

reivindicatorio, entablado por un tercero, sobre su cuota de mitad en en el dominio de un bien y que, antes de decidirse el pleito, vende el derecho litigioso a su condómino. Es dable suponer que, en esta hipótesis, el comprador busca un fin serio. Que, más que especular con el posible resultado del litigio, pretende unificar en su patrimonio un derecho del cual ya es parcialmente titular.

e) Cuando la cesión se hace a un acreedor en pago de lo que le debe el cedente (dación en pago del derecho litigioso). En este caso, la transmisión se hace para cumplir obligaciones y este objetivo, no solamente corresponde a una justa aspiración del acreedor cesionario, sino que además satisface una exigencia del orden social.

f) Cuando la cesión se hace al que goza de un inmueble como poseedor de buena fe, usufructuario o arrendatario, si el derecho cedido es necesario para el goce tranquilo y seguro del inmueble. Sirva de ejemplo el de un usufructuario que compra el derecho litigioso que tiene un poseedor indeseable en un juicio de dominio, con el ánimo, no de especular con el pleito, sino de procurar el tranquilo ejercicio de su usufructo.

EL MODERNO PROCESO CIVIL Y LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO COLOMBIANO

HERNANDO DEVIS ECHANDÍA
Profesor de la Universidad Libre de
Bogotá, Colombia

I N D I C E

1. El concepto privatista clásico del proceso civil está definitivamente archivado.
2. Facultades del juez en relación con la admisión o el rechazo de la demanda.
 - a) Rechazo oficioso de la demanda por ininteligibilidad de las peticiones o pretensiones o por ser contradictorias.
 - b) Rechazo oficioso de la demanda, por indebida acumulación de pretensiones o subjetiva de personas demandantes o demandadas.
 - c) Rechazo oficioso de la demanda por haberse escogido el procedimiento que no le corresponde.
 - d) Rechazo oficioso de la demanda por indebida representación o falta de prueba de la representación de alguna de las partes.
 - e) Rechazo oficioso de la demanda, cuando se trate de una acción especial que haya caducado.

- f) Rechazo oficioso de la demanda, por no presentarse las pruebas que para el caso exija la ley.
 - g) Rechazo de la demanda por carencia manifiesta de llamado interés para obrar en el actor o en el demandado, o mejor dicho de interés en la pretensión incoada en la demanda o en su contradicción.
 - h) Rechazo oficioso de la demanda por manifiesta ausencia de la legitimación en la causa, sea en el demandante o el demandado.
3. Facultades oficiosas del juez en relación con el trámite del juicio.
- a) Suspensión oficiosa del juicio, por incompleta legitimación en la causa de la parte actora o la demandada.
 - b) Rechazo oficioso de la solicitud de intervención de terceros, por no reunir los necesarios requisitos.
 - c) Suspensión oficiosa del juicio o al menos de la sentencia, mientras se hacen los emplazamientos a terceros, que la ley ordene.
 - d) Decreto oficioso de otras medidas que persigan subsanar cualquier nulidad o impedir que se produzca.
 - e) Pronunciamiento de oficio y de plano de las nulidades insubsanables.
4. Facultades oficiosas del juez en relación con la decisión final de la instancia.
- a) La de aplazar la sentencia, cuando exista pendiente una prejudicialidad jurídica necesaria.
 - b) La de declarar oficiosamente las excepciones de fondo, cuando aparezcan probadas, salvo las de compensación y prescripción.
5. Facultad oficiosa del juez civil en relación con el fallo de las apelaciones (eliminación del principio de la reformatio in pejus).
6. Facultades oficiosas del juez civil, en relación con la actividad probatoria.
- a) Facultad de rechazar la admisión o práctica de las pruebas inconducentes.
 - b) Facultad de rechazar la admisión o práctica de las pruebas impertinentes o irrelevantes.
 - c) Facultad de rechazar la admisión o práctica de las pruebas cuando sean inútiles por otros motivos.
 - d) Facultad de ordenar y practicar de oficio las pruebas que estime conveniente para su decisión.
 - e) Facultad de ordenar oficiosamente la repetición de cualquier prueba, cuando haya sido mal practicada o la considere deficiente.
 - f) Nombramiento por el juez de los peritos, intérpretes, traductores y testigos actuarios en inspecciones.
 - g) La libre valoración por el juez del material probatorio, salvo la exigencia legal de formalidades ad substantiam actus.
7. Facultades del juez civil para impedir el entorpecimiento y la demora anormal del proceso y algunas medidas complementarias.
- a) Facultad de rechazar de plano los incidentes que hayan sido propuestos y resueltos antes
 - b) Facultad de hechar de plano los incidentes, cuando se esté tramitando otro por la misma causa.
 - c) Facultades de rechazar de plano los incidentes, cuando a pesar de basarse en una causa diferente, ésta ha podido ser alegada en uno anterior.

- d) Limitación de los incidentes de previa sustanciación y aplazamiento de su fallo para la sentencia.
 - e) Limitación de las apelaciones en el efecto suspensivo, contra providencias interlocutorias, y su concentración para ser tramitadas conjuntamente, salvo contadas excepciones.
 - f) Exigencias de la fundamentación de las apelaciones.
 - g) Limitación de las notificaciones personales o por cédula e implantación del principio de que "las partes están a derecho".
 - h) Facultad del juez para impulsar oficiosamente la marcha normal del proceso.
 - i) Restricción al mínimo de las causas de nulidad, su allanamiento por las partes y su improcedencia cuando el acto viciado cumplió su objeto.
8. Facultades del juez civil para procurar la buena fe y la lealtad procesales.
9. Facultades del juez civil, para evitar el proceso fraudulento y procurar la debida sanción a las partes.
10. Deberes del juez civil en el trámite de los procesos.
- a) El deber de imparcialidad y honestidad.
 - b) El deber de abstenerse de actividades extraprocesales incompatibles con la dignidad y la independencia de su cargo.
 - c) Deber de utilizar las facultades oficiosas que la ley le otorga, para la mejor marcha y solución del proceso.
 - d) Deber de hacer efectiva la intermediación y el impulso procesal.
 - e) Deber de resolver dentro de los plazos señalados en la ley y pérdida de competencia por su mora.
 - f) Deber del juez de responder civilmente por los perjuicios causados a las partes, por su dolo, sus demoras injustificadas y sus errores inexcusables.

1. *El concepto privatista clásico del proceso civil está definitivamente archivado.*

El concepto romántico de la igualdad de las personas y el clásico de los derechos subjetivos absolutos, condujeron a la organización del proceso civil en los sistemas legislativos posteriores a la revolución francesa, sobre la base equivocada de que, como en ellos se ventilaban cuestiones de interés privado, debía dejarse a las partes en libertad para disponer de la jurisdicción del Estado cuando y como lo creyeran conveniente y para atender a la defensa de sus intereses en la forma y con la actividad que libremente quisieran emplear.

Surgió así el concepto integral del proceso civil dispositivo, en su doble aspecto: a) disposición por las partes de la iniciación del proceso y de su objeto o sea de la materia sobre la cual debe versar la decisión del juez (principios de la necesidad de la demanda y de la congruencia); b) disposición por las partes del material probatorio y del impulso pro-

cesal para su trámite (1). Al juez se le señala una función predominante pasiva, de director de un debate entre particulares, encargado de pronunciar el veredicto final de acuerdo con los elementos de juicio que éstos le hayan suministrado, es decir, limitándose a reconocer al vencedor que no siempre es quien tiene la razón sino muchas veces el más fuerte o más hábil, sin que le sea lícito adelantar por su parte ninguna investigación sobre los hechos y con muy escasas facultades para organizar y orientar adecuadamente el proceso.

En un proceso dispositivo riguroso, no es exacto que el juez administre justicia de acuerdo con la ley o las normas del derecho, pues en realidad se limita a reconocer la justicia que las partes obtienen por su propio esfuerzo o a protocolizar la injusticia que reciben como consecuencia de sus errores o su incapacidad o de las limitaciones que la pobreza o la ignorancia les impone en la escogencia de sus apoderados, en la lucha probatoria o en la utilización de los recursos. El resultado práctico del proceso resulta tan contrario a la imaginaria igualdad de los individuos, como en las relaciones sociales y económicas: en éstas se traduce en el abuso del más fuerte y en la destrucción de la libertad e igualdad de los débiles; en el proceso consiste muchas veces en el abuso del más fuerte o más hábil, en el trunfo de la deslealtad y la mala fe, en el atropello judicial del pobre o del ignorante.

La igualdad de oportunidades para la defensa es un principio fundamental del derecho procesal en todas sus ramas: penal, civil, comercial, laboral, fiscal, contencioso-administrativa, etc.; pero como sucede con la igualdad de derechos para contratar o para trabajar o para organizar una familia y dotarla del mínimo de condiciones necesarias para su subsistencia o para educarse o para ejercer el derecho del sufragio y utilizar las demás oportunidades que la democracia ofrece a los ciudadanos, sin una adecuada protección del Estado, sin su intervención para nivelar las desigualdades prácticas, para evitar los abusos e iniquidades y para hacer realmente efectiva esa igualdad de oportunidades, ésta en el proceso resulta aparente y la lucha por la justicia se covier-

(1) *Calamandrei*, Instituciones de derecho procesal civil, Buenos Aires, Edit. De palma, 1943, t. I, No. 58; *Tito Carnacini*, Tutela jurisdiccional y técnica del proceso, México, Revista de la Facultad de Derecho, Oct.-Dic. 1953, p. 149-160; *Jacques Normand*, Le juge et le litige, París, Lib. Générale de Droit ex Juris, 1965, p. 41-160; *Joao de Castro Mendes*, Do conceito de prova em processo civile, Lisboa, 1961, Nos. 21-24; *Mauvo Cappelletti*, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, Milano, 1962, t. I, p. 353-373; *Santiago Sentis Melendo*, El proceso civil, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1957, p. 162; *Devis Echandia Hernandez*, Tratado de derecho procesal civil, t. V, Edit. Temis, Bogotá, 1967, p. 97-110, y Nociones generales de derecho procesal civil, Edit. Aguilar, Madrid, 1966, p. 27-32 y 52-56.

te, para la gran mayoría, en un torneo tan difícil, aleatorio y desigual, como la lucha económica y social.

El reconocimiento de esta verdad elemental, sumado a los nuevos conceptos sobre la relatividad de los derechos subjetivos y sobre el fin de interés general que existe en todo proceso y en la jurisdicción en general, que representa como institución para lograr la armonía y la paz sociales, un avance irreversible del derecho procesal en el presente siglo (2), condujeron a una sustancial modificación del criterio legislativo y doctrinario en muchos países, sobre la manera de regular el proceso civil y en especial las facultades y deberes del juez. En este punto existe acuerdo entre el oriente socialista y el occidente capitalista de Europa, lo mismo que en Argentina, Brasil y México; en los demás países de nuestra América continúa vigente el arcaico sistema procesal dispositivo, cuya renovación es de imperativa urgencia.

Para el derecho contemporáneo, el juez civil debe ser el verdadero director del proceso y dispensador de justicia, con amplias facultades para organizar el debate, orientar el trámite en debida forma, evitar nulidades y actuaciones inútiles, procurar la economía procesal, investigar los hechos, controlar las actividades de los litigantes, proteger la buena fe y la lealtad en el debate, corregir con mayor iniciativa los errores de los funcionarios inferiores cuando resvisan sus actuaciones por apelación o consulta.

Es decir, en el derecho contemporáneo se rechaza el segundo aspecto del principio dispositivo del procesador civil, que hacía del juez un funcionario pasivo que debía limitarse a aceptar el resultado de la lucha procesal entre las partes, con lo cual se le ha puesto a tono con las modalidades económicas, sociales y políticas del mundo actual. De esta manera el derecho procesal ha procurado cumplir la función evolutiva que le corresponde en general al derecho, como instrumento para la regulación de la realidad social en perpetua transformación.

Pero también en el aspecto de ese principio dispositivo se han producido importantes modificaciones, no obstante que en el mundo occidental se le conserva en lo sustancial. En efecto, si bien se mantienen vigentes los principios de la necesidad de la demanda y de la congruen-

(2) *Carnelutti*, Sistema, ed. Buenos Aires, 1944, t. I, No. 883; Teoría general del derecho, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, Nos. 7 y 9; *Hugo Rocco*, Trattato di diritto processuale civile, Uteh. Torino, 1957, t. I, p. 56-57 y 110; *Couture*, fundamentos de derecho procesal, Buenos Aires, 1958, p. 31-36; *Redenti*, Derecho procesal civil, Buenos Aires, 1957, t. I, p. 6; *Rosenberg*, Tratado de derecho procesal civil, Buenos Aires, 1955, p. 45; *Devis Echandia Hernandez*, Tratado de derecho procesal civil, cit., t. I, Bogotá, 1961, Nos. 44 y 61, Nociones generales de derecho procesal civil, Madrid, 1966, Nos. 12, 20 y 56.

cia entre ésta y la sentencia, como parte de la "autonomía negocial reconocida al particular sobre la propia esfera jurídica", de que habla CALAMANDREI, que consideramos convenientes (3), se han introducido en algunas legislaciones, importantes reformas, a saber: la iniciación del proceso civil, en defensa de incapaces, a solicitud del Ministerio Público (sistema que consideramos conveniente y mejor que el de otorgarle directamente al juez esa facultad); el sistema de la *comunidad de la apelación*, en lugar del personal de la *reformatio in pejus*, para permitir que el juez superior revise en su totalidad la providencia apelada, con el fin de ajustarla a la Ley y a la justicia, aún cuando resulte perjudicada la única parte recurrente (que consideramos indispensable en un proceso moderno, porque la *reformatio in pejus* es un rezago del criterio privatista que consideraba como única finalidad del recurso la protección del interés particular del apelante); la consideración oficiosa de las excepciones de fondo, siempre que aparezca su prueba, sin que importe la falta de alegación por el demandado (sistema colombiano que consideramos más a tono con el concepto actual del proceso civil, que el sistema europeo y de otros países americanos que exigen su alegación, porque consideramos que aquél se ajusta más al principio que exige al juez la aplicación oficiosa del derecho y al criterio moderno que persigue la justicia de la sentencia civil, en cuanto sea posible; además, el hecho impeditivo o extintivo es inseparable jurídicamente del hecho constitutivo de la pretensión del actor, por lo que el impedirle al juez la consideración oficiosa de aquél, cuando se encuentra probado, rompe la unidad jurídica del elemento fáctico del proceso).

