

# TEMAS PROCESALES

**5**octubre  
1987

La cosa juzgada civil  
*Enrico Tullio Liebman*

Introducción al estudio de los intereses difusos  
*Alberto Ceballos Velásquez*

La función jurisdiccional  
*Juan Montero Aroca*

Teoría de la norma procesal  
*Beatriz Quintero de Prieto*

Presupuestos de la nulidad procesal  
*Adolfo Alvarado Velloso*

De la prueba pericial  
*Alfonso García S.*

Sustentación del recurso de alzada en el proceso  
laboral  
*Gabriel Jaramillo González*

**El Centro de Estudios de Derecho Procesal,** tiene por objeto la profundización en el estudio del derecho procesal, su divulgación y sostenimiento de su vigencia en la actividad forense, por cualesquiera medios lícitos como elaboración de trabajos individuales y colectivos, publicaciones, conferencias, cursos, etc.

## **TEMAS PROCESALES**

---

Nº 5            octubre            1987

---

Revista del Centro de  
Estudios de Derecho Procesal

Director  
**Orión Alvarez A.**

Consejo de redacción  
**Jaime Soto Gómez**  
**José Fernando Ramírez G.**  
**Gilberto Martínez Rave**  
**Arturo Gómez Duque**  
**Enrique Gaviria Gutiérrez**

Correspondencia  
**Eugenio Prieto Mesa**  
Apartado aéreo 50088  
Medellín, Colombia

---

Los artículos son responsabilidad  
exclusiva de los autores. Es per-  
mitida la reproducción total o  
parcial, citando la fuente.

---

### **Miembros del Centro de Estudios de Derecho Procesal**

---

Jaime Soto Gómez  
Orión Alvarez Atehortúa  
Rodrigo Velilla Gómez  
Eugenio Prieto Mesa  
Beatriz Quintero de Prieto  
Alejandro Ochoa Botero  
José Fernando Ramírez Gómez  
Arturo Gómez Duque  
Gilberto Martínez Rave  
Enrique Gaviria Gutiérrez  
Alberto Ceballos Velásquez  
Jairo Duque Pérez  
Fernando Ossa Arbeláez  
Alvaro Vargas  
Javier Tamayo Jaramillo

---

TEMAS PROCESALES: *Revista del Centro de Estudios  
de Derecho Procesal*

-- nº 5 (octubre 1987) -- Medellín. El Centro, 1987  
anual hasta 1986, semestral a partir de 1987

ISSN 0120-8519

1. DERECHO PROCESAL - PUBLICACIONES SERIADAS  
El Centro ...

## SUMARIO

La cosa juzgada civil <b>Enrico Tullio Liebman</b>	5
Introducción al estudio de los intereses difusos <b>Alberto Ceballos Velásquez</b>	25
La función jurisdiccional <b>Juan Montero Aroca</b>	51
Teoría de la norma procesal <b>Beatriz Quintero de Prieto</b>	75
Presupuestos de la nulidad procesal <b>Adolfo Alvarado Velloso</b>	95
De la prueba pericial <b>Alfonso García S.</b>	107 -
Sustentación del recurso de alzada en el proceso laboral <b>Gabriel Jaramillo González</b>	129



# LA COSA JUZGADA CIVIL \*

## PRIMERA PARTE

Enrico Tullio Liebman

(Versión del italiano por Eugenio  
Prieto y Beatriz Quintero)

1. *Noción.* 2. *Formación del caso juzgado.* 3. *La autoridad de la cosa juzgada.* 4. *Las teorías.*

### 1. *Noción*

Cosa juzgada es la decisión contenida en la sentencia del juez cuando se ha tornado inmutable como consecuencia de la preclusión de las impugnaciones.

La voz romana "*res iudicata*" todavía muy usada inclusive en el lenguaje moderno y ensombrecida en algunas expresiones, por ejemplo la *regiudicata* que se refería precisamente a la *res* (esto es decir, a la *litis*) in *iudicium deducta* una vez que había sido juzgada. Los romanos aludían entonces concretamente al objeto del pronunciamiento del juez, a la materia sobre la cual éste había emitido un juicio para afirmar que sobre el mismo objeto (de *eadem re*) no se podía actuar nuevamente porque se encontraba un obstáculo insalvable para un nuevo juicio sobre la misma *litis*.

---

\* Este trabajo lo realizó el profesor Liebman para el Instituto de la Enciclopedia Italiana en 1983 y lo envió para que se publicara en esta revista

En el derecho moderno el acento se marca sobre la decisión, sobre el pronunciamiento del juez, para asegurarle no sólo la estabilidad que apareja la preclusión de un nuevo juicio sobre el mismo objeto sino también, al mismo tiempo, que el contenido de la decisión sea respetado y sea vinculante con la consecuencia de que sus efectos puedan desplegarse libre y plenamente sin sufrir oposiciones o impedimentos.

#### a) *Justificación y fundamento*

Las razones prácticas que justifican el instituto consisten en la necesidad de poner fin a las litis, asegurar la certeza de los derechos y la estabilidad del caso juzgado, y contribuir a la paz social. Estas exigencias prácticas han sido sentidas en todos los tiempos y se han expresado en formas diversas según la mentalidad y el lenguaje de la época.

Una evolución profunda ha sufrido en cambio su fundamento técnico-jurídico. Durante mucho tiempo se le situaba en la sumisión de las partes al pronunciamiento del juez, en forma verdadera o presunta o implícita. Y se consideraba exclusivo o por lo menos decididamente prevaleciente el interés de las partes en la seguridad de sus derechos y el consiguiente veto para renovar la contienda sobre la materia ya examinada y juzgada. El impedimento para el nuevo juicio se subordinaba por eso a la excepción de lo convenido (*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*). La situación ha cambiado mucho en el derecho moderno. Si de un lado, *interest rei publicae* que las controversias entre los asociados puedan en todo caso ser llevadas ante los tribunales para ser decididas con la formulación y con la actuación de la regla jurídica concreta que disciplina las situaciones controvertidas en aplicación del derecho vigente, no menos importante es la exigencia de que las litis no se prolonguen más allá de un cierto límite y no puedan renovarse después de que hayan tenido su desenvolvimiento regular y conseguido su decisión. Por eso, en la misma medida en la cual la jurisdicción se considera una de las funciones fundamentales del Estado, se afirma también la exigencia de que ella obtenga resultados estables y duraderos y pueda conseguir así sus fines de utilidad social. Sobre la base de este resultado, queda naturalmente íntegra a los singulares interesados (aún con exclusión de las cuestiones de estado y de las otras materias indisponibles) la posibilidad de regular consensualmente sus propias relaciones sin tener en cuenta las sen-

tencias de los jueces, pero no se les tolera, ni siquiera hallándose acordes, promover un nuevo juicio sobre el tema ya juzgado.

## b) Distinciones

Los textos legislativos distinguen la cosa juzgada *formal* de la *sustancial o material*, uniformándose así (en parte al menos), hasta en las rúbricas de los artículos del código, a la doctrina, la cual ha heredado dicha distinción de la doctrina alemana del siglo pasado.

La cosa juzgada formal se origina por una sentencia no impugnada o insusceptible de seguirse impugnando. Se dice que tal sentencia está *pasada en cosa juzgada*. La cosa juzgada sustancial, en cambio, se genera por la decisión vinculante contenida en la sentencia pasada en cosa juzgada.

La cosa juzgada formal se presenta por tanto como el presupuesto de la cosa juzgada sustancial (o autoridad de la cosa juzgada).

Pero no se trata de dos especies diversas de cosa juzgada, sino apenas de dos aspectos diferentes de la única cosa juzgada. El lado formal configura una situación procesal representada por una sentencia que ha definido y concluido el proceso, o (si se trata de una sentencia no definitiva) constituye un punto firme en el proceso mismo siempre que deba o pueda proseguir. La cosa juzgada sustancial es a su turno una calificación del contenido de la sentencia y precisamente del modo de obrar de su eficacia. La autoridad de la cosa juzgada designa justamente esta eficacia en cuanto ha conquistado una fuerza que la vuelve inmutable.

Tanto la cosa juzgada formal como la sustancial deben catalogarse como inmutables porque al paso que en la primera se califica el acto (sentencia), en la segunda se califica el contenido del acto, en su aptitud para producir efectos sobre la materia de la litis.

En realidad, la cosa juzgada es una y única y se separan sus aspectos según que la mire como concerniente a lo interno del proceso, o bien hacia lo externo, hacia la situación de derecho que fue deducida en el proceso, sobre la cual imprime sus efectos declarativos, o constitutivos, dependiendo del tenor de las situaciones contenidas en la sentencia.

Naturalmente el objeto del pronunciamiento influye sobre el ámbito de eficacia de la sentencia. Esta puede haberse proferido solamente sobre el proceso, acerca de una cualquiera de las nume-

rosas y posibles cuestiones que atisban a su validez, o bien, a su extinción, en una palabra a la posibilidad de que él conduzca a una decisión de mérito. Por eso, aun cuando sea indirectamente, una decisión sobre el proceso interesa también al mérito, de cuyo examen en aquel proceso se decide acerca de la admisibilidad o de la inadmisibilidad. A ello se restringe en tal caso el objeto del *juzgado*.

Si en cambio la sentencia ha recaído sobre el mérito, su eficacia se expande por fuera del proceso, decidiendo la litis y cumpliendo de este modo la función propia de la jurisdicción.

Según una autorizada opinión que se remonta hasta Chiovenda y que también acoge la jurisprudencia, la distinción entre la cosa juzgada formal y sustancial sería más acentuada de lo que se ha expuesto hasta ahora, conduciendo a su probable excisión. Efectivamente si se define la cosa juzgada como "la afirmación indiscutible de una voluntad concreta de ley que reconoce o desconoce un bien de la vida a una de las partes" (así Chiovenda), la consecuencia lógica que de ello se deriva es que la sentencia que se emite sobre cuestiones procesales no está provista de la autoridad de cosa juzgada, y que produce solamente la preclusión sobre las cuestiones decididas.

## 2. *Formación del caso juzgado*

### a) *La eficacia de la sentencia*

En el derecho romano antiguo, la sentencia pronunciada por el iudex no estaba sometida a impugnación; por eso el pronunciamiento de la sentencia daba lugar inmediatamente a la res iudicata. Después, con el nacimiento de la apelación y de otras impugnaciones, cabía preguntarse si aún podía considerarse cosa juzgada a la que se contenía en una sentencia susceptible de ser anulada o reformada.

