida en juicio posterior sobre el uso o el usufructo del mismo bien.

Sirven para completar la exacta noción de la identidad o diversidad del objeto materia de la sentencia anterior y de la nueva demanda, las explicaciones que dimos sobre la noción de pretensión y acerca de la identidad parcial o total del objeto de las dos demandas para el efecto de saber cuándo existe litispendencia (cfr. núms. 105 y 244, punto III).

En ambos casos la identidad total o parcial del objeto produce diferentes efectos, pues al paso que aquella conduce a terminar el nuevo juicio por el incidente previo o a hacer imposible la sentencia de fondo si en esta se estudian, la identidad parcial del objeto puede permitir, sin embargo, que el nuevo juicio continúe y concluya con sentencia de fondo o mérito sobre los otros puntos que no fueron materia de la sentencia anterior o no lo son del primer juicio en curso, como en los ejemplos que pusimos al tratar de la litispendencia. Naturalmente, si el punto decidido en la sentencia con fuerza de cosa juzgada fue rechazado o negado en esta y representa una condición de los demás puntos por ser estos consecuencia de aquel, la imposibilidad de resolver sobre el primero hará imposible también resolver sobre los demás, que de esta manera quedan comprendidos en la cosa juzgada.

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, son consecuencia necesaria o dependen indispensablemente de tal decisión, o resultan resueltos tácitamente.

Cuando es posible continuar el nuevo juicio, a pesar de la litispendencia parcial, una vez concluido el primero o suprimidos de la nueva demanda los puntos en que había identidad de objeto o causa, es porque la cosa juzgada el nuevo juicio (cfr. núm. 244, punto III).
del primer juicio no impide la sentencia de fondo sobre los demás puntos, en

Cuando en una sentencia se ha resuelto sobre un todo del que forma parte el objeto 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 en razón de un título y se le niega totalmente, no puede luego pedir cien o quinientas). Pero es distinto el caso cuando se trata de los varios derechos en que puede desmembrarse otro, como la propiedad (nuda propiedad,

usufructo, habitación), pues entonces se trata de derechos jurídicamente distintos, y por eso no habrá cosa juzgada que impida el fallo sobre la pretensión de uno de estos, por haberse desestimado en sentencia anterior la de plena propiedad sobre el mismo bien.

Sin embargo, este principio no puede tomarse en su sentido de manera absoluta, sino que es indispensable examinar el contenido de la sentencia para fijar su alcance. Así, por ejemplo, si se reivindica un inmueble o se pide restitución de su tenencia y la sentencia rechaza la pretensión porque no aparece la prueba de que se tenga el derecho sobre ese globo general, sin examinar ni decir nada acerca de si se tiene derecho a una parte del mismo, no puede existir cosa juzgada que impida un nuevo juicio para reivindicar una parte de ese inmueble o reclamar la entrega de su tenencia, porque este punto no fue resuelto antes. En cambio, si en la primera sentencia se dijo que el demandante no tenía derecho alguno sobre ninguna parte de ese inmueble, sea en su resolución o en sus motivaciones que la aclaran y determinan el alcance de la cosa juzgada, existirá esta frente a la nueva demanda.

Como lo observa ABITIA [54], «la cosa juzgada es la misma cuando la segunda sentencia, dada sobre lo que ha sido discutido, como lo hace notar LAURENT, destruye o modifica en todo o en parte lo que ha sido resuelto en la primera».

Invirtiendo el mencionado principio romano, suele decirse también que *totum in parte non est* (el todo no está comprendido en la parte); pero este principio no solo es notoriamente inexacto para el problema del alcance de la cosa juzgada, sino que los casos en que se pretende aplicarlo en realidad nada tienen que ver con ella. En efecto, BONNIER [55] distingue tres casos: *a*) cuando en la sentencia se resolvió sobre una parte que es distinta de todo lo que se reclama en la nueva demanda, como el usufructo en aquella y la propiedad en esta; pero observamos que entonces los objetos son absolutamente distintos y que, por tanto, es esta la razón para que no haya cosa juzgada; *b*) cuando en el primer juicio se resolvió sobre una parte de un todo, sin que este haya sido materia de discusión ni de decisión y tampoco las otras partes, como cuando se pidió en aquel la declaración de ser dueño de una tercera parte del inmueble y luego se reclaman las otras dos terceras partes; aquí observamos, sin embargo, que si la pretensión de la nueva demanda se basa en un título diferente, no hay cosa juzgada por la diversidad de *causa petendi*, y si se trata del mismo título que fue desestimado antes por no otorgar derecho sobre ese bien al demandante, habrá cosa juzgada, porque el objeto y la causa son iguales cuando se trata de reclamar partes indivisas en el inmueble; si en ambos juicios se reclaman partes determinadas y alinderadas del inmueble y son distintas, en realidad se trata de dos bienes u objetos diferentes y entonces nada tiene que ver el principio anunciado; *c*) cuando la primera sentencia al resolver sobre una parte resuelve implícitamente sobre todo, hay cosa juzgada, ya que se extiende a esa decisión implícita, como en el ejemplo de que se reclame con base en un título de diez mil pesos y se reciba sentencia negativa, y luego se pretende reclamar con el mismo título cincuenta mil pesos (pero entonces se trata del alcance de la cosa juzgada, en virtud de la resolución implícita de cuestiones debatidas en el juicio y estudiadas en la sentencia, como ocurre

[54] ABITIA, cita anterior.
[55] BONNIER: *Tratado de las pruebas*, p. 272-73.

también en el ejemplo de la reivindicación de derechos indivisos con un mismo título y sobre un mismo inmueble, que examinamos en el punto anterior).

El principio *totum in parte non est* no tiene, pues, razón de ser ni utilidad de ninguna clase, para efectos del alcance y contenido de la cosa juzgada.

261. Límite objetivo: B) Identidad de causa («eadem causa petendi»)

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 fundamento jurídico de su aceptación o negación por el juez en la sentencia, como lo explicamos al tratar de la pretensión y de la congruencia (cfr. núms. 105 y 253).

Es necesario no confundir la causa de la pretensión y del litigio, lo mismo que de la decisión contenida en la sentencia, con *la causa de la acción* en su sentido rigurosamente procesal, porque mientras aquellas se refieren a la relación jurídico-material, esta mira al derecho de originar el proceso y obtener mediante él una sentencia, cualquiera que sea la cuestión sustancial que vaya a debatirse. La causa de la acción viene a ser entonces ese interés en obtener la actividad jurisdiccional para un caso concreto, que estudiamos ampliamente en el capítulo IX (cfr. núm. 86). Es, pues, un error hablar de objeto, de causa y de sujetos de la acción, cuando se quiera referirse a la cosa juzgada o a la litispendencia, porque en estos casos se tratará de los elementos de la pretensión y, en cuanto contiene esta, de los elementos de la demanda y del litigio, pero no de la acción (cfr. núms. 87, 105, 253). Esta confusión, muy frecuentemente todavía en los autores, es un rezago del concepto clásico privatista de la acción, y hasta en Chiovenda y en Hugo Rocco la encontramos [56]. Al explicar este los elementos de la acción, habla de la *causa petendi* como uno de ellos, y la considera como el especial interés que se persigue con cada clase de acción (declarativa, de condena o ejecutiva), que puede ser el interés para accionar, pero no la *causa petendi* invocada en la demanda, porque esta en cada caso concreto es diferente aun dentro de cada grupo de acciones y se refiere a la pretensión.

Rocco mismo dice que «el concepto de *causa petendi* debe ser sometido a una completa revisión, determinada por la concepción publicista de la acción» [57]. Esto es evidente, pero nosotros creemos que esa revisión debe consistir, por una parte, en buscarla 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, en separarla radicalmente del interés para accionar, que puede denominarse causa de la acción, lo mismo que en separarla teóricamente del título o causa real del derecho material 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. Por eso, como observa Carnelutti [58], una pretensión

[56] Chiovenda: *Principios*, Madrid, 1922, t. I, núm. 12, p. 349 y ss.; t. II, núm. 79, p. 425; Rocco: *Trattato*, t. I, p. 352.

[57] Rocco, ibídem.

[58] Carnelutti: *Instituciones*, t. I, núm. 10, p. 32-33.

puede tener razón sin que quien la proponga lo alegue, y puede no tenerla por más que quien la proponga lo afirme. Es decir, esa conformidad con el derecho depende de que se hayan incluido en la demanda los hechos jurídicos que afectivamente sirven de causa a la pretensión. Por eso dijimos, al estudiar la pretensión, que los hechos jurídicos y las conclusiones o peticiones son dos de sus elementos esenciales (cfr. núm. 105). De tales hechos se hace deducir la razón de la pretensión. Por eso puede aparecer suficientemente enunciada en el libelo de la demanda la *causa petendi* que el demandante considera el fundamento de su pretensión o de sus peticiones y carecerse, sin embargo, de verdadera razón, porque no existe la conformidad con el derecho y porque de aquella no se deduce jurídicamente esta. La *causa petendi* determina la cuestión que debe examinarse en la sentencia; la razón que efectivamente se tenga o no para esa pretensión determinará que la decisión que se adopte en la sentencia deba rechazar o aceptar tal pretensión, o sea si debe ser favorable o desfavorable al demandante; es decir, la «*causa petendi*» *es la razón formal de la pretensión,* que aparece en los hechos enunciados en la demanda; razón que puede no ser verdadera o cierta, lo que ocurrirá si de tales hechos no se deduce jurídicamente el objeto pretendido.

Como en los números 105 y 221 lo explicamos, la demanda contenciosa contiene siempre una pretensión del demandante respecto del demandado, y para la eficacia de esta se necesita que esté acompañada de la razón en que se funde, que es su soporte o basamento, la que se distingue en razón de hecho y de derecho. Dijimos entonces que no se debe confundir la *causa petendi* con la razón de derecho, y que cuando la primera permanece igual no es posible un nuevo proceso so pretexto de alegar nuevas razones jurídicas o legales. Lo que entonces expusimos acerca de la causa de la pretensión y lo que sobre este punto dijimos al tratar de la litispendencia y de la cosa juzgada como excepción previa o dilatoria, tiene aplicación para los efectos de este estudio.

Es decir, la razón de la pretensión comprende tanto los fundamentos de hecho como los de derecho, pero la *causa petendi* está formada esencialmente por aquellos; si variara porque los últimos fueran diferentes, bastaría alegar nuevas normas o distintos argumentos de derecho para que dejara de aplicarse la cosa juzgada. Esa razón de hecho se identifica con la *causa petendi* de la demanda y con el fundamento que debe tener la decisión de la sentencia, porque en ella se encierra la esencia del litigio (cfr. núms. 105 y 226)[59].

Por consiguiente, la *causa petendi* es la razón de hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión, que es el mismo fundamento jurídico del derecho pretendido; fundamento que está formado precisamente por los hechos que se afirman como soporte o fuente inmediata de la pretensión y de los cuales se hacen deducir los efectos que se quieren obtener con la sentencia.

Es en la demanda en donde debe buscarse la *causa petendi,* y los motivos o la intención del demandante solo interesan para aclarar la redacción defectuosa, siempre que resulten de su conjunto.

De lo anterior se deduce que es una noción muy distinta de la causa en los contratos y negocios jurídicos en general que, según la magnífica definición

[59] CHIOVENDA: *Principios,* t. II, núm. 79, p. 424 y ss., y t. I, núm. 12, p. 349.

del artículo 1.524 del Código Civil colombiano, es el motivo que induce al acto o contrato.

Esos hechos pueden variar aun cuando el objeto de la pretensión sea idéntico y entonces se tendrá otra *causa petendi*, y la cosa juzgada no será impedimento para el nuevo juicio. Pero debe tratarse de hechos sustanciales y no accesorios o secundarios; por eso el juez no puede apoyar su sentencia en hechos sustanciales no alegados en la demanda, aun cuando se encuentren probados, pero sí puede tener en cuenta otros hechos accesorios, como lo explicamos al tratar de la demanda y de la congruencia (cfr. núms. 226 y 253). Por ejemplo, siempre que una persona alegue ser dueña de un mismo bien, el objeto de la pretensión será uno mismo; pero esa pretensión puede fundarse en un contrato de compraventa, en una donación, en prescripción o en ocupación, lo que será su razón de hecho, y entonces la afirmación de un título de estos que no fue objeto de la decisión anterior constituirá una *causa petendi* distinta y la anterior sentencia no podrá impedir el nuevo juicio. Lo mismo sucederá si el título es análogo jurídicamente (compraventa, por ejemplo), pero no es el mismo (un distinto contrato, sea anterior o posterior). En estos casos existe una pretensión que no ha sido materia del primer juicio y sobre la cual no se ha dictado la decisión o sentencia [60].

Por consiguiente, es necesario cuidarse de no confundir la causa de la pretensión invocada en la demanda (única que se tiene en cuenta para conocer si hay litispendencia o cosa juzgada) con la causa o título del derecho material objeto de la misma pretensión. Puede suceder que coincidan, y así ocurrirá cuando el demandante tenga razón y la demanda haya sido elaborada con suficiente técnica, pero es frecuente que suceda lo contrario, y entonces podrá iniciarse un nuevo juicio sobre ese mismo objeto y entre las mismas partes, con base en la causa verdadera del derecho pretendido que no fue materia de la primera decisión. Con mayor razón es imposible confundir la causa con el derecho pretendido, que puede ser el objeto de la pretensión, en relación con un bien determinado.

Puede afirmarse que la *causa petendi* es rigurosamente *formal*, ya que debe aparecer en la demanda y se forma por lo que en esta haya invocado y ha sido materia de la sentencia. Las distinciones entre causa próxima y remota o entre causa y motivos están fuera de lugar, y es un error el querer aplicarlas en el terreno procesal, como lo hacen BONNIER, CARAVANES y otros [61]. Por ejemplo, si se reivindica la propiedad de un inmueble, no puede decirse que la causa próxima sea el derecho de propiedad sobre ese bien y la remota el título de donde emane, porque procesalmente el objeto de tal pretensión es el bien en propiedad y la *causa petendi* ese título que se invoca, como la compraventa o la prescripción, y varía según sea el uno o el otro. Por eso el objeto será distinto si luego se persigue ese inmueble en usufructo.

Coincidimos en este aspecto con LAURENT [62]. Esa distinción de causa remota y próxima para efectos de la cosa juzgada es motivo de frecuentes problemas, como el examinado por DALLOZ, TOULLIER y MARCADE sobre un caso de vicio de forma, cuyos conceptos critica LAURENT por basarse en aquella

[60] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núms. 92 y 99.

[61] EDUARDO BONNIER: *Instituciones de derecho civil*, 4.ª ed., t. I, p. 280-97; CARAVANTES, cita de EDUARDO PALLARES en *Tratado de las acciones civiles*, p. 97-100.

[62] FRANCISCO LAURENT: *Principios de derecho civil francés*, cita de ABITIA ARZAPALO, ob. cit., p. 204-10.

distinción. Se trata de la nulidad de un título invocada en el primer juicio por razón de la menor edad de un testigo, y en el segundo, por tener ese testigo el carácter de extranjero. Si se considera que la menor edad o el carácter de extranjero es la causa remota, pero la próxima es el vicio de forma, se llega a la conclusión de que hay identidad de causas y de cosa juzgada por tanto. Pero si se estudia el problema de acuerdo con lo que ha sido pedido a ambos jueces y lo que en los dos juicios se discute, se llega a la conclusión indudable de que se trata de dos causas diferentes, ya que nada se pidió ni se resolvió en el primero sobre el carácter de extranjero del testigo y sus efectos sobre la validez o nulidad del título, como lo sostiene LAURENT. Salta a la vista el error de pretender aplicar al concepto procesal de *causa petendi*, nociones propias del derecho privado, en vez de contemplar y resolver el problema dentro del marco formal de la demanda, sin ligarse naturalmente a su tenor estrictamente literal, sino desentrañando su verdadero contenido y, por tanto, el de la sentencia proferida para resolver sobre ella, como nosotros creemos que debe hacerse.

No basta, pues, la identidad del objeto ni de las partes; es necesario también que este elemento sea el mismo, para que se apliquen los efectos de la cosa juzgada. 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 juicio 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 jurídico alegado; los segundos, únicamente modalidades o detalles de este; los primeros determinan la *causa petendi*, que permanece la misma aun cuando los segundos se modifiquen (cfr. núms. 226 y 253). De lo contrario, bastaría alterar los detalles o presentar cualquier modalidad diferente para que el nuevo juicio pudiera prosperar y los efectos de la cosa juzgada se harían nugatorios.

Así, si se demanda a una persona como responsable de los daños causados por un determinado hecho suyo (un accidente automoviliario, por ejemplo), el hecho esencial será el suceso en sí y los hechos circunstanciales la forma como ocurrió (velocidad a que marchaba, ruta que se tenía, estado de ebriedad o embriaguez del conductor, visibilidad, etc.); y por esto, al ser desestimada la demanda, quedan surtidos los efectos de la cosa juzgada para ese suceso, sin que valga alegar en la nueva demanda diferentes circunstancias de estas últimas no examinadas en el juicio. Si se reivindica un bien alegando prescripción, la sentencia desestimatoria será oponible al demandante, aun cuando se sostenga que existen hechos no discutidos ni probados en el juicio anterior de los cuales se deduzca la posesión por veinte años. Si se demanda para la declaración de una filiación natural y se alega posesión de estado o concubinato entre los padres, la sentencia desestimatoria impedirá que en un mismo juicio se decida sobre la filiación con base en prueba escrita o en otra de las pruebas que acepta la Ley.

Así, pues, también hay que distinguir entre la *causa petendi* y las pruebas aducidas para demostrar los hechos que la constituyen. No pueden alegarse nuevas pruebas en contra de la cosa juzgada cuando la causa es una misma. Solo como una excepción se admite el recurso especial de revisión, «si des-

pués de pronunciada se recobran piezas decisivas detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida», para que se invalide el fallo y en su lugar se dicte sentencia ajustada a derecho; pero no se trata de que la cosa juzgada no obligue, sino de que no produce sus efectos en razón de tales hechos. Mientras tal declaración no se haga, la decisión obliga y paraliza cualquier juicio posterior (C. J., arts. 542 y 547).

Pero téngase cuidado de no confundir la causa con el derecho invocado sin consideración al título de que se hace emanar ese derecho. Es decir, no hay una misma causa por la sola circunstancia de que se reclame en ambos juicios un mismo derecho, el dominio de un mismo bien, por ejemplo, sino cuando ese dominio se hace emanar de un mismo hecho o título jurídico.

Si en la nueva demanda se invocan, además de la misma *causa petendi*, otras causas no contempladas en el primer proceso, la cosa juzgada impedirá nueva decisión sobre aquella, pero no sobre estas. Por consiguiente, si se alega la excepción como previa o dilatoria de nuestro Código, producirá apenas los efectos parciales que examinamos al tratar de esta y de la litispendencia, es decir, quedará eliminada de la demanda esa causa y podrá continuar el proceso en relación con las demás. El auto que falle la excepción puede ordenar la reforma de la demanda en ese sentido, pero esto no es necesario porque, de hecho, se entiende que ese punto ha quedado eliminado del debate judicial (cfr. núm. 244, punto III).

Es importante tener en cuenta que la calificación que en la sentencia se le dé a la pretensión o acción ejercitada, como suele decirse, puede estar reñida con la técnica jurídica y no corresponder a su verdadera naturaleza. En tal hipótesis, la cosa juzgada se configurará respecto a esta y no a tal denominación equivocada. Es la causa real y el verdadero objeto de la pretensión lo que configura su naturaleza y, por tanto, el alcance y sentido de la cosa juzgada [63].

262. Límite subjetivo (identidad de partes)

La sentencia no produce cosa juzgada sino entre las mismas partes. No se trata de identidad de personas, sino de partes; porque ya sabemos que no todas las personas que concurren a un juicio lo hacen como partes y que no siempre las partes obran personalmente, porque suelen hacerlo por intermedio de sus apoderados o representantes.

Es necesario recordar la distinción que hemos estudiado entre partes en sentido material y en sentido formal (cfr. núm. 168). Las primeras son los sujetos del litigio; las segundas, los sujetos del proceso, distintos del juez. Como estamos refiriéndonos al juicio contencioso, estos sujetos son siempre dos: demandante y demandado, cada uno de los cuales puede consistir en una o varias personas y aumentar en el curso del juicio con sus litisconsortes y coadyuvantes por intervención (cfr. núms. 177 a 199). Por consiguiente, en cuanto a la cosa juzgada, la identidad de partes se refiere a los sujetos del proceso o partes en sentido formal. Pero hay que tener en cuenta que los causahabientes a título universal o singular y los codeudores o coacreedores de obligaciones

[63] Chiovenda, cits. anteriores y t. II, núm. 41, p. 67 y 68.

solidarias o indivisibles de alguna de las partes están obligados por la sentencia de la misma manera que estas (C. J., art. 474).

Como un sujeto del litigio puede no concurrir al proceso, por eso la noción de parte debe buscarse en el proceso y no fuera de él (cfr. núms. 167-168). Es frecuente que las partes de aquel y de este sean unas mismas, pero muchas veces no es así. Puede haber sujetos de la relación jurídico-litigiosa que no figuren en el pleito (condueños, codeudores, etc.), y puede demandar quien no sea en realidad el sujeto activo de la relación, o puede demandarse a quien no sea su sujeto pasivo. Muchas personas que pueden tener interés en las resultas del juicio no concurren a este, y no todas las que lo hacen obran para la defensa de su interés, como los apoderados. Inclusive, hay casos en que el sujeto de la acción no lo es del litigio, como cuando el Ministerio público obra por propio derecho, pero en representación de un incapaz y en la sustitución procesal (cfr. núms. 134, T), y 135).

Podemos decir que han sido partes en un juicio aquellas personas cuyo litigio propio ha sido objeto de la sentencia y que hayan concurrido personalmente o por representación [64], con la excepción del caso del sustituto procesal, que obra por tener un interés propio en el litigio ajeno que es objeto del juicio (cfr. núm. 135). No se limita la noción al demandado y demandante, sino que comprende los terceros concurrentes, sea como principales autónomos o litisconsorciales o como secundarios y simples coadyuvantes de cualquiera de aquellos (cfr. núm. 191). En este sentido se dice que la cosa juzgada solo tiene fuerza vinculativa entre las partes del juicio en que se pronunció la sentencia. No basta la identidad del objeto y de la causa; si existe diferencia de partes demandante y demandado o siquiera una de ellas, se tratará de litigio distinto y de cuestión ajena al juicio y a la sentencia anteriores. Pero puede suceder que la identidad se refiera a una o a varias de las personas que forman las partes demandante y demandada y que en ellas concurran otras distintas, y entonces, como sucede con la litispendencia en estos casos (cfr. números 105, E), y 244, III), opera la cosa juzgada respecto de las primeras y no de las últimas, siempre que no sean estas causahabientes, codeudores o coacreedores de obligaciones indivisibles o solidarias, porque en ese caso les obliga la sentencia, ya que se consideran como la misma parte; ni litisconsorcios necesarios, porque, como lo explicamos al tratar de esta materia (cfr. núm. 182), no puede haber cosa juzgada para unos y no para otros, razón por la cual, si por error se pronunció 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 invisibilidad 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. La primera existe siempre que una persona está ocupando el lugar de una de las partes del juicio anterior, en la relación jurídica objeto del mismo, por ser su sucesor a título universal o singular, como en el texto transcrito se dice; o cuando, debido a la naturaleza solidaria o indivisible de la obligación, se entiende que ha estado representado por el codeudor o coacreedor que obró en el juicio y cuyos actos le favorecen o perjudican.

No se diferencian los sucesores a título singular que lleguen a serlo después de ejecutoriada la sentencia de los que adquieren esa calidad durante el

[64] CARNELUTTI: *Sistema*, t. I, núm. 99.

juicio, con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de inmuebles, o a su notificación, si de muebles; unos y otros se tienen como partes y se benefician o perjudican con el fallo; es decir, para todos ellos opera la fuerza vinculativa de la cosa juzgada.

Por consiguiente, a quienes no han sido parte en un juicio (incluyendo a los terceros concurrentes) no los puede vincular la sentencia que en él se dicte, es decir, no se les puede imponer la sujeción y la obligación contenidas en tal sentencia. De ahí la máxima *res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*, máxima que proclama la *relatividad de las sentencias* o *valor relativo de las sentencias*.

Pero téngase en cuenta que cuando se cita en debida forma a una persona con el fin de que la vincule la sentencia, por ese solo hecho queda constituida en parte, no obstante que se abstenga de hacer acto de presencia en el juicio, de la misma manera que lo es el demandado por el solo hecho de la notificación de la demanda a él mismo o a su apoderado, o curador, o representante legal.

En cambio, cuando se emplaza a terceros indeterminados como acreedores o posibles interesados en los juicios de quiebra o de concurso, para que si lo tienen a bien comparezcan a hacer valer sus derechos, esos terceros no adquieren la calidad de partes por el solo emplazamiento, sino por su intervención (cfr. núms. 172 y 197). No se produce contra ellos la cosa juzgada si no intervienen; pero como tampoco pueden impugnar en un nuevo juicio el pago hecho a quienes sí intervinieron, sufren un perjuicio irreparable al no concurrir para hacer valer sus derechos.

En otros casos, el emplazamiento y la sentencia que se dicte en ausencia de algún interesado no impiden que este siga con éxito un nuevo juicio para hacer valer sus derechos, como sucede en el caso del juicio especial para la declaración de vacante de un inmueble; el dueño que no se hizo parte puede seguir juicio ordinario reivindicatorio contra el denunciante y el municipio a quienes se haya adjudicado el bien.

263. Excepciones al límite subjetivo: sentencias con valor «erga omnes»

El principio general de la relatividad de las sentencias, que limita su fuerza vinculativa a la causa en que se pronuncian y respecto a las personas que intervinieron en ella, sufre algunas excepciones de rigurosa interpretación taxativa y que solo existen mediante expresa disposición del legislador. Se dice entonces que el fallo obliga a todo el mundo, por lo cual nadie puede desconocerlo y puede oponerse como cosa juzgada en cualquier juicio posterior. Veamos cuáles son estos casos en Colombia.

A) *Sentencias sobre filiación legítima o natural*

El estado civil de las personas es indivisible: quien es padre o hijo o esposo tiene tal calidad en todo momento y ante toda persona. Sin embargo, es muy distinto que pueda obligarse a una persona y hacer efectivos contra ella los derechos que de ese estado civil se deriven, sin vencerla en juicio.

Pero la naturaleza de esa relación jurídica que forma el estado civil exige que, al menos en ciertas circunstancias, cuando se ha definido en juicio su existencia o calidad, no sea posible una nueva discusión al respecto; es decir, que su decisión vincule no solo a quienes fueron partes en él, sino a los terceros en general.

Para que se produzcan esos efectos *erga omnes,* se necesita: 1.°, que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada, o sea que se encuentre ejecutoriada; 2.°, que se haya pronunciado contra legítimo contradictor; 3.°, que no haya habido colusión en el juicio (C. C., art. 402). Legítimo contradictor es en juicio de paternidad, el padre contra el hijo o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre o la madre contra el hijo (C. C., art. 403). La prueba de la colusión solo es admisible dentro de los cinco años siguientes a la ejecutoria de la sentencia (C. C., art. 405).

B) *Sentencias en juicios promovidos por acción popular*

La sentencia recaída sobre demanda formulada mediante la acción popular que consagran los artículos 1.005, 2.355, 2.359 y 2.360 del Código Civil 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.

El artículo 476 del C. J. es muy claro: «Las sentencias dadas en juicios seguidos por acción popular producen efecto contra terceros.»

C) *Juicios de declaración de pertenencia*

Cuando estos juicios, para que se declare que el demandante ha adquirido la propiedad de un inmueble por prescripción, se adelantan contra demandado incierto, previa citación por edictos y publicaciones a todo interesado en oponerse, la sentencia produce cosa juzgada respecto de todo el mundo.

D) *Casos en que la práctica de 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) Cuando el fallo modifica un estado civil o establece uno nuevo (sentencias de declaración constitutiva), como en los juicios de divorcio, de separación de bienes, de nulidad de matrimonio. El carácter de soltero, de divorciado o de separado que se adquiere en virtud del fallo, no puede ser desconocido por nadie.

b) Cuando la Ley limita la acción a determinadas personas y estas ya lo han ejercitado, pues entonces, como nadie tiene legitimación para adelantar nuevo juicio, no existe la posibilidad de que se modifique lo resuelto en el primero.

E) *Valor probatorio ante terceros de las sentencias sobre estado civil, con efectos relativos de la cosa juzgada*

Distinto es el caso del valor probatorio de la sentencia con efectos relativos. En el número 134, letra J), estudiamos este interesante problema al tratar de la legitimación en la causa, y llegamos a la conclusión de que 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 estos no las impugnen en nuevo juicio, tal como sucede con las actas notariales de estado civil que reforma o reemplaza.

No se trata de una excepción a los efectos relativos de la cosa juzgada, sino del efecto probatorio de la sentencia como documento y del acta notarial que con ella se obtiene.

264. Eficacia ante terceros de la sentencia con valor relativo. Efectos reflejos de la sentencia y de la cosa juzgada

Del hecho de que la sentencia no obliga a quienes no fueron partes en el juicio, no se deduce que para esos terceros no exista. Repitiendo la observación de Chiovenda, así como el contrato como tal no puede ser desconocido, así también la sentencia existe y vale respecto a todos como acto jurídico referente a las partes [65].

Carnelutti [66] expone la misma idea cuando dice que el «antiguo aforismo *res iudicata tertio neque nocet neque prodest* significa ciertamente que el juicio no afecta a otra relación jurídica distinta de la que las partes han deducido en el proceso, pero no que esa relación entre las partes pueda ser desconocida por los terceros: si el juez declara en relación a Ticio que una cosa pertenece a Cayo, la sentencia no impide a Sempronio reivindicarla de Cayo, que la tiene en posesión, pero no permite considerar ya a Ticio como propietario de ella. Por tanto, en cuanto los terceros sean sujetos de relaciones conexas con la relación definida en el proceso, la cosa juzgada despliega su eficacia de reflejo también en relación a ellos»; por esta razón, la eficacia refleja atañe también a los terceros. Cosa distinta es que esos terceros no estén vinculados por la sentencia, salvo el caso excepcional en que la Ley otorgue efectos absolutos o *erga omnes*.

Se trata, además, 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. 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 que los unos y los otros se benefician, en el caso contrario, de un fallo favorable a aquellos.

---

[65] Chiovenda: *Principios*, t. II, p. 429.

[66] Carnelutti: *Instituciones*, t. I, núm. 79, p. 140 y 141.

Las sentencias con efectos relativos, cuando versan sobre el estado civil de las personas, tienen valor ante los terceros mientras no las impugnen, como lo explicamos en el número 134, letra J), y en el número anterior. No los obliga, y por eso pueden impugnarlas en nuevo juicio, pero mientras no sobrevenga una nueva sentencia en sentido contrario, tienen el valor de toda acta de estado civil.

El perjuicio jurídico no existe sino cuando la sentencia niega o lesiona el derecho del tercero extraño al juicio o le impone una condena: si solo se sufre una pérdida indirecta en cuanto a la satisfacción del derecho o a la realización de expectativas, estaremos en presencia de una consecuencia de hecho que no se puede evitar y que es un efecto reflejo de la cosa juzgada [67], como en los ejemplos anteriores.

Así, si se demanda a B en reivindicación y el juez, con fundamento en que de autos aparece la prueba del hecho, condena a C, si la sentencia se cumpliera, este sería perjudicado jurídicamente con ella; si un tercero pide la nulidad de un contrato de compraventa y demanda al comprador y no al vendedor, si la sentencia declara la nulidad, vendría a causar un perjuicio jurídico a este al negarle el derecho que quiso transmitir y al desconocerle valor a un acto de su voluntad. Pero si, como consecuencia de la nulidad del contrato o de la reivindicación, el acreedor del demandado queda en imposibilidad de obtener el pago de un crédito, este sería un perjuicio de mero hecho como consecuencia de esta sentencia.

Es en el sentido de perjuicios de hecho y efectos reflejos como debe entenderse el artículo 478 del C. J., cuando dice: «El fallo dictado a favor o en contra de una persona aprovecha o perjudica a sus acreedores personales; pero estos gozan de un plazo de cuatro años para pedir, en juicio ordinario, que dicho fallo se revise, si alegan que hubo colusión en el juicio.» No se trata de perjuicios jurídicos, en el sentido que se deja expuesto, y que pudieran emanar de la vinculación de la cosa juzgada, sino de perjuicios de hecho deducidos de la modificación que en el patrimonio del deudor se produce por la sentencia y de sus efectos respecto al pago de sus obligaciones.

Por tanto, el texto legal no significa que los acreedores personales sean partes en el juicio de su deudor, sino que, como no pueden desconocer la existencia y el valor del fallo entre las partes, una de ellas su deudor, tienen que sufrir esa consecuencia de hecho y resignarse a la pérdida de la garantía consecuente si ha sido adverso a este. Por eso la Ley les otorga el recurso especial de revisión del fallo si creen que hubo colusión, es decir, entendimiento fraudulento entre las partes para producir la sentencia en un determinado sentido, y pueden intervenir como coadyuvantes de su deudor cuando en el juicio esté comprometido el patrimonio de este en tal proporción que su resultado pueda afectar su capacidad para cancelar esa deuda (cfr. núms. 196 y 267).

Esto es una consecuencia de las múltiples interferencias que existen entre las relaciones jurídicas singulares, como observa CARNELUTTI. Por eso, la sentencia que se dicta sobre una relación jurídica repercute sobre las otras que en cualquier sentido están conexas con ella, sin que hayan sido objeto del pronunciamiento. Esa conexión puede ser jurídica o solo material o económica: en el primer caso, la sentencia produce un perjuicio directo y jurídico; en el segundo, indirecto, económico o de hecho. Hay conexión jurídica cuan-

[67] CHIOVENDA, ob. cit., p. 430; CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 102.

do la existencia de una relación jurídica es necesaria o trascendente para la existencia de otra; en cambio, la conexión es económica o material cuando la existencia de la primera es intrascendente para la existencia de la segunda, como enseña CARNELUTTI [68]. El mismo autor presenta dos ejemplos: la relación entre el crédito del acreedor y el dominio del deudor sobre un bien es meramente económica, porque de la propiedad de este puede depender que el crédito sea satisfactorio, pero no que el crédito exista; en cambio, la relación entre la propiedad del vendedor y la del comprador, o entre la obligación del deudor y la responsabilidad del fiador, es jurídica, porque las primeras son indispensables para la existencia de las segundas. Por eso la sentencia que priva al acreedor de ese bien del deudor le causa solo un perjuicio económico, mientras la que declara inexistente la propiedad del vendedor o inexistente la obligación del deudor, perjudica jurídicamente al comprador y al fiador.

Cuando la sentencia puede producir un perjuicio o un beneficio jurídico a una persona ajena al proceso, la Ley la autoriza para intervenir en él como parte principal (cfr. núms. 192 y ss.). En cambio, el simple interés económico no permite la intervención principal, pero en ocasiones es suficiente para justificar la simple coadyuvancia (cfr. núm. 196).

Estos efectos reflejos son propios de todo acto jurídico, y así vemos que el contrato de venta de un bien extingue el arrendamiento que un tercero disfruta, y que el acreedor personal se ve privado de la persecución de un bien cuando el deudor lo enajena, por lo cual la acción de revisión de la sentencia está consagrada al lado de la de rescisión de tal contrato, cuando el otorgante y el adquirente han obrado de mala fe y en perjuicio del acreedor (C. C., art. 2.491).

Estos efectos reflejos de las sentencias motivan el requisito de los emplazamientos y citaciones que para muchos juicios ordena la Ley (como en los de sucesión, de quiebra y de concurso).

Como puede observarse fácilmente, estos efectos reflejos son propios de toda sentencia definitiva, haga o no tránsito a cosa juzgada. Pero pueden ser considerados como efectos reflejos de la cosa juzgada, en cuanto adquieren la definitividad que esta les agrega como consecuencia de la inmutabilidad de la sentencia.

265. 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 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 juicio 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 registro y protocolo como acta respectiva; la sentencia de condena sirve de título ejecutivo para obtener su cumplimiento forzoso; el divorcio vincular y la nulidad del matrimonio que una sentencia declaran, le dan validez al nuevo vínculo que contraigan las partes, y ese estado de soltero o divorciado no puede ser descono-

[68] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 102.

cido por nadie; la sentencia que declare la extinción de una hipoteca o la nulidad de una compraventa o de otro título cualquiera, aun cuando así no lo disponga, da derecho a que se cancele la inscripción de estos en la oficina de registro.

Se trata de efectos que por lo general rigen para terceros, muy diferentes, por tanto, de la imperatividad u obligatoriedad de la sentencia entre las partes. Pero el vínculo que para esos terceros puede emanar no procede, como enseña CARNELUTTI [69], 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. La obligación del registrador o del notario de registrar o protocolizar la sentencia emana de la Ley, y por eso no hace falta que el juez lo ordene; lo mismo ocurre con la obligación del arrendatario de pagarle los cánones futuros a quien fue declarado dueño del bien y de reconocerlo como tal. La obligación del juez de decretar el mandamiento de pago, por vía ejecutiva, cuando se le pide con base en una sentencia de condena, no la impone el fallador, sino la Ley que le da tal valor a la sentencia ejecutoriada, pero este es un efecto directo de su imperatividad, distinto de los anteriores (cfr. núms. 249 y 256, F).

Se trata aquí también de efectos naturales de toda sentencia, tenga o no valor de cosa juzgada. Serán efectos de esta únicamente en cuanto les agregue la definitividad y la inmutabilidad propias de su especial calidad.

266. 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, es decir, los procesos concluidos, y, por tanto, sus sentencias no pueden ser afectadas por la nueva Ley (cfr. núm. 15). Pero no quiere decir esto que el transcurso del tiempo no pueda afectar en ningún caso el valor de la sentencia. Es esta la regla general, pero algunas sentencias de naturaleza especial, como las de alimentos e interdicción, pueden ser afectadas en su valor u obligatoriedad cuando en el transcurso del tiempo cambien las circunstancias que las motivaron, y entonces la Ley permite su revocación o modificación (C. J., arts. 823 y 837). En el número 268 explicaremos mejor la naturaleza de estas sentencias.

Como dice CARNELUTTI, cuando la sentencia es de simple «acertamiento», o sea, declarativa pura, «el mandato complementario contenido en la decisión, al formar cuerpo con la norma jurídica acertada, no puede tener, lógicamente, eficacia en el tiempo diversa de esta; por tanto, no cabe pensar en una duración autónoma de la decisión. La situación, en cuanto a la sentencia de acertamiento, es la misma que se presenta en cuanto a las normas jurídicas de interpretación auténtica» [70].

Por consiguiente, cuando una sentencia declara a una persona hija o heredera de otra o que un documento es falso o auténtico, se entiende que tal eficacia ha existido siempre por virtud de la voluntad de la Ley que se declara y no desde el momento de la sentencia; de este modo, el hijo, el heredero y el

[69] CARNELUTTI: *Sistema,* t. I, núm. 103.
[70] CARNELUTTI, *ibídem,* t. I, núm. 109.

documento, tendrán esas calidades desde que los hechos constitutivos (nacimiento, muerte, otorgamiento) se sucedieron [71].

El caso es diferente cuando se trata de sentencias de declaración constitutiva, de condena o que se dictan con fundamento en una norma legal dispositiva (que autoriza al juez para dar la solución): la eficacia tiene entonces una duración autónoma (cfr. núms. 60-63 y 91-94).

El comienzo de la eficacia es, por lo general, el de la ejecutoria de la sentencia, pero, por razones de conveniencia, se puede anticipar o demorar esa eficacia en algunos casos. Lo primero sucede cuando la Ley autoriza su ejecución antes que esté en firme, como pasa con las posesorias en el Código colombiano, en la apelación en el efecto devolutivo y cuando sus efectos 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 en los últimos casos las sentencias tienen un efecto retroactivo y que, por lo general, se trata de eliminar el daño consiguiente a la duración del proceso o los efectos del acto nulo.

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 la sentencia (C. J., art. 549). Igualmente, si en la sentencia no se ha especificado o liquidado la condena, por haberse pronunciado en abstracto, la 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 (cfr. núm. 250).

b) *En cuanto al espacio,* se aplican las reglas que estudiamos en el número 16 sobre la vigencia de ley procesal, ya que la eficacia de la cosa juzgada se asimila a la de la Ley. Por consiguiente, el doble efecto de inmutabilidad e imperatividad de la sentencia no se produce ante las autoridades ni en el territorio de otro Estado; de ahí que cuando se quiera hacer valer una sentencia dictada en país extranjero, sea necesario adelantar un procedimiento ante el órgano judicial nacional, con el fin de obtener la orden o autorización para hacerla cumplir. Entonces el cumplimiento de la sentencia extranjera se hace por autoridad del funcionario nacional que así lo dispone (cfr. núms. 16 y 251-252).

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.

267. Las verdaderas excepciones a la inmutabilidad de la cosa juzgada. El recurso de revisión y el proceso simulado o fraudulento

Es frecuente que los autores hablen de excepciones a la cosa juzgada en relación con los casos en que la sentencia es obligatoria para las partes, mientras exista, pero en que, sin embargo, puede ser reformada o revocada por

[71] Devis Echandía: *Investigación de la paternidad natural,* 1941, p. 46-77.

una nueva. Su imperatividad o fuerza material opera, pero no existe su inmutabilidad. Sin embargo, se trata en realidad de que no existe entonces cosa juzgada, sino la mal llamada formal, que examinamos en los números 256 y 257, o que nuevas circunstancias de hecho, posteriores a la sentencia, constituyen un nuevo litigio que no está regulado por la cosa juzgada *(rebus sic stantibus)*. En el número siguiente examinaremos estos casos.

Pero existen dos excepciones a la inmutabilidad de la cosa juzgada:

A) *El recurso de revisión*

Una verdadera excepción, general para toda clase de juicios y sentencias, está consagrada en el artículo 542 del C. J.: *cuando 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 se dictó con base en testimonios o documentos falsos y cuando, después de pronunciada, se recobran piezas decisivas retenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida.

Si un caso de estos se presenta, la Ley permite que la sentencia sea revisada, a solicitud de quien fue parte en el juicio contencioso. Sin razón que lo justifique, nuestro Código limita este recurso a las sentencias que sean proferidas por la Corte y los tribunales superiores.

No se trata de repetir el juicio, sino de un recurso especial para el mismo juicio, a pesar de la ejecutoria de la sentencia; por eso se tramita ante la Corte Suprema, y si esta lo encuentra fundado, invalida el fallo y dicta en su lugar el que estime arreglado a derecho (C. J., art. 547), sin que el proceso deba repetirse.

B) *El proceso simulado o fraudulento*

La *colusión* permite en algunos casos que el juicio viciado por ella se revise mediante otro por la vía ordinaria, con sus instancias y recursos comunes. Se trata de otra verdadera excepción a la inmutabilidad de la cosa juzgada, y debiera consagrarse como principio general.

Un caso de estos se presenta en los juicios sobre filiación legítima o natural. con concurrencia del legítimo contradictor, y cuyo fallo produce, por tanto, valor *erga omnes*. El artículo 405 del Código Civil otorga el término de cinco años para probar la colusión. No se trata del recurso especial de revisión, que versa sobre sentencias normalmente destinadas a producir la cosa juzgada, por referirse a procesos serios y a verdadero litigio, sino de una simulación de proceso para defraudar a terceros.

La revisión solo puede pedirla quien fue parte en el juicio en que se dictó la sentencia objeto del recurso, puesto que se trata de un recurso para el juicio, aun cuando tenga la peculiar modalidad de proceder después de haber concluido normalmente. En cambio, en el caso del artículo 405 del Código Civil, la colusión da lugar a un juicio separado y solo puede intentarla quien no fue parte en el primer juicio y, sin embargo, se encuentra obligado por el fallo en virtud de sus efectos generales. Las partes solo disponen del recurso de revisión de la sentencia, conforme al artículo 542 del C. J.

Cuando la sentencia tiene valor relativo, por lo general los terceros care-

cen de interés legítimo para pedir su revisión, porque no están vinculados por ella y la persona favorecida no puede imponerles la decisión. Pero los acreedores personales perjudicados por una sentencia contra su deudor, cuando con ella se disminuye en su perjuicio la prenda general de sus bienes, si hubo colusión pueden pedir que se revise el fallo, mediante juicio ordinario, dentro de los cuatro años siguientes (C. J., art. 478).

Se trata de procesos simulados que personas de mala fe se hacen iniciar para burlar a los acreedores o herederos o cónyuges, sustrayendo por ese sistema bienes de su patrimonio.

Creemos que en los dos últimos casos los herederos, una vez fallecido el causante, y el cónyuge, después de decretada la separación de bienes o al disolverse por otra causa la sociedad conyugal, pueden iniciar juicio ordinario para que se declare sin valor la sentencia que se obtuvo por ese consorcio fraudulento, si los bienes no han pasado a terceros de buena fe, o para imponer la indemnización de perjuicios solidariamente a demandante y demandado, en el caso contrario. El término para esta acción será el de la prescripción de la acción ordinaria, cuando no exista norma legal que lo limite.

Cuando la acción es ejercitada por los terceros, no hay en realidad excepción a la cosa juzgada, porque frente a ellos no se configura. Pero puede decirse que ejercitan la acción en nombre propio, aunque en sustitución de la parte deudora o del cónyuge o causante, con legitimación extraordinaria (cfr. núm. 135).

268. Sentencias que no producen cosa juzgada: revisables en juicio posterior; inhibitorias y de jurisdicción voluntaria. La sentencia nula. Los casos «rebus sic stantibus» y el cumplimiento de la sentencia o la transacción posterior

a) *Algunos juicios contenciosos especiales,* en virtud de expresa autorización de la Ley, no precluyen el debate judicial, y por esto las partes pueden recurrir a un juicio ordinario para que se ventile nuevamente el asunto. Entonces no existe cosa juzgada, a pesar de que con marcada impropiedad suele hablarse de cosa juzgada formal para esos casos (cfr. núm. 257).

A diferencia de lo que ocurre con los casos anteriores, estos no tienen justificación. Si se establece un procedimiento especial para ciertos litigios, es porque se considera necesario darles una resolución más rápida, y al hacer revisable la sentencia, se contraría fundamentalmente ese propósito. Mejor es adelantarlos inicialmente como ordinarios. Somos partidarios de que se suprima este sistema y se imponga la fuerza vinculativa de la cosa juzgada a todas las sentencias en juicios especiales contenciosos.

b) *Las sentencias inhibitorias.* Para que se surta la cosa juzgada, se necesita que la sentencia haya recaído sobre el fondo del litigio, y por esta razón, cuando en virtud de una excepción perentoria temporal o del juicio (dilatoria conforme a la doctrina), el juez se abstiene de fallar sobre la existencia del derecho o relación y no se pronuncia sobre el *petitum,* nada impide que se promueva nuevo juicio entre las mismas partes y por la misma causa y el mismo objeto. Así sucede cuando prospera la excepción de petición 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 para obrar o de legitimación en la causa. No se trata de excepciones a la cosa juzgada, sino de que esta no existe [cfr. núm. 119, letra M), y 134, letra D)].

c) *En los procesos voluntarios.* Por último, la cosa juzgada tiene por objeto poner fin a los litigios, y de ahí su doble fuerza vinculativa. Pero como este motivo no opera para los procesos voluntarios, en los que no existe litigio, sino un simple interés de certeza jurídica, en ellos no se produce la cosa juzgada. Por eso algunas de las sentencias que se dictan en juicios voluntarios pueden ser revisadas en juicios ordinarios, como la partición en el juicio de sucesión por causa de muerte, y otras no constituyen impedimentos para que por la misma vía se ventile nuevamente el punto, como las de licencias para enajenar inmuebles de menores y en general las que se dictan en los procedimientos relacionados con incapaces.

Por consiguiente, si se niega la licencia para enajenar un bien de un menor, puede promoverse posteriormente el juicio, y si en este caso se demuestra la necesidad o conveniencia que antes no se encontró, la sentencia accederá a lo pedido.

Tampoco se trata de excepciones a la cosa juzgada, sino de que esta no se produce.

d) *El caso de la sentencia o el juicio nulo.* Cuando el juicio ha quedado viciado de nulidad por una causal que puede ser alegada al ejecutarse la sentencia o en juicio posterior y cuando la nulidad se presenta en la sentencia definitiva (cfr. núm. 319), no existe cosa juzgada, ya que esta exige un proceso y una sentencia válidos. Tampoco se trata de hacer una excepción a la inmutabilidad de la cosa juzgada, sino de que esta se produce solo en apariencia y en el nuevo juicio o en el incidente de ejecución se demuestra, precisamente, que no existe en realidad, por ser nula la sentencia.

e) *Los casos «rebus sic stantibus».* Ciertos juicios, 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 y aun cuando varíen las circunstancias de hecho que la motivaron. Así ocurre con los contenciosos de alimentos y suspensión de la patria potestad y en muchos de jurisdicción voluntaria, como los de interdicción de incapaces y licencias para enajenar bienes de estos.

La prestación a que se condena al alimentante en los primeros está sujeta al mantenimiento de las circunstancias que la motivan; y por esta razón, si estas 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 primero (C. J., art. 837).

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, como lo establece el artículo 823 del Código Judicial.

Estos casos presentan marcada analogía con los contratos sobre situaciones continuadas que se regulan por la llamada cláusula *rebus sic stantibus,* y por ello los autores suelen referirse a esta al estudiarlos. Algunos creen que se trata de una excepción al principio de la cosa juzgada, que permite revisarla para que sus efectos se modifiquen o se extingan en presencia de las nuevas situaciones de hecho que se producen con posterioridad a la sentencia.

Así, ABITIA ARZAPALO [72] dice que «se trata de una indefinida inmutabilidad en el tiempo y condicionada a la subsistencia de las circunstancias que al fallo hayan informado». Tal parece ser también la opinión de CARNELUTTI [73], porque habla de «revisibilidad de las decisiones que regulen una situación continuativa, cuando sobrevenga un cambio importante en el estado de hecho».

Creemos que la tesis anterior es equivocada. Como opina LIEBMAN [74], «la cosa juzgada no impide en absoluto que se tengan en cuenta hechos ocurridos con posterioridad a la emanación de la sentencia», y por esta razón, «en cierto sentido, todas las sentencias contienen implícitamente la cláusula *rebus sic stantibus*». La idea expuesta así por LIEBMAN nos parece indudablemente cierta, pero la aclaramos en el sentido de que no se trata de revisar la sentencia ni la cosa juzgada, sino de que aquella y esta se limitan en general a regular las circunstancias de hecho que fueron materia del proceso *(eadem causa petendi*; cfr. núm. 261). Por consiguiente, si no se trata de circunstancias de hecho que producen efectos jurídicos permanentes, como la concepción respecto de la filiación o la nulidad para el contrato, sino de *circunstancias cuyos efectos se extinguen al modificarse o desaparecer aquellas, es decir, que por su naturaleza son transitorias,* la sentencia no puede comprender los nuevos hechos que con posterioridad ocurran, ya que constituyen nuevos litigios, si se refiere a cuestión contenciosa (como en los casos de alimentos o de suspensión de la patria potestad), por tratarse de causas diferentes. La pretensión que se ejercita en el nuevo proceso es diferente de la resuelta en la sentencia, por variar la *causa petendi.*

Cuando se trate de procesos voluntarios, como los de interdicción del incapaz, puede solicitarse una nueva sentencia que resuelva sobre esas distintas circunstancias de hecho, sin que se contraríe en forma alguna el principio de la cosa juzgada, porque no existe.

Cuando el proceso ha sido contencioso, 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 a la cosa juzgada. Esta existe solo sobre esa situación de hecho *sui generis,* oponible mientras no se pruebe la nueva situación que viene a plantear un nuevo litigio, de acuerdo con las reglas generales estudiadas (cfr. núms. 256 y 259-262).

f) *Los casos de cumplimiento de la condena impuesta por la sentencia y de transacción posterior* son distintos, y en esto nos separamos de LIEBMAN y ABITIA. No se trata, entonces, de que se modifiquen las circunstancias de hecho que se tuvieron en cuenta para la sentencia, sino de que se cumple su mandato, lo que es muy distinto. El pago y la confusión, o compensación, o novación, o transacción (que en el fondo equivalen al pago), no le hacen perder valor ni extinguen los efectos de la cosa juzgada, sino, por el contrario, la satisfacen. Es lo mismo que ocurre con el cumplimiento de cualquier obligación contractual o legal: no se trata de que esta pierda su valor, sino de que quede satisfecha y cumplida.

---

[72] ABITIA, ob. cit., p. 156.
[73] CARNELUTTI: *Sistema,* t. I, p. 357 y 358.
[74] LIEBMAN, ob. cit., p. 42-44.

La transacción posterior puede extinguir *los efectos* de la cosa juzgada, solo en el sentido de que equivale a su cumplimiento, cuando la Ley permite transigir sobre la materia de aquella, como sucede siempre que se trata de imponer obligaciones personales; por ejemplo, el pago de perjuicios o la entrega de bienes. Las partes modifican así lo resuelto por la sentencia, dándola por cumplida o satisfecha, pero no afecta para nada el valor de la cosa juzgada. Lo mismo sucede cuando se renuncia unilateralmente al bien otorgado por la sentencia y la Ley lo permite por no tratarse de cuestiones de estado civil o que, por otro motivo, se consideren irrenunciables. Igual efecto produce la prescripción (cfr. núm. 274).

269. La cosa juzgada no existe sobre las pretensiones de la demanda que no fueron resueltas en la sentencia

Como vimos al tratar de la incongruencia de la sentencia por *citra petita* [cfr. núm. 253, letra C)], cuando el fallador deja de resolver sobre el litigio o parte de este, es decir, sobre todas o algunas de las peticiones contenidas en la demanda, debiendo hacerlo, existirá una sentencia negatoria de justicia total o parcialmente, y por esta razón deja de cumplir el deber que al Estado le imponen los derechos de acción y de contradicción. Lo primero ocurrirá cuando se deniegue la decisión en el fondo sin ser procedente la inhibición o se aplace la resolución sin motivo legal; lo último, cuando, a pesar de dictarse sentencia de fondo, se deja de resolver sobre alguna petición. En estos casos, la sentencia no constituye cosa juzgada sobre lo no resuelto en ella.