En resumen, en el derecho contemporáneo se rechaza, por absurda, la idea de que el Estado sólo debe interesarse por una buena justicia en la rama penal. La justicia es única e indivisible: es buena o mala en su integridad, así como una persona es honrada o nó, enferma o sana, tomada como una unidad moral o física (no puede hablarse de honradez sólo para ciertos actos, ni de salud limitada a ciertos órganos). Además, tan importante para el hombre son su patrimonio, su familia, sus derechos cívicos y políticos, como su libertad física y su amparo frente al poder coercitivo penal del Estado; la mala justicia civil o comercial o laboral o contencioso administrativa o fiscal, conduce a la proliferación de los delitos y por tanto incide fundamentalmente en la justicia penal y afecta la paz y la armonía sociales, fin supremo del derecho, de la jurisdicción y del proceso en general.

(3) Véanse las primeras citas.

En los párrafos siguientes examinaremos algunos de los aspectos de estas facultades que se deben otorgar al juez civil y con mayor razón al laboral, tanto para controlar y orientar la iniciación del proceso, como en relación con su trámite posterior, con el debate probatorio, con la decisión de fondo y con la defensa de la buena fe y la lealtad procesal en las actuaciones de los litigantes.

2. *Facultades del juez en relación con la admisión o el rechazo de la demanda.*

a) *Rechazo oficioso de la demanda por ininteligibilidad de las peticiones o pretensiones o por ser contradictorias.* Para la admisión de la demanda se requiere que se pueda entender claramente que es lo que con ella se persigue (la condena que contra el demandado se impetra; la declaración que se solicita; la orden de pago que se reclama en la demanda ejecutiva, etc.). Es decir, debe exigirse que las pretensiones incoadas aparezcan claras, para que el demandado pueda ejercitar cabalmente su derecho de defensa y el juez pueda resolver con precisión y congruencia la cuestión litigiosa o los pedimentos si el proceso es de jurisdicción voluntaria. Si falta este requisito, que se incluye en el presupuesto procesal de la demanda en forma, el juez debe estar facultado para rechazar la demanda y exigir su aclaración, mediante providencia motivada, que no debe ser apelable.

Se trata de la simple ininteligibilidad de las peticiones, porque el examen de su procedencia, de los fundamentos que tenga y de los efectos jurídicos que de ellas se deduzcan, son materia del estudio de fondo que debe hacerse en la sentencia. Con una salvedad: cuando los efectos jurídicos de las varias peticiones o pretensiones sean contradictorios, de tal manera que los de una excluyan los de otra y estén planteadas todas como principales y simultáneas, es decir, para que el juez necesariamente resuelva si acceda o no a ellas, debe otorgarse al juez la facultad de rechazar la demanda, para que se corrija este defecto de fondo, porque faltará entonces el presupuesto procesal de la demanda en forma; la providencia debe gozar de apelación, porque se refiere a una cuestión de fondo que puede influir en el contenido de la sentencia y causar daño irreparable al actor (así lo admite la jurisprudencia colombiana). De lo contrario se pecaría contra la economía procesal, porque el juez estaría imposibilitado para resolver de fondo en la sentencia, debiéndose limitar a dictar un fallo inhibitorio, pues carece de facultad para escoger entre las dos peticiones contradictorias, ya que es a la parte a quien le corresponde definir a cual limita su demanda, por el mayor

interés que le represente. En esta forma ha resuelto el problema la jurisprudencia colombiana.

Muy diferente es la situación cuando en la demanda se incluyen peticiones contradictorias, pero las unas como subsidiarias de las otras. Entonces no existe problema alguno, porque se entra a resolver sobre la subsidiaria únicamente después de haberse negado la principal, y, por tanto, la una no excluye a la otra; por ejemplo, cuando se pide como principal la resolución o la nulidad del contrato y subsidiariamente su cumplimiento, o viceversa. Así lo admite la jurisprudencia colombiana.

b) *Rechazo oficioso de la demanda, por indebida acumulación de pretensiones o subjetiva de personas demandantes o demandadas.* Este defecto de fondo tiene mucha semejanza con el anterior. La indebida acumulación objetiva de pretensiones o subjetiva de partes (mal llamada acumulación de acciones) impide la resolución de fondo en la sentencia, como la jurisprudencia colombiana ha dicho; por consiguiente, es un pecado contra la economía procesal el no autorizar al juez para rechazar la demanda y exigir su corrección, por providencia motivada, que debe gozar de apelación, por referirse a una cuestión de fondo que influye en el contenido de la sentencia y puede causar perjuicio irreparable al demandante (este ha sido el criterio de la jurisprudencia colombiana).

Tanto este caso, como el anterior, se suelen contemplar como impedimentos procesales (mal llamados en el código colombiano excepciones dilatorias), como especies de indebitud formal de la demanda.

Sin embargo, debe adoptarse un criterio muy amplio para la procedencia de la acumulación objetiva y subjetiva, en la misma demanda y es mejor aceptarla cuando no existe un obstáculo de procedimiento o de competencia, por ejemplo, porque la ley contemple un procedimiento distinto para cada pretensión o para una de ellas, o someta a una de las partes a otro fuero improrrogable. Por economía procesal se debe concentrar en un proceso la resolución de las varias cuestiones conexas en razón del objeto de la pretensión, de su causa petendi o de sus sujetos, en cuanto el procedimiento lo permita.

c) *Rechazo oficioso de la demanda por haberse escogido el procedimiento que no le corresponde.* El trámite de un juicio por un procedimiento diferente al señalado en la ley procesal, constituye una causa

de nulidad (4). Algunos han sostenido que si se sigue por el procedimiento plenario u ordinario un negocio al que correspondía un procedimiento especial, no hay nulidad, porque aquél otorga mayores garantías; por nuestra parte creemos que la nulidad opera siempre, porque se trata de normas de orden público, por las cuales se reglamenta el derecho constitucional de defensa y se señalan los trámites que al legislador le han parecido más convenientes; esta ha sido también la doctrina de la Corte Suprema Colombiana, con alguna excepción y el art. 333 del C. de Pr. C. contempla el punto como excepción dilatoria de previo pronunciamiento (5).

En todo caso, sea que se acepte la tesis de la nulidad o se la rechace, el juez debe velar porque el juicio se inicie y tramite por la vía procesal que la ley le señala y, por tanto, debe estar autorizado para rechazar la demanda en el caso contrario y exigir su corrección, mediante providencia motivada que debe gozar de apelación, porque el punto incide luego en la validez del proceso. Así lo acepta la jurisprudencia colombiana.

d) *Rechazo oficioso de la demanda por indebida representación o falta de prueba de la representación de alguna de las partes.* Este requisito para la admisión de la demanda es necesario complemento del anterior y su falta es también causa de nulidad. Por tanto, debe autorizarse al juez para rechazar la demanda que no lo cumpla, por providencia motivada que debe ser apelable, cuando el juez considere insuficiente el poder o la prueba de la representación que fue aducida, pero inapelable si se trata de que no se presentó ninguna prueba.

Sin embargo, cuando se trate de la representación del demandado ausente por un apoderado general, debe permitirse al actor solicitar que previamente se cite a tal persona para que manifieste si efectivamente es apoderado del primero y exhiba el documento que así lo acredite, pues de lo contrario puede obstaculizarse seriamente al derecho del demandante a iniciar el proceso. Cuando se trate de una entidad pública demandada, tampoco se debe exigir que se acompañe a la demanda la prueba de su representación por el funcionario que en ella se señala, porque es un punto regulado por la ley, que el juez debe considerar de

(4) Eduardo Pallares, Derecho procesal civil, México, 1961, p. 54; Jaime Guasp, Comentarios, t. II, p. 144 y jurisprudencia española citada por Manuel Morón Palomino en su libro: La nulidad en el proceso civil español, p. 105 nota 38 bis; es también la tesis que ha prevalecido en la jurisprudencia colombiana.
(5) Devis Echandía Hernando, Tratado de derecho procesal civil, cit., t. IV, Nos. 503, 540 y 547.

oficio; tampoco debe exigirse la prueba de la persona que desempeñe el cargo representativo de la entidad pública, porque si al serle notificada la demanda guarda silencio, sin tener tal investidura, estaría incurriendo en el delito de usurpación de funciones públicas, por lo cual es muy poco probable que se presente tal situación. El C. de Pr. C. colombiano regula en esta forma la materia, en los arts. 231, 232 y 269.

También hay que considerar el ejercicio de la acción o la formulación de la defensa del demandado o de algún recurso, por agencia oficiosa judicial, sin poder ni representación, sujeta, naturalmente, a que en un término corto se produzca la ratificación del interesado. Así lo autorizan los artículos 269 y 270 del C. de Pr. C. colombiano.

e) *Rechazo oficioso de la demanda, cuando se trate de una acción especial que haya caducado.* La prescripción del derecho sustancial se identifica con la de la acción ordinaria o para juicio plenario, por lo que se relaciona con el fondo de la pretensión y con la excepción perentoria correspondiente, motivo por el cual el juez no puede considerarla de oficio, ni siquiera cuando, como ocurre en Colombia, está autorizado para declarar en la sentencia las excepciones perentorias que aparezcan probadas en el expediente, sin necesidad de que el demandado las alegue (C. de Pr. C., art. 343, aplicable a los procesos laborales, comerciales, fiscales y contencioso administrativos).

Diferente es la situación jurídica que plantea la caducidad de las acciones especiales, sujetas a un término mucho más corto, como la ejecutiva, la posesoria, la contencioso-administrativa. Entonces el fenómeno de la caducidad se relaciona con la vía procesal pertinente y no afecta la subsistencia del derecho material que por lo general puede hacerse valer por la vía ordinaria (salvo el caso en que la ley autoriza únicamente para demandar por la vía contencioso-administrativa). El juez no puede tramitar un proceso de aquellos si del título aducido o de los hechos alegados en la demanda, aparece que está vencido el término legal para la caducidad de la acción especial y debe rechazar la demanda mediante providencia motivada, que debe ser apelable (excepto cuando corresponde en única instancia al Consejo de Estado o al Juez de mínima cuantía). Tramitar el proceso en esas condiciones sería un grave pecado contra la economía procesal, ya que sería imposible la sentencia de fondo. Esta facultad ha sido reconocida en Colombia por la jurisprudencia.

f) *Rechazo oficioso de la demanda, por no presentarse las pruebas que para el caso exija la ley.* En los procesos ordinarios y especiales se debe exigir que se acompañen a la demanda las pruebas de la existencia jurídica de la entidad actora (cuando tiene esa calidad), de su representación por quien demanda a su nombre, del poder para el apoderado designado por el anterior, de la representación del demandado menor o incapaz por quien se señala como su representante legal o su tutor o curador, de la existencia de la sociedad o persona jurídica de derecho privado demandada y de su representante, cuando es convencional por el gerente o el director y con mayor razón hay que exigir estas pruebas cuando en el proceso no es forzoso que exista término probatorio, como ocurre, en Colombia, con los posesorios, de lanzamiento o restitución de la tenencia, de cuentas y otros, en los cuales si el demandado no se opone a la demanda, dentro del término de su traslado, se considera que admite tácitamente los hechos que la fundamentan y se procede a dictar sentencia. La exigencia de estas pruebas anexas a la demanda es muy conveniente, para evitar que al no ser llevadas luego en oportunidad o al no proceder en término probatorio, sea forzoso pronunciar sentencia inhibitoria, con la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para las partes, el juez y el Estado. Se impone entonces que el juez pueda rechazar oficiosamente la demanda. Así lo acepta la jurisprudencia colombiana, excepto cuando se trata de la representación y existencia de personas jurídicas convencionales, como las sociedades, que figuren como demandadas en juicios ordinarios o especiales en que siempre exista término de prueba, en virtud de que existe una norma expresa sobre el particular (C. de Pr. C., Art. 232); somos partidarios de que se suprima esa excepción, para que exista, desde un comienzo, una completa seguridad de que el proceso no fracasará por la ilegitimidad de la llamada personería adjetiva de la parte demandada.

En algunos procesos especiales es necesario acompañar a la demanda ciertas pruebas que acrediten, por lo menos sumariamente, el derecho pretendido, para que el juez pueda admitirla y si faltan tiene el deber de rechazarla. Esto ocurre siempre que el juez debe pronunciarse de plano acerca de la existencia, por lo menos aparente, del derecho pretendido (como en los procesos ejecutivos, que se inician con el mandamiento de pago contra el demandado) y cuando la ley dispone que a falta de oposición a la demanda por el demandado se debe proceder a dictar sentencia (como en los procesos sobre venta de cosa hipotecada o dada en prenda, amparo o restitución de la posesión mate-

rial, cuentas y lanzamientos del arrendatario, en el sistema colombiano actual). Entonces es obvio que el juez goza de facultades para rechazar la demanda si faltan esas pruebas, porque se relacionan con la viabilidad del procedimiento especial escogido.

Análoga es la situación cuando la ley exige la presentación con la demanda de ciertas pruebas, a pesar de que hay traslado previo de aquella al demandado y término probatorio; así ocurre en Colombia en los juicios de deslinde y amojonamiento (se exige acompañar los títulos de propiedad y un certificado sobre los de las fincas colindantes), de expropiación (se exige acompañar copia auténtica de la resolución de la autoridad política que la decretó), de sucesión por causa de muerte (se exige acompañar la prueba de la defunción del causante y del interés del actor), en los divisorios (es debe acompañar prueba de la calidad de comunero) y en otros.

g) *Rechazo de la demanda por carencia manifiesta del llamado interés para obrar en el actor o en el demandado, o mejor dicho de interés en la pretensión incoada en la demanda o en su contradicción.* Aún cuando se trata de una cuestión sustancial y no procesal, porque se refiere al interés sustancial, serio y actual, en las declaraciones que se piden sean hechas en la sentencia de fondo, por economía procesal se debe autorizar al juez para examinarla en el momento de resolver si admite o rechaza la demanda, con miras a evitar un proceso inútil que deba concluir en sentencia inhibitoria, ya que su examen en esta corresponde al juez oficiosamente.

Este tema del llamado interés para obrar, se ha prestado a muchas discusiones, que todavía continúan.

Creemos que se trata del interés subjetivo o personal y sustancial que le sirve al demandante de motivo o causa jurídica para formular las pretensiones que en la demanda aparezcan (sean estas fundadas o no y tengan o no el derecho pretendido) y para las cuales reclama la intervención del órgano jurisdiccional del Estado, por conducto del juez, con el fin de que resuelva sobre aquéllas, en sentencia de fondo o mérito; así se le distingue claramente del interés procesal que existe en el ejercicio de la acción y que pertenece a todo el mundo, por ser general y abstracto, con el fin de que el Estado, a través del juez y mediante un proceso, desate pacíficamente los litigios o le de certeza a los derechos o los satisfaga (lo último en los procesos ejecutivos).