La respuesta no fue siempre ni en todas partes igual. En Francia, por ejemplo, se reconoce l' autorit  de la chose jug e a toda sentencia que define el proceso aunque est  sujeta a impugnaciones. Al contrario, en el vigente derecho italiano (y en el germano, austríaco, brasileño, etc.) el problema se ha resuelto negativamente: la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, solamente cuando no est  sujeta a las (a algunas, las principales) impugnaciones.

Antes, o por fuera de aquella condición las sentencias (de primero y de segundo grado) son, a pesar de todo eficaces (de otra manera no serían siquiera sentencias. Surge así la necesidad de distinguir de la autoridad de la cosa juzgada la eficacia de la sentencia, en su aptitud de producir los efectos suyos propios, como acto de los poderes públicos aun cuando todavía no esté provista de la inmutabilidad propia del caso juzgado. Es una eficacia susceptible de venir a menos, porque la sentencia puede ser anulada o reformada y por demás se halla sujeta a la comprobación de su fundamento, pero aún con estos límites, existe.

#### *b) Efecto suspensivo de las impugnaciones*

Pero la eficacia de la sentencia puede suspenderse por las impugnaciones. Así sucede respecto de la eficacia ejecutiva de la sentencia de condena de primer grado, si no es declarada provisionalmente ejecutiva, que se suspende en tanto esté pendiente el término para apelar, o el relativo juicio; las otras impugnaciones no tienen el mismo efecto. Un efecto suspensivo también lo tiene la regulación de la competencia.

Leyes recientes han excluido el efecto suspensivo de la apelación cuando el recurso se interpone contra la sentencia en materia de conflictos sociales, de arrendamiento de inmuebles urbanos, de reintegros al trabajo en pro del trabajador despedido ilegalmente, y algunas otras.

Los otros efectos de la sentencia, declarativos y constitutivos, no son suspendidos por las impugnaciones, pero si son invocados en otro proceso, éste puede ser suspendido si la sentencia es impugnada. Al juez del otro proceso corresponde decidir si se adecúa a la sentencia aun cuando impugnada, o si en cambio suspende el proceso en espera del éxito de la impugnación.

#### *c) Las impugnaciones previstas por la ley*

Las impugnaciones previstas por la ley se clasifican en dos grupos: la apelación, el recurso por casación, el reglamento de competencia y la revocación forman el primer grupo. La revocación específica de los números, 1, 2, 3 y 6 del art. 395 y la oposición del tercero forman un segundo grupo. Las primeras son llamadas impugnaciones ordinarias, son las que con más frecuencia se presentan y son proponibles dentro de un término fijo y breve.

Las segundas, denominadas extraordinarias son de escasa aplicación y son proponibles dentro de un término cuyo momento inicial puede acaecer en un futuro indeterminado.

#### d) *La cosa juzgada formal*

La sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada cuando en su contra no son proponibles las impugnaciones ordinarias; a contrario sensu, la posibilidad o la proposición de las impugnaciones extraordinarias no impide la formación de la cosa juzgada. La ley ha considerado prácticamente intrascendente la hipótesis de que en contra de la sentencia se presente una impugnación extraordinaria, aunque ha debido tener presente que tal posibilidad se prolonga indefinidamente en el tiempo. Esto ha conducido a la ley a estimar la sentencia no sujeta ya a las impugnaciones ordinarias como suficientemente a cubierto del peligro de ser anulada o modificada, vale decir que permite calificar a dicha sentencia como pasada en autoridad de cosa juzgada, extremo que delimita conceptualmente la llamada cosa juzgada formal.

La preclusión de las impugnaciones, sucede porque han sido propuestas y definidas, o porque ha transcurrido el término para proponerlas sin que se aduzcan. Hay también algunos ejemplos de sentencias no sujetas, de por sí, a la impugnación. Mayores detalles corresponden propiamente a la disciplina de las impugnaciones.

#### e) *Aquiescencia*

El mismo efecto de imposibilidad de impugnación puede ser ocasionado por la aquiescencia, que es la aceptación de la sentencia por parte del vencido y la consiguiente renuncia a impugnarla, con lo cual se forma la cosa juzgada.

La aquiescencia puede resultar de una declaración del interesado que renuncia a la impugnación (aquiescencia expresa), declaración que debe ser sucesiva a la publicación de la sentencia, o también de actos incompatibles con la voluntad de valerse de las impugnaciones admitidas por la ley (aquiescencia tácita). La jurisprudencia es por lo demás muy restrictiva en admitir esta incompatibilidad.

Después de la proposición de la impugnación ya no cabe la *aquiescencia* sino solamente la renuncia expresa a la impugnación propuesta.

Una forma de aquiescencia *impropia*, dispuesta por la ley, está constituida por la impugnación parcial, puesto que constituye una aceptación de lo no impugnado, y una cosa juzgada segmentada sobre esto. Para estos efectos valen como partes distintas de la sentencia las decisiones autónomas, entre sí independientes.

#### f) *Absorción de los motivos de nulidad*

La preclusión de las impugnaciones implica la irrelevancia de cualquier causal de nulidad.

La nulidad que eventualmente aparece en el proceso sin haberse saneado y la que también acaece en el pronunciamiento mismo de la sentencia, en otro tiempo comportaban nulidad de la sentencia y trastornaban aún el caso juzgado; después de una larga evolución histórica, en el derecho moderno fueron absorbidas por las impugnaciones y solamente pueden hacerse valer por medio de ellas. Por eso los motivos de nulidad aún los más graves, quedan inoperantes después de la preclusión de las impugnaciones. Se excepciona el caso de la denominada inexistencia del *acto* que deriva de la falta de la firma del juez, a la cual se agregan otros rarísimos casos individualizados por la jurisprudencia y la doctrina.

Aún el más enorme de los errores que puede cometer el juez, como el de pronunciarse por fuera de los límites de su poder o sobre un objeto respecto del cual ningún juez puede pronunciarse (exceso de poder jurisdiccional) queda inoperante después de que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada: así todavía en el caso de sentencia contraria a otra precedente pasada en autoridad de cosa juzgada —que no es impugnada a tiempo— la cual a su vez pasa a ser cosa juzgada y prevalece sobre la precedente.

El defecto opuesto, *la omisión del pronunciamiento*, cuando el juez, al dictar la sentencia definitiva, pretermite decidir sobre una demanda propuesta por alguna de las partes, crea un vacío en el tejido de la resolución y permite a las partes impugnar la sentencia, si están en tiempo para ello, o bien proponer la demanda en un nuevo proceso.

#### g) *Subsecuentes*

Después de que la sentencia pasa en cosa juzgada, pueden verificarse diversos eventos, acerca de los cuales es preciso examinar,

si repercuten y en qué medida sobre ella. Ante todo se puede descubrir que la sentencia fue el efecto del dolo de una parte en perjuicio de la otra; o, pueden declararse falsas las pruebas con base en las cuales se ha juzgado, o más aún, se pueden encontrar documentos decisivos que la parte no había podido producir en el juicio. En todos estos casos se puede impugnar por *revocación* la sentencia aún pasada en autoridad de cosa juzgada.

Si sobrevienen hechos nuevos, sucesivos a la formación de la cosa juzgada, que pueden ser relevantes en la situación de derecho sobre la cual se juzgó, ellos dejan inalterable la sentencia que da fe de cuál era la situación en el momento del pronunciamiento; pero la sentencia a su vez no impide que los hechos nuevos produzcan los efectos que de ellos se esperan. Si sobreviene una ley que regula de manera diversa la relación jurídica decidida, y aun cuando tenga contenido interpretativo, no se permite alterar la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Lo mismo debe afirmarse de un cambio de jurisprudencia que se refiere a la cuestión decidida.

### 3. *La autoridad de la cosa juzgada*

#### a) *Eficacia vinculante e inmutabilidad de la decisión*

La cosa juzgada formal, poniendo a la sentencia al seguro del ataque de las impugnaciones, no es todavía suficiente para garantizar el resultado del proceso. Queda en efecto todavía el peligro de que la misma litis sea de nuevo propuesta en juicio en un proceso separado, pudiendo hipotéticamente dar lugar a un nuevo pronunciamiento, tal vez coincidente, tal vez divergente del anterior. En el primer caso se tendría el inconveniente de un despliegue inútil de actividad, de tiempo y de dinero por la repetición de un juicio ya cumplido. En el segundo caso, se agregaría el escándalo de una contradicción de decisiones sobre el mismo objeto, que se resolvería en todo caso, cualquiera que fuera la solución, en un evento inadmisiblesobre el plano del buen funcionamiento de las instituciones.

Por ello es necesario defender no sólo el *acto*, sino también el *contenido*, es decir el *pronunciamiento* con sus efectos (declarativo, constitutivo o ejecutivo). A ello prové el otro aspecto (la otra cara) de la cosa juzgada, esto es el *sustancial* (o material). La decisión es vinculante e inmutable porque contiene la formulación de la regla

concreta que disciplina el caso controvertido según el derecho vigente. Para todos los efectos, la relación que ha constituido el objeto de la decisión vale y valdrá entre las partes así como la sentencia lo ha declarado con todos sus eventuales efectos complementarios (constitutivos o ejecutivos); las partes no pueden desconocerlo, ningún juez puede por ninguna razón reexaminarlo y nuevamente decidir sobre él (salvo la hipótesis de impugnación extraordinaria).

#### b) *Exégesis de las disposiciones legales*

(Se prescinde de este acápite porque no interesa tanto la interpretación de la ley italiana como la doctrina a estos efectos de teoría pura).

#### c) *Función negativa*

En el transcurso del tiempo ha prevalecido, a veces, la opinión que ve en la cosa juzgada, apenas la función negativa, otras, en cambio, la opinión que le atribuye o prefiere la función positiva.

La función negativa se puede identificar con la regla *ne bis in idem* y resume todo el significado de la cosa juzgada en la prohibición hecha a cada juez, a todos los jueces de juzgar de nuevo una litis ya decidida.