Cuando la sentencia inhibitoria se debe a que efectivamente existe un impedimento legal para resolver en el fondo por defectos de la demanda [cfr. número 253, letra C)], o por una excepción perentoria temporal nuestra o dilatoria en doctrina (cfr. núms. 243-244), tampoco existe cosa juzgada, como lo vimos en el número anterior. En aquellos casos la decisión inhibitoria es ilegal, y en estos, legal, pero la ausencia de cosa juzgada aparece en todos.

Cuando hay sentencia de fondo o mérito, pero al juzgador se le olvidó resolver sobre parte de las peticiones de la demanda, *debiendo hacerlo* (porque si accede a las principales no necesita resolver 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, pues de lo contrario habría que concluir que entonces existe una negación implícita de lo no resuelto, y esto nos parece una evidente contradicción. Es cierto que existen decisiones implícitas, tanto de las peticiones como de las excepciones, cuando, si bien la parte resolutiva nada dice sobre ellas, en las motivaciones quedan estudiadas y rechazadas, pero en este caso no se trata de que falte la decisión, sino de que esta se encuentra tácita en la sentencia. Contemplamos el caso de que ni expresa ni implícitamente exista decisión sobre alguna de las peticiones de la demanda, y entonces es imposible sostener que exista cosa juzgada sobre ella. Podrá el demandante iniciar nuevo juicio para que se resuelva sobre tal punto.

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 favora-

blemente sobre esta, queda constituida la cosa juzgada respecto de cualquier medio de defensa que haya sido alegado o hubiera podido alegarse frente a ella.

En aquellos 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 solo cuando se trate de sentencia definitiva sin recursos o ejecutoriada por falta de oportuna impugnación.

Las sentencias deben interpretarse en su verdadero contenido y no solo por el tenor literal de su parte resolutiva; cuando en esta se habla de absolver a los demandados, es indispensable examinar las motivaciones para conocer el sentido y alcance de tal absolución; la totalidad de los autores enseña que para que exista cosa juzgada es indispensable que la sentencia se haya pronunciado sobre el fondo del litigio, y que si se limita al examen de cuestiones previas es necesariamente inhibitoria; si la cosa juzgada impide juzgar sobre lo ya decidido y en la sentencia nada se resolvió, por ejemplo, sobre la calidad de hijo reclamada en la demanda, es absurdo sostener que no puede juzgarse en juicio posterior sobre ella; si nada se resolvió acerca de la filiación pretendida, ni se examinó siquiera la prueba llevada al expediente para acreditarla, es imposible sostener que hay una decisión sobre el estado civil y que se negó la calidad de hijo del actor respecto del causante, declaraciones indispensables para configurar la cosa juzgada (cfr. núms. 134 a 452-453).

Bastaría el estudio que hemos adelantado sobre las diversas doctrinas acerca de la cosa juzgada y sus límites objetivo y subjetivo, su interpretación y sus efectos, para fundamentar ampliamente la conclusión anterior. Veamos, sin embargo, algunas citas adicionales. Dice CARNELUTTI [75] que «cosa juzgada significa el *fallo de mérito* que se obtiene mediante el proceso de cognición, o en otros términos, el fallo sobre las cuestiones *de fondo*»; y luego agrega: «Es *iudicata* la *res* cuando el juez ha formulado el juicio de fondo». Según GUASP [76], la cosa juzgada material se extiende «tan solo a las declaraciones que este (el fallo) efectivamente contenga», lo cual significa que no es el texto literal, sino el contenido real de la decisión, lo que debe considerar para conocer si existe cosa juzgada y respecto a qué cuestiones. ROCCO [77] se refiere insistentemente a la «sentencia final de fondo» al exponer su teoría sobre la cosa juzgada. CHIOVENDA [78] dice que la cosa juzgada sustancial «solo se produce cuando una sentencia reconoce un bien de la vida que tiene importancia en procesos futuros; y esto solo ocurre: *a*) para las sentencias de fondo»; y de ahí que si la sentencia nada resuelve sobre el pretendido «bien de la vida», que en los juicios comentados es la filiación pretendida, no puede existir cosa juzgada. Por esta razón, el mismo autor observa en otro lugar que «es lícita una nueva decisión sobre las cuestiones prejudiciales decididas en el proceso precedente y que no formaron objeto de una decisión sustantiva» [79]; y la legitimación en la causa es, precisamente, una cuestión previa a la sentencia de fondo (cfr. núm. 134). LIEBMAN [80] es categórico al sostener que la autoridad de la cosa juzgada la adquieren «solamente las sentencias que acogen o rechazan

[75] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 78, p. 136-37.
[76] GUASP, ob. cit., p. 604.
[77] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 305 y ss.
[78] CHIOVENDA, ob. cit., t. I, núm. 78, p. 419.
[79] CHIOVENDA, ob. cit., núm. 79, p. 424.
[80] LIEBMAN, ob. cit., p. 77 y 73.

la demanda en el mérito», y que «es el solo mandato concreto pronunciado por el juez el que deviene inmutable, y no la actividad lógica cumplida por el juez para preparar y justificar el pronunciamiento».

270. En qué parte de la sentencia se encuentra la cosa juzgada. Valor de las motivaciones e interpretación. Caso de los hechos que se consideran probados en las motivaciones

Generalmente, se dice que la cosa juzgada está contenida en la parte resolutiva o 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 aquella de estas, para conocer su sentido y alcance.

Como dice Carnelutti, la cosa juzgada no se limita «a las cuestiones que encuentren en la decisión una resolución expresa; no se olvide que la decisión es una declaración como las demás, en la que muchas cosas se sobrentienden lógicamente sin necesidad de decirlas. Especialmente cuando la solución de una cuestión supone como *prius* lógico la solución de otra, esta otra se halla también implícitamente contenida en la decisión»[81]. Esta doctrina ha sido aplicada por la Corte colombiana cuando ha hablado de resolución tácita de excepciones y peticiones.

Por consiguiente, tampoco debe tomarse el tenor literal de la decisión en forma rigurosa, sino, por el contrario, investigar su contenido racional y lógico; y para esto es muy útil y aun indispensable el examen de la parte motivo del fallo.

Las motivaciones sirven también para conocer el alcance de la resolución cuando esta ha dejado en forma tácita o implícita resuelto algún punto sobre el cual debía versar, sea una excepción o una petición de la demanda.

La cosa juzgada no se aplica al valor que a las pruebas le haya reconocido el sentenciador, y por esta razón en juicio 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 juicio entre las mismas partes se considere que el hecho se encuentra probado con la copia de la sentencia, y por ello se exige el traslado de la prueba completa para que el nuevo sentenciador pueda calificar libremente su mérito, aun cuando se trate de demostrar un mismo hecho. Hay una diferencia muy importante entre el caso de tratarse de pruebas practicadas en juicio anterior *entre las mismas partes* o entre partes distintas: en el primero, la prueba trasladada tiene todo su valor en el nuevo juicio, 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. Pero para que tenga valor en el nuevo juicio, debe ser siempre trasladada en copia auténtica y com-

[81] Carnelutti: *Sistema*, t. II, núm. 92.

pleta. Es diferente el caso cuando la sentencia se pronuncia sobre la existencia o legalidad de un hecho o prueba, porque entonces esto forma parte de la cosa juzgada, como cuando se declara que sí hubo un accidente, que sí se causó un daño, que se celebró un contrato, que un documento es falso o auténtico, etc. En cambio, las pruebas tenidas en cuenta para llegar a esa conclusión y las apreciaciones sobre ellas, no vinculan al nuevo fallador en otro juicio sobre distinto litigio.

Por tanto, es indispensable distinguir el valor de las motivaciones para interpretar el alcance de la decisión o resolución y su valor para probar en juicio distinto los hechos que allí se dice fueron probados en ese juicio; lo primero es admitido por la doctrina en general, al paso que lo segundo es negado con igual firmeza por ella. Y se relaciona con la determinación de la fuerza de la cosa juzgada, que solo puede encontrarse en su resolución entendida en sentido jurídico y no formal, es decir, sin circunscribirla a la parte de la sentencia que tiene la forma expresa de resolución, pues cuando en la motiva se deja determinado el sentido y alcance de lo resuelto, debe recurrirse a esta para precisar y entender lo decidido.

En otras palabras, hay necesidad de recurrir a las motivaciones para entender qué fue lo resuelto, no solo cuando en la resolución se remite expresamente a aquellas, sino cuando se omite incluir en esta cuestiones que en aquella se trataron y que por su naturaleza resultan implícitamente resueltas al adoptar las demás decisiones, sea que se trate de puntos contenidos en la demanda o de excepciones.

Pero, repetimos, cosa completamente distinta es dar a las motivaciones el valor de prueba de los hechos que allí se relacionan y que sirvieron de base a la resolución.

La doctrina de los principales procesalistas está de acuerdo con la tesis que sostenemos. En efecto, al tratar del límite objetivo de la cosa juzgada, CHIOVENDA [82] dice que «es objeto de la sentencia la conclusión última de los razonamientos del juez y no sus premisas; el último e inmediato resultado de la decisión y no la de la serie de hechos, de relaciones o estados jurídicos que en la mente del juez constituyen los presupuestos de aquellos resultados. Por ejemplo, la sentencia sobre la existencia de una servidumbre no constituye cosa juzgada en cuanto a la propiedad del fundo dominante o sirviente; la sentencia sobre una particular acción hereditaria no constituye cosa juzgada sobre la calidad de heredero; la sentencia sobre la obligación de los alimentos no constituye cosa juzgada sobre la relación de parentesco de la cual depende, y así otras». En otro lugar agrega: «Los hechos quedan en lo que fueron, y la organización jurídica no pretende que sean considerados como verdaderos aquellos que el juez considera como base de su decisión; antes bien, no se cuida de saber cómo se realizaron realmente las cosas y se desinteresa en absoluto de los posibles errores del juez; se limita a afirmar que la voluntad de la Ley en el caso concreto es lo que el juez afirma ser la voluntad de la Ley. El juez, por tanto, *en cuanto razona,* no representa al Estado; lo representa en cuanto afirma su voluntad» [83]. Y más adelante agrega: «Es lícita una nueva decisión sobre las cuestiones prejudiciales decididas en el proceso precedente, y que no formaron objeto de una decisión sustantiva, sino que fueron solo re-

[82] CHIOVENDA: *Principios,* t. II, núm. 79, p. 425 y 426.
[83] CHIOVENDA, ob. cit., p. 415.

sueltas con el fin de pronunciar sobre la demanda del actor. Con mayor razón el juez no está obligado a considerar verdaderos los hechos tenidos como base de la precedente sentencia ni las calificaciones jurídicas a ellos reconocidas» [84]. CALAMANDREI [85] dice que es necesario distinguir entre la sentencia como documento probatorio de la providencia jurisdiccional en ella contenida, y la sentencia como prueba documental de los hechos que se afirman en las premisas de su motivación, pues al paso que la fuerza de cosa juzgada existe en aquella, no opera para estos. COUTURE [86] advierte que la sentencia, como documento, prueba «el hecho de haberse otorgado y su fecha», pero no la verdad de los hechos de los que el juez no es testigo, porque no es juez para transmitir a otro proceso los juicios o conceptos que competen al otro magistrado, y agrega: «La admisión de un hecho como probado es apenas un proceso intelectual del juez, que tiene valor en cuanto se refiere al caso decidido.» ROSENBERG [87] afirma, al tratar de los límites objetivos de la cosa juzgada, que esta existe «solo en tanto resuelvan (las sentencias) sobre la pretensión planteada por la demanda o la reconvención; solo la resolución sobre la pretensión está comprendida por la cosa juzgada»; luego agrega: «Lo que quedará firme es la declaración de la consecuencia jurídica que ha extraído el juez de los hechos, mediante su subsunción en el derecho objetivo», es decir, no la prueba en sí de tales hechos.

La misma opinión encontramos en CARNELUTTI, LIEBMAN, GUASP y ROCCO. De acuerdo con el primero, la cosa juzgada «no se extiende a ninguna otra relación, por más similar que sea», y solo hace Ley «respecto de la relación jurídica deducida en el juicio», lo que significa que no obliga en cuanto a los hechos examinados para resolver acerca de la relación materia del pronunciamiento [88]. El segundo sostiene brillantemente que es una «singular deformación de la doctrina de la cosa juzgada contra la cual salió a combatir CHIOVENDA, y que consiste en la sobrevalorización del elemento lógico del proceso como contenido de la cosa juzgada. Un aspecto de esta ilusión, que CHIOVENDA puso particularmente en claro y contribuyó decididamente a destruir, consistía en referir la cosa juzgada a cada *quaestio*, a cada *deffinitio*, de manera que cada figura del razonamiento del juez se consideraba susceptible de adquirir la autoridad de la cosa juzgada» [89]. Precisamente ese defecto existe en la tesis que criticamos y que ve la autoridad de la cosa juzgada en los hechos que en las motivaciones de la sentencia se dan por probados en ese proceso, cuando apenas se trata de uno de los varios elementos lógicos tenidos en cuenta por el juzgador para pronunciar su decisión. GUASP observa que «la cosa juzgada material no se extiende sino a los pronunciamientos que integran el *fallo estricto* dentro de la sentencia y no a sus motivaciones» [90]. ROCCO es claro al afirmar que la fuerza de la cosa juzgada solo se aplica a «la controversia deducida en juicio y resuelta», y que impide «una nueva sentencia que reconozca la inexistencia del derecho del actor o que reconozca en mayor medida el derecho del mismo», lo que significa que nada tiene que ver con los

[84] CHIOVENDA, ob. cit., t. II, núm. 79, p. 424.
[85] CALAMANDREI, ob cit., en el núm. 445.
[86] COUTURE, ob. cit., en el núm. 445.
[87] ROSENBERG: *Derecho procesal*, t. II, núm. 150, p. 467 y 468.
[88] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 79, p. 139.
[89] LIEBMAN, ob. cit., p. 49.
[90] GUASP, ob. cit., p. 604.

hechos tenidos en cuenta por el juez al resolver sobre ese derecho, sino que se limita a la declaración que sobre tal derecho se haya pronunciado [91].

Sirven de apoyo también a nuestra tesis los conceptos de los autores que citamos al tratar de la sentencia extranjera como prueba, en el número 252.

271. Para qué clase de resoluciones existe la cosa juzgada. No opera para las interlocutorias. Efectos de la ejecutoria de estas

Como antes observamos, la absoluta inmutabilidad de las decisiones judiciales y, con mayor razón, de sus proveimientos en general, está reñida con la certeza y la justicia que por el proceso se persigue. De ahí que Carnelutti hable de una solución intermedia, que consiste en «permitir que hasta un momento determinado del juicio pueda el juez modificar sus resoluciones» [92].

Las consecuencias de este principio son dos: por una parte, la sentencia no adquiere firmeza mientras existan recursos pendientes contra ella, y, por otra, las decisiones interlocutorias y las órdenes de gobierno del proceso o autos de sustanciación no vinculan al juez en el momento y para los efectos de la sentencia.

No quiere decir esto que las decisiones interlocutorias o de sustanciación no vinculen en absoluto al juez y a las partes; lo que sucede es que sus efectos son distintos a los de las sentencias.

El juez no puede reformar de oficio lo resuelto por él en una providencia interlocutoria y solo puede revisarlo en virtud de la reposición que le interponga un interesado, cuando se trata de procesos contenciosos. Nos remitimos a lo dicho al tratar de la ejecutoria de las providencias en los números 248 y 249. Tampoco puede modificar por una providencia interlocutoria lo que ha resuelto en otra anterior que se encuentre ejecutoriada y que le ha puesto fin a un incidente, sin que varíen los elementos de la decisión.

Tampoco es posible dictar sentencia cuando la providencia interlocutoria le ha puesto término al juicio, como sucede con el que resuelve la excepción dilatoria de cosa juzgada o decreta la nulidad total, y el juez no puede modificarlo después de ejecutoriado.

Cuando por una providencia interlocutoria se rechaza un recurso o se niega una petición que debe formularse dentro de cierto término, aquella obliga al juez y a las partes, y, vencido ese término, dicho recurso y dicha petición no son procedentes aun cuando se presente una nueva razón para su conducencia o se subsane el defecto que motivó el insuceso. Si se niega la apelación de una de las partes y esta no pide reposición del auto ni recurre de hecho, la negativa queda ejecutoriada (cfr. núm. 309); si se niega el decreto de una prueba o se la decreta, una vez en firme la providencia, se hace inmodificable. En general, en los procesos contenciosos ninguna providencia interlocutoria ejecutoriada puede ser revocada por el juez.

En cambio, las decisiones contenidas en esas providencias interlocutorias, como el reconocimiento o rechazo de un derecho, de una calidad de las partes, del valor de una prueba, de las consecuencias de un hecho cualquiera del

---

[91] Rocco: *Trattato*, t. II, p. 319.

[92] Carnelutti: *Sistema*, t. I, núm. 100.

proceso, no obligan al fallador; cuando el juez va a proferir sentencia, da el derecho a quien lo tenga, de acuerdo con el criterio que se forme en razón del conjunto de elementos de juicio que en los autos existan en ese momento; es decir, las apreciaciones o conclusiones a que se haya llegado en esas providencias no vinculan al sentenciador. De lo contrario, se rompería la unidad del juicio y se desconocería su más elemental concentración, hasta el punto de que no podría hablarse de una decisión ni de una sentencia, sino de múltiples, separadas y sucesivas resoluciones (tantas cuantas providencias de esa naturaleza existan), y esto peca contra fundamentales principios del derecho procesal.

Pero el hecho de que el juez no pueda revocar ni modificar una providencia interlocutoria o de sustanciación ejecutoriada de oficio, ni a petición de partes, no significa que no pueda invalidarla en caso de nulidad. Pasado el momento procesal en que era posible impugnarla, deja de ser pertinente retrotraer la actuación para producir cambios, mientras no existan vicios que conduzcan a invalidarla. De otra manera, se desvirtuaría el sistema preclusivo propio del procedimiento escrito y la marcha del juicio se haría inacabable, contrariándose también las normas de economía procesal [cfr. núm. 19, letra D)]. Pero el error cometido por el juez en un acto ejecutoriado no lo obliga a incurrir en otro yerro. Por ejemplo, si el juez admite ilegalmente una tercería en juicio ejecutivo o la acción real del tercer acreedor en juicio de venta o de adjudicación de la prenda o de bienes hipotecados, esas providencias no lo vinculan en el momento de dictar las correspondientes sentencias, porque al romper la unidad procesal quedaron aisladas y, por tanto, no pueden producir efectos; si accedió una vez a cierta solicitud equivocadamente, no está obligado a hacerlo de nuevo cuando se le vuelva a plantear el caso.

La providencia que rechaza la excepción previa de cosa juzgada, de transacción o desistimiento, no impide que en la sentencia se la declare probada si el juez cambia de criterio o se han traído nuevos elementos de juicio.

El artículo 467 del Código Judicial colombiano es muy claro cuando dice que los únicos autos que tienen valor de sentencia son los que ponen término al juicio, y el artículo 473 afirma que la cosa juzgada se produce únicamente respecto de sentencias dictadas en juicios contenciosos (se entiende sentencias definitivas que resuelven sobre la demanda y las excepciones de fondo).

De estas consideraciones ha surgido *la doctrina de los autos antiprocesales* que se relacionan con la de la nulidad por pretermisión del procedimiento, que estudiaremos en el número 316.

272. Medios para hacer efectiva la eficacia de la cosa juzgada. Sentencia posterior que le sea contraria

Existen medios efectivos para garantizar la eficacia procesal de la cosa juzgada. En primer término está la excepción previa, llamada en nuestro Código dilatoria, para impedir el nuevo proceso; en segundo lugar, la excepción de fondo para obtener la desestimación de la demanda en fallo inhibitorio; en tercer lugar, la impugnación de la nueva sentencia de primera instancia mediante apelación, y la segunda, por el recurso de casación, cuando es procedente.

Nuestro Código permite, además, que en las sentencias de instancia el juzgador declare de oficio la excepción cuando aparezca probada.

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?

Nos parece indiscutible el siguiente concepto de CARNELUTTI: «Para la eficacia igual de dos decisiones distintas sobre el mismo litigio, no existe más medio que el de admitir que la primera vincula en tanto no sobrevenga la segunda» [93]. La misma opinión nos presenta posteriormente en sus *Instituciones* cuando habla de la «extinción de la eficacia de la primera decisión por efecto de la segunda» [94].

Se aplica aquí un principio general similar al que sigue en materia de nulidades, que luego estudiaremos, conforme al cual quien ha dispuesto de medios de impugnación para sanear un vicio (aquí será para remediar una injusticia), no puede usar del recurso de nulidad (en este caso, de impugnación posterior), si ha dejado perder la oportunidad que aquellos le brindaron (cfr. núm. 319).

La fuerza formal de la cosa juzgada vincula al juez en cuanto todo fallo judicial hace plena prueba acerca del contenido de su parte resolutiva. En consecuencia, lo que pasa es que se habría desconocido en el nuevo juicio una excepción perentoria a pesar de existir, por no llevar su prueba a los autos o por error del juez, y esto no constituye causal de nulidad, sino motivo de revocación de la sentencia, cuya oportunidad precluye con su ejecutoria.

Esta opinión es compartida por la mayoría de los autores. PLANIOL y RIPERT [95] dicen a este respecto: «En caso de contradicción entre dos sentencias inconciliables, la última, cronológicamente, vencerá, ya que se supone que las partes han renunciado al beneficio de la primera de ellas». DEMOLOMBE [96] explica que si las partes no usan de los recursos contra la segunda instancia, prevalece esta por no ser ya susceptible de ser atacada. ABITIA ARZAPALO [97] considera que si los litigantes pasan por el resultado del nuevo pleito, al no proponer la excepción oportunamente, «habrán de someterse a su sentencia, aunque esta modifique la situación jurídica creada por el primer fallo», y que «vale la primera sentencia mientras no sobrevenga la segunda con autoridad de cosa juzgada». CHIOVENDA [98] explica que «la contradicción de las sentencias puede hacerse valer como motivo de revocación (cuando una sentencia no se haya pronunciado sobre esta excepción, art. 494, núm. 5), o como motivo de casación (cuando se pronunció acerca de la respectiva excepción, art. 517, núm. 8); pero transcurridos los términos sin que sea propuesta la impugnación, esta nulidad queda subsanada y, por tanto, la primera sentencia pierde valor porque la segunda implica negación de toda sentencia precedente contraria».

Como puede deducirse de las anteriores citas, los autores por lo general excluyen toda idea de nulidad en el pronunciamiento de una segunda sentencia que contraríe la que tenga el valor de cosa juzgada, y cuando hablan de nulidad en tal caso, como lo hace CHIOVENDA, consideran subsanado el vicio

[93] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 107.
[94] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 82, p. 146.
[95] PLANIOL Y RIPERT: *Tratado de derecho civil*, La Habana, t. VII, p. 898.
[96] DEMOLOMBE, cita de ABITIA, ob. cit., p. 150.
[97] ABITIA, ob. cit., p. 152-54.
[98] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, núm. 76, p. 403-04.

por la ejecutoria de la nueva decisión. Nuestro concepto tiene, pues, un serio respaldo, y creemos que esta es la única manera de interpretar con lógica jurídica el artículo 473 del Código Judicial colombiano.

Debe hacerse una salvedad a la tesis que nosotros acogemos, sobre preclusión de la oportunidad para oponer la cosa juzgada con la ejecutoria de la segunda sentencia. Creemos que es necesario que el demandado haya sido notificado personalmente de la admisión de la demanda, para que su renuncia a oponer la excepción le imponga la vinculación de la última sentencia, o que por lo menos aparezca probado que se ocultó para eludir esa notificación, es decir, a sabiendas de que era buscado para ese efecto. Porque si fue emplazado por ignorarse su domicilio o el lugar donde podía encontrársele dentro del municipio donde vivía, si bien ordinariamente es válida la notificación que se le haga al curador *ad litem* que se le designe (cfr. núm. 230), como este, por lo general, ignorará la existencia del primer fallo, no hay en realidad la oportunidad de alegar la excepción y no puede presumirse que ha renunciado a sus beneficios.

Si el demandante recurre al sistema de pedir el emplazamiento del demandado, con la afirmación de ignorar dónde puede ser hallado, pero este demuestra que lo sabía o era posible averiguarlo, se configura la causal de nulidad por falta de debida citación al juicio; es decir, que habría nulidad si existió culpa del demandante, lo que ocurrirá cuando aparezca que hubiera podido averiguar el lugar para la notificación, con prudencia y diligencia, o si hubo dolo porque lo conocía suficientemente (cfr. núm. 317). En tales casos, la nulidad de la segunda sentencia puede basarse también en esta causal.

Cuando efectivamente el demandante no conocía ni podía averiguar el lugar para la notificación del demandado, no existe ninguna nulidad en el procedimiento y el juicio es válido por ese aspecto. Sin embargo, por las razones indicadas consideramos que entonces debe permitirse al demandado impugnar la sentencia que contraría una anterior con valor de cosa juzgada, porque el curador no estaba en capacidad de conocerla y de alegar la excepción. Es cierto que lo mismo puede suceder con otras excepciones que puede proponer el emplazado, como la de pago o nulidad por vicios del consentimiento; pero la cosa juzgada es cuestión de orden público y de interés general, razón que justifica un diferente tratamiento. El artículo 473 del Código Judicial da la base legal para esta solución, con una interpretación restringida y de acuerdo con los principios que rigen la materia de la nulidad (cfr. cap. XXIX).

Recordamos, por último, que el auto que resuelve sobre la excepción previa de cosa juzgada y la desestima, no impide que esa excepción prospere como perentoria si se alega como tal o el juzgado cambia de criterio aun oficiosamente al dictar la sentencia, porque los autores interlocutorios no obligan al sentenciador ni impiden la libre revisión de los puntos tratados en ellos, como lo hemos explicado (cfr. núms. 248 y 250).

273. Casos en que la cosa juzgada no impide una sentencia de fondo en el nuevo juicio, sino que delimita su contenido

Cuando en la demanda del nuevo juicio no se pide decisión sobre los puntos materia de la cosa juzgada, sino que con fundamento en esta se solicita el reconocimiento de pretensiones que son consecuencia de ella, el juzgador no

puede revisar las conclusiones que en la primera 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 juicio se solicitó la declaración de hijo natural y en el segundo se persigue la herencia a que aquella condición da derecho y se reivindican bienes de esta en poder de terceros, sea por haberse seguido el primer juicio en vida del padre o por omisión culposa del abogado al no acumular de una vez las dos pretensiones; otro ejemplo lo tenemos cuando se ejercita la acción reivindicatoria y se olvida la petición de pago de frutos, o la acción resolutoria de un contrato y se omite pedir la indemnización de perjuicios. Naturalmente, si en la demanda se hicieron estas últimas peticiones y fueron negadas en la sentencia a pesar de prosperar las primeras, hay cosa juzgada en esa absolución parcial al demandado.

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 aquellos, pero no sobre estos; a menos que los últimos sean consecuencia de los primeros, de modo que no pueda resolverse sobre los unos sin hacerlo también sobre los otros, pues entonces si la anterior sentencia desestimó aquellos, no puede haber una decisión de fondo sobre esas aparentes nuevas pretensiones. Es una consecuencia de los efectos de la cosa juzgada sobre las relaciones jurídicas conexas con las que en forma expresa fueron estudiadas en la sentencia (cfr. núms. 264-265). Así, cuando en juicio reivindicatorio se absolvió al demandado, no podrá pedirse posteriormente que se le condene a pagar perjuicios por la posesión del inmueble, o si se negó la calidad de hijo de un demandante respecto a determinada persona, no podrá aquel reclamar herencia al morir esta, aduciendo esa calidad.

Al tratar de la cosa juzgada como excepción previa, examinamos los efectos que sobre la marcha del proceso se producen cuando se la declara probada respecto a una parte de las pretensiones contenidas en la nueva demanda (cfr. núm. 244, IV) y cuando es posible continuarlo sobre las demás.

No se trata de que exista en estos casos una excepción a los efectos normales de la cosa juzgada, sino de que estos no se aplican a las nuevas pretensiones aducidas en el segundo proceso, a pesar de sus relaciones con aquella.

274. Modificaciones a la cosa juzgada por acuerdo entre las partes (transacción y novación), y extinción de sus efectos por el cumplimiento o pago y por prescripción

Cuando los derechos que reconoce la sentencia son renunciables, las partes pueden modificar sus efectos por transacción o novación, y estos inclusive pueden extinguirse totalmente por donación. No se trata en este caso de una excepción a los efectos normales de la cosa juzgada y tampoco de un caso de *rebus sic stantibus*, porque en realidad en los dos primeros existe cumplimiento, y en el último, una renuncia lícita a hacer valer los derechos que otorga la sentencia. Por eso no pueden ser asimilados a los casos de sentencias sobre situaciones de hecho continuadas y transitorias, como los de interdic-

ción del incapaz, suspensión de la patria potestad o condena a pagar pensiones alimenticias al insolvente, que en el número 268 examinamos.

El cumplimiento de la condena impuesta en la sentencia, sea por pago, compensación, ejecución del hecho debido, restitución del bien, etc., satisface la cosa juzgada al agotar sus efectos, pero esto no significa que tengan una relativa vigencia en el tiempo, como sí sucede en los ejemplos del juicio de alimentos o de suspensión de la patria potestad. Es el efecto normal del cumplimiento de toda obligación impuesta contractual o extracontractualmente. La eficacia de la cosa juzgada permanece inalterable. Nos remitimos a lo expuesto en el número 268. También pueden extinguirse sus efectos, en cuanto a los derechos otorgados, en sentencias de condena, por el hecho de la prescripción.

275. La cosa juzgada en las sentencias extranjeras

La cosa juzgada es una misma, cualquiera que sea el lugar en donde la sentencia fue 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 expuestos en este capítulo (cfr. **núm. 251**).

CAPITULO XXVI

DE LA PREJUDICIALIDAD. INFLUENCIAS RECIPROCAS DE LOS PROCESOS PENAL Y CIVIL

276. Noción de prejudicialidad

Toda sentencia implica un proceso lógico de razonamientos, basados en el examen de los hechos, y de esta manera, para llegar a la conclusión definitiva, es necesario dejar resueltas diversas cuestiones que le sirven de premisas o de escalones previos indispensables.

Desde un 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 prejudicial en un sentido muy general, en todos los casos en que «en el *proeiudicium* pueden encontrarse los elementos esenciales de todo *iudicium*», como observa Hugo Alsina [1]. Esta amplia noción de la prejudicialidad debe restringirse en el terreno estrictamente procesal, para un buen entendimiento de la materia. Sin embargo, la doctrina no es uniforme en este particular, como lo veremos en seguida y puede apreciarse con amplitud en la brillante monografía de Hugo Alsina, que acabamos de citar [2].

Es necesario distinguir, en primer lugar, la *prejudicialidad lógica* y la *jurídica:* aquella es el género y esta la especie, y, por lo mismo, «todo lo que es jurídicamente prejudicial lo es también lógicamente, pero no viceversa» [3]. La jurídica implica la igualdad de naturaleza y de fin.

En segundo lugar, hay que distinguir entre la prejudicialidad jurídica *extraprocesal* y la *procesal.* Aquella existe siempre que se presenten supuestos jurídicos, esto es, cuestiones jurídicas que requieren un examen previo para llegar a una conclusión final, en el estudio de cualquiera cuestión jurídica; esta 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 inclusive las definiciones o soluciones que en la misma sentencia se den a puntos que deben servir de fundamento a la decisión sustancial del litigio.

Veamos ahora los diversos conceptos que sobre la materia se han expuesto:

---

[1] Alsina: *Las cuestiones prejudiciales,* ed. Buenos Aires, 1959, p. 45.
[2] Alsina, ob. cit., p. 44-62.
[3] Menestrina: *La prejudiziale nell processo civile,* p. 27, cita de Alsina.

1.° Algunos autores le dan a la prejudicialidad jurídico-procesal este amplio sentido [4], y por ello recurren a clasificaciones y divisiones con el fin de distinguir los diversos casos que se presentan. 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; por su parte, JIMÉNEZ ASENJO distingue entre cuestiones prejudiciales *genéricas* y cuestiones prejudiciales específicas, y dice que estas últimas son las que requieren un distinto procedimiento.

2.° Otros autores restringen la noción de prejudicialidad a las cuestiones que deben ser materia de pronunciamiento previo, sea en el curso del juicio o en diferente proceso, con lo cual, si bien incluyen todos los incidentes, así se relacionen exclusivamente con el juicio o con el litigio que en este se ventile, como el de excepciones previas o dilatorias de nuestro Código o los de recusación o acumulación o tachas de documentos o restitución de términos, en cambio excluyen los puntos que en la sentencia deben ser examinados antes de resolver sobre el fondo de las pretensiones, como la legitimación en la causa y la personería adjetiva de las partes. Es esta todavía una concepción demasiado genérica de la prejudicialidad.

El anterior es el concepto de MANZINI [5], para quien la cuestión prejudicial suspende el curso del juicio cuando no ha sido resuelto ya, por lo cual solo comprende los incidentes y las decisiones que deban adoptarse en otro proceso cuando la Ley dispone que corresponden a distinto juez, no obstante la regla general de que «el juez de la acción es también juez de la excepción», regla en virtud de la cual aquel puede conocer de cuestiones que, según las normas ordinarias de competencia, no le corresponderían. MANZINI incluye todos los incidentes cuya sustanciación suspende la sentencia y se sitúa en un punto intermedio entre la primera tesis y la de CARNELUTTI.

GUASP [6] adopta una posición similar a la de MANZINI. Considera que la cuestión prejudicial puede ser de *jurisdicción* cuando debe ser resuelta previamente por otra jurisdicción, como la penal o la administrativa, o simplemente de *competencia* cuando se exige también una decisión previa, pero por el mismo juez, ya que no tienen una distinta naturaleza jurisdiccional. En ambos casos, la resolución que recaiga sobre estas debe ser respetada cuando se decida sobre la otra cuestión, y, por tanto, en la sentencia no es posible separarse de tales conclusiones. En otro lugar se refiere GUASP a la prejudicialidad como causa de la detención del proceso, como ocurre con la penal y con algunos incidentes [7].

ROCCO [8] distingue entre cuestiones prejudiciales de derecho procesal y de

---

[4] MENESTRINA, ob. cit., p. 27, 89, 92; CHIOVENDA: *Instituciones,* t. I, núm. 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,* ed. 1959, t. IV, p. 60.

[5] MANZINI: *Tratado de derecho procesal penal,* núms. 59 y 75.

[6] GUASP: *Comentarios,* t. I, p. 983.

[7] GUASP: *Derecho procesal civil,* 2.ª ed., 1956, p. 539-544, y ed. 1962, p. 517-22.

[8] ROCCO: *Trattato,* t. III, p. 219-28.

derecho sustancial. Las primeras las subdivide según que su resolución produzca efectos preclusivos limitados al mismo proceso o que se extiendan a cualquier proceso separado y futuro. En el primer grupo de las procesales coloca las cuestiones de litispendencia y de competencia, y en segundo término, las que pueden hacer imposible el examen de la cuestión de fondo o mérito, a saber: «*a*) la jurisdicción; *b*) el interés para obrar; *c*) la legitimación para obrar; *d*) la derogación de la jurisdicción ordinaria por motivo del compromiso; *e*) las causas extintivas de la acción, y en particular la cosa juzgada y la renuncia de la acción.» Las cuestiones prejudiciales de derecho sustancial son, en su concepto, aquellas que por su naturaleza se presentan como un antecedente lógico y jurídico, que debe resolverse antes de la cuestión de derecho sustancial de mérito que debe ser decidida en un proceso, porque de la conclusión a que se llegue sobre ellas depende «la posibilidad o imposibilidad, para el juez, de pasar al examen de la segunda cuestión, respecto de la cual la primera es su presupuesto».

A continuación dice Rocco [9]: «De ello resulta que si la declaración *(accertamento)* de tal cuestión conduce a un resultado negativo, el juez no podrá juzgar en el fondo (cuestión principal), y los efectos de esa preclusión se extenderán, no solo al proceso en curso, sino también a cualquier otro órgano jurisdiccional, siempre que, naturalmente, no se hayan ejercido en vano los medios ordinarios para impugnar las sentencias.

»Sería poco menos que imposible intentar, no digo una clasificación, sino aun una simple agrupación de tales cuestiones, puesto que, dada la variedad de las relaciones jurídicas de derecho sustancial, las cuestiones prejudiciales de derecho sustancial tienen tal configuración que ni siquiera se prestan a una simple agrupación.»

Más adelante agrega [10]: «5. D) Con respecto a las llamadas causas prejudiciales, es decir, a aquellas que tienen una individualidad autónoma y que como tales deben ser decididas como una aparte, podemos remitirnos a lo que ya hemos dicho sobre la clasificación general de las cuestiones incidentales.

»Las causas prejudiciales autónomas se verifican, por lo general, cuando se presenta una controversia penal, civil o administrativa, de cuya definición depende la decisión de fondo de la causa.

»En tal caso, al juez de la causa *(adito)* le está precluida la posibilidad de pasar al examen de la cuestión de fondo de derecho sustancial, de la cual conoce, ya que esta encuentra en la decisión de las causas prejudiciales el presupuesto de su decisión.»

Así, pues, Rocco utiliza el concepto de prejudicialidad no solo para los casos en que se requiere una causa separada o en que se tramita una cuestión incidental sobre puntos no tratados en la demanda, pero cuya decisión tiene el valor de cosa juzgada para cualquier otro proceso, lo que es posible en el procedimiento italiano, como lo advierte CARNELUTTI [11], sino también para cuestiones que deben ser materia de estudio previo en el mismo juicio y con efectos limitados a este, tal como ocurre en los ejemplos que trae de prejudicialidad procesal y en algunos de prejudicialidad sustancial. Por consiguiente,

---

[9] ROCCO, ob. cit., p. 226-27.
[10] ROCCO, ob. cit., p. 228.
[11] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 374, p. 684-87.

debemos colocar a Rocco entre los autores que sostienen esta segunda tesis.

Al concepto de Rocco le observamos que en la mayoría de los casos la causa prejudicial no impide la sentencia de fondo, sino limita el pronunciamiento a los demás puntos y determina el sentido favorable o desfavorable al demandante, de la sentencia de fondo que haya de dictarse en el juicio. La afirmación que Rocco hace en el sentido de que la declaración negativa de la cuestión prejudicial impide una sentencia de fondo, es cierta únicamente cuando se trata de prejudicialidad genérica procesal sobre puntos que constituyen presupuestos de la sentencia, como la legitimación o el interés para obrar, la competencia o la jurisdicción, etc., pero en este caso no se trata de verdaderas cuestiones prejudiciales, como lo advierten los autores que sostienen las dos tesis que a continuación exponemos. La decisión, sea afirmativa o negativa, que sobre la cuestión prejudicial se produzca en otro proceso, impide que haya un nuevo pronunciamiento de fondo sobre ella, pero no sobre las demás pretensiones o excepciones. Por ejemplo, la decisión penal que declare al sindicato autor del hecho o que declare que no lo fue, hace intocable el punto en el proceso civil que se adelante sobre indemnización de perjuicios por el mismo hecho; la sentencia será de fondo y absolutoria para el demandado, en el primer caso, y de fondo condenatoria, pero limitada a la declaración de la responsabilidad civil y a la cuantía de los perjuicios, en el segundo. En ambos casos la autoría del hecho no podrá ser materia de pronunciamiento en el proceso civil. Entendido en esta forma, el concepto de Rocco sería inobjetable.

3.° En tercer lugar están los autores que consideran necesario restringir el concepto 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 solo para determinado litigio, es decir, que la decisión sobre ese punto debe obligar en todos los litigios que versen sobre él, con efectos de cosa juzgada y sin que esté limitada al proceso en que se pronuncia. Opina CARNELUTTI [12] que en sentido técnico solo son prejudiciales «las cuestiones cuya solución constituye premisa de la decisión *también en otros litigios*», lo que ocurre en dos casos: 1.°, cuando se trata de una acumulación, objetiva o sucesiva, de varios litigios en el mismo proceso, si la Ley autoriza (como ocurre en los códigos alemán y austríaco), o al menos no impide que por vía de doctrina se admita (como sucedió en Italia durante la vigencia del Código anterior), que en el curso del juicio cualquiera de las partes pida «el acertamiento incidental» previo de cuestiones conexas con las pretensiones del demandante o las excepciones del demandado, con efectos generales equivalentes a los de una sentencia con fuerza de cosa juzgada, tal como ocurre cuando uno de los cónyuges pide alimentos y el otro solicita que se le resuelva de una vez por todas sobre la validez o nulidad del matrimonio, mediante una decisión incidental; 2.°, cuando por no ser competente el juez para el litigio a que se refiere la demanda incidental, no puede proveer sobre ella, caso en el cual debe ser propuesta en juicio separado ante el despacho competente [13]. El primer caso no tiene cabida en nuestro Código de Procedimiento Civil, pero el segundo sí, como lo vimos al tratar del pleito pendiente (cfr. núm. 244, III).

[12] CARNELUTTI: *Sistema*, t. II, núm. 374, p. 684-87

[13] CARNELUTTI, ob. y núm. cit., p. 687.

De manera, pues, que CARNELUTTI excluye de la noción de prejudicialidad jurídico-procesal las cuestiones que en el curso del juicio deben ser examinadas para llegar a la conclusión definitiva de la sentencia, por servirle de fundamentos o mediante providencias interlocutorias, pero con efectos únicamente para ese juicio *(incidenter tantum)*, tal como ocurre con la legitimación en la causa, la personería adjetiva, la nulidad del proceso o del título aducido por el demandante, la autenticidad de documentos aducidos como prueba, las excepciones de previa sustanciación, los incidentes de competencias o recusaciones, etc. En otro lugar explica el ilustre maestro que deben distinguirse los incidentes prejudiciales de los no prejudiciales, y dice que «la noción de prejudicialidad es más restringida cuando se refiere a las cuestiones incidentales» [14]. Sin duda alguna, el sabio maestro le da un mejor y más técnico sentido a esta noción procesal.

4.° Una cuarta tesis restringe aún más el ámbito de la prejudicialidad procesal y reserva la denominación para las cuestiones que deben ser resueltas previamente en otro tribunal, con efectos de cosa juzgada. Defienden esta tesis MOREL [15] y ALSINA [16]. Este último acoge la tesis que «limita el concepto de cuestión prejudicial a las que por disposición de la Ley deben ser resueltas previamente por otros jueces de otra jurisdicción»; pero al definir la prejudicialidad, exige solo que se trate de un juicio autónomo, ante otro tribunal, sobre una cuestión sustancial independiente de la que motiva la litis y cuya decisión debe influir con efecto de cosa juzgada en la que se ventila en el juicio, lo que permite incluir los asuntos tramitados ante otros jueces de la misma jurisdicción.

ALSINA excluye, con toda razón, las cuestiones, tanto procesales como sustanciales, que deben ser resueltas en el curso del juicio, aun cuando puedan ser planteadas en juicio separado. En este sentido, dice: «Las cuestiones procesales que se suscitan en el curso del juicio no tienen carácter prejudicial, porque aun las que pueden influir en la decisión final son resueltas por el juez de la causa y no trascienden de ella, como las relativas a la capacidad. Tampoco lo tienen las cuestiones sustanciales que, aun siendo susceptibles de un proceso autónomo, son propuestas por las partes por vía de excepción (por ejemplo, las excepciones perentorias) o de reconvención (como la compensación), siempre que correspondan a su competencia y aunque el juez se pronuncie con efecto de cosa juzgada. Asimismo no son prejudiciales las llamadas «defensas previas» (beneficio de competencia, beneficio de exclusión, condenaciones de posesorio, etc.), porque no afectan al derecho, es decir, no condicionan el pronunciamiento en cuanto al fondo de la litis». Advierte luego que, por las mismas razones, no son prejudiciales las cuestiones de hecho vinculadas a la relación sustancial, como los hechos impeditivos o extintivos y los vicios del consentimiento (en realidad, se trata de excepciones perentorias), «salvo que la Ley atribuya expresamente su conocimiento a otro tribunal, como el supuesto delito». Por último, acepta que «pueden presentarse casos de prejudicialidad, aunque la Ley no lo establezca».

Estamos de acuerdo con ALSINA en la necesidad de excluir del concepto de prejudicialidad todas esas cuestiones que deben ser resueltas en el mismo pro-

---

[14] CARNELUTTI, ob. cit., t. IV, núm. 657, p. 161.
[15] MOREL: *Traité élémentaire de procedure civile*, París, 1949, núms. 273-75.
[16] ALSINA: *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, Edit. Ejea, 1959, p. 66-69.

ceso, lo mismo que en la posibilidad de admitirla en casos no contemplados por la Ley, siempre que reúnan los requisitos que la configuren. Pero consideramos que no es indispensable que el asunto corresponda a otro tribunal o juez, porque lo esencial es que requiera por mandato legal un proceso autónomo, aun cuando pueda tramitarse en el mismo despacho judicial.

277. Nuestro concepto

La multiplicidad de opiniones, la diversidad de terminología y de clasificaciones y el tratarse de una materia en cierta forma híbrida, en la cual se esfuman en ocasiones los límites del derecho penal y el civil, hacen que exista una seria dificultad para sistematizar esta materia [17].

Para nosotros, *cuestión prejudicial es aquella cuestión sustancial autónoma que constituye un necesario antecedente lógico-jurídico de la resolución que debe adaptarse en la sentencia, y que es indispensable resolver previamente por otra sentencia o providencia que haga sus veces, en proceso separado, con valor de cosa juzgada, ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre lo que es materia del juicio, sea civil o penal, razón por la cual este debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca.* Cuando por la Ley corresponde a otra jurisdicción, será una cuestión prejudicial de jurisdicción, y si puede ser resuelta en otro proceso de la misma jurisdicción, será prejudicialidad de competencia.

La noción de prejudicialidad debe ser una misma en derecho procesal civil o penal, porque se trata de idénticas razones y de situaciones iguales.

En resumen, 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 Judicial no contempla los incidentes con valor de cosa juzgada, y del segundo, en que incluimos las cuestiones que deben resolverse en proceso separado ante el mismo juez y no solo las que se tramiten ante otro de igual o distinta jurisdicción. Estamos de acuerdo con ambos autores en que la cuestión prejudicial debe ser resuelta con efectos de cosa juzgada, en el sentido de que es necesario que la sentencia tenga valor en otros procesos y no solo en el proceso en que se pronuncie.

Cuando se tramita un juicio especial cuya sentencia puede ser revisada por circunstancias posteriores, como sucede en los casos de alimentos o *rebus sic stantibus* (cfr. núm. 258-268, punto V), no se debe suspender el juicio porque en otro se discuta alguna cuestión sustancial que pueda modificar su resolución, aun cuando no sea posible resolverla en el mismo juicio, como la validez del matrimonio o la impugnación de la paternidad, que sin duda son determinantes de la obligación alimentaria. Si prospera la demanda del último juicio, se dispone de la vía judicial para ponerle fin a la obligación de prestar los alimentos, al paso que la finalidad que se persigue con el juicio especial, de amparar la familia contra el abandono de quien tiene a su cargo la obligación de atender a sus necesidades, no admite dilación. Lo mismo cabe decir

[17] Mario A. Oderico: *Prejudicialidad civil en el proceso penal*, Buenos Aires, 1945, p. 9-43.

de otros casos análogos. Las sentencias que en esos juicios se dicten obligan solo mientras subsisten las circunstancias de hecho que le sirvieron de fundamento y resuelven sobre estas, tal como en el proceso aparecen; por consiguiente, la posible modificación que sufran por motivo de la decisión que se adopte en otro juicio, no constituye necesaria prejudicialidad.

En realidad, el problema de la prejudicialidad «es solo un reflejo del problema más general sobre la eficacia de los actos de un órgano del Estado sobre los demás órganos» [18], y «se refiere al mantenimiento de su acción, ya interna, ya externa». Pero esto no significa que se pretenda identificar las instituciones civiles y penales, como piensa GUARNERI [19]. Las diferencias entre estas son claras y profundas, como el mismo autor lo observa, pero no impiden que se mantenga, a pesar de ellas, la unidad de la jurisdicción y que se les otorgue a sus respectivas sentencias el valor de cosa juzgada con efectos sobre la otra, en ciertos casos, y con precisas limitaciones (cfr. núms. 23-25).

El mismo GUARNERI dice muy bien en otro lugar [20] que «unidad no significa uniformidad», y agrega: «Cada rama del Derecho, en su propio campo, trabaja con medios distintos para la consecución de fines convergentes.»

Pero no debe confundirse la prejudicialidad con el pleito pendiente. Este se refiere a la iniciación de un proceso sobre la misma cuestión litigiosa que se discute en otro ya en curso (cfr. núm. 244, III), mientras que aquella contempla una cuestión sustancial distinta, pero vinculada a la que debe ser resuelta en el proceso. Por otra parte, la cuestión prejudicial existe aun cuando no se haya iniciado el proceso en que debe ser decidida, al paso que el pleito pendiente exige que esté en curso otro proceso. Por último, si bien cuando existe prejudicialidad y se está tramitando el proceso puede alegarse tal circunstancia como pleito pendiente en excepción previa, no siempre que hay pleito pendiente existe prejudicialidad, porque el primero generalmente se refiere al hecho de 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 en el cual se alega, pero conexa con ella y cuya solución previa es indispensable para adoptar una resolución en la sentencia.

Cuando la cuestión prejudicial se alega como excepción previa para impedir el trámite del nuevo juicio, se tiene la *prejudicialidad a la acción*, y cuando solo suspende la sentencia, existe la *prejudicialidad a la sentencia* [21].

Puede suceder que la excepción previa de pleito pendiente sea parcial, es decir, que recaiga sobre parte de la nueva demanda que coincide con la anterior en alguna o algunas de las peticiones allí incoadas. En estos casos, si las restantes peticiones de la primera son consecuencias de aquellas en que opera la *litis pendentia*, la decisión que sobre estas se adopte en el primer juicio será cuestión prejudicial a las otras, ya que mientras no concluye el primer proceso será imposible resolver sobre la nueva demanda. Así ocurrirá, por ejemplo, si en la primera demanda se pide únicamente la rescisión o la resolución de la compraventa de un inmueble y su restitución, y en la segunda se reclama la indemnización de perjuicios o el pago del valor de los frutos o am-

[18] JOSÉ GUARNERI: *Las influencias del derecho civil en el derecho penal*, Puebla, 1952, p. 33; STEIN: *Zivil prozessordnung*, p. 322, y BINDING: *Strafprozessuale studien*, p. 338, citas de GUARNERI.

[19] GUARNERI, ob. y p. cita anterior.

[20] GUARNERI, ob. cit., p. 87.

[21] ALSINA, ob. cit., p. 73.

bas cosas, como consecuencia de esa rescisión o resolución, sea que de nuevo se pretenda la declaración de estas o que solo se invoquen como fundamento de tales reparaciones (cfr. núm. 244).

Cuando el pleito pendiente es total, no hay prejudicialidad, sino litigios idénticos y procesos incompatibles.

278. Noción de excepción prejudicial

Consideramos inconveniente y poco técnica la *noción* de *excepciones prejudiciales* que algunos autores utilizan [22]. Además, hay cierta contradicción en dicha noción.

La prejudicialidad no es una excepción. Esta constituye un ataque a la cuestión de fondo o al procedimiento por parte del demandado, ataque que el juez debe resolver en el mismo proceso (cfr. núms. 237-239); aquella es una cuestión que puede relacionarse con la pretensión del demandante o con las excepciones del demandado, y que puede resultar favorable a aquel o a este, pero que debe ser resuelta en otro proceso. Cierto es que en las legislaciones que consagran la prejudicialidad a la acción (cfr. núm. 282) se permite alegarla como excepción previa, para impedir el juicio, pero aun en este caso no se trata de una excepción prejudicial, sino de hacer valer la prejudicialidad como excepción. En los demás casos, la prejudicialidad solo suspende el juicio mientras se decide el punto en otro, y se alega como motivo de suspensión o sirve para que oficiosamente se decrete esta, pero sin tener por ningún aspecto carácter de excepción; una vez pronunciada la otra sentencia (o preferido el sobreseimiento definitivo penal), existirá cosa juzgada en aquellos puntos que fueron resueltos en ella, y si es favorable al demandado, esta será la excepción que se tendrá en cuenta, pero si resulta favorable al demandante, servirá de fundamento a su pretensión. La sentencia sobre la cuestión prejudicial es prueba del derecho pretendido o de la excepción alegada (responsabilidad del demandado, nulidad, dolo, inexistencia del hecho, etc.) y puede invocarla tanto el actor como el demandado.

Solo en un sentido muy amplio y poco técnico cabe hablar de excepciones prejudiciales, para distinguir las que son alegadas por el demandado o que el juez debe considerar de oficio en favor de aquel sobre puntos que no pueden ser resueltos en el mismo juicio, por lo cual obligan a su suspensión mientras en otro proceso se decide con valor de cosa juzgada sobre ellos.

279. Prejudicialidad genérica y específica

Por prejudicialidad específica entendemos la que, en rigor técnico, debe recibir esa denominación; es decir, la verdadera cuestión prejudicial, tal como la aplican los autores que sostienen las dos últimas tesis (cfr. núm. 276) y como nosotros la concebimos (cfr. núm. 277).

---

[22] Castori, Helie, Haus, citas de Oderigo, ob. cit., p. 15-19, y este último, ibídem, p. 43.

Por prejudicialidad genérica debemos entender la noción amplia que sobre este instituto procesal tienen los partidarios de la primera tesis explicada en el número 276; es decir, que en la prejudicialidad, en sentido genérico, cuyo uso debe evitarse, por ser poco apropiado y por prestarse a confusiones y equívocos, se incluyen los incidentes de previa sustanciación y las cuestiones que en el curso del juicio se resuelven sin incidente, pero que influyen en la sentencia, y también la resolución en la misma sentencia de las peticiones principales respecto de las subsidiarias y de la primaria respecto de las consecuenciales (como la que versa sobre la rescisión o resolución del contrato respecto de la indemnización de perjuicios y pagos de frutos).

280. Distinción entre puntos, cuestiones y causas o pleitos prejudiciales

Los autores que hablan de la prejudicialidad en sentido genérico se ven obligados a presentar una división más o menos caprichosa de puntos, cuestiones y causas o juicios prejudiciales; se habla de los primeros cuando se trata de simples antecedentes lógicos no controvertidos en el juicio; de las segundas, para distinguir los antecedentes lógicos controvertidos que se resuelven previamente en el mismo proceso *intertantum*, sin valor de sentencia ni de cosa juzgada; y de los últimos, cuando el antecedente lógico debe ser resuelto previamente con efectos de cosa juzgada, sea por el mismo juez o por otro [23].