El interés para obrar, que es mejor llamar interés en la pretensión o excepción o en la sentencia de fondo, debe ser un interés serio y ac-

tual, en el litigio planteado o en la declaración pedida (si no hay litigio), para que demandante justifique el pronunciamiento de fondo sobre la pretensión incoada (favorable o desfavorable, porque no implica la titularidad del derecho sustancial pretendido) frente al demandado contra quien es dirigida la demanda, y en éste para que justifique su contradicción de la demanda y la resolución sobre las excepciones de fondo que contra aquélla formule (sea favorable o desfavorablemente a su oposición). El interés para accionar lo tiene siempre el demandante y el interés para el ejercicio del derecho de contradicción corresponde siempre al demandado, aquél por el simple hecho de pretender que necesita del proceso para cualquier fin jurídico y éste por ser citado como tal, porque existe un interés público o general en que esa pretensión se encauce por la vía pacífica del proceso, o de otra manera no se explicaría por qué a pesar de tratarse de una pretensión infundada e incluso temeraria, en el actor, o de un demandado indebidamente escogido, la acción produce la iniciación del proceso y lo conduce a la sentencia (inhibitoria o de fondo, favorable o desfavorable al uno o al otro), si no aparece un obstáculo diferente, como la ausencia de un presupuesto procesal o una causa de nulidad. (6)

El examen del interés para obrar en el actor, para la admisión de la demanda, no presenta dificultad, porque se hace sobre los hechos y peticiones de la misma y su ausencia puede aparecer clara, por ejemplo si se alega como interés para demandar la calidad de futuro heredero de quien vive todavía. El del demandado puede ser menos sencillo, en muchos casos, pero puede suceder que en la demanda aparezca claro que es totalmente ajeno a las pretensiones, que no pueden perjudicarlo ni vincularlo en ninguna forma. En estos casos se debe autorizar al juez para rechazar oficiosamente la demanda. Y debe autorizarse al demandado para plantear en incidente previo, la falta de interés en la causa por su parte o en el demandante. El C. de Pr. C. colombiano (art. 33, ord. 2o.) contempla la falta de interés sustancial para con-

(6) *Carnelutti*, Instituciones, ed. Buenos Aires, 1959, No. 206 y p. 298-299; *Sistema*, ed. Buenos Aires, 1944, t. II, Nos. 137 y 158; *Ugo Rocco*, *Trattato di diritto processuale civile*, ed. 1957, t. I, p. 239-259 y 318-326; *Couture*, Estudios de derecho procesal civil, ed. Buenos Aires, 1955, t. I, cap. I y II y p. 253-266; *Manuel De la Plaza*, Derecho procesal civil, ed. 1951, p. 102-104; *Victor Fairén Guillén*, Estudios de derecho procesal civil, ed. 1955, p. 75-81 y 460-463; *Devis Echandía Hernando*, Tratado de Derecho procesal civil, t. I, Nos. 110 y 150 y t. III, Nos. 408-409; *Nociones generales de derecho procesal civil*, Edit. Aguilar, 1967, Nos. 86, 103, 105 y 119; *Ricardo Reimundín*, Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual, Buenos Aires, 1966, p. 16,38 y 40.

tradecir la demanda, como excepción dilatoria de previa sustanciación, es decir, como impedimento procesal; sin embargo, en la práctica se ha hecho muy poco uso de esta facultad, porque la jurisprudencia ha pretendido limitar el caso a cuando el citado como demandado no es la misma persona contra quien se pretendió dirigir la demanda, por ejemplo porque tenga el mismo nombre. Es conveniente una norma de lance general, para evitar muchos procesos inútiles.

h) *Rechazo oficioso de la demanda por manifiesta ausencia de legitimación en la causa, sea en el demandante o el demandado.* Las consecuencias jurídicas procesales de la falta de legitimación en la causa son similares a las examinadas en el punto anterior, por lo cual algunos confunden estos dos presupuestos materiales de la sentencia de fondo

Como sucede con el interés para obrar y excepcionar o mejor dicho con el interés en la pretensión o excepción, la legitimación en la causa no implica la titularidad del derecho sustancial pretendido, y ambos son, personales, subjetivos y actuales y son presupuestos materiales para la sentencia de fondo; pero puede tenerse la segunda sin que exista el primero, porque no haya un interés serio y actual en los resultados del juicio. Por ejemplo: quien demanda para que se declare que tiene un derecho herencial en relación con su padre, aún vivo, tiene legitimación en la causa por ser el titular del interés en la declaración, pero no un interés serio y actual en que esa declaración se haga estando vivo su padre, porque se trata de una mera expectativa; igualmente, si el arrendador demanda a un arrendatario para que se declare que una vez vencido el contrato debe restituir el inmueble, su legitimación es perfecta, pero su interés no es actual y serio si el demandado no está negando su calidad de tal ni que al vencimiento del contrato tendrá esa obligación, porque entonces se tratará de una simple hipótesis de que puede no estar dispuesto a restituirlo cuando se origine esa obligación.

Hay coincidencia en los dos presupuestos materiales de la sentencia de fondo, en los siguientes casos: 1o.) cuando se tiene el interés sustancial, serio y actual para obrar o en las pretensiones de la demanda, porque entonces necesariamente se tiene legitimación en la causa para demandar, pues no se concibe un tal interés sin el derecho a obtener la sentencia de fondo; 2o.) cuando el demandante carece de legitimación en la causa, por no estar autorizado por la ley para pretender que se hagan las declaraciones contenidas en la demanda, porque entonces no puede tener interés serio y actual en ellas; 3o.) cuando el demanda-

do está legitimado en la causa, necesariamente tiene interés actual y serio en contradecir la demanda, porque la presentación de ésta y su citación constituyen una amenaza actual contra sus intereses.

En cambio, en los procesos de condena el demandado puede tener interés para obrar, porque le nace por el solo hecho de que se pretenda imponerle una prestación que debe contradecir, y carecer sin embargo, de legitimación, por no ser la persona obligada a responder por los hechos que aduce el actor como fundamento de sus pretensiones; por este motivo la sentencia tendría que ser inhibitoria. La legitimación en la causa determina quienes están jurídicamente autorizados para obtener una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda, en cada caso concreto, y quienes deben estar presentes en el debate judicial sobre esas pretensiones, y, por lo tanto, si es o no posible pronunciar sentencia de fondo en ese proceso. Dicho de otra manera, sirve para conocer si quienes aparecen como partes en el proceso han actuado correctamente en él y si están presentes todos los que debían actuar; porque puede tratarse no de falta de legitimación en quienes obran como demandantes o demandados, sino de legitimación incompleta en aquéllos o en éstos, cuando dejaron de demandar o de ser demandadas otras personas que necesariamente son sujetos activos o pasivos del interés en litigio (litis consorcios necesarios). En ambos casos la sentencia tiene que ser inhibitoria. No se trata de la titularidad del derecho material, porque puede faltar éste y sin embargo existir completa aquélla, en ambas partes, lo que explica que la sentencia puede ser de fondo y sin embargo desfavorable al demandante. Esto demuestra también que es diferente de la titularidad de la acción en el demandante o del derecho de contradicción en el demandado, e igualmente que no se trata de un requisito ni de una condición de aquélla ni de éste. (7).

La legitimación en la causa no es la titularidad del derecho material ni de la obligación correlativa, sino, en cuanto al demandante se refiere, la pretensión o afirmación de ser el titular de ese derecho materia de litigio, en el supuesto de que exista (en los procesos contenciosos) o del interés por declarar o satisfacer mediante el requisito de la

(7) *Enrico Allorio*, Ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial, ed. Buenos Aires, 1958, p. 215-217; *Redenti*, Derecho procesal civil, cit., t. I, p. 231, aún cuando su concepto no es claro, por lo dicho en otros pasajes de la misma obra; *Fairen Guillén*, ob. cit., p. 72-83; *Carnelutti*, Instituciones, ed. cit., t. I, p. 270-271 y 317-318; *Sistema*, ed. cit., t. II, No. 137 y t. III, No. 450; *Ugo Rocco*, Trattato, ed. cit., t. I, p. 332; *Devis Echandía Hernando*, Tratado, Cit., t. I, No. 166 y Nociones generales de derecho procesal civil, ed. cit., No. 87 y 134; *Ricardo Reimundín*, Los conceptos de pretensión y acción, cit., p. 120-122.

sentencia (procesos voluntarios); y por lo que al demandado se refiere, consiste en ser la persona llamada a contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídica material objeto de la demanda (procesos contenciosos ejecutivos, de condena, declarativos, o de declaración constitutiva). De ahí que sea requisito para la sentencia de fondo y que el juez la deba considerar de oficio.

En relación con la falta de legitimación en la causa pueden presentarse estas situaciones:

1ª) Que exista el derecho o la relación jurídica material y la legitimación del demandado sea perfecta, pero que el demandante no sea el titular del interés jurídico en litigio sobre su existencia, es decir, no sea la persona que puede pretender en juicio ese derecho, y entonces faltará la legitimación activa en la causa y la sentencia tendrá que ser inhibitoria;

2ª) Que el derecho o la relación jurídica material exista y la legitimación del demandante esté correcta, pero que el demandado no sea la persona llamada a controvertir ese litigio, es decir que 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;

3ª) Que el derecho o la relación jurídica material exista, pero falte la legitimación de ambas partes, activa o pasiva, como se explica en las dos hipótesis anteriores, y la consecuencia será la misma;

4ª) Que el derecho o la relación jurídica material no exista (sea porque nunca existió o porque se extinguió) o esté viciado de nulidad, pero que tanto el demandante como el demandado sean los titulares del interés en litigio (por ser las personas a quienes corresponde controvertir sobre la existencia de aquel derecho o aquella relación jurídica material), en cuyo caso la legitimación en la causa de ambos será perfecta y la sentencia podrá ser de fondo o mérito, aunque desfavorable al primero;

5ª) Que en la hipótesis anterior falte la legitimación en causa del demandante o del demandado o de ambos, por no ser las personas a quienes corresponde formular esa pretensión o controvertirla, es decir, quienes les correspondería ese derecho o esa obligación o quienes serían los sujetos activos y pasivos de esa relación jurídica material, en el supuesto de que existieran realmente, y entonces la sentencia tendrá que ser inhibitoria.

En resumen, somos partidarios de que se autorice al juez para rechazar la demanda cuando sea manifiesta la falta de legitimación en la causa en el demandante o el demandado, por obvios motivos de economía procesal; e igualmente de que se autorice al demandado para proponer el punto en incidente de previa sustanciación, a manera de las mal llamadas excepciones dilatorias en el C. de Pr. C. colombiano, aun cuando no se trata propiamente de un impedimento procesal, tal como ocurre con la cosa juzgada, la transacción y el desistimiento anterior. Cuando la legitimación en la causa es incompleta en una de las dos partes, la demanda puede ser admitida, pero debe suspenderse el trámite del juicio mientras se hacen las citaciones de los litis consortes necesarios que falten, como en el número siguiente veremos.

El ord. 2o. del art. 33 del C. de Pr. C. colombiano da cabida a la excepción dilatoria de previa sustanciación, cuando falte la legitimación en causa del demandado; pero la jurisprudencia no ha sabido desarrollar ese texto. Es indispensable una norma de alcance general.

3. *Facultades oficiosas del juez en relación con el trámite del juicio*

El juez civil debe estar revestido también de amplias facultades para adoptar oficiosamente las medidas necesarias a la finalidad de enderezar el procedimiento por el cause que le ley ha determinado y de evitar que surjan vicios que puedan afectarlo de nulidad o que se sigan extendiendo a actuaciones posteriores. No basta con el rechazo de la demanda mal formulada o que adolezca de alguna de las deficiencias que se examinaron en el número anterior; una vez admitida se debe procurar que el proceso continúe libre de defectos que pueda acarrear su insuceso, bien sea porque resulte indispensable su anulación o porque la sentencia deba ser inhibitoria (8).

Enumeraremos algunas de esas facultades:

a) *Suspensión oficiosa del juicio, por incompleta legitimación en la causa de la parte actora o la demandada.* Si tanto el demandante como el demandado ostentan legitimación en la causa, el juez admite la demanda (siempre que reúna los demás requisitos examinados) y ordena la citación al demandado y el traslado a éste por el término que la ley señale. Sin embargo, puede suceder que de los hechos alegados por el actor en la demanda o de la contestación del demandado o de los anexos que presenten, aparezca que existen otras personas que son

(8) *Ayarragaray.* El principio de la inmaculación del proceso, Buenos Aires, 1959.

litis consortes necesarios de aquél o de éste, sin cuya presencia en el juicio no sea posible adoptar una sentencia de fondo, es decir, que la *legitimatio ad causam* sea incompleta; entonces, la economía procesal exige que se suspenda el trámite hasta cuando esas personas sean citadas personalmente o por edicto emplazatorio que culmine en la designación de un *curador ad litem*, si lo primero no es posible en un término prudencial. Esa citación produce el efecto de vincular a esas personas a los resultados del juicio y por tanto a la fuerza de la cosa juzgada. La providencia que la ordene debe ser motivada y apelable. Esta medida se puede adoptar a solicitud de cualquiera de las partes, pero debe otorgarse al juez la facultad de ordenarla de oficio. Es lo que suele entenderse por *completar el contradictorio*.

Esta medida se contempla en el artículo 102 del actual C. de Pr. C. italiano, en los siguientes términos: "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 un término perentorio establecido por él". También la consagra el art. 89 del nuevo C. de Pr. C. argentino para la justicia federal. No existe en Colombia.

Como ejemplos pueden mencionarse estos: la demanda de nulidad o simulación o resolución de un contrato, debe comprender a quienes figuraron como partes del mismo y a sus causahabientes a título singular o universal, ya que la decisión debe producir efectos contra todos; la de nulidad del matrimonio instaurado por un tercero, debe dirigirse contra los dos cónyuges; de la lesión enorme cuando son varios los compradores o vendedores demandados, los debe comprender a todos (por activa puede demandar uno de ellos, porque nada impide que se declare la lesión y se ordene el complemento del precio o la resolución únicamente en relación con él); la de nulidad o reforma de un testamento, debe ser dirigida contra todos los que puedan resultar perjudicados en caso de prosperar, sean herederos o legatarios; la de nulidad de una donación conjunta, debe dirigirse contra todos los donatarios; la de reivindicatoria de un bien poseído en común (no en parcelas separadas) por varias personas, debe enderezarse contra todas. En estos casos existe una legitimación incompleta en la causa, en la parte actora o en la demandada (9).

(9) *Ugo Rocco*, Trattato, cit. t. I, p. 335, nota 9; *Carnelutti*, *Redenti y Devis* Echan-día citas anteriores.

b) *Rechazo oficioso de la solicitud de intervención de terceros*, por no reunir los necesarios requisitos. Este rechazo puede motivarse en la falta de algún requisito formal o en que no aparezca la prueba de su legitimación en la causa y de su interés para obrar. El último debe reunir las condiciones de ser serio y actual, que para las partes iniciales se exige; la penúltima radica en ser titulares de un interés jurídico o moral dependiente del interés en litigio de una de las partes principales (interventores adhesivos) o titulares *parciales* del interés en litigio, debido a que pueden resultar afectados o favorecidos jurídica o moralmente por las declaraciones que en ese juicio se solicitan en la sentencia (interventores principales, necesarios o voluntarios). La providencia debe ser motivada y apelable. El nuevo C. de Pr. C. argentino reglamenta este punto en sus arts. 90 a 92.