#### d) *Función positiva*

Hasta cuando el problema se queda en el supuesto de la litis idéntica a la ya decidida, la prohibición de juzgar nuevamente es bastante para proteger el resultado obtenido con la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Si en cambio el problema surge frente a una litis diversa, pero lógicamente dependiente de la decisión precedente, y se quiere obtener de ésta las consecuencias que de sí misma derivan, entonces la función negativa no es suficiente. El juez debe en este caso no solamente abstenerse de juzgar sobre aquello que ya fue definido, sino más aún recibir como inatacable la situación contenida en la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y ubicarla como la premisa cierta de su juicio sobre la lid diversa, dependiente de la primera; y entonces la función de la autoridad del caso juzgado tiene

un relieve positivo y no simplemente negativo. En este caso el juez debe hacer suya la decisión expresada en el caso juzgado, recibiendo-la como presupuesto de su juicio ulterior. Por ejemplo: si es un juicio anterior "P" ha sido reconocido como padre de "F", este último, incoando una demanda para obtener alimentos, no tendrá que demostrar nuevamente su relación de filiación, sino que bastará su referencia al anterior caso juzgado que no podrá ser puesto en discusión, y el juicio nuevo apenas deberá declarar si existen las ulteriores condiciones requeridas por la ley para la obligación de la prestación alimentaria. En éste y en todos los sucesos similares es insuficiente que el juez no pueda o no deba conocer otra vez de la relación prejudicial; acaece, en cambio, que él la tiene que recibir como cosa cierta en la sentencia, como premisa indiscutible de la relación dependiente.

#### *e) Prejudicialidad entre las relaciones jurídicas*

Es conveniente aclarar más todavía cómo obra en este contexto la relación de prejudicialidad entre los lazos jurídicos.

Los derechos y las obligaciones jurídicas no viven en la realidad aislados, sino que conviven los unos al pie de los otros y muy a menudo se vinculan entre sí de diversas maneras. La relación de prejudicialidad-dependencia subsiste cuando una de ellas es el antecedente necesario de la otra, entre las mismas personas o con otras, por ejemplo la obligación de los alimentos que presupone un vínculo de parentesco; el subarriendo que presupone el arrendamiento. En estas coyunturas y en las similares, el vínculo prejudicial vuelve y entra en la estructura de otro vínculo jurídico; y entonces la certeza del vínculo prejudicial influye sobre la relación dependiente, en cuanto la parte del vínculo dependiente, que está constituida por el vínculo prejudicial, queda fijada tal como fue pronunciada en la sentencia precedente.

Pero las consecuencias son diferentes, cuando el vínculo dependiente se da entre las mismas partes del vínculo prejudicial y cuando en la relación dependiente se halla un tercero.

#### *f) La excepción de cosa juzgada*

La excepción de cosa juzgada es el medio con el cual una parte puede poner de presente la existencia de una sentencia pasada en

autoridad de cosa juzgada e impedir al juez que juzgue nuevamente una litis ya decidida, y puede también obligarlo a reconocer la existencia del caso juzgado en las litis dependientes del vínculo decidido. Ella se puede proponer en cualquier momento y aún después de que se propusieron las excepciones de mérito.

#### *g) Reconocimiento oficioso de la autoridad de la cosa juzgada*

La posibilidad de que una parte relieve en el proceso la existencia del caso juzgado no implica que el juez deba, aún de oficio, declararla cuando la perciba. Como se ha dicho ya, es en interés general —y por lo mismo de orden público— que la ley exige el reconocimiento a la eficacia indiscutible e inmutable de la decisión contenida en la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Y en efecto se ha definido que las partes no pueden, aún de acuerdo, poner en discusión el objeto de lo juzgado.

La jurisprudencia ha introducido una distinción más entre caso juzgado interno y caso juzgado externo: el primero es el que se ha formado en el mismo proceso, éste es considerado declarable de oficio y la Corte de Casación puede censurar la interpretación que de él ha hecho el juez del mérito, aún con indagaciones de hecho sobre eventuales errores de procedimiento. Al contrario, el caso juzgado externo es aquel que se ha formado en otro proceso, éste se considera declarable solamente por excepción de parte formulada en sede de mérito y su interpretación se considera inatacable en casación. Pero la distinción no tiene ningún fundamento.

Nuestro derecho en efecto, conoce una sola especie de caso juzgado y los efectos que le son propios se manifiestan de manera uniforme dentro y fuera del proceso en el cual se ha formado. Soamente esto es verdad: que el caso juzgado que se forma en el mismo proceso, evidentemente sobre una sentencia no definitiva, es fácilmente conocido por el juez aún sin la excepción de parte, porque resulta del expediente de la causa, mientras que es mucho más difícil que el juez tenga noticia de un caso juzgado formado en otro proceso si el interesado no se lo hace saber. Pero esta diferencia de hecho no puede influir sobre el régimen jurídico.

#### *h) Sanciones al pronunciamiento contrario a la cosa juzgada*

A pesar de la oficiosidad de declaración y de la posibilidad de la excepción de parte, puede ocurrir que el juez pronuncie una sen-

tencia sobre un objeto cobijado por la autoridad de la cosa juzgada, bien sea por no haber tenido noticia de ella, bien sea por haberla interpretado diversamente. ¿Cuáles son las consecuencias?

Antes que todo es necesario considerar el evento en el cual la sentencia juzga de una manera conforme con el caso juzgado precedentemente. La ley no se ocupa de ello y se debe suponer por lo tanto que el orden jurídico, aún considerando que la sentencia no debiese ser pronunciada, renuncia a complicar ulteriormente la situación, en la cual presumiblemente no se verificará ningún inconveniente.

Bien distinta es la reacción si la sentencia en su contenido contraría al caso juzgado anteriormente. Es menester además, distinguir, si la sentencia se ha pronunciado sobre la excepción relativa y ha creído, erróneamente, poder juzgar diversamente, ella está, en tal hipótesis, sometida al recurso de casación; si en cambio no se ha pronunciado sobre la excepción relativa, la sentencia está sujeta a revocación. En fin si la sentencia, por el transcurso de los términos o por otro motivo, pasa a su vez en cosa juzgada, prevalece sobre la anterior y queda como la única reguladora de la situación controvertida. La previsión de los recursos implica en efecto que, si no es anulada o revocada la sentencia despliega su plena eficacia.

### *1) Sentencias determinativas*

Determinativas o dispositivas se llaman las sentencias en las cuales el juez, dotado por la ley de un poder discrecional, ha fijado el contenido o un elemento del vínculo jurídico según un criterio de equidad. En estos casos, si la relación jurídica se prolonga en el tiempo y si las condiciones objetivas y subjetivas definidas por la decisión son mutables, el juez puede ser llamado nuevamente a decidir si se modifican las circunstancias que habrían determinado el pronunciamiento anterior. No hay en ello nada que choque con la cosa juzgada, la cual permanece firme mientras permanezcan iguales las circunstancias que influyeron en la decisión y no impide una nueva determinación del vínculo sobre el cual se han modificado. En este caso, diferente del usual, no es la cosa juzgada, sino su objeto, el que es dado por una relación jurídica variable en el tiempo según las circunstancias, en el que se presenta por eso nuevo y diverso si éstas han cambiado.

## 4. *Las teorías*

### a) *Premisa*

Las teorías que se han sucedido en el transcurso del tiempo sobre el caso juzgado y la ubicación de éste en el sistema del derecho concurren a formar la institución e influyen directamente sobre su interpretación y sobre su modo de obrar.

### b) *La presunción de verdad*

En el derecho intermedio ha tenido muchos seguidores la opinión que atribuía al caso juzgado el valor de una *presunción de verdad*, presunción legal que no admitía prueba en contrario. En apoyo de ella se reclamaba una regla de derecho enunciado por Ulpiano: *res iudicata pro veritate habetur*. Esta manera de entender el caso juzgado fue acogida por la doctrina francesa entre los siglos diecisiete y dieciocho, determinando su inclusión en el código civil entre las presunciones legales y la adhesión a tal concepto de los comentaristas franceses por más de un siglo. El modelo fue seguido por el código civil italiano de 1865 y por la doctrina italiana del ochocientos. Recientemente el concepto de la presunción ha sido nuevamente defendido por Pohle, pero sin encontrar consenso.

Clara, en efecto, ha aparecido la incongruencia de concebir la cosa juzgada, por medio de las presunciones en el campo de las pruebas y por lo mismo referible a los hechos, cuando en cambio la sentencia juzga la existencia o inexistencia de un derecho o de un vínculo jurídico; por otra parte, la ley no pretende en absoluto imponer como verdadero (ni lo podría) el contenido del pronunciamiento del juez, sino apenas asegurar la inatacabilidad de sus efectos. En este sentido ha virado hoy también la doctrina francesa.

### c) *La ficción de verdad*

A objeciones análogas en parte se ha enfrentado la definición de Savigny, que veía en la cosa juzgada una *ficción de verdad*, además de cargar con la culpa de servirse de un concepto tan poco halagador, como es el de la ficción. Según este autor, la ficción de verdad significaba la creación de un derecho formal; eventualmente

también distinto del material y por eso causa inmediata del derecho declarado en la sentencia como existente, aun cuando no hubiera existido antes, o de la extinción del derecho aun cuando antes existiera.

De las discusiones surgidas en torno a estos conceptos y a su contraposición se origina una profunda división que todavía hoy escinde la doctrina germánica y que después se ha extendido aún a la doctrina italiana.

#### *d) Teoría material y procesal de la cosa juzgada*

El problema que durante mucho tiempo se ha considerado fundamental (todavía lo parece a muchos) para la comprensión de la naturaleza del caso juzgado, se puede enunciar en estos términos: ¿la disposición concreta, o sea la regla jurídica concreta, en la cual consiste propiamente el contenido decisorio de la sentencia, pertenece al derecho material o al derecho procesal? ¿Se yergue sobre el plano del derecho material o sobre el del derecho procesal?

Sobre este dilema las opiniones se han dividido, conduciendo ambas corrientes a resultados que son, como se verá, inaceptables.

Los seguidores de la teoría material, que encontraban en la referida postura de Savigny una primera formulación de su punto de vista, sostienen que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada sea fuente directa e inmediata de la configuración que asumen los vínculos jurídicos de las partes en referencia con el objeto de la litis. La sentencia justa confirma la situación jurídica preexistente, creando un nuevo fundamento para el nacimiento o extinción del derecho deducido en juicio; mientras que la sentencia injusta forja la situación de acuerdo con su propio contenido, dando así vida a un derecho que antes no existía, o extinguiendo un derecho existente en realidad.