Para quienes le damos al concepto un sentido específico, esta clasificación no tiene razón de ser.

281. Prejudicialidad de competencia y de jurisdicción

A pesar de la crítica que a esta subdivisión le hace Alsina [24], creemos que existen estas dos clases de prejudicialidad específica, que algunos autores denominan homogénea y heterogénea, según que correspondan a otro juez de igual jurisdicción o al mismo, pero en proceso separado (porque en este caso existen solo motivos legales de competencia para que en el mismo juicio no se pueda resolver sobre esas cuestiones), o que correspondan a jueces de otra rama jurisdiccional, como la penal, la laboral o la contencioso-administrativa. Entre los autores que aceptan esta clasificación, se encuentran Carnelutti [25], Manzini [26] Prieto Castro [27], Guasp [28] y Jiménez Asenjo [29].

Como ejemplos de la prejudicialidad de jurisdicción, en Colombia, pode-

---

[23] Menestrina, y Chiovenda, obs. y p. citadas.
[24] Alsina, ob. cit., p. 65.
[25] Carnelutti: *Sistema*, núm. 374.
[26] Manzini, ob. cit., núm. 60.
[27] Prieto Castro: *Tratado*, t. I, p. 150.
[28] Guasp: *Comentarios*, p. 983; *Derecho procesal*, ed. 1956, p. 539-42, y ed. 1962, p. 517-22.
[29] Jiménez, cita de Alsina, ob. cit., p. 58.

mos citar la de la cuestión penal que aparezca en el proceso civil; la de la validez o nulidad del matrimonio católico o de errores accesorios u omisiones en las partidas eclesiásticas y existencia del matrimonio eclesiástico 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 demandada ante el contencioso-administrativo (cfr. núm. 25).

Como ejemplo de prejudicialidad de competencia, tenemos los litigios sobre la herencia, sobre derechos en ella o sobre el testamento, que suspenden la partición, en el juicio de sucesión (cfr. núm. 43); la nulidad del matrimonio civil discutida en juicio ordinario, en relación con la separación de bienes que se pida en juicio especial (cfr. núm. 244, III).

Cuando exista simple prejudicialidad de competencia y sea posible la acumulación de los dos procesos, este debe ser el camino a seguir y no el de suspender uno de ellos. Si una parte solicita la suspensión en tal caso, la otra puede plantear sustitutivamente la acumulación y el juez debe darle preferencia a la última. Si se decretó la suspensión de uno de ellos, puede pedirse la acumulación ante el juez que conoce del otro, y si se decreta le pone fin a la suspensión.

282. Prejudicialidad a la acción y a la sentencia

Se distingue entre prejudicialidad a la acción y prejudicialidad a la sentencia, según que impida la iniciación del juicio o solamente la sentencia que en él se dicte.

En nuestro sistema legal no existe la prejudicialidad a la acción, porque se permite iniciar el juicio civil o el penal a pesar de que exista una cuestión prejudicial y solo se suspende la sentencia mientras aquella sea resuelta. Pero hay casos en que debe suspenderse el juicio civil antes (cfr. núm. 291). En otras legislaciones se consagra para casos especiales.

283. La regla «el juez de la acción es juez de la excepción»

Ante todo, debemos observar 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 puede alegar en su defensa, con exclusión de 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, porque entonces, en razón de ese mandato legal, no será posible decidir sobre esa cuestión en el mismo proceso. En estos casos existirá prejudicialidad y podrá suspenderse el juicio 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 en juicio ejecutivo, de venta, de concurso o quiebra u ordi-

nario [30], sea con valor de cosa juzgada o como *incidenter tantum* (cfr. números 284 y 291).

Creemos que aun sin norma legal que lo autorice, e independientemente de la excepción previa de pleito pendiente y, por tanto, en toda clase de juicios, puede obtenerse la suspensión de la sentencia cuando existe una verdadera cuestión prejudicial que en ese proceso no puede ser resuelta y que influye en las decisiones que allí se deben adoptar; pero de ninguna manera cuando el juez de la causa puede resolver sobre la cuestión allí mismo, por haber sido planteada en la demanda o constituir una excepción. Lo último nos parece una limitación indispensable, porque de lo contrario se le privaría al juez de la competencia que la Ley le otorga y se permitiría al demandado dividir la continencia de la causa y burlar el procedimiento especial que la Ley autoriza, por el fácil sistema de formular como pretensión en juicio separado lo que ha debido oponer como excepción en el mismo juicio.

284. Decisiones «incidenter tantum»

Se entiende por decisiones *incidenter tantum* las que deben ser adoptadas en el curso del juicio 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 es indispensable para llegar normalmente a la sentencia, pero sin valor de cosa juzgada. Tales decisiones preparan el pronunciamiento de la sentencia o despejan el camino para que esta sea posible [31]. Es lo que Menestrina y Chiovenda llaman «cuestiones prejudiciales», que se resuelven por incidentes, sin efectos de cosa juzgada [32].

Ejemplos de estas decisiones, en nuestro procedimiento civil, son los fallos de incidentes de excepciones dilatorias o previas, de falsedad de documentos, de recusación, de tacha de testigos, etc.

Existen otras decisiones que se adoptan en la misma sentencia, pero sin que se incorporen a su parte resolutiva, que son como premisas jurídicas para la decisión de fondo que en ella se toma, de las cuales depende el éxito de la demanda, pero que carece de valor en un juicio posterior, así sea entre los mismos litigantes, y no forman parte de la cosa juzgada [33]. 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 [34]. Se incluye en esta categoría el juicio que sobre la prueba de los diversos hechos aducidos por el demandante y el demandado aparece en la sentencia, como lo explicamos al tratar de la cosa juzgada (cfr. núms. 252 y 270). En un juicio posterior, sea entre las mismas partes o

---

[30] Morel: *Traité élémentaire de procedure civile*, París, 1949, núm. 273; Manzini, ob. cit., núm. 75; Guasp: *Comentarios*, p. 983; *Derecho procesal civil*, ed. 1956, p. 539-44, y ed. 1962, p. 517-22; Alsina, ob. cit., p. 66-68.

[31] Chiovenda: *Instituciones*, t. I, núms. 124-25; Alsina, ob. cit., p. 64 y 71.

[32] Menestrina, ob. cit., p. 123-33; Chiovenda, cit. anterior.

[33] Carnelutti: *Sistema*, t. II, núm. 374.

[34] Carnelutti: *Sistema*, t. II, núm. 374 y citas en el número 288.

entre partes distintas, será necesario trasladar esa prueba para que el nuevo juez la califique, sin que resulte obligado por las conclusiones que en el juicio anterior se acogieron; en el primer caso no hace falta ratificar la prueba por haber sido ya controvertida, y en el segundo sí, pero con las motivaciones de la primera sentencia no se demuestran los hechos que en ella se declararon probados en ese proceso. El juicio sobre la prueba practicada en un proceso carece de valor en otro posterior, así sea entre unas mismas partes (cfr. números 252-270).

285. La prejudicialidad penal en el proceso civil

De lo expuesto en los números anteriores se deduce que existirá prejudicialidad penal en el proceso civil, siempre que sea indispensable basar total o parcialmente la sentencia que en este se dicte sobre la decisión que en un proceso penal se haya dado o se deba dar a cuestiones que de acuerdo con las normas legales de cada país correspondan exclusivamente a la jurisdicción penal.

Por consiguiente, esta prejudicialidad presenta dos aspectos, según que el proceso penal esté en curso o haya concluido: la suspensión del proceso civil y la autoridad de la cosa juzgada penal en el proceso civil.

Al estudiar estos dos puntos se explicarán los requisitos para que esta prejudicialidad exista, es decir, para que sea necesaria la suspensión o deba otorgarse fuerza obligatoria al fallo penal en lo civil.

Como la suspensión del proceso civil tiene lugar cuando la sentencia penal debe producir en aquel efectos de cosa juzgada e influye en su decisión, comenzaremos por examinar este punto.

286. La autoridad de la cosa juzgada penal sobre el proceso civil, en la doctrina y las legislaciones

No obstante que el Código de Instrucción Criminal francés no contenía norma alguna que la consagrara, la jurisprudencia francesa del siglo XIX elaboró la regla de la autoridad de la cosa juzgada penal sobre el proceso civil, «para evitar que las decisiones de los tribunales represivos fuesen contradichas por las decisiones de los tribunales civiles»[35]. Esa autoridad se aplicó no solo a la acción civil para la reparación del daño causado por el delito, sino también a las que en Francia se denominan «acciones con fines civiles», es decir, a las demás acciones o, mejor dicho, pretensiones que pueden emanar del delito, como las de divorcio por el adulterio (en las legislaciones que le dan a este un carácter penal), o de indignidad del heredero responsable de homicidio en la persona del causante, o de robo de bienes de este, e inclusive a las acciones civiles que no se relacionan directamente con el delito, pero que tienen con la penal un elemento común que les da una vinculación lógica. Se exceptúan de esta regla las acciones civiles, es decir, las demandas o pre-

[35] Estéfani, ob. cit., p. 98.

tensiones civiles, que, a pesar de relacionarse con los hechos que configuran el delito, tienen un fundamento legal propio y diferente, de naturaleza estrictamente civil, de modo que su prosperidad no depende de los resultados del proceso penal, es decir, que no tienen por fundamento el dolo o la culpa delictual, como las que consagran los artículos 1.384, 1.385 y 1.386 del Código Civil francés para los casos de daños causados por cosas inanimadas, por animales y por construcciones (C. C. col., arts. 2.350 a 2.356).

Por tanto, la autoridad de la cosa juzgada penal sobre la civil se limita en Francia, por obra de la jurisprudencia, a los casos en que el juez civil debe fundar su decisión sobre las conclusiones a que se llegue en el proceso penal y no cuando es posible resolver con prescindencia de aquellas.

Pero ¿cuándo se presenta la primera situación? ¿Cuándo obliga la sentencia penal en la solución del juicio civil?

Los autores franceses del siglo XIX trataron de fundar la autoridad de la sentencia penal sobre lo civil en textos legales, especialmente en el artículo 1.351 del Código Civil, que consagra el principio general de la cosa juzgada; pero se encontraron ante el problema de la triple identidad de objeto, sujetos y causa que ese principio exige para la sentencia civil en relación con la nueva demanda. MERLIN [36] sostuvo que la diferencia de objeto y de causa era solo aparente, porque se trata de comprobar el mismo hecho que le da nacimiento a las acciones, y que existe en el fondo identidad de sujetos, porque el Ministerio público representa en el proceso penal a toda la sociedad. Esta tesis fue acogida por algunos autores italianos [37], pero al mismo tiempo fue rechazada por la mayoría de los autores franceses en lo relativo a sujetos y objeto, y así, TOULLIER sostuvo que solo existía identidad de causas porque el objeto del juicio civil es la cosa demandada, o sea la reparación del perjuicio, al paso que el penal busca la aplicación de la pena al responsable y la representación del demandante civil por el Ministerio público es una simple ficción. AUDINET fue partidario de que se hablara de identidad de cuestiones y no de objeto.

La jurisprudencia siguió la misma trayectoria y durante un tiempo adoptó la tesis de MERLIN, pero luego abandonó la tentativa de fundar esa autoridad en el artículo 1.351 del Código Civil francés y se abstuvo de hablar de identidad de objeto y de partes, contentándose con aceptarla siempre que se trate de la acción civil para la reparación del daño ocasionado por el delito, o para fines civiles distintos, pero que tienen su fundamento en el hecho delictuoso, como las de divorcio, indignidad o nulidad del matrimonio, y aun cuando el delito no sea más que una causa remota, como sucede en la reivindicación de la cosa mueble objeto del hurto o robo, en la ejecución de contratos en que se haya incurrido en delito, como el de falsedad de documento, e inclusive cuando la acción civil no tiene relación directa con el delito, pero uno de los elementos de aquella es al mismo tiempo elemento de este, si existe una relación lógica entre las dos acciones [38].

De la jurisprudencia y la doctrina francesas modernas se deduce que para que tenga lugar la autoridad de cosa juzgada penal sobre lo civil, se necesita y es suficiente que exista una identidad siquiera parcial de causa, entendida

[36] MERLIN, cita de ESTÉFANI, ob cit., p. 342-44; ídem, cita de JOSÉ GUARNERI: *Las influencias del derecho civil en el derecho penal*, Puebla, 1952, p. 31-32.

[37] MORTARA: *Comentario*, t. I, p. 732-34.

[38] ESTÉFANI, ob. cit., p. 426-28.

esta como los hechos que constituyen el delito, por una parte, y que sirven de fundamento a la pretensión civil, por la otra, sin que interese la identidad de sujetos ni de efectos o resultados, que son diversos en los dos procesos. Es decir, basta la identidad entre la causa jurídica o *causa petendi* de la demanda o pretensión civil y los hechos que configuran el delito, expresión esta que nos parece más adecuada que la de causa del mismo. Remitimos a nuestros lectores al amplio estudio que sobre la *causa petendi* en la demanda civil hicimos en los números 87, 105 y 261. Inclusive cuando el daño es causado por la intervención anormal de una cosa inanimada, como en un accidente de tránsito, la jurisprudencia francesa encuentra la identidad de causa «porque no puede concebirse sin el hecho del hombre» y la cosa es solo el instrumento de perjuicio [39]. En el fondo, se trata de establecer si la acción civil puede ser fallada o no, sin tener en cuenta los hechos que constituyen la base de la acción pública, y si es suficiente que el juez civil funde su decisión en cualquiera de los hechos que hayan sido conocidos por el juez penal y que sea determinante del delito, tanto cuando la sentencia penal es condenatoria como cuando absuelve al sindicado.

En Italia, el actual Código de Procedimiento Penal regula esta materia de idéntica manera, pues el artículo 28 se limita a exigir que el derecho discutido en el juicio civil dependa de la «declaración de certeza de los hechos materiales que fueron objeto del juicio penal» [40].

Estamos de acuerdo con las anteriores conclusiones y creemos que tienen perfecta aplicación en Colombia.

Como puede apreciarse, la autoridad de la cosa juzgada penal en el proceso civil exige requisitos muy diferentes de los que rigen para la sentencia civil en otro proceso de la misma jurisdicción, requisitos que estudiamos en el capítulo XXV (cfr. núms. 256 y ss.); además, no tiene origen en los textos legales que la consagran para las sentencias dictadas en materia contenciosa, ni está sometida a las limitaciones que para esta se establecen. Se dan dos cuestiones independientes, sin que exista accesoriedad ni primacía de una jurisdicción respecto de la otra [41].

¿Cuál es entonces el fundamento jurídico de esa autoridad? Aunque se han formulado muchas teorías sobre el particular, puede decirse que en el fondo se agrupan en dos corrientes: la de la primacía del proceso penal sobre el civil y la de la unidad de jurisdicción o de la autoridad judicial.

En Francia sostienen la primera tesis ESTANI, FAUSTIN HELIE, LACOSTE, DEMOGUE y HEBRAND, entre otros, como lo veremos en el número siguiente; la segunda es defendida principalmente por BEUDANT [42], PEKELIS [43], AUBRY y RAU [44], quienes consideran que la jurisdicción es una, a pesar de la pluralidad de sus órganos, lo mismo que el ordenamiento jurídico, y que, por tanto, se trata de un problema de organización judicial y de competencia, por las diferentes misiones de las ramas penal y civil.

Nosotros rechazamos la tesis de la primacía de lo penal, por las razones que en el número siguiente expondremos. Estamos de acuerdo con los auto-

[39] ESTÉFANI, ob. cit., p. 285-86.
[40] MANZINI: *Tratado*, Buenos Aires, t. I, p. 345.
[41] JOSÉ GUARNERI: *Las influencias del derecho civil en el derecho penal*, cit., p. 36-37.
[42] BEUDANT: *Revue critique*, 1854, p. 496.
[43] PEKELIS, cita de ESTÉFANI, ob. cit., p. 358.
[44] AUBRY y RAU: *Curso de derecho civil*, 2.ª ed., núm. 769.

res del segundo grupo en cuanto a la unidad de la jurisdicción y del ordenamiento jurídico, y creemos que esto explica por qué es posible esa autoridad de lo penal sobre lo civil, lo mismo que de la sentencia civil en algunos casos sobre el proceso penal, aunque queda por saber cuál es el fundamento jurídico de esa regla, sea que la consagre expresamente la Ley (C. de P. P. colombiano, arts. 11, 25, 28 y 29, o C. de P. P. italiano, art. 29), sea que se deduzca por vía de doctrina y jurisprudencia (como sucede en Francia). Más adelante expondremos nuestro concepto.

Esta unidad de jurisdicción y de la autoridad judicial no significa que exista una unidad de conceptos jurídicos y de principios en las dos ramas civil y penal, ni una identidad de instituciones civiles y penales, por lo cual nos parece injustificada la crítica que al respecto hace el profesor de la Universidad de Parma, JOSÉ GUARNERI [45]. Esa diferencia es indudable, y en esto tiene razón este autor, como ya lo anotaba CARRARA [46], pero no impide la unidad de la jurisdicción entendida como la potestad del Estado para administrar justicia o garantizar el vigor práctico o la realización del derecho, como emanación de su soberanía, según la definen los autores modernos (cfr. núms. 20-21). Sin embargo, GUARNERI rechaza la posición basada en el principio de la accesoriedad [47], lo que nos conduce a considerarlo opuesto a la tesis de la primacía del proceso penal. En otro lugar da la respuesta a su propia objeción cuando dice: «Unidad no significa uniformidad, sino concordia, armonía, dialéctica de la historia, que no marcha siempre sobre la misma línea, sino que resulta de la fusión y de *in unun reductio* de elementos distintos, lo que es condición de vitalidad y progreso.» Y luego agrega: «Cada rama del Derecho, en su propio campo, trabaja con medios distintos para la consecución de fines convergentes: unidad e identidad de fin, que en esta situación, mejor en otras, debe afirmarse, y sin la cual el Estado no tendría posibilidad de vivir» [48]. Concepto que compartimos y que excluye la pretendida superioridad de la rama penal.

En el segundo grupo podemos incluir a los autores que, como VINCENZO MANZINI [49], consideran la autoridad del fallo penal en el proceso civil como un caso de prejudicialidad, similar, por consiguiente, al de la autoridad que en ocasiones se le otorga a la sentencia civil en el proceso penal. MANZINI opina que ese sistema se funda en el principio de la *esencial unicidad del poder de jurisdicción* [50].

287. LA PRETENDIDA PRIMACÍA DEL PROCESO PENAL SOBRE EL CIVIL

Muy frecuente es encontrar en obras 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, de la solidaridad de prescrip-

[45] GUARNERI: *Las influencias del derecho civil en el derecho penal*, Puebla, 1952, p. 33-34.
[46] CARRARA: *Programa*, t. I, parte especial, núm. 1171, nota 2.
[47] GUARNERI, ob. cit., p. 36-37.
[48] GUARNERI, ob. cit., p. 87.
[49] MANZINI: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, t. I, p. 344 y 432.
[50] MANZINI, ob. cit., t. I, p. 343.

ciones que por lo general consagran las legislaciones (la acción civil para la reparación del daño causado por el delito prescribe al tiempo que la acción penal) y del valor de cosa juzgada que en el proceso civil debe darse a lo resuelto en la sentencia que le ponga fin al asunto [51].

Estudiaremos primero los argumentos de quienes sostienen la tesis de la primacía del proceso penal, y luego expondremos nuestro concepto.

Algunos autores consideran que la pretendida primacía del proceso penal sobre el civil se debe a que la cosa juzgada en el primero goza de una presunción de verdad que no opera en el segundo [52]. Pero, por una parte, de ser esto cierto, no se justifica que si el proceso civil termina primero, la sentencia valor de cosa juzgada y la penal que contenga decisiones contrarias no la pueda afectar, ni sirva para una revisión posterior; por otra parte, como vimos al tratar de la cosa juzgada (cfr. núm. 255), en el derecho procesal moderno se rechaza firme y unánimemente la teoría de la presunción de verdad y, por último, de existir esa presunción tendría que ser por igual para toda clase de cosa juzgada, tanto en lo civil como en lo penal.

Otros autores consideran que esa primacía obedece a razones de seguridad y estabilidad social, para evitar los juicios contradictorios y facilitar el fallo civil gracias a las luces que puede suministrarle el penal [53]. Pero nos parece evidente que aquellos fines se encuentran también en la cosa juzgada civil, y que podrían alcanzarse por igual dándole a esta fuerza obligatoria en el proceso penal, y si bien es cierto que la investigación inquisitiva de este puede ser más eficaz para descubrir la verdad en muchos casos, esto no significa primacía alguna, sino una diferencia de procedimiento, que puede y debe eliminarse otorgándole al juez civil, como nosotros proponemos, facultades inquisitivas en materia de pruebas.

También se dice que el interés en la represión se antepone al de la reparación civil y que, por tanto, en el proceso penal se encuentran intereses más importantes, motivo por el cual debe perseguirse «una adaptación perfecta de las consecuencias civiles de la infracción con las consecuencias penales, que haya una cierta unidad y una cierta armonía entre la represión y la reparación» [54]. Evidentemente, esa armonía en las decisiones penal y civil es indispensable para que no surjan contradicciones que rompan la unidad de la cosa juzgada y que hagan imposible la certeza jurídica; sin embargo, este es el fin que se busca al darle valor de cosa juzgada en lo civil al fallo penal como regla general, lo mismo que por excepción a la sentencia civil en el proceso penal y no el fundamento de la regla, ni significa primacía del uno sobre el otro. Es el efecto natural de la cosa juzgada el que la Ley extiende al otro proceso sin consideración a identidad de objeto y sujetos, que no juegan ningún papel en este caso, y no un distinto valor de la sentencia; y es el orden lógico de la prejudicialidad lo que determina cuándo debe resolverse primero la cuestión penal y cuándo la civil y, por tanto, la suspensión de uno o del otro proceso, lo mismo que ese valor de cosa juzgada de la sentencia, pero no una primacía ni una mayor importancia de los intereses que se protegen, por-

[51] ESTÉFANI: *Influencia recíproca entre lo civil y lo penal*, curso dictado en la Facultad de París, 1956, traducción de Pedro Gómez Valderrama y Mario Latorre, p. 10 y 93-100.

[52] FAUSTIN HELIE: *La Coste y Demogue*, cita de ESTÉFANI, ob. cit., p. 218-20.

[53] M. HEBRAND, cita de ESTÉFANI, ob. cit., p. 220-21.

[54] ESTÉFANI, ob. cit., p. 221-22.

que así en lo civil como en lo penal es necesario que se imparta justicia en forma recta y acertada.

Hasta fines del siglo XVIII se consideró el derecho penal «como un simple apéndice del derecho civil»[55]; en este siglo XX, los autores citados se han esforzado en convertirlo en algo superior y preeminente sobre el derecho civil. La verdad está en que se trata de dos ramas independientes, de igual jerarquía, con sus propios principios y conceptos, a menudo diferentes, pero que persiguen el mismo fin de organizar jurídicamente el Estado, dentro de una unidad bien entendida, que no es uniformidad, sino concordia o armonía dialéctica, como lo expone brillantemente JOSÉ GUARNERI[56] y lo entienden muchos de los juristas contemporáneos.

288. NUESTRO CONCEPTO

Consideramos que esa supuesta primacía no existe, que los dos procesos son de idéntica jerarquía, pues persiguen un fin público, en interés público, y que las diferencias de objeto y de contenido no justifican tamaña pretensión (véase núm. 56). Quienes sostienen aquella tesis desconocen 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.

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 efectos naturales 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 en el derecho procesal civil, para impedir nuevos litigios civiles sobre cuestiones ya resueltas por sentencia anterior y eliminar el peligro de fallos contradictorios. Igual situación se presenta cuando aparece una prejudicialidad civil en el proceso penal y debe suspenderse la sentencia de este mientras en el proceso civil se resuelve sobre tal cuestión, como cuando el ilícito penal depende de la validez del matrimonio o del verdadero estado civil de una persona y estos puntos están siendo objeto de discusión en juicio ordinario civil, en las legislaciones que consagran la competencia civil exclusiva sobre ellos, y 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.

En ambos casos se trata de prejudicialidad en su sentido estricto y es el orden lógico en las decisiones lo que conduce al legislador a establecer la suspensión del proceso civil o del penal, según el caso, y de ninguna manera su importancia, que es igual. En ambos casos la sentencia que primero debe dictarse obliga en el otro proceso, como consecuencia normal de la cosa juzgada, no obstante que la Ley no exige en este caso la triple identidad de sus elementos (objeto, sujeto, causa), y no se trata de reconocerle diferente valor a la penal o a la civil. Tampoco se trata de que la Ley proteja el interés más importante y que este sea el de la sociedad en la represión del delito, porque en el fondo el interés que se protege, al darle valor a la sentencia penal en el

[55] GUARNERI: *Las influencias del derecho civil en el derecho penal*, Puebla, 1952, p. 8.

[56] GUARNERI, ob. cit., p. 87.

juicio civil, es el mismo que obliga a darle valor de cosa juzgada a la sentencia civil en otro juicio civil y en ocasiones en el penal, a saber, el interés público en la seguridad y la certeza jurídicas, en la estabilidad de las decisiones judiciales definitivas, en la unidad de la jurisdicción del Estado, que, dividida en ramas solo para un ejercicio más perfecto y técnico, podría resultar desvirtuada con sentencias contradictorias, en el respeto por la distribución de competencias que establece la Ley y que se relaciona con el principio fundamental (constitucional en muchos países, art. 26 de la Const. Nac. col.) del debido juicio, por un procedimiento determinado, para cada caso, sea civil o penal.

Tanto en la prejudicialidad civil como en la penal, el juez de la causa es competente para conocer de la cuestión que constituye el objeto del juicio, pero no para resolver sobre el punto prejudicial que con ella se relaciona, debido a que la Ley lo asigna privativamente a otro juez y no le permite juzgarlo *incidenter tantum*. En otros casos, a pesar de que la competencia para dictar sobre este punto una decisión con valor de cosa juzgada corresponde a un juez de otra jurisdicción, la Ley autoriza al de la causa, penal o civil, para adoptar sobre él una decisión *incidenter tantum* (cfr. núm. 284), que le permite dictar sentencia sin esperar a que en otro proceso sea resuelto de manera definitiva; entonces desaparece la prejudicialidad propiamente dicha para convertirse en simple cuestión previa (cfr. núm. 280).

Es cierto que la suspensión del proceso civil, cuando la sentencia debe basarse en hechos adscritos a la jurisdicción penal, es una regla general de aplicación muy frecuente, al paso que la suspensión del proceso penal por prejudicialidad civil es una norma de excepción que en unas legislaciones no existe y que en otras apenas se le da cabida para unos pocos casos taxativamente enumerados (cfr. núm. 292); pero esto no significa predominio ni mayor importancia del proceso penal. Sencillamente, en esos casos el juez civil debe apoyar su decisión, de modo indefectible, sobre la existencia del hecho que configura el delito, y no puede dictarla mientras el juez penal no resuelva sobre ese punto, por ser el único competente para ello, y de ahí la suspensión del juicio civil; en cambio, para dictar su sentencia sobre la existencia del delito, sobre su autor y la responsabilidad penal de este, el juez del crimen generalmente no necesita juzgar sobre los puntos civiles que se relacionan con ese delito, y cuando el sindicado los alegue como excepciones o defensas, en virtud de la regla general de que «el juez de la acción es juez de la excepción», puede considerarlos para su sentencia en cuanto al aspecto penal y como cuestiones incidentales por el aspecto civil, sin que necesite proferir una decisión definitiva sobre ellos, y si, por excepción, la Ley no lo autoriza para obrar así, surge la cuestión prejudicial civil, y entonces deberá suspender el proceso penal hasta que en el civil se resuelva. Por el contrario, el juez civil, en el supuesto contemplado, no podría fallar sin decidir con valor de sentencia definitiva si el hecho delictuoso del cual se pretende deducir la responsabilidad del demandado u otra consecuencia civil que lo afecte existe o no, y si fue obra de este o de un tercero, de cuyos actos debe responder civilmente o cuyos efectos lo vinculen. Sin embargo, se le autoriza para fallar *incidenter tantum* sobre la falsedad material de documentos.

En definitiva, la regla es la misma, es decir, que la suspensión del juicio, sea penal o civil, opera solamente cuando, de acuerdo con la reglamentación legal, existe una cuestión prejudicial específica o en sentido estricto (cfr. nú-

mero 279). Las razones que justifican esa suspensión son las mismas que fundamentan la institución de la prejudicialidad, a saber, el respeto a las normas legales que organizan la distribución de la jurisdicción en ramas, la competencia entre los funcionarios de cada una y la necesidad de evitar fallos contradictorios en defensa de la certeza jurídica, de la estabilidad de la justicia y de la unidad de la jurisdicción.

Estas consideraciones sirven también para explicar la influencia del fallo penal en el proceso civil y el valor de cosa juzgada que aquel tiene en este, sin recurrir a la ficción de la tan mentada primacía.

Puede consagrarse en un país cualquiera el principio de la absoluta independencia de las dos jurisdicciones para juzgar los aspectos civil y penal de unos mismos hechos; mas por esto no se perturbará el orden público ni se hará imposible administrar justicia, como la práctica lo ha demostrado en donde ha existido este sistema. Por consiguiente, no puede decirse que el orden público exija la autoridad de la cosa juzgada penal en lo civil. Además, también la jurisdicción civil conoce de cuestiones de orden público, como las relativas a la familia (divorcio, nulidad de matrimonio, impugnación o investigación de paternidad y maternidad legítimas o naturales, etc.), y existen casos en que la prejudicialidad opera a la inversa, es decir, que la sentencia civil debe resolver primero y con valor de cosa juzgada algún punto esencial para la decisión penal (cfr. núm. 292).

289. Límites y requisitos de la autoridad de la cosa juzgada penal en lo civil

En el número 286 vimos que para la autoridad de la sentencia penal en un proceso civil es indispensable que exista identidad, al menos parcial, entre los hechos que constituyen la *causa petendi* de la demanda o pretensión civil y los que configuran el delito. Es este el primer requisito que la doctrina y las legislaciones exigen en esta materia. Esa autoridad se aplica tanto a la acción civil ejercitada dentro del proceso penal como a la que se adelante ante la jurisdicción civil, sea que se trate de la de reparación del perjuicio o de otras acciones con fines civiles distintos, siempre que tengan como fundamento el hecho delictuoso, como en el número 286 lo explicamos.

En segundo lugar, se limita la autoridad a las decisiones de los jueces penales nacionales sobre una verdadera infracción penal, sean de la jurisdicción ordinaria o militar, e inclusive en los casos de jurisdicción penal extraordinaria, como en el juicio de quiebra. Las sentencias penales de jueces extranjeros no tienen esa autoridad, ni pueden recibir *exequatur* para ser ejecutadas (cfr. núm. 251), principio este que por lo general se acepta en todas las legislaciones. Tampoco gozan de esa autoridad las decisiones puramente civiles consignadas en la sentencia penal, que sirven para fundamentarla, con un alcance *incidenter tantum* (cfr. núm. 284), ni las simplemente disciplinarias, como las que se dictan en juicios por faltas a la ética profesional, ni las de juicios de policía, que se dicten por contravenciones (C. de P. P., art. 27). Pero la decisión sobre el valor del perjuicio sufrido por la víctima del delito y la imposición al sindicado de la condena a pagarlo tienen autoridad de cosa juzgada cuando este intervino en el proceso penal o la acepta a pesar de haber estado

ausente (C. de P. P., art. 25); sin embargo, ningún valor tiene esa decisión contra el tercero responsable civilmente como patrón, padre, tutor, etc., y por eso en el juicio civil se debe regular libremente el monto de la indemnización.

En tercer lugar, la decisión penal debe ser definitiva, es decir, que no debe estar sujeta a recursos dentro del mismo proceso, por haber quedado ejecutoriada. Si está pendiente una apelación o el recurso de casación interpuesto por una de las partes carece de valor tanto en el proceso civil como en el penal. En cambio, el recurso de revisión no impide su cumplimiento en ambos procesos (cfr. núm. 267), y tampoco lo impide el haberse iniciado juicio posterior para obtener su nulidad, pero si este se pronuncia antes de concluir las instancias del juicio civil, podrá hacerse valer en este, como es obvio; en cambio, si es posterior, no afecta la sentencia civil.

En otras partes se discute si el sobreseimiento se asimila a la sentencia para los efectos de reconocerle la misma autoridad en el proceso civil. En Francia se acepta por la jurisprudencia. En Italia, en cambio, no se le reconoce ese valor debido a la peculiaridad del procedimiento. En Colombia quedó resuelto el punto en el artículo 28 del C. de P. P., según el cual si el sobreseimiento es definitivo, tiene el mismo valor que la sentencia; pero si, en cambio, es temporal, no lo tiene, porque deja sin resolver la situación del sindicado.

No son decisiones definitivas las demás que se dicten en el proceso penal.

En cuarto lugar, es indispensable que la decisión penal verse sobre el fondo de la acción pública, es decir, sobre el hecho delictuoso mismo objeto del juicio penal [57], de manera que las sentencias o sobreseimientos definitivos, pero inhibitorios, cualquiera que sea la causa de la inhibición, no tienen autoridad en el proceso civil. Igualmente, los sobreseimientos definitivos por prescripción o por no tener el acto imputado carácter delictuoso, no impiden la condena civil, si la acción civil no ha prescrito también, porque la culpa civil es independiente de que tal acto constituya o no un delito.

En quinto lugar, la sentencia o el sobreseimiento penal debe ser anterior a la sentencia civil, motivo por el cual se suspende el proceso civil mientras el penal concluye. Pero si por cualquier razón termina el segundo antes, ningún efecto puede producir sobre la sentencia civil ejecutoriada. Como en la casación no pueden aducirse nuevas pruebas, ni es permitido atacar la sentencia del tribunal de apelación por razones no contempladas en ella, tampoco influye en el juicio civil la decisión penal que sea posterior a esta (cfr. núm. 286).

De lo expuesto en este número y en el siguiente, se infiere que la jurisprudencia y los autores europeos se han esmerado en limitar en lo posible la autoridad de la cosa juzgada penal sobre el proceso civil, lo cual es otra prueba de que no existe la mencionada supremacía.

290. Alcance e interpretación de la sentencia penal para los efectos civiles

La autoridad en lo civil solo le corresponde a la sentencia o al sobreseimiento definitivo en aquello que «ha sido cierta y evidentemente fallado por

[57] Manzini: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, t. I, p. 346 y ss.

el juez criminal» y que, además, debía ser necesariamente resuelto por este [58]. En el sistema italiano solo le corresponde a la primera, no al sobreseimiento, como lo observan EUGENIO FLORIÁN y VICENZO MANZINI. El primero dice: «Para que la sentencia absolutoria precluya la acción civil tiene que haber sido pronunciada con la solemnidad de la vista oral; la absolución durante la fase instructora no afecta a la acción civil» [59]; en el francés y el colombiano se incluye el sobreseimiento definitivo. Pero no todos los puntos tratados en la sentencia y que sirvieron para fundarla tienen la autoridad de cosa juzgada, sino «las disposiciones de la decisión penal que se relacionan con el elemento característico de esta decisión», como la calificación del hecho delictuoso y su existencia, la autoría del mismo, el daño físico cuando constituye el delito, la culpabilidad o inocencia del sindicado, y el daño físico, la calidad del delito y demás que debían ser necesariamente objeto de la decisión penal [60]. Así, la declaración que el juez penal haga de que un bien pertenece a cierta persona distinta del sindicado, no sirve para fundar la cosa juzgada en el proceso civil en que se discuta sobre su dominio. Además, esas declaraciones ciertas y necesarias tienen autoridad de cosa juzgada solo «en la medida en que hay identidad entre la cuestión fallada en lo criminal y la cuestión que se plantea en lo civil», porque de lo contrario no habría contradicción posible [61]; creemos que esa identidad se refiere a la de los hechos que configuran el delito y los que sirven, total o parcialmente, de fundamento a la pretensión civil (cfr. números 105 y 261).

En este sentido dice MANZINI [62]: «La autoridad de la cosa juzgada de la decisión penal en el juicio civil o administrativo se limita a los hechos materiales que fueron objeto del juicio penal»; y luego agrega: «Los hechos materiales de que se trata son solo los hechos que constituyen el contenido de la imputación penal considerada existente o inexistente por el juez penal, o sean aquellos a que se refiere la parte dispositiva de la sentencia»; físico que objetivamente concreta un delito o una circunstancia de él. Deben excluirse, por tanto, no solo los estados meramente subjetivos, sino también las situaciones jurídicas que, aun siendo de hecho, consisten en cualidades o relaciones subjetivas y no materiales». Por último, observa que, de acuerdo con la jurisprudencia italiana, «solo se aprecian los hechos que constituyen el presupuesto lógico jurídico de la condena o de la absolución».

Se entiende que son declaraciones necesarias, las que no pueden dejar de formularse porque deben fundamentar la decisión penal; las demás son superfluas o accesorias.

En el mismo sentido se han pronunciado TOULLIER [63], SEGRE [64] y ODERIGO [65], para quienes las cuestiones extrapenales de que conoce el juez del crimen se resuelven *incidenter tantum*, es decir, sin valor de cosa juzgada para el proceso civil, porque no toda cuestión que ha sido materia de consideración forma parte de la declaración que en la sentencia se contiene. Desde el

[58] ESTÉFANI, ob. cit., p. 440-41.
[59] FLORIÁN: *Elementos del derecho procesal penal*, Edit. Bosch, Barcelona, p. 223; MANZINI: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1951, t. I, p. 441.
[60] ESTÉFANI, ob. cit., p. 441.
[61] ESTÉFANI, ob. cit., p. 442.
[62] MANZINI: *Tratado*, t. I, p. 346-47.
[63] TOULLIER: *Droit Civil Français*, ed. 1839, t. X, p. 343 y ss.
[64] SEGRE, cita de ODERIGO, ob. cit., p. 56.
[65] ODERIGO: *Prejudicialidad civil en el proceso penal*, p. 57.

derecho romano se aceptan estas decisiones incidentales sin valor de cosa juzgada, cuya naturaleza se estudió en el número 284, y actualmente se contemplan en casi todas las legislaciones modernas, como la española (Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 3), la argentina (C. C., arts. 1.104 y 1.105), la italiana, a pesar de no existir en este país norma expresa [66], y la francesa, también por interpretación jurisprudencial y doctrinaria unánime [67].

La culpa penal implica la civil, y, por tanto, la declaración de aquella constituye cosa juzgada sobre la existencia de esta, en cuanto al mismo sindicado; pero la responsabilidad civil que pueda deducirse contra terceros es independiente de aquella. Por la misma razón, la declaración de culpabilidad penal tiene valor de cosa juzgada en cuanto a la obligación del sindicado de indemnizar perjuicios a la víctima del delito; pero no respecto de la obligación del tercero civilmente responsable. En cambio, la absolución penal o el sobreseimiento definitivo no impiden la acción civil ni la sentencia civil condenatoria, cuando aquellos se basan en la prescripción, o en el carácter no penal del hecho imputado, o en la no configuración del ilícito penal, o en la ausencia de prueba de culpa penal cuando es elemento determinante del delito; pero cuando se fundamentan en la existencia de dudas sobre la calidad del delito o su autoría, se entiende que hay decisión de fondo, cierta y necesaria, por lo cual constituye cosa juzgada en esos puntos [68]. Sobre el particular, dice FLORIÁN [69]: «En cambio, el derecho de resarcimiento se extingue si desaparece o no existe la causa del daño, es decir, cuando el hecho determinador de este resulte demostrado que no fue cometido por el procesado o que no existen pruebas de ello.» Sin embargo, en el último caso puede existir sentencia civil condenatoria, basada en culpa estrictamente civil o en disposiciones legales que establezcan la responsabilidad con independencia del delito, como lo vimos en el número 290 [70].

En este sentido dicen AUBRY y RAU [71] que los tribunales criminales no pueden resolver sobre los hechos desde el punto de vista estrictamente civil, y que, por tanto, sus decisiones dejan pendiente la cuestión de las consecuencias civiles de tales hechos, y no impiden que el juez civil declare la existencia del hecho y sus efectos, no obstante que el juez penal haya declarado que no hubo delito.

En el mismo sentido se pronuncia MARIO ODERIGO [72], para quien «se daría a la cosa juzgada en lo criminal una extensión contraria a la institución de los tribunales de represión, si se consideraran los fallos emanados de esos tribunales como habiendo estatuido sobre la existencia de los hechos considerados únicamente bajo la relación de las consecuencias civiles que pueden y deben entrañar, aun cuando se los suponga desprovistos de todo carácter de

---

[66] MANZINI VICENSO: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1951, t. I, p. 347 y 381.

[67] GARRAUD, R.: *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle, et de procedure penale*. Paris, 1907, t. II, p. 465; MANGIN, M.: *Traité de l'action publique et de l'action civile*, t. I, p. 243; HOFFMAN: *Traité théorique et pratique des questions préjucialles en matière revressive, selon le droit français*, Bruxelles, 1865, t. II, p. 147, y citas en núms. 284 y 286.

[68] ESTÉFANI, ob. cit., p. 443.

[69] FLORIÁN: *Elementos*, p. 222.

[70] ESTÉFANI, ob. cit., p. 102; FLORIÁN, ob. cit., p. 223; MANZINI, ob. cit., t. I, p. 346.

[71] AUBRY y RAU: *Cours de droit civil français*, París, 1869, p. 405.

[72] ODERIGO, ob. cit., p. 51 y 37.

criminalidad». En otro lugar dice que «se trata de dos cuestiones independientes» [73].

Debe tenerse en cuenta también la diferente modalidad que en los procesos civil y penal asume la regla *reus excipiendi fit actor* [74], puesto que en el segundo basta la duda para absolver, al paso que en el primero le corresponde al demandado la plena prueba de sus excepciones. Esto explica también por qué, a pesar de la absolución penal, puede sobrevenir una condena civil cuando pese sobre el demandado una presunción de culpa o de responsabilidad civil, lo mismo que en los casos en que no se configura la cosa juzgada penal. Sobre el particular dice FLORIÁN [75]: «Si la sentencia del juez penal es absolutoria, como el resarcimiento es debido aun por el simple hecho ilícito (Código Civil, art. 1.151), habrá de tener lugar aquel en cuanto el hecho haya tenido existencia.»

La sentencia civil contiene por lo general sus decisiones en la parte resolutiva, y la doctrina le niega el carácter de cosa juzgada a las motivaciones, que solo se consideran para precisar el alcance y sentido de aquella (cfr. número 270). En lo penal, la situación es diferente, por lo cual la doctrina considera que las motivaciones forman parte esencial de la resolución y tienen valor de cosa juzgada, en cuanto sean «base necesaria» de esta, como observa ESTÉFANI [76]. Sin embargo, en desacuerdo con el ilustre profesor francés, consideramos que en el fondo rige el mismo principio en las dos jurisdicciones, pues en realidad sucede que la decisión penal está contenida tanto en la resolución que impone la pena o absuelve, como en las declaraciones que sobre existencia del hecho, autoría, culpa penal, daño físico y demás elementos del delito se hacen previamente en sus considerandos y que son las que fijan el alcance y el sentido de la resolución penal. También en lo civil puede suceder que la resolución se remita a alguna declaración contenida en sus motivaciones, en cuyo caso esta forma parte de aquella, y en general sirven para precisar el sentido y alcance de la resolución (cfr. núm. 270).

Por último, tanto en Francia como en Colombia, las acciones civiles para la reparación del daño proveniente de un delito, que pueden ejercitarse contra los responsables del mismo, prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal (C. C., art. 2.358). En cambio, las acciones civiles contra los terceros responsables prescriben en tres años, contados desde la perpetración del acto (C. C., art. 2.358, inciso 2.º). En el primer caso, la declaración de que existe el delito y su calificación en la sentencia penal forman parte de la cosa juzgada y obligan al juez civil para los efectos de determinar la prescripción.

Consideramos un error legal estas prescripciones cortas, pues debería regir la común para la acción ordinaria.

La clase de pena impuesta al sindicado y su cuantía o duración forman parte de la cosa juzgada penal, pero son indiferentes para el proceso civil, en el que solo interesa la declaración de culpabilidad, cualquiera que sea su gravedad, ya que de ella se deduce en todo caso la responsabilidad civil y la reparación del daño será igual. Esto significa que las circunstancias agravantes o atenuantes de la pena que el juez en lo criminal deja establecidas en su sen-

[73] ODERIGO, ob. cit., p. 37.
[74] ODERIGO, ob. cit., p. 116.
[75] FLORIÁN: *Elementos*, p. 222.
[76] ESTÉFANI, ob. cit., p. 439.

tencia, carecen de la autoridad de cosa juzgada en el proceso civil; pero si determinan la clase de delito, como robo o hurto, homicidio simple o asesinato, forman parte de la decisión cierta y necesaria, por lo cual gozan de esa autoridad [77].

El mismo criterio se aplica a las excusas o justificaciones reconocidas en el proceso penal, es decir, que vinculan únicamente cuando determinan la absolución o el sobreseimiento, pero no cuando apenas son atenuantes.

La cosa juzgada penal se extiende con su autoridad en lo civil a las declaraciones sobre existencia o inexistencia de los elementos moral y material que configuran el delito, como en materia de dolo o culpa penal y de lesiones físicas, tanto en la absolución como en la condena, porque son inseparables de la decisión sobre la existencia y calidad del ilícito. Sin embargo, cuando se absuelve o sobresee por ausencia de culpa o dolo penales, o por existir una causa de no imputabilidad, como la demencia, o por no existir el elemento moral, nada impide que se pronuncie una sentencia civil condenatoria con base en una presunción de culpa o de responsabilidad civil o en el riesgo creado, cuando la Ley lo consagra, porque con ello no se contradice el fallo penal.

Puede suceder que el sobreseimiento o la absolución se deban a la existencia de una excusa legal, que exime de la pena, por ejemplo, la legítima defensa o la orden superior, en cuyo caso hay cosa juzgada respecto a la comisión del hecho por parte del sindicado, ya que es una declaración clara y cierta, que forma parte de la decisión penal, pero también sobre la ausencia de responsabilidad por tal hecho. De igual manera, la doctrina le reconoce el valor de cosa juzgada a la inexistencia del hecho incriminado o a no ser el sindicado su autor, cuando sirven de base para la absolución o el sobreseimiento [78]. Por su parte, dicen AUBRY y RAU [79] que los fallos penales que aceptan la existencia del cuerpo del delito, por ejemplo, la falsedad en el documento, pero que absuelve porque no se probó la autoría del sindicado, dejan en libertad al juez civil para resolver sobre la existencia del hecho o la falsedad del documento. Nosotros acogemos la tesis de ESTÉFANI y FLORIÁN, por las razones expuestas, cuando el juicio civil se siga con el sindicado, pues si es contra un tercero, la decisión penal es indiferente y tiene aplicación la tesis de AUBRY y RAU.

Por el contrario, las declaraciones que hace el juez penal sobre la existencia del perjuicio civil y la relación de causalidad entre este y el acto del sindicado, carecen de valor vinculativo en el proceso civil, cuando no son elementos constitutivos del delito, como en Colombia lo consagra el artículo 25 del Código de Procedimiento Procesal, cuando el perjudicado no acepta la regulación hecha en el proceso penal y no concurrió a este, y cuando se demanda al tercero responsable. Por consiguiente, en el juicio civil se examinará la prueba del perjuicio y de la relación de causalidad, con entera libertad para determinar la responsabilidad civil y la cuantía de la indemnización. Pero cuando el perjuicio y la autoría del mismo son elementos constitutivos del delito o de su calificación, la sentencia comprende, con valor de cosa juzgada, la decisión sobre la existencia de aquel y la relación de causalidad, a menos que se absuelva por consideraciones distintas y sin que se resuelva nada

---

[77] ESTÉFANI, ob. cit., p. 455-56.
[78] ESTÉFANI, ob. cit., p. 462; FLORIÁN, ob. cit., p. 223.
[79] AUBRY y RAU: *Cours*, cit., p. 405-406.

sobre aquellos dos requisitos [80]; así sucede en la falsedad de documentos privados y en las lesiones físicas.

Igualmente, la identidad de la víctima del perjuicio, reconocida en el proceso penal, tiene valor de cosa juzgada cuando constituye un elemento del delito, como en las lesiones personales u homicidios, y demás delitos contra la vida y la integridad personal, lo mismo que en la calumnia, la estafa y el chantaje; pero en los delitos contra el patrimonio es un punto secundario, que el juez penal no necesita declarar y que, por tanto, no sirve para conformar cosa juzgada en el proceso civil, como para reivindicar los bienes o reclamar su valor, según lo enseñan HENRI y LEÓN MAZEAUD [81].

Nuestro Código de Procedimiento Procesal le otorga al dueño, poseedor o tenedor legítimo de las cosas aprehendidas durante la investigación y que no deban confiscarse, el derecho de pedir su restitución al juez del proceso penal, llevándole las pruebas correspondientes de su propiedad, posesión o tenencia, salvo cuando se trata de las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, porque entonces deben ser secuestrados y hacen parte del sumario (arts. 30 y 316). Esa decisión del juez penal no constituye cosa juzgada en el juicio civil que sobre tales bienes se adelante.

En cambio, la personalidad de la víctima es elemento esencial del fallo penal solo cuando influye en la calidad o la gravedad del delito, como en el parricidio, el infanticidio, los delitos sexuales contra menores de dieciséis años, el abuso de confianza o el hurto de personas empleadas o mandatarios.

Muy importante es el estudio sobre el valor que en lo civil tienen las declaraciones del juez penal sobre la existencia o inexistencia de causas determinantes del ilícito, diferentes de la culpa o el dolo del sindicado, como la culpa de terceros o de la propia víctima.

Nuevamente recurriremos al magnífico estudio de ESTÉFANI [82], para examinar las varias situaciones que pueden presentarse. Si la sentencia penal fue condenatoria y en ella, además de resolverse que el sindicado es culpable, se agregó que es el autor único del perjuicio, o que no existe causa alguna diferente de su culpa o dolo para ese perjuicio, esta última apreciación no constituye cosa juzgada para el juez civil, porque no era un punto que necesariamente debía ser resuelto por el juez del crimen, a quien le bastaba pronunciarse sobre la culpabilidad del sindicado; así lo aceptan la jurisprudencia y la doctrina francesas. Además, el juez civil puede declarar responsable solidaria o concurrentemente a un tercero o considerar que la víctima tuvo parte de culpa para disminuir proporcionalmente la indemnización (C. C., art. 2.357). Si el juez penal condena al sindicado, pero considera que hubo también culpa de un tercero o de la víctima que influyó en el perjuicio, esta última consideración tampoco obliga al juez civil, quien puede rechazarla por las mismas razones, sean para imponerle la indemnización total al condenado, para absolver al tercero, que según la sentencia penal concurrió con su culpa a causar el perjuicio; pero creemos que cuando la culpa de la víctima podría eliminar el ilícito o hacer variar su calificación, como en los delitos culposos, si el juez penal declara que no existió esta culpa y condena al sindicado, esa conclusión

---

[80] ESTÉFANI, ob. cit., p. 464-65 y 472-73.
[81] MAZEAUD: *Traité de la responsabilité civile*, núm. 1.783.
[82] ESTÉFANI, ob. cit., p. 465-70.

forma parte necesariamente de la cosa juzgada penal y obliga al juez civil, razón por la cual ante este no puede alegarse culpa de la víctima.

La doctrina y la jurisprudencia francesas se han inclinado por la tesis de que en caso de absolución, dictada porque el juez penal considera que existe una causa diferente, como culpa de la víctima o de un tercero o una fuerza mayor, la declaración sobre existencia de esa causa extraña no tiene valor de cosa juzgada, pues podía limitarse a declarar que el sindicado no es culpable [83].

Creemos, sin embargo, que es necesario distinguir varias situaciones. Cuando la sentencia penal absuelve al sindicado porque considera que la culpa fue exclusivamente de la víctima, esta apreciación forma parte de la cosa juzgada, porque es inseparable de la decisión sobre el delito, y lo mismo ocurre cuando la absolución se deba a que existió caso fortuito, o fuerza mayor, o actos de autoridad, por lo cual no podrá juzgarse sobre la culpa del sindicado en el juicio civil. Pero cuando la absolución se deba a hechos de un tercero, es necesario distinguir: existirá cosa juzgada en cuanto a la ausencia de culpa penal del procesado, porque forma parte del fallo sobre el delito, pero no respecto a la existencia de la culpa del tercero y de su responsabilidad, porque su conducta no era materia del juicio penal, ni la sentencia se dictó con su audiencia, y, por tanto, no hay frente a él una prueba controvertida ni una decisión que lo vincule; en el juicio civil contra el sindicado la sentencia penal probará su ausencia de culpa penal, pero si existe una presunción de culpa o de responsabilidad, le corresponderá a este probar el hecho del tercero y que ha sido la única causa del perjuicio, y en el juicio civil contra ese tercero le corresponderá a la víctima demandante probar su culpa, a menos que goce de una presunción al respecto. Es decir, la ausencia de culpa penal del sindicado forma parte de la cosa juzgada y la existencia del hecho del tercero puede calificarla libremente el juez civil, como en Francia se acepta; pero cuando la culpa de la víctima es el fundamento de la absolución del sindicado, creemos que forma parte esencial y necesaria de la decisión penal, y, por tanto, goza del valor de cosa juzgada.