Naturalmente, las partes pueden oponerse a las intervenciones de terceros o interponer recursos contra la providencia del juez que las acepte. Pero es conveniente que éste tenga la facultad oficiosa de rechazarlas de plano, porque el punto se relaciona con el debido trámite y con el orden procesal. Si la intervención es aceptada y queda en firme, el interviniente queda vinculado a los resultados del juicio y por tanto a los efectos de la cosa juzgada.

c) *Suspensión oficiosa del juicio o al menos de la sentencia, mientras se hacen los emplazamientos a terceros, que la ley ordene*. En ocasiones la ley ordena el emplazamiento de terceros indeterminados, en defensa de sus intereses; así ocurre en los juicios de quiebra o de concurso de acreedores, en los ejecutivos cuando se presenta la primera tercería, en los de sucesión por causa de muerte a los herederos y acreedores interesados, en los de pertenencia o adquisición del dominio o inmuebles por prescripción (cuando no se dirige la demanda contra un demandado especial y se pretende obtener una sentencia que produzca efectos *erga omnes*). El juez debe ordenar oficiosamente que se cumplan, por providencia inapelable.

Unas veces es necesario suspender el trámite del juicio, hasta cuando esos emplazamientos estén hechos y haya vencido el plazo que en ellos se señala para la comparecencia de quienes tengan interés y legitimación para ello; otras veces se permite adelantar el juicio hasta tenerlo listo para la sentencia y únicamente se suspende ésta, como ocurre en el proceso colombiano de quiebra. La conveniencia de uno o de otro sistema, depende de la clase de juicio y de la razón por la cual

se hacen los emplazamientos. Pero en ambos casos el juez debe adoptar oficiosamente la medida. Así ocurre en el proceso civil colombiano.

d) *Decreto oficioso de otras medidas que persigan subsanar cualquier nulidad o impedir que se produzca.* Esta es una facultad indispensable por elementales razones de economía y de orden procesales. Ejemplos: puede suceder que el juez descubra que carece de competencia, cuando el proceso está ya adelantado, y entonces debe remitirlo oficiosamente al juez competente, previa notificación a las partes de la providencia que lo ordene, que debe ser apelable; cuando en el juicio actúa un menor de edad, representado por su padre o curador, y durante su curso llega a la mayor edad, debe ordenarse su citación, porque esa representación se extingue a partir de ese momento; cuando muere una de las partes que litigaba en propia causa o uno de los apoderados, se debe ordenar la citación de los herederos de aquella o del mandante de éste; cuando se ha incurrido en una pretermisión del procedimiento, se debe declarar nula la parte viciada y retrotraerse el proceso al estado que corresponda; cuando se incumplió una formalidad esencial para la práctica de una diligencia o de una prueba, se debe ordenar su repetición; cuando se observe una causa de nulidad subsanable por ratificación o allanamiento de las partes afectadas con el vicio, se debe poner en conocimiento de éstas la situación, para que en el término que la ley o el juez les señale, manifiesten lo que tengan a bien (debiéndose entender que si no ratifican o allanan, subsiste el vicio y debe decretarse la nulidad). Estas medidas se aplican en el proceso civil colombiano. La providencia que ordena esas citaciones es inapelable, pero la que decreta esas nulidades debe ser apelable.

e) *Pronunciamiento de oficio y de plano de las nulidades insubsanables.* Si la nulidad es insubsanable y no procede la ratificación o allanamiento de las partes o del tercero que no fue citado debiendo serlo, es inútil proceder a darles previo traslado del problema, por lo cual el juez debe proceder a decretarla de plano oficiosamente, por providencia motivada y apelable. Así se practica en el proceso civil colombiano.

4. *Facultades oficiosas del juez en relación con la decisión final de la instancia.*

Llegada la instancia a su trámite final, procede su decisión por sentencia, bien sea inhibitoria o de fondo, según la situación procesal y sustancial que en cada caso existe.

Es conveniente mantener para esta etapa decisoria la limitación que implica el principio de la congruencia, porque con él se ampara el debido contradictorio y por tanto la igualdad de oportunidades para la defensa. Por este aspecto debe sobrevivir el principio dispositivo en el proceso civil. No así en el laboral, porque existen razones de interés general que justifican el permitir que el juez amplíe la condena del patrón demandado, a favor del trabajador demandante, cuando aparezca probado que le corresponde una suma mayor o algunas prestaciones sociales que no fueron pedidas en la demanda; el actual C. de Pr. Laboral colombiano lo autoriza así.

Sin embargo, creemos conveniente otorgarle al juez civil dos facultades:

a) *La de aplazar la sentencia, cuando exista pendiente una prejudicialidad jurídica necesaria.* 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, o, como dice HUGO ALSINA (10) "en el *preajudicium* pueden encontrarse los elementos esenciales de todo *iudicium*"; pero la prejudicialidad jurídica es más restringida e implica la igualdad de naturaleza y de fin. También en la última se deben distinguir la prejudicialidad jurídica extraprocesal y la procesal; esta se limita al campo del proceso, cuando el juez debe examinar algunas cuestiones jurídicas distintas a la que va a resolver, pero vinculadas a ésta en tal forma que sin ese estudio previo no puede adoptar su conclusión.

En sentido general y amplio, dentro del mismo proceso se presentan cuestiones prejudiciales siempre que se deba resolver un punto en incidente de especial sustanciación, antes de dictarse sentencia (como el de las excepciones mal llamadas dilatorias en el C. de Pr. C. colombiano y el de nulidades) e inclusive en la misma sentencia como presupuesto necesario para la decisión de fondo sobre la demanda y las excepciones perentorias (11). Para algunos autores, la verdadera prejudicialidad existe solamente cuando se trate de cuestión que requiera una decisión previa a la sentencia, sea en el mismo proceso o en otro, de manera que se restringe la noción, al excluir el segundo caso con-

(10) *Alsina*, Las cuestiones prejudiciales, ed. Buenos Aires, 1959, p. 45.

(11) *Menestrina*, La prejudiciale nell processo civile, p. 27, 89, 92; *Chiovenda*, Instituciones, t. I, No. 124-125; *Jiménez Asenjo*, Las cuestiones prejudiciales en materia civil, p. 58; *Pontes de Miranda*, Comentarios al Código de proceso civil, ed. 1959, t. IV, p. 60.

templado en el sentido genérico del término (12). En tercer lugar están los autores que consideran necesario restringir el concepto de prejudicialidad a los casos en que se requiera una previa resolución sobre un punto, por un tribunal o juez distinto o por el mismo, pero con efectos generales y no sólo para determinado litigio, es decir cuando la decisión sobre ese punto debe obligar en todos los litigios que versen sobre él, con efectos de cosa juzgada, sin que esté limitada al proceso en que se pronuncia (13). Una cuarta tesis restringe aún más el ámbito de la prejudicialidad procesal y la reserva para las cuestiones que deban ser resueltas previamente en otro tribunal, con efectos de cosa juzgada (14).

Creemos que es mejor adoptar el criterio más restringido para determinar lo que debe entenderse por prejudicialidad procesal y especialmente para que sea conducente la suspensión por este motivo del proceso civil (o del penal o de cualquiera otra jurisdicción). Desde este punto de vista estimamos que es cuestión prejudicial aquella sustancial autónoma, que constituye un necesario antecedente lógico-jurídico de la resolución que debe adoptarse 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, bien sea ante el mismo despacho judicial o en otro distinto. Entonces se justifica exigir que la cuestión prejudicial sea resuelta primero, para luego proferir la sentencia del propio juicio, sea civil o penal. Cuando aquella corresponda a otra jurisdicción (la penal, por ejemplo, se tratará de una cuestión prejudicial de jurisdicción, y si debe ser resuelta en otro proceso de la misma, será prejudicialidad de competencia) (15).

Nos separamos de ALSINA únicamente en cuanto éste excluye las cuestiones que deben ser resueltas en proceso separado, ante el mismo juez, y de CARNELUTTI en que excluimos sin excepción las decisiones incidentales dentro del mismo proceso.

(12) *Manzini*, Tratado de derecho procesal penal, No. 59 y 75; *Guasp*, Derecho procesal civil, ed. 1962, p. 517-522; *Hugo Rocco*, Trattato, cit., t. III, p. 219-228.

(13) *Carnelutti*, Sistema, t. II, No. 374.

(14) *Hugo Alsina*, ob. cit., p. 66-69; *Morel*, Traité élémentaire de procédure civile, París, 1949, Nos. 273-275.

(15) *Devis Echandía Hernando*, Tratado de derecho procesal, edit. Temis, Bogotá, t. IV, 1964, Nos. 607-626; *Nociones generales de derecho procesal civil*, Edit. Aguilar, Madrid, 1967, Nos. 276-292.

No debe confundirse la prejudicialidad procesal, en sentido estricto, 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, mientras que aquélla contempla una cuestión sustancial, *distinta* pero vinculada a la que debe ser resuelta en el proceso. Además, la prejudicialidad existe aun cuando no se haya iniciado el otro proceso, si el juez del primero no tiene competencia para resolver sobre ella. El pleito pendiente persigue que no haya dos sentencias sobre el mismo asunto; la prejudicialidad exige, en cambio, que se pronuncie la primera, para luego proferir la segunda.

En algunas legislaciones se contempla la *prejudicialidad a la acción*, que impide tramitar el segundo proceso, como sucede con el pleito pendiente. Entonces debe otorgarse al juez civil la facultad de suspender oficiosamente el trámite inicial del proceso, por esta causa. Pero ordinariamente la prejudicialidad se presenta sólo para la sentencia y el proceso se tramita hasta llegar a ese estado, lo cual es más conveniente, porque permite al juez de la causa conocer si tiene o no elementos de juicio suficientes para adoptar la resolución sin necesidad de esperar la del otro proceso. Por ejemplo, el juez civil no debe suspender la sentencia, porque exista una prejudicialidad penal, sino cuando en el proceso civil no existan suficientes elementos de juicio para adoptar sus decisiones y le sea indispensable esperar a que la justicia penal se pronuncie sobre la existencia del hecho ilícito, su autoría y su responsabilidad.

No toda investigación penal sobre hechos conexos con el proceso civil es una causa prejudicial para suspender éste; así ocurre cuando no obstante adelantarse una investigación penal sobre el perjurio de uno o de varios testigos que declararon en el proceso civil, o sobre la falsedad material de un documento, existen en éste otras pruebas suficientes para adoptar la decisión, con prescindencia de aquélla; e igualmente, cuando la resolución de tránsito, puede adoptarse con prescindencia de si existió o no delito y responsabilidad penal del conductor del vehículo.

Aplicada con las anteriores limitaciones, la facultad del juez civil para suspender oficiosamente la sentencia, si encuentra una necesaria prejudicialidad para su decisión, nos parece de indudable conveniencia. Así opera en el proceso civil colombiano.

b) *La de declarar oficiosamente las excepciones de fondo, cuando aparezcan probadas, salvo las de compensación y prescripción.* La doc-

trina y las legislaciones europeas y latino-americanas, con excepción de la colombiana, siguen la concepción romana de la excepción, que se caracteriza por la circunstancia de que el juez no puede declararla de oficio, ni siquiera cuando aparezca probada en los autos, de manera que exigen siempre su alegación por algunos de los demandados o de sus coayuvantes. El artículo 343 del C. de Pr. C. colombiano, aplicable a los procesos laborales, fiscales y contencioso administrativos (el proceso comercial está refundido con el civil) consagra el sistema opuesto: "Cuando el juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconcerla en la sentencia y fallarla en el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción que debe siempre proponerse o alegarse". La jurisprudencia excluye también de la anterior regla general, la excepción de compensación, porque requiere la voluntad del deudor - acreedor, ya que implica la extinción de su derecho de crédito, que bien puede reservarse para hacerlo valer en otra oportunidad o con fines diversos. Se justifica la salvedad de la prescripción, porque no impide el pago o el reconocimiento voluntario y válido por el demandado.

Cuál de los dos sistemas es mejor y se ajusta más a los modernos conceptos sobre los fines y la naturaleza de la jurisdicción, de la acción, del proceso y de la sentencia? No vacilamos en preferir el colombiano y en proponerlo como modelo para la reforma de los procedimientos civiles, laborales, comerciales, fiscales y contencioso administrativos de los demás países, por las siguientes razones:

La excepción no es una pretensión, ni un derecho material opuesto al derecho material del demandante (salvo la de compensación), porque no implica ninguna exigencia a éste por parte del demandado; es una simple razón especial, de hecho, de la oposición del demandado, que defiende su libertad jurídica, a la pretensión del demandante que le reclama una prestación o quiere vincularlo a una relación jurídica determinada. Lo especial de esa razón, que se opone a la razón de la pretensión del demandante (por lo que CARNELUTTI la considera atinadamente como una contrarazón defensiva) y no a su acción (es una oposición específica a la pretensión), radica en que el demandado no se limita a negar los hechos alegados por aquél (defensa u oposición en sentido general), sino que alega otros hechos o una diferente modalidad de aquellos, por cuya virtud se destruye o modifica total o parcialmente la pretensión del

primero o se aplazan sus efectos jurídicos (excepción dilatoria de fondo) (16).

Por consiguiente, el presupuesto de hecho que el juez debe considerar para su sentencia, está formado conjuntamente por las razones del demandante y las contrarrazones del demandado. No es lógico ni jurídico que el juez separe artificialmente las primeras de las segundas y se limite a considerar aquéllas porque el demandado olvidó pedirle que atendiera también a éstas. Si el hecho exceptivo desvirtúa, altera o dilata los efectos jurídicos del hecho que fundamenta la pretensión, es apenas obvio que para conocer cuales son los efectos jurídicos actuales del segundo se debe considerar oficiosamente el primero, siempre que aparezca debidamente probado. Lo contrario equivale a una mutilación arbitraria e injurídica del presupuesto de hecho de la sentencia. Ambos hechos constituyen, en conjunto, la verdadera situación fáctica sujeta a la decisión del juzgado; lo contrario es fallar contra la realidad, a sabiendas de que esta es diferente, con un criterio similar al en buena hora archivado en el derecho moderno, que le imponía al juez, por tarifa legal, una convicción pre-fabricada abstractamente, a pesar de que estuviera convencido de la evidencia contraria.