Como consecuencia de las dificultades que han salido al encuentro de la teoría sustancial, se ha abierto camino una opinión diversa que, con el nombre de teoría procesal, niega cualquier influencia de la sentencia sobre la situación jurídica deducida en juicio y considera que la esencia del caso juzgado radica en la vinculación de cualquier juez futuro a la certeza resultante del pronunciamiento, con la consecuencia (más o menos abiertamente expresada) de que aquella situación jurídica permanece invariada y por lo tanto, en hipótesis, no es coincidente con la sentencia. Formulada por Stein y

Helwig, a esta opinión han adherido la mayoría de los procesalistas germanos, Goldschmidt, Lent, Rosemberg, Schwab y también G. Pugliese.

Esta divergencia de opiniones se ha reproducido, también, en Italia. Siguen la teoría material, así sea con actitudes y expresiones en parte personales, Carnelutti: "el juicio del juez hace ley con respecto al vínculo jurídico deducido en el juicio" y este resultado es debido al mandato complementario "en el cual consiste la cosa juzgada"; el juez perfecciona la obra del legislador "transformando el mandato abstracto en mandato concreto. Antes existía una ley general para todos los casos, esto es decir, un mandato en hipótesis, ahora existe una ley especial, esto es decir un mandato en tesis, propio de este caso y para este caso". Y Enrico Allorio: "La sentencia declarativa, que se vuelve irrevocable, determina un nuevo reglamento de las relaciones sustanciales decididas con ella: el cual se conforma con aquél, que ya antes dictaba la ley para esas relaciones (caso de la sentencia justa), concurre con el reglamento precedente; mientras que, si es disconforme (caso de la sentencia injusta) lo sustituye". Redenti: para las partes y para ese determinado caso "no valen más las leyes comunes, esto es decir aquella que se puede obtener por interpretación directa de las fuentes, sino la concretada en una ley especial". De tal manera que en Italia puede parecer que prevalezca la opinión que ahora es minoritaria en Alemania. Una abierta adhesión a la teoría procesal, tal como es formulada por sus sostenedores alemanes la encontramos en Italia solamente en E. Heinitz. Los otros escritores que vienen generalmente enumerados como sostenedores de la teoría procesal, en realidad la han entendido e interpretado en manera de evitar en parte sus inconvenientes y se han esforzado, como se verá, por encontrar un compromiso que elimine el viejo contraste de opiniones aun cuando ello parezca imposible a Heinitz, de donde sus objeciones a mi primer intento, cuando traté de superar las púas existentes en el dilema sustancial-procesal.

#### e) *Incongruencias de la teoría material*

Las incongruencias que tornan inaceptable la teoría material han sido puntualizadas repetidamente.

A partir de dichas teorías todas las sentencias se vuelven *constitutivas*, no obstante que el juez solamente puede constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas en los casos previstos por la ley; por lo demás, no se ha esclarecido de qué modo la sentencia prevista

por este sistema se distingue de todas las demás sentencias que —en hipótesis— deberían igualmente considerarse constitutivas; según un sector de los sostenedores de esta teoría, verdaderamente constitutiva sería únicamente la sentencia injusta, toda vez que la justa, coincidiendo con la situación jurídica existente, no modificaría la relación jurídica deducida en juicio; quedaría entonces por explicar cómo es que la sentencia cambiaría de naturaleza según que fuera justa o injusta; según otra corriente de los sostenedores de esta teoría, la sentencia sería en cambio siempre constitutiva, porque, si justa crearía una nueva fuente del vínculo sustancial concurrente con el preexistente y se tendría la situación singular de un vínculo que nacería dos veces, o dos veces se extinguiría y en fechas diversas, una primera vez cuando acontecieron los hechos examinados en la sentencia, una segunda vez cuando la sentencia es pasada en autoridad de cosa juzgada. El contenido de la sentencia que fija la creación de la situación en el momento en el cual han acaecido los hechos, estaría en contradicción con sus efectos que en cambio se produjeron *ex nunc*; toda esta fatigosa construcción no explica aquello que debería explicar, esto es la autoridad de la cosa juzgada, porque si el juez con su pronunciamiento ha determinado un nuevo reglamento de las relaciones existentes entre las partes, un segundo juez podrá a su vez hacer otro tanto, y así, continuando no ve en donde radique el impedimento para un nuevo juicio y —en hipótesis— para un nuevo juicio discrepante.

#### f) Resultado inaceptable de la teoría procesal

La teoría procesal es, a su vez, inaceptable, porque identifica la cosa juzgada con la prohibición a todos los jueces para volver a juzgar la litis ya juzgada, pero considera que este precepto deja invariada, no cambiada, la situación jurídica sustancial existente entre las partes, la cual, en caso de sentencia injusta, sobreviviría tal como era antes del proceso, pero faltaría el medio para hacerla valer.

Lo absurdo de este resultado ha sido eficazmente puesto en evidencia por Redenti, con la imagen de la jaula en la cual (si la teoría procesal fuese exacta) se desenvolverían los fenómenos procesales, que permanecerían aislados del mundo de los fenómenos del derecho sustancial, sin que de ella pudieran salir ni siquiera las providencias pronunciadas por el juez al finalizar su actividad propia.

g) *Observaciones críticas: la sentencia injusta*

Como se ha visto, ambas teorías conducen a resultados aberrantes y ello hace pensar que existe un error en la manera de plantear el problema. Y es así verdaderamente.

El síntoma evidente de éste error está en el hecho de que los unos y los otros se han encontrado sorpresivamente con la cuestión de la sentencia injusta.

No se quiere negar ciertamente que, de hecho, pueda darse el caso de que la sentencia no corresponda al estado de las relaciones existentes entre las partes: esto puede acaecer no sólo por un error del juez al juzgar la litis, sino también —sin un error— por el simple funcionamiento viciado en el caso singular, de las reglas de la prueba legal, de la carga de la prueba, de la contumacia, de las preclusiones en general. El orden jurídico se preocupa y prevé para las grandes masas y no puede excluir cualquier disfunción de los casos singulares, que considera y reconoce solamente dentro de determinados límites entre los cuales ofrece y hace disponibles los medios directos para remediar las disfunciones y para eliminar sus consecuencias; basta pensar en el sistema de las impugnaciones en contra de la sentencia y en los controles que de ellas derivan, con la posibilidad de reforma o renovación del juicio. Pero cuando estos medios se han agotado ya no puede cargarse más con el problema y queda la hipótesis abstracta de cualquier posible infortunio, el cual ya no es perceptible ni relievable sobre el plano jurídico y queda absorbido y englobado sin dejar trazas en el flujo de los eventos que se suceden en la normalidad de lo cotidiano.

Por esto, si hay un campo en el cual el problema no exista, es precisamente el de la cosa juzgada y fue un error evidente haber construido su teoría sobre la contraposición de la justicia a la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Finalmente, téngase presente que no existe otro medio para controlar si una sentencia es justa o injusta, distinto de una nueva sentencia que vuelva a examinar la misma litis: hipótesis que, además de estar prohibida por la ley, no da ninguna certeza de que la segunda sentencia sea más justa que la primera, ni la tercera más que la segunda, y así hasta el infinito.

### *h) Tentativas de superación del contraste*

Los vanos resultados a los cuales llegan tanto la teoría sustancial como la procesal han inducido a los estudiosos que han profundizado mayormente la materia a tratar de evitar el dilema que ha vuelto tan difícil la vida de la doctrina alemana (y un poco también de la italiana) por tan largo tiempo.

En efecto, Segni ha escrito que la sentencia contiene un "mandamiento de certeza del vínculo de naturaleza procesal, paralelo a aquel de la norma procesal", en el sentido de "tener por cierta la existencia (o inexistencia) de la norma sustancial", que vuelve obligatorio entre las partes el juicio lógico contenido en la sentencia. A su vez Vocino cree haber superado el dilema sustancial procesal definiendo la cosa juzgada de la manera más sencilla, como inmutabilidad del juicio, de lo juzgado.

Finalmente Pugliese sostiene que en la sentencia se contiene un mandato o precepto que de un lado es una declaración de ciencia, con eficacia de certeza de la situación jurídica juzgada y del otro, la determina y regula de manera definitiva, perpetuándola para el futuro.

Tampoco se olvida la voz reciente que aún en Alemania condena la vetusta controversia, Grunsky.

Son estas importantes posturas las que conducen el problema hacia su solución.

### *i) El error fundamental*

El error inicial, que inclina toda la disputa sobre la cosa juzgada, se da por el vínculo que se atribuía al proceso con respecto al derecho sustancial, porque se suponía que el proceso estuviera encerrado en su cascarón, o (para usar la imagen propuesta por Redenti) en su "jaula" y no pudiese tener ninguna influencia sobre la relación jurídica sustancial deducida en juicio.

Esta errónea convicción ha sido criticada a los sostenedores de la teoría procesal, tal como fue delineada originalmente; los cuales sostenían que la sentencia, teniendo solamente eficacia sobre el plano procesal, dejaba invariable la situación sustancial preexistente y por lo mismo, si injusta, diera nacimiento a un dualismo insuperable entre esta situación y aquella que precisamente resultara de la sentencia. Pero los opositores no se dan cuenta de que, de otra manera, caen

en el mismo error cuando consideran que la sentencia; para plasmar su huella en la relación jurídica deducida en juicio y para hacerla coincidir con el propio contenido decisorio, deba necesariamente salir de sí misma y emitir un precepto, una regla de derecho sustancial, con todos los inconvenientes lógicos y prácticos que de ello derivan.

### j) *La certeza judicial*

Para evitar los inconvenientes destacados en ambas teorías, es necesario que la sentencia, aún permaneciendo lo que ella es, es decir, *un acto de proceso*, y sin salir de su ámbito y de su terreno, pueda todavía dar a la situación jurídica controvertida una configuración acorde con el propio contenido decisorio. Este resultado es posible si el pronunciamiento es de certeza. Reconstruida la contienda de la manera más exacta posible por medio de los instrumentos de la instrucción de la causa y evaluada al mismo tiempo una norma del derecho vigente, el juez declara en la sentencia cuál es a su juicio la situación de las relaciones existentes entre las partes. Y porque él no es una persona cualquiera que indaga sobre los hechos del pasado, sino el órgano instituido por el orden jurídico para impartir justicia, su declaración es vinculante para las partes (eficacia de la sentencia) y se torna inmutable cuando la sentencia pasa en cosa juzgada. Esta es la autoridad de la cosa juzgada cuya obligatoriedad e incuestionabilidad no pertenecen ni al plano procesal ni al sustancial, sino al plano del ordenamiento jurídico general en el punto en el cual proceso y derecho sustancial entran en contacto y celebran su unión, con un resultado relevante sobre el plano constitucional, porque expresa la configuración que el orden jurídico ha dado a la relación controvertida. Esto es posible, porque el derecho y el proceso, aún siendo dos sistemas de normas distintos, están coordinados entre ellos de tal manera que logran resultados unívocos y por ello están ligados por una relación de recíproca implicación. El proceso obtiene su fin dando aplicación al derecho, del cual es el instrumento privilegiado; pero es a su vez inmanente al derecho la destinación institucional a ser y a valer en concreto tal como el juez lo declara.