Por otra parte, la absolución por ausencia de culpa penal no implica necesariamente que el mismo sindicado deba resultar libre de toda culpa civil, aun cuando no deba presumirse, porque, como lo observaba CARRARA [84], se trata de dos culpas distintas, ya que la levísima, que sanciona el derecho civil, no se considera por lo general en el penal, e inclusive porque la absolución del sindicado puede deberse a que no aparece probada una culpa grave, aunque sí puede existir una culpa suficiente para una condena civil. También FERRI [85] es categórico al afirmar la imposibilidad de aplicar al derecho penal la lógica abstracta del derecho privado, que se basa sobre la conducta normal de un hombre medio, cuando el delito es el producto de un hombre anormal y antisocial. Por su parte, FLORIÁN [86] pone de presente la imposibilidad de aplicar al derecho penal todos los principios que informan el civil. En el mismo orden de ideas, dice GUARNERI [87]: «Todo campo de derecho tiene sus exigencias propias, distintas de las de los demás, por ser diverso el sector de la realidad

---

[83] ESTÉFANI, ob. cit., p. 468-99.
[84] CARRARA: *Programa*, Parte general, núms. 88, 89, 1.095-096.
[85] FERRI: *Principios*, Madrid, 1928, p. 65.
[86] FLORIÁN: *Derecho penal*, Parte general, p. 118-19.
[87] GUARNERI: *Las influencias del derecho civil en el derecho penal*, cit., p. 43.

social a que las varias reglas se refieren.» Luego agrega, comentando a BETTIOL [88]: «A diversidad de funciones, diversidad de conceptos; a diversidad de conceptos, diversidad de normas. En orden a la misma norma, podría haber diversidad de significados, según la diversa función que la norma estuviese llamada a desempeñar.» Por último, explica que en Alemania la literatura reciente sigue el mismo derrotero, y cita a MAYER, DAUM y BRUNS. Y en otro lugar advierte: «No debemos maravillarnos si, para poner un ejemplo saliente, adopta (el derecho penal) un concepto de la culpa más intenso o más restringido, de suerte que puedan considerarse sin importancia hechos culposos sometidos, en cambio, a sanciones civiles. Más bien, en este sistema, las dos ramas del Derecho se prestan ayuda al combatir el daño mediante una división de misiones y funciones, que tienden al solo fin de mantener, desarrollar y mejorar las condiciones de vida de la sociedad» [89]. Más adelante destina un capítulo a explicar el distinto significado de la culpabilidad civil y penal [90], y observa cómo al paso que esta gira alrededor de la personalidad del agente, de sus antecedentes, del factor subjetivo, aquella es ajena a tales consideraciones y atiende al hecho lesivo y a la cosa.

Estos autores enfilan sus argumentos contra la dependencia del derecho penal en relación con el civil, pero al hacerlo demuestran la independencia que también a la inversa existe, por las mismas razones. Idénticas ideas se encuentran en modernos civilistas, y así vemos que para H. y L. MAZEAUD [91] «las bases mismas de ambas responsabilidades son entonces muy diferentes»: la penal exige investigar el carácter socialmente peligroso del individuo, su estado anímico, su culpabilidad subjetiva, al paso que la civil no contiene nada parecido. «Ni una ni otra de tales consideraciones desempeña aquí papel alguno»; puede existir responsabilidad penal sin que se produzca la civil, e igualmente, «con mucha mayor frecuencia, existirá la responsabilidad civil con independencia de toda responsabilidad penal», y existen muchas culpas, simples imprudencias o negligencias, que aun cuando no estén reprimidas por un precepto penal, obligan a reparar el perjuicio resultante. «Así, el círculo de la responsabilidad civil rebasa, con mucha amplitud, el de la responsabilidad penal.»

En el mismo sentido se expresa FLORIÁN [92]: «De donde se sigue que la acción del resarcimiento no es proponible en la vía civil cuando existe una sentencia sobre la acción penal que haya declarado la inexistencia del hecho, o que el procesado no lo ha cometido, o que no ha participado en su comisión. Jurídicamente, de la sentencia penal de tal tenor surge un *motivo de exclusión de la acción civil*. Pero si, por el contrario, la absolución del procesado ha sido pronunciada porque el hecho, aun habiéndose realizado y ser autor de él el procesado, no constituye delito, o este se ha extinguido por la muerte, prescripción, amnistía, remisión sin reservas de exigir daños, en suma, por causa que haga desaparecer el delito, pero no el hecho, la absolución no es motivo bastante para impedir la acción civil.» De donde se sigue que en los últimos casos el resarcimiento civil es procedente, como en forma

---

[88] BETTIOL: *Diritto penale*, Palermo, 1945, prefacio y p. 35. Cita GUARNERI, p. 44.
[89] GUARNERI, ob. cit., p. 87-88.
[90] GUARNERI, ob. cit., p. 124-72.
[91] H. y L. MAZEAUD: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Buenos Aires, 1961, t. I, p. 5-8.
[92] FLORIÁN: *Elementos*, p. 223, y cita núm. 619.

más clara lo dice en el párrafo que transcribimos al comienzo de este número.

Las consideraciones anteriores se refieren a los delitos culposos. Cuando se trata de delitos no culposos, necesariamente intencionales, la absolución porque el hecho se deba a otra persona, a fuerza mayor, a caso fortuito, o a la propia víctima, constituye también parte esencial y necesaria de la decisión penal, puesto que equivale a la declaración de que el sindicado no es el autor del hecho ilícito y forma parte de la cosa juzgada. Pero cuando se deba a la falta de prueba del factor intencional, sin que se niegue la autoría material, la responsabilidad civil queda bajo la libre apreciación del juez civil. Ese elemento psicológico subjetivo primordial en el derecho penal es, por lo general, indiferente al civil, como lo observan GUARNERI, MAGGIORE y PAOLI[93]; en cambio, la pena, e inclusive la medida de seguridad, se relacionan, salvo casos excepcionales, con una actitud del espíritu; la reparación civil contempla un tipo abstracto de hombre o de conducta humana. En lo penal prevalece la consideración del hombre; en lo civil, la consideración de las cosas. El delito es «un ente jurídico» propio, como enseñó CARRARA, que no puede identificarse con la relación civil de responsabilidad. Además, la culpa civil puede existir a pesar de no haberse tenido la menor intención de ejecutar el hecho.

Las anteriores conclusiones están de acuerdo con la reglamentación legal contenida en los artículos 28 y 29 del Código de Procedimiento Procesal colombiano, pues en ellos solo se le da valor de cosa juzgada en el proceso civil a las declaraciones que se hagan en sentencia penal o en sobreseimiento definitivo, en el sentido de que la infracción o el hecho delictuoso no se ha realizado o no ha existido, o de que el sindicado no fue su autor, o de que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, o de que el hecho delictuoso sí existió y el sindicado es responsable (estas dos últimas se consideran implícitas en la sentencia que condene al sindicado como responsable de la infracción). Solo en estos casos la Ley colombiana prohíbe al juez civil juzgar sobre la conducta del sindicado, porque la cosa juzgada se lo impide; pero cuando la absolución penal se debe a no tener el hecho un carácter penal, a ausencia de culpa penal o de dolo o factor intencional, el juez civil está también en Colombia en libertad para apreciar la existencia de la culpa civil.

291. LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO CIVIL POR EL PENAL EN LA DOCTRINA Y LAS LEGISLACIONES

La jurisprudencia y la doctrina francesas exigen que la acción civil o, mejor dicho, la pretensión se origine en el mismo hecho que sirve de base a la acción penal, y que se reúnan los demás requisitos que en el número anterior estudiamos, para que la sentencia penal tenga el valor de cosa juzgada en lo civil, a fin de que opere la regla de que el juicio penal suspende el civil, en vista de que solo así se presenta el peligro de sentencias contradictorias y se garantiza

[93] Citas de GUARNERI, ob. cit., p. 54-55.

que la sentencia penal surta sus efectos en el juicio civil, razones que justifican y fundamentan dicha regla [94].

ESTÉFANI opina que no se trata de prejudicialidad, porque en esta no hay aplazamiento del fallo, sino incompetencia para pronunciarse el juez sobre tal punto, al paso que el tribunal civil no es incompetente para resolver sobre la cuestión civil. Estamos en desacuerdo con el profesor francés, porque, por una parte, existe prejudicialidad de ese punto, pero por un distinto procedimiento y en juicio separado (cfr. núm. 281), y, por otra parte, si bien el juez civil tiene competencia para la cuestión civil, no la tiene, en cambio, para resolver sobre el punto penal que debe servirle de fundamento o de antecedente obligatorio, y que, por tanto, influye en su sentencia, debido a que la Ley le da competencia exclusiva sobre el mismo juez penal. Por consiguiente, se cumplen todos los requisitos para que exista una cuestión prejudicial (cfr. números 277 y 279). Lo curioso es que ESTÉFANI acepta que cuando se suspende el juicio penal por razón de una cuestión civil, existe prejudicial [95], siendo así que la situación es jurídicamente igual.

Cabe decir que, acerca de la razón que justifica la regla de la suspensión del juicio civil por el penal, existen las mismas teorías que sobre el valor de la cosa juzgada penal en lo civil (cfr. núms. 286-288). Por nuestra parte, estimamos que se trata de una cuestión prejudicial, que se explica por las razones expuestas en el número 288, cuya finalidad es impedir las sentencias contradictorias, darle unidad a la jurisdicción nacional, a pesar de la división en las ramas civil y penal, buscar una armonía jurídica entre la represión del delito y la reparación del perjuicio, y garantizar la división de competencia que sobre las dos cuestiones establece la Ley.

Naturalmente, para que pueda operar esta regla se requiere, además de la identidad de hechos y de que pueda existir cosa juzgada en la sentencia penal sobre lo civil, que el juicio civil no haya concluido antes de iniciarse el penal, es decir, que se inicie el proceso penal antes o después del civil, sea de oficio o por denuncia de interesado o de cualquier persona, pero mientras este subsista. Durante el siglo XIX, la jurisprudencia francesa se negó a aplicar esta norma cuando el proceso penal se iniciaba por acción de la parte perjudicada, pero a comienzos del XX cambió, para aceptar la solución afirmativa, que es la lógica, y desde entonces no se distingue el origen del juicio penal [96].

Así como para darle valor de cosa juzgada al fallo penal en el juicio civil no se requiere la identidad de objeto ni de sujetos o partes (cfr. núms. 286 y 289), tampoco es necesaria para la suspensión del segundo.

A fin de impedir en lo posible que las partes recurran al juicio penal con fines torcidos, para dificultar o prolongar el civil o en busca de pruebas que allí no pudieron conseguir, la Ley francesa del 2 de junio de 1931 le otorgó al sindicado que obtiene sobreseimiento la acción de perjuicios contra el denunciante. En Colombia, la jurisprudencia ha impuesto la misma regla, fundándola en el abuso del derecho de litigar, como lo vimos en el número 163.

Por otra parte, la jurisprudencia francesa de la Corte de París y de la Corte de casación, sala social, exigió, en fallos de 1942 y 1945 [97], que cuando

---

[94] ESTÉFANI, ob. cit., p. 102-03; MERLIN, LACOSTE H., y L. MAZEAUD, citas en el número anterior.

[95] ESTÉFANI, ob. cit., p. 208.

[96] ESTÉFANI, ob. cit., p. 231-33.

[97] ESTÉFANI, ob. cit., p. 240-42.

el proceso penal se origina en iniciativa de un interesado, para que opere la suspensión del juicio civil se necesita que en la demanda de parte civil se señale concretamente la persona responsable del ilícito. En cambio, la sala criminal de la Corte de casación francesa sostuvo, en 1937, que basta que la constitución de parte civil sea regular y admisible [98].

ESTÉFANI [99] dice que no existen los motivos que justifican la suspensión cuando se trata de una información penal contra desconocidos, pero, más adelante, agrega que la inculpación es solo un acto de procedimiento, de modo que si el juicio penal se inicia con la denuncia o la constitución de parte civil y existe la identidad de hechos, surge el peligro de sentencias contradictorias y, por tanto, la razón que justifica la regla. Estamos de acuerdo con este profesor y con la sala penal de la Corte francesa, porque si no se exige la identidad de sujetos para que el fallo penal tenga valor en lo civil y tampoco para que opere la suspensión, es contradictorio negar esta cuando no aparece un inculpado en la demanda de parte civil y aun cuando no exista y la investigación curse contra persona desconocida.

En cambio, hay unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia francesas acerca del carácter obligatorio que la regla tiene para el juez civil, principio adoptado en el artículo 11 del Código de Procedimiento colombiano. Y se acepta que cuando se trata de falsedad, si la cuestión civil puede ser juzgada independientemente del documento objeto de la investigación, puede dictarse la sentencia civil sin suspender el juicio [100], regla que consideramos de carácter general y aplicable en Colombia. Se exige igualmente que el juez que conoce de la acción pública sea competente para esta; pero creemos que, salvo norma legal en contrario, el juez civil no puede calificar la competencia del penal, por lo cual debe limitarse a examinar si el presupuesto ilícito puede influir o no en la decisión que él debe adoptar.

Sobre la identidad de hecho, nos remitimos a lo expuesto en los números 286, 289 y 290, al tratar del valor de la sentencia penal en el juicio civil.

292. PREJUDICIALIDAD CIVIL O ADMINISTRATIVA EN EL PROCESO PENAL, EN LA DOCTRINA Y LAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS

En los números anteriores vimos que la acción civil y la penal, relacionadas con el delito, son independientes tanto por el aspecto de su ejercicio como respecto de la jurisdicción (civil o penal) que en principio puede conocerlas, aun cuando sea permitido acumularlas dentro del proceso penal, cuando la primera persigue la declaración de responsabilidad civil del sindicado por los daños que el delito ocasiona. Las otras pretensiones civiles relacionadas con el delito solo pueden ejercitarse ante la justicia civil.

Pero de la misma manera como el proceso penal ejerce importante influencia sobre el civil, tanto durante el desarrollo como en la decisión que en este se adopte, también el proceso civil influye sobre el penal, en estos dos aspectos, pero, indudablemente, en escala mucho menor, cuando se consagra el sistema de la prejudicialidad extrapenal.

[98] ESTÉFANI, ob. cit., p. 243.
[99] ESTÉFANI, ob. cit., p. 245-48.
[100] ESTÉFANI, ob. cit., p. 254.

Esta materia presenta dos aspectos importantes: la suspensión del proceso penal por la cuestión prejudicial extrapenal y los efectos de la cosa juzgada civil en el proceso penal.

A) *La suspensión del proceso penal por la prejudicialidad civil o administrativa*

No todo problema civil o de naturaleza no penal que surja en el curso del proceso penal, constituye una cuestión prejudicial, que obligue a suspenderlo en espera de que el juez de la otra jurisdicción lo resuelva. Por el contrario, en el procedimiento penal tiene aplicación el principio que atrás estudiamos, conforme al cual «el juez de la acción es el juez de la excepción» (cfr. número 283), con las salvedades que la Ley establezca, aun cuando sería más técnico decir que el juez de la acción penal lo es para los problemas extrapenales que dentro del mismo proceso se presenten.

Varios sistemas existen sobre esta materia: 1) el de la *prejudicialidad extrapenal absoluta*, conforme al cual deben remitirse al juez civil o laboral o administrativo (según sea la jurisdicción a que corresponda) todas las cuestiones no penales que surjan en el proceso penal; 2) el mal llamado de *prejudicialidad penal absoluta*, que le otorga al juez del crimen competencia para resolver sobre tales problemas sin excepción y que, como observamos en otro lugar (cfr. núms. 283-284), no constituye una verdadera prejudicialidad sino la facultad de resolver *incidenter tantum*, sin valor de cosa juzgada, las cuestiones previas a la sentencia, por lo que es mejor denominarlo de la *incidentalis cognicio absoluta*; 3) el de la *prejudicialidad extrapenal relativa*, equivalente a una prejudicialidad penal relativa o *incidentalis cognicio relativa*, que le otorga al juez penal como regla general la facultad de resolver sobre esas cuestiones, aplicando la regla de que «el juez de la acción lo es de la excepción», sin valor de cosa juzgada o como *incidenter tantum*, pero con algunas salvedades consagradas expresamente en la Ley.

En el último sistema, que es el intermedio y se aproxima más al segundo que al primero, ya que los casos de envío son muy limitados, puede existir *prejudicialidad obligatoria o voluntaria*, según que le sea obligatorio al juez penal hacer el envío cuando uno de esos casos se presenta, o que se le den facultades para resolver si en presencia de uno de ellos remite o no la cuestión al juez extrapenal.

Por último, la prejudicialidad, tanto absoluta como relativa, puede ser a *la acción*, cuando el proceso penal no puede ser iniciado mientras el punto no quede resuelto por el juez extrapenal, o *a la sentencia o fallo*, cuando obliga solo a la suspensión del proceso penal, antes de la sentencia, pero no impide su iniciación y trámite hasta ese punto.

En derecho francés y argentino, cuando se permite al juez penal resolver sobre puntos civiles, debe respetar los principios civiles sobre pruebas que los regulen, y por esto obligan las limitaciones que la Ley civil establece, como el escrito privado o la escritura pública [101]. Pero en Italia el actual Código de Procedimiento Procesal consagra un principio diferente en el artículo 308, que dice: «Las limitaciones que las leyes civiles establecen en relación a la prueba

[101] ODERIGO, ob. cit., p. 75; ESTÉFANI, ob. cit., p. 55-56.

no se observan en el procedimiento penal, excepto aquellas que se refieren al estado de las personas» [102].

El principio de que «el juez de la acción lo es de la excepción», tuvo aplicación en el proceso penal de la antigua Roma, como regla general, y por excepción se remitía a magistrados de otra jurisdicción el conocimiento de algunas cuestiones que podían surgir en el proceso penal y que tenía especial importancia social, para que fueran resueltas con valor de cosa juzgada para los efectos penales, razón por la cual la sentencia penal debía suspenderse hasta tanto aquella se pronunciara y, según algunos autores, cuando se trataba de cuestiones de estado operaban como prejudicialidad a la acción penal [103].

En el antiguo derecho francés se continuó la tradición romana, de manera que, como observa ODERIGO [104], el mismo juez resolvía todas las cuestiones incidentales del proceso penal, cualquiera que fuera su naturaleza, «y esa solución se veía favorecida por la circunstancia de que tanto la competencia criminal como la civil estaban concentradas en manos de los parlamentos». Al separarse las dos jurisdicciones, continuó la tendencia a darle al juez penal facultades para resolver esos problemas extrapenales, inclusive los de estado civil, pero posteriormente se aceptó, por vía simplemente jurisprudencial, que el proceso penal se suspendiera en los últimos casos, «si los jueces se apercibían de que la acusación no había sido interpuesta más que para llegar por una vía torcida a la prueba de la filiación» [105].

En el año de 1813, la Corte Suprema francesa aprobó una serie de conclusiones, resumidas en una nota presentada por el presidente BARRIS y el procurador general MERLIN, que transcribe ODERIGO [106], conforme a la cual «el juez competente, para estatuir sobre un proceso que le es sometido, lo es, por ello mismo, para estatuir sobre las cuestiones que se presenten incidentalmente en el proceso, aunque estas cuestiones estuvieren fuera de su competencia, si ellas le fueren propuestas principalmente», salvo que una disposición legal consagre lo contrario y con excepción de la decisión «sobre la validez y la ejecución de los contratos cuya violación no pueda dar lugar más que a condenaciones civiles», que compete a los jueces civiles; el juez penal debe cumplir las reglas que las leyes civiles contienen en materia de pruebas sobre las cuestiones civiles que aquel debe conocer; los tribunales correccionales deben pronunciarse sobre los intereses civiles, pero si se propone la excepción de propiedad, deben suspender el proceso y enviar al tribunal civil el punto para su previa resolución, cuando se trate de bienes inmuebles; pero en materia de bienes muebles no es procedente el reenvío, ya que constituye el objeto del robo, de las distracciones, etc.; si la excepción versa sobre posesión del inmueble, tampoco constituye una cuestión prejudicial, a menos que la prueba de aquella implique la de propiedad, pero la posesión de muebles queda bajo la competencia del juez penal siempre; el juez penal puede interpretar los contratos civiles para efectos del ilícito penal, porque el juez de la acción es esencialmente juez de la excepción; la excepción de nulidad absoluta del matri-

---

[102] En el mismo sentido, MANZINI, ob. cit., p. 261, nota 5.

[103] MARIO A. ODERIGO: *Prejudicialidad civil en el proceso penal*, Buenos Aires. 1945, p. 67-68.

[104] ODERIGO, ob. cit., p. 68.

[105] HOFFMAN: *Traité théorique et pratique des questions préjudicielles en matière repressive, selon le droit français*. Bruxelles, 1865, cita de ODERIGO, ob. cit., p. 69.

[106] ODERIGO, ob. cit., p. 73-80.

monio, en proceso de bigamia, implica prejudicialidad y envío al tribunal civil, pero no la de nulidad relativa; si en un proceso por parricidio se alega la nulidad de la adopción, el juez penal debe juzgar el punto, con base en la posesión de estado de hijo adoptivo, porque se trata de cuestión de hecho.

El Código de Napoleón estableció, en los artículos 326 y 327, la competencia exclusiva de los jueces civiles para resolver sobre las reclamaciones de estado y la suspensión de la acción criminal en los delitos de supresión de estado mientras se pronuncia la decisión de aquellos, pero en realidad se limitó a incorporar un principio consagrado ya por la jurisprudencia. Antes y después de la adopción del Código se aceptó como principio general la competencia del juez penal para resolver sobre los problemas no penales que se le presenten en el curso del juicio, con contandas excepciones, de acuerdo con la nota de BARRIS y MERLIN.

Existen en Francia tanto prejudicialidad civil a la acción pública o penal, como a la sentencia. Ejemplo de la primera es la de filiación en el delito de supresión de estado civil, que contempla el artículo 327 del Código Civil, que puede presentarse cuando existe falsedad en el acta de nacimiento que afecte la verdadera filiación; en este caso, como lo enseña ESTÉFANI [107], «la acción pública no puede ser ejercitada ante el tribunal represivo, mientras el tribunal civil no haya determinado la verdadera filiación del hijo»; si aquella ejerce antes o durante el trámite del juicio civil, el juez penal debe declararse incompetente, y si el acusado ha sido detenido, se le debe dejar en libertad; si alcanza a pronunciarse un fallo penal, tanto este como el proceso son nulos. Este autor trae otros ejemplos de prejudicialidad civil en lo penal, como el de propiedad inmobiliaria y el de rapto de una menor, cuando se discute la validez del matrimonio, si todavía no tiene dieciocho años, y el de la quiebra, que no puede ser declarada por el juez penal. Como ejemplos de aplicación de la regla, «el juez de la acción es el juez de la excepción», cita la facultad de resolver la excepción de ser dueño de la cosa, en el proceso por abuso de confianza.

El sistema consagrado en el derecho francés es el de la *prejudicialidad civil o extrapenal relativa obligatoria*.

En el derecho español se consagra también el sistema intermedio. La Ley de Enjuiciamiento Criminal consagra el principio de que el juez de la acción lo es de la excepción y los casos de prejudicialidad civil, es decir, de suspensión del proceso penal mientras el juez civil resuelve sobre el punto, están taxativamente consagrados, a saber: cuando es una cuestión determinante de la culpabilidad o de la inocencia; cuando se trata de la validez del matrimonio o de la supresión de estado civil, y cuando se refieren a la propiedad inmueble o a otros derechos reales en ellos y no aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión (Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 3 a 6) [108].

En Italia, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado como norma general el principio de la competencia del juez penal para resolver sobre las cuestiones incidentales de otra naturaleza, de acuerdo con la tradición romana y en forma análoga a lo que ocurre en Francia y España, a pesar de no existir norma expresa que la consagre [109]. El Código de Procedimiento Procesal esta-

[107] ESTÉFANI, ob. cit., p. 53 y 313.

[108] MIGUEL FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, t. I, p. 458-60.

[109] MANZINI: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1951, t. I, núm. 75, p. 342-43, y núms. 83-84, p. 369-73.

blece estas dos excepciones: 1.ª, en las cuestiones referentes al estado de las personas (matrimonio, ciudadanía, filiación, adopción), siempre que sean determinantes de la decisión penal (art. 19), la sentencia civil produce entonces efectos de cosa juzgada en el proceso penal, pero si apenas influyen en la extensión de la responsabilidad penal, el juez de la causa debe resolverlas; y 2.ª, las cuestiones civiles que el juez del crimen estime de difícil solución (prejudicialidad facultativa) y de las cuales dependa la existencia del delito, siempre que la ley civil no ponga limitaciones a la prueba del derecho discutido (arts. 20 y 21). El juez penal debe fijar el término de la suspensión del proceso penal, que puede ser prorrogado por una vez, vencido el cual se continúa su trámite, aun cuando no se haya producido la sentencia civil.

En Argentina se consagra tácitamente la regla de que «el juez de la acción lo es de la excepción», en los artículos 1.104 y 1.105 del Código Civil, con excepciones para algunos casos en que es obligatoria la remisión por mandato expreso de ley *(prejudicialidad extrapenal relativa y obligatoria)* [110]. Para que haya prejudicialidad se exige «que la situación que constituya su objeto sea distinta del hecho mismo constitutivo de la infracción», y por eso no la hay «cuando en el juicio penal y en el civil se juzga acerca del mismo hecho, bien que a efectos diversos» [111]. En el mismo sentido contienen disposiciones los Códigos Procesales de las provincias de Buenos Aires (art. 15), San Luis (art. 13), La Rioja (art. 19), Córdoba (art. 9) y Santiago de Estero (art. 14), y los demás lo admiten en forma implícita [112].

Del somero estudio de estas legislaciones sobre la materia se deduce que, por lo general, impera el principio de la prejudicialidad extrapenal relativa, y casi siempre en forma obligatoria, siendo más frecuente la prejudicialidad a la sentencia que a la acción. Solo el Código italiano consagra la prejudicialidad voluntaria a la sentencia, conjuntamente con la obligatoria para cuestiones de estado.

Creemos que cuando la Ley no diga expresamente que se trata de prejudicialidad a la acción, debe considerarse como prejudicialidad a la sentencia, es decir, que puede iniciarse el proceso penal, pero su decisión se aplaza hasta tanto que el juez civil resuelva la cuestión prejudicial.

La opinión de los autores sobre la conveniencia de los diversos sistemas de prejudicialidad está dividida. Entre quienes sostienen la prejudicialidad penal absoluta, o sea el sistema de la *incidentalis cognitio*, que faculta al juez penal para resolver todos los problemas extrapenales, sin valor de cosa juzgada, están los autores del siglo pasado, ENRICO SEGRE, ZACHARIAE, MANGIN, HELIE, aun cuando los dos últimos le hacen algunas salvedades [113], y actualmente ODERIGO [114] y GUARNERI [115].

La prejudicialidad extrapenal absoluta ha tenido, al parecer, como único sostenedor a MATTEO PESCATORE [116]. La posición de CARRARA ha sido discutida, pues al paso que AGUILLERA DE PAZ [117] considera que sostiene este siste-

[110] ODERIGO, ob. cit., p. 133-40.
[111] Ibídem, p. 144 y 147.
[112] Ibídem, p. 152.
[113] Citas de ODERIGO, ob. cit., p. 86-91.
[114] Ibídem, p. 105-120.
[115] GUARNERI, ob. cit., p. 11-89.
[116] Cita de ODERIGO, ob. cit., p. 92.
[117] AGUILERA DE PAZ: *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal*, Madrid, 1904, p. 46.

ma, DEL GIUDICE [118] opina que es partidario de la prejudicialidad extrapenal relativa y facultativa; estamos de acuerdo con ODERIGO [119] cuando considera que la verdadera posición de CARRARA es la última, porque acepta la diferencia entre el *judicium* y la *incidentalis cognitio*, es decir, entre la decisión penal con valor de fuerza de cosa juzgada y la decisión *incidenter tantum* [120], de modo que cuando habla de que el juez penal puede violar las normas sobre competencia al resolver una cuestión civil, se refiere a hacerlo en la sentencia y no a cuando se limita a decidirla previamente para los solos efectos del proceso penal.

La prejudicialidad extrapenal relativa ha sido defendida por HOFFMAN, HAUS, HELIE y DEL GIUDICE [121]. CARRARA forma parte de este grupo, como acabamos de explicar. También MANZINI [122], FENECH [123] y ESTÉFANI [124].

El sistema de la prejudicialidad extrapenal relativa es el que más partidarios tiene en la doctrina del presente siglo y ha sido consagrado en la mayoría de las legislaciones, inclusive la colombiana [125]. Sin embargo, consideramos que aun en los casos de excepción, que imponen en ese sistema el envío al juez extrapenal, sería mejor otorgarle al juez penal la facultad de resolver esos puntos *incidenter tantum*, dándole una absoluta autonomía para el estudio de todo lo relacionado con el ilícito sujeto a su juicio, sin que las conclusiones que sobre aquellos adopte tengan el valor de cosa juzgada. La suspensión del proceso penal causa perjuicios, en ocasiones irreparables, para el éxito de la investigación, y en la mayoría de los casos resulta inútil, porque debe señalarse un término máximo para su reanudación, y generalmente ocurre que cuando este vence, el juicio civil no ha concluido o ni siquiera se ha iniciado por la parte interesada, por lo cual la competencia para resolver esa cuestión pasa al juez penal en la forma incidental explicada.

Somos, pues, partidarios del sistema de la *incidentalis cognicio*, mal llamado de la *prejudicialidad penal absoluta*. No nos preocupa la posibilidad de decisiones contradictorias, provenientes de las dos jurisdicciones, porque cada una resuelve dentro de su propio radio de acción y para el específico objeto de sus respectivos procesos. Además, en el sistema de la prejudicialidad extrapenal relativa se llega en la práctica al mismo resultado, por la limitación del tiempo de duración de la suspensión del proceso penal. El principio general de la cosa juzgada no significa que lo fallado en una de ellas debe tener valor absoluto para la otra; por el contrario, hemos visto que la sentencia penal absolutoria no impide la condena civil del mismo sindicado o de terceros responsables, y que las decisiones del juez penal sobre puntos que no era indispensable examinar para el fallo penal o sobre cuestiones civiles sujetas a su estudio dejan en absoluta libertad al juez civil para resolver en sentido contrario, conforme a su criterio (cfr. núms. 289-290).

Si se acepta la prejudicialidad civil o extrapenal en general, debe tenerse

---

[118] Cita de ODERIGO, ob. cit., p. 94.
[119] ODERIGO, ob. cit., p. 96.
[120] CARRARA: *Opuscoli di diritto criminale*, Firenze, 1911, t. VII, p. 224.
[121] Citas de ODERIGO, ob. cit., p. 99-105.
[122] MANZINI: *Tratado*, ed. cit., t. I, p. 343 y 370-87.
[123] FENECH: *Derecho procesal penal*, ed. cit., p. 457-58.
[124] ESTÉFANI, ob. y p. citadas.
[125] DEVIS ECHANDÍA: *Tratado de derecho procesal civil*, t. IV, p. 705-06.

en cuenta que, como ya expusimos anteriormente, la naturaleza, los fundamentos y los fines de esta prejudicialidad son los mismos de la penal en el proceso civil.

B) *Efectos de la cosa juzgada civil y administrativa en el proceso penal*

Las legislaciones y la doctrina están de acuerdo en que cuando la sentencia civil ejecutoriada resuelve una cuestión que tiene la calidad de prejudicial a la acción o a la sentencia penal, necesariamente aquella produce efectos de cosa juzgada en el proceso penal [126].

El Código de Procedimiento Procesal italiano consagra de manera expresa, en el artículo 21, la autoridad del fallo civil en tales casos. El Código Civil argentino establece el mismo principio en el artículo 1.105, y los diversos Códigos Procesales de las provincias argentinas contienen disposiciones expresas en concordancia con aquella, como el de la capital, artículo 18; de Tucumán, artículo 18; de Catamarca, artículo 18; de Salta, artículo 18, y de Entrerríos, artículo 38 [127].

Es esta una consecuencia natural del carácter prejudicial de la cuestión fallada por el juez civil, pues si no se le reconociera valor de cosa juzgada en el proceso penal, podría el juez de este resolverla *incidenter tantum*, y entonces dejaría de ser prejudicialidad. No se justificaría tampoco la suspensión del proceso o de la acción penal si el juez del crimen quedara en libertad para desconocer la decisión civil (cfr. núms. 277-279).

Más difícil resulta el punto cuando la sentencia civil definitiva se produce antes de la penal y en oportunidad para ser tenida en cuenta como prueba en el proceso penal, pero no se trata de cuestión considerada como prejudicialidad a la acción o al fallo penal.

En la legislación argentina, en tal caso, y de acuerdo con los mismos textos citados, «la sentencia del juicio civil no influye en el juicio criminal ni impide acción criminal posterior sobre el mismo hecho o sobre otro hecho que con él tenga relación» [128]. Este parece ser también el criterio de la doctrina y la jurisprudencia francesas, según se desprende de la exposición de ESTÉFANI, en uno de cuyos apartes se dice [129]: «La acción pública—y es esta la segunda manifestación de su independencia de ejercicio—puede ser ejercida aun cuando se haya fallado en lo civil sobre la acción civil. En este caso, el tribunal represivo que conoce de la acción pública puede fallar con toda libertad, pues la decisión civil sobre la acción civil no ejerce ninguna influencia sobre el juez represivo. No teniendo las dos acciones ni un mismo objeto, ni unas mismas partes, ni una misma causa, la cosa juzgada en lo civil no tiene autoridad sobre lo criminal». La misma conclusión se deduce de la exposición de GUARNERI [130] sobre la necesidad de independizar el derecho y el proceso penal del civil.

En el derecho español se regula de manera similar esta materia. El artículo 5.° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que la decisión civil de la

[126] ESTÉFANI, ob. cit., p. 50-60; ODERIGO, ob. cit., p. 151; MANZINI, ob. cit., t. I, p. 361-62.
[127] ODERIGO, ob. cit., p. 151.
[128] ODERIGO, ob. cit., p. 151.
[129] ESTÉFANI, ob. cit., p. 43.
[130] GUARNERI, ob. cit., p. 31-86.

cuestión prejudicial, servirá de base a la del tribunal de lo criminal. Interpretando esta norma, dice MIGUEL FENECH, profesor de la Universidad de Barcelona [131]: «En realidad, se trata de una derogación del principio general que regula nuestra legislación positiva, la influencia de la cosa juzgada civil en lo penal, constituido por la norma de independencia jurisdiccional en el sentido de que el efecto material de la cosa juzgada de la sentencia firme que pone fin a un proceso civil—o canónico—no tiene influencia sobre la decisión que haya de dictar el órgano penal de la jurisdicción cuando resuelve la pretensión punitiva, aunque entre las pretensiones objeto de ambos procesos se produzcan las identidades que hacen posible la producción del efecto a que nos referimos.» De esta manera, cuando la sentencia civil recaiga sobre cuestión no prejudicial, carece de valor de cosa juzgada en el proceso penal.

Respecto al derecho italiano, MANZINI expone el punto en forma que parece en desacuerdo con los tratadistas antes citados. En efecto, luego de declarar que, conforme al artículo 21 del Código de Procedimiento Procesal, la sentencia civil constituye cosa juzgada para el proceso penal siempre que de su resolución dependa la *existencia del delito*, en cuyo caso es una cuestión prejudicial al tenor del artículo 20 del mismo Código, dice que el mismo valor tiene la sentencia civil referente a hechos que, aun cuando no dependa de ellos la existencia del delito y, por tanto, no representen cuestiones prejudiciales al fallo penal, sin embargo se relacionen con la cuestión juzgada en el proceso penal, siempre que no correspondan a la *competencia normal* del juez penal, es decir, que no se trate de «las que el juez tiene que decidir por sí, tenga o no competencia para resolverlas también el juez civil o administrativo, por ejemplo, las cuestiones sobre el elemento psíquico del delito. Así, si el juez civil ha considerado meramente culposo el hecho que constituye apropiación indebida, no se le prohíbe al juez penal considerarlo, en cambio, como doloso. La sentencia civil o administrativa, respecto de tales cuestiones, solo puede servir como elemento de prueba documental libremente valorable». Y en el siguiente párrafo agrega: «Para poder ejercer la autoridad de que antes hablábamos, el fallo civil o administrativo tiene que haberse pronunciado *entre las mismas personas* que ahora se toman en consideración en el proceso penal, lo que no equivale a exigir que se haya pronunciado entre las mismas partes.» Luego concluye: «II. *Fallo civil formado entre personas diferentes.* Si el indicado fallo no penal ha sido pronunciado entre personas diferentes de las que actualmente vienen en consideración en el proceso penal, como imputado, querellante, ofendido por el delito o parte civil, no ejerce autoridad de cosa juzgada, pero puede tomarse simplemente como elemento de prueba documental libremente valorable» [132].

Según lo anterior, para MANZINI, siempre que la sentencia civil pronunciada antes de la penal resuelve sobre una cuestión que debía ser prejudicial a la última, de conformidad con el artículo 20 del Código de Procedimiento Procesal italiano, aquella producirá efectos de cosa juzgada en el proceso penal y la segunda no podrá desconocerlas, si el juicio civil ha transcurrido entre las mismas personas «que se toman en consideración» o que están interesadas en el proceso penal, aun cuando el ofendido por el delito no concurra a este como parte civil ni como querellante. En esto está de acuerdo el ilustre profe-

---

[131] FENECH: *Derecho procesal penal*, ed. cit., t. I, p. 480.
[132] MANZINI: *Tratado*, ed. cit., t. I, p. 363-64.

sor italiano con los autores citados antes. Pero no encontramos claro su concepto en relación con los efectos en el proceso penal del fallo civil sobre cuestiones no prejudiciales. En efecto, si la sentencia civil solo produce valor de cosa juzgada en ese caso, cuando el juez penal no tiene competencia para decidir sobre el punto por sí mismo, no vemos cuándo pueda ocurrir esa hipótesis, ya que, como cuestión incidental, *incidenter tantum*, este puede resolver sobre todos los puntos extrapenales que no tengan la categoría de prejudiciales, dentro de su competencia normal.

Creemos que, como principio general, puede admitirse, salvo disposición legal en contrario, que la sentencia civil solo produce efectos de cosa juzgada en el proceso penal cuando recae sobre una cuestión que por ley es prejudicial a la acción o al fallo penal, y que en los demás casos es una prueba que el juez del crimen puede valorar libremente.

C) *La reglamentación en Colombia*

El Código de Procedimiento Procesal colombiano consagra una prejudicialidad que no es propiamente a la acción ni a la sentencia, sino intermedia, porque se permite iniciar y adelantar la investigación, pero el proceso penal debe suspenderse mucho antes de la sentencia, cuando aquella quede completa, a excepción de la decisión civil o administrativa que esté por adoptarse, sin que pueda dictarse el auto de proceder. Por otra parte, se contempla la suspensión del proceso penal solamente cuando existe ya el juicio civil o administrativo en el momento de ocurrir el hecho delictuoso y no cuando se inicie posteriormente; no se hace excepción a la competencia del juez penal, para resolver *incidenter tantum* y para el solo efecto de la represión penal, todas las cuestiones civiles o administrativas que surjan durante el proceso penal y que no estén en el caso anterior; se limita a un año el término de suspensión del proceso penal, a partir del momento en que la investigación llegue al estado de llamar a juicio al sindicado; se le da al Ministerio público la facultad para intervenir en el proceso civil o administrativo que motiva la suspensión (art. 21).

En cuanto a los efectos de la sentencia civil o administrativa en el proceso penal, nuestro sistema legal es análogo a los estudiados atrás: solo cuando se trata de cuestión prejudicial, es decir, sujeta a un proceso civil o administrativo que estaba en curso cuando ocurrió el hecho delictuoso y que motivó, en consecuencia, la suspensión del proceso penal, o que concluyó antes, la sentencia que en aquel se dicte tiene valor de cosa juzgada en este, si recae sobre elementos constitutivos de la infracción; en los demás casos, las decisiones civiles o administrativas carecen de autoridad en el proceso penal y el juez de este puede juzgar sobre los mismos hechos con entera libertad, pero *incidenter tantum*.

En materia de pruebas de hechos de naturaleza civil en el proceso penal, nuestro Código de Procedimiento Procesal consagra, en el artículo 22, el mismo principio que rige en Francia y Argentina, es decir, ordena que se tenga en cuenta «el valor que les atribuya la legislación civil» [133].

---

[133] Sobre la prejudicialidad civil en el proceso penal y viceversa, en Colombia, puede consultarse nuestro *Tratado de derecho procesal civil*, t. IV, cap. XXXI.

CAPITULO XXVII

MODOS EXCEPCIONALES DE PONER TERMINO AL PROCESO

293. Cuáles son los modos extraordinarios

El modo ordinario de terminar la relación procesal es la sentencia. Sin embargo, existen otros actos jurídicos que producen el mismo resultado, de naturaleza distinta, y algunos de ellos con eficiencia diferente.

Estos modos excepcionales son: 1) el arbitramento; 2) la transacción; 3) el desistimiento, y 4) la caducidad.

También la nulidad le pone término al juicio cuando lo comprende desde su iniciación por falta de competencia, ya que debe ser iniciado de nuevo ante otro juez, o por ilegitimidad de personería adjetiva del demandante, pues una vez que se declare debe formularse otra demanda y el juicio comienza de nuevo, aun cuando se trate del mismo juez, o, finalmente, por pretermisión inicial de formas esenciales. La nulidad por ilegitimidad de personería adjetiva del demandado deja vigente la pretensión y la admisión de la demanda, y solo debe anularse lo actuado desde su notificación a aquel; la falta de citación o emplazamiento no afecta tampoco la válida iniciación del juicio. En estos casos el procedimiento se retrotrae, pero el juicio no termina (cfr. núm. 320).

Las excepciones previas o dilatorias de nuestro Código pueden ponerle fin al juicio, como sucede con la cosa juzgada, la transacción, el desistimiento y la caducidad del juicio anterior, lo mismo que con la falta de competencia o jurisdicción, la litispendencia total, la ilegitimidad de personería adjetiva del demandante y el no ser el demandado la persona contra quien debe dirigirse la demanda (cfr. núm. 243). Pero, en realidad, cuando se declara probada una excepción de estas (impedimentos procesales en doctrina), el juicio queda paralizado en su iniciación, y por eso deben ser consideradas como medios para impedirlo, más bien que como un modo extraordinario de ponerle fin.

294. El arbitramento

El compromiso arbitral es un medio de derogación de la competencia y puede alegarse como excepción previa o como nulidad en caso de que una de las partes inicie juicio. El compromiso arbitral puede ser sobre toda clase de litigios relacionados con un contrato o sobre algunos de ellos, taxativamente determinados. En el último caso, en nada afecta la competencia de los jueces para conocer de los demás. En el primero, la competencia general del tribunal de árbitros está limitada, aun cuando las partes nada digan al respecto, a los juicios no ejecutivos, en su sentido más amplio, porque los árbitros no tie-

nen facultades coercitivas, es decir, comprendiendo los de venta de cosa hipotecada o dada en prenda, de lanzamiento, posesorios y similares, y tampoco puede versar sobre juicios de jurisdicción voluntaria. Los efectos de la cláusula arbitral sobre la competencia se estudiaron en los números 38 y 43.

Pero ahora contemplamos la hipótesis del arbitramento ocurrido en el curso del juicio, caso en el cual el juez queda separado de su conocimiento y debe proceder a entregar el proceso al tribunal arbitral (C. J., art. 2.119).

En realidad, el proceso no concluye con la separación del juez y con la entrega de los autos al tribunal de arbitramento, sino que se transforma, para continuar ante este, por 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 concluye la relación jurídico-procesal es, en rigor, el fallo arbitral.

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 de las causas que enumera la Ley; y entonces el juez readquiere la competencia y el juicio debe reanudarse, a partir del estado en que se encontraba cuando cesó el procedimiento. De acuerdo con el artículo 1.217 del Código Judicial colombiano, estos casos son: 1) la no aceptación de uno de los arbitradores; 2) la muerte de uno de estos; 3) el vencimiento del término que tienen estos para dictar la decisión, sin que lo hayan hecho; 4) la voluntad unánime de las partes.

Cuando ocurre alguno de los dos primeros casos enumerados, o la renuncia de un árbitro, su inhabilidad o incapacidad, si las partes se ponen de acuerdo acerca del árbitro que deba llenar la vacante, no cesa el compromiso, ni se requiere nuevo documento, pues basta sentar una diligencia a continuación de lo anterior que se firma por las partes y ante testigos (C. J., art. 1.217, inciso final) [1].

295. La transacción

La transacción es un contrato por el cual las partes convienen resolver un litigio de común acuerdo y en forma definitiva, antes o después de iniciado el juicio (C. C., art. 2.469).

Como todo contrato, solo puede celebrarse por la persona que sea capaz y que, además, pueda disponer de los objetos comprendidos en la transacción. Naturalmente, no se puede transigir cuando se trata de derechos irrenunciables o no enajenables, como los de estado civil; pero sí sobre los derechos herenciales que se desprendan del estado civil.

Significa lo anterior que cuando la Ley prohíba la enajenación de un bien, como sucede con los de uso público, no es posible transigir el litigio que verse sobre la nulidad de la venta de ese bien, aun cuando las partes sean capaces; en cambio, si la Ley permite la enajenación, pero con ciertos requisitos que no se han cumplido, la transacción es perfectamente lícita, sea antes o des-

[1] Sobre esta materia, cfr. Redenti: *El compromiso y la cláusula compromisoria*. Ed. Ejea, Buenos Aires, 1961; Norberto Gowland: *Impugnación del laudo arbitral*, Buenos Aires, 1950; Tito Carnacini: *El arbitraje*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1961; Patricio Aylwin Azogar: *El juicio arbitral*, Santiago de Chile, 1958; Jaime Guasp: *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, 1956.

pués de iniciado el juicio, y si en virtud de ella se mantiene el contrato, queda saneada la nulidad. Por otra parte, la improcedencia de la transacción sobre el estado civil de las personas significa que por ella no puede otorgarse a una persona un estado civil que no tiene en virtud de la Ley, ni privarla del que esta le reconoce (sea en virtud de partidas notariales o eclesiásticas supletorias o de sentencia ejecutoriada). Pero esto no quiere decir que no sea posible desistir de la demanda y del juicio que curse sobre una pretensión de estado civil, antes de la ejecutoria de la sentencia que lo declare, cuando no se encuentra legalmente establecido, en razón de una transacción previa, porque con esa transacción ningún estado civil nuevo se adquiere, ni se extingue o modifica uno anterior; simplemente se dejan las cosas en la situación que tenían antes de la demanda. Además, la Ley reconoce el derecho a desistir y no hace excepción para los juicios que versen sobre el estado civil de las personas. Por consiguiente, el desistimiento que se haga en virtud de una transacción en esos casos es absolutamente válido, como lo es el desistimiento que unilateralmente haga el demandante; y como en nuestro sistema legal tal desistimiento produce el efecto de cosa juzgada adversa a las pretensiones de este, cuando la sentencia adversa tenga el mismo valor, como luego veremos (cfr. núm. 296), el demandado podrá oponerse a la nueva demanda que entre las mismas partes y con el mismo objeto e igual causa se formule. Naturalmente, es indispensable que el desistimiento se presente en debida forma y por quien tenga capacidad para hacerlo, o previa autorización de juez con conocimiento de causa, si la parte es un incapaz [cfr. núm. 296, letra f)].

Sin embargo, la aceptación por el juez del desistimiento del juicio o recurso no significa que tal acto quede desvinculado de la suerte que corra la transacción que lo haya motivado, sea que al presentar aquel se haya mencionado o no esta, como más adelante explicaremos.

La transacción produce el efecto de una sentencia ejecutoriada, con valor de cosa juzgada. Por 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 juicio una vez que se la haga saber al juez, mediante auto en el cual este ordena estarse a lo estipulado en ella, siendo nula cualquier actuación posterior, por falta de competencia, exactamente como si el juez dictara alguna providencia para continuar el proceso luego de ejecutoriada la sentencia. La transacción produce sus efectos jurídicos desde el momento de su celebración con las formalidades legales, como más adelante explicaremos. Pero el juicio solo termina con el auto que la reconoce. En cuanto al problema de si puede alegarse la excepción como perentoria cuando fue propuesta y rechazada como previa, nos decidimos por la solución afirmativa.

El contrato de transacción es susceptible de nulidad o rescisión, como cualquiera otro, por las causas señaladas en la Ley.

Una de esas causales es el haber sido celebrada cuando existía en ese momento sentencia ejecutoriada y algunas de las partes lo ignoraba, ya que en este caso no hay litigio sobre el cual transigir, a menos que se haya querido celebrar precisamente sobre los derechos y obligaciones reconocidos en la sentencia. 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, surge el problema de saber qué ocurre con el juicio que se dio por concluido en virtud de ella.

Al tratar de la ineficacia de los actos procesales, dice Rocco [2], sobre este particular, lo siguiente: «Con fundamento en los principios ya señalados, se puede resolver fácilmente la tan debatida cuestión de si, en caso de anulación de una transacción, con base en la cual se produce renuncia de los derechos procesales, debe dejar de surtir y extinguirse la renuncia de los actos del juicio. A nosotros nos parece necesario distinguir entre el negocio jurídico de transacción (negocio de derecho privado) y el negocio de renunciar a los actos del juicio (negocio de derecho público). Estos dos negocios jurídicos son distintos y autónomos, hasta el punto de que podrían tener, cada uno de ellos, vida independiente. Lo que ambos tienen de característico, en el caso, es que el uno (transacción) constituye la *causa remota* en virtud de la cual la voluntad de las partes se encuentra determinada a producir el otro (renuncia a los actos del juicio). Mas, como hemos visto, la causa remota (motivos) de los actos procesales, como de los negocios jurídico-procesales, no influye sobre la validez de los actos o de los negocios procesales, de suerte que si, en virtud de una transacción, el actor había renunciado a los actos del juicio y el demandado había aceptado dicha renuncia, esta es perfecta, sin que pueda tener influencia, con relación a ella, el hecho de que la causa remota de la renuncia (transacción) haya quedado sin efecto por los eventuales vicios de ese negocio jurídico. De suerte que el negocio jurídico de renuncia a los actos jurídicos, que tiene todos los requisitos necesarios para su validez, despliega todos sus efectos jurídicos, independientemente de que la transacción haya quedado sin efecto. Caso análogo se produciría si, con fundamento en una transacción, las partes quedaran inactivas en el proceso, produciendo su extinción, en cuyo caso es obvio que quedaría extinguido sin posibilidad de reanudarlo a pesar del anulamiento de la transacción con posterioridad, salvo el caso de nueva citación.»

No estamos de acuerdo con la tesis de Rocco, por las razones que luego expondremos. Tampoco nuestra Corte acepta que se desvinculen la transacción y la terminación voluntaria del juicio en razón de ellas. En efecto, en sentencias del 12 de julio de 1955 y del 17 de febrero de 1958 [3], dispuso la Corte que, decretada la nulidad de la transacción mediante la cual se le puso término al juicio, este debía reanudarse a partir del momento en que se encontraba al aceptar el juez el desistimiento o la terminación como efecto de aquella.

Las mismas conclusiones deben aplicarse cuando se declare la resolución de la transacción, por incumplimiento del demandado. Entonces sí es necesario que el demandante haya cumplido por su parte y que no haya incurrido en culpa o dolo determinante del incumplimiento del demandado, para que la petición resolutoria prospere. Pero, una vez declarada la resolución, es ineludible decretar la ineficacia del desistimiento y la revocación del primer juicio a partir del momento en que se le declaró terminado en razón de esa transacción.

La transacción puede ser respecto de parte del litigio, y entonces el juicio continúa para las otras cuestiones y los anteriores efectos solo se surten en aquella parte. Como no produce efectos sino entre los contratantes, si hay otras personas en el juicio, estas no se perjudican ni aprovechan por ella, salvo los

---

[2] Rocco: *Trattato*, t. II, p. 290, nota 17.

[3] G. J., t. LXXX, núm. 2.155, p. 692; G. J., t. LXXXVII, núms. 2.192-2.193, p. 57.

efectos de la novación en caso de solidaridad (C. C., art. 2.484), y los que se producen en el litisconsorcio necesario (cfr. núm. 184).

Por último, en caso de haberse estipulado una pena contra el que deje de cumplir la transacción, habrá lugar a imponerla, sin perjuicio de llevarse a efecto en todas sus partes. Pero, como es lógico, si uno de los contratantes adquiere nuevamente, por otro título, el derecho o el bien, la transacción no puede afectarlo, ni la acción que ejercite para su reconocimiento o satisfacción puede ser paralizada alegando esa transacción.

Cuando se trata de terminar el juicio mediante ella, debe ponerse en conocimiento del juez, y entonces es indispensable hacerlo por escrito, en el mismo memorial en que se pida la terminación del proceso o en otro separado.

Celebrada la transacción con las formalidades del caso, el litigio desaparece y la oposición de intereses se extingue; pero el proceso solo concluye cuando se la presenta al juez para que así lo declare.

296. El desistimiento, naturaleza, fundamento, historia, doctrina sobre su bilateralidad y sistema legal

Subdividiremos este número, de acuerdo con los varios enunciados que en su título aparecen.

A) *Naturaleza del desistimiento*

El desistimiento es una declaración de voluntad y, por tanto, un acto jurídico-procesal, dirigido a eliminar los efectos jurídicos de otro acto procesal ya realizado. En estricta lógica, en el desistimiento existe una renuncia a determinados efectos procesales ya surtidos y no a los actos que los producen. Por ejemplo, se desiste en realidad del proceso surgido con la demanda y no de esta; se desiste de la segunda instancia surgida con la apelación de la sentencia y no del recurso ya interpuesto; se desiste del trámite de un incidente en curso y no de la solicitud que lo originó. Sin embargo, en la práctica judicial es usual hablar de desistimiento de la demanda o de la apelación o reposición o de la solicitud, para referirse al desistimiento del juicio, al de la segunda instancia, al del incidente, al de la práctica de una prueba o al de la revisión de la providencia. Por esta razón, ambas fórmulas son de recibo no solo en los estrados judiciales, sino también en las obras de los autores y en la redacción de los códigos.

No es lo mismo renunciar a los actos procesales que desistimiento: este es una especie particular de renuncia a los actos procesales; aquella puede comprender los actos futuros y pasados, pero el desistimiento recae necesariamente sobre los últimos, razón por la cual es injurídico hablar de desistimiento de actos no ejecutados. No se deben confundir las dos nociones, sin embargo de que lo hacen autores tan connotados como Chiovenda y Carnelutti [4].

---

[4] Chiovenda: *Principios*, Madrid, 1922, t. II, núm. 75, p. 392; Carnelutti: *Sistema*, t. IV, núm. 761, p. 568.

Hablamos de *eliminar* los efectos jurídicos de actos procesales realizados, porque no se trata de suspenderlos ni extinguirlos para el futuro, sino de que desaparezcan jurídicamente, como si no hubiesen existido, y, por tanto, retroactivamente, para volver las cosas al estado anterior. En principio, el acto debe haber sido ejecutado válidamente, porque esto es necesario para que esos efectos jurídicos se hayan producido, ya que la invalidez impide que se surtan los efectos normales del acto, y entonces no hay de qué desistir. Pero, por una parte, la invalidez puede sobrevenir por la anulación del acto [cfr. núm. 314, letra *i*)], caso en el cual este produce sus efectos jurídico-procesales mientras no sea declarada, y por otra, aun en el caso de nulidad, el proceso o la instancia o el incidente existen hasta cuando el juez no la declara; por tanto, es admisible el desistimiento mientras esto no suceda. Cuando el desistimiento comprende la totalidad de los actos viciados de nulidad, prevalece el primero sobre esta, en el sentido de que ya no procede su declaración, puesto que se elimina el trámite viciado; pero si la nulidad se retrotrae a trámites distintos a los comprendidos en el desistimiento, subsiste para estos.