Puede decirse que cuando del proceso surge la existencia de hechos impeditivos, extintivos o modificativos del derecho pretendido por el demandante, lo que sucede es que éste no ha probado tal derecho o apenas lo ha probado parcialmente o con diferente modalidad (según sea el efecto del hecho exceptivo). En ocasiones, ese hecho exceptivo surge de las propias alegaciones del demandante en su demanda (por ejemplo, cuando de éstas aparece una nulidad absoluta del contrato que sirve de causa jurídica a su pretensión) y entonces es más claro que el juez no puede separarlo del hecho constitutivo de sus pretensiones; o resulta probado con los medios allegados por el mismo demandante y entonces es absurdo que el juez rompa la unidad y comunidad de la prueba (que son dos principios generales del derecho probatorio), para declarar al segundo y desconocer al primero, porque no se le haya formulado la correspondiente excepción. Estos principios obligan a considerar como un solo haz probatorio o como una masa de pruebas, todos los medios aportados por ambas partes y por el juez oficiosamente, por lo que se violan también cuando no se atiende oficiosamente el he-

(16) Carnelutti, Sistema, ed. cit., t. II, No. 126; Redenti, Profili, No. 154 y Derecho procesal civil, t. I, No. 12; Hugo Alsina Defensas y excepciones, p. 86-91; Jaime Guasp, Derecho procesal civil, ed. 1962, p. 245-246.

cho exceptivo que se probó con medios distintos a los allegados por iniciativa del demandante. (17).

Esa unidad se refleja también en el fin propio de la prueba judicial y en la función que desempeña: llevarle al juez el convencimiento sobre la realidad de los hechos que interesan al proceso; por encima del interés que cada parte tiene en sacar adelante sus propias pretensiones o excepciones, con las pruebas que aporta, en oposición a lo perseguido por la otra con las que por su lado aduzca, existe una unidad de fin y de función en esa prueba: permitirle al juez decidir conforme a la realidad y de manera justa. Una vez aportadas legalmente, su resultado depende sólo de la fuerza de convicción que en ellas encuentre el juez, pertenecen al proceso y no a la parte que las presentó o pidió, por lo que es inadmisiblesu desistimiento o renuncia, después de aceptada o practicada (según el caso).

Como puede apreciarse de las breves consideraciones anteriores, la prohibición al juez para que declare de oficio las excepciones perentorias que aparezcan probadas en el juicio (salvo las de prescripción y compensación), es un rezago del concepto privatista del proceso civil, que veía en éste una contienda de interés particular y le asignaba como único fin la solución del conflicto surgido entre las partes, en beneficio exclusivo de éstas. Pero en presencia de las nuevas concepciones sobre el derecho de acción, la jurisdicción, el proceso y la sentencia, que les asignan un claro fin de interés público, la suerte del litigio y el contenido de la decisión que lo desate dejaron de ser de interés exclusivo para los litigantes. El juez debe buscar la justificación de la sentencia, procurando conformarla con la realidad de los hechos, en cuanto aparezca demostrada en el juicio, sin que importe el silencio del demandado, ni su inactividad probatoria; por eso se le otorgan hoy, en todos los países que han superado el subdesarrollo procesal, amplias facultades para practicar de oficio las pruebas que le hagan falta para adquirir la certeza necesaria al efectivo logro de ese fin.

Si en el derecho contemporáneo nadie discute la necesidad de otorgarle al juez civil facultades oficiosas para llevar pruebas al juicio y

(17) *Devis Echandía Hernando*, Tratado de derecho procesal civil, t. V, la prueba —parte general—, No. 639, C y D, 709 y 717; *Dellepiane*, Nueva teoría general de la prueba, edit. Temis, Bogotá, 1961 p. 54; *Micheli*, La carga de la prueba, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1961, No. 22, p. 145; *Wigmore*, citado por *Gorphe*, La apreciación de la prueba, Edit. Ejea Buenos Aires, 1955, p. 53, 141-144 y 158-163, 246, 455-456; *Silva Melero*, La prueba procesal, Madrid, 1963, t. I, p. 122-123 y 130.

resolver, en lo posible, de acuerdo con la realidad de los hechos, resulta absurdo negarle la facultad de declarar probado el hecho exceptivo que de esas pruebas o de las aportadas por las partes aparezca evidente. Lo contrario es obligarlo a fallar en contra de la evidencia y de su conciencia, lo que constituye la negación de los principales conceptos que gobiernan la administración de justicia en la época actual. Esa facultad es una consecuencia natural del principio elemental que exige la absolución del demandado, siempre que no aparezca probada la existencia actual de su obligación o de la relación jurídica a la cual el demandante pretende vincularlo. Es un caso similar al de la *reformatio in pejus*: sólo se explican por la mohosa resistencia que la tradición opone al avance de los nuevos conceptos, que ya hace medio siglo forman irreversiblemente parte del patrimonio jurídico de la sociedad moderna.

La salvedad que en Colombia se reconoce para la prescripción y la compensación, que si requieren alegación de parte, se justifica por lo dicho al comienzo de este párrafo.

5. *Facultades oficiosas del juez civil en relación con el fallo de las apelaciones (eliminación del principio de la reformatio in pejus).*

Como dijimos al final del párrafo anterior, otro fósil jurídico, que contradice abiertamente los modernos conceptos sobre el interés público en la justa decisión del proceso civil, es el viejo principio de la *reformatio in pejus*, que prohíbe al juez agravarle la situación al apelante, aun cuando el error de la providencia recurrida se encuentre, precisamente, en la parte que favorecía a éste.

Este sistema, que rige todavía en casi todos los países (también en Colombia), consagra la *personalidad del recurso* y le asigna un fin de exclusivo interés privado: proteger al recurrente. Pero hoy es insostenible esa doctrina: si nadie discute que el proceso, en general, tiene un fin primordialmente de interés público, porque con él se persigue la paz y la armonía sociales, con base en la justa resolución de los litigios y de las peticiones de jurisdicción voluntaria, resulta insostenible negarle a los recursos ordinarios de reposición y apelación ese mismo fin: controlar la justicia de la providencia, primordialmente en interés público y secundariamente en interés de las partes recurrentes.

Cierto es que quien apela persigue obtener algún beneficio con su recurso; pero igual ocurre cuando se interpone reposición ante el mismo juez y sin embargo se acepta que éste pueda revisar en su totalidad la providencia, inclusive para agravarle la situación al recurrente. Algo

similar se presenta en el ejercicio del derecho de acción: la parte actora persigue satisfacer su interés privado, pero el proceso se adelanta primordialmente en interés público y los jueces representan el último y no el primero; aquel interés particular sirve apenas de estímulo para que el particular recurra al Estado en busca de justicia, en vez de pretender procurársela por sí mismo, o para que interponga el recurso, pero el juez que tramita el proceso o resuelve la apelación, debe actuar en defensa de ese interés público en la justa decisión del litigio o del recurso (18).

Es impertinente objetar la tesis anterior, diciendo que reformar la providencia apelada en lo no pedido por el recurrente es algo similar a otorgarle al demandante en la sentencia lo que no pidió en la demanda. De ninguna manera. Son dos situaciones totalmente distintas, porque la apelación no altera la *litis-contestatio* formada por las pretensiones y excepciones, de manera que el juez estará actuando dentro de los límites de la congruencia que esa *litis-contestatio* le impone. Por otra parte, apelar es una actuación procesal totalmente distinta a demandar, porque aquella no implica pretensiones nuevas y debe ser entendida como la solicitud al superior para que corrija los errores o las omisiones del inferior, de acuerdo con la demanda, las excepciones y las pruebas que del proceso aparezcan.

Creemos, pues, que es conveniente implantar en el proceso civil, como norma general, el sistema de la comunidad de apelación, que faculta al superior para revisar totalmente la providencia apelada (sea sentencia o una providencia interlocutoria) y ajustarla a derecho, sin que importe a quien beneficia o perjudica ese ajuste. Sobre este particular existe una brillante y monografía del ilustre procesalista venezolano LUIS LORETO (19). Las razones expuestas en el número anterior, contra la prohibición de considerar oficiosamente los hechos excepcionales probados, militan exactamente en favor de esta reforma. Y no vale tampoco alegar que quien no apela consciente lo desfavorable de la providencia, porque se trata de una ficción sin fundamento, pues en la mayoría de los casos se trata de descuido, pereza o ignorancia del apode-

rado de esa parte; además, por sobre su interés particular es el interés público en la justicia y legalidad de la providencia.

La *reformatio in pejus* se explicaba cuando se creía en el absurdo *cuasicontrato de litis contestatio*, en el interés exclusivamente privado del proceso civil, en la necesidad de mantener al juez como un simple espectador de la lucha procesal de las partes, sin ninguna iniciativa. Pero, repetimos, es un fósil jurídico totalmente fuera de lugar en el proceso moderno.

Se procura también eliminar la limitación absurda de la *reformatio in pejus*, con el sistema de la adhesión a la apelación del contrario, que permite al no recurrente pedirle al superior que revise la providencia en la parte que le fue desfavorable (20); pero creemos que el sistema de la comunidad del recurso es más lógico y se adapta mejor a la teoría procesal moderna. Aquél conserva todavía vestigios del concepto privatista del proceso civil, al hacer necesaria la petición del recurrente, para que el superior pueda enmendar el error que encuentra en la providencia apelada.

La Comunidad de la apelación tiene otra ventaja práctica muy importante: elimina la mayoría de las apelaciones dilatorias, faltas de seriedad, que persiguen demorar el proceso o alguna medida procesal que no está de acuerdo con el interés egoísta y muchas veces inmoral de la parte recurrente. Sabiendo el apoderado que su recurso puede resultar perjudicial a su mandante, se cuidará de interponerlo, si la providencia lo favorece parcialmente. Esto contribuye a su vez a la celeridad del proceso civil, cuya tremenda lentitud es uno de los más grandes problemas que actualmente afronta la justicia, en todos los países.

6. *Facultades oficiosas del juez civil, en relación con la actividad probatoria.*

La transformación que en el presente siglo han tenido las facultades del juez civil, en materia de pruebas, ha sido radical en Europa y algunos países de América (como Argentina, Brasil y algunos estados de México): del inerte funcionario que debía contentarse con los medios que las partes le llevaran y que debía fallar muchas veces contra su personal convencimiento y su conciencia, debido a la doble atadura del criterio dispositivo riguroso y de la tarifa legal, se le ha convertido en el sujeto principal de la actividad probatoria, con absoluta

(20) Loreto, Monografía citada, p. 130.

(18) Carnelutti, Sistema. ed. cit., I, No. 883, p. 287; Instituciones del nuevo proceso civil italiano 5a. ed., Buenos Aires, 1959, p. 22; Ugo Rocco, Trattato, ed. cit., t. I, p. 110; Devis Echandía Hernando, Tratado de derecho procesal civil, ed. cit., t. I, No. 44 y t. IV, No. 490; Nociones generales de derecho procesal civil, ed. cit., No. 56.

(19) Loreto, La adhesión a la apelación, Revista de la Facultad de derecho de México, diciembre, 1958, p. 102-130.

libertad para valorar los distintos medios (respetando, naturalmente, la exigencia de formalidades *ad substantiam actus*) y con iniciativa para la práctica oficiosa de las pruebas que considere convenientes para la formación de su concepto sobre los hechos que interesen al proceso.

Solamente en los países procesalmente subdesarrollados, como Colombia, continúan imperando aquellas absurdas limitaciones, que son rezagos del arcaico criterio privatista del proceso civil; el Senado colombiano negó, en este año, una reforma para otorgarle iniciativa probatoria al juez civil, debido al criterio mezquino de intereses políticos y personales de un grupo de senadores ignorantes y torpes. En cambio, Argentina ha sabido poner al día su proceso civil, en el nuevo Código de Procedimiento Nacional, promulgado en 1.967. También Brasil y México han introducido esta reforma y casi todos los países de Europa Occidental y oriental.

En el proceso laboral colombiano existe, por fortuna, la doble libertad de valoración y de aportación oficiosa del material probatorio, desde hace más de veinte años.

En las IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Caracas, en abril de 1967, se aprobó por unanimidad la recomendación a los países de América, para introducir esta doble libertad del juez en los procesos civiles. Pueden consultarse sobre el tema las varias monografías que presentaron juristas de Argentina, Uruguay, Venezuela, México y otros países, publicadas en los números I a IV de la Revista Hispano-americana de Derecho Procesal, publicada en Madrid, correspondiente a 1.967.

Existen otras facultades del juez en relación con el debate probatorio, por lo que haremos a continuación un esquema sintético:

a) *Facultad de rechazar la admisión o práctica de las pruebas inconducentes.* Se entiende por pruebas inconducentes (en un sentido amplio) las que en virtud de una norma legal están prohibidas de manera general o para la demostración del hecho en particular y las que también por mandato legal o por su naturaleza son ineptas para establecer el hecho sobre el cual recaen, por exigirse otro medio. En los dos primeros casos la prueba inconducente es además ilícita; en el último no, porque la ley no prohíbe su práctica, pero resulta inútil (a menos que se refiera no al hecho que por ley necesita otro medio de prueba, sino a circunstancias relacionadas con él, que no están comprendidas en la limitación legal; esto sucede con la prueba testimonial sobre circunstancias accesorias del contrato que por ley necesita prueba escrita, pri-

vada o pública; pero entonces la prueba es conducente respecto a tales circunstancias). Un ejemplo de inconducencia por la naturaleza de la prueba es el dictamen de peritos para establecer la buena o mala fe de una persona.

La conducencia es, por tanto, un requisito intrínseco para la admisibilidad de la prueba y una cuestión de derecho, porque se trata de la aptitud legal de la prueba para llevar al juez el convencimiento sobre el hecho objeto de la misma. Es una causa de ineficacia de la prueba, pero ésta es el género y aquélla una especie, porque hay ineficacia por otros motivos.

Cuando la inconducencia de la prueba sea evidente, *prima facie*, el juez debe rechazar su admisión y su práctica, por elementales razones de economía procesal.

b) *Facultad de rechazar la admisión o práctica de las pruebas impertinentes o irrelevantes.* La pertinencia o relevancia se refiere en realidad al hecho objeto de la prueba y no a ésta; no es una cuestión de derecho, sino de hecho, lo cual tiene importancia en materia de casación. Prueba impertinente o irrelevante es aquella que se aduce con el fin de llevar al juez el convencimiento sobre hechos que por ningún aspecto se relacionan con el litigio o la materia del proceso voluntario o del incidente. La prueba puede ser conducente para demostrar el hecho, pero si este es totalmente extraño al material fáctico que le sirve de presupuesto, su práctica resulta inútil y contraria a la economía procesal. De esta noción resultan los conocidos principios: *inutile est probare quod probatum non relevat y frustra probatum non relevat.*

La doctrina está de acuerdo en el rechazo de la prueba impertinente (21).