A la certeza pueden agregarse efectos constitutivos o ejecutivos con relevancia respectivamente en el campo sustancial (sentencia constitutiva) o en el procesal (sentencia de condena).

### k) Teoría de la eficacia preclusiva

Es procedente mencionar una tentativa de definir la cosa juzgada siguiendo un camino diverso de los aquí examinados. Se ha sostenido en efecto, que al lado de las categorías de los hechos constitutivos y de los hechos declarativos existiría una tercera categoría de los hechos preclusivos, en la cual entrarían la usucapión, la prescripción, la transacción, etc. Estos hechos estarían caracterizados por su efecto, *preclusivo*, consistente en poner en existencia una situación jurídica independientemente de su conformidad o no con la situación preexistente. Se trataría de una eficacia preclusiva sustancial con la función de hacer jurídicamente inútil toda indagación acerca de la existencia y el modo de ser de los hechos del pasado y por tanto de eliminar la falta de certeza de ellos. Entre estos hechos preclusivos entrarían también los hechos del fallo, sea negocial o judicial, y por consiguiente la cosa juzgada.

Sin negar a esta definición del caso juzgado alguna utilidad de mera descripción parcial, debe agregarse que ella no resuelve ninguno de sus problemas. Es apenas una variante de la teoría sustancial con todas sus incongruencias, a la cual agrega solamente el atributo de la preclusión, con el cual se relleva un efecto que ya estaba comprendido en la eficacia que la teoría sustancial atribuía a la cosa juzgada. Más aún, la relevancia dada al efecto preclusivo pone en evidencia apenas la función negativa del caso juzgado, dejando en la sombra la positiva, descuidando del todo la certeza de una situación jurídica del pasado, de la cual la eficacia preclusiva es una simple consecuencia.

# INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LOS INTERESES DIFUSOS

Alberto Ceballos Velásquez \*

“Los conflictos que siempre se han presentado como individuales, hombre contra hombre, son, en su mayor parte conflictos sociales, hombres contra mujeres, amos contra siervos, propietarios contra usuarios, comerciantes contra consumidores, empresarios contra trabajadores, etc., de tal manera que lo que la ley o el Estado disfrazaba de interés individual y como pretensión individual se ejercita en los litigios, constituye en realidad la manifestación aislada de un interés de grupo y aún de clase social”. (Polo, Eduardo: *La protección del consumidor en el derecho privado*. Ediciones Civitas S.A., Madrid, 1980, página 29).

*1. Anotaciones iniciales. 2. Noción de interés difuso. 3. El papel del juez ante los intereses difusos. 4. Problemas de orden procesal que giran alrededor de la noción de interés difuso. 5. Los intereses difusos en el derecho colombiano.*

## 1. *Anotaciones iniciales*

### 1.1. **Introducción**

Nuestra vivencia personal diaria nos hace percibir que hoy existen organizaciones de orden estatal y de naturaleza privada, que disponen de una inmensa capacidad para incidir en la vida de las

---

\* Profesor de la Facultad de Derecho. Universidad de Antioquia.

comunidades de hombres. Tienen una fuerza de dominio y una potencia para causar daños tales, que pueden destruir o modificar valores relevantes para la comunidad: aniquilar los recursos naturales, contaminar el medio ambiente, afectar la salud colectiva, violentar la voluntad del consumidor con la propaganda agresiva, expender bienes inútiles o inadecuados para satisfacer la necesidad que motivó su adquisición.

Y, entonces, ¿de qué medios de defensa dispone el hombre del día, el común de los hombres no organizado, para disputar la protección de unos bienes que son comunes a los seres humanos de su misma categoría y condición?

¿Cuáles son los alcances de los conflictos plurisubjetivos comunitarios que se crean cuando alguien violenta valores de los miembros de un grupo social?

¿Qué respuesta ofrece el derecho a los portadores de intereses plurisubjetivos en los casos en los cuales surge un conflicto con aquel que daña o amenaza dañar lo que se tiene como patrimonio de muchos?

¿Tenemos los jueces y abogados, de aquí y de ahora, una formación que nos permita asumir con plena capacidad el manejo de los conflictos jurídicos en los que están comprometidos muchos de los partícipes de una comunidad política?

A la tarea de buscar respuesta a tales inquietudes de nuestro tiempo tiende a ayudar este escrito. Tiene un propósito eminentemente informativo; su texto es tributario de los escritos producidos por los autores citados en el aparte de la bibliografía consultada, matizados con algunas observaciones y reflexiones de orden personal.

## **1.2. Crisis de la noción de individuo como método exclusivo de acercamiento a la comprensión del fenómeno jurídico**

La socialización de los conflictos, realidad inocultable de nuestro tiempo, ha puesto en crisis el secular concepto de interés individual propio del derecho liberal decimonónico, elaborado para una realidad social menos compleja que permitía en alto grado la existencia de relaciones, y por ende de controversias, de estricto orden personal; de un individuo frente a otro individuo.

Hasta hoy, nuestras meditaciones conceptuales se han levantado sobre una versión recortada de la autonomía privada: en la tarea de

caracterizarla se ha puesto exclusivamente el acento en el negocio jurídico; en el acto jurídico que existe sólo en tanto que su destinatario lo acepte (normas de coordinación); se ha olvidado analizar, desde la perspectiva de la potestad normativa de los particulares, todo ese complejo universo de la competencia asignada a organismos no estatales, las personas jurídicas de derecho privado, que actúan en favor de intereses colectivos, en virtud de la cual crean derecho que sujeta a los que tienen una común condición, aún a los ausentes y a los disidentes.

Hasta ahora, nuestras abstracciones se han construído sobre la añeja idea de derecho subjetivo, noción con la que la doctrina identifica una situación de ventaja que el ordenamiento reconoce en favor del individuo frente a otro individuo. Este concepto restringido de las situaciones favorables ha obstado el análisis, en el derecho privado, de las posiciones favorables que el derecho puede reconocer en favor de grupos comunitarios.

Los conceptos de interés y de legitimación en la causa, fundamentos conceptuales insustituibles para una cabal identificación de los sujetos habilitados por el derecho para realizar actos que generen, modifiquen o extinguen una relación jurídica, se han estructurado sobre la noción de individuo. Se ha olvidado ahondar en el estudio de las legitimaciones complejas y de los intereses plurisubjetivos.

Bajo ninguna circunstancia puede arguirse que la incorporación al derecho procesal, y a nuestro mundo de reflexión, del proceso acumulativo con pluralidad de partes y del litisconsorcio necesario significa una aproximación prometedora a una concepción comunitaria, más socializada, de la función jurisdiccional. Siempre, en ambos casos, se vuelve a un mismo centro de gravedad: el individuo.

En el litisconsorcio necesario hay una pluralidad de individuos, cada uno titular de una cuota de legitimación, quienes al momento de asumir el rol de sujetos del proceso conforman una unidad, un "individuo" o una parte, procesalmente compleja, que es destinataria de una decisión uniforme porque una sola es la pretensión; o, si se quiere decir, uno es el conflicto.

En el litisconsorcio voluntario concurren una pluralidad de individuos, cada uno de ellos sujeto de una pretensión autónoma objeto de un acto de decisión también independiente. La relación entre los litisconsortes voluntarios no se caracteriza por ser comunitaria; más bien se define de manera negativa: sus intereses no son excluyentes. En tanto que existe un "enemigo común", hay un concierto circuns-

tancial de orden tático. Cada litisconsorte es un individuo que somete a la decisión del juez su propio y particular litigio. En suma, en el litisconsorcio voluntario, caracterizado de la manera como secularmente se ha percibido, hay suma de partes, no intereses comunitarios.

Frènte a tal panorama se yergue hoy una nueva manera de interpretar los intereses plurisubjetivos. Existe un conjunto de intereses vitales que se fijan, en igual medida, en cada uno de los hombres pertenecientes a un grupo social. Son comunes a varios, a muchos o a un número indeterminado de personas, convocados, cada uno y todos, a su protección y defensa.

Ante los cultores del derecho se abre una nueva posibilidad de análisis del fenómeno jurídico. Cambiará de latitud el eje de partida para el estudio de muchos de los actos y hechos jurídicos: se trasladará desde el individuo-individuo hacia el individuo en comunidad, en relación comunitaria con otros.

## 2. *Noción de interés difuso*

### 2.1. **Concepto de interés**

Para favorecer el acercamiento a la noción de interés difuso es útil advertir que la generalidad de las definiciones que sobre el interés se han intentado confluyen, en última instancia, a fijar la naturaleza del concepto en la relación que existe entre las necesidades de una persona o pluralidad de ellas y las cualidades de un bien, las ventajas de una situación o las aptitudes de una conducta. Esa relación es positiva porque estas últimas, —cualidades, ventajas y aptitudes—, pueden satisfacer las necesidades de un hombre o grupo social. Se aspira o se tiende hacia un bien, situación o conducta en la medida en que éstos sean idóneos para satisfacer una exigencia vital del hombre.

Si el derecho hace prevalecer el interés de un sujeto de derecho frente al de otras personas, el primero es titular de un derecho subjetivo. Tiene el privilegio de la protección estatal frente a otros.

Si en un mismo sentido varios sujetos aspiran a satisfacer su propia necesidad con un idéntico bien, situación o conducta, se estará frente a un conflicto de intereses que hallará su punto culminante de solución en el negocio jurídico, en el delito o en el acto jurisdiccional.

El interés podrá calificarse de individual o colectivo a juzgar por su titularidad.

Si la titularidad de un interés está centrada en una unidad subjetiva (simple o compleja) estaremos, en estricto sentido, frente a un interés individual. El interés individual, referido al proceso jurisdiccional, da lugar a un proceso de partes únicas: una es la parte demandante o una también es la parte demandada, esté conformada por una sola entidad natural o jurídica o por varias personas cotitulares por cuotas de un mismo interés (litisconsorcio necesario). En esta última hipótesis la presencia formal de todos los partícipes del interés es condición para la integración adecuada de la parte (unidad-individuo) y, por ende, de la sentencia de fondo.