Según observa VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN [5], el desistimiento es una actividad procesal compleja, porque requiere no solo el acto de parte, sino la providencia del juez que lo acepte, sin la cual no se surten sus efectos en el proceso. No es un acto mixto, porque se trata de actos sucesivos que se complementan, y el del juez tiene un carácter simplemente declarativo.

El desistimiento puede ser total, en cuyo caso le pone fin al juicio, o parcial para un incidente, recurso o reconvención o respecto a parte de la demanda y entonces el juicio continúa, salvo que se trate de un recurso de apelación o de casación contra la sentencia o contra un auto con efectos similares y que, como consecuencia, se produzca su ejecutoria; pero, en este último caso, el juicio no concluye propiamente por el desistimiento, sino por la sentencia o el auto que desata la litis, al paso que en el primero no hay sentencia, y por eso constituye un modo especial de terminar la relación procesal. Así, pues, existe una notable diferencia entre el desistimiento del juicio y de los recursos.

B) *Fundamento jurídico del desistimiento*

El fundamento del desistimiento radica, por una parte, en el principio de la economía procesal [cfr. núm. 19, punto *d*)], que rechaza la prosecución de un proceso cuando el autor manifiesta su decisión de suspenderlo por renunciar a las pretensiones que en él se persiguen, o cuando las dos partes expresan que ha concluido el litigio que lo motiva, o cuando existe un acuerdo previo o posterior (el último, por la aceptación posterior del demandado) de terminar el juicio en su primera instancia, sin renunciar a la pretensión y al derecho de plantearla en un nuevo juicio, o cuando quien recurrió de la sentencia expone su voluntad de acatarla abandonando los efectos del recurso, porque en todos estos casos hay sustracción de materia para continuar la actividad jurisdiccional; y por otra parte, en el principio dispositivo del procedimiento civil [cfr. núm. 19, punto A)], que impide la iniciación y continuación de un proceso de oficio y, con mayor razón, contra la voluntad de la parte a quien corresponde su mantenimiento.

[5] FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios*, Madrid, 1955, p. 593.

En el proceso penal la validez del desistimiento es una excepción, debido a su carácter inquisitivo, al paso que en el civil es la regla general y solo se sujeta a condiciones de capacidad y oportunidad procesal, lo último en cuanto debe presentarse antes de la sentencia o de la providencia definitiva que ponga fin al proceso, recurso o incidente. En síntesis, el desistimiento es procedente mientras existan recursos contra la sentencia o providencia que resuelve el incidente o una petición cualquiera, por haberse interpuesto o por estar corriendo el término para interponerlos.

C) *Breve historia del desistimiento como instituto procesal*

El desistimiento aparece en el derecho romano cuando declina la noción de la *litis contestatio* como un contrato procesal con efecto consuntivo, es decir, la prohibición de formular nueva demanda sobre un mismo derecho material, con la consecuencia adicional de que una vez concedida la acción para su defensa no podía ser retirada y se producía el efecto novatorio del derecho y la obligación de las partes por el derecho a la sentencia y la obligación de someterse a sus decisiones [6]. En el derecho justinianeo, la noción de la *litis contestatio* tiene un sentido muy diferente, de simple ficción jurídica, sin efectos novatorios ni consuntivos, y con ella se identifica simplemente el momento procesal en que se configura el litigio con la demanda, la citación del demandado y la presentación por este de la *contradictio*; como consecuencia, la demanda podía ser retirada y por esto existía el desistimiento. Hoy solo es posible hablar de *litis contestatio* para indicar la etapa del proceso que va desde la demanda hasta el vencimiento del término para contestarla el demandado.

En la Edad Media se mantuvo este último sentido de la *litis contestatio* y, por consiguiente, la procedencia del desistimiento, que luego pasó a los códigos de la Edad Moderna. Así, en España aparece en las *Partidas* (Ley XIX, tít. V, partida III; Ley XX de las Nuevas de Alfonso el Sabio), etc. [7].

La noción de la *litis contestatio* como un contrato había pasado a ser un recuerdo histórico ya en la Baja Edad Media, y aún más en la Moderna, como observa muy atinadamente FAIRÉN GUILLÉN [8], puesto que se concebía la jurisdicción como un poder del Estado, que nada tenía que ver con el acuerdo de voluntades de las partes litigantes. Desafortunadamente, como una consecuencia del excesivo celo en el estudio de las instituciones romanas, diversos autores introdujeron nuevamente la noción con un sentido cuasicontractual e inclusive las legislaciones incluyeron como fuente de obligaciones el cuasicontrato de *litis contestatio*, noción verdaderamente inexplicable al lado del concepto de jurisdicción como un derecho o una potestad del Estado.

Esa vinculación de las nociones de desistimiento y *litis contestatio*, entendida la última como contrato o cuasicontrato, trajo como consecuencia la *doctrina de la bilateralidad del segundo*, también incluida en las legislaciones de muchos países, aun en la actualidad. Fue apenas natural que se exigiera el consentimiento del demandado para que el demandante pudiera desistir del juicio si a la relación jurídico-procesal se le asignaba un origen contractual o

[6] FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios*, ed. cit., p. 620-21.
[7] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 623.
[8] FAIRÉN GUILLÉN, ob. cit., p. 625-26, y *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia*, Edit. Bosch, Barcelona, 1950, p. 49 y ss.

cuasicontractual, siguiendo el principio de que las cosas se deshacen como se hacen, no obstante que, en estricta lógica, como observa FAIRÉN GUILLÉN [9], el desistimiento excluye los efectos consuntivos asignados primitivamente a la *litis contestatio* y solo se explica su aparición cuando esta noción pierde sus características originales.

La aceptación del desistimiento se afianza en la antigua legislación española de las *Partidas y Leyes nuevas*, como antes indicamos, sobre la doble base de que con él se le ponía término al juicio, sin que implicara la renuncia al derecho material pretendido o a la *acción*, en el sentido material impropio en que solía usarse este término, ni impidiera su reclamación en un nuevo juicio, y de su bilateralidad, o sea del consentimiento del demandado para surtir sus efectos, con cierto sentido contractual. También en el antiguo derecho germánico se consideraba que el actor quedaba vinculado al proceso y obligado a seguirlo hasta el final, y el desistimiento venía a ser la excepción a ese principio. La relación procesal tenía un carácter contractual cuando el demandado se oponía a la pretensión, que luego fue debilitándose y se sustituyó por la noción del cuasicontrato de *litis contestatio*, que desplazó igualmente la antigua *vinculación del actor al proceso*. En el siglo XIX, volvió a aparecer esta última noción con independencia del concepto cuasicontractual de la *litis contestatio*, que perdura en los autores modernos, y que FAIRÉN GUILLÉN cree encontrarla en el *Fuero juzgo*, en los textos que prohibían a las partes disponer de los procesos iniciados y que conminan a los jueces a llevarlos hasta la sentencia. En España, no obstante, la noción de *litis contestatio* se impone en las *Partidas* y leyes que la siguen, hasta la de *Enjuiciamiento civil* de 1855 y la actual que la sustituyó [10].

Esa noción de vinculación del actor al proceso significa que debe someterse a sus resultados para definir la suerte de su pretensión y, por tanto, solo es permitido plantearla una vez, lo que excluye su formulación en otro proceso. Se contempla igualmente el interés del demandado en la sentencia, en razón del daño que la demanda le causa.

D) *La bilateralidad del desistimiento en las legislaciones europeas y en la Argentina*

La breve reseña histórica que hemos hecho explica por qué en los códigos alemán y español el desistimiento tiene un carácter bilateral. Algo similar acontece en el derecho italiano y francés.

Es decir, cuando los autores hablan de bilateralidad del desistimiento, presumen que quien desiste queda con derecho a presentar de nuevo la misma demanda contra el mismo demandado, porque así lo permiten sus respectivas legislaciones. En cambio, en nuestro Código Judicial, como veremos, se consagró un sistema diferente, ya que, según él, quien desiste de la demanda no puede volver a iniciar el mismo juicio, razón por la cual la bilateralidad solo es necesaria cuando el desistimiento es parcial o condicional, pero no cuando es total e incondicional. Sin embargo, en los juicios divisorios y de deslinde, el demandado que acepta la demanda ejercita, en realidad, su propio derecho a

---

[9] FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios*, ed. cit., p. 626.
[10] FAIRÉN GUILLÉN: *Estudios*, ed. cit., p. 627 a 631.

la renuncia a la acción, ya tenga lugar fuera del proceso, ya en él (declaración de que la acción es infundada)». Por tal razón, «no debe depender de la voluntad unilateral del actor la cesación de la relación procesal, en la que, como sabemos, el demandado tiene los mismos derechos que el actor, en particular el derecho de pedir una sentencia de fondo». De ahí la necesidad del consentimiento o aceptación del demandado. Salta a la vista la impropiedad del uso del término acción, pues se le da el sentido material cuando se habla de su renuncia, de no ser infundada y de poder hacerla valer en otro proceso. Importante es observar que ya entonces al desistimiento se le daba el sentido de renuncia a los actos del juicio, tanto en la doctrina italiana como en el anterior Código de 1865. Como puede verse, para CHIOVENDA la razón del desistimiento no consiste en el interés del demandado o su difamación, sino en el derecho que le corresponde para pedir la sentencia de fondo, ya que en la relación procesal tiene los mismos derechos que el actor. Es un concepto más amplio y técnico que el de los anteriores autores, como veremos al exponer el nuestro sobre este punto.

Ese error de hablar de renuncia a la acción, en vez de renuncia al derecho o pretensión, es frecuente en los autores. Pero, técnicamente, se renuncia a la acción solo cuando se retira la demanda o se desiste del juicio, porque implica el abandono del derecho a pedir una sentencia, que es lo que significa el derecho de acción, como ya quedó debidamente explicado. ROCCO [18] explica muy bien esta cuestión así: «En un sentido amplio, la *renuncia a la acción* comprende tanto la renuncia que precede al ejercicio del derecho de acción y a la constitución de la relación procesal (la llamada renuncia preventiva), como la renuncia posterior al ejercicio del derecho de acción y a la constitución de la relación procesal (la llamada renuncia sucesiva). Entre los dos negocios hay, sin embargo, una notable diferencia: el primero es un negocio jurídico *extraprocesal*; el segundo es un negocio jurídico *procesal*.» Es decir, la preventiva consiste en obligarse a no iniciar juicio, por lo cual no es «una verdadera y propia renuncia en sentido técnico» y es un negocio jurídico de derecho privado; en cambio, la sucesiva «es una verdadera y propia *renuncia de derecho público*, un abandono del derecho de acción frente al Estado». Considera la renuncia preventiva como «una verdadera excepción para impedir la constitución de la relación procesal». Se trata, naturalmente, de la renuncia sucesiva anterior a la sentencia de primer grado, porque la posterior valdrá como renuncia a la apelación de tal sentencia o aquiescencia y tiene el efecto de dejarla ejecutoriar.

Nosotros consideramos que no existe la renuncia preventiva de la acción, sino de la pretensión o derecho material, por las razones expuestas en el número 100, ya que, como derecho público abstracto, es irrenunciable. Solo cuando se ha ejercitado en un proceso es pertinente hablar de renuncia objetiva y concreta a esa acción, y entonces estamos en presencia del desistimiento de la demanda o del juicio, en el sentido que le asigna la doctrina española, italiana y alemana, es decir, desligada de la renuncia al derecho material pretendido y sin que produzca efectos de cosa juzgada, ni impida un nuevo proceso sobre la misma pretensión. Igualmente, no debe hablarse de reconocimiento de la acción, sino del derecho material del actor o de la obligación del demandado; además, el demandado u obligado a la prestación debida no es sujeto

[18] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 214 y ss.

de la acción y, por tanto, no tiene por qué reconocerla, a no ser que se le dé al término un sentido material y no procesal, reñido con el moderno concepto sobre ella.

Rocco distingue también entre «la renuncia a la acción en sentido propio y la renuncia a los actos del juicio; la última no constituye, para él, una causa de extinción del derecho de acción y es la manifestación unilateral de voluntad del actor de no querer *por ahora* pretender la declaración de parte del Estado de las relaciones jurídicas concretas deducidas en juicio mediante la acción y, por tanto, una renuncia *pro nunc* o *pro tempore,* que solo produce efectos interruptivos del ejercicio de esta». Pero observamos que si la renuncia a los efectos del juicio es previa, se tiene en realidad una suspensión o renuncia temporal preventiva de la acción, dentro de su propio concepto, y si es posterior a la iniciación del juicio, se tendría su suspensión y no su renuncia. Al precisar a continuación la diferencia entre las dos nociones, dice Rocco que la renuncia a la acción «extingue el derecho de acción, de manera que tal derecho, en relación con una determinada relación jurídico-sustancial, no puede ya ejercitarse; mientras que la segunda extingue el *ejercicio del derecho,* la posibilidad de iniciar cuando mejor se estime un *nuevo proceso* que tenga por contenido la misma relación jurídico-sustancial, y por ello se tiene un nuevo ejercicio de la misma acción, que había quedado, por voluntad de las partes, momentáneamente interrumpida». El anterior concepto no es claro. En el último párrafo transcrito parece que la renuncia a la acción fuera preventiva y la de los actos del juicio, en cambio, posterior a su iniciación, ya que se habla de ejercicio del derecho y de impedir un nuevo proceso. Para nosotros, la renuncia al derecho de acción (luego de iniciado el juicio) es una especie del género de renuncias a los actos del juicio y no puede ser previa, a menos que se denomine así impropiamente la renuncia a la pretensión; por otra parte, la simple renuncia a la acción no impide que se inicie nuevo juicio sobre la misma relación jurídico-sustancial, porque equivale al desistimiento del juicio, tal como lo entienden las legislaciones y la doctrina italiana y española. El mismo Rocco enseña un poco antes que la renuncia a la acción es «una manifestación de voluntad de abandonar el derecho de acción frente al Estado», ya ejercitado en la demanda, lo que significa que solo se renuncia al derecho a que haya sentencia en ese proceso y no a la pretensión o al derecho sustancial pretendido, ni a reclamarlo en otro proceso.

En la doctrina y legislación alemanas se distingue también el desistimiento de la renuncia a la acción o derecho ejercitados. En efecto, Kisch [19] explica que la diferencia entre estos dos actos consiste en que en la segunda se resuelve sobre el fondo y se da la excepción de cosa juzgada, al paso que en el primero se le da simplemente fin a la *litis pendentia,* al proceso, sin resolver sobre el fondo ni producirse cosa juzgada; por esta razón el actor está también ligado a su demanda en el sentido de que no puede desistir de ella a capricho, a partir de la personación del demandado, quien puede conseguir la sentencia de fondo a pesar de ese desistimiento. En cuanto al desistimiento de la apelación, puede ocurrir después de formulado el recurso, unilateralmente, si la otra parte no ha intervenido en la segunda instancia y luego solo con su conformidad. Antes de formularse, «la parte puede *renunciar* anticipa-

[19] Kisch: *Elementos de derecho procesal civil,* trad. de la 4.ª ed. alemana, Madrid, 1940, p. 187-93 y 194-95.

damente a la interposición del recurso de apelación con el efecto de que este se hace inadmisible», por manifestación unilateral, después de dictada la sentencia. Creemos que en tal caso, más bien que una renuncia a apelar, lo que ocurre es la aceptación o el consentimiento de la sentencia.

En Argentina, los varios códigos regulan la materia del desistimiento en forma análoga a como lo hacen el italiano y el español; esto es, distinguen entre este acto procesal y renuncia del derecho sustancial que se pretende hacer valer en el juicio [20]. El desistimiento se limita a los actos del juicio, no impide la formulación de la misma pretensión en una nueva demanda y debe ser aceptado por el demandado cuando se formule después de su notificación. ALSINA [21] lo define como «el acto por el cual el actor manifiesta su propósito de no continuar el proceso», y por esto no afecta el derecho material pretendido. En cambio, la renuncia a este no requiere la conformidad de la otra parte, porque con ella se produce la cosa juzgada a favor del demandado, como advierte SENTÍS MELENDO [22]. Observamos, al margen, que la redacción del artículo 55 de la nueva ley argentina, que comenta este autor, es muy defectuosa, pues se refiere al «desistimiento por el actor del derecho en que funda la acción», cuando en realidad se trata de renunciar al derecho pretendido; la acción no se fundamenta en el derecho, pues si así fuera no existiría cuando el demandado carece de este (cfr. núm. 86).

Para SENTÍS MELENDO [23], el fundamento de la bilateralidad del desistimiento está «en la relación procesal y, de una manera especial, en la vinculación del actor al proceso», la que a su vez se debe a los efectos que la formulación de la demanda produce, ya que al ser aceptada por el juez «adquiere *derechos*, pero también contrae *deberes*, y es sujeto de expectativas y de cargas», y al interés del demandado en la sentencia por la difamación que le causa la demanda, porque «no puede quedar a merced del actor, convertirse en un juguete procesal de él» para presentar la demanda, retirarla y volverla a presentar cuando le plazca. Este brillante procesalista acoge en general la tesis de FAIRÉN GUILLÉN y precisa admirablemente en esas pocas frases la razón que justifica la bilateralidad del desistimiento en primera instancia, cuando no implica renuncia al derecho pretendido ni cosa juzgada.

E) *Nuestro concepto*

Creemos que con lo expuesto es suficiente para tener una visión general de lo que ha sido en la doctrina y en las legislaciones foráneas este instituto del desistimiento, lo mismo que para entender perfectamente que la doctrina de su bilateralidad es inseparable de su reglamentación como simple renuncia al determinado proceso en curso, sin afectar el derecho pretendido ni la posibilidad de formular nueva demanda en juicio separado por la misma vía, para los mismos fines y contra el mismo demandado. De ahí que en la doctrina y la legislación italianas se le denomine, precisamente, *renuncia a los actos del juicio*.

Igualmente se deduce de lo expuesto que cuando la Ley le otorgue al de-

[20] SENTÍS MELENDO: *El proceso civil*, Buenos Aires, 1957, p. 309-35.
[21] ALSINA: *Tratado*, t. II, p. 722.
[22] SENTÍS MELENDO, ob. cit., p. 335.
[23] SENTÍS MELENDO, ob. cit., p. 319-22.

sistimiento del demandante en primera instancia el sentido de una renuncia al derecho material pretendido y efectos de cosa juzgada adversa al mismo y favorable al demandado, o de renuncia a reclamar ese derecho en nuevo juicio por la misma vía, desaparece la razón de su bilateralidad, puesto que el interés del segundo encuentra así la satisfacción que dentro del proceso podía obtener con una sentencia favorable, y le queda todavía libre el camino para reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos, además del pago de las costas del juicio que se deben imponer al desistente al aceptarse su desistimiento. Esto es lo que sucede en nuestro sistema legal (C. J., arts. 461 y 462).

Pero nos atrevemos a formular una crítica general a los conceptos examinados sobre el fundamento de la bilateralidad del desistimiento, en el primer sistema. Para nosotros, así como el interés particular del actor es el fundamento secundario y mediato de la acción [cfr. núm. 86, C)], así también el del demandado debe ser secundario y mediato respecto a la vinculación del primero al proceso y, por tanto, para la exigencia de la bilateralidad del desistimiento del juicio. La razón principal consiste en el derecho de jurisdicción del Estado (cfr. núms. 20-21), que impone la consiguiente obligación de sometimiento al proceso iniciado y a la sentencia que en él se dicte, no solo al demandado, sino, de igual manera, al actor, y en el derecho de contradicción del primero, que le corresponde, sea que se le cause o no una difamación. Esta última circunstancia origina el interés particular del demandado en la sentencia, pero su tutela es apenas la razón secundaria de aquella vinculación y de su derecho de oponerse a un desistimiento que impide la sentencia, sin tener el valor de cosa juzgada a su favor o por lo menos sin excluir la formulación de nueva demanda por la misma vía, porque la razón principal consiste en su derecho de contradicción que tiene por objeto la sentencia y que significa el derecho a que esta se pronuncie mediante ese proceso. De ahí que la relación de jurisdicción sea doble: relación de acción, demandante-Estado, y de contradicción, demandado-Estado. El derecho a la sentencia no corresponde solo al primero, sino a ambos, y por esto debe ser renunciado bilateralmente para que surta efectos, cuando la renuncia del actor no produce los efectos de sentencia favorable al demandado.

De los conceptos examinados, es el de CHIOVENDA el que nos parece más completo y técnico.

Naturalmente, cuando la Ley le otorgue al desistimiento del juicio o de la demanda los efectos de una renuncia al derecho material pretendido, con valor de cosa juzgada, o de impedir un nuevo juicio por la misma vía o trámite, oponible como excepción previa o para la sentencia de fondo, como sucede entre nosotros (cfr. núm. 244), la relación de jurisdicción se cumple y el derecho de contradicción del demandado se satisface, puesto que se considera como si hubiese existido sentencia favorable a este, aun cuando no tenga valor de cosa juzgada. Por tal razón no es necesario que sea bilateral. Los derechos de acción y de contradicción fueron estudiados ampliamente en los números 86 y 102-104, respectivamente.

De lo expuesto últimamente se deduce, en estricta lógica, que es en el momento de la aceptación de la demanda cuando el demandante se vincula al proceso; sin embargo, como no existe juicio antes de la notificación, creemos que no hay verdadero desistimiento cuando se retira la demanda antes que esto ocurra. En los sistemas legales que consagran su bilateralidad, se hace precisamente una excepción para cuando se presenta antes de esa notificación, lo

que significa que no se le considera como un verdadero desistimiento, y en el sistema de nuestro Código Judicial es posible retirar la demanda antes de la notificación al demandado, sin que se surtan los efectos propios del desistimiento, es decir, sin que esto impida presentarla de nuevo por la misma vía o procedimiento ordinario o especial.

F) *Sistema legal colombiano*

En el sistema de nuestro Código se invierte la regla general consagrada en las legislaciones que examinamos: aquí, el desistimiento del juicio es, por lo general, unilateral, pero implica la renuncia a perseguir el derecho material pretendido por la misma vía procesal y produce efectos de sentencia adversa al desistente; mas esto no significa que no pueda haber simple desistimiento del juicio, con derecho a iniciarlo nuevamente, aun por la misma vía, tal como en aquellas legislaciones se regula, sino que para esto es indispensable el consentimiento o la aceptación del demandado, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 462 del Código Judicial. Igualmente, el desistimiento común es en nuestro Código incondicional y total, pero con el mismo requisito del consentimiento o la aceptación del demandado puede sometérsele a condiciones, para que se surtan ciertos efectos materiales e inclusive para que no produzca efectos procesales mientras el demandado no cumpla determinadas obligaciones. Es decir, puede someterse el desistimiento a la condición suspensiva de que previamente se verifique un pago o se ejecuten ciertos actos, cumplido lo cual y llevada la prueba al juicio, el juez lo declara surtido, y entonces lleva aparejada una transacción.

Creemos que en los sistemas que consagran la bilateralidad como regla general no existe tampoco obstáculo jurídico para someter el desistimiento a condiciones, por acuerdo entre las partes, como lo admite CARNELUTTI [24].

Pero en ninguno de los dos sistemas es posible, ni siquiera por acuerdo entre las partes, someter el desistimiento a condición resolutoria, es decir, pedirle al juez que lo declare, pero que, si posteriormente se cumple cierta circunstancia o no se verifica determinado hecho, se extingan sus efectos y se reanude el juicio. Una vez declarado, el juicio termina y no es posible revivirlo sino en el caso especial de que haya sido consecuencia de una transacción, y esta sea anulada por sentencia en juicio posterior, que así lo ordene, como ya ha quedado explicado. En cambio, puede pedirse la suspensión del juicio por cierto lapso de tiempo, condicionada a que se reanude antes si el demandado no cumple ciertas obligaciones o se tengan por desistida la demanda y el juicio, una vez se cumplan esas obligaciones.

Nuestro Código no separa adecuadamente el desistimiento del juicio o de la demanda y la renuncia al derecho material, pues en el artículo 462 consagra la regla general de que el desistimiento de la demanda impide que se vuelva a plantear la pretensión en nueva demanda por la misma vía o procedimiento ordinario o especial (efectos de sentencia adversa) y comprende la renuncia al derecho material con valor absoluto de cosa juzgada, sin que sea posible volverlo a reclamar en ninguna clase de juicios, cuando el litigio no puede ser tramitado por otro procedimiento; es decir, nuestro Código mezcla en el desistimiento la renuncia a los actos del juicio o a este y a la renuncia relativa o

[24] CARNELUTTI: *Sistema*, t. IV, núm. 761, p. 569.

absoluta al derecho pretendido: la primera, cuando produce efectos de cosa juzgada, y la segunda, si solo impide nuevo juicio por la misma vía. Sin embargo, consideramos que debe mantenerse este sistema, porque se satisface mejor la finalidad propia del proceso iniciado, la economía procesal, la vinculación del demandante al juicio y el interés del demandado. Puede decirse que *se consagra la regla general de que no es lícito desistir del juicio con derecho a reiniciarlo, salvo consentimiento del demandado,* lo que nos parece conveniente. Naturalmente, el demandante puede desistir con efectos de cosa juzgada también cuando con un desistimiento simple podía disponer de otra vía o procedimiento, si así lo desea y lo expresa.

Los artículos 461 y 462 del Código Judicial contemplan las dos clases de desistimiento: el unilateral y el bilateral o conjunto. El último es necesario cuando se trate de *desistimiento parcial* de la demanda y cuando se desea que no haya condena en costas o que se modifiquen los efectos normales que la Ley señala para el definitivo y total, o se condiciona de alguna manera. En los demás casos, es unilateral. Pero cuando haya existido reconvención y se quiera desistir totalmente del juicio, el desistimiento de la demanda principal no afecta la reconvencional, y viceversa. Un caso especial se presenta cuando el demandado adquiere un derecho procesal a que se declare lo pedido en la demanda, como sucede en los juicios divisorios y de deslinde, cuando aquel acepta o consiente la demanda expresa o tácitamente y ejercita su propio derecho a que se haga la división o se delimite su predio, pues entonces la aceptación de la demanda tiene cierto valor reconvencional; en estos casos aun el desistimiento total e incondicional debe ser bilateral.

Cuando la pretensión no puede ser planteada por un procedimiento distinto, el desistimiento del juicio o demanda produce en la práctica efectos absolutos de cosa juzgada, aun cuando no se diga ni se renuncie al derecho. Por otra parte, los casos en que pueda plantearse de nuevo por procedimiento distinto la pretensión rechazada en sentencia de fondo o sobre la cual recae el desistimiento se limitan por la Ley a algunos procesos especiales. En los demás juicios contenciosos, la sentencia de fondo produce el efecto de cosa juzgada y, por consiguiente, también el desistimiento total de la demanda. Puede decirse, en consecuencia, que esta es la regla general.

Es decir, en los juicios ordinarios y en la mayoría de los especiales, el simple desistimiento del juicio o la demanda conlleva una verdadera renuncia al derecho, ante la imposibilidad de reclamarlo por un procedimiento distinto o por el mismo, y entonces se asimila a la cosa juzgada absoluta, puesto que, al tenor del artículo 462 del Código Judicial, el desistimiento tiene el mismo valor que tendría la sentencia de fondo adversa al demandante en ese proceso y, por tanto, el de cosa juzgada cuando la Ley no autoriza un nuevo juicio por vía distinta. Consideramos nuestro sistema más lógico y mejor que el europeo y el argentino.

297. Desistimiento y 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 y antes de usarse de él.

Por ejemplo: se desiste de un recurso que se ha interpuesto; se renuncia al término en señal de que no se desea usar el recurso, y se renuncia al derecho a designar perito, partidor o secuestre para no nombrarlo. Se renuncia al derecho de recurrir después de dictada la providencia y antes de haberse recurrido, lo que equivale a consentirla.

La renuncia puede hacerse antes de usar del derecho; el desistimiento, solo después. Es frecuente que, una vez usado el derecho, no pueda desistirse de lo actuado en ese particular. Así, si se designa un perito o secuestre y se posesiona, ya no cabe renunciar al derecho de hacerlo ni desistir del nombramiento.

Pero debe aclararse que después de iniciado el juicio es necesario el desistimiento, aun cuando en el fondo todo desistimiento implica una renuncia. La distinción es necesaria para definir la naturaleza de estos actos; la renuncia es el género, y el desistimiento, la especie, como vimos en el número 296.

Una transacción prejudicial equivale, por tanto, a la renuncia de la acción para iniciar determinado juicio, lo mismo que un compromiso arbitral antes del juicio, pero esa renuncia a ejercitar el derecho de acción no impide que se formule una demanda posterior y surtirá todos sus efectos si el demandado no propone la excepción dilatoria (cfr. núms. 100-101) o si el juicio no permite alegarla para previa sustanciación. La acción como derecho abstracto no es renunciable. Al respecto, nos remitimos al estudio hecho en el número 100.

Igualmente, como vimos en el último párrafo del punto *c*) del número anterior, se desiste del juicio mientras no se pronuncie la sentencia definitiva sujeta a recursos; después, solo procede, si las partes desean separarse de ella, la renuncia a los derechos que otorga, siempre que sean renunciables, pero sin que esto sea un acto del proceso ni le corresponda al juez considerarlo, y menos modificar la sentencia, ya inmodificable (cfr. núm. 274).

La renuncia debe ser expresa y reunir los requisitos de forma exigidos en la ley procesal. Por ejemplo, ninguna eficacia procesal puede tener la manifestación verbal que haga una parte de su deseo de renunciar a su derecho a designar perito o secuestre, o de desistir de un recurso o del juicio, si se trata de un procedimiento escrito, ni que haga en carta o escrito dirigido a otra persona o autoridad; ningún valor puede tener esa manifestación mientras no sea formulada al juez que conoce del juicio o recurso, por escrito, en papel competente, presentado personalmente, o en forma verbal para que conste en el acto de la notificación de la providencia que otorga el traslado para tal efecto u ordena la designación, o en el curso de una diligencia o en la audiencia de un juicio oral.

298. La renuncia de derechos procesales antes del juicio. Caso del nombramiento del secuestre y del perito

Es frecuente decir en los documentos de crédito que el deudor renuncia al derecho de designar secuestre o depositario de los bienes que se embarguen y perito para avalúos, en favor del acreedor demandante, en caso de cobro judicial. ¿Es válida esa renuncia? El punto ha sido muy controvertido.

Evidentemente, solo en el curso del proceso pueden renunciarse los dere-

chos procesales. Pero el problema radica en definir si el derecho a hacer esas designaciones es puramente procesal.

Tenemos el caso del secuestre o depositario.

Se ha dicho que como al juez le corresponde designar el secuestre cuando no lo hace el demandado, no es delegable por esto tal derecho y la renuncia a favor del acreedor no puede producir más efectos que el de deferir al juez el nombramiento. No estamos de acuerdo con esta doctrina, porque la designación hecha por el acreedor ejecutante o demandante en virtud de la cesión tiene el mismo valor que si la hiciera el demandado o ejecutado, y en tal caso no le corresponde al juez. En otras ocasiones se ha sostenido esa tesis con el argumento de que se trata de un derecho procesal que no puede renunciarse antes que exista, es decir, antes del juicio en que debe ejercitarse. Tampoco nos convence el argumento, porque se trata de un derecho que forma parte de las garantías para el aseguramiento del pago, como la prenda y la hipoteca, que está vinculado al derecho material que se cobra, y, por tanto, no es de carácter simplemente procesal, y bien puede considerársele existente desde el momento en que se celebra el contrato, aun cuando deba ejercitarse cuando el juicio se inicie. Por tanto, es válida su renuncia y cesión antes del juicio.

El caso del perito es diferente, porque tal designación, por cada una de las partes, se relaciona con el principio de la igualdad de las partes en el proceso y con el más fundamental que prohíbe hacerse justicia por mano propia.

Si fuera cesible a favor de la otra parte el derecho a designar el perito que por ley corresponde a cada una, quedarían contrariados esos dos principios y en manos de la favorecida el obtener el avalúo o peritazgo que quisiera, por el fácil sistema de designar dos personas incondicionales suyas. El sistema ideal es la designación por el juez de los peritos, en todos los casos; pero en el sistema que le da a las partes ese derecho, tales renuncias deben considerarse nulas, ya que se trata de un simple derecho procesal que solo durante el juicio y en su oportunidad puede renunciarse, y esto únicamente para que el juez haga el nombramiento. La misma conclusión debe aplicarse para los derechos similares.

299. La caducidad

La caducidad del juicio tiene lugar cuando el demandante abandona el juicio en la primera instancia, sin hacer gestión alguna por escrito durante el tiempo que la Ley procesal señala, siempre que haya debido instar el curso del juicio.

La caducidad 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.

La caducidad pone siempre término al proceso, pero su eficacia varía. Así, en nuestro sistema, cuando opera por primera vez, el juicio concluye, pero no extingue el derecho, sino que suspende su ejercicio, razón por la cual el demandante no puede promover nuevo juicio 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 caducidad entre las mismas partes, no solo se declara extinguida la instancia, sino «la acción» (mejor di-

cho, el derecho material), y, por tanto, no se puede iniciar un nuevo juicio por el mismo objeto, por la misma causa y entre las mismas partes; es decir, los efectos del auto que declara la caducidad por segunda vez son de sentencia absolutoria definitiva o de cosa juzgada, y puede proponerse como tal en forma de excepción previa o perentoria. En realidad, la acción se extingue en ambos casos si se toma el término en sentido estrictamente procesal, porque el juicio concluye; lo que queda pendiente en el primero es la pretensión, o sea el posible derecho para hacerlo valer en nuevo juicio. En el número 100 estudiamos esta materia.

Cuando el apelante en la segunda instancia abandona el juicio durante un año, el juez, a petición del opositor, declara ejecutoriada la providencia materia del recurso, y, por tanto, el abandono equivale al desistimiento tácito del mismo (C. J., art. 365).

Cualquier memorial interrumpe el término del abandono y excluye la caducidad, siempre que signifique una petición al juez relacionada con el trámite del juicio, para que pueda considerarse como una *gestión* del mismo. No es suficiente una solicitud de copias o desgloses o algo por el estilo.

Solo ocurre la caducidad 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 de resolución, ni cuando haya salido a la secretaría para que esta rinda un informe o ejecute otro acto cualquiera por orden del funcionario.

En cambio, cuando la parte demandante o apelante retira el expediente para alegar y lo demora en su poder, debe aplicarse la sanción si lo pide la otra parte, porque entonces queda paralizado el juicio por falta de actividad de aquella.

La caducidad no tiene aplicación en los juicios voluntarios, porque se trata de una sanción al litigante moroso en beneficio de la contraparte, circunstancias que no existen en aquellos.

Para la suspensión de la caducidad no hace falta que el memorial provenga precisamente del demandante o apelante, ya que si lo presentó la otra parte y dio lugar a una providencia o el negocio entra al despacho por tal razón, deja de ser necesaria otra gestión para su trámite, y si el secretario lo mantiene sin darle curso a tal memorial, estaremos en presencia de un incumplimiento de los deberes de este, que no puede afectar a las partes.

300. Terminación del juicio por pago completo

En los juicios ejecutivos, de venta, de quiebra y similares, si el deudor paga totalmente su deuda, el juicio debe terminar; 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 el demandante las satisface completamente; lo segundo, porque el desistimiento es propiamente la renuncia al pleito, y cuando el pago ocurre lo que existe es una sustracción de materia, y en vez del abandono del derecho se presenta su satisfacción.

CAPITULO XXVIII

RECURSOS CONTRA LAS PROVIDENCIAS DEL JUEZ

301. NULIDAD Y REVOCABILIDAD

La revocabilidad es un remedio jurídico contra la *injusticia* de la resolución del juez, al paso que la nulidad lo es contra su *invalidez*. La primera tiende a que se reforme o revoque lo resuelto, por no estar conforme a derecho, pero sin negarle validez a la actuación, y de este modo, sin desconocer sus efectos, se pretende variarlos; la segunda, por el contrario, tiende a que se rehaga lo hecho y se desconozcan los efectos de las providencias dictadas y de la actuación en general, como consecuencia natural de su invalidez (cfr. núm. 314).

De ahí que el notable procesalista brasileño PONTES DE MIRANDA [1], considere que el recurso tiene por fundamento la afirmación de que la providencia del juez es injusta o infringe las normas procesales.

Como regla general se recurre a la revocación total o parcial de los actos del juez para corregir sus errores y defectos, y solo como excepción a la medida drástica de la nulidad (cfr. núms. 313-314).

La revocación procede no solo cuando el juez aplica indebidamente la Ley o deja de aplicarla, sino también cuando se dejan de cumplir las formalidades procesales, siempre que se recurra en tiempo, porque después solo queda el camino de pedir la nulidad para subsanarlas, si existe causal de las señaladas en la Ley. Pero la revocación, como la nulidad, está sujeta a preclusión [cfr. número 19, F)]. La impugnación debe hacerse oportunamente, hasta cierto momento, llegado el cual la decisión adquiere firmeza, pues de lo contrario sería imposible concluir un juicio y se pecaría contra la certeza jurídica.

Toda decisión debe estar sujeta a impugnación, porque la ausencia absoluta de remedio jurídico para una decisión del juez es contraria a la justicia y al Derecho (cfr. núms. 191 y 319). La clase de remedio varía según la naturaleza de la resolución y del vicio. En primer lugar, se distinguen la nulidad y la revocación; en segundo término, hay varias clases de revocación, según las diversas providencias (entre nosotros, autos de sustanciación e interlocutorios y sentencias; sentencias de primero o segundo grado, de juez o tribunal, de cierta cuantía o de estado civil); existen, por último, recursos ordinarios y extraordinarios.

---

[1] PONTES DE MIRANDA: *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., t. XI, p. 3.

302. Conveniencia de distinguir los vicios y los errores de los actos procesales del juez. Noción de recurso y de impugnación

Por recurso se entiende la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias (cfr. núms. 172 y ss.), 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 e in procedendo)* que en ella se hayan cometido, es decir, de que rectifique sus conceptos. Pero si los vicios de procedimiento son de tal naturaleza que la Ley los eleva a causal de nulidad, su saneamiento no se obtiene con la interposición de recursos, sino solicitando que se declare la nulidad de la actuación cumplida, desde el acto viciado en adelante (cfr. cap. XXIX); a menos que afecten únicamente el acto sujeto a recursos, porque entonces puede conseguirse con estos su revocación y de esta manera ser innecesaria su anulación.

El concepto de impugnación es genérico y comprende todo medio de ataque a un acto procesal o a un conjunto de ellos, inclusive a todo un proceso, sea en el curso del mismo o por otro posterior; el concepto de recurso es específico y comprende una clase especial de impugnaciones contra los errores del juez en un acto determinado, y tiene aplicación solo dentro del mismo proceso. Por consiguiente, las llamadas revisiones de la sentencia ejecutoriada mediante un nuevo proceso no son recursos.

En la noción de *defectos* de los actos procesales se comprenden los que causan revocación y los que producen nulidad. Pero, para mejor entendimiento de estas cuestiones, sería conveniente hablar de *vicios* de los actos del juez para indicar los motivos de nulidad o anulabilidad que la Ley procesal consagra, y de errores del juez para referirse a los que apenas dan derecho a pedir su revocacabilidad mediante recursos. Desgraciadamente, los autores, por lo general, hablan de vicios para referirse indistintamente a cualquier defecto del acto procesal.

La *rectificación* del acto procesal es el resultado del recurso que prospera; la *invalidación*, lo es de su nulidad.

Todo recurso debe ser interpuesto oportunamente [cfr. núm. 19, letra F)], para que surta sus efectos, pues una vez concluido ese término, la petición carece de efecto procesal, es ineficaz. Nos parece inadecuado hablar entonces de acto procesal nulo, porque la nulidad procesal se refiere a los actos de juez; por esta razón, el acto inoportuno de la parte, lo mismo que el que no reúne los requisitos de forma exigidos por la Ley, es inoperante e ineficaz, pero no inválido. No se pide por eso la nulidad de la demanda, o del recurso, o de la petición de pruebas, etc., sino su desestimación, su rechazo, su desconocimiento por el juez. Solo las nulidades sustanciales de los actos extraprocesales de las partes son materia de declaraciones en el proceso, pero mediante solicitud formulada en la demanda o como excepción y decisión de la sentencia, como la nulidad de un contrato, un pago, un testamento o un reconocimiento de hijo.

El efecto inicial del recurso interpuesto oportunamente y en debida forma es el de impedir la vigencia del acto del juez, a menos que la Ley autorice a 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.

303. El derecho de recurrir

Puede hablarse de un derecho de recurrir como uno de los varios que surgen de la relación jurídico-procesal (cfr. núms. 70-71), y cuya naturaleza es estrictamente procesal. Se relaciona con el derecho de acción y contradicción en cuanto aquel contribuye a la efectividad de este al llevar el proceso a través de la segunda instancia y de la casación cuando es pertinente, agotando los varios grados de jurisdicción, como suele decirse con poca propiedad, es decir, los varios grados de la competencia funcional (núms. 48, 86, 103). Sin embargo, esto no significa, como algún autor considera, que el recurso sea un medio «de continuar el ejercicio de la acción»[2], porque la acción se ejercita en la demanda a cabalidad, y el proceso, con toda su secuela, es un efecto de aquella. Puede decirse más bien que *con el recurso se prolongan los efectos de la acción,* cuando se trate de apelación contra la sentencia de primera instancia o de casación contra la de segunda o del extraordinario de revisión en el mismo proceso (cfr núms. 267 y 309-311). Por eso es un medio de impugnación de las resoluciones judiciales y un derecho subjetivo del litigante, como lo observa muy bien el autor citado[3]. De ahí que, por regla general, no se produce la segunda instancia ni la casación y tampoco la intervención del juez *ad quem* para la revisión de providencias distintas de las sentencias, sin la interposición de un recurso por la parte perjudicada con esa resolución.

Se trata de un *derecho subjetivo* de quienes intervienen en el proceso a cualquier título, como partes iniciales o intervinientes, sean principales o secundarios, permanentes o incidentales y transitorios, derecho que es ejercitado mediante un acto jurídico-procesal. Su objeto es el obtener la revisión de las providencias judiciales, para que se corrijan los errores que en ellas se hayan cometido y que perjudican al recurrente, dentro de los límites que la Ley fija según la clase de recurso, según la persona que lo interpone y el juez que lo resuelve. Por eso, Goldschmidt dice que el fundamento del recurso está en la existencia de un gravamen que la resolución causa al litigante[4].

Y es un *derecho abstracto,* similar al de acción, como observa Luis Loreto[5], de naturaleza procesal, porque no garantiza el pronunciamiento de una sentencia o auto favorable al recurrente, sino la revisión por el superior para una nueva sentencia o providencia de otra clase, según el caso.

Los errores de las partes e intervinientes solo indirectamente dan lugar a recursos, en cuanto pueden conducir al juez a cometerlos también; pueden motivar las oposiciones, objeciones, rechazos o refutaciones de la contraparte y conducir a la pérdida del juicio o de ciertas oportunidades procesales de influencia mayor o menor en la suerte de sus pretensiones o excepciones; e

---

[2] Manuel Ibáñez Frocham: *Tratado de los recursos en el proceso civil,* p. 41.
[3] Ibáñez Frocham, ob. cit., p. 48 y 49.
[4] Goldschmidt: *Derecho procesal civil,* Barcelona, 1936, p. 399.
[5] Loreto: "La adhesión a la apelación", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* diciembre 1958, núms. 31 y 32, p. 126.

igualmente pueden ser corregidos por la parte o el tercero que los comete, mientras estén en oportunidad procesal para hacerlo.

No existe una obligación o un deber de recurrir. Mas la ausencia del recurso oportuno puede conducir a la formación de una cosa juzgada errada, pero inmodificable, o a la pérdida de una oportunidad procesal para hacer valer un derecho o probarlo, o a algún perjuicio de otro orden. Por esto puede hablarse de una *carga procesal de recurrir*, similar a la de probar y a la de oponerse a la demanda cuando la Ley lo exige como condición para que el juez no acceda de plano a las pretensiones del demandante, como sucede en nuestros juicios de lanzamiento y posesorios (cfr. núm. 5).

Precisamente, la gran utilidad y los beneficios que la parte obtiene del ejercicio de los recursos ponen de presente su clara naturaleza de derecho subjetivo, y de ahí que COUTURE los considera como el instrumento para resolver el conflicto entre el individuo y el poder, entre libertad y autoridad, y opina que la historia de recurso de apelación es inseparable de la historia de la libertad [6].

El recurso es un acto procesal exclusivo de los litigantes (partes e intervinientes), como el proveimiento lo es del juez; no se concibe a aquellos proveyendo ni a este interponiendo recursos. Cuando la Ley impone la consulta forzosa y oficiosa ante el superior (C. J., art. 508), el juez no está recurriendo, sino dándole aplicación a un trámite procesal preestablecido y obligatorio.

El recurso es un acto del proceso, y con ello se descarta la pertinencia de hablar de recurso cuando se trate de iniciar un nuevo proceso, como cuando se pide la nulidad o la revisión de una sentencia en juicio posterior (cfr. números 267 y 319). E igualmente resulta inapropiado hablar de «juicio de apelación» y de «juicio de casación», como suele hacerse en Italia, porque se trata de simples etapas dentro de un mismo juicio o de instancias de un solo proceso.

304. QUIÉN PUEDE RECURRIR. INTERÉS PARA RECURRIR

En principio, todas las personas que figuran en el proceso como partes principales o secundarias, iniciales o intervinientes, permanentes o transitorias (cfr. caps. XVII y XVIII), 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 solo pueden recurrir quienes reciben con ella un perjuicio, material o moral.

Es necesario distinguir el derecho abstracto de recurrir y el derecho concreto de hacerlo respecto de cada providencia. Puede aceptarse como regla general que sin interés no hay recurso válido. No se trata del interés general para obrar como demandante o demandado o intervenir en el juicio, que estudiamos en el capítulo XIII; tampoco del requisito sustancial de la legitimación en la causa indispensable para obtener una sentencia de fondo, que vimos en el capítulo XIV. De ahí que una persona puede ser parte en el juicio y carecer de interés para recurrir de determinada providencia, porque ningún

[6] COUTURE: Prólogo al libro de AGUSTÍN COSTA *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires, 1950, p. 19.

perjuicio recibe con ella, como sucede respecto de la parte cuyas peticiones u oposiciones fueron acogidas totalmente o cuando se rechaza alguna petición de una de las partes respecto de las demás ajenas a ella[7]. Así, del auto que niega un desglose o una copia, o la aprobación de una fianza, o el valor de una consignación, etc., solo puede recurrir la parte que hizo tal solicitud o ejecutó tal acto, y del auto que accede a esas peticiones o a otra cualquiera, solo puede recurrir la parte contraria cuando de alguna manera puede perjudicarse. *Donde no hay gravamen no hay interés para recurrir ni derecho a hacerlo.*

Por consiguiente, para recurrir se necesita de una especial legitimación, que no es tampoco la ordinaria *ad processum,* que comprende solo la capacidad general para obrar personalmente en juicio (cfr. núm. 216). Por eso hemos hablado [cfr. núm. 134, letra L)] de una *especial legitimación en la causa,* distinta de la general para obrar o intervenir, en el sentido de que no toda persona que tenga legitimación para pedir sentencia de fondo o intervenir con el mismo fin y capacidad para actuar en un juicio, puede ejecutar toda clase de actos procesales en él, sea por sí misma o mediante representante o apoderado, pues los hay que exigen un especial interés o una situación procesal determinada.

Ese perjuicio puede ser material o moral, así como puede serlo el interés para obrar en juicio, pero concreto y actual respecto del asunto materia de la providencia. No es suficiente un interés teórico en la recta aplicación de la Ley, y por eso no puede recurrir la parte contraria a la que recibió el rechazo de una petición de su solo interés, so pretexto de que el juez viola la Ley al negarla, ni quien obtuvo la totalidad de lo pedido, porque no se adujo correctamente el fundamento legal para acceder a sus pretensiones o solo aceptó o se tuvo en cuenta uno o varios de los invocados. Cosa distinta es que si la parte contraria recurre, en el último ejemplo, la favorecida con la providencia no puede pedir ante el mismo juez (si se trata de reposición) o ante el superior (si de apelación o casación), que en caso de considerar equivocado el fundamento que se tuvo en cuenta considere los demás, y el funcionario está en el deber de hacerlo. Lo mismo sucede cuando se otorgan las peticiones principales del demandante y recurre el demandado, respecto de las subsidiarias que el juez debe considerar de oficio en caso de revocar aquellas, sea en apelación o al fallar en instancia cuando prospera el recurso de casación.

Al tratar de la intervención principal litisconsorcial y del coadyuvante, vimos la situación de estos diferentes terceros respecto al derecho de recurrir (cfr. núms. 183 y 192-196). También estudiamos allí la posición del interventor incidental (cfr. núms. 194-195).

305. Oportunidad y preclusión a recurrir

La marcha ordenada del proceso hace indispensable que por la 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 [cfr. núm. 19, letra F)].

---

[7] Loreto: *La adhesión a la apelación,* ob. cit., p. 127.

Se trata de términos procesales, aun cuando algunos puedan correr después de la ejecutoria de la sentencia y de la finalización del juicio, como sucede con el recurso extraordinario de revisión (cfr. núm. 267).

306. Otros requisitos para recurrir

Generalmente se exigen otros requisitos para la validez del recurso interpuesto, además de que sea formulado en tiempo, y así, nuestro código contempla el papel competente oficial, a menos que exista una exención expresa, el no estarse debiendo costas líquidas, el dar papel para el repartimiento cuando el superior es plural o múltiple, el fundamentarse oportuna y adecuadamente cuando se trate de casación y el pagar oportunamente los portes del correo cuando debe enviarse el expediente por este conducto.

307. Qué ley regula los recursos

Al estudiar la vigencia de la ley procesal en el tiempo (cfr. núm. 15), dijimos que en los procesos pendientes o en curso en el momento de producirse el cambio de la ley procesal los actos ya realizados y sus efectos quedan reglamentados por la ley anterior, pero la nueva se aplica a los actos que se ejecuten con posterioridad. Significa esto que se aplica la ley vigente en el momento de ejercitarse el derecho a recurrir, tanto respecto de su forma y demás requisitos como de sus efectos en cuanto a las facultades del juez y el alcance de su resolución, a menos, naturalmente, que la nueva ley disponga lo contrario. En este sentido regula la materia el artículo 1.228 de nuestro Código Judicial.

308. Naturaleza del acto de juez (sentencia o auto) sujeto a recursos

Se entiende que el acto del juez está sujeto a recursos cuando la Ley los consagra y no ha precluido la oportunidad de interponerlos o ya han sido interpuestos. Esos actos, sean providencias de sustanciación o interlocutorias, o sentencias, pueden ser revocados o reformados en virtud del recurso. ¿Cuál es entonces su naturaleza?

Es obvio que la situación de la providencia sin recursos o ejecutoriada por no haberse interpuesto o haber sido resueltos es muy diferente de la sujeta a recursos. Aquella es *firme*, aun cuando en ocasiones la Ley autoriza al juez para separarse de su resolución cuando vaya a decidir el litigio en su integridad, como sucede entre nosotros con los autos interlocutorios que no obligan al sentenciador (cfr. núms. 248-249), es decir, que obligan y deben cumplirse mientras por una nueva providencia válida no se disponga otra cosa; será definitiva cuando le ponga fin al proceso, como la sentencia ejecutoriada o el auto que acepta el desistimiento de la demanda o la transacción total.

Ya vimos las diferencias que existen entre sentencia definitiva o ejecutoriada y sentencia con valor de cosa juzgada (cfr. núms. 249 y 256).

Por regla general, la providencia judicial recurrida no puede cumplirse, pero la Ley permite un cumplimiento provisional y sujeto a los resultados del recurso, como ocurre en el sistema colombiano, cuando se otorga en el efecto devolutivo y cuando se trata de sentencia recurrida en casación y que no verse sobre el estado civil de las personas (cfr. núms. 249-250).

Es esta una materia tan discutida como la de la cosa juzgada. Se ha dicho que la sentencia recurrida es un acto jurídico sin valor o sujeto a condición suspensiva, pero entonces no se explicaría por qué es posible su cumplimiento provisional en los casos mencionados. También se ha sostenido que es un acto jurídico sujeto a condición resolutoria, pero esto significaría que normalmente debería producir todos sus efectos mientras la condición no se cumple, que sería su revocación o su reforma por el superior [8], lo que tampoco es cierto.

Para CHIOVENDA [9] «es más bien un elemento que, con el concurso de otro elemento (el término), llegará a ser la declaración de derecho; mediante la sentencia sujeta a tales gravámenes tenemos simplemente una *situación jurídica*». Es decir, para el maestro italiano no se trata de una verdadera sentencia, sin que esto sea impedimento para una ejecución provisional. Es un acto de autoridad de quien la dicta; «pero como este magistrado no puede tener, jurídicamente, una voluntad autónoma, sino solo la voluntad de formular lo que la Ley quiere, esta voluntad no puede tener ningún efecto mientras que es posible, como cosa normal, que el mismo juez u otro, mediante un acto posterior, la formule nuevamente».