La pertinencia de la prueba debe ser examinada con un criterio amplio, porque puede ser remota o indirecta, cuando recae sobre hechos que si bien no constituyen el presupuesto inmediato de la norma jurídica por aplicar, si se relacionan con aquél y pueden interesar para aclararlo, modificarlo o justificarlo o para precisar sus efectos jurídicos o la causa que lo produjo o cualquiera otra circunstancia que pueda influir, en mayor o menor grado, sobre la decisión que el juez debe adoptar. Por esta razón y porque la aceptación o práctica de la prueba no impide que en el momento de la sentencia o de la decisión interlocuto-

(21) *Lessona*, Teoría general de la prueba, ed. cit., t. I, Nos. 229-232; *Ricci*, Tratado de las pruebas, ed. cit., t. I, No. 5; *Bonnier*, Tratado de las pruebas, ed. cit., t. I, Nos 60-61; *Alsina*, Tratado de derecho procesal civil, ed. cit., t. II, p. 184; etc.

ria se declare impertinente, es mejor limitar su rechazo inicial a los casos en que sea evidente, *prima facie*, la absoluta impertinencia del hecho que se trata de demostrar con ella.

La falta de alegación del hecho en la demanda o en los escritos de excepciones no establece por sí sola su impertinencia. Es necesario distinguir, si de hechos de la demanda se trata, entre los principales y los accesorios o secundarios, porque solamente aquéllos (es decir, los indispensables para identificar la pretensión incoada) constituyen los límites de la *causa petendi* para determinar la congruencia de la decisión y los últimos pueden ser atendidos, si se prueban, a pesar de no haber sido alegadas en aquella (22). Si se trata de hechos exceptivos, hay que tener en cuenta el sistema legal vigente: si se exige alegar la excepción para que el juez la considere, se deben distinguir también los hechos principales o que la individualizan y los secundarios o accesorios relacionados con aquéllos, para limitar la exigencia legal a los primeros; si tal alegación no es necesaria (sistema colombiano, que proponemos se introduzca en los otros países), la pertinencia nunca estará limitada por esta circunstancia.

c) *Facultad de rechazar la admisión o práctica de las pruebas cuando sean inútiles por otros motivos.* Toda prueba inconducente o impertinente es inútil; pero la inutilidad puede resultar de otras causas y a pesar de la conducencia y pertinencia. Por ejemplo: cuando la ley prohíba investigar el hecho (como la paternidad de un hombre distinto del marido, respecto al hijo de mujer casada, en vida del segundo); cuando el hecho por probar es metafísicamente imposible (la imposibilidad física o la natural, dependen de los conocimientos técnicos de la persona que la aprecia, por lo cual no basta que al juez le parezca que existe, para que rechace la prueba y lo lógico es decretarla y reservarse la apreciación de su resultado); cuando existe una presunción de derecho o una sentencia con valor de cosa juzgada en contrario de lo que se pretende demostrar, es decir, cuando el hecho es jurídicamente imposible; cuando exista una presunción legal en favor del hecho que se quiere probar, porque entonces es claramente innecesaria; cuando el hecho que se quiera demostrar sea absolutamente indefinido, sin que importe su calidad negativa o positiva (en cambio, es útil y per-

(22) *Chiovenda*, Principios, ed. Madrid, 1941, No. 41; *Guasp*, Derecho procesal civil, ed. 1962, p. 317-318 y 330; *Devis Echandía Hernando*, Tratado de derecho procesal civil, ed. cit., t. III, No. 388 y Nociones generales de derecho procesal civil, ed. cit., No. 226.

tiente probar el hecho contrario); cuando en el proceso existan otras pruebas que demuestren indudablemente el hecho que se quiere probar, porque entonces es una pérdida de tiempo, trabajo y dinero la práctica de las nuevas (23).

La facultad de limitar el número de testigos, cuando los oídos sean suficientes para darle al juez el pleno convencimiento sobre los hechos, es una manera de regular la utilidad de esa prueba; pero nos parece inconveniente fijar de antemano el número de testimonios, sin dejar al juez en libertad para aceptar otros, en el caso de que las anteriores no le hayan dejado el suficiente convencimiento sobre los hechos. La regulación que al respecto hace el nuevo C. de Pr. C. argentino, es un buen modelo de este punto.

d) *Facultad de ordenar y practicar de oficio las pruebas que estime conveniente para su decisión.* Esta facultad ha sido examinada varias veces, por lo que nos remitimos a lo expuesto. También sobre este punto encontramos una buena regulación en el nuevo C. de Pr. C. argentino y en el C. de Pr. C. del Brasil. La doctrina moderna está de acuerdo en este punto (24). Se debe incluir el careo de testigos y de las partes con estos.

e) *Facultad de ordenar oficiosamente la repetición de cualquier prueba, cuando haya sido mal practicada o la considere deficiente.* Se trata de un complemento indispensable de la anterior y debe considerarse incluida en aquélla, aún cuando expresamente no lo diga el texto legal. Pero creemos que cuando se trate de informalidades procesales en su práctica, que la privan de valor probatorio, aún el juez civil que no goza de iniciativa para practicar pruebas (como ocurre en Colombia

(23) *Devis Echandía Hernando*, Tratado, cit., t. V, No. 725.

(24) *Pescatore*, Expos. Compend., Torino, 1864, vol. I, p. 72-73; *Lessona*, ob. cit., t. I, No. 56-57; *Micheli*, La carga de la prueba, ed. cit., No. 32 y 40; *Carnacini*, Tutela jurisdiccional y técnica del proceso, México, Revista de la Facultad de Derecho, 1953, p. 173; *Carnelutti*, Sistema. ed. cit., p. 72; *Rocco*, Trattato, ed. cit., t. II p. 145-146; *Rosenberg* Tratado de derecho procesal civil, Buenos Aires, 1955, t. I, p. 386-392; *Sicard*, La preuve en justice, París, 1960, p. 2-10; *João de Castro Mendes*, Do conceito de prova em processo civile, Lisboa, 1961, p. 159-161; *Prieto Castro*, Derecho procesal civil, Madrid, 1964, t. I, p. 349-350; *De La Plaza*, Derecho procesal civil, Madrid, 1954, t. I, p. 447-448; *Lopes Da Costa*, Direito processual civil brasileiro, Río, 1959, t. III, p. 188; *Pontes de Miranda*, Comentarios ao código processo civil, Río, 1959, t. II, p. 225-227 y t. III, p. 275; *Couture*, Estudios, ed. cit., t. II, p. 137-139; *Fornatti*, Estudios de derecho procesal, Buenos Aires, 1956, p. 151; *Sentis Melendo*, El proceso civil, Buenos Aires, 1957, p. 155; *Rodríguez Carlos A.* y *Peña Juan L.* Derecho procesal civil, Buenos Aires, 1956, p. 65.

actualmente), puede ordenar oficiosamente su repetición. El nuevo C. de Pr. C. argentino autoriza el careo oficioso de testigos y partes (arts. 448, 452, 459).

f) *Nombramiento por el juez de los peritos, intérpretes, traductores y testigos actuarios en inspecciones.* Consideramos un grave defecto de muchas legislaciones procesales, el otorgarle a las partes el nombramiento de los peritos, sea que la prueba concorra con una inspección judicial o que se rinda aisladamente; por este sistema se deforma la importancia y utilidad del experticio, porque cada parte procura designar una persona que defienda sus intereses. En Colombia se introdujo en este año la reforma que deja al juez estos nombramientos, en todos los casos, manteniendo el sistema de la dualidad de peritos y del tercero en caso de desacuerdo, como la única manera para sanear este medio de prueba, indispensable muchas veces e importante siempre; para evitar que el juez le de preferencia a su amistad sobre la competencia del perito, se exige la elaboración previa de listas de expertos, para cada materia, por los Tribunales Superiores, de las cuales se deba sortear, en cada caso, los peritos que corresponda designar.

Los intérpretes y traductores deben ser designados por el juez, con mayor razón, siendo también conveniente la formación de listas previas.

Los testigos actuarios, para diligencias judiciales, cuya función se limita a dar fe de lo relatado en el acta, deben ser de libre designación por el juez, sin necesidad del sorteo sobre listas previas, debido a que no hace falta ninguna preparación especial.

g) *La libre valoración por el juez del material probatorio, salvo la exigencia legal de formalidades ad substantiam actus.* Es el complemento necesario de la libertad para ordenar y practicar pruebas de oficio. Las objeciones que hasta hace unos lustros se formulaban contra esta libre valoración, no tiene hoy ninguna vigencia. Naturalmente, se entiende por libre valoración de la prueba, la que el juez debe hacer fundado en una sana crítica, en las normas generales de experiencia, en sus conocimientos de lógica y sicología judicial, mediante una razonada motivación y sin desconocer las reglas sobre la carga de la prueba (que nada tienen que ver con su apreciación), ni las normas legales que exigen solemnidades para la existencia o la validez de ciertos actos jurídicos (como la escritura pública para la compra-venta o hipoteca de inmuebles, o para la constitución o reforma de sociedades comerciales,

en Colombia). El nuevo C. de Pr. C. argentino consagra esta libertad. En Colombia continuamos con una tarifa legal muy atenuada.

La tarifa legal es otro arcaísmo, que se justificó plenamente y representó un avance importante, en su momento histórico; pero que a partir del desarrollo y divulgación de los estudios jurídicos, de los medios de publicación de textos y jurisprudencia, perdió su razón de ser. También sobre esta reforma, en los países americanos que todavía no la han consagrado, hubo un pronunciamiento favorable y por unanimidad en las IV Jornadas de Derecho Procesal, celebradas en Caracas, en 1.967. La doctrina contemporánea es unánime en este sentido (25).

La abundante literatura que sobre este punto se presentó a las mencionadas Jornadas y las citas anteriores, nos excusa de ahondar en el tema, para no prolongar innecesariamente este trabajo (26).

7. *Facultades del juez civil para impedir el entorpecimiento y la demora anormal del proceso y algunas medidas complementarias.*

Es muy frecuente que la parte demandada adopte la táctica de dilatar el proceso civil, mediante la interposición de recursos infundados, de incidentes de previa sustanciación, de recusaciones temerarias y de peticiones de otra índole. Consecuencia de tales manejos son los procesos ordinarios de diez o más años y los especiales de más o menos la misma duración.

- (25) *Chiovenda*, Principios, ed. cit., t. II, No. 59; *Calamandrei*, Instituciones de derecho procesal civil, Buenos Aires, Edit. De Palma, 1943, p. 5-7 y 299-240; *Redenti*, Derecho procesal civil, Buenos Aires, Edit. Ejea, t. I, No. 78; *Mauro Cappelletti*, Testimonianza della parte nel sistema dell'oralita, Edit. Giuffrè, 1962, t. I, p. 127-144, 191-194, 212-218; *Franco Antonio Cusimano*, El problema della giustizia nel rapporto processuale, Edit. Cedan, 1958, p. 164-170; *Marco Tulio Zancuchi*, Dirritto processuale, civile, Edit. Giuffrè, 1955, t. I, p. 372-373; *Enrique Tullio Liebman*, Derecho procesal civil, Edit. Giuffrè, 1959, t. II, No. 176. *Rosenberg*, La carga de la prueba, Buenos Aires, 1.956, num. 6, p. 57; *Lent*, Tratado del proceso civile tedesco, trad. italiana, 1962, Morano Editores, p. 198; *Guasp*, Derecho procesal civil, ed. 1962, p. 350; *De la Plaza*, Derecho procesal civil, Madrid, 19/54, t. I, p. 444 y 462; *Silva Melero*, La prueba procesal, Madrid, 1964, p. 4081409; *Prieto Castro*, Derecho Procesal Civil, 1963, p. 132; Madrid. *Gorphe*, La apreciación de las pruebas, ed. cit., Cap. I, p. 30 y 33; *Joao de Castro Mendes*, Do conceito de prova em processo civile Lisboa, 1961, p. 608-613 y 660-667; *Couture*, Estudios, ed. cit., t. II, p. 221; *Alsina*, tratado, ed. cit., t. II, p. 220-221; *Moacir Amaral Santos*, Prova judiciaria no civil e comercial, Sao Paulo, t. I, 1961 p. 356-358; *Antonio Rocha*, De la prueba en derecho, Bogotá, 1967, p. 114-115.
- (26) Pueden consultarse los trabajos presentados a las IV Jornadas, en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Madrid, Nos. I a IV de 1.967; También el capítulo que le consagramos, junto con el estudio de las facultades del juez civil, para decretar pruebas de oficio, en el t. V de nuestro Tratado, Nos. 641-651.

A nadie se escapa que una justicia lenta es en realidad una injusticia. Los perjuicios sufridos por la parte que tenía la razón, a causa de esa lentitud, quedan generalmente sin resarcimiento, porque las costas judiciales a duras penas compensan los gastos del proceso y los honorarios del apoderado. El demandado que está usufructuando indebidamente los bienes materia del litigio, hace un buen negocio con esa técnica dilatoria, porque los intereses o frutos que obtiene valen mucho más que las costas y honorarios de abogados. Además, por ese sistema se procura obligar al demandante a una transacción injusta, para evitarse males mayores.

Aunque menos frecuente, no es raro que el demandante adopte también una táctica dilatoria, cuando ve su causa perdida y pretenda obtener una transacción o alguna ventaja, negociando ilícitamente con la desesperación y el cansancio del demandado, que termina sacrificando parte de su patrimonio a cambio de recobrar su tranquilidad y su libertad jurídica.

También el Estado se perjudica por el mayor costo que el proceso le representa y la Justicia sufre menoscabo porque el mayor trabajo que de esa manera se impone inútilmente a los jueces, se refleja en un menor ritmo general en su marcha y en un entorpecimiento de los demás negocios.

Existe, por tanto, una clara ilicitud en esos manejos, que violan los preceptos de la buena fe y la lealtad procesales.

Es indispensable que el juez (cualquiera que sea la jurisdicción a que pertenezca), goce de amplias facultades para impedir en lo posible esa conducta o por lo menos para limitarla. Es este uno de los puntos más difíciles de regular en la ley y de realizar en la práctica, porque se trata de lograr un justo equilibrio entre el correcto ejercicio del derecho constitucional de defensa, reglamentado a través de los recursos, las peticiones y los trámites, por una parte, y la necesidad de que el proceso curse normalmente, sin demoras innecesarias, sin enredos procesales maliciosos y dentro de un clima de lealtad y buena fe. Una reglamentación que impida totalmente esos desmanes es, quizás, imposible de conseguir; pero sí pueden evitarse en gran parte.