## 2.2. Interés colectivo e interés difuso

A modo de punto de comienzo puede afirmarse, aunque se condicione el aserto a una posterior revisión, que si la titularidad del interés supera los estrechos límites del individuo se estará frente a interés colectivo o difuso.

La doctrina de hoy no ha adoptado una posición pacífica y uniforme sobre los alcances de los dos conceptos. Algunos aseveran su univocidad; dicen que ambos hacen mención a una misma situación, titularidad del interés en una pluralidad alternativa de sujetos.

Un sector de la doctrina, del otro lado, puntualiza la existencia de una diferencia específica que amerita la independencia conceptual de las dos categorías de intereses. Advierte que si bien ambos tienen un elemento común de referencia que los hace análogos, la titularidad plurisubjetiva, existe un elemento específico que puede ser percibido con nitidez: "...es la dimensión del grupo subjetivo lo que hace colectivo un interés, pero es la indeterminación, la falta de límites precisos en cuanto a la identificación de las personas que lo componen lo que convierte a ese interés en difuso. Por lo tanto, el interés difuso se caracteriza por corresponder a los sujetos de un grupo, indeterminado" (1).

---

1. Barrios de Angelis, Dante: *Defensa judicial de los intereses difusos*, en Introducción al proceso. Montevideo, ediciones Idea, 1980, página 102, citado por Landoni Sosa, Angel. Legitimación para la defensa de los intereses difusos. Ponencia XI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 1981 Tomo II, página 1.157

Por tanto, podrá calificarse como colectivo aquel interés cuya titularidad se ha establecido en una comunidad organizada de personas de características tales que permita la identificación permanente de cada uno de sus miembros. Si no existe forma de organización que posibilite la identificación exhaustiva de todos y cada uno de los portadores del interés se estará ante el interés difuso.

Estas últimas proposiciones polémicas pueden dar lugar a una interesante cadena de reflexiones sobre el derecho colombiano.

Se puede asumir el riesgo de formular la siguiente conclusión: la persona jurídica es un instrumento del derecho dirigido a darle personalidad indivisible a lo que se muestra, en principio, como una plurisubjetividad.

Parece que el derecho liberal se resintiera ante lo colectivo. Que padeciera de una irresistible necesidad sistemática de transformar en persona, la jurídica, a una pluralidad de personas naturales. En derecho, lo colectivo se vuelve persona jurídica.

A explicar este fenómeno pueden concurrir algunas consideraciones elementales de orden sociológico: la existencia de intereses individuales concurrentes explican la formación de los grupos sociales. Los hombres forman grupos porque la satisfacción de algunas de sus necesidades individuales no puede ser lograda cabalmente por el esfuerzo aislado de cada uno. La necesidad individual adquiere matices de colectividad en tanto que muchos, sin excluirse unos a otros, aspiran legítimamente a la satisfacción de tal necesidad. Si todos se preordenan mancomunadamente al logro del interés común surgirá un grupo humano con una característica especial: hay una organización. Y si a tal organización el derecho le reconoce sustantividad habrá una persona jurídica.

La órbita de influencia del ente social no estatal se extiende, en principio, solamente a los asociados. Los órganos sociales tienen potestad normativa para regular los intereses colectivos de sus asociados; los actos, proferidos conforme a la ley y al estatuto correspondiente, son normas cuyos destinatarios son todos y cada uno de los asociados. Con la creación de la persona jurídica se centraliza el control del interés colectivo en una personalidad única, la reconocida por el derecho. Cada uno de los asociados pierde legitimación para actuar, por sí, en defensa de los intereses colectivos, los que finalmente se han individualizado en el momento mismo en que la competencia para su protección se sitúa en la persona jurídica.

Para caracterizar de modo negativo la frontera subjetiva de la

potestad normativa de las personas jurídicas de derecho privado es suficiente afirmar que aquellas obran sobre sus asociados; carecen de legitimación para proteger o regular intereses de no asociados.

Al interés colectivo, diluído en su naturaleza por la asignación de su titularidad a la persona jurídica, sujeto simple para el derecho, se opone el interés difuso, éste sí con constante connotación comunitaria. No es elemento esencial de su definición la organización e identificación de sus titulares, aunque eventualmente puedan constituirse personas jurídicas para su defensa, las que, de todos modos, no siempre podrán congregarse permanentemente a todos los portadores de su titularidad.

El derecho a la vida digna (salud, seguridad, consumo armónico con las necesidades vitales, juridicidad de la actuación de los poderes públicos, ambiente impoluto) es el verdadero interés colectivo: de todos y cada uno de los hombres, estén o no vinculados a organizaciones cuyo objeto específico pueda ser la defensa de los valores sociales. Los restantes son intereses "individualizados".

### 2.3. Características del interés difuso

El interés difuso, medularmente ligado a valores sociales que constituyen un patrimonio común de muchos o de todos los hombres, tiene las siguientes características: <sup>(1)</sup>

a) *La supraindividualidad.* Como se ha destacado en apartes anteriores de este texto el valor incorporado en el interés difuso es de orden comunitario. La aspiración legítima concierne en grado igual a todos y cada uno de los hombres que son sus titulares. Todos los portadores del interés se hallan en una "especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión a la entera colectividad" <sup>(2)</sup>.

---

1. En este aparte 2.3 así como en el punto 4.2 he seguido el esquema de las ponencias de Angel Landoni Sosa en los congresos de derecho procesal argentino y panamericano citados en las fuentes bibliográficas.

2. Barbosa Moreira, Carlos: citado por Landoni Sosa, Angel. *Los sistemas de protección de los intereses de los consumidores y otros intereses colectivos.* Ponencia 1er. encuentro panamericano de derecho procesal. Revista de la Facultad de Derecho de México, Universidad Nacional Autónoma de México, números 133, 134 y 135. Enero-junio de 1984, página 516.

b) *Falta de vínculo jurídico o vínculo jurídico lato.* La calidad de titular y portador de un interés difuso no se adquiere merced al perfeccionamiento de un acto jurídico. Son circunstancias de hecho, carentes de predeterminación reflexiva a la formación de un vínculo, las que generan la aparición del interés difuso: unas permanentes o duraderas —ser persona o miembro de una comunidad política o residente en una zona determinada. Otras son accidentales, provisorias, contingentes: consumir ocasionalmente un mismo producto, estar afectado en su salud por el uso de un mismo medicamento.

De tales situaciones de hecho brotan intereses colectivos comunes a todos y cada uno de los hombres que las comparten o sufren.

c) *Fuerza de aglutinación.* Por razón de los vínculos indisolubles que tiene el interés difuso con valores de relevancia social referidos a las condiciones de vida digna del hombre, surge para cada individuo una predisposición vivida e intensa a disputar por su defensa y protección.

El riesgo de daño o la lesión efectiva a que se someta un valor social o la insatisfacción a una necesidad también comunitaria genera una reacción y un conflicto igualmente comunitarios.

Una sociedad que no disponga de canales institucionales aptos para equilibrar tensiones y componer conflictos que tienen cariz comunitario está allanando el camino hacia su destrucción.

### 3. *El papel del juez ante los intereses difusos*

#### 3.1. **Control preventivo de los intereses difusos**

Una rápida mirada al marco de las funciones constitucionales propias de cada una de las ramas del poder público muestra que el Congreso, sede donde se forma la voluntad política y donde se prescriben los juicios de preferencia sobre los valores sociales, es el órgano que por cláusula general está habilitado para expedir las reglas generales sobre protección del interés difuso.

Pero también se observa en la Carta Fundamental, sin lugar a dubitación alguna, que la Administración, en ejercicio del poder de policía, es la primera convocada a conservar y proteger los intereses difusos. Sin temor alguno se puede concentrar la finalidad de la ac-

tividad administrativa en función de la preservación de los intereses difusos.

La gestión de la administración pública se define, sustancialmente, conjugando los verbos conservar, proteger, propiciar, impulsar, en fin, realizando ejercicios que produzcan resultados tangibles en el entorno social de modo tal que se garantice la actualidad de unas determinadas condiciones de vida a todos y cada uno de los hombres de una comunidad política. Hoy, la administración se ejerce en beneficio de los administrados quienes son titulares de potestades de control de la actividad de la administración ante esta misma y ante los órganos de orden jurisdiccional.

### 3.2. Control frente al daño

La violación o insatisfacción de la necesidad de los asociados representada en un interés difuso hace surgir el conflicto entre el sujeto a quien se puede imputar el daño y todos y cada uno de los portadores de tal interés. Este, el conflicto social con trascendencia jurídica, que ante el juez se presenta bajo la forma de una pretensión difusa, constituye el elemento material u objetivo de la función jurisdiccional. El juez obra sobre el conflicto —en términos sociológicos—.

El juez de nuestro tiempo no puede dejar de lado un importante campo de su misión: oficiar como tercero imparcial para la composición de conflictos comunitarios. La dimensión de su función se engrandece porque el poder de decisión se refiere a controversias que comprometen las legítimas aspiraciones de grupos de hombres. El interés difuso es una circunstancia que el juez no puede eludir. El juez está frente a la comunidad; en consecuencia, debe apropiarse de unos nuevos esquemas de interpretación que le permitan satisfacer el interés, también difuso, de una justa, equitativa y eficiente prestación del "servicio público jurisdiccional".

#### *a) La administración pública como demandada*

La dinámica de la administración pública la hace responsable, ante los titulares de los intereses difusos, por los hechos, actos u omisiones que causen daño comunitario. El inadecuado ejercicio de su función por parte de la administración da origen a un conflicto "difuso".

El artículo 82 del Decreto 01 de 1984 sintetiza de manera afortunada el ámbito objetivo de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa: "La jurisdicción en lo contencioso administrativo está instituída para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando ejerzan funciones públicas. Se ejercerá...". En fin, hace las veces de tercero imparcial en los conflictos que tienen como sujetos a la administración y a los administrados, nominativo este último con cualificación eminentemente difusa.