ROCCO [10] critica a CHIOVENDA con mucho acierto y le observa que la sentencia tiene efectos desde el momento en que se pronuncia, por lo menos frente al juez que la dicta, ya que no puede reformarla ni dictar otra, y su ejecución provisional indica que puede surtir efectos independientemente de la apelación (o casación, agregamos nosotros). Observa que, «si de condición quiere hablarse, se tratará en todo caso, no de una condición resolutoria, sino de *una conditio iuris*, o sea de requisitos exigidos por el derecho objetivo», aunque esto no significa que se trata de una simple posibilidad de sentencia, como opina CHIOVENDA. Y agrega ROCCO: «No puede el carácter de la impugnabilidad elevarse a la dignidad de carácter esencial, determinante del concepto de sentencia. Tal concepto es más bien extraño a la noción de sentencia. Y, efectivamente, para que pueda atribuirse a un acto de los órganos jurisdiccionales el carácter de sentencia, se necesitan dos características imprescindibles: el carácter formal, en virtud del cual es sentencia todo acto de los órganos jurisdiccionales realizado según los requisitos formales establecidos por las normas del derecho procesal, y el carácter sustancial, en virtud del cual es sentencia todo acto de los órganos jurisdiccionales que declaran una relación jurídico-material o procesal incierta.» Si los dos requisitos se presentan, hay sentencia, cualquiera que sea el grado de la jurisdicción de que provenga, de primera o segunda instancia. Para ROCCO, la sentencia de primer grado «es un acto por sí mismo perfecto y subsiste como acto de declaración hasta que se revoque o modifique o se sustituya por una nueva sentencia (sentencia de segundo grado), o sea por otro acto de declaración del derecho». Está dotada desde su

[8] MORTARA y KOHLER, cit. de CHIOVENDA: *Principios*, t. II, p. 462, núm. 82.
[9] CHIOVENDA, ob. cit., p. 461 y ss.
[10] ROCCO: *Derecho procesal civil*, México, 1944, p. 175 y ss. No encontramos estudiada la materia en su *Trattato*.

nacimiento de autoridad propia, pero la Ley otorga a otro órgano jerárquicamente superior la facultad de conocer de nuevo de la cuestión juzgada por el inferior, los efectos de la dictada por este no alcanzan a vincular a aquel, y por esto puede revocarla y sustituirla por una nueva; pero si la confirma, aquella continúa existiendo y desplegando sus efectos jurídicos. La revocación es sustancialmente distinta de la condición resolutoria, porque esta tiene eficacia sobre los efectos jurídicos del acto, y aquella, sobre su existencia. La sentencia recurrida tiene efectos jurídicos propios, pero limitados y parciales; para que adquieran la plenitud de sus efectos normales se requiere su confirmación por el superior. Y termina diciendo: «La sentencia sometida a recurso es una sentencia sujeta a revocación por parte de los órganos jurisdiccionales, jerárquicamente superiores y competentes para conocer su segunda instancia» (o en casación, agregamos nosotros).

COUTURE [11] opina que, durante el término que se tiene para apelar, la sentencia «es un acto jurídico cuya *eficacia* depende de la actitud que asuma el litigante a quien el fallo perjudica», y que existe un estado de «suspensión de los efectos» (lo que es diferente de negar la existencia misma de la sentencia). Suspensión sujeta a plazo: el señalado por la Ley para recurrir, y a condición: la de que no se interponga el recurso. Habla en seguida el profesor uruguayo de acto pendiente de condición suspensiva, y agrega que, confirmando el fallo, «se produce una homologación de la sentencia de primera instancia por acto del superior. El fallo de primera instancia viene a quedar así como esos actos del derecho civil supeditados a confirmación». Es decir, «es una voluntad jurídica originaria que puede valer por sí sola si no se introduce el recurso de apelación; pero introducido el recurso, es una voluntad jurídica originaria sometida a confirmación por el superior. En consecuencia, solo la voluntad originaria a la que se suma la voluntad confirmatoria produce la cosa juzgada».

Como puede observarse, por este aspecto no hay diferencia sustancial entre las tesis de ROCCO y de COUTURE, pues donde aquel habla de sentencia sujeta a revocación, este se refiere a sentencia sujeta a confirmación, que son, en realidad, dos aspectos de la misma situación jurídica, más evidentes en los procedimientos hispanoamericanos, que ven en la segunda instancia una revisión del fallo de primera y no un nuevo proceso ni una revisión de toda la primera instancia con derecho a corregir los errores que las partes hayan tenido en esta, como observa atinadamente COUTURE [12]. Pero incurre el maestro uruguayo en la impropiedad de decir luego que «el fallo de primera instancia no queda completo hasta tanto no se ha cumplido la instancia de revisión abierta por el recurso» [13], sin advertir que se trata de que sus efectos no son completos y no de que no existe el acto procesal completo por sí mismo; error que lo lleva a la conclusión de que, «sin la confirmación, no es virtualmente sentencia», con lo que acoge, como él mismo lo advierte allí, la tesis de CHIOVENDA. Hay una evidente contradicción entre las primeras consideraciones que hace COUTURE y la conclusión a que llega al final.

IBÁÑEZ FROCHAM [14] sostiene la misma tesis que ROCCO, pues opina que «la sentencia del inferior, luego de revocada, es tan acto jurídico como la sen-

[11] COUTURE: *Estudios*, t. III, p. 372-74.
[12] COUTURE, ob. cit., p. 375.
[13] COUTURE, ibídem, p. 376.
[14] IBÁÑEZ FROCHAM, ob. cit., p. 111.

tencia del superior que la revoca. Hasta este momento, tal acto jurídico ha estado sujeto, ciertamente, a una condición. Tal condición no reside en la impugnabilidad misma, porque esta es etapa provisoria y superada; reside en el hecho de la revocatoria o confirmación». Y advierte, acertadamente, que ya se confirme o revoque, «hay una verdadera yuxtaposición en los grados de la jurisdicción, que definen una unidad jurídica inseparable.

Estamos de acuerdo con ROCCO y consideramos que 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). La diferencia con la sentencia definitiva no sujeta a recursos o cuando han sido resueltos estos o ha precluido el término para interponerlos, está solo en sus efectos, que son limitados en aquella y plenos en esta. Pero esto no puede significar que se trate de un acto jurídico de diferente naturaleza o imperfecto, y menos aún todavía en potencia o sujeto a condición suspensiva o resolutoria.

Pronunciada la segunda sentencia, la unidad jurídica de ambas es indiscutible, sea que esta reforme, aclare, confirme o revoque la primera. Se tratará entonces de dos etapas para la formación del acto jurídico-procesal que es la sentencia.

309. BREVE REFERENCIA A LOS DIVERSOS RECURSOS

A) *El recurso de reposición*

Existe el recurso de reposición o reconsideración ante el mismo juez que dicta la providencia, cuando no se trata de sentencia, para que la estudie de nuevo y la revoque, modifique, aclare o adicione.

B) *El recurso de apelación*

El recurso de apelación tiene por finalidad que el superior del funcionario de primera instancia revise la providencia interlocutoria o la sentencia dictada por este, para corregir los errores que contenga o confirmarla si la encuentra ajustada a derecho.

En algunos sistemas se le da a la apelación el sentido de una nueva demanda, que implica citación personal de la otra parte, pero en el nuestro es un trámite ordinario del juicio y un simple recurso, que busca «reparar a la vez la injusticia de la sentencia y los vicios de procedimiento» que afecten la misma providencia, sea que puedan acarrear la nulidad del proceso o que consistan en simples irregularidades (errores *in iudicando* y errores *in procedendo*)[15]. Por tanto, comprende lo que era el objeto del antiguo recurso de la *querella nullitatis*.

El recurso de apelación es el medio ordinario para hacer efectivo el principio de las dos instancias [cfr. núm. 19, letra M)], a fin de que exista una revisión de la sentencia y del juicio por un juez superior, ante quien puedan las

[15] LORETO: *Estudios*, cit., p. 119.

partes alegar contra los errores que el juez *a quo* haya podido cometer y reclamar contra la injusticia que en su concepto contenga su decisión.

Como dice PONTES DE MIRANDA [16], es el recurso-tipo en el sentido estricto de la palabra.

Al decidirse la apelación, el superior debe expresar de manera clara la resolución que adopta. Si confirma en su totalidad la providencia apelada, le basta manifestarlo así. Si la revoca totalmente, es necesario que indique cómo queda la resolución de los puntos que fueron materia de esta, porque debe sustituir lo resuelto por el juez *a quo*. Si se limita a modificarla parcialmente, debe expresar con claridad qué puntos confirma o deja vigentes y cuáles revoca, lo mismo que las decisiones que adopta en reemplazo de las últimas. Por ningún motivo puede limitarse a criticar la providencia del inferior y a disponer que este la reforme o adopte en una posterior las decisiones que le señala.

Para apelar se debe tener interés jurídico en obtener la reforma por el superior de la providencia, sea en su totalidad o en alguno de sus puntos, como lo expusimos en el número 304. Esa reforma debe referirse a la parte decisoria o resolutoria de la providencia y no a sus simples motivaciones.

De dos maneras puede ser otorgada la apelación: en el efecto suspensivo, es decir, debiéndose suspender la ejecución de la providencia mientras se resuelve por el superior; o en el devolutivo, o sea, sin que se detenga el curso del juicio ni el cumplimiento de ella, durante el trámite y la decisión del recurso. Pero en nuestro sistema el efecto devolutivo no significa (como sucede en otros sistemas) que sobre los puntos no apelados se forme la cosa juzgada, porque esta opera sobre toda la sentencia, como unidad, y tampoco que se suprima la *reformatio in pejus*.

Entre nosotros, por regla general, las apelaciones son en el efecto suspensivo y solo se otorgan en el devolutivo para las sentencias cuando la Ley así lo dispone, y para los autos en el mismo caso cuando así lo solicita el apelante (C. J., arts. 490 y 491). El efecto devolutivo permite al juez *a quo* conservar la competencia para continuar el trámite del juicio y hacer cumplir lo resuelto, pero existen algunas limitaciones.

Es norma consagrada generalmente en las legislaciones que la apelación se entiende solo en lo que la providencia sea desfavorable al recurrente. Por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, es decir, en la que no sea desfavorable al apelante, salvo que, en virtud de la reforma que se haga, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con las otras para que no resulten contradictorias o incompatibles (C. J., art. 494). Es lo que se conoce como *reformatio in pejus*, que estudiaremos mejor más adelante (cfr. núm. 310).

Son diferentes las facultades del superior en los casos de apelación de providencias interlocutorias o de sentencias.

En efecto, la apelación de la sentencia otorga al superior competencia sobre todo el juicio como fallador de instancia, y por esto aquel tiene la obligación de revisar el expediente en todos sus aspectos para dictar la sentencia que resuelva sobre el litigio, con la limitación indicada; en cambio, cuando se apela de una providencia interlocutoria, el superior no adquiere compe-

---

[16] PONTES DE MIRANDA: *Comentarios au Código de Processo Civil*, 2.ª ed., 1960, t. XI, p. 118.

tencia sino sobre el punto incidental o especial que fue materia del recurso, porque la instancia continúa ante el inferior, razón por la cual no puede ocuparse de los demás aspectos del juicio.

Cuando en la sentencia de primera instancia se ha dejado de resolver sobre algún punto de la demanda o alguna excepción del demandado, el superior debe corregir el error. Algunos opinan que en este caso debe devolverse el expediente al inferior para que dicte nueva sentencia completa; pero nosotros creemos que esto implica una pérdida innecesaria de tiempo y de trabajo y que debe dictarse sentencia de fondo, a menos que se haya dejado de resolver sobre la demanda de reconvención.

El principio de que cuando la apelación es en sentido devolutivo el juez de la causa continúa conociendo del juicio, y cuando es en el suspensivo pierde la competencia para hacerlo, no es absoluto.

Hay providencias que exigen la firmeza de ciertos autos que las preceden, como formalidades indispensables para su pronunciamiento y ejecución, que no pueden dictarse mientras estos estén en firme, porque se llegaría a una premisión de las formalidades esenciales del proceso (C. J., arts. 393 y 1.032).

Hay casos en que, a pesar de la apelación en el efecto suspensivo, el inferior conserva cierta competencia. El mismo artículo 501 consagra dos excepciones: 1) los casos especiales establecidos en el Código; 2) lo relativo a la seguridad o depósito de personas.

Entre los casos especiales está el de la custodia de los bienes embargados.

310. La «reformatio in pejus». Lo favorable en la apelación

Interesante es la figura procesal de la *reformatio in pejus*, conforme a la cual la competencia del superior que conoce del juicio por apelación de una providencia interlocutoria o de una sentencia está limitada, en cuanto al contenido de su decisión, a lo desfavorable al apelante; y, por tanto, no puede modificar lo resuelto por el inferior en cuanto aproveche o beneficie a este, sin incurrir en una usurpación de competencia y, por consiguiente, en causal de nulidad. Es la consagración del sistema de la *personalidad del recurso*, opuesto al de la comunidad del recurso y la adhesión a la apelación.

Es sabido que usurpa competencia no solo el inferior que procede contra lo resuelto en el juicio por el superior, sino este cuando usa de facultades privativas de aquel, razón por la cual se trata de acto nulo por falta de competencia, pues la apelación no se otorga para modificar ese aspecto de la providencia.

La *reformatio in pejus* no es cualquier enmienda, sino la que implique un perjuicio para el apelante, por aumentarle las obligaciones o disminuirle los derechos o hacerle más onerosa la situación procesal que en la providencia apelada se determinaron.

Sin embargo, cuando es preciso hacerle modificaciones a la providencia en puntos desfavorables al 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 siempre debe evitarse. Pero esta excepción tiene un alcance limitado: se trata de que al reformar lo dispuesto por el inferior en lo

desfavorable al apelante, no se mantengan puntos incompatibles con los contenidos en la resolución del superior.

Siempre que ambas partes apelen, el superior adquiere competencia para revisar y reformar la providencia en todos sus aspectos, ya que lo favorable a la una será desfavorable a la otra.

La *reformatio in pejus* es un rezago del antiguo concepto del proceso civil como una contienda privada y de interés particular, ante un juez que tenía el carácter de simple director del debate. Pero hoy aparece anacrónica, en vista de las nuevas concepciones del proceso, la acción y la jurisdicción, cuyos fines de interés público repudian esa limitación en las facultades revisoras del superior. Más modernos aparecen los institutos de la adhesión a la apelación y la comunidad de la apelación, a pesar de su origen antiquísimo.

Debe tenerse en cuenta que cuando existe litisconsorcio necesario, el recurso de uno favorece a los otros (cfr. núm. 184), por lo cual el superior que resuelve la apelación de aquel puede reformar la providencia no solo en cuanto le sea personalmente desfavorable, sino en lo que perjudique a todos los litisconsortes del apelante.

Nos parece importante consagrar unos párrafos a explicar lo que se entiende por los institutos de la *adhesión a la apelación* y de la *comunidad de la apelación*. Nos servimos para ello de la espléndida monografía del ilustre profesor venezolano LUIS LORETO, que lleva ese mismo título [17].

En el derecho romano anterior a la constitución *Ampliorem* de Justiniano, el juez de la apelación solo podía tener en cuenta los gravámenes denunciados por el apelante, y por esto, si la otra parte no apelaba a su vez, le era imposible obtener una reforma de la providencia en lo que le era desfavorable y, por tanto, en lo favorable al apelante. De ahí que tal sistema se denomine de la *personalidad del recurso*. Pero en la mencionada constitución se varió fundamentalmente el efecto del recurso y se dejó al juez en libertad de reformar el fallo apelado en lo favorable al apelante y, por ende, en su contra y en beneficio de la otra parte, cuando el juez lo considera necesario para conformarlo «a las leyes y a la justicia», aunque la parte no apelante no compareciera para solicitarlo, pues entonces se encomendaba al juez la defensa de sus intereses. Este sistema se conoce con el nombre de *comunidad de la apelación* y es un claro ejemplo de aplicación del principio, olvidado luego por mucho tiempo y que es patrimonio indiscutible del derecho procesal moderno, de que el fin del proceso es la realización de la justicia en interés público y no satisfacer el interés de las partes en litigio (cfr. núm. 56). Es este el origen remoto del instituto de la *adhesión a la apelación* [18]. La situación de las partes era igual, cualquiera que fuera el apelante y aun en ausencia de la otra.

Creemos que estas facultades del juez de la apelación se justifican por la naturaleza del recurso, ya que aquel conoce el juicio con absoluta soberanía y para una revisión total. De ahí que haya sido necesario recurrir a la ficción, por lo general contraria a la realidad, de que quien no apela consiente lo adverso de la decisión, para imponer entonces al juez superior la prohibición de reformarla en esa parte *(reformatio in pejus)*, lo que se nos antoja un rezago del criterio archivado que considera el proceso como contienda entre particu-

---

[17] LORETO: "La adhesión a la apelación", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, diciembre 1958.

[18] LORETO, ob. cit., p. 102-03.

lares y para un interés privado *(cuasicontrato de litis contestatio)*. Para estar de acuerdo con los actuales conceptos acerca del proceso, de la acción y la jurisdicción, se debiera regresar al sistema justinianeo, cuando no exista una expresa manifestación de consentir lo desfavorable de la providencia por la parte no apelante. La *adhesión a la apelación* es un sistema intermedio, que tiene la modalidad de exigir la intervención del no apelante ante el juez superior para reclamar la revisión de la providencia apelada en lo que le es desfavorable. Su origen data de las postrimerías de la Edad Media, para ser perfeccionada más tarde por obra de glosadores y canonistas. Se consideraba «la consecuencia lógica y necesaria del principio de la comunidad de la apelación», para «borrar entre los litigantes toda desigualdad» [19]. Sin embargo, se acepta que cuando el apelante delimitaba los puntos a que reducía su apelación, solo en ellos tenía lugar la comunidad de apelación, y los otros no podían ser revisados por el juez *ad quem*.

El instituto de la adhesión a la apelación tuvo acogida en las viejas leyes españolas (ley 5, título 23, part. 3). El célebre conde de la Cañada logró hacer prevalecer su concepto, que luego se extendió a la mayoría de los países hispanoamericanos, en el sentido de que aun en el caso de que el apelante hubiera limitado su recurso a determinados puntos, la adhesión de la otra parte le daba derecho a que le revisara el fallo en los demás, por lo cual la apelación devolvía la causa, *ab integro*. Esta consecuencia de la comunidad de apelación se conocía como *efecto devolutivo*, en un sentido diferente al que en nuestro Código se le asigna y que mira solo a uno de sus aspectos: la facultad del juez *a quo* de continuar el trámite del juicio e inclusive de ejecutar provisionalmente la providencia apelada, mientras el superior la revisa. En nuestro sistema, como hemos visto (cfr. núm. 309), el efecto devolutivo es la excepción y el suspensivo la regla general.

Como observa LORETO [20], fue en el derecho intermedio y como consecuencia del criterio privatista cuando, desgraciadamente, imperó por largo tiempo en juristas y legisladores, en donde vino a eliminarse este instituto, para dejar en manos de las partes la defensa de sus intereses, que se consideraba como el fin del proceso y de la acción (principio dispositivo riguroso; cfr. núm. 19). El derecho francés se orientó definitivamente en este nuevo sentido, y de allí esa orientación pasó a muchos códigos, entre ellos los nuestros, como principio de la prohibición de la *reformatio in pejus* (cfr. núm. 6).

La diferencia entre el sistema de la *comunidad de la apelación* y el de la *adhesión a la apelación* consiste en que en el primero el recurso interpuesto por cualquiera de las partes se entiende en beneficio común o de ambas, y el superior puede y debe de oficio revisar la providencia en todos sus aspectos y modificarla en lo que no se ajuste a la Ley, sin que importe en beneficio de cuál de las partes se haga; al contrario, en el último se necesita que la parte no apelante concurra a adherirse al recurso ante el superior, para que este pueda revisar y modificar, si es el caso, la parte del fallo que le sea desfavorable y, por tanto, que le sea favorable a la apelante.

LUIS LORETO [21] resume admirablemente las características y la naturaleza del último instituto, así: «El instituto de la adhesión a la apelación se resuelve en el poder procesal conferido al apelado de solicitar en la alzada la

[19] LORETO, ob. cit., p. 107.
[20] LORETO, ob. cit., p. 112.
[21] LORETO, ob. cit., p. 130.

reforma *in melius* de la sentencia que le causa perjuicio, pudiendo residir los motivos de gravamen en los mismos puntos materia del recurso principal o en otros diferentes u opuestos. Se otorga así al apelado una facultad procesal amplia que debe necesariamente hacer valer en la alzada para que el juez pueda tomarla en consideración, encontrándose éste inhibido de mejorar su suerte de oficio si el apelado no la ejerce.»

Cuando el fallo ha sido totalmente adverso a la parte apelante, el superior adquiere competencia para revisarlo *in integrum* y, por tanto, no es pertinente la adhesión de la otra parte.

Nuestro Código no consagra ninguno de los dos institutos y se limita a regular la apelación por el aspecto del cumplimiento o suspensión de los efectos de la providencia, en suspensiva o devolutiva, sin que en ninguno de los dos casos se produzca la ejecutoria ni la cosa juzgada (cuando de sentencias se trate) sobre parte alguna, haya quedado o no comprendida en la apelación, cuando es parcial. El superior no puede reformar el punto ajeno a la apelación, pero la cosa juzgada se entiende sobre toda la sentencia, como una unidad, y por esto para los efectos legales (por ejemplo, la excepción de pleito pendiente) se considera pendiente el proceso para todos los puntos materia de la demanda y las excepciones perentorias (cfr. núm. 244). Consideramos más de acuerdo con la moderna doctrina procesal el instituto de la comunidad de la apelación, siempre que la parte no apelante no haya consentido expresamente la providencia (auto o sentencia), porque de esa manera se cumple mejor la finalidad de justicia y el interés público que nadie discute hoy como propios tanto del proceso civil como del penal, laboral o de otro orden; pero a falta de este, la adhesión a la apelación resultaría aconsejable por las mismas razones. Debería introducirse esta reforma en nuestro sistema legal. Así privaría la justicia y la recta aplicación de la Ley sobre los descuidos de los apoderados y los requisitos injustificables de papel para el reparto y la revalidación del papel común empleado, que actualmente sacrifican los derechos materiales y prevalecen sobre el interés público que existe en la adecuada solución del litigio [cfr. núms. 6, III, y 56)].

Además, ambos sistemas tienen la ventaja de eliminar muchas apelaciones parciales innecesarias y las demoras que para el juicio significan, por el temor de agravarse la situación, aun cuando la otra parte no recurra.

311. El recurso de casación

De todos los recursos contra las providencias judiciales, es este el más importante, el que requiere un estudio más detenido y que presenta mayores complicaciones. Esto explica la abundante bibliografía que existe sobre casación [22].

La casación no da lugar a una instancia, como sucede con las apelaciones de las sentencias, pues precisamente existe contra las sentencias dictadas en

[22] Hemos tenido en cuenta, principalmente, la obra extraordinaria de Calamandrei *La casación*, Buenos Aires, 1945; la magnífica obra de Manuel de la Paz, *La casación civil*, ed. 1944; la no menos importante *La Cour de cassation*, de E. Faye; *Tratado de los recursos en el proceso civil*, ed. 1957; de Manuel Ibáñez Frocham; las conferencias inéditas de Alberto Zuleta Angel; los estudios de Carnelutti, Rocco, Redenti, Couture, Guasp y Alsina, que aparecen en sus ya citadas obras; el libro *La Corte nacional de casación*, ed. 1943, de Carlos J. Colombo.

segunda instancia por tribunales superiores y que reúnan ciertos requisitos, y ya sabemos que ningún juicio puede tener más de dos instancias [cfr. números 19, M) y 150)]. 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. Por él se enjuicia la sentencia del tribunal, que es su objeto, sin que implique una revisión general del juicio.

Consecuencia de lo anterior es que, a diferencia de lo que sucede en la apelación de la sentencia, en la casación la Corte no estudia y revisa el juicio oficiosamente por todos sus aspectos, ni puede modificar la sentencia en caso de que por cualquiera de ellos aparezca que no está ceñida a la Ley o al Derecho. El legislador establece dos limitaciones a la competencia de la Corte: en primer lugar, señala las causales en virtud de las cuales se puede revocar o modificar la sentencia por casación, y en segundo lugar, prohíbe a la Corte reformarla y revisarla en puntos o aspectos no planteados por el recurrente, aun cuando pudieran corresponder a la causal invocada o a otra de las taxativamente autorizadas.

En la casación no existe término probatorio, por considerarse que el debate ha quedado cerrado o definido en la segunda instancia, y porque este recurso extraordinario versa directamente contra la sentencia del tribunal y, por consiguiente, en relación con el estado del proceso en el momento en que esta fue pronunciada.

Como se deduce de lo dicho, es un recurso limitado por tres aspectos, a saber: en cuanto a las sentencias que puedan ser objeto de él; en cuanto a las causales que sirven para que estas sentencias puedan ser revocadas o reformadas, y en cuanto a las facultades de la Corte en el examen y decisión del recurso.

A) *Fines del recurso de casación*

Es indispensable distinguir el fin concreto que persigue la parte recurrente y los fines propios de la institución. Aquel está configurado por el interés particular de la parte perjudicada con la sentencia del tribunal en obtener su reforma para el reconocimiento del derecho que pretende tener o la restitución del bien de la vida a que cree tener derecho y que la sentencia le niega o le quita. En cambio, los fines propios de la institución nada tienen que ver con ese interés particular, pues, por el contrario, miran exclusivamente al interés general o público. El interés particular es necesario para que el recurso opere, ya que no existe casación de oficio; pero es apenas el medio para su iniciación y trámite.

Sucede aquí algo similar a lo que vimos en relación con la acción y el proceso civil: sin interés particular en la obtención de una sentencia favorable para algún fin concreto, no se ejercitaría, por lo general, la acción y no surgiría el proceso; pero el fin de aquella y de este es muy distinto de ese interés privado, como que consiste en obtener una sentencia que resuelva el conflicto o declare el derecho de acuerdo con la voluntad de la Ley, en interés público (cfr. núms. 56 y 86).

Así como el interés particular, según observa CARNELUTTI, es «un medio para la realización de la finalidad pública del proceso» y para la acción en el estímulo para su ejercicio, pero la jurisdicción entra en actividad en razón del interés público en la realización del derecho, así también el interés particular

es el medio para la efectividad del recurso de casación, pero este se otorga y se tramita en razón del interés público que radica en el doble fin que con él se persigue: en primer lugar, *la defensa del derecho objetivo* contra el exceso de poder por parte de los jueces y contra las aplicaciones incorrectas que de la Ley hagan, y en segundo lugar, *la unificación de su interpretación* necesaria para la certidumbre jurídica y para que exista una verdadera igualdad de los ciudadanos ante la Ley, que resultan desvirtuadas cuando a situaciones idénticas el juez aplica, más o menos simultáneamente, soluciones distintas, con base en unos mismos textos legales. Puede aceptarse que, como un fin *secundario*, persiga otorgar a la parte agraviada con la sentencia o con el vicio del procedimiento una oportunidad adicional para la defensa de sus derechos.

Como observa DE LA PLAZA [23] siguiendo a CALAMANDREI, en la fusión de esos dos designios fundamentales, negativo el primero y positivo el segundo, que son como facetas de un mismo problema, ha de verse la razón única a que el recurso de casación obedece, el fundamento de su creación y los motivos que justifican su existencia.

Ese interés público que todos los modernos autores ven en el recurso de casación, se diferencia del que se encuentra en el proceso en general, solo por los fines peculiares de aquella. Para nosotros, tanto en la casación como en todo el proceso, en la jurisdicción y en la acción en general, lo predominante y principal es el interés público; por eso no aceptamos la opinión de CALAMANDREI, que comparte DE LA PLAZA [24], de que ese interés «no es el mismo al que sirven los demás tribunales». Hay una diferencia en los medios utilizados para servir el interés público, que en la casación son los dos concretos que acabamos de mencionar, pero es el mismo interés público en la realización del derecho, en la certeza jurídica de las relaciones entre particulares o de estos y el Estado, en la recta administración de justicia para la actuación de la voluntad de la Ley a los casos concretos.

No debe confundirse la uniformidad contemporánea de la jurisprudencia, como la califica CALAMANDREI, con la disconformidad sucesiva; es decir, como lo observa DE LA PLAZA, que no se trata de estancar la doctrina, de modo que el tribunal de casación se encuentre sujeto a sus antecedentes, porque esto iría contra la natural evolución del Derecho (cfr. núms. 11 y 12), sino de darle cierta consistencia y seriedad, que permita a los jueces inferiores y a los abogados conocer cuál es la doctrina vigente sin estar sometidos a la incertidumbre de cambios sucesivos en un período de tiempo más o menos corto. La jurisprudencia de casación debe evolucionar a medida que la sociedad lo hace y de acuerdo con el avance de la ciencia jurídica, pero debe ser una «evolución razonable y razonada» [25].

Cuando en casación se modifique una doctrina, ha de ser consecuencia de un cuidadoso estudio, lo que no está de acuerdo con una nueva reforma a los pocos días, y mucho menos con el espectáculo de sucesivas y contradictorias doctrinas en un período relativamente corto, como, por desgracia, ha sucedido en nuestra Corte con algunas materias.

Más perjudicial que un estancamiento de la jurisprudencia es la incertidumbre que causa una inestabilidad de criterio en el tribunal encargado de orientarla y unificarla. Si esa falta de estabilidad ocurre sin cambio de ma-

[23] DE LA PLAZA, ob. cit., p. 24.
[24] DE LA PLAZA, ob. cit., p. 32.
[25] DE LA PLAZA, ob. cit., p. 23.

gistrados, se da la impresión de que se sostienen doctrinas *ad hoc* o de que no se falla con previo estudio de la sala conjunta, sino que cada ponente impone sus ideas y los demás magistrados firman sin estudiar el proyecto: lo primero hace dudar de la imparcialidad y honestidad de los falladores, y lo segundo, de su seriedad y responsabilidad personal. En ambos casos es desastroso el ejemplo para los tribunales y jueces inferiores. Por eso hemos dicho que una buena justicia es más un problema de jueces que de códigos (cfr. número 148), y que la labor de interpretación de la Ley que adelantan los jueces, especialmente los superiores, debe ser la de una verdadera creación de normas positivas de derecho, para lo cual se requiere una evolución en las doctrinas, sin el caos y la incertidumbre que hagan imposible la prestación de esa tarea fundamental (cfr. núms. 12-13).

La unificación de la jurisprudencia por la Corte de Casación no significa tampoco que los jueces inferiores deban sujetarse siempre a la doctrina de aquella, sino que la deben estudiar y tener como una guía importante. Pero si consideran equivocada una doctrina de la Corte, pueden y deben separarse de ella e insistir en sus propios puntos de vista, para darle así oportunidad a esta de revisarla y reformarla. Lo natural es que las nuevas corrientes de la doctrina extrajudicial y los nuevos hechos sociales, económicos y políticos se reflejen primero en los jueces inferiores, que están más en contacto con la realidad de la vida. El exceso de sumisión a la jurisprudencia de la Corte los hace demasiado tímidos ante esas fuerzas vitales y los conduce a abandonar todo estudio que no sea el de las gacetas judiciales, con detrimento de su cultura y de su personalidad [cfr. núms. 12 y 18. B)].

B) *Breve historia del recurso de casación*

El recurso de casación es de origen francés. Se encuentra un remoto antecedente en la costumbre adoptada por los reyes de Francia, desde el siglo XVI, de revisar los fallos de los tribunales de justicia, que por entonces se llamaban Cortes o Parlamentos, cuando tales fallos eran contradictorios; el interesado debía dirigirse al rey en solicitud de «cartas de cancillería», por las que este avocaba el conocimiento del negocio y ordenaba que los fallos quedaran en suspenso hasta conocerse su decisión. Más adelante se aplicó el procedimiento para evitar que las sentencias desconocieran las ordenanzas reales, que representaban la ley nacional, y con ello apareció un rasgo característico de la casación, a saber: la infirmación de la sentencia por violación de la Ley. La famosa Ordenanza Real de Blois, del año de 1579, reconoció expresamente el derecho a recurrir ante el rey contra los fallos que infringieran las ordenanzas por su aplicación. Más tarde se extendió el recurso a los casos en que se violara por falta de aplicación la costumbre o una regla de derecho establecida por la jurisprudencia. La parte interesada debía probar la ordenanza, costumbre o jurisprudencia que consideraba violada [26].

Muy importante es observar que no existía en esa época el recurso por mala aplicación o errada interpretación de la ordenanza o costumbre, ni por aplicar una en vez de otra, porque no se veía en ella una rebeldía del Parlamento o Corte contra la autoridad real. Solo al final del régimen monárquico apareció,

[26] BOITARD y COLMET-DAAGE: *Leçons de Procedure civile*, París, 1890, p 7-20.

en forma no bien definida, la tendencia a ampliar el recurso a esos casos.

Para el ejercicio de esas atribuciones se creó el llamado *Conseil des Parties*, como una dependencia del Consejo Real, presidido por el monarca y como manifestación de sus poderes personales, cuya autoridad debía proteger frente a los tribunales (Cortes o Parlamentos). En dicho Consejo se acumularon todos los poderes y a menudo fue fuente de arbitrariedades sin límites [27]. No se trataba, por consiguiente, de una entidad jurisdiccional, sino de una dependencia del poder ejecutivo-legislativo representado por el rey. El reglamento que en 1738 regía para el *Conseil des Parties* es similar al que rige para la Corte de Casación [28].

Al sobrevenir la Revolución, la mística por el imperio de la Ley y la preponderancia del Cuerpo legislativo sobre el ejecutivo y el judicial condujo a la creación del Tribunal de Casación, el 12 de agosto de 1790. Su finalidad, por entonces, fue impedir que los jueces violaran la Ley por falta de aplicación y hacer respetar la supremacía del Legislativo sobre el poder judicial, razón por la cual se le consideró en sus comienzos como parte del primero y no del segundo; solo muchos años después se le dio la función de unificar la jurisprudencia. Tampoco existía el recurso para los casos de indebida aplicación de una ley en lugar de otra o de errada interpretación; estas fueron ampliaciones que la jurisprudencia introdujo al cabo de los años. El decreto del 27 de noviembre de 1790 dispuso que los motivos de casación eran dos: violación de las formas procesales y violación expresa de la Ley o falta de aplicación de esta.

En los primeros años los fallos de la Corte no tenían motivaciones y se citaba escuetamente el texto legal dejado de aplicar. Pero a partir del cuarto año se comenzó a motivarlos, al mismo tiempo que se aceptaron los cargos por mala interpretación o indebida aplicación de la Ley, con apoyo en las Constituciones de 1793, del año III y del año VIII, que ya no hablan de contravención *expresa* de la Ley, sino de su violación.

Vino luego la unificación de la legislación nacional con el Código Civil de Napoleón, y con esto apareció como segunda finalidad del recurso la de uniformar la jurisprudencia, cuya importancia fue creciendo a medida que se le fue reconociendo una función creadora en la vida del Derecho, al declinar la exagerada concepción legalista que dominó durante un siglo en la doctrina universal (cfr. núms. 11-12).

De Francia pasó esta institución a casi todos los países de Europa y América.

Es muy importante recordar que en Francia y en otros países, como Italia y España, las facultades de la Corte en casación están limitadas a las cuestiones de derecho, como un control de la correcta aplicación de la Ley, y por eso las cuestiones de hecho, como la interpretación y apreciación de las pruebas de acuerdo con la convicción, que de ellas se deduzca, pertenece al fuero exclusivo de los tribunales de instancia; igualmente, allí la Corte se limita a casar la sentencia sin reemplazarla, lo que corresponde al tribunal que la dictó o a otro. De ahí que en Francia el recurso se tramita sobre copia de la sentencia, sin remitirle a la Corte el expediente.

En Colombia estos dos aspectos del recurso se reglamentan de modo dife-

---

[27] CALAMANDREI, ob. cit., núm. 134, p. 404-06.

[28] BOITARD y COLMET-DAAGE, ob. cit., p. 13.

rente. La Corte puede estudiar las cuestiones de hecho y casar la sentencia cuando el criterio del Tribunal esté en contradicción con la clara y manifiesta evidencia; si se casa la sentencia por violación de ley, incongruencia o contradicciones en su parte resolutiva, la Corte dicta en el mismo acto la que debe reemplazarla. Consideramos muy convenientes estas dos modalidades. El recurso se surte sobre el expediente original que es remitido a la Corte.

C) *Características de la casación*

De lo expuesto anteriormente, se deduce que este recurso tiene las siguientes características:

1.ª *Es una clase de impugnación dentro del proceso* y, por tanto, un recurso del mismo, no un medio para iniciar otro proceso de revisión, de modo que cuando la Ley lo consagra, no se ejecutoría la sentencia, y mucho menos puede causar la cosa juzgada, sin que haya precluido la oportunidad para interponerlo o se haya resuelto o declarado desierto cuando no se presenta en tiempo ante la Corte (cfr. núms. 247 y 254);

2.ª *Es extraordinario,* por cuanto en principio el proceso debiera concluir con la sentencia de segunda instancia, y son ordinarios los recursos que se otorgan dentro del trámite de las dos instancias;

3.ª *Es limitado,* tanto respecto a los procesos en que puede interponerse (en Colombia los ordinarios y algunos especiales, cuando su cuantía o valor pasa de cierto límite o se trata de cuestiones de estado civil), como respecto a las causales que pueden invocarse por el recurrente y a las facultades de la Corte en su examen y decisión;

4.ª *Es formalista,* en razón de las dos últimas limitaciones enunciadas, que imponen al recurrente la obligación de cumplir determinados requisitos de redacción y de presentar los cargos contra la sentencia de segunda instancia con sujeción a una técnica especial, de suerte que su inobservancia produce la ineficacia de la demanda e inclusive su rechazo sin necesidad de entrar a su estudio de fondo o sustancia;

5.ª Es fundamentalmente *de interés público,* en el sentido que dejamos explicado [cfr. punto *a*)] y solo secundariamente en interés de la parte perjudicada con la sentencia de segunda instancia;

6.ª *No constituye una tercera instancia,* sino un recurso contra la sentencia de segunda, lo que explica, precisamente, las limitaciones anotadas y la gran diferencia de posición que hay, en relación con el proceso, entre la Corte y el juzgador de instancia, pues al paso que este tiene competencia para examinarlo por todos sus aspectos y para aplicar el derecho con absoluta libertad, con la única excepción de respetar lo resuelto favorablemente al apelante, cuando obra como juez de segunda instancia, si rige la *reformatio in pejus,* la Corte en casación no puede, en cambio, revisar la sentencia del Tribunal sino por los motivos que el recurrente invoque y por las razones que exponga, aun cuando la encuentre por otros aspectos reñida con la Ley o la justicia o el procedimiento, ni puede modificar la apreciación de los hechos a pesar de que considere que la del Tribunal no es la mejor ni más lógica y que, como juez de instancia, podría proferir otra sentencia que cambiara las conclusiones del fallo (a menos que aquella aparezca notoriamente contraria a la evidencia, en el sistema colombiano).

En algunos países, como Francia e Italia, existen otras dos diferencias fundamentales entre la instancia y la casación, debido a que en esta no es posible plantear cuestiones de mero hecho, que corresponden exclusivamente al juzgador de instancia, ya que la Corte se limita a casar o no casar la sentencia recurrida, por lo cual en el primer caso remite el asunto al mismo tribunal que dictó la sentencia casada o a otro, para que vuelva a pronunciarla, y la nueva que se dicte es susceptible de casación, si no se acomoda a lo ordenado por la Corte. Nuestro sistema legal es diferente en ambos aspectos: en primer lugar, permite atacar la sentencia por error manifiesto de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas (art. 520 C. J., ord. 1.°), lo que implica importantes limitaciones, pero permite de todas maneras entrar al examen de los hechos; y en segundo lugar, obliga a la Corte a dictar la sentencia de instancia que debe reemplazar a la casada, cuando no se trata de causal que afecta la existencia o validez de la proferida por el Tribunal (C. J., art. 520, 4.ª a 7.ª), sino de rectificación de las decisiones adoptadas por violación de ley sustancial, por incongruencia o contradicciones entre ellas (causales 1.ª a 3.ª).

Consideramos convenientes estos dos aspectos de nuestro sistema de casación, con las limitaciones que el primero encierra al exigirse que el error de hecho sea patente o contrario a la clara evidencia que del proceso surja. Al proferir la Corte la nueva sentencia de instancia, se evita la innecesaria prolongación del juicio con la posibilidad de que las partes vuelvan a interponer casación contra la nueva sentencia del Tribunal de segunda instancia y se da una mejor garantía de acierto.

Pero la eliminación de esas dos diferencias, que existen en aquellos países, no da a la casación colombiana la condición de una tercera instancia, porque las demás características y limitaciones son bastantes para mantenerle su fisonomía propia. Cuando la Corte casa y procede a dictar sentencia de segunda instancia, se despoja de sus funciones de tribunal de casación y adopta las del juzgador de instancia, como es obvio; pero eso significa que la entidad misma tiene un doble carácter y no que la casación esté convertida en una tercera instancia.

312. Quién puede proponer el recurso

La casación debe ser interpuesta por «persona hábil», lo cual debe entenderse en el sentido de que tenga la calidad de parte. Es decir, el demandante, el demandado o cualquiera de estos si son varios, el tercero principal que actúa por intervención litisconsorcial o *ad excludendum*, quien es parte, sin duda alguna, y el coadyuvante en determinadas circunstancias.

El tercero principal puede intervenir en el juicio defendiendo la causa que le interesa, pero con interés propio, mediante una relación jurídica vinculada al objeto del pleito, o puede hacerlo en forma independiente; en ambos casos la decisión que en el juicio se dé lo perjudica o favorece, razón por la cual, aun cuando las partes no interpongan el recurso e inclusive consientan la sentencia y se opongan, él puede proponerlo (cfr. núms. 184 y 193). Así lo ha reconocido la Corte colombiana [29]. Cosa distinta sucede con el coadyuvante sim-

[29] Cas. 26 marzo 1942, G. J., t. LIII, núm. 1984-1985, p. 282, y 1 marzo 1945, G. J., t. LVIII, núm. 2.017, p. 632.

ple, que debe limitarse a colaborar con la parte coadyuvada en la medida en que esta defienda sus intereses o no se oponga a que el primero los defienda. Es decir, el coadyuvante no puede recurrir contra la voluntad del coadyuvado, pero puede suplir la actividad de este cuando descuida el proceso y deja vencer el término para interponerlo o lo hace extemporáneamente, porque entonces no existe oposición entre ellos y el recurso de aquel es válido. Con mayor razón debe aceptarse dicho recurso cuando el coadyuvado lo ratifica o se adhiere o expresa de cualquier manera su consentimiento. En todos estos casos, el coadyuvado se beneficia con el recurso de su coadyuvante, ya que la sentencia lo comprende y vincula, como lo expusimos al tratar de la coadyuvancia [cfr. núm. 196, letra F), numeral 6].

Se necesita que el tercero haya concurrido al juicio antes de dictarse la sentencia de segunda instancia; pues de lo contrario no puede interponer el recurso de casación, sino únicamente intervenir en su secuela para defender o impugnar la causa de una de las partes, si estas lo han formulado. Esta conclusión se impone, porque siendo un recurso contra la sentencia, solo corresponde a quienes son perjudicados con ella, por formar parte del juicio en el momento en que fue dictada. Si hay varios litisconsortes recurrentes, el desistimiento de uno no afecta al otro.

En Colombia, el Ministerio público puede interponer el recurso cuando sea parte en el juicio y cuando intervenga como tercero principal, a nombre de la entidad pública que representa o como agente de la sociedad, si la Ley ordena citarlo al juicio. En otros países se le autoriza para que lo haga en cualquier caso y en interés de la Ley, sin que con ello se altere la sentencia en cuanto a las partes si ninguna de ellas recurrió; pero en la práctica nunca se usa de tal facultad. Creemos que el fin público de la casación se obtiene suficientemente con los múltiples recursos que las partes interponen.

En el número 184 expusimos la doctrina sobre los efectos del litisconsorcio en cuanto a los recursos. Vimos entonces que si se trata de un litisconsorcio voluntario, el recurso de uno no favorece a los demás, por tratarse de una situación jurídica divisible, al paso que cuando existe litisconsorcio necesario por la indivisibilidad de tal situación, el recurso de uno de ellos favorece a todos. Los fundamentos de esta diferente solución quedaron explicados allí ampliamente.

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 (cfr. núm. 304).

Para que el interés aparezca, basta que resulten parcialmente insatisfechas las pretensiones o excepciones. Por tanto, 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.

El agravio al recurrente debe aparecer en la parte resolutiva de la sentencia, y por ello las consideraciones que le sean desfavorables no le dan interés para el recurso, si la resolución le fue favorable totalmente.

El principio que rige este recurso consiste en otorgarlo solo a la parte gravada con la resolución de la sentencia de segundo grado, sin que importe la existencia de vicios que la parte beneficiada totalmente pueda invocar, pues de ninguna manera conducen a modificar en su favor lo resuelto.

CAPITULO XXIX

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

313. Los defectos de los actos procesales

En el capítulo XIX vimos que los actos procesales están sujetos a estrictas formalidades de tiempo, lugar y modo, y que los sujetos que los ejecutan deben reunir ciertas condiciones, lo mismo que estar representados debidamente, todo lo cual está señalado en la Ley de manera imperativa y debe cumplirse para que se produzcan sus efectos jurídicos. Naturalmente, puede ocurrir que tales actos se lleven a cabo sin el lleno de todos esos requisitos y como consecuencia la Ley los priva en ocasiones del valor que normalmente les corresponde, y en esta forma no pueden producir los efectos jurídicos que se les atribuyen. Cuando se incumple alguno de estos requisitos, el acto procesal adolece de un defecto. La importancia de estos defectos no es siempre una misma, y por eso se distinguen en irregularidades, errores y vicios.

Los defectos son como enfermedades de los actos procesales y del proceso, razón por la cual el derecho procesal contempla adecuados remedios, según su clase e importancia; remedios que procuran obtener la finalidad perseguida con el acto viciado, con el máximo de economía y eficacia, y que, por tanto, solo deben llegar al extremo de eliminar la actuación defectuosa cuando por otro camino es imposible obtener el mismo resultado y se trata de un vicio esencial. De ahí que el remedio de la nulidad no debe ser aplicado sino en casos especiales.

Pero no deben confundirse los vicios de los actos procesales con los que pueden afectar los actos jurídico-materiales, como los vicios del consentimiento, señalados en el Código Civil; ni las consecuencias de aquellos con las de estos, ni las nulidades de que trata el Código Judicial con las reglamentadas en el Código Civil.

314. Diversas clases de defectos de los actos procesales y sus remedios

Como dijimos en el número anterior, 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 estriba 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 (cfr. núms. 301 y ss.); para los segundos, el remedio va desde la impugnación hasta la nulidad relativa o anulabilidad, la nulidad absoluta insanable o sanable y la inexistencia del acto. Un defecto de contenido puede hacer el acto eficaz, pero no nulo; la nulidad causa también ineficacia, pero no siempre que existe esta ocurre aquella.

En este sentido dice, muy acertadamente, EDUARDO PALLARES[1]: «El acto es ineficaz por ser nulo, y no nulo por ser ineficaz», y agrega: «Hay actos válidos que son ineficaces. Por ejemplo, los contratos sujetos a una condición que no se cumple, el testamento cuando el heredero no acepta, etc.». A los anteriores ejemplos de derecho civil agregamos nosotros, en el terreno procesal, los actos de sustanciación que disponen un traslado inoperante, el requerimiento improcedente, la decisión interlocutoria sobre algún punto de fondo que luego en la sentencia es corregida para adoptar el fallador una conclusión contraria, e inclusive el auto o providencia que es revocado en el mismo proceso. También ROCCO[2] dice: «El concepto de ineficacia es general, así que, para darse perfecta cuenta del valor de tal concepto, es preciso determinarlo en sus varias manifestaciones.» Y explica a continuación que «la ineficacia por causa extrínseca puede denominarse *invalidez*; la ineficacia por causa intrínseca puede llamarse, en sentido estricto, *ineficacia*».

Como observan algunos autores, no es posible aplicar a la nulidad procesal las normas de la nulidad civil[3]. Hay algunos casos en que es necesario recurrir a las normas civiles sobre nulidad, como sucede para determinar los efectos de la violencia y el dolo sobre los actos procesales, que estudiamos en el número 206. Esto es, sin embargo, algo excepcional, y creemos, con REDENTI, que no es posible un parangón de las dos clases de nulidades, es decir, que no pueden aplicarse las normas civiles por analogía fuera de los dos casos enunciados, porque cuando no hay norma procesal expresa aplicable debe estudiarse el caso de acuerdo con los principios generales del derecho procesal y las garantías constitucionales, para saber si se presenta entonces una nulidad implícita, como más adelante estudiamos. En este punto nos separamos de PALLARES[4].

Precisamente al estudiar la materia de los recursos, hicimos la debida separación entre las dos nociones de nulidad y revocabilidad, e insistimos en la conveniencia de distinguir los vicios y los errores de los actos procesales del juez para la precisión de las nociones de recurso e impugnación (cfr. números 301 y 302).

---

[1] PALLARES: *Derecho procesal civil*, México, 1961, p. 92.
[2] ROCCO: *Trattato*, t. II, cap. VI, p. 273-85.
[3] REDENTI: *Derecho procesal civil*, t. I, núm. 61, p. 217; PALLARES, ob. cit., p. 92.
[4] PALLARES, ob. y p. citadas.

Cuando se trata de errores en el contenido del acto del juez, por violación de la ley material o procesal, apreciación de pruebas, interpretación de la demanda o de las excepciones, etc., la ilegalidad e injusticia del acto pueden ser manifiestas, pero esto no significa que exista su nulidad ni se afecte su validez, puesto que los efectos jurídico-procesales que de tal acto emanan se surten cabalmente y subsisten mientras no sea revocado por el mismo juez o su superior. En cambio, cuando el acto del juez está afectado de nulidad por quebrantamiento de las formas procesales, sus efectos jurídicos no se surten o están sujetos a desaparecer como si nunca se hubieran producido (anulabilidad), e inclusive el acto mismo no llega a tener existencia jurídica.

En este sentido, dice REDENTI [5] que las deficiencias intrínsecas de *contenido material* (en concreto) no pueden dar lugar a cuestiones de nulidad y afectan solo la idoneidad *de facto*, razón por la cual proceden, por ejemplo, la inadmisibilidad del recurso de casación sin exposición de motivos.

Los errores del juez que ocasionan nulidad forman parte del grupo más general de los errores *in procedendo*, pero no se confunden con estos, porque no siempre causan nulidad, como sucede con la falta de congruencia, con la intervención de un magistrado impedido en la aprobación de la sentencia, con la contradictoria redacción de esta, etc. (cfr. núms. 159 y 253). La causan, en cambio, la incompetencia, la incapacidad, la mala representación y la falta de traslado de la demanda o de citaciones forzosas (cfr. núms. 314 y 317), la violación de la garantía constitucional del derecho de defensa, la falta de firmas del juez, la ausencia de motivaciones, la inadecuación del procedimiento, la pretermisión grave de sus formas (cfr. núms. 35, 36, 137-140, 213-216, 313-314).

Creemos que en el proceso la nulidad debe ser una enfermedad propia y exclusiva de los actos de juez. Cuando las partes ejecutan actos procesales sin las formalidades de tiempo, modo o lugar que la Ley transcribe (cfr. núm. 207), sus efectos jurídicos quedan total o parcialmente eliminados, según la gravedad y la clase del defecto, pero entonces, técnicamente, estaremos en presencia de un caso de ineficacia o inocuidad o inexistencia procesal del acto, pero no de nulidad.

En esto hay una profunda diferencia entre los actos jurídico-materiales o extraprocesales y los procesales que ejecuten las personas que no pretenden ejercer con ellos la jurisdicción del Estado; en los primeros se comprenden aquellos actos privados de jueces y magistrados, que nada tienen que ver con el ejercicio de sus funciones en determinados procesos. Es frecuente, sin embargo, que los autores hablen de nulidad de los actos procesales de parte [6]. CARNELUTTI, en cambio, distingue la ineficacia o inadmisibilidad del acto, de su nulidad, y dice que la primera se refiere en particular a las instancias o peticiones de parte [7]. Nos parece más técnico calificarlos de inadmisibles, ineficaces e inocuos, y en ocasiones de procesalmente inexistentes. Los vicios de los actos procesales de parte, como la 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 estos. En cierto sentido puede hablarse de nulidad de la demanda, del poder, de la petición, pero

[5] REDENTI: *Derecho procesal*, Buenos Aires, 1957, t. I, núm. 61, p. 218.

[6] REDENTI: *Derecho procesal*, t. I, núms. 61-62, p. 214-218; ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 269 y 285; GUASP: *Derecho procesal civil*, p. 313.

[7] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núms. 360-61, p. 528 a 531.

procesalmente se trata de su ineficacia o inexistencia y, en todo caso, la declaración de nulidad se refiere al proceso, a los actos ocurridos en él y que constituyen su trámite.

B) *Vicios trascendentes e intrascendentes*

En segundo lugar, tanto los vicios como los errores de contenido pueden calificarse de *trascendentes* e *intrascendentes*, según que afecten o no la validez o la legalidad del acto, respectivamente. Si todo error o defecto impusiera la necesidad de revocar o anular el acto de juez o de restarle toda eficacia al de las partes, el camino del proceso se haría demasiado difícil y largo; de ahí que muchos de esos errores o defectos resulten intrascendentes, como el contestar la demanda sin referirse a cada hecho en particular o sin proponer excepciones perentorias, en el sistema legal colombiano, y el no estudiar por separado las diversas peticiones y excepciones en la sentencia de instancia. Otros, en cambio, causan un perjuicio a la parte o violan una formalidad esencial, y entonces debe permitirse su revocación o su anulación.

C) *Irregularidades y motivos de anulación, nulidad e inexistencia*

En este sentido, los autores suelen distinguir los defectos de forma según su gravedad, como más adelante explicaremos [8].

D) *Nulidades expresas e implícitas*

Existen también *nulidades expresas* e *implícitas*. Hay dos tesis sobre la necesidad de distinguir entre los vicios que ocasionan nulidad y las simples irregularidades. La primera estima que, dado el carácter extremo del remedio de la nulidad, que en principio peca contra la economía procesal, deben limitarse las causas que la produzcan a los casos expresa y taxativamente señalados en la Ley, de acuerdo con el principio consagrado en el Código de Procedimiento Civil francés, según el cual, «sin norma expresa no hay nulidad». La segunda considera que si bien es indispensable limitar la nulidad a los vicios esenciales, el legislador no puede contemplarlos taxativamente y, por tanto, salvo que exista una norma como la indicada del Código francés, debe aceptarse que los casos señalados en la Ley no son taxativos y que el remedio debe ser igual cuando se incurra en otros vicios de similar importancia, principalmente cuando desconozcan los principios del derecho de defensa y de la debida contradicción o audiencia bilateral.