Entre las facultades que con este fin se deben otorgar al juez, están las siguientes

a) *Facultad de rechazar de plano los incidentes que hayan sido propuestos y resueltos antes. Auncuando las decisiones interlocutorias*

que resuelven estos incidentes no tienen el valor de cosa juzgada, si deben gozar de firmeza dentro del mismo proceso, pues de lo contrario sería imposible organizar su marcha. El principio de la preclusión impone la necesidad de considerar agotadas las distintas etapas del proceso y definidos los problemas resueltos en esos incidentes; si estos pudieran replantearse cuantas veces quisieran las partes hacerlo, el proceso sería interminable. El juez debe disponer de facultades para rechazar de plano la solicitud para que se inicie un incidente, cuando la cuestión planteada fue materia de una decisión anterior y su providencia debe ser apelable únicamente en el efecto devolutivo. Se tiene en cuenta la causa o razón jurídica aducida en el primer incidente porque si se trata de otra, auncuando sea análoga, ya no se tratará del mismo incidente (por ejemplo, un segundo incidente de nulidad, pero por otro vicio no examinado en el anterior).

El art. 394 del C. de Pr. C. colombiano consagra esta facultad del juez, de manera expresa: "cuando se promuevan por la misma causa después de haber sido recibidos en otra ocasión". El artículo 179 del nuevo C. Nacional de Pr. C. argentino la contempla dentro de la más general de rechazar "in limine" los que aparezcan manifiestamente improcedentes; el caso planteado es, sin la menor duda, uno de estos.

b) *Facultad de rechazar de plano los incidentes, cuando se esté tramitando otro por la misma causa.* Este caso es similar al anterior y debe recibir el mismo tratamiento. Su rechazo de plano se contempla en lo transcrito del art. 394 del C. de Pr. C. colombiano y del art. 179 del nuevo C. Nacional de Pr. C. argentino.

c) *Facultades de rechazar de plano los incidentes, cuando a pesar de basarse en una causa diferente, ésta ha podido ser alegada en uno anterior.* Esta medida la consideramos muy conveniente, porque se trata de evitar que los litigantes dividan maliciosamente el planteamiento de nulidades, recusaciones, tachas, objeciones, etc., para que los distintos motivos que pueden alegarse sean objeto de incidentes escalonados que prolonguen el juicio y lo entorpezcan.

Encontramos consagrada esta facultad en el artículo 186 del nuevo C. de Pr. C. argentino.

d) *Limitación de los incidentes de previa sustanciación y aplazamiento de su fallo para la sentencia.* Otra medida conveniente, para lograr el mismo propósito de que los incidentes escalonados no prolonguen

exageradamente el proceso, consiste en disponer que, salvo los de nulidades o recusaciones o impedimentos procesales (mal llamados éstos, excepciones dilatorias de previa sustanciación), se tramiten sin suspender el curso del proceso y su resolución se aplaze para la sentencia. De esta manera hay una mayor concentración de la instancia y una gran economía de tiempo y trabajo.

También es mejor delimitar expresamente los incidentes que pueden tramitarse.

e) *Limitación de las apelaciones en el efecto suspensivo, contra providencias interlocutorias, y su concentración para ser tramitadas conjuntamente, salvo contadas excepciones.* Otra de las causas de la gran demora de los procesos civiles, la constituyen las apelaciones escalonadas en el efecto suspensivo. En Colombia tenemos este problema para los juicios de mayor cuantía: en los procesos ordinarios y algunos especiales, las partes pueden apelar en el efecto suspensivo de las providencias interlocutorias y como es fácil conseguir que se pronuncien, mediante peticiones inclusive sin ningún fundamento, la primera instancia se convierte en un permanente ir y venir del negocio del juzgado al tribunal superior y viceversa. Cualquier abogado puede demorar cinco y más años la primera instancia, con este sencillo procedimiento. En cambio, para los ordinarios de menor cuantía existe una norma muy práctica y de gran utilidad: "Art. 770. Las apelaciones interpuestas durante la sustanciación de estos juicios, se reservan para otorgarlas, si es el caso, en un solo auto y antes de la citación para sentencia, y no se dicta ésta mientras no hayan sido resueltas por el superior".

Creemos muy conveniente la aplicación del sistema consagrado en el texto transcrito, en todos los procesos, cuando la apelación no se solicite o la ley no la otorgue en el efecto devolutivo. Se puede dejar al apelante que escoja entre el efecto devolutivo o la apelación diferida. Es conveniente excluir del principio general las apelaciones contra las providencias que resuelvan los incidentes de nulidad, recusación o impedimentos procesales (mal llamados excepciones dilatorias de previa sustanciación). En vez de diez o veinte alzadas, con una demora de seis meses o más cada una (teniendo en cuenta que el apelante puede demorar el trámite con algunos recursos dilatorios contra la condena en costas y su regulación), existiría una sola; las varias apelaciones que escalonadas se llevarían cinco años o más, serían evacuadas en pocos meses. La duración de la primera instancia se reduciría enormemente.

El nuevo C. de Pr. C. argentino contempla este recurso diferido, para algunos casos, aunque los regula de distinta manera (arts. 243, 247 y 260). Nosotros preferimos una norma general, con las excepciones indicadas, similar a la que rige para el juicio ordinario de menor cuantía.

f) *Exigencias de la fundamentación de las apelaciones.* Es otra medida indispensable para evitar que las partes apelen temerariamente y luego guarden silencio, quedando sin embargo obligado el superior a tramitar el recurso y decidirlo. La fundamentación puede ser ante el inferior, para que vaya anexa al expediente o sus copias (según el efecto suspensivo o devolutivo en que se haya concedido el recurso), o ante el superior en un breve plazo; estimamos mejor lo primero, cuando no se trate de sentencias, para economizar el tiempo y el trabajo que significa la remesa y la obtención de las copias si son necesarias. En este sistema, que está consagrado por el nuevo C. de Pr. C. argentino para la mayoría de las apelaciones (las llamadas en relación y sin efecto diferido; art. 246), es conveniente aplazar la expedición de copias (si son en el efecto devolutivo) para después que se haya presentado el memorial de fundamentación del recurso, pues de lo contrario sería aquél un trabajo inútil.

g) *Limitación de las notificaciones personales o por cédula e implantación del principio de que "las partes están a derecho".* La carga procesal de vigilancia del negocio y de la oportuna presentación de peticiones y memoriales, justifica plenamente que, como regla general de escasas excepciones, todas las providencias se notifiquen por un simple acto secretarial. Esas excepciones deben ser únicamente para la admisión de la demanda, la citación de terceros determinados (la de indeterminados debe ser por emplazamiento en periódicos y avisos en la secretaría), la citación para absolver posiciones o manifestar si se reconoce o no documentos privados no auténticos y el traslado de nulidades a quienes no estén presentes o estén mal representados, para que manifiesten si las allanan. Es lo que en Venezuela se denomina el "principio de estar las partes a derecho", que también consagra el C. de Pr. C. colombiano.

h) *Facultad del juez para impulsar oficiosamente la marcha normal del proceso.* Al juez le corresponde declarar precluidas las distintas etapas del proceso, lo cual se produce implícitamente cuando inicia

una ulterior. Así, vencido el traslado de la demanda, si no se propuesto un incidente de excepciones dilatorias, en el C. de Pr. C. colombiano, el juez de oficio debe abrir el juicio a pruebas; vencidos estos traslados debe proferir sentencia o citar para ésta, según la regulación legal que exista; etc. Es lo que suele denominarse "principio de la impulsión del procedimiento" (27).

Esta facultad se encuentra consagrada en el viejo C. de Pr. C. colombiano y en el nuevo argentino (arts. 348 y 36, respectivamente).

i) *Restricción al mínimo de las causas de nulidad, su allanamiento por las partes y su improcedencia cuando el acto viciado cumplió su objeto.* La proliferación de nulidades es otro motivo de la excesiva duración de los procesos civiles y de otras jurisdicciones. No puede prescindirse de ellas, porque se vinculan con el derecho constitucional de defensa, que incluye el de ser juzgado (civil o penalmente) por los trámites que la ley señaló al efecto. Pero es conveniente aplicar en los Códigos de Procedimiento y en la jurisprudencia, un criterio riguroso, que tenga por guía, precisamente, la necesaria garantía de ese derecho constitucional y restringir su petición a un plazo breve y por quien no dió lugar al vicio ni lo haya consentido expresa o tácitamente.

La regulación que sobre esta materia hacen los arts. 169 a 174 del nuevo C. de Pr. C. argentino, es apropiada, en general. Sin embargo, nos parece demasiada vaga y amplia la causal que consagra el segundo inciso del artículo 169: "la nulidad procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad". Una interpretación rigurosa puede subsanar esta deficiencia.

Preferimos limitar las nulidades a las causas usuales de falta de jurisdicción o de competencia, ilegitimidad de personería adjetiva de alguna de las partes e indebida representación y falta de citación o emplazamiento en legal forma de la primera providencia o la que incorpore al tercero en el proceso, y, además, a los casos de procedimiento inadecuado, pretermisión del procedimiento y omisión de trámites que impidan el ejercicio del derecho de defensa.

Correctas nos parecen las disposiciones que el mencionado Código trae sobre subsanación de las nulidades cuando no se promuevan dentro de los cinco días siguientes al conocimiento del acto (lo que debe presumirse por el hecho de la notificación de las providencias respecti-

(27) *Devis Echandía Hernando*, Tratado, ed. cit., t. I, No. 42 y *Nociones generales de derecho procesal*, ed. cit., No. 19.

vas) o haya mediado una ratificación o un consentimiento expreso; sobre inadmisibilidad de la petición de nulidad por quien hubiera dado lugar a ella; sobre limitación de sus efectos al trámite que no pueda subsistir procesalmente sin lo viciado, sea anterior o posterior a éste, y la exigencia de que quien pida su declaración exprese el perjuicio sufrido y el interés que pretende subsanar con la nulidad, para que de esta manera pueda el juez apreciar si el acto viciado cumplió o no la función que le correspondía.

Esta materia ha quedado regulada en el nuevo C. de Pr. C. argentino, mucho mejor que en el actual Código colombiano y si el segundo inciso del artículo 169 de aquél se interpreta restrictivamente, puede servir de modelo para las reformas que en esta materia necesitan los Códigos de varios países de América Latina.

8. *Facultades del juez civil para procurar la buena fe y la lealtad procesales.* El proceso no es un campo de batalla en donde toda clase de armas y de trucos esté permitida; por el contrario, es un recurso que el Estado suministra a los particulares y a sus propias entidades de derecho público, para resolver sus litigios, declarar o verificar sus derechos y en ocasiones satisfacerlos, con un fin primordialmente de interés público o general: la realización del derecho en los casos concretos, para mantener la paz y la armonía sociales (28). Por consiguiente, es apenas natural que ese servicio público que presta el Estado no puede ser lícitamente utilizado con fines proclives, ni de mala fe.

Se ha discutido si existe o no el deber de obrar con lealtad, probidad y buena fe en el proceso. Por nuestra parte no dudamos en acoger la respuesta afirmativa. La imposición de costas a quien resulta vencido, haya o no temeridad en su actuación y con mayor razón en el primer caso; la exigencia del juramento en el interrogatorio a las partes en posiciones o en forma libre, con la correspondiente sanción penal por perjuicio; la condena en perjuicios cuando existe un abuso del derecho de litigar o de embargar bienes; las sanciones disciplinarias para los abogados que violan la ética profesional en sus actuaciones procesales, y otras medidas similares, demuestran que se trata de un verdadero deber jurídico, cuyo incumplimiento acarrea una sanción.

(28) *Carnelutti*, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, ed. Buenos Aires, 1959, p. 22 y 27; *Rocco*, *Tratado*, ed. cit., t. I, p. 110; *Kisch*, *Elementos*, ed. cit., p. 17.

De ahí que los autores suelen incluir entre los principios fundamentales del derecho procesal, el de la buena fe y la lealtad o probidad (29).

Si para los contratos exige la ley esa buena fe (C. C. colombiano, art. 1603 y normas similares de los otros Códigos de América Latina), con mayor razón debe exigirse en el proceso y para que este deber sea efectivo se debe otorgar a los jueces amplias facultades para sancionar drásticamente toda actuación dolosa o reñida con la ética profesional: multas, arrestos, suspensión de la licencia para ejercer la profesión de abogado o su cancelación en casos graves.

En un proceso con facultades del juez para ordenar y practicar pruebas de oficio y para apreciarlas libremente, es más fácil el control por el juez sobre la conducta de los litigantes y sus apoderados. También es importante la facultad de enviar informes y copias a los jueces penales y a los Colegios de Abogados o a los jueces encargados de tramitar los procesos por faltas contra la ética profesional, para que adelanten oficiosamente cualquier investigación sobre actuaciones en el proceso que pueden constituir delitos o el proceso especial disciplinario, según el caso.

En el C. de Pr. Laboral colombiano se incluyó expresamente el deber de lealtad procesal, como uno de los principios básicos del proceso.

Cierto es que en el proceso penal no se exige juramento para el interrogatorio del sindicado y no se le exige que confiese si es culpable. Pero esto no significa que allí no rija el principio de la buena fe procesal, porque se trata de una especial reglamentación del derecho de defensa, que incluye la carga, para el Estado, de probarle la responsabilidad penal al sindicado. En las demás actuaciones del proceso penal se aplica íntegramente este principio, tal como ocurre en el civil o de otra jurisdicción.

En los párrafos anteriores se comentaron algunas de estas facultades. Estas medidas se complementan, en cuanto a los casos de faltas contra la ética profesional del abogado, con una severa reglamentación de la profesión y un procedimiento rápido y efectivo para aplicar penas de multas, suspensión o extinción permanente del derecho de litigar. Para estos fines son fundamentales los Colegios de Abogados,

(29) *Ricardo Reimundin*. Derecho procesal civil, ed. 1956, t. I, p. 144-146; *Couture*, Estudios, ed. cit., t. II, p. 139; *Micheli*, La carga de la prueba, Buenos Aires, 1961, N° 23; *Carlo Furno*. Contributo alla teoria della prova legale, Edit. Cedam, No. 18-19, p. 67-74; *Devis Echandía Hernando*, Tratado, ed. cit., t. I, No. 42, y t. V, No. 639, F; *Nociones generales de derecho procesal civil*, ed. cit., No. 19 K).

con amplias facultades en esta materia, porque suelen ser más efectivos que los procedimientos ante los jueces.

Indispensable es, también, la efectiva sanción penal contra los testigos y peritos que perjuren, lo mismo que contra la parte que incurra en falsa declaración cuando absuelve posiciones o interrogatorio libre del juez. Los jueces civiles deben remitir a los penales copias de los pertinente, cada vez que sospechen la existencia del ilícito, para que oficiosamente adelanten la respectiva investigación, contra el autor material y la parte beneficiada con el testimonio, como presunto autor intelectual. El descuido y el desinterés de aquellos es una de las principales causas de la proliferación de este gravísimo delito contra la administración de justicia. Al menos en Colombia, existe la creencia de que jurar en falso como testigo o parte es una conducta prácticamente sin sanción y ésto, naturalmente, fomenta el ilícito. Las facultades oficiosas del juez civil para ordenar pruebas, son un auxiliar valiosísimo para este control.