Nuestro derecho y jurisprudencia administrativos tienen una posición de vanguardia en materia de intereses difusos que supera con creces las posiciones dominantes en países de los cuales hemos tomado modelos y doctrinas, tales como Francia y Argentina. Nuestro denominado contencioso objetivo, concedido a todas las personas en defensa del interés difuso de la legalidad (artículo 84 del código contencioso administrativo) se puede contrastar con la noción de interés legítimo, todavía muy ligado a la noción de interés personal, que domina el proceso contencioso en los países antes citados. El interés difuso ha campeado por nuestro derecho público desde hace muchos años; sólo nos resta percibir reflexivamente su presencia y hacer un nuevo recorrido por la historia de lo contencioso administrativo para hacer una fresca sistematización a la luz de este nuevo esquema de interpretación.

En este momento, aunque sea de pasada, es importante llamar la atención sobre las inmensas posibilidades de desarrollo que el tema de los intereses difusos tiene en lo relativo a las concesiones, licencias y permisos que la administración otorga en favor de particulares. En virtud de tales prerrogativas la administración amplía las posibilidades de gestión del particular beneficiado; se le permite hacer algo que está vedado a sus iguales, a los otros administrados: producir en serie alimentos procesados para consumo humano, hacer uso del suelo urbano para levantar una edificación, abrir un establecimiento autorizado para venta y consumo de bebidas alcohólicas, para explotar una mina y análogos.

La ampliación del ámbito del obrar del particular aumenta, consecuentemente, su fuerza virtual para causar daño a intereses difusos. El uso del privilegio estatal puede afectar la salud colectiva, alterar la tranquilidad de un vecindario, dañar el paisaje o la armonía urbanística, causar polución.

Conviene explorar hasta el detalle toda la gama de posibilidades que pueden darse a efectos de que el administrado pueda realizar

actos de control, por vía administrativa y aún jurisdiccional, respecto a las concesiones, licencias y permisos que se conceden violentando las normas de orden público que rigen su expedición y, también, auscultar el grado de responsabilidad patrimonial que cabe al Estado por los actos u omisiones de los órganos encargados de conceder tales habilitaciones especiales y de controlar su debido ejercicio.

### *b) Un particular como demandado*

Se ha puntualizado a lo largo de este escrito que, desde el punto de base del análisis propuesto, la sociedad de hoy puede ser percibida en función de la Gran Organización frente al hombre.

El empresario, dotado de recursos de distinta índole que le confieren inmensas posibilidades de transformar el mundo externo y de inducir las conductas de los hombres, puede en desarrollo de su objeto afectar los valores difusos de la comunidad.

En lo relativo al consumidor, fenómeno subjetivo fascinante de nuestro tiempo, se ha llegado a afirmar que "el condicionamiento del consumidor por el productor es tal que este último llega a conformar la conducta del consumidor a sus propias necesidades e intenciones" (1).

Si se acepta que sujetos de derecho privado son potencialmente aptos para violentar los intereses difusos, habrá que concluir que a la jurisdicción ordinaria se proponen como tema de decisión pretensiones con contenidos difusos, cuyas valoración y decisión justas exigen del juez la interiorización previa de esquemas axiológicos que se compadezcan con la naturaleza de los intereses plurisubjetivos en crisis.

### **3.3. Conclusión**

En suma, puede decirse que poder administrativo y poder jurisdiccional disponen de competencias armónicas para la protección de los intereses difusos. La administración mediante el ejercicio de su competencia de policía (mantenimiento y conservación de las condiciones de vida) y la jurisdicción en virtud de su poder exclusivo que

---

1. Galbraith: citado por Santaella López Manuel. *Protección jurídica de los consumidores y contratación*. Revista Documentación Jurídica, N<sup>o</sup> 16, página 797.

le otorga el control imparcial de los conflictos sociales que tienen significación jurídica.

Esta doble vía de control protectorio se hace manifiesta en el Decreto 3466 de 1982 que regla temas atinentes a la responsabilidad de productores y expendedores. Establece tres sistemas básicos de protección:

a) Que contiene normas que establecen requisitos y exigencias relativas a idoneidad, calidad, garantías, marcas, leyendas, fijación pública de precios y normas generales sobre su responsabilidad.

b) Sobre responsabilidad del productor o proveedor frente a la Administración.

1b) Sanciones administrativas por incumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad (artículos 24 y 25 del decreto citado) y el correspondiente procedimiento administrativo (art. 28, *ibídem*).

2b) Sanciones administrativas relacionadas con la responsabilidad de los productores en razón de las marcas, leyendas y la propaganda (artículo 32, *ibídem*) y la remisión al procedimiento previsto en el artículo 28 ya referido.

3b) Sanciones en caso de incumplimiento de las normas sobre fijación pública de precios (art. 33, *ibídem*) y el procedimiento correlativo (art. 34, *ibídem*).

c) Control jurisdiccional de los conflictos entre productores o proveedores y consumidores.

1c) Para asegurar la efectividad de las garantías mínimas presuntas o diferentes a éstas (art. 29, *ibídem*).

2c) Para definir la responsabilidad patrimonial del productor o proveedor por daños y perjuicios (art. 36, *ibídem*).

3c) Respecto a responsabilidad e indemnización de perjuicios por contratos de prestación de servicios que exigen la entrega de un bien (art. 40, *ibídem*).

#### 4. *Problemas de orden procesal que giran alrededor de la noción de interés difuso*

##### 4.1. **Enunciado**

La discusión en sede jurisdiccional de conflictos conexos con

intereses difusos apareja la irrupción de algunas problemáticas de orden procesal, entre las que muestran caracteres mayúsculos:

a) *La legitimación en la causa*

Aunque de inmediato se ensayará una apretada relación de las soluciones que ha propuesto el derecho comparado, es aconsejable afirmar desde un principio que, como corolario teórico del enunciado de interés difuso, el control protectorio del interés difuso lo tiene cada portador; es decir, cada uno de los que tienen la misma calidad (persona, ciudadano, vecino, consumidor y análogos). Existe, entonces, una legitimación en la causa plural y alternativa que, aplicada al proceso, origina el litisconsorcio cuasinecesario reglado en el artículo 52, inciso 3 del código de procedimiento civil.

El concepto de litisconsorcio cuasinecesario emerge, con características propias, de la aceptación de la noción de legitimación por categorías. Si se afirma que la legitimación para provocar un control jurisdiccional con relación a un bien de la vida está radicado en cada uno o en varios o en todos los individuos que tienen una igual categoría, es dable concluir, por vía de necesidad, que la sentencia, norma que regula el interés en disputa, afecta a todos los que tengan una igual calidad. Sobre este supuesto, y solamente bajo tal enunciado, se puede comprender que la sentencia pueda alcanzar a terceros (no sujetos formales del proceso). Por ello es posible referirse a "los terceros que sean titulares de determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia" (Cfr. art. 52 inc. 3 C. de P. C.), en tanto que tales terceros tienen una igual categoría y a nombre del interés plurisubjetivo tienen audiencia uno o varios de sus titulares o, también, todos ellos.

El enunciado anterior es definitivamente sugestivo pues abre fronteras a la posibilidad legítima de concebir el juez como órgano de solución de conflictos acentuadamente sociales y no solamente como sujeto llamado a definir controversias de marcado y simple orden individual.

Una interpretación diferente a la enunciada y en virtud de la cual se afirme que la sentencia pueda ser vinculante a terceros titulares de una relación jurídica (individual) es palmariamente contraria al principio de la bilateralidad de la audiencia; por tanto, inadmisibles. Se mantiene incólume el postulado que impone que los titulares de los intereses en conflicto concurren a la empresa común que es el proceso. Si el interés es individual será ineludible la presencia, como parte, del sujeto único titular de tal interés; si, de otro lado, el interés

es difuso (o, por categorías) bastará la constitución como parte de uno o varios de los portadores de aquél.

No obstante la consistencia indudable de la conclusión expuesta, razones de índole política han dado lugar a soluciones alternas.

#### *b) Límites de la cosa juzgada*

Un proceso construído sobre un conflicto derivado de un interés personal produce una norma jurídica con un ámbito de validez circunscrito a las partes formales del proceso. La sentencia que decide sobre pretensiones individuales otorga o niega bienes de la vida solamente a quienes participaron en la empresa de hacer el proceso, demandante y demandado y terceros intervinientes; todos partes.

Pero, la existencia de sujetos que tienen de modo individual o conjunto o alternativo legitimación para provocar una decisión jurisdiccional de mérito insinúa una esfera más amplia de los efectos de la sentencia, tal como lo tiene previsto el artículo 332 del código de procedimiento civil respecto a la acción popular, o mejor, pretensión difusa.

### **4.2. Legitimación en la causa**

Como se anticipó, si bien de la naturaleza del interés difuso se infiere, por necesidad lógica la plurisubjetividad alternativa de legitimados en la causa, el derecho comparado ha adoptado fundamentalmente tres tipos de soluciones, que no necesariamente son excluyentes y que más bien admiten intercambio e interrelación bien porque operan en etapas diferentes del control del interés o porque obran conjuntamente en un mismo momento.

#### *a) Solución publicista*

En el centro de la defensa de los intereses difusos sitúa a un órgano público especializado, no jurisdiccional. La virtud de la respuesta no radica en el hecho de asignar tal función a un órgano del poder público, pues tal es la razón de ser de la función de policía que cumple la administración pública, sino que su bondad radica en el énfasis que el Estado pone al oficio de defender y preservar los intereses difusos; en tal empeño compromete de modo expreso a estructuras organizativas especializadas, con una competencia muy específica.

El paradigma de la solución publicista es el *Ombudsman Sueco*, institución ejemplar adoptada por una sociedad poseedora de una profunda vocación para crear mecanismos institucionales que permitan aliviar las tensiones emergentes entre los distintos sectores comunitarios. Su poder de penetración ha sido tal que ha modelado instituciones análogas en los otros estados europeos, como el Comisionado Parlamentario Inglés, el Mediateur Francés y el Defensor del Pueblo Español.

Para la protección de los valores más caros de la sociedad sueca se han instituido distintas clases de ombudsman con diversas esferas de actividad.

*Ombudsman parlamentario.* Electo por el Parlamento y cuya función es verificar, en favor de los asociados, la observancia del derecho por parte de los jueces, funcionarios y oficiales del ejército.

*Ombudsman antitrust.* Designado por el Gobierno. La base programática de su gestión es la ley antitrust que pregona el predominio del interés público en las relaciones recíprocas de los sujetos que concurren a la actividad productiva y comercial. Obra, fundamentalmente, sobre los empresarios y respecto de ellos ejerce celoso control sobre las distintas formas de competencia.