Nuestra Corte tiene una jurisprudencia contradictoria sobre esta materia. En efecto, en ocasiones ha acogido la primera doctrina, con expresa mención del principio que informa la legislación francesa; pero en otras ha aceptado la existencia de nulidades no consagradas expresamente en la ley procesal,

[8] CARNELUTTI: *Sistema*, t. III, p. 558 y ss.; *Instituciones*, t. I, núm. 361, p. 529; DE LA PLAZA: *Derecho procesal*, t. I, p. 431 y ss.; MANUEL MORÓN PALOMINO: *La nulidad en el proceso civil español*, ed. 1957, p 85 y 109 y ss.; ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 269-85; GUASP: *Derecho procesal civil*, 2.ª ed., 1962, p. 302; JOSÉ TRUJILLO PEÑA: *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1961, núm. 4.

como las muy importantes por violación del derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución y por pretermisión de las formas propias del juicio.

Veamos qué opinan los autores de derecho procesal sobre punto tan importante.

El autor español MANUEL MORÓN PALOMINO[9] plantea la cuestión de si en el proceso civil español no existen otros actos nulos que los expresamente señalados por la Ley, y opina que, resultándole difícil al legislador enumerar exhaustivamente la lista de las nulidades que pueden acontecer en el proceso, se incidiría en el defecto de un exagerado casuismo que se decidiera por la negativa y, además, se reduciría la labor del intérprete «a la confección de un catálogo de nulidades, que, por paciente que nuestra búsqueda hubiera sido, jamás comprendería la realidad que en la vida del proceso acontece». Estima que, «salvo prohibición expresa, a más de las nulidades declaradas, existen las nulidades virtuales a que se refiere ALSINA», y agrega: «Una cosa es que, con apoyo del texto legal, se inicie el trabajo, que sobre la base del derecho positivo se enfoque el estudio y la investigación, y otra bien distinta que del precepto legal no podamos elevarnos y establecer, como hasta ahora ha de intentarse, superiores reglas generales, para cuya fijación se pondrá en juego, junto con el método analógico, el conjunto de los principios fundamentales del procedimiento civil.» De esto deduce que cuando aparezca la violación de un principio fundamental del procedimiento, como el de la audiencia de las partes, el de contradicción, el de la defensa y práctica de las pruebas para su eficacia, debe aceptarse la nulidad, y formula el siguiente postulado: «Cuando la irregularidad procesal que en el proceso se ocasione suponga la violación de alguno de los principios procesales previstos en los casos de nulidad expresa o virtualmente contemplados, esa irregularidad supone y ocasiona nulidad procesal.»

Estamos de acuerdo con este nuevo autor español, y el criterio que expone es el mismo que ha servido a nuestra Corte para crear la doctrina de las nulidades por violación de garantías constitucionales y pretermisión del procedimiento, que más adelante explicaremos (cfr. núm. 316). Inclusive en algunas de las providencias transcritas, que sostienen la tesis contraria, enuncia la Corte dos principios fundamentales, cuyo quebrantamiento es motivo de nulidad: el de que «ninguna persona puede ser condenada sin haber sido previamente citada a discutir la condena» y el del «legítimo derecho de las partes a la defensa», y habla de nulidad por «quebrantamiento de las normas procesales básicas»[10].

GUASP[11] estudia la situación legal en el Código de Enjuiciamiento Civil español, y dice: «¿Cuándo se está en principio ante un caso de nulidad y cuándo ante uno de simple irregularidad? La ley española no proporciona ningún criterio general en este punto. Es muy dudoso que sea aplicable al problema procesal la norma del artículo 4 del Código Civil, según la cual son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordena su validez, es decir, la presunción favorable a la nulidad; pero tampoco hay razones para basarse en el principio contrario y sostener que

[9] MANUEL MORÓN PALOMINO, ob. cit., p. 89, 109 a 112.

[10] Cas. 20 octubre 1937, *Gaceta* 1928, p. 645; Cas. 4 marzo 1940, *Gaceta*, 1953-54, p. 111; Cas. 7 diciembre 1939, *Gaceta* 1947, p 136.

[11] GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, p. 313-14, y ed. 1962, p. 301-03.

solo son nulos los actos procesales que incurran en algún vicio en que ello se determine expresamente: *pas de nullités sans texte*. Así, pues, para resolver este problema no cabe más que la interpretación particular y concreta de cada caso, con objeto de decidir en cada supuesto, a tenor de la interpretación literal y espiritual de los preceptos que sean aplicables, si se trata de una nulidad o de una simple irregularidad.»

DE LA PLAZA expone en el mismo sentido: «Aunque la Ley no establezca *a priori* la sanción de nulidad para los actos que carecen de estos requisitos, podrá pronunciarse cuando no tengan aquellos que son esenciales para su validez» [12].

ALSINA [13] dice que de las normas sobre nulidad se deduce la regla conforme a la cual su declaración es procedente cuando se demuestra la existencia de un perjuicio para la defensa, y que existen, además de las expresas, otras implícitas.

PRIETO CASTRO [14] afirma que la nulidad existe cuando falte un requisito esencial para el acto.

CHIOVENDA [15] niega a la nulidad el carácter de pena y descarta implícitamente la tesis de que su aplicación analógica o extensiva viola el principio de que las normas penales no pueden ser aplicadas en ese sentido.

CARNELUTTI [16] explica que el nuevo Código italiano prevé rigurosamente los motivos de nulidad, y establece la regla de que la ocasionan únicamente aquellos que en él se consagran con tal carácter y «los vicios esenciales relativos a un requisito indispensable para la obtención de la finalidad del acto (artículo 156, 2)». Lo segundo implica, como se ve, una regla general, por lo cual el maestro italiano agrega que «la fórmula debe entenderse, naturalmente, en el más amplio sentido, de manera que la norma que conmina la nulidad puede encontrarse también fuera del Código de Procedimiento Civil o, en general, del grupo de normas que se denominan procesales» y que «es cierto que la estatuición de nulidad puede derivar tanto de una norma expresa como de un principio empleado mediante la analogía». Y en otro lugar afirma: «Los vicios que producen nulidad no se agotan en la categoría de aquellos que, como tales, están previstos por la Ley» [17].

Es conveniente conocer el texto exacto de los artículos pertinentes del nuevo Código de Procedimiento Civil italiano, que forman el capítulo III, del título VI, del libro I:

«Art. 156. *Declaración de la nulidad.*—No se puede pronunciar la nulidad por inobservancia de formas de ningún acto del proceso, si la nulidad no está conminada por la Ley. Puede pronunciarse, sin embargo, cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su finalidad. La nulidad no puede ser pronunciada nunca, si el acto ha alcanzado la finalidad a que está destinado.

»Art. 157. *Pronunciamiento y saneamiento de la nulidad.*—No puede pronunciarse la nulidad sin instancia de parte, si la Ley no dispone que se la pro-

---

[12] DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1951, t. I, p. 434.
[13] ALSINA: *Tratado*, t. I, p. 722.
[14] PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, 1946, p. 220 y ss.
[15] CHIOVENDA: *Principios*, t. III, núm. 41 bis, p. 110.
[16] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 361, p. 531-32.
[17] CARNELUTTI, ibídem, núm. 363, p. 536.

nuncie de oficio. Solo la parte en cuyo interés se encuentra establecido un requisito, puede oponer la nulidad del acto por falta de dicho requisito, pero debe hacerlo en la primera petición o defensa posterior al acto o a la noticia de él. La nulidad no puede ser opuesta por la parte que la haya determinado ni por aquella que haya renunciado a hacerlo, aunque sea tácitamente.

»Art. 158. *Nulidades derivadas de la constitución del juez.*—La nulidad derivada de vicios relativos a la constitución del juez o la intervención del Ministerio público es insanable y debe ser decretada de oficio, salvo la disposición del artículo 161.

»Art. 159. *Extensión de la nulidad.*—La nulidad de un acto no importa a la de los actos precedentes, ni la de los sucesivos que sean independientes de él. La nulidad de una parte del acto no afecta a las otras partes que sean independientes de ella. Si el vicio impide un determinado efecto, el acto puede, sin embargo, producir los efectos para los que sea idóneo.

»Art. 160. *Nulidad de la notificación.*—La notificación es nula si no se observan las disposiciones acerca de la persona a quien debe ser entregada la copia, o si hay absoluta falta de certeza sobre la persona a quien se la ha hecho o sobre la fecha, salvo la aplicación de los artículos 156 y 157.

»Art. 161. *Nulidad de la sentencia.*—La nulidad de las sentencias sujetas a apelación o a recurso de casación solo puede hacerse valer dentro de los límites y según las reglas propias de estos medios de impugnación. Esta disposición no se aplica cuando la sentencia carezca de la firma del juez.

»Art. 162. *Pronunciamiento sobre la nulidad.*—El juez que pronuncia la nulidad debe disponer, cuando sea posible, la renovación de los actos a los cuales extiende la nulidad. Si la nulidad de los actos del proceso es imputable al secretario, al oficial o al defensor, el juez, en la providencia con la que pronuncia, impone las costas de la renovación a cargo del responsable y, a instancia de parte, en la sentencia que decide la causa, puede condenar a este último al resarcimiento de los daños causados por la nulidad a tenor del artículo 60, número 2.»

REDENTI [18] dice, de acuerdo con CARNELUTTI, que el Código italiano solo contempla las nulidades por «inobservancia de formas», pero que, sin embargo, las hay por incapacidad o defecto de representación y por otras causas, razón por la cual existen nulidades no contempladas expresamente en la Ley, como se desprende del aparte segundo del artículo 156 [19].

Si CARNELUTTI y REDENTI aceptan la existencia de nulidades no contempladas expresamente en la Ley, no obstante que el Código italiano consagra como regla general su limitación, con mayor fundamento debemos aceptarla en nuestro sistema legal, como para España la aceptan GUASP, PRIETO CASTRO y MORÓN PALOMINO, ya que el Código de Procedimiento Civil no contiene ninguna disposición que las limite a las contempladas allí y apenas enumera las causas generales que las motivan, en los artículos 448 y siguientes. De ahí que la Corte haya podido consagrar su doctrina de las nulidades por pretermisión del procedimiento y violación de la garantía constitucional declarada en el artículo 26 de la Carta. Otro caso es el de la nulidad por violencia o dolo, que en el número 206 expusimos.

---

[18] REDENTI, ob. cit., t. I, núm. 61, p. 216.
[19] REDENTI, ibídem, núm. 62, p. 219.

Así, pues, la doctrina, por lo general, está de acuerdo en que la enumeración de las nulidades en los Códigos de Procedimiento Civil no puede tener un carácter exhaustivo, a menos que una norma expresa así lo disponga, como sucede en el Código francés. Claro está, no toda irregularidad de procedimiento puede llevar a la nulidad, como la doctrina lo explica [20] y lo examinaremos más adelante; pero sí las que tengan un carácter esencial para el cumplimiento del principio del contradictorio y el derecho de defensa, y cuando se siga el juicio por un procedimiento distinto al señalado en la Ley (cfr. núm. 316).

E) *Nulidades sanables e insanables*

Es importante la clasificación de las nulidades en *sanables* e *insanables*, según que pueda convalidarse o ratificarse la actuación, por la simple manifestación de las partes en ese sentido, o que, por el contrario, ese remedio resulte improcedente. La economía procesal aconseja extender el saneamiento de la nulidad a la mayor cantidad de casos y, por tanto, salvo disposición legal en contrario, creemos que debe considerarse como la regla general y que debe mantener la nulidad insanable como un remedio extremo, cuando la gravedad del vicio haga que el legislador la consagre; es decir, nos parece que las nulidades procesales deben ser sanables mientras la Ley no disponga lo contrario.

Carnelutti [21] dice que también deben considerarse insanables los casos de *inexistencia* del acto, y esto nos parece obvio cuando se trata de actos ejecutados por quien no es funcionario judicial, porque entonces no hay que revalidar. La regla general que enunciamos se aplica a los casos de nulidad y anulabilidad, que luego examinaremos. Del mismo concepto es Rocco [22], quien opina que «los actos procesales ineficaces pueden llegar a ser eficaces, siempre que no se trate de inexistencia del acto». Sin embargo, cuando se trata de actos inexistentes por omisiones en el curso del proceso, la situación es distinta, porque la sentencia y su ejecutoria produce su saneamiento de hecho, ya que no existe impugnación contra ella.

Nuestro Código Judicial consagra la regla general de que toda nulidad es sanable, mientras no exista norma expresa en contrario, en los artículos 449, 454, 455 y 459.

F) *Nulidades absolutas y relativas*

No hay que confundir la nulidad sanable y la insanable con la absoluta y la relativa. Estas son las que el juez puede o no declarar de oficio; aquellas, las que pueden o no ser eliminadas mediante la ratificación o allanamiento o convalidación, que de las tres maneras puede denominarse ese acto jurídico-procesal. Por eso existen nulidades absolutas que son sanables, razón por la cual se dispone que el juez de oficio las tramite, pero que antes de declararlas las ponga en conocimiento de las partes para que las allanen o convaliden, si lo estiman conveniente.

Por lo general, la doctrina da a esta clasificación el sentido de nulida-

---

[20] Véanse citas anteriores.
[21] Carnelutti: *Instituciones*, t. I, núm. 363, p. 535-36.
[22] Rocco: *Trattato*, t. II, p. 287, núm. 19.

des que pueden declararse de oficio por el juez (absolutas) o solo a petición de parte (relativas) [23].

CARNELUTTI [24] refunde las nociones de nulidad absoluta e insanables, pero nos parece más técnico diferenciarlas como lo acabamos de explicar.

G) *Nulidades totales y parciales*

Puede hablarse también de estas nulidades: las primeras afectan la totalidad del proceso, y las segundas solo una parte del mismo o un determinado acto. Ejemplo de aquellas son la falta de competencia o jurisdicción o la incapacidad o indebida representación de las partes; de las segundas, la falta de notificación a los herederos del litigante que muere.

Las nulidades parciales pueden comprender varios actos del proceso, como el trámite de un incidente o la actuación posterior a la muerte de un litigante; o pueden afectar a un solo acto procesal, como una notificación posterior a la cual no ha existido actuación, o una diligencia de absolución de posiciones o de reconocimiento de un documento o de inspección ocular, en la que se haya pretermitido el procedimiento, pero que no afecta los actos posteriores del proceso.

H) *Nulidades extensibles o no extensibles*

Hay *nulidades extensibles y no extensibles* al trámite posterior del juicio, como se deduce del párrafo anterior. Es costumbre decir que, por regla general, la nulidad procesal retrotrae el juicio al momento anterior a aquel en que ocurren, pero en verdad, tan frecuente es este caso como el contrario. Por eso preferimos enunciar el principio de que la *nulidad afecta los actos procesales que dependen del acto viciado,* pero no los que sean independientes de él. Este principio está consagrado en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil italiano, en los siguientes términos:

«La nulidad en un acto no importa la de los actos precedentes, ni la de los sucesivos que sean independientes de él.» Como observa CARNELUTTI [25], «el *punctum pruriens* de esta fórmula está en el concepto de la *dependencia* de un (otro) acto del procedimiento respecto del acto nulo.»

El artículo 455 de nuestro Código Judicial consagra como regla general la extensión de la nulidad a los actos posteriores, pero puede ocurrir el caso contrario, como cuando afecta un incidente aislado o una providencia que no forma parte del trámite normal del juicio y en el caso del artículo 453 del Código Judicial.

La extensión de la nulidad se refiere también a los efectos del mismo acto viciado, cuando son varios. De ahí que el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil italiano diga: «Si el vicio impide determinado efecto, el acto puede, sin embargo, producir los efectos para los que es idóneo.» Igualmente, cuando se trate de los actos mixtos o complejos, puede suceder que la nulidad

---

[23] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 285-86, núm. 17; REDENTI, ob. cit., t. I, núm. 61, p. 216; GUASP, ob. cit., ed. 1962, p. 303; ALSINA, ob. cit., t. I, p. 716 y ss.

[24] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 363, p. 535 a 537.

[25] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 362, p. 534.

afecte solo a la parte del mismo, como lo contempla el segundo inciso del mismo texto italiano: «La nulidad de una parte del acto no afecta a las otras partes que sean independientes de ella.» Estas dos hipótesis se basan también en la noción de dependencia de los efectos o de las distintas partes del acto. Ejemplos de la primera hay cuando se notifica por estado o edicto a varios demandados y para uno de ellos se requiere notificación personal, pues entonces el acto es nulo en cuanto al último, pero válido respecto a los demás, y cuando varias partes desisten en un mismo memorial de un recurso, pero una de ellas no tiene capacidad o facultades para hacerlo, no obstante lo cual el juez lo admite, porque el desistimiento se surte respecto de aquellas, pero no de esta; ejemplo de la segunda se encuentra en las providencias que disponen indebidamente varios trámites simultáneos, como notificar la demanda y abrir a prueba el juicio, cuando lo último debe ser posterior al vencimiento del traslado al demandado, pues la nulidad comprenderá solo la segunda parte del auto, pero la primera permanecerá válida.

Un ejemplo de nulidad no extensible y limitada en sus efectos aparece en el artículo 453 del Código Judicial colombiano, que dice: «En el juicio de concurso de acreedores, la ilegitimidad de la personería de alguno de estos o de su representante solo da lugar a que se anule lo actuado *en la parte referente a dicho acreedor*, si así lo pide este.» De este modo permanece válida la actuación respecto a los demás, a pesar de tratarse de los mismos actos.

Fuera del artículo anterior, nuestro Código contiene tres normas sobre los efectos de la nulidad: en el artículo 455, parte final del primer inciso, dice que se invalida el juicio «desde el estado que tenía cuando ocurrió la causal, quedando en firme actuación practicada antes», y en los artículos 455 y 459 trata de su allanamiento y su revalidación, aquella para sanearla antes de que se declare, y la segunda, después de declarada y para que sus efectos desaparezcan.

Explica REDENTI, gráficamente, la extensión de la nulidad por razón de la dependencia de unos actos respecto de otros, diciendo que en tal caso «caen todos ellos como un castillo de naipes»[26]. Afortunada frase, que demuestra la imposibilidad de conservar la vigencia de aquellos que quedan en el aire por privárseles de la necesaria base previa para su existencia.

Es importante la observación que hace CARNELUTTI[27] de que los actos anteriores al acto viciado de nulidad pueden resultar afectados por esta, porque exista entre ellos dependencia ineludible, de tal manera que carezcan de eficacia sin los actos subsiguientes anulados. De ahí que afirme, con razón, que «la dependencia de un acto respecto de otro no supone absolutamente la procedencia cronológica del segundo sobre el primero, y la extensión de la nulidad no opera solamente en el sentido del tiempo, sino, por el contrario, a pesar de este». Sin embargo, consideramos que no se trata de extender la nulidad a esos actos anteriores, que sin duda dejan de ser eficaces si la aludida dependencia existe, sino de que ellos, como observa REDENTI[28], sin ser nulos, pueden resultar inútiles, por faltarles los posteriores que les sirvan de necesario complemento o mediante los cuales se debían surtir sus efectos.

---

[26] REDENTI, ob. cit., t. I, núm. 62, p. 221.
[27] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 362, p. 534.
[28] REDENTI, ob. cit., t. I, núm. 62, p. 221.

I) *Nulidad, anulabilidad, inexistencia y revocabilidad*

Pasamos a estudiar estos cuatro grados de invalidez de los actos procesales.

a) *La nulidad.*—Cuando se dice que un acto jurídico es válido, se quiere afirmar que de él se originan todos los efectos jurídicos que, conforme a la Ley, le corresponden; es decir, que es un acto eficaz. Por el contrario, la invalidez de un acto significa su ineficacia. Por consiguiente, la nulidad consiste en la ausencia de los efectos jurídicos del acto, razón por la cual siempre se ha entendido como nulo el acto *quod nullum producit effectum*, cuando se debe a defectos de forma, competencia, capacidad o representación. Sin embargo, la ineficacia del acto puede ser consecuencia de errores que no conllevan nulidad, y por esto los dos términos no son sinónimos. Solo cuando la ineficacia es consecuencia de un vicio, se trata de nulidad.

No todo acto que adolezca de vicios es nulo. Existen casos en que, no obstante estar afectados por algún vicio, pueden lograr su finalidad por dos razones: *a*) porque el vicio sea eliminado; *b*) porque la nulidad aparezca como sanción *excesiva*, dadas las circunstancias prácticas en que se ha ejecutado. En el último caso estamos en presencia de una simple irregularidad [cfr. punto *c*)].

En el primer caso se produce la *rectificación del acto*, que consiste siempre en la ejecución de otro acto, gracias al cual se hace producir al primero el efecto jurídico que por razón del vicio no podía desarrollar, lo que equivale a eliminar ese vicio.

Esa rectificación puede revestir varias formas: cuando el acto viciado consista en una declaración (de parte, de juez o de tercero), requiere otra complementaria que se llama *confirmación*; cuando se trate de vicios subjetivos, de capacidad o representación, el nuevo acto proviene de persona distinta del autor del primero y se llama *ratificación*. También puede ocurrir que la persona afectada por el vicio del acto procesal, en lugar de denunciarlo, lo tolere y se comporte como si no existiese, en cuyo caso existe una *aquiescencia*[29]; en vista de que el efecto práctico del acto se cumple con la conducta del interesado, la nulidad deja de ser procedente (como cuando la falta de citación queda saneada por la comparecencia del demandado al juicio).

La rectificación (confirmación o ratificación) y la aquiescencia constituyen dos especies del concepto general de *convalidación* o *revalidación* de los actos procesales. Nuestro Código Judicial emplea el término *revalidar*, en el artículo 459, para referirse al saneamiento de los actos nulos después de declarada la nulidad, y los de *ratificar* y *allanar*, para la convalidación antes que el juez la declare, en los artículos 454 y 455.

Pero obsérvese que la *rectificación* exige un acto, a falta del cual el vicio existe y debe declararse; en cambio, la *aquiescencia* consiste en no ejecutar un acto (no reclamar contra el vicio), cuya ausencia hace que el vicio no se tenga en cuenta y no deba ser declarado. De aquí surge la diferencia sustancial entre estos dos remedios jurídicos, que origina la que a su vez existe entre *acto nulo* y *acto anulable*, que luego veremos.

Existen vicios que no pueden sanearse por ninguno de estos caminos, y en-

[29] CARNELUTTI: *Sistema*, t. III, núm. 551.

tonces se produce la nulidad inevitablemente. Lo cual conduce también a distinguir dos clases de nulidades: la *nulidad insanable*, que es la constituida por un vicio tan grave que impide su convalidación, y la *nulidad sanable*, que es la producida por un vicio convalidable. Cuando esta última ocurre, la nulidad existe, pero puede cesar si ocurre el hecho que hace desaparecer el vicio sin que, mientras tanto, el acto pueda producir efectos jurídicos. Suelen confundirse las nulidades absolutas con las insanables y las relativas con las sanables; pero, como vimos en los puntos *e*) y *f*), contemplan diversos aspectos de la nulidad.

Según observa CARNELUTTI, la doctrina ha explicado que ese evento que sanea la nulidad constituye un *equivalente* del requisito que falta, y su virtud curativa se explica, precisamente, por ocupar el puesto de aquel [30]. Por ello, puede decirse que el acto nulo sanable está sujeto a una condición suspensiva: la ocurrencia del hecho remedio, y por ello, mientras tanto, no puede producir sus efectos; pero producido ese evento, el acto deja de ser nulo y se convierte en válido, en cuyo caso se considera que así lo ha sido desde un principio y el cumplimiento de la condición produce efectos retroactivos.

La nulidad y la anulabilidad pueden corregirse también mediante la impugnación oportuna y la consiguiente revocación por el juez del acto viciado, cuando no han ocurrido otros posteriores que resulten contaminados. Entonces, al producirse la revocación, desaparece el acto nulo y, por consiguiente, la pertinencia de declarar su nulidad. Pero si existen otros actos dependientes del revocado y no sujetos a impugnación, será necesario declarar la nulidad para invalidarlos.

b) *La anulabilidad.*—Como observamos, hay que distinguir el acto nulo del anulable, aun cuando en la práctica sus consecuencias pueden asimilarse.

El acto nulo es el que inicialmente no produce sus efectos jurídicos mientras no se cumple un hecho que lo sanee, si esto es posible; el acto *anulable* es, por el contrario, *el que inicialmente produce todos sus efectos jurídicos*, no obstante que luego, si se cumple un hecho previsto por la Ley, esos efectos desaparecen; tal hecho consiste en la reclamación del interesado, que puede asumir también la forma de impugnación oportuna.

Por consiguiente, no es lo mismo acto anulable que acto nulo, pero sanable; en realidad, constituyen dos formas antagónicas de actos viciados. El primero está sujeto a una condición resolutoria, en forma que si no se cumple se le considera válido siempre, desde su ejecución, y por eso el juez no puede declarar el vicio hasta que ese evento no aparezca (la petición del interesado para que se decrete su anulación); el acto nulo sanable está sujeto a una condición suspensiva, y mientras no se cumpla esa condición (ratificación o confirmación), la nulidad existe, aun cuando el juez no pueda declararla de oficio. Tampoco la anulabilidad puede ser declarada de oficio, pero esta sola circunstancia no la identifica, porque es propia también de la nulidad relativa.

Como dice CARNELUTTI, «el acto anulable es *negotium purum, quod sub conditione resolvitur*; no es nulo porque, pese al vicio, produce sus efectos, pero es anulable, porque se puede resolver su eficacia» [31]. Y ROCCO [32] manifiesta que «los que pierden su eficacia solo cuando son objeto de una manifestación de voluntad de las partes interesadas, encaminada a producir su inefi-

[30] CARNELUTTI, ob. cit., t. III, núm. 551.
[31] CARNELUTTI, ibídem, núm. 552.
[32] ROCCO: *Trattato*, t. II, cap. VI, núm. 3, p. 269.

cacia, se llaman por algunos autores actos impugnables, pero mejor deben denominarse *actos anulables*». Esto significa que el acto anulable es eficaz y válido mientras no se declare su anulación. CHIOVENDA dice a este respecto: «La falta de un presupuesto, un defecto en el acto constitutivo, produce un defecto en la constitución de la relación procesal; y según que este defecto sea tal que el juez deba manifestarlo de oficio o que solamente la parte pueda hacerlo valer, puede hablarse también en la esfera del proceso de nulidad y de anulabilidad» [33]. Identifica el maestro italiano la nulidad relativa con la anulabilidad, cuya diferencia explicamos.

c) *La inexistencia.*—Distinguen los autores los actos nulos de los inexistentes, para efectos procesales, siguiendo la diferencia que para ellos se observa en el derecho material.

CHIOVENDA dice: «Si esta diferencia es discutible en la esfera del derecho sustancial, resulta, en cambio, necesaria, teórica y prácticamente, en el proceso» [34]. Y luego explica que, como para la existencia de una relación procesal se necesita una demanda y un órgano jurisdiccional a quien sea dirigida, «si la demanda se dirige a un particular o a un órgano jurisdiccional, pero sin poder de decisión (juez delegado, canciller, auditor judicial)», la relación no existe y no hay obligación de proveer. En cambio, «si la demanda se dirige a un órgano previsto de jurisdicción especial, pero en materia no atribuida a él por la Ley, la relación procesal es nula por defecto de jurisdicción, pero existe actualmente porque el juez especial tiene, por lo menos, la obligación de declararse incompetente». Asimismo, si la demanda no existe, tampoco hay relación procesal; si existe, pero no es notificada al demandado, hay relación, aun cuando este no forme parte de ella, y lo mismo sucede si se notifica por error a una persona distinta.

En el mismo sentido, dice CARNELUTTI que si el sistema de la nulidad relativa (se refiere a la sanable) y de la anulabilidad consiste en subsanar el requisito que falta, con un hecho posterior cuyo ejemplo más expresivo es la confirmación (incluyendo en esta la ratificación), el buen sentido enseña que no se puede producir confirmación cuando no *existe* un acto que puede ser confirmado; que es nulo el acto que no produce efectos jurídicos, pero que en ciertas condiciones podría producirlos, y que es inexistente cuando no puede producir efectos en ningún caso [35]. Y más adelante agrega: «Ello significa que la aquiescencia, en cuanto excluye la impugnación, convalida el proveimiento nulo, especialmente la sentencia, pero no el proveimiento inexistente» [36].

Por su parte, REDENTI [37] dice que la inexistencia se presenta *in rerum natura*, a pesar de que el Código no la contempla.

Pero la separación del acto nulo y el inexistente no es fácil, porque hay nulidades absolutas insanables. Sin embargo, *estos actos nulos insanables pueden llegar a producir efectos jurídicos*, cuando ya no procede su impugnación; en derecho procesal tenemos el caso de la falta de especial jurisdicción, cuando no es alegada ni declarada dentro del juicio, pues entonces, como el mismo CARNELUTTI lo observa, «la falta de impugnación actúa a manera de convalidación del auto nulo, especialmente de la sentencia, cuando esta incu-

---

[33] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, núm. 41 bis, p. 97.
[34] CHIOVENDA, ob. cit., t. II, núm. 41 bis, p. 100-01.
[35] CARNELUTTI: *Sistema*, t. III, núm. 562.
[36] Ibídem, núm. 564.
[37] REDENTI, ob. cit., t. I, núm. 61, p. 614.

rre en nulidad»[38]. En cambio, el acto inexistente, como advierte a continuación el mismo autor, no puede ser convalidado por la falta de impugnación. Se refiere CARNELUTTI a la sentencia que tenga impugnación, porque el vicio que aparezca en la sentencia final no sujeta a recursos en ese juicio, puede alegarse en juicio posterior, como él mismo enseña (cfr. núms. 318 y 319).

Observamos que, cuando se trata de actos de un particular que pretende obrar como juez, la falta de impugnación nunca puede comunicarles valor de actos procesales, pero no sucede lo mismo con *los casos de inexistencia de actos distintos de la sentencia que ocurran en el curso de un proceso ante verdadero juez, pues entonces la sentencia válida, si la hay, cuando es definitiva, convalida el juicio respecto de quienes hayan sido partes debidamente citadas y representadas* (cfr. núms. 318 y 319).

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 (cfr. núm. 315).

En este sentido, dice ROCCO: «Es inexistente el acto procesal de los órganos jurisdiccionales (típicamente los tres tipos de actos ya estudiados: sentencia, ordenanza y decreto), cuando carezca aún de aquel mínimo de elementos que pueden ser necesarios para que pueda existir como acto jurisdiccional», y PONTES DE MIRANDA habla de ausencia de los «presupuestos o requisitos esenciales»[39]. ROCCO cita como ejemplos la sentencia que carece de firma o a la cual le falta la de alguno de los magistrados que deben suscribirla, o la dictada por un particular o un funcionario administrativo.

Por nuestra parte, ponemos los siguientes ejemplos: si una persona demanda haciéndose pasar por otra, respecto de esta 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 o de todos los magistrados, no existe sentencia ni auto; si se presenta demanda ordinaria ante un funcionario administrativo, no existe proceso judicial; si un particular conoce de un juicio y dicta sentencia, sin que se trate de un tribunal de árbitros, no existe juicio ni sentencia (cfr. núms. 20 y 315).

No puede negarse la diferencia que hay entre estos casos y los de nulidad relativa o absoluta. El acto procesal absolutamente nulo existe, es un acto de funcionario investido de jurisdicción, no obstante que no produce efectos; el acto inexistente, por el contrario, no nace ni se produce.

Cuando una persona ocupa un despacho judicial sin haber sido nombrado para el cargo, no tiene jurisdicción, *no es juez* y, por consiguiente, está en situación distinta del que, siéndolo, no puede, sin embargo, ejercerla en un caso determinado. En realidad, contra una *sentencia así dictada, no es necesario oponer recurso alguno, pues basta desconocerla*; la declaración que podría pedirse respecto a ella no es la de su nulidad, sino la de su inexistencia.

Pero la situación es distinta cuando se trata de *actos inexistentes, pero aparentes, dentro de un proceso que cursa ante funcionario judicial*. Por ejemplo, si deja de hacerse una notificación o se hace a persona distinta y, sin embargo, se da por notificada la providencia; si se firma una sentencia con las iniciales del juez o deja de llevar su firma. Entonces, si bien es claro que el acto es inexistente, sus consecuencias pueden ser muy diversas.

[38] CARNELUTTI: *Sistema*, t. III, núm. 562.

[39] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 270; PONTES DE MIRANDA: *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. 1959, t. IV, p. 12.

En efecto, si la falta de notificación se refiere al auto de traslado de la demanda, hace que falte la citación de la persona, pero si esta ratifica expresa o tácitamente lo actuado, se subsana aquella falta, de acuerdo con el inciso final del artículo 450 del Código Judicial. Si la sentencia inexistente es de primer grado y las partes no lo alegan, y el superior, por error, dicta sentencia de segunda instancia, y esta se ejecutoría, el vicio queda también saneado; lo mismo pasa si en un caso similar al anterior la Corte dicta sentencia de casación que deje en firme la de segunda instancia, y, sin embargo, en realidad no se ha cumplido una instancia, ya que la falta de sentencia la ha dejado sin concluir. En el fondo existe una incompetencia del superior en esos casos, porque se están pretermitiendo las instancias, y como esa incompetencia no puede ser ratificada o allanada y puede declararse de oficio, ello constituye causal de nulidad absoluta; pero la falta de impugnación y la ejecutoría de la sentencia producen su saneamiento, de acuerdo con la regla general.

Como dice CARNELUTTI, cuando la parte interesada ha dispuesto de la impugnación, y por su culpa, al no usar de ella, concluye el proceso, no es aceptable su acción posterior para que en juicio distinto se declare la nulidad.

Pero, como el mismo profesor hace notar, repugna la presencia de un acto procesal contra el cual no exista ni impugnación ni invalidación [40]. Por eso, para la parte que no ha sido citada o representada, no se sanea la nulidad por la sentencia definitiva, como dispone el artículo 457 del Código Judicial colombiano; y si el vicio ocurre en esa sentencia, no sujeta a recursos, debe otorgársele acción en juicio posterior (cfr. núm. 319).

d) *La revocabilidad.*—La nulidad se refiere a la existencia de vicios que afectan la validez del acto; la revocación contempla *los defectos del acto que lo hacen injusto, a pesar de su validez y eficacia,* es decir, los errores de contenido [cfr. punto *a)* y núms. 301-302].

Surge nítidamente la diferencia entre invalidar y revocar un acto; la invalidación tiende a eliminar un acto nulo; la revocación, *a excluir la eficacia de un acto válido.* En el número 301 estudiamos esta cuestión.

Quien pide que se declare la nulidad de un acto, pretende invalidar; quien exige su revocación para reparar la injusticia que con él se ha cometido, *impugna.* Cuando se habla de impugnación de un acto, en estricta técnica, se está manifestando que ese acto es válido, pero que debe sustituirse por otro que sea justo; sin embargo, generalmente se emplea el término para designar tanto la petición para que un acto sea revocado, como la que se hace para que sea invalidado.

De lo anterior se deduce que cuando el vicio del acto no se refiera a una condición constitutiva, necesaria para su existencia, ni a un hecho impeditivo, que excluya sus efectos, la consecuencia ya no es su inexistencia o su nulidad, sino simplemente su revocabilidad. Es, pues, un remedio jurídico de naturaleza muy distinta de los anteriores. Sin embargo, puede impugnarse un acto nulo de juez para que sea revocado, en razón de su vicio, y el recurso debe prosperar si se interpone oportunamente. En tal caso la declaración de su nulidad se hace innecesaria.

En todas las legislaciones existe la tendencia a *generalizar la pertinencia de la revocación y a limitar la anulación y la nulidad de los actos procesales.*

---

[40] CARNELUTTI: *Sistema,* t. II, núm. 564.

Así sucede también en nuestro Código, y por ello la regla general está representada por aquella y la excepción por estas. De ahí que mientras todo acto del juez puede ser impugnado (sea mediante reposición o por apelación o casación), únicamente son nulos los que incurran en determinados vicios, pero sin que esto signifique que deban aparecer expresamente catalogados como motivos de nulidad en la Ley, porque como, ya vimos [cfr. punto *d*)], existen nulidades no contempladas expresamente, es decir, implícitas, cuando el vicio es esencial.

315. Falta de las firmas del secretario o del juez

Varios son los problemas que se presentan en los casos de faltar en las providencias judiciales las firmas de quienes intervienen en ellas.

A) *Falta de firma del secretario en las providencias y notificaciones*

La notificación es el acto de hacer saber a las partes la providencia. De ello se deja constancia en el expediente, bien sea que se haga personalmente o por acto secretarial o aviso.

La firma del secretario en la atestación tiene por objeto certificar que es cierto que el acto de la notificación ocurrió.

Las deficiencias en esta atestación no afectan la validez del acto o diligencia de la notificación que queda surtida cuando el edicto o estado reúnen los requisitos de ley y permanecen el tiempo requerido, o cuando al interesado se le hizo saber el contenido de la providencia y firmó en prueba de ello.

En consecuencia, la falta de la firma del secretario en la atestación, puesta en el expediente, de haberse notificado la providencia, no puede afectar la validez del acto cumplido. La firma del secretario solo atestigua que es cierto que el acto ocurrió; si olvidó ponerla, no por eso el acto deja de existir, y puede suplirse perfectamente con la prueba de que ocurrió en efecto.

Tampoco es necesaria la firma del secretario para la validez de la sentencia o cualquiera otra providencia que lleve las firmas del juez o de los magistrados que deben concurrir a su votación, porque no se trata de un requisito sustancial. Por tanto, la firma con que este funcionario está llamado a autorizar las providencias de aquellos, no puede constituir una formalidad esencial a la existencia jurídica del acto, susceptible, como tal, de producir nulidad; representa apenas un requisito de la autenticación o de forma respecto del acto jurisdiccional ejercido por el juez y cuya falta puede ser suplida mediante la aceptación expresa o tácita de las partes en cuyo interés se estableció, cuando a través de la notificación válidamente hecha lo consienten, o dejan vencer el término de la ejecutoria sin presentar reclamo alguno contra él; a la manera como pueden hacerlo en los contratos, para modificar consecuencias que, sin ser de su esencia, sí están en la naturaleza de la estipulación. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema colombiana.

Si para las sentencias la firma del secretario es apenas un requisito de autenticación, con mayor razón lo es en una notificación personal cuando este firma en prueba de ello, porque el acto consiste en hacer conocer la providencia al notificado, de lo cual no queda duda alguna.

También GUASP [41] considera que la autorización de las providencias y notificaciones por el secretario es cuestión de constancia. «La autorización—dice—por el secretario: artículos 249 a 251», plantea «un problema de constancia de los actos más que de regulación de la forma escrita».

El Código de Procedimiento Civil italiano contempla la nulidad de las notificaciones, en su artículo 60, solo «cuando no se observan las disposiciones acerca de la persona a quien debe ser entregada la copia, o si hay absoluta falta de certeza sobre la persona a quien se le ha hecho o sobre la fecha», a menos que el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su finalidad (art. 156) y siempre que la parte en cuyo interés debía practicarse el acto la solicite (art. 157). Para CARNELUTTI [42], cuando la notificación resulta viciada, pero «el hecho demuestre que ha ocurrido así, la nulidad del acto que, aun cuando defectuoso, ha logrado, sin embargo, su finalidad, sería una pérdida inútil. En tal caso, por tanto, el alcanzar la finalidad, no obstante el vicio del acto, constituye un equivalente del requisito que falta, el cual *sana el vicio* o, en otras palabras, *convalida el acto viciado*».

La validez de esas notificaciones, que en todo caso han cumplido su función, está de acuerdo con el concepto generalizado en la doctrina y consagrado en el artículo 156 del Código italiano, que excluye la nulidad siempre que el acto haya cumplido su finalidad. En este sentido, dice EDUARDO PALLARES [43]: «Cuando, a pesar de faltar al acto determinada forma, realiza dicha función o, lo que es igual, cumple el fin para que fue establecido, el acto será válido.» ROSENBERG [44] expresa, en el mismo sentido, que «si se produce la *testificación* de modo defectuoso, ello no tiene importancia si la notificación en sí estuvo en orden». Y, por su parte, COUTURE [45] advierte que «la sentencia es, en primer término, un acto jurídico», distinto del documento que la contiene, por lo cual considera que inclusive la falta de firma de uno de los magistrados no la invalida, si votó favorablemente, concepto que estudiaremos en el punto siguiente y que es aplicable a toda clase de providencias y de actos procesales en general. Esta diferencia entre el acto jurídico y su prueba es todavía más clara tratándose de notificaciones.

B) *El caso de la sentencia o providencia de otro orden que carezca de la firma del juez o de los magistrados que la dicten*

Toda providencia judicial debe llevar la firma del juez o de los magistrados que la dicten. ¿Qué consecuencia tiene la omisión de este requisito?

Como observamos al final del punto anterior, COUTURE sostiene que la falta de firma de uno de los magistrados que dictó la sentencia no la afecta de nulidad, si reunió los votos necesarios para su aprobación por la sala [46]. Para el ilustre profesor uruguayo, la sentencia se dicta en el momento en que es aprobada por la votación afirmativa de los magistrados que deben concurrir para ese fin, pues «reunidos los tres votos de sus titulares, el tribunal ha

---

[41] GUASP: *Derecho procesal civil*, 1956, p. 307, ed. 1962, p. 296.
[42] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 374, p. 546.
[43] PALLARES: *Derecho procesal civil*, México, 1961, p. 93.
[44] ROSENBERG: *Derecho procesal civil*, t. I, núm. 71, p. 436.
[45] COUTURE: *Estudios*, t. III, p. 30 y ss.
[46] COUTURE, cita anterior.

hecho sentencia», y más adelante agrega: «La Ley y la sentencia existen desde que existe el acuerdo de voluntades necesario para su sanción», y concluye: «Viene luego un proceso posterior que es rigurosamente documental (instrumental) y no sustancial. La sentencia acordada debe ser redactada y suscrita; el proyecto de ley aprobado debe ser redactado y comunicado a los órganos competentes para su promulgación. Pero la doctrina es muy firme en distinguir cuanto atañe a la sentencia-acto y a la sentencia-documento. El documento es la representación del acto. Lo que llamamos habitualmente sentencia, cuando tenemos el legajo de papel en la mano, no es sino el documento que representa la sentencia; su prueba, no su sustancia jurídica; el retrato, no la persona. Por supuesto que no hay sentencia completa sin documento: *in sollemnibus forma dat esse rei*. Pero conviene distinguir con toda nitidez lo que atañe a la sentencia en cuanto acto y lo que se refiera a ella en cuanto documento» [47].

Los comentarios de COUTURE se refieren al caso que allí relata de una sentencia a la cual le faltó la firma de uno de los magistrados, debido a error de la secretaría. No contempla el caso de que falte la firma de todos o de la mayoría de los magistrados o del juez único.

Diametralmente opuesto al concepto de COUTURE es el de REDENTI. En dos lugares estudia el ilustre profesor de Bolonia esta materia. En el primero dice [48]: «Una nulidad absoluta e insanable parece que hay que ver contemplada textualmente en el artículo 161, ap., donde se lee que la regla de la primera parte no se aplica cuando la sentencia carezca de la firma del juez. Entonces quedará por ver si es formalmente posible una apelación o un recurso de casación; pero lo cierto es que si no es proponible o, como quiera que sea, no se propone en término el medio de impugnación, la nulidad seguirá siendo siempre oponible en cualquier momento y en cualquier sede, frente a todo aquel que quiera invocar para cualquier efecto la providencia nula.» Y en el segundo agrega [49]: «En cuanto al caso de nulidad de la sentencia por defecto de firma (caso del artículo 161, segundo apartado), mencionado en el artículo 354, el principio del doble grado entra en danza bajo un aspecto distinto. Aquí la sentencia es absoluta e insanablemente nula; pero la causa, a los ojos de la Ley, no ha sido decidida. Si se consintiera al juez de segundo grado el pronunciar en cuanto al fondo, tendríamos sobre esta una sola (única) sentencia, en vez de dos sucesivas. Es lo que se ha querido excluir. Pero, lógicamente, nos parece que en este caso la remisión al juez de primer grado no debería reabrir el estudio de la causa *inter partes* ante él, sino dar lugar solamente a las formalidades necesarias para que el juez de primer grado pudiera pronunciar sobre la causa en el estado en que se hallaba en el momento en que había pasado por primera vez a decisión. La que se debe renovar en sustancia es solamente la actividad del juez.»

Aun cuando expresamente no lo dice REDENTI, creemos que de su exposición se deduce que debe retrotraerse el juicio al estado que tenía en el momento de dictarse la primera sentencia, lo que implica la nulidad del trámite seguido ante el superior. Nada dice REDENTI sobre el caso de que falta la firma de alguno de los varios magistrados que concurrieron a dictar la providencia. Creemos que su concepto se refiere al caso de falta total de firma.

Es conveniente conocer el texto de los dos artículos del Código italiano que

[47] COUTURE: *Estudios*, t. II, p. 307-08.
[48] REDENTI: *Derecho procesal civil*, t. I, núm. 63, p. 223.
[49] REDENTI, ob. cit., t. II, p. 108.

cita REDENTI. El artículo 161 dice: «La nulidad de las sentencias sujetas a apelación o a recurso de casación solo puede hacerse valer dentro de los límites y según las reglas propias de estos medios de impugnación. Esta disposición no se aplica cuando la sentencia carezca de la firma del juez.» El artículo 354 dispone que el juez de apelación puede remitir la causa al primer grado, entre otros casos, cuando «declare la nulidad de la sentencia de primer grado, al tenor del artículo 361, segundo apartado».

Sobre el particular, expone CARNELUTTI lo siguiente: «En cuanto al modo, la sentencia se forma por medio de *escrito* que lleva la fecha en que se ha tenido lugar la deliberación (*infra*, núm. 343) y la *firma de los jueces* que han participado en ella (art. 132, núm. 5; cfr. art. 119, disp. apl.); el contenido de la firma y de la fecha está regulado por el principio de la libertad de forma (*supra*, núm. 239), de manera que, en particular, solo podrá considerarse que falta la firma cuando del signo puesto al pie del documento, no se pueda deducir que esté nominalmente denotando el juez indicado en la cabecera del propio documento; si alguno de los jueces no puede firmar, por muerte o por otro impedimento, es suficiente la firma de los otros componentes del colegio, siempre que antes de ella se mencione el impedimento» [50]. La parte final del párrafo anterior es reproducción de lo dispuesto por el ordinal 5.º del artículo 132 del actual Código de Procedimiento Civil italiano, que dice: «Si alguno de los jueces que ha deliberado la sentencia no puede firmar, por muerte u otro impedimento, es suficiente la firma de los demás componentes del colegio, siempre que antes de ella se mencione el impedimento». Por tanto, esta norma expresa del Código italiano resuelve el problema, cuando se trata de impedimento para la firma, inclusive por muerte, pero no de olvido en hacerlo.

En otro lugar dice CARNELUTTI [51]: «Con la clausura de la votación se agota la formación colegial de la declaración, pero no la forma de esta, para la cual es necesaria la redacción de la fórmula de la declaración y la escritura; esta otra fase de la formación del acto no tiene lugar, sin embargo, colegialmente, sino por obra singular de alguno o de cada uno de los jueces.» Más adelante, al hablar de las nulidades insanables [52], incluye la sentencia dictada por el instructor cuando debía serlo por el colegio, o por menor número de jueces del exigido por la Ley, u oralmente, cuando debía ser escrita. Al tratar de la rectificación o corrección de la sentencia [53], dice el maestro italiano que, de acuerdo con el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias contra las cuales no se haya propuesto apelación pueden ser corregidas por el juez «cuando este haya incurrido en omisiones o en errores materiales de cálculo», y explica esto diciendo que «el concepto de omisión es claro *defecto en la sentencia de algo que debe existir en ella*; bajo este aspecto debe considerarse en particular el artículo 132 (*supra*, núm. 339), con sus prescripciones de contenido; cualquiera de los objetos que en él se indican que no se encuentre, se tratará de una omisión». Pero luego advierte que no debe exagerarse el sentido literal, porque si falta la motivación no sería posible la corrección, pues equivaldría a pronunciar una nueva decisión.

Del último pasaje transcrito se deduce que, para CARNELUTTI, la omisión

[50] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. I, núm. 339, p. 489.
[51] CARNELUTTI, ob. cit., t. I, núm. 343, p. 496.
[52] CARNELUTTI, ob. cit., t. I, núm. 363, p. 536.
[53] CARNELUTTI, ob. cit., t. I, núm. 371, p. 542-44.

de la firma del juez es subsanable o corregible, cuando se trate de sentencias contra las cuales no se haya propuesto apelación, es decir, mientras el juicio permanece en el despacho del juez cuya firma faltó. Nada dice respecto del caso de falta de firma cuando el juicio está al conocimiento del superior de quien la omitió; pero, *a contrario sensu*, se deduce que entonces el defecto no es corregible y, por tanto, se estructura una causal de nulidad, como explica REDENTI. Tampoco contempla el caso de que solo falte la firma de alguno de los varios magistrados que concurren a pronunciar la sentencia.

ROCCO, por su parte, incluye entre los errores *in procedendo* el incumplimiento de las formalidades del artículo 132 del Código de Procedimiento Civil [54], que enumera los requisitos de contenido de la sentencia, y entre ellos su firma, con la salvedad que ya vimos cuando ha existido un impedimento para la firma de alguno de los magistrados. Sin embargo, no hemos encontrado su concepto expreso sobre esta materia.

GUASP [55] manifiesta que «la sentencia es, por su forma, una declaración y no una manifestación de voluntad. La disposición externa de tal declaración es la escrita». Más adelante, agrega: «Desde el punto de vista formal, se puede, pues, hablar de la sentencia como un *documento*; cuando la sentencia es firme, el documento público y solemne en que se refleja se llama ejecutoría.»

Explica luego [56] el procedimiento de la sentencia, en sus diversas fases: la redacción por el juez, la documentación o transcripción de la sentencia a los autos y como un auto de constancia, su firma por el juez o los magistrados que la dictan, su publicación, su notificación, su deliberación y votación cuando es de un colegio judicial. Al tratar del último punto, dice GUASP: «Votación es aquel acto de un colegio judicial en el que cada uno de sus componentes emite su parecer sobre la cuestión o cuestiones discutidas, con el fin de que sea este parecer el que prevalezca como decisión, atribuyéndose el valor de tal a aquella opinión que haya obtenido una preferencia numérica, más o menos intensa, sobre los demás.» Explica luego que en España, una vez aprobada la sentencia mediante la votación, previa redacción de la misma por el ponente, se extiende en papel sellado de oficio, con las modificaciones que la sala le haya introducido, y se firma. «El documento extendido de este modo y firmado, que se verá a continuación, constituye el original de la sentencia, el cual no se incorpora a aquellos autos, sino que se recoge y guarda por el presidente de la sala para formar con él el *registro de sentencia* [57]. En los autos queda constancia de la sentencia por una certificación literal de la misma que expide el secretario y lleva el visto bueno del presidente de la sala.

Se deduce de lo anterior que para GUASP la sentencia colegiada se distingue del documento que lo constituye y que permanece original en los archivos del tribunal; además, que existe decisión desde el momento en que ella es aprobada por la mayoría de la sala. Pero considera la firma de la sentencia como uno de los requisitos de su formación, y como tal lo examina, tanto cuando procede de un órgano jurisdiccional unipersonal como de uno colegiado. No encontramos su concepto sobre las consecuencias de la falta de firma del juez o de alguno de los magistrados cuando sea un acto de sala.

[54] ROCCO: *Trattato*, t. II, cap. VI, núm. 11, p. 281.
[55] GUASP: *Derecho procesal civil*, 1956, p. 558, y ed. 1962, p. 536.
[56] GUASP, ibídem, p. 560-61, y ed. 1962, p. 538.
[57] GUASP, ibídem, ed. 1956, p. 564, y ed. 1962, p. 541.

La Corte colombiana consideró como simple requisito formal la firma del secretario, principalmente porque «la facultad de decisión en que se traduce la competencia es función privativa del juez a quien la Ley se la atribuye»; es decir, porque aquel no decide, sino que da fe de que el juez lo hizo, por lo que no la considera como motivo de nulidad. La Corte estima que la falta de firma del juez es un requisito esencial, cuya falta acarrea nulidad, en lo que estamos de acuerdo, cuando se trata de una providencia unipersonal, o de falta de todos los magistrados, o de uno o varios cuando es colegiada, con la salvedad de que en los dos primeros casos hay inexistencia y en los últimos nulidad.

Cuando la providencia sea dictada por un magistrado, correspondiéndole a la sala, o por un número menor de los que deben formularla, existe nulidad por falta de competencia funcional (cfr. núm. 48).

En nuestro concepto, es necesario distinguir varias situaciones:

1.ª Cuando hay falta total de firmas, por tratarse de una providencia de juez unipersonal, o por no aparecer la de ninguno de los magistrados de la sala, no puede dudarse de que hay una verdadera inexistencia del acto procesal en los sistemas que, como el nuestro, no contemplan las decisiones puramente orales. En un sistema que consagre la aprobación oral de la sentencia por la sala, de lo cual se deja constancia en un acta o en un documento que solo sea firmado por el presidente y el secretario, podría separarse el acto decisorio de la firma del documento en que conste. Pero en nuestro sistema procesal (como en el italiano, el argentino e inclusive el español), se identifican en la práctica el acto procesal mismo con el documento que lo contiene y la firma con la actividad decisoria del funcionario, es decir, con el hecho de haber intervenido en su pronunciamiento, sea que haya votado favorable o desfavorablemente. Cuando se trata de actos colegiados puede decirse también que la firma sin salvamento de voto se identifica con el voto favorable para la aprobación de la sentencia. Por consiguiente, la falta total de firmas equivale a que el acto no fue pronunciado, es decir, a su inexistencia.

2.ª Cuando se trata de un acto colegiado que fue aprobado y firmado solo por la minoría de los magistrados que debían proferirlo, es decir, que le faltó la aprobación y la firma de la mayoría, el acto procesal existe, porque quienes lo firman ejercen jurisdicción, pero habrá una nulidad absoluta e insanable, es decir, declarable de oficio e imposible de convalidar o allanar, equivalente a la que se presenta cuando un magistrado profiere una decisión que por la Ley correspondía a la sala o lo hacen varios, pero en número inferior al exigido por la Ley. Opera entonces el factor funcional de competencia, que no es prorrogable.

3.ª Cuando el acto es colegiado y fue aprobado oralmente durante las discusiones en sala por todos los magistrados o por la mayoría, y, sin embargo, se omite la firma de uno o de algunos de ellos, el acto existe, pero afectado de la misma nulidad absoluta e insanable, por las razones expuestas en los dos puntos anteriores, al menos en nuestro sistema legal y en los similares. Mientras el magistrado no haya firmado la providencia, puede variar de opinión y, por tanto, puede decirse que solo con su firma emite definitivamente su voto, y por ello equivale a no haberse pronunciado por el número de magistrados exigidos por la Ley.