9. *Facultades del juez civil, para evitar el proceso fraudulento y procurar le debida sanción a las partes.*

Una especie de la mala fe de las partes en el proceso, es el consorcio fraudulento para producir una decisión judicial que declare un derecho o imponga una obligación o constituya o extinga o modifique una situación jurídica, sobre la base de alegaciones y confesiones o admisiones falsas, generalmente en perjurio de acreedores, de herederos o cónyuges. En estos casos existe un litigio simulado y un proceso viciado de solución.

Creemos que en estos casos, los acreedores y herederos o el cónyuge defraudados, pueden iniciar juicio ordinario para que se declare sin valor la sentencia y se impongan las indemnizaciones y restituciones del caso (sin perjuicio de los terceros que de buena fe hayan adquirido derechos con base en esa sentencia), dentro del término legal para la prescripción (contado a partir de la ejecutoria de dicha sentencia proferida en el proceso fraudulento para los dos primeros y a partir de la muerte de su causante para los últimos), sin necesidad de que exista una norma que lo autorice (30).

El C. de Pr. C. colombiano autoriza también la revisión de la sentencia ejecutoriada, dentro de los dos años siguientes, cuando provino

(30) *Devis Echandía Hernando*, Tratado, ed. cit., t. III, No. 463.

de la Corte Suprema o de un Tribunal Superior, si fue dictada injustamente por cohecho, violencia o fraude o en virtud de documentos declarados luego falsos o de testimonios cuyos autores han sido condenados por perjurio (arts. 542-548); el proceso se tramita en única instancia ante la Corte, por un procedimiento breve y si se considera el recurso, aquella invalida el fallo y dicta en su lugar el que guzgue arreglado a derecho. Es otra vía procesal para sanear la sentencia fraudulenta por obra del juez u obtenida fraudulentamente por las partes.

Estas dos vías judiciales posteriores son útiles para luchar contra el proceso fraudulento, complementadas con la correspondiente investigación penal que oficiosamente debe ordenar el juez civil que falle favorablemente en aquellos casos. Pero es indispensable que en el curso del mismo proceso fraudulento se permita al juez civil o laboral o de cualquiera otra jurisdicción, adoptar oficiosamente algunas medidas para esclarecer la verdad de lo que esté sucediendo, cuando tenga sospechas de encontrarse en presencia de uno de estos fraudes. Tales medidas pueden ser las siguientes:

a) Libre interrogatorio, bajo juramento, a cualquiera de las partes y en cualquier momento del proceso;

b) Citación oficiosa a cualquier tercero que pueda resultar perjudicado o que tenga interés jurídico o económico en las resultas del proceso, para que si lo estima conveniente intervenga en el proceso, aún cuando no se trate de litis consortes;

c) Citación oficiosa de testigos para someterlos a libres interrogatorios y a careos;

d) Práctica oficiosa de cualquier prueba que persiga verificar la realidad de las confesiones o admisiones hechas por las partes;

e) Envío de copias de lo pertinente, a los jueces del crimen, para que adelanten la investigación penal que sea del caso.

10. Deberes del juez civil en el trámite de los procesos

Por lo mismo que ya no se concibe al juez como una máquina registradora de la voluntad del legislador y un espectador pasivo de la lucha procesal entre las partes, sino como al verdadero director del proceso, con amplias facultades, así mismo es indispensable exigirle mayor actividad e imponerle más deberes y responsabilidades en el ejercicio del cargo.

Entre los deberes del juez en el trámite de los procesos civiles o de cualquiera otra jurisdicción, podemos mencionar (brevemente, debido a que este trabajo ha resultado más extenso de lo que inicialmente calculamos), los siguientes:

a) *El deber de imparcialidad y honestidad.* Además de la independencia que en general deben gozar los jueces frente a los otros órganos del Estado (ejecutivo y legislativo), a las agremiaciones obreras o patronales y a los políticos que pretendan ejercer ante ellos un ilícito tráfico de influencias, es indispensable que los jueces actúen en los casos concretos con el único interés de lograr una recta administración de justicia, sin desviar su criterio por consideraciones de amistad, enemistad, simpatía o antipatía, parentesco o interés personal. De ahí el sistema de impedimentos y recusaciones que se consagra en todos los códigos de procedimiento (31). Sin jueces dignos de su misión, las leyes serán letra muerta.

b) *El deber de abstenerse de actividades extraprocesales incompatibles con la dignidad y la independencia de su cargo.* Es un indispensable complemento del anterior. Ejemplos son las actividades políticas o profesionales de abogado litigante o consultor, las de usura o proxenetismo y similares. Es usual que en las leyes se contemplen estas incompatibilidades.

c) *Deber de utilizar las facultades oficiosas que la ley le otorga, para la mejor marcha y solución del proceso.* Es frecuente que las facultades oficiosas consagradas en la ley procesal se conviertan en letra muerta, debido a la pereza o el descuido de los jueces, muchos de los cuales creen que como a ellos corresponde decidir acerca de su utilización, tienen el derecho de abstenerse de usarlas. Nada más equivocado. Toda facultad de estas tiene como finalidad un interés público: conseguir una recta administración de justicia; por tanto, implica siempre un deber para el funcionario, cuyo incumplimiento lo hace responsable de mal desempeño del cargo, por grave omisión. La existencia de los ilícitos por omisión no es discutida por nadie y lo mismo debe ocurrir con las faltas en el desempeño de los cargos judiciales. Tan malo es el

(31) Werner Goldschmidt, La imparcialidad como principio básico del proceso, en Conducta y norma, Buenos Aires, 1955; Pedro Aragonese Alonso, Proceso y derecho procesal, Edit. Aguilar, Madrid, 1960, p. 89; Couture, Estudios, ed. cit., t. I, p. 95.

juez que por acción incurre en parcialidad o abuso de poderes, que el responsable por omisión de haber dejando consumir una injusticia, un fraude o un ilícito.

d) *Debe de hacer efectiva la inmediación y el impulso procesal.* Otro de los principios fundamentales de todo buen procedimiento, es el de la inmediación: el juez debe entrar en contacto con los sujetos, los órganos y los auxiliares del proceso, lo mismo que con los hechos que constituyen el presupuesto de las normas jurídicas que debe aplicar, para el efecto de que exista un mejor conocimiento de causa que le permita resolver con acierto.

Los autores de derecho procesal del presente siglo suelen incluir la inmediación, entre los principios fundamentales del procedimiento en todas las jurisdicciones y principalmente en materia probatoria.

Uno de los aspectos de esta necesaria inmediación es el de la presencia del juez en las audiencias de pruebas y alegaciones.

Quizás el aspecto más difícil de la función juzgadora es el de la valoración por el juez del material probatorio y para esto debe existir inmediación en su práctica, lo cual le permite controlar el cumplimiento de las formalidades procesales necesarias para su validez y de los requisitos de contenido que permitan luego reconocerle eficacia probatoria, especialmente su sinceridad, su autenticidad, su seriedad, su conducencia y su pertinencia; además, la presencia del juez es garantía de la lealtad y buena fe en la actividad probatoria de las partes.

Cuando la prueba es personal (como testimonios de terceros, confesión y dictámenes de peritos), el conocimiento directo por el juez, del sujeto que la suministra, es requisito indispensable para el examen psicológico-sociológico de su fuerza de convicción y el interrogatorio personal que éste formule es la mejor garantía para evitar en lo posible que los graves problemas que representan los defectos de percepción, de autocrítica, de memoria y de razonamiento de los sujetos de la prueba, se conviertan en fuentes de error judicial. Esta inmediación debe existir tanto en los procesos escritos como en los orales. La prueba practicada por otros jueces comisionados o por los subalternos del juez, no puede ser apreciada con la misma seguridad que la recibida personalmente por éste. De ahí que se considere un motivo insubsanable de nulidad, la recepción de testimonios o de posiciones por los subalternos del juez; algunos códigos lo estipulan así, pero creemos que la misma conclusión rige cuando no hay norma expresa. Cuando los testimonios se rinden en audiencia pública, como sucede en el sistema del nuevo

C. de Pr. C. argentino (art. 431), la presencia del juez es inevitable, ya que debe precidirla, y si, además, se exige que el interrogatorio sea formulado siempre por éste, limitándose las partes a proponer las preguntas que estimen convenientes y que están sujetas al control por el juez de su pertinencia y contenido, resulta muy efectiva la inmediación. Somos partidarios de permitirles a las partes que formulen directamente sus preguntas, en presencia del juez y pudiendo éste objetarlas cuando sean sugetivas o vejatorias o contengan más de un hecho o les falte claridad y someterles libremente las demás preguntas que estime útiles para conocer con exactitud la ciencia del testigo sobre los hechos.

La recepción de la prueba de peritos debe ser también en audiencia y oralmente, aunque lleven por escrito su estudio. Esto tiene la ventaja de que el juez puede calificar mejor su personalidad, su competencia, la seguridad de sus conceptos, la claridad de sus conclusiones y los fundamentos en que las apoyan, para una más exacta valoración del mérito probatorio que le merezca el dictamen.

La presencia del juez en las audiencias para recibir posiciones y practicar reconocimientos o inspecciones judiciales, es apenas obvia, inclusive en procedimientos escritos como el colombiano. La recepción de posiciones o la práctica de una inspección por un funcionario subalterno, las afectaría de nulidad insubsanable.

Estamos en desacuerdo con la limitación que el actual C. de Pr. C. colombiano, introduce al sistema de las posiciones, cuando exigen que las preguntas se redacten en forma afirmativa o acertiva; esto restringe la eficacia de la diligencia, porque en muchas ocasiones quien pregunta no conoce exactamente como han sido los hechos, para poder redactar de esa manera su interrogatorio. En el proceso civil contemporáneo se procura utilizar al máximo la ciencia de las partes, como fuente principal de información para el juez y con base en los deberes de lealtad y buena fe que excluyen el argumento de que les sea lícito ocultar o desfigurar la verdad de los hechos, si conviene a la defensa de sus intereses. (32).

El libre interrogatorio de las partes ha sido introducido, entre otros, en los códigos de procedimiento civil de Austria (1895), Francia

(32) Mauro Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Edit. Giuffrè, Milano, 1962; Vittorio Denti, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, en *Revista di diritto processuale*, Padova, 1965, I, p. 10-30; Mario Alzamora Valdez, *Derecho procesal civil, Teoría del Proceso ordinario*, Edit. Tipografía Peruana, Lima, 1966, p. 156-157; Joao De Castro Mendes, *Do conceito de prova*, ed. cit., p. 155-156; Devis Echandiá Hernández, *Tratado*, ed. cit., t. VI, No. 777-779 y *Revista Iberoamericana de Derecho procesal*, 1966, No. IV, p. 7-90.

(1916) Dinamarca (1916), Finlandia (1928), Alemania (1933), Italia (1940), Suiza (1947), El Vaticano (1956) y también (sin que sepamos la fecha exacta) en Portugal, Suecia, Japón, Noruega, Turquía, Inglaterra, EE. UU. de Norte América, Rusia, Alemania Oriental, Hungría, Checoslovaquia, Polonia y Yugoslavia.

e) *Deber de resolver dentro de los plazos señalados en la ley y pérdida de competencia por su mora.* Siendo la lentitud de los procesos una de las mayores calamidades de toda sociedad, nos parecen excelentes las medidas adaptadas en Colombia, por el Decreto legislativo 3346 de 1.950, en este punto.

f) *Deber del juez de responder civilmente por los perjuicios causados a las partes, por su dolo, sus demoras injustificadas y sus errores inexcusables.* Cuando el juez incurre en delitos penalmente sancionables en el desempeño de su cargo, la responsabilidad civil consecuen- te no presenta problemas de ninguna clase y puede hacerse efectiva, por el procedimiento especial que consagra la ley o mediante un juicio ordinario civil o constituyéndose el lesionado en parte civil dentro del proceso penal. Todo delito acarrea la responsabilidad civil por el daño económico y moral que con él se haya causado.

Difícil, en cambio, resulta el problema de hacer efectiva una responsabilidad civil de los funcionarios judiciales, cuando su conducta no implique un delito, pero sí una arbitrariedad, una culpa manifiesta o un error craso. Como lo dice correctamente MARIO GUIMARAES (33), en principio los jueces no son responsables por los daños que sus decisiones causen, porque gozan de libertad para interpretar las leyes y valorar las pruebas; pero esto no puede conducir a una absoluta irresponsabilidad, ya que es deber suyo procurar acertar, cumplir los otros deberes procesales a su cargo, atender los pedimientos en los términos legales (salvo excusa justificada), evitar actos precipitados (especialmente cuando sea manifiesto el perjuicio que causan si no son legales).

Creemos que la solución está en separar el error excusable del *error inexcusable* y en exigir la responsabilidad civil solo por los daños causados en el último caso. Sin embargo, hacer esta distinción no es fácil en la práctica y debe dejarse a los jueces encargados de conocer del proceso civil contra el funcionario demandado, la apreciación, en cada caso, de tal

(33) Guimaraes, O juiz e a funcao jurisdiccional, Río de Janeiro, 1958, p. 230-240.

circunstancia; porque la posibilidad de error judicial es algo tan normal, que todos los legisladores contemplan los recursos ante el inmediato superior, en apelación e inclusive en casación porque el último también puede equivocarse. Bastará que la actuación o decisión del juez demandado aparezca seria y suficientemente meditada, lo que se apreciará del examen de sus motivaciones, para que se excluya su responsabilidad civil.

En cambio, cuando los daños a las partes o a terceros se deban a denegaciones, omisiones o retardos injustificados, la culpa del juez aparece clara y por tanto su responsabilidad civil no tiene problemas.

La regulación que el actual C. de Pr. C. italiano consagra, sobre esta materia, puede servir de modelo. Divide en dos categorías los actos que acarrear responsabilidad civil al funcionario: los realizados por el juez en ejercicio de sus funciones, que resulten afectados de dolo, fraude o concusión, y los que constituyen denegaciones, omisiones o retardos en proveer sobre las demandas o instancias, o, en general, en cumplir un acto a que sus funciones le obliga (art. 55). Es decir, como explican CARNELUTTI y ROCCO (34), para la responsabilidad civil por omisión o denegación, basta la culpa; en cambio, cuando se trate de una actuación del juez, se requiere el dolo.

El art. 121 del actual C. de Pr. C. del Brasil, reproduce el anterior texto italiano, con ligeras modificaciones de redacción. En Colombia no existe ninguna norma sobre esta materia. Tampoco la hemos encontrado en el actual C. de Pr. C. argentino. Su inclusión en ambos, la consideramos indispensable.

(34) Carnelutti, Instituciones, ed. cit, t. II, p. 299-300; Rocco, Trattato, ed. cit., t. II, p. 31.