Cuando la providencia fue acordada oralmente en sala por la mayoría o la totalidad de los magistrados, existen modalidades especiales que permiten

sostener, como lo hace COUTURE [58], que no hay nulidad, porque la decisión quedó adoptada en realidad y se trata de un simple error de copia en el documento que la contiene, que no afecta su validez. En nuestro concepto, esta tesis es aceptable solo en sistemas que establezcan el fallo oral en sala y que dispongan que de su deliberación y decisión se elabore una simple acta o constancia que lleve la firma de quienes concurrieron a la respectiva sesión; pero no en los sistemas que, como el nuestro, el español y el italiano, exigen la firma de la sentencia misma e identifican así el acto de firmarla con su pronunciamiento, como lo expusimos atrás.

4.ª Por otra parte, es indispensable tener en cuenta que cuando la sentencia que adolece de falta total o parcial de firmas ocurre en primera instancia, y el superior dicta sentencia definitiva de segunda instancia, o bien ocurre en segunda, pero la Corte tramita y falla la casación, sin anular lo actuado, la nulidad se convalida y desaparece la oportunidad de alegar la inexistencia del acto o su nulidad y la de los actos posteriores que dependían de aquel, como lo expusimos en los números 314, punto 3, y 19, letra *f*). La razón de ello está en que la ejecutoria de la última sentencia válidamente proferida precluye el debate, a menos que se consagre la acción de nulidad en juicio posterior para el caso de falta de competencia o de vicios en el trámite del juicio, lo que en Colombia no ocurre. En cambio, si el vicio se presenta en la sentencia final subsiste la nulidad. Solo quien no dispuso de oportunidad para invocar el vicio durante el juicio, por no haber concurrido a él o por producirse en la sentencia final, puede reclamarlo en juicio posterior (cfr. números 318 y 319).

Por las mismas razones no es posible alegar la nulidad o la inexistencia de una decisión interlocutoria ni de los actos posteriores que de ella dependan, sea que ocurra en primera o segunda instancia o durante el trámite de la casación, cuando el juicio concluye con sentencia definitiva que no esté sujeta a recursos o se ejecutorie. Esa sentencia convalida el juicio respecto de quienes hayan sido partes debidamente representadas.

5.ª Cuando la falta de firmas se presenta en la sentencia de primer grado, el superior debe decretar la nulidad de toda la actuación desde aquella inclusive en adelante y enviar el negocio para que se proceda a firmarla, si existe el mismo juez o los mismos magistrados que la dictaron, o a repetirla, en el caso contrario. En cambio, si se trata de providencias interlocutorias, solo debe pronunciarse la nulidad de la actuación posterior del juicio cuando dependía de aquella, es decir, si no era posible continuarla sin estar válidamente pronunciada y ejecutoriada; en los demás casos se debe repetir la providencia si se trataba de un auto aislado, y ello es aun posible, o anular el trámite incidental y repetirlo, si el juicio permanece en la misma instancia, o si la parte lo plantea de nuevo, si está en segunda instancia y la Ley lo permite. Nos remitimos a lo expuesto sobre la extensión de la nulidad en los números 314 y 320, ya que deben aplicarse las reglas generales que al respecto rigen el sistema de las nulidades.

6.ª Si la sentencia que adolece de falta de firmas es la de primera instancia, y fue notificada y se dejó ejecutoriar, aparentemente, cualquiera de las partes puede pedirle al juez en cualquier momento que subsane el defecto, porque, en realidad, el juicio no ha concluido. Si en esta hipótesis se trata

[58] COUTURE, cita anterior.

de la sentencia de segunda instancia y no se ha interpuesto casación dentro del término legal a partir de su notificación, o no era susceptible de ese recurso, o se trataba de la sentencia de la Corte, la solución es la misma, aun cuando falten parcialmente las firmas y, por tanto, haya una nulidad y no inexistencia del acto, porque se trata de un requisito en la forma misma de la sentencia, y mientras este no se subsane, no ha concluido la competencia del juzgador, ni se ha cumplido con la obligación de jurisdicción, que tanto el derecho de acción como el de contradicción le imponen (cfr. núms. 21, 85 y 103).

7.ª Siempre que se formule el reclamo oportunamente ante el mismo juez o tribunal que dictó el auto o sentencia, se debe proceder a completar su firma y a repetir su notificación, porque debe considerarse que la providencia es dictada en esa fecha. Igualmente, cuando se decrete la nulidad y se ordene retrotraer el proceso o el incidente o la especial actuación al momento de la providencia sin firma o con firma incompleta, una vez que se haya firmado o completado su firma cuando subsisten los mismos jueces o magistrados, o que se haya repetido cuando estos son total o parcialmente distintos, se debe notificar de nuevo, por la misma razón (cfr. núm. 320).

En todos estos casos, las partes deben formular nuevamente los recursos que contra la primera providencia interpusieron, si desean mantenerlos, y quien no recurrió antes puede hacerlo entonces.

8.ª Nuestro Código Judicial exige la firma completa de los jueces y magistrados en toda clase de providencias (art. 349). Sin embargo, esta irregularidad no causa nulidad. Las razones expuestas en los puntos anteriores en favor de la nulidad cuando falta la firma no son aplicables a este caso, porque no puede dudarse de que quien firma irregularmente aprobó o pronunció el acto.

316. NULIDAD POR VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO: POR PRETERMISIÓN DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO, POR SEGUIRSE UN PROCEDIMIENTO EQUIVOCADO Y POR FALTA DE MOTIVACIONES EN LA SENTENCIA. TEORÍA DEL ANTIPROCESALISMO

A) *Nulidad por violación de la garantía constitucional del debido proceso*

El artículo 26 de la Constitución Nacional dice en su primer inciso: «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.» Norma similar a esta se encuentra en muchas constituciones y debe considerarse implícita cuando no exista.

Esta norma consagra la garantía constitucional del debido proceso, que se descompone así: juzgamiento por juez competente y de acuerdo con la plenitud de las formas procesales establecidas por la Ley para cada caso. Además, establece la garantía sustancial de la no imposición de condenas con base en leyes inexistentes en el momento de ocurrir el acto que se impute, de aplicación principalmente en el ramo penal y que establece más ampliamente el artículo 28 de la misma Carta.

La ley procesal desarrolla la garantía constitucional del debido proceso al establecer los procedimientos y señalar las jurisdicciones y competencias. En

los primeros se consagra el derecho a ser oído o por lo menos a recibir la oportunidad de defensa, para ser juzgado, tanto en materia civil, laboral, comercial o contencioso-administrativa, como en lo penal, fiscal y de aduanas; de ahí la necesidad de notificar al demandado el auto que admite la demanda, o de emplazarlo y designarle un defensor de oficio (curador *ad litem*) y de citar en una de estas dos maneras a los terceros que la Ley considere partes necesarias para adelantar el juicio, como a los presuntos acreedores en el juicio de quiebra o en el ejecutivo cuando se acepta una tercería. Pero también se establece en los códigos procesales el trámite ordinario o especial que el legislador considere mejor para cada especie de proceso, las instancias de que debe constar, la forma de practicarse las pruebas y los traslados necesarios para el ejercicio del derecho de defensa y de acción.

La violación de esa garantía constitucional del debido proceso es considerada por la doctrina generalmente como un motivo de nulidad tan importante que, como dice COUTURE [59], ni siquiera la Ley puede desconocer el derecho de defensa sin quedar viciada de inconstitucionalidad.

EDUARDO PALLARES [60] acoge esta opinión, en cita que hace de JACINTO PALLARES. En el número 314 vimos que la doctrina, por lo general, acepta que la enumeración de las nulidades en los códigos no es taxativa y que existen otras que pueden considerarse implícitas, a menos que una norma legal diga lo contrario, como sucede en el Código francés, pero no en el nuestro, razón por la cual consideramos que en Colombia debe acogerse aquella conclusión.

Cuando los códigos de procedimiento establecen expresamente la nulidad por falta de competencia o jurisdicción, indebida representación o incapacidad y falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, le dan cumplimiento parcialmente al precepto constitucional; pero dejan de contemplar de manera expresa el caso en que se pretermitan las formas propias del proceso o se siga este por un procedimiento diferente al señalado en la Ley, o no se motiva la decisión.

Creemos que cuando se pretermite el procedimiento, por sí sola tal infracción es constitutiva de nulidad.

De acuerdo con nuestra tesis y la generalmente aceptada por la Corte colombiana, existe esa nulidad y su alegación forma parte de los derechos fundamentales que la Carta consagra. Si bien en estricta lógica no existe en ese caso incompetencia, y mucho menos falta de jurisdicción, puede catalogársele en la primera, ya que solo se ejerce correctamente la jurisdicción cuando se obra de conformidad con las leyes procesales.

Naturalmente, no toda informalidad ni cualquier error de procedimiento puede conducir a la nulidad, sino *aquellos que afecten el derecho de defensa y la debida contradicción,* tales como la no apertura a prueba cuando era procedente, la pretermisión de una instancia, el no dar traslados para alegar, el omitir completamente las motivaciones de la sentencia, el seguirse un trámite distinto del señalado por la Ley (un juicio ordinario cuando debía ser especial, o viceversa, o uno especial distinto del que correspondía), la no suspensión del juicio civil por la investigación penal cuando sea procedente (cfr. núm 291), la falta de firma del juez o de todos los magistrados o de uno o algunos de estos, si no hay sentencia posterior de segunda instancia o casación que la

[59] COUTURE: *Estudios,* t. I, p. 19, 55 y 193.
[60] PALLARES: *Derecho procesal civil,* México, 1961, p. 54.

sanee, como estudiamos en el número 315, y el condenar expresamente en la sentencia definitiva a quien no fue parte inicial ni interviniente en ese juicio.

Cuando el vicio ocurra en la sentencia final, las partes carecen de oportunidad para alegarlo en el mismo proceso, y, por tanto, debe otorgarse la acción en juicio posterior. En los demás casos debe ser alegado en el curso del juicio.

También se relacionan con la violación de la garantía constitucional los casos de nulidad por falta de competencia o jurisdicción en el funcionario, de ilegitimidad de personería adjetiva, de carencia de capacidad o debida representación en una de las partes y de falta de debida notificación de la demanda, o de las citaciones o emplazamientos que ordena la Ley. Pero como estas nulidades están contempladas expresamente en los códigos de procedimiento, deben alegarse con fundamento en la norma que las consagre.

El interesado en pedir la nulidad por alguno de los motivos que signifiquen violación de la comentada garantía constitucional debe explicar cuáles son los trámites pretermitidos o el procedimiento que correspondía seguir, y señalar las normas procesales que se dejaron de aplicar.

En el número 314, punto *d*), expusimos la doctrina de los principales autores sobre las nulidades implícitas, a la cual nos remitimos ahora, por tener una directa aplicación como fundamento de la tesis que aquí defendemos.

B) *Nulidad por grave pretermisión del procedimiento*

Al estudiar la nulidad por violación de la garantía constitucional del debido proceso, vimos que en ocasiones se trata de una grave pretermisión del procedimiento, que afecta al derecho de defensa de las partes, como sucede cuando se omite una instancia, o el traslado para alegar, o la apertura o pruebas del juicio, o su suspensión por razón de un proceso penal.

La grave pretermisión del procedimiento puede presentarse también cuando el juez desconoce los períodos preclusivos del juicio [cfr. núm. 19, letra F)], como ocurriría si abre el juicio a pruebas antes de vencerse el traslado de la demanda a todos los demandados, o cuando se dicta sentencia sin haberse vencido la etapa probatoria, o cuando, sin haber concluido la primera instancia, asume el superior su conocimiento y dicta sentencia de segunda.

En estos casos y en los análogos es nula la providencia del juez, y también son nulos los actos posteriores del juicio que dependan de aquella o que deban realizarse necesariamente con posterioridad.

Otros casos de grave pretermisión del procedimiento existen cuando el juez practica una diligencia judicial en días inhábiles, salvo que la Ley lo autorice expresamente para ello, o en fecha u hora distintas de las señaladas previamente, a menos que todos los interesados del proceso voluntario o todas las partes del contencioso la consientan expresa o tácitamente (lo último por haber concurrido sin formular objeción) o ratifiquen lo actuado. Con esta pretermisión se lesiona en realidad el derecho de defensa, y, por tanto, son aplicables las razones que en el apartado anterior expusimos. Sin embargo, cuando se trate de medidas preventivas antes del juicio, ninguna importancia tiene el practicarlas en día u hora diferente a los señalados.

Nuestra Corte ha hablado en diversas ocasiones de nulidad por pretermisión del procedimiento o inobservancia de las formas propias del juicio.

C) *Nulidad por procedimiento equivocado o inadecuado*

El caso de inadecuación del procedimiento, es decir, de seguirse el juicio por un procedimiento diferente del señalado por la Ley para la demanda, se ha prestado a discusiones. Nuestra Corte lo ha considerado como motivo de nulidad y ha aceptado la procedencia del recurso de casación contra las sentencias dictadas por los tribunales en segunda instancia, en juicios ordinarios, cuando el procedimiento que debía seguirse era el especial.

En España, las opiniones están divididas en este punto. MANUEL MORÓN PALOMINO [61] defiende la tesis de que si al juicio le correspondía un procedimiento de mayor cuantía y se sigue por el de menor, o por el verbal, siendo este inadecuado, opera la nulidad por brindar el empleado menores garantías; pero que si es a la inversa, e igualmente cuando se adelante por la vía plenaria del ordinario un proceso que tiene señalado un trámite especial, no puede ocurrir la nulidad porque las partes han disfrutado de mayores garantías, siempre que exista competencia en el juez.

Para este autor, «la mayor o menor intensidad del defecto de adecuación parece guardar relación con el mayor o menor grado de garantía del procedimiento que se estime inadecuado. Como el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía es el que ofrece mayores garantías, aunque por su cauce se tramite indebidamente un pleito, solo con enorme limitación podrá denunciarse la inadecuación: al demandado le es permitido reclamar dentro de los cuatro primeros días del plazo concedido para contestar la demanda (art. 492)». En otras palabras, si el demandado no acepta el procedimiento ordinario, debe reclamar contra el auto admisorio de la demanda. Y más adelante dice: «La inadecuación provoca la nulidad cuando el procedimiento inadecuado ofrece menores garantías que el adecuado: no en caso contrario.» Es la tesis de los ZULETA ANGEL [62]. En España esta doctrina encuentra apoyo en el artículo 491 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque allí se dispone que el juez de primera instancia dará al juicio la tramitación que corresponda conforme a lo solicitado por el actor», salvo que se crea incompetente por razón de la cuantía litigiosa, de lo cual deduce MORÓN PALOMINO que el juez no puede rechazar la demanda por venir enderezada por el procedimiento ordinario, a pesar de tener señalado uno especial. Como esta norma no existe en nuestro Código Judicial, el juez en tal situación debe rechazar la demanda, según dijimos en el número 228. Esta importante diferencia refuerza nuestra opinión adversa a la aplicación de esa doctrina entre nosotros.

GUASP [63] considera muy dudosa la solución que excluye la nulidad cuando el procedimiento escogido sea el ordinario en vez de uno especial. La jurisprudencia española no ha sido uniforme sobre el particular; MORÓN PALOMINO cita una sentencia de la Sala primera de lo civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, del 3 de mayo de 1956, en la cual se sostiene la tesis contraria, con el fundamento de que la Ley le asigna a determinado juez el conocimiento de un negocio «por una determinada vía, que, en definitiva, influye en la clase de

---

[61] MORÓN PALOMINO: *La nulidad en el proceso civil español*, p. 98-105.

[62] ALBERTO ZULETA ANGEL: *Conferencias sobre casación*; EDUARDO ZULETA ANGEL: *Salvamento de voto a sentencia de la Corte*, G. J., t. XIII, núms. 1.909-1.910, p. 626 y 636.

[63] GUASP: *Comentarios*, t. II, p. 144.

recurso a utilizar contra la sentencia que recaiga en la apelación, y la sala del tribunal supremo que conozca del mismo, y según enseña la sentencia de este mencionado tribunal de 14 de mayo de 1946, las garantías procesales que la Ley establece mediante la fijación de las normas de procedimiento adecuadas a la especial naturaleza de las distintas acciones que pueden ejercitarse, es algo que, por afectar el orden público, ni puede ser alterado por las partes ni desconocido por los jueces y tribunales, quienes, como rectores del proceso, están obligados a su más exacto cumplimiento, y por todo ello, señalado erróneamente por el actor en su demanda el procedimiento a seguir, no debió admitirse a trámite aquella, y al haberse dado curso, no obstante, a la misma por inadecuado procedimiento, se impone declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de 30 de abril de 1954 recaído a la referida demanda, reponiéndose las actuaciones al estado que mantenían al dictarse dicha resolución». Por tanto, es también doctrina del tribunal supremo español.

Acogemos esta última tesis y las razones expuestas en el anterior fallo, a las que podemos agregar que los casos de la competencia por territorio o cuantía son muy distintos, porque la misma Ley establece la prorrogabilidad de la competencia para el primero y la determinación de la cuantía por su señalamiento de la demanda sin oposición del demandado; igualmente, cuando el legislador divide los procedimientos y establece algunos especiales, tiene en mientes que ese es el camino apropiado para tal clase de litigios y, por tanto, su decisión es de orden público y de interés general, no solo de interés privado del demandado con miras a las garantías de que debe gozar. En los números 540 y 547 del tomo IV de nuestro *Tratado*, puede consultarse la doctrina de nuestra Corte, en el mismo sentido, además de la indicada en el punto anterior sobre nulidad constitucional por pretermisión del procedimiento, aplicable también al caso del trámite por un procedimiento inadecuado.

D) *Nulidad por falta de motivaciones en la sentencia*

El caso de la falta total de motivaciones en la sentencia lo estudia bien CARNELUTTI al tratar de la casación por errores de orden[64]. Explica el maestro italiano que así como la omisión de la disposición o su falta de idoneidad para indicar con certeza la relación jurídica declarada cierta o constituida impide la consecución del fin del acto, porque las partes quedan en condición de no saber cómo ha decidido el juez, así también la sentencia debe ser nula si falta por completo la motivación o no es idónea para indicar con certidumbre las razones en virtud de las cuales se ha decidido lo que ella estatuye. Observa que, a pesar de que el Código anterior no contempla ese motivo de casación, la jurisprudencia lo aceptó con base en la impugnación por nulidad de la sentencia, aun cuando el abuso que se hizo de tal recurso provocó luego la reacción. El abuso consistió en confundir la falta de razones con la falta de buenas razones; lo primero impide que la sentencia sea válida, y lo segundo, que sea justa. Así, pues, el Código italiano de 1865 aceptaba la nulidad de la sentencia no solo por falta total de motivación, sino por motivación insuficiente, en cuanto con ella no se indicaran las razones de la decisión. El nuevo Código no hablaba de omisión o insuficiencia de la motivación como causal de

[64] CARNELUTTI: *Instituciones*, t. II, núm. 576, p. 253 y ss.

casación, y por esto, en la práctica se las consideró abrogada. Pero CARNELUTTI insistió en que podía hacérsele valer como nulidad de la sentencia, conforme al numeral 4.° del artículo 360 del Código italiano, «pues si la motivación es realmente deficiente en el sentido arriba aclarado, es este un verdadero motivo de nulidad de la sentencia ante el cual no debe ser negada la casación» [65]. Posteriormente, se reformó el numeral 5.° del citado artículo, para incluir expresamente la impugnación en casación «por omitida, insuficiente o contradictoria motivación», reforma que CARNELUTTI considera innecesaria, por ser suficiente la causal de nulidad, y mal redactada, porque la fórmula «insuficiente o contradictoria» la considera redundante y errónea, «toda vez que deja suponer que pueda haber insuficiencia sin incoherencia de la motivación, o viceversa, y peor, que a la suficiencia le sea necesaria la fundamentación de las razones, saltando así del vicio lógico al vicio jurídico, es decir, del motivo de orden al motivo de fondo del recurso» [66].

Las observaciones de CARNELUTTI nos enseñan que no puede hablarse de nulidad de la sentencia por falta de fundamentación de las razones expuestas en ella, es decir, por motivos que miren al fondo del litigio, y que solo cuando la motivación sea incoherente, puede considerársela insuficiente para efectos del recurso de casación contemplado en el nuevo ordinal 5.° del artículo 360. Luego con mayor razón no puede aceptarse entre nosotros la insuficiencia de las motivaciones en la sentencia como causal de nulidad; además, no existe un solo antecedente jurisprudencial en ese sentido. Tampoco es admisible aquí la nulidad por motivaciones contradictorias o incoherentes, pues nuestro Código contempla como motivo de casación ese vicio cuando se presenta en la parte resolutiva, y no en la motiva, pero como causal especial y a condición de que el defecto subsista a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración ante el tribunal que la profirió (C. J., art. 520, ord. 3.°). Consideramos más lógico el sistema de nuestro Código, porque son irrelevantes los defectos en las motivaciones que no influyen en la decisión, y cuando la contradicción de las disposiciones se presenta, existe en realidad un error *in procedendo* que afecta la legalidad y justicia de la sentencia, pero no la vicia de nulidad. Solo si la parte resolutiva se remite a la dispositiva para fijar el alcance de sus declaraciones, la contradicción que en la segunda exista vicia la sentencia; pero entonces, en realidad, esas motivaciones forman parte de la resolución.

Las contradicciones y deficiencias de las motivaciones pueden incidir en la justicia del fallo y servir para acusarlo en casación por la causal primera, es decir, por violación de ley material o sustancial, siempre que influyan en la decisión. En efecto, cuando la sentencia omite el examen de algunos puntos del litigio y, como resultado, yerra en la decisión que adopta sobre ellos, se deben considerar violadas tácitamente las normas legales que no mencionan, pero que otorgaban o negaban al demandante ese derecho o hacían procedente o improcedente las excepciones que se le oponían; y si incurre en contradicciones en su estudio, se podrá acusar la violación de las normas que resulten infringidas por la decisión. Si, como consecuencia de las omisiones, se deja de resolver alguna pretensión o excepción, estaremos en presencia del defecto de incongruencia. Si, a pesar de esos defectos en la motivación, la decisión es ajustada a la Ley, la sentencia debe mantenerse.

[65] Ibídem, p. 255.
[66] Ibídem, p. 256.

En cambio, la omisión total de las motivaciones debe aceptarse como motivo de nulidad de la sentencia, tal como en Italia se acogió durante la vigencia del antiguo Código, que, como el nuestro, no contempla ese caso, porque significa una violación del derecho de defensa, de la garantía constitucional, desarrollada en los artículos del Código que ordenan la motivación de toda decisión que no sea simple auto de trámite. Consideramos tan grave ese defecto, que no vacilamos en catalogarlo como motivo de inexistencia de la sentencia, por incompleta, tal como ocurre cuando le falta la firma del magistrado o juez. También en opinión de ALBERTO ZULETA ANGEL, es esta una causa de nulidad, pues acoge el concepto de CARNELUTTI, y de la misma opinión es PONTES DE MIRANDA[67]. El artículo 163 de la Constitución colombiana ordena que «toda sentencia deberá ser motivada»; pero la nulidad opera por igual donde no exista ese texto expreso.

La omisión total de resolución en la sentencia sería un caso de incongruencia, pero también de inexistencia del acto, ya que solo hay sentencia cuando se decide definitivamente sobre la controversia, asimilándola a una nulidad absoluta e insanable.

En la práctica, será excepcional que ocurran los casos de omisión total de motivación o resolución.

E) *Teoría del antiprocesalismo*

Muy de recibo en nuestros medios judiciales ha sido la llamada teoría del antiprocesalismo, con base en la cual se pretende obtener a menudo la anulación o la revocación de providencias interlocutorias o de sustanciación que se encuentren en firme, sea por no haberse recurrido de ellas o por haber sido confirmadas.

Antiprocesal viene a ser toda actuación contraria a las formas procesales reguladas en la ley, pero, como dejamos explicado en los números 313 y 314, la ley misma contempla remedios diferentes para esos defectos del procedimiento, desde la simple irregularidad, que solo puede ser corregida mediante revocación por un oportuno recurso, hasta la anulabilidad, la nulidad y la inexistencia del acto.

Los juzgados y tribunales le han dado acogida a esta teoría del antiprocesalismo, en una forma restringida.

Significa esta teoría que solo las violaciones muy graves del procedimiento pueden dar lugar a desconocer el principio de la preclusión que ampara las providencias ejecutoriadas o en firme, lo que es correcto. Pero consideramos innecesario e inapropiado recurrir a la denominación genérica de antiprocesalismo para justificar esa conclusión. Se trata de nulidad por violación de garantías constitucionales por grave pretermisión de las formas del juicio, y por consiguiente, es mejor acogerse a esta teoría, que tiene un firme respaldo en la doctrina, cuyo alcance y limitaciones se dejaron expuestos en los anteriores parágrafos de este número.

Observamos, por último, que cuando se aplique esta teoría para declarar sin valor providencias ejecutoriadas, cualesquiera que sea la denominación que

---

[67] ALBERTO ZULETA ANGEL: *Conferencias sobre casación*; PONTES DE MIRANDA: *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, p. 57, y ed. 1959.

se prefiera darle, no se tratará de revocarlos, sino de anularlos, y por ello es mejor declarar expresamente la nulidad, en vez de usar de fórmulas genéricas y vagas, como declarar sin valor o sin efecto tales providencias. La revocación implica la interposición de un recurso oportuno o la revisión oficiosa cuando la Ley lo autoriza, como sucede en los casos de consulta con el superior, y es un remedio contra la injusticia de la providencia, no contra su invalidez (cfr. núms. 301-302). Si el juez habla de revocar o usa alguna de las expresiones genéricas mencionadas, no por eso dejará de estar declarando la nulidad de esa actuación.

F) *Ratificación tácita de estas nulidades*

Cuando el interesado en alegar estas nulidades actúa en el juicio, personalmente o mediante apoderado, sin reclamarlas, no le es posible hacerlas valer en casación, y mucho menos en juicio posterior, porque ha dispuesto de oportunidad para ello durante las instancias.

317. Quién puede pedir la nulidad

Nos remitimos a lo expuesto sobre nulidades absolutas y relativas en el número 314, punto *f*), clasificación que se refiere a los casos en que puede el juez declarar de oficio las nulidades y en que es necesaria petición de parte.

Según dice Carnelutti, «del concepto de anulabilidad se infiere fácilmente quién está legitimado para proponer la demanda de nulidad, o sea la invalidación: *no puede ser más que la parte a la que perjudique no tanto el vicio como el acto viciado*». Asimismo, es de aplicación general el principio contenido en el artículo 57 del antiguo Código Procesal italiano, que dice: «La violación o la omisión de las formalidades establecidas por la Ley, en interés de una de las partes, no puede ser opuesta por la otra», fórmula que el autor citado presenta en estos términos. «*Un vicio no puede ser opuesto sino por quien pueda haber sufrido un daño del mismo, o bien: un acto no puede ser invalidado, sino por aquella de las partes a cuyo interés pueda haber sido nocivo el vicio.* Esa parte se puede llamar la parte *gravada* por el acto, o sea por su eficacia» [68].

Debe tener en cuenta también el principio que en otro lugar enuncia Carnelutti y que hemos comentado, conforme al cual *puede pedir la nulidad de un acto la persona que podría revalidarlo o ratificar lo actuado*, que en el fondo se identifica con el anterior.

Esa persona a quien la Ley permite pedir la nulidad no siempre ha sido parte del juicio; por el contrario, puede suceder que su concurrencia se haga en el momento en que pide la nulidad y para tal fin. Así sucede en la falta de citación o emplazamiento y en la ilegitimidad de personería cuando existe indebida representación; en tal caso, puede ocurrir que el juicio termine sin que haya sido parte del mismo quien puede pedirla, y entonces se le da el derecho a hacerlo en juicio posterior (C. J., arts. 450 y 457).

---

[68] Carnelutti: *Sistema*, t. III, núm. 565.

También el anterior Código italiano traía un artículo respecto al vicio de incapacidad, que puede ser considerado como principio general de derecho procesal: «La parte no podrá oponer la nulidad de forma, cuando ella, o quien actúe por ella, *haya sido la causa de la misma.*» Como observa CARNELUTTI, «el único defecto de esta fórmula consiste en limitarla a la nulidad de forma», cuando el principio debe extenderse a toda clase de vicios [69].

El Código español no trae ningún principio general sobre estas cuestiones, y, sin embargo, se ha considerado que «la legitimación para proponer la demanda de nulidad corresponde a la parte gravada por el acto», como lo anotan los traductores del *Sistema.*

Así, pues, es necesario distinguir, entre los distintos vicios o causas de nulidad, los que perjudican solo a una de las partes o a un tercero y los que por su interés general gravan a todos. Los primeros solo puede alegarlos esa parte, que es la misma que podría revalidar o ratificar; los segundos pueden ser alegados por cualquiera y la ratificación debe ser hecha por todas.

Naturalmente, durante el curso del juicio solo pueden alegar la nulidad del mismo quienes son partes iniciales o intervinientes [69]. Pero no todas las causales se pueden alegar por cualquiera de las partes. Examinaremos los problemas que cada una presenta:

a) La *falta de representación* solo puede alegarla el interesado mismo, no su representante, ni su contraparte, ni los terceros y ni siquiera su litisconsorte, es decir, solo puede alegarla la persona a quien perjudique la actuación, que solo puede ser la indebidamente representada cuando se refiera al apoderado y demás personas que gestionan a nombre de otras; pero no pueden alegarla el mismo personero o representante en quien se hace residir la ilegitimidad de la representación.

Cuando la nulidad se deba a la falta de capacidad de una de las partes, la situación es distinta. En virtud del principio ya enunciado, creemos que la parte incapaz, por cuyo dolo se ha incurrido en el vicio, no puede alegar la nulidad.

Pero el problema está en saber si el hecho de demandar personalmente siendo incapaz, o de concurrir como demandado siéndolo y guardando silencio al respecto, constituye dolo o simple aserción de capacidad; es decir, si debe aplicarse el primero o el segundo inciso.

Repugna que el incapaz relativo pueda adelantar el juicio hasta terminar las instancias, para entonces escoger el camino, según su conveniencia: callar su incapacidad si la sentencia le es favorable, dejándola ejecutoriar o haciendo imposible a su contraparte invalidarla por ese motivo en juicio posterior, ya que a esta no le corresponde la acción de nulidad en tal caso; o, por el contrario, si la sentencia es desfavorable, alegarla como causal en casación o en juicio separado. Por este motivo, consideramos que en tal caso existe dolo. Si el incapaz es demandado, debe alegar la incapacidad como excepción dilatoria o en el curso de las instancias, y el juez debe proceder a declararla de plano, si carece de representantes, puesto que la ratificación no es posible; y si es demandante, debe obrar por intermedio de quien legalmente lo represente, o de curador *ad litem*, a falta de este.

Consideramos que al incapaz que no sea impúber o demente se le debe negar el derecho de alegar su incapacidad como causal de nulidad en el re-

[69] CARNELUTTI, cita anterior.

curso de casación o en juicio posterior, porque el silencio a lo largo de las instancias indica, sin duda alguna, que ha obrado de mala fe o dolosamente; su contraparte tampoco puede utilizar esa causal, porque no puede alegar perjuicio alguno en las resultas del juicio, ya que esa incapacidad no puede haber influido en lo desfavorable de la sentencia y no es parte gravada con el vicio, ni podrá ratificarlo.

Los defectos en la representación de una sociedad por quien figura como gerente o de un incapaz por quien no tenga esa condición o por quien figura como apoderado sin serlo, y demás similares, crean una situación que puede perjudicar al representado y en ningún caso a su contraparte. De ahí que el derecho a pedir la nulidad por esos vicios se restrinja al primero.

b) La *falta de citación o emplazamiento* ordenado por la ley procesal o de notificación de la demanda, solo puede alegarla quien ha debido ser citado y emplazado; pero cualquiera de las partes puede pedir al juez el cumplimiento de la formalidad del emplazamiento o citación y la revocación de lo que se actúe posteriormente, mediante los recursos de reposición y apelación en el término legal.

Inclusive cuando una notificación se hace bien a una parte y mal a otra, solo puede alegar la nulidad esta última.

c) La falta de competencia prorrogable solo es causal de anulabilidad, y por esto el juez no puede declararla de oficio, sino a petición de parte. CHIOVENDA dice, en dos ocasiones, que el juez no puede manifestar de oficio el cumplimiento de las normas sobre competencia territorial y que no se puede pronunciar de oficio la incompetencia por este factor [70].

Cuando es por incompetencia improrrogable, como se trata de normas de interés general, puede alegar la nulidad cualquiera de las partes, inclusive los coadyuvantes, y el juez debe considerarla oficiosamente en cualquier momento durante las instancias.

Naturalmente, para que pueda alegarse la nulidad o declararse por el juez, es indispensable que no se haya saneado expresa o tácitamente, si se trata de nulidad sanable, o que se pida por el interesado, si es una causal de anulación [cfr. núm. 314, E) e I)]. Cuando la causal se alegó como excepción previa y fue rechazada, el incidente de nulidad no es procedente.

318. CUÁNDO PUEDE ALEGARSE LA NULIDAD

Siendo la nulidad un remedio contrario a la economía procesal, su aplicación se restringe no solo en cuanto a las causales y a las personas que pueden alegarla, sino también en razón del tiempo u oportunidad para pedirla. Tanto en doctrina como en nuestro Código, la regla general es que cuando las partes interesadas disponen de oportunidad dentro del juicio para proponerla, así deben hacerlo, pues de lo contrario la sentencia definitiva que le pone término produce la convalidación de los actos nulos [71].

Esto sucede para toda clase de vicios, inclusive el de incompetencia improrrogable y no ratificable. Cuando la persona que puede pedir la nulidad no

[70] CHIOVENDA: *Principios*, t. I, p. 626, t. II, p. 103, núms. 26 y 41 bis.
[71] CARNELUTTI: *Sistema*, t. III, núm. 564.

ha estado debidamente representada en el juicio o no ha sido citada a él, se justifica que pueda obtenerla en juicio posterior, porque entonces ha sido en realidad un tercero respecto al juicio nulo y no puede imponérsele sus consecuencias o resultas, o puede oponerla como excepción en el incidente de ejecución de la sentencia, según lo autoriza el artículo 457 del Código Judicial. Cuando el vicio aparece en la sentencia que puso término al juicio, es posible alegar la nulidad de tal acto en juicio posterior, sin que el trámite que la precede resulte afectado por ser anterior a la concurrencia del vicio o, de lo contrario, no existiría ninguna oportunidad para reclamarla, lo que es inadmisible, como observa CARNELUTTI (cfr. núm. 319).

319. CUÁNDO PUEDE PEDIRSE EN JUICIO POSTERIOR O ALEGARSE COMO EXCEPCIÓN CUANDO SE EJECUTA LA SENTENCIA

Sabemos que se trata de una medida de excepción, y que solo se aplica en favor de quienes no dispusieron de impugnación dentro del juicio, en vista del carácter indiscutible de excepción que tienen las nulidades, y principalmente cuando existe una cosa juzgada.

Los casos en que, de acuerdo con el artículo 457 del Código Judicial colombiano, se permite alegar la nulidad en juicio posterior u oponerla como excepción al ejecutarse la sentencia, son únicamente la falta de notificación o emplazamiento (o de citación que está incluida en aquella) y el haber obrado en el juicio una persona como representante, sin serlo, de otra que fue parte y que no compareció. Por tanto, se excluye la incompetencia improrrogable y la ilegitimidad de personería por falta de capacidad de una de las partes, ya que, en este último caso, el incapaz actúa personalmente y no existe indebida representación ni falta de notificación.

El error continuado de los distintos funcionarios que conocen del juicio y la falta de impugnación de las partes, que equivale a una tácita aquiescencia a lo actuado, producen la convalidación del juicio, como tantas veces lo hemos dicho. Cabe decir que la Ley fija un término para pedir la nulidad y que existe la carga de pedirla; si se deja pasar, precluye su oportunidad y las partes sufren las consecuencias. El interés general que existe en las normas de competencia violadas está contrarrestado por el mayor interés de la certeza jurídica y de la estabilidad de las decisiones judiciales.

Solo puede pedir la nulidad en juicio posterior quien fue o ha debido ser parte en el juicio cuya nulidad se reclama, es decir, quien, a pesar de ser demandado, no recibió la notificación del auto de admisión de la demanda, o debiendo ser citado o emplazado, no lo fue, y por eso no concurrió al juicio (pues, si lo hizo, no puede alegar la nulidad), y quien no concurrió y estuvo indebidamente representado (porque sí concurrió y no reclamó, queda impedido para alegar la nulidad).

Para pedir la nulidad en juicio posterior no es necesario haber concurrido al juicio; por el contrario, se contempla el caso de que se haya dejado de concurrir por falta de la notificación, citación o emplazamiento. Por consiguiente, se trata de quien ha debido ser parte en virtud de la demanda o de la citación ordenada en la Ley.

Muy diferente es el caso del litisconsorcio necesario que dejó de deman-

darse y de la incompleta legitimación en causa que esto ocasiona; entonces existe un impedimento para dictar sentencia de fondo, pero no un motivo de nulidad, como lo explicamos ampliamente (núms. 134 y 184). Cuando se pida la nulidad por falta de representación o citación, debe reclamarse para todo el juicio y no solamente para la sentencia.

Para recurrir al juicio separado, es indispensable que haya concluido el juicio en que ocurrió la nulidad; si el juicio todavía está en curso, el camino que se ha de seguir está en pedirla allí mismo.

Cuando se trata de nulidad ocurrida en la sentencia final, la situación es distinta y debe permitirse reclamarla en juicio posterior o como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia, como lo indicamos en los números 316 y 321.

Si la sentencia proferida en el juicio afectado por una de las causales de nulidad acabadas de examinar debe ser ejecutada, sea en incidente a continuación del mismo o en juicio ejecutivo separado, debe permitirse alegar la nulidad como excepción.

Decretada la nulidad en juicio posterior o el incidente de ejecución, debe reanudarse el primer juicio a partir del momento en que el vicio ocurrió, si no lo comprende desde su iniciación.

La excepción de nulidad puede oponerse en cualquier tiempo, cuando se pretenda ejecutar o hacer cumplir la sentencia. Por otra parte, los derechos que esta otorga pueden extinguirse por prescripción, en cuyo caso el demandado puede oponer también este modo exceptivo (cfr. núm. 274). En cambio, si la Ley consagra un término de prescripción para las acciones ordinarias en juicio, este término rige para reclamar la nulidad en juicio separado.

Conforme a lo que se expone en los números 318 y 321, cuando el vicio de nulidad se produce en la sentencia final o en alguna actuación inmediatamente anterior que solo pudo se conocida por las partes después de proferida la sentencia, debe reconocerse el derecho para reclamar el vicio en juicio posterior o como excepción cuando se trate de ejecutarla, aun cuando no esté contemplado en la Ley, pues de lo contrario se dejaría sin defensa alguna al perjudicado y se tendría un acto viciado sin impugnación alguna, lo que es inaceptable.

Siempre que se demande la nulidad en juicio posterior, debe probarse el acto nulo. Por consiguiente, si se trata de un juicio, es indispensable llevar copia completa del expediente, a menos que se permita aducirlo original; si se pide la nulidad de la sentencia, debe llevarse la copia completa del juicio. De otra manera, no será posible estudiar el problema, pues debe aparecer que el actor fue parte en el juicio, o que resultó condenado sin haber sido parte, o que no estuvo mal representado.

Por último, observamos que el juicio posterior de nulidad debe seguirse con audiencia de todas las personas que fueron partes en el juicio cuya nulidad se persigue y del rematante cuando conlleve la del remate. Debe aplicarse la doctrina que exige demandar a todas las partes que intervinieron en el acto o contrato cuya nulidad se demanda, porque en ambos casos se trata de impedir que pueda causarse un perjuicio jurídico a quien no ha sido citado ni oído en el juicio. Son dos ejemplos análogos de litisconsorcio necesario (cfr. núm. 182).

320. Efecto o extensión de la nulidad declarada

El problema de la *extensión de la nulidad* declarada consiste en saber si en caso de ser nulo un acto del proceso, es posible que los demás, aun posteriores, conserven validez, o si, por el contrario, la nulidad de aquel se comunica a estos.

El anterior Código de Procedimiento Civil italiano traía esta disposición: «La nulidad de un acto no implica la de los actos precedentes *o consecutivos independientes del mismo.*» El artículo 159 del nuevo Código italiano consagra la misma regla: solo los consecutivos que dependan del acto nulo comparten su nulidad.

Nuestro Código consagra como regla general la de que todos los actos posteriores al nulo deben ser invalidados y que el juez debe volver el juicio al estado que tenía al ocurrir la causal, sin que importe que sean dependientes o independientes del acto nulo (C. J., art. 455); en cambio, todos los actos anteriores se conservan válidos, sin que pueda afectarlos el ser dependientes del nulo. El momento en que ocurre el vicio es el determinante de los efectos retroactivos de la nulidad. No puede alegársela, por tanto, para una sentencia o un auto aislado, a no ser que sea la única actuación posterior al vicio o afectada por este (cfr. núm. 321). Pero debe tenerse en cuenta lo dicho al tratar de las nulidades extensibles en el número 314, punto *h*), cuando la nulidad ocurre en un incidente o trámite aislado o respecto a una actuación ajena al normal desarrollo del juicio, porque entonces este no resulta contaminado por ella.

En cuanto a las partes, la regla general es que la nulidad las afecta a todas, por ser indivisible, a menos que la Ley disponga otra cosa.

Hay vicios que afectan exclusivamente la personería adjetiva de una de las partes, como la indebida representación o la incapacidad. Sin embargo, la nulidad produce sus efectos generales sobre el proceso y en relación con todas las partes, ya que debe retrotraerse al momento en que aparece el vicio y repetirse la actuación. Salvo norma legal en contrario.

Por último, lo ordinario es que el acto nulo sea invalidado en su totalidad; pero, como observamos en el número 314, punto *g*), puede suceder que en una misma providencia se ordenen varios trámites, unos en forma irregular y otros ajustados a la Ley, en cuyo caso nada impide que los últimos conserven su validez. Igualmente, una notificación puede ser válida para una parte y no serlo para la otra.

321. Las sentencias inexistentes y nulas

En los números 314 y 315 vimos que es necesario distinguir entre actos nulos e inexistentes. La sentencia nula puede ser desconocida por la parte perjudicada en el momento de su ejecución, o, como en realidad no ha concluido el juicio, puede solicitar del juez o tribunal o Corte que proceda a dictar sentencia, exponiendo la falta que impide considerar como tal la anterior, sin que su ejecutoria se pueda surtir.

Cuando la sentencia inexistente es de instancia y procede la apelación o

casación, si el superior conoce del juicio por cualquiera de estos recursos y llega a dictar por su parte sentencia sin observar el vacío, como en el fondo lo que hay es un caso de pretermisión de las instancias, la falta de impugnación de parte produce el efecto de que al ejecutoriarse la nueva sentencia quede sanada la falta de aquella, como sucede cuando se trata de incompetencia improrrogable. Pero si la sentencia que dejó de firmarse o que se firmó con las iniciales del juez era la definitiva, la situación es distinta, y no puede obligar ni ejecutarse, pero es posible pedir en cualquier momento que sea dictada de nuevo, por las razones expuestas en el número 315.

El problema es más difícil cuando se trata, no de sentencia definitiva inexistente, sino de sentencia nula. Si la nulidad ocurre en sentencia sujeta a recursos, puede alegársela en la segunda instancia o casación. Pero si no existen recursos, porque se trata de sentencia de casación o de única instancia o de segunda instancia, pero no sujeta a casación, ya no hay posibilidad de impugnarla (solo cuando se trata de falta de firmas de los magistrados es posible pedir que se repita la sentencia, como vimos en el número 315), y entonces o se permite a la parte perjudicada oponer la excepción en el momento de su ejecución y se le otorga acción para pedir la nulidad en juicio distinto, o se tiene un caso de acto procesal no sujeto ni a impugnación ni a invalidación, contra las más elementales normas de derecho y de justicia.

Naturalmente, la parte que no ha sido notificada de la demanda o no fue citada o emplazada cuando la Ley lo ordena, o que ha estado indebidamente representada en el juicio, puede pedir la nulidad de este, y, como consecuencia, se anulará la sentencia. Pero puede ocurrir que se condene a quien no ha sido parte en el juicio, o que la parte que ha concurrido debidamente representada resulte perjudicada por una sentencia definitiva aprobada por un magistrado, debiéndolo ser por una sala o por menos votos de los que exige la Ley o afectada de nulidad por otra causa. El perjudicado por esa sentencia nula no tiene la oportunidad de impugnarla en ese juicio, que concluye precisamente con ella, y por eso se le debe otorgar la acción y la excepción para hacer reconocer la nulidad con posterioridad.

No se trata de nulidad del juicio, sino exclusivamente de la sentencia.

No importa que el Código Procesal solo contemple de manera expresa las nulidades como vicios del juicio y no de las sentencias, ni de ningún acto procesal aislado. Estamos en presencia de un caso *sui generis*, que requiere también una solución especial. Además, ya hemos visto que existen nulidades implícitas, no consagradas expresamente en la Ley [cfr. núm. 314, letra *d*)], y por violación de la garantía constitucional del derecho de defensa (cfr. núm. 316).

En nuestro concepto existen dos soluciones, pero es indispensable inclinarse por alguna de ellas, porque, como dice CARNELUTTI, «es contraria a las más elementales exigencias del Derecho la hipótesis de un acto jurídico que no esté sujeto ni a impugnación ni a invalidación» [72].

La primera se aplica a los casos de nulidad de la sentencia y consiste en aceptar, en consecuencia, que se pueda oponer la excepción cuando se trate de ejecutarla o pedir su nulidad en juicio separado, si no requiere ejecución.

La segunda se aplica a los casos de inexistencia de la sentencia y consiste en considerar que mientras esta no se haya dictado en la forma que la Ley ordena, no tiene valor de tal; entonces puede ser desconocida por la parte per-

[72] CARNELUTTI: *Sistema*, t. III, núm. 564, punto D).

judicada, para pedir que en el mismo juicio se llene la falta, dictándose nuevamente, previo una providencia que declare sin valor la primera, o para oponer su inexistencia en el incidente de su ejecución. Esta es la solución lógica, porque, como observa Rocco [73], «si el acto de los órganos jurisdiccionales es inexistente, entendemos que ninguna impugnación es necesaria, porque el acto es *tanquam non esse*, y no existe ni en el mundo material ni en el jurídico». Si no se admite esta solución, el único camino sería permitir un juicio distinto para que se declare que no ha habido tal sentencia, y que, por tanto, debe procederse a fallar el negocio por quien sea competente para el caso; entonces no se trataría de anular el juicio, sino simplemente de concluirlo.

Cuando se trata de falta de las firmas necesarias u otro caso de inexistencia, creemos que se debe aplicar la segunda solución; en los demás casos, es mejor la primera [cfr. núm. 315, letra *b*)].

Es muy distinto el caso de que el juicio sea nulo por motivos que podían ser alegados allí mismo, porque entonces se ha dispuesto de oportunidad en el proceso para impugnar o invalidar y es justa consecuencia que el vicio quede saneado con el fallo definitivo, conforme a los principios generales que hemos expuesto en este capítulo (cfr. núm. 318).

Creemos que esta nulidad se aplica también en el caso de condenar expresamente en la sentencia final que precluyó ese proceso a una persona que no fue demandada ni concurrió como interviniente. Muy distinto es cuando se deja de demandar a un litisconsorte necesario, porque entonces el fallo es inhibitorio, y si, por error, se pronuncia en el fondo y se condena a los demandados, aquel no puede ser perjudicado por tal decisión, ya que no lo contempla y la sentencia no lo vincula, como lo explicamos en el número 184.

Si la condena es expresa, el tercero resulta perjudicado y juzgado sin haber sido oído, situación que infringe la garantía constitucional del derecho de defensa.

La nulidad de la sentencia, con independencia de la validez del juicio hasta ese momento, no ofrece dificultad ninguna desde el punto de vista jurídico. CHIOVENDA la contempla expresamente. En efecto, según el gran maestro, la nulidad de la sentencia puede provenir de la falta de presupuestos procesales que afecten todo el proceso, o de vicios ocurridos en el curso de este y que no sean saneados, como también «*de la falta de las condiciones propias de la validez de la sentencia*» [74]. Y más adelante dice: «Así, la sentencia con la cual el juez incompetente se declara competente y pronuncia en el fondo, es nula como decisión de fondo por falta de un presupuesto procesal (competencia) y es injusta como decisión sobre la competencia, por haber violado las normas de ley sobre la competencia» [75]. Luego agrega: «Aunque en la sentencia puede darse inexistencia y nulidad absoluta al lado de la simple anulabilidad, y puede haber motivos de inexistencia y nulidad derivados de la inexistencia y nulidad de la relación procesal, *o propios de la sentencia* [76]. Y concluye: «Las partes podrán defenderse de varias maneras contra una sentencia nula en sentido absoluto o inexistente; el actor cuya demanda fue rechazada podrá reproducirla sin temer la excepción de cosa juzgada; el demandado podrá, con

---

[73] ROCCO: *Trattato*, t. II, p. 286.
[74] CHIOVENDA: *Principios*, t. II, vol. I, núm. 76, p. 400.
[75] Ibídem, p. 401.
[76] Ibídem, p. 402.

una acción de declaración negativa hacer declarar, por ejemplo, la imposibilidad de la prestación o reservarse de hacer oposición a los futuros actos ejecutivos» [77].

REDENTI [78] sostiene la misma tesis cuando dice que «también las sentencias pueden ser afectadas de nulidad por defectos de requisitos formales indispensables, y entre estos, también de extremos esenciales de contenido-forma», es decir, vicios que aparecen en ella misma, o por repercusión de otras nulidades anteriores; agrega que cuando la sentencia nula está sujeta a recursos de apelación o casación, debe alegársela por ese conducto, y advierte que cuando es definitiva o no sujeta a recursos, si la nulidad es insanable, «conserva, naturalmente, este carácter», lo que significa que la nulidad subsiste y puede ser reclamada en juicio posterior.

JOSÉ ALFONSO ABITIA ARZAPALO [79] dice, en el mismo sentido, que el juez «puede haber omitido la observancia de las prescripciones de forma relativas a la misma sentencia (arts. 360 y 361 del C. de P. C.). En todos estos casos se tiene la nulidad de la sentencia». ROSENBERG [80] dice que si la sentencia es nula, «puede declararse su ineficacia mediante una demanda de declaración y puede llegar a estar nuevamente pendiente la causa litigiosa».

Negar la acción para pedir la nulidad de la sentencia final equivale a dejar ese acto viciado sin impugnación posible y a desconocer el derecho constitucional de defensa que, al decir de COUTURE [81], ni siquiera el legislador puede vulnerar sin incurrir en vicio de inconstitucionalidad. También CARNELUTTI, como hemos observado varias veces, considera injurídico aceptar que existan actos procesales sin ninguna impugnación [82]. La Comisión redactora del Código Judicial colombiano dijo al respecto en su exposición: «Solo deben erigirse en causales de nulidad las irregularidades que implican el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial, o la *violación del derecho de defensa.* Pudiendo subsanarse dentro del juicio mismo, no hay razón para que se aduzca contra los fallos que llevan el sello de la ejecutoria, cuya firmeza y estabilidad es preciso sostener, so pena de socavar los cimientos mismos del orden social. Por tanto, para la Comisión la violación del derecho de defensa es causa de nulidad y debe aceptarse su demanda en juicio posterior cuando no se dispuso de oportunidad para alegarla dentro del mismo juicio.

Nuestra Corte Suprema dijo al respecto, en sentencia de casación civil del 9 de marzo de 1960: «*Sería repugnante, como contrario a esos presupuestos indefectibles de la convivencia civil, el que pudiera darse el caso de un procedimiento arbitrario de la autoridad, lesivo de los derechos de particulares, sin que estos tuviesen recurso alguno contra el agravio.*» Y concluye diciendo: «*Es que la Constitución no quiere, y la Ley no puede hacerlo, que haya derechos civiles vulnerados, sin la posibilidad del recurso para su defensa o reparación ante los organismos jurisdiccionales*» [83].

Llamamos la atención sobre el contenido del último párrafo de la sentencia, porque es la consagración expresa de los conceptos que sostenemos en este

---

[77] Ibídem, p. 403.
[78] REDENTI: *Derecho procesal*, t. I, núm. 63, p. 222-23.
[79] ABITIA ARZAPALO: *De la cosa juzgada en materia civil*, México, 1959, p. 183.
[80] ROSENBERG: *Derecho procesal civil*, t. I, p. 443.
[81] COUTURE: *Estudios*, t. I, p. 19, 55-193.
[82] CARNELUTTI: *Sistema*, t. III, núm. 564, *d*).
[83] G. G. T. XCII, núms. 2.223-2.224, p. 373.

número, con apoyo en doctrinas de varios de los grandes maestros del derecho procesal moderno.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de España contiene un incidente especial para pedir la nulidad después que el juicio ha concluido, «cuando se hayan apurado los ordinarios y no quede otro remedio de obtener la reparación»[84]. A falta de norma expresa, es suficiente el principio general de que la restricción al derecho de pedir la nulidad en juicio posterior se aplica solo cuando se dispuso de oportunidad para reclamarla en el mismo proceso, porque es inadmisible que contra el acto viciado no exista recurso ni defensa.

322. Ratificación o allanamiento de la nulidad y revalidación de lo anulado

Existe el caso especial de saneamiento de la nulidad por la revalidación, cuando ya ha sido declarada. Se diferencia de la ratificación o el allanamiento, en que estos ocurren para que no se declare, y aquella, después de haberse declarado. Naturalmente, solo puede revalidarse lo que es susceptible de ratificación y por acuerdo unánime de las partes y del tercero no citado o mal representado, según el caso (C. J., art. 459).

Esta revalidación debe hacerse antes que se reanude la actuación anulada, porque, de lo contrario, sería necesario invalidar también la nueva, sin causa legal que lo autorice; se trata de salvar la economía procesal, lo que es cuestión de interés público, porque no mira solamente al menor costo del proceso para las partes, sino al menor trabajo del juzgador, al más rápido trámite de ese juicio e indirectamente de los demás negocios de que los mismos funcionarios conocen.

Al tratar de las distintas clases de nulidades, y en los números 316, punto *f*), y 317 vimos cuándo existe ratificación expresa o tácita y sus efectos.

---

[84] De la Plaza: *Derecho procesal civil*, t. I, p. 574.