Tiene predisposición institucional hacia las formas de auto-composición. Tiende a solucionar los conflictos que surjan alrededor de la libre concurrencia con la participación misma de los implicados, para lo cual hace las veces de un activo conciliador. Si no se perfecciona la solución negociada, entonces, el Ombudsman transferirá el asunto a la esfera jurisdiccional para que se produzca la solución heterónoma.

*El Ombudsman del consumidor.* Nominado por el Gobierno. Tiene su foco de acción sobre el consumidor a fin de asegurar la vigencia de dos leyes medulares en la defensa de quien es el eslabón final de la cadena productiva. La primera, la ley sobre Prácticas de Mercadotecnia (control a la inducción al despilfarro y a la creación de necesidades artificiales); la segunda, la ley sobre Términos Contractuales Impropios en virtud de la cual se protege al consumidor modificando sustancialmente el régimen general de contratación.

*El Ombudsman de prensa y el Ombudsman para la igualdad de los sexos en la vida laboral.* El primero protege al ciudadano frente al poder creciente de la prensa y el segundo controla la aplicación de la ley sobre igualdad de los sexos.

## *b) Solución comunitaria*

La potestad de hablar por todos los titulares se fija en asociaciones representativas de tales intereses.

La propuesta entraña un cierto grado, aunque no universal, de organización de los sujetos con calidad común. Se concede habilitación especial a organizaciones reconocidas institucionalmente para hablar a nombre de todos los titulares del interés, tanto de aquellos que son miembros formales de la asociación como de quienes no lo son (sean conocidos o no). Hay representación de todos (representación universal) aunque no exista afiliación expresa a la entidad que oficia como representante.

En el derecho colombiano las ligas de consumidores, cuyo número de miembros mínimo es veinticinco (art. 1, literal b, decreto 3466 de 1982) tiene funciones de defensa de los intereses de los consumidores (art. 10, if). Tienen asignada de modo preciso funciones de policía cívica en virtud de las cuales podrán "representar administrativa o judicialmente a los consumidores para que hagan valer sus derechos" (art. 17). Es la condición de una persona ser consumidor, no su participación regular como miembro de una persona jurídica, lo que determina el ámbito subjetivo de representatividad de las ligas y asociaciones de consumidores.

Las ligas y asociaciones de consumidores tienen además la potestad propia, derivada de su condición de persona jurídica, de representar ante las autoridades competentes a los consumidores explícitamente asociados (art. 11, idem).

Este es un marco normativo verdaderamente innovador llamado a modificar la praxis procesal; crea posibilidad de socializar los procesos cuando éstos versan sobre intereses difusos en tanto que permite la intervención como parte de una liga o asociación comunitarios, a fin de propiciar una sentencia que no solamente se ajuste al derecho particular de la parte sino que corresponda a las aspiraciones de la comunidad.

Una referencia singular pone en evidencia lo afirmado: el artículo 10 del decreto 1441 de 1982 dispone en su literal f) que es función de las ligas y asociaciones de consumidores velar por "la protección de los arrendatarios de bienes inmuebles y muebles y la observancia de las normas relativas al contrato de arrendamiento". Dadas las prerrogativas de representatividad atrás enunciadas es indiscutible que en los procesos de lanzamiento de arrendatarios las

Ligas y Asociaciones tiene legitimación para hacer las veces de parte coadyuvante, estableciéndose así un verdadero control comunitario de la actividad jurisdiccional.

La solución colombiana, aún no convertida en práctica social, recoge la estructura básica de las propuestas francesa (Ley Roger de 1973) y sueca.

### *c) Solución individual*

Defensa de los intereses difusos por uno cualquiera de sus titulares.

Un comentario anticipado (ver 4.1.1) dejó vislumbrar que esta solución es la que más se ajusta a la definición misma de interés difuso: cada titular tiene potestad autónoma para actuar en defensa del interés difuso.

En el derecho comparado tiene una especial significación la institución de la class action norteamericana. Aunque su origen puede remontarse a experiencias comunitarias de los años 30 y 40 para la defensa de los pequeños accionistas, su asentamiento definitivo en el derecho norteamericano se produjo por razón de los movimientos consumeristas y ecologistas norteamericanos de las tres últimas décadas.

Un postulado programático de la National Environmental Policy Act con el siguiente tenor: "El Congreso reconoce que cada persona debería gozar de un medio ambiente saludable" abrió caminos insospechados a la práctica judicial norteamericana que hoy permiten a cada norteamericano ser fiscal genuino de los intereses difusos. Y cuando obra, lo hace en función de su clase, de sus iguales, con lo que se ha creado el hábito de pensar en los conflictos en términos de clases (class suit).

## **4.3. Límites de la cosa juzgada**

### *a) Respuesta general*

Los fundamentos tenidos en consideración para dar respuesta al problema de la legitimación en la causa, trasladan sus reales a la

pregunta sobre los alcances de la cosa juzgada. He aquí la respuesta: la sentencia tiene efectos sobre todos y cada uno de los titulares del interés difuso.

La concurrencia alternativa (A o B o C o N) de legitimados en la causa, porque cada uno es sujeto pleno de la pretensión, hace que los alcances de la sentencia supere los estrechos límites subjetivos resultantes de la noción de parte procesal. La sentencia vincula en igual medida a todos los titulares del interés, tanto a quienes asumieron la condición de parte como a quienes no lo fueron, pero que tuvieron la posibilidad de actuar porque estaban legitimados para hacerlo.

El enunciado anterior, que se hace palmario en las llamadas "acciones", dígame pretensiones, populares, abre camino a una desviación de la noción tradicional de sentencia interpartes: la sentencia ultra-partes, y a una de sus modalidades extremas, la sentencia erga omnes.

Un ejemplo será útil para mostrar la incidencia práctica de la figura: en sede jurisdiccional, en proceso en que es parte un consumidor de servicios (contrato de seguro) la sentencia deja sin efectos una cláusula del contrato de seguro porque es abusiva. El efecto ultra partes permite que los pares del consumidor demandante que han suscrito con el empresario contrato de adhesión con igual molde y cláusula abusiva puedan quedar afectados a la sentencia y aprovecharse de sus efectos normativos que, en principio, estaban solamente referidos a las partes.

Así varían los clásicos efectos normativos de la sentencia: tomará un ámbito personal de vigencia más amplio; se extenderá hasta personas que a la fecha de producción del acto jurisdiccional se encontraban en situación de hecho igual a la de los sujetos partícipes del proceso. Esta posibilidad requiere, evidentemente, algunos apoyos instrumentales adicionales; el primero, asegurar mecanismos de convocatoria general y pública que permitan a todos los de igual condición conocer la existencia del proceso para permitir su audiencia.

#### *b) Criterios para resolver casos particulares*

Para determinar si una sentencia relativa a intereses difusos tiene efectos, por el solo ministerio de su expedición, respecto de todos los interesados o si solamente afecta a las partes formales en el proceso es posible utilizar los siguientes criterios rectores:

Si el titular de un interés difuso ocurre a la jurisdicción en demanda de protección de aquel en su estado de pura generalidad, sin que consecuencialmente pretenda restablecimiento alguno por un eventual daño personal sufrido, la sentencia favorable o desfavorable tendrá efectos respecto de todos sus iguales con relación al tema de decisión desatado.

Para su verificación mírese el artículo 175, incisos 1 y 2, del código contencioso administrativo.

Si el titular recurre en busca de protección jurisdiccional para discutir una pretensión referida a un interés difuso pero adobada con una reclamación de indemnización personal o de restablecimiento de un derecho que le ha sido violentado, el derecho positivo puede dar dos clases de respuestas:

1ª Limita los alcances de la cosa juzgada, en el aspecto resarcitorio, a las partes formales del proceso que obtuvieron la declaración de condena a su favor. Verifíquese, por ejemplo, lo dispuesto por el artículo 175, inciso 3, del código contencioso administrativo.

2ª Hace posible que los efectos de la sentencia de condena aproveche a quienes estuvieron ausentes, exigiendo o no acto de adhesión expresa de los terceros. Véase el artículo 36, numerales 9 y 10 del decreto 3466 de 1982.

Esta última es una nueva técnica de manejo de los conflictos difusos que permite, en primer lugar, reincorporar al mundo del derecho los conflictos jurídicos cuyo valor económico mínimo no justifica, en términos de economía procesal, la promoción de un proceso limitado a la pretensión de una persona. Y, también, en segundo lugar evita la proliferación de procesos en los cuales se reproducen reiteradamente conflictos análogos sustentados sobre un hecho común imputable a la parte demandada. Es una aspiración socialmente deseable la de recuperar para el mundo del derecho los pequeños conflictos que aprisionan al hombre del común.

## 5. *Los intereses difusos en el derecho colombiano*

La protección jurisdiccional de los intereses comunitarios tiene ya una importante historia en el derecho colombiano, aún no suficientemente ponderada por nuestros tratadistas e historiadores. Nues-

tro derecho público, desde los albores de este siglo, ha postulado que es interés difuso la "juridicidad" de la actuación de órganos del poder público:

En Colombia se ha llevado hasta límites insospechados el postulado del Estado de Derecho que concede a la *opinión pública* función fiscalizadora de la actuación de los poderes públicos. Las denominadas *acción de inexequibilidad* (art. 214 de la Constitución Nacional) y *acción de nulidad* (art. 84 y ss del código contencioso administrativo) son modelos de instrumentos de control de los intereses difusos.

En el derecho privado el fenómeno tampoco es exótico; la llamada acción popular tiene manifestaciones en nuestro código decimonónico (art. 1005 C.C.). También tienen vigencia algunas hipótesis de intereses difusamente radicados en cada uno de los sujetos partícipes de una calidad común no personificada: comuneros (art. 2322 y ss C.C., herederos como sujetos activos del control de los intereses de sus iguales; en interdictos posesorios especiales: dueños de heredades (art. 996 C.C.), quienes temen padecer o sufren daño (art. 1003, inc. 3 C.C.).

El nuevo derecho del consumidor, de muy reciente aparición en nuestro sistema normativo, exhibe una interesantísima problemática que resulta muy ilustrativa sobre el tema.

El derecho ambiental surge sobre el enunciado postular que establece que todo hombre tiene derecho a un entorno sano.

Con el exclusivo propósito de poner sobre la mesa de la discusión unos ejemplos que muestran los alcances reales de la noción de interés difuso, se hará una presentación analítica, parcial no exhaustiva, de regulaciones relativas a intereses difusos en el derecho colombiano.

### 5.1. Acción de inexequibilidad

La reforma constitucional de 1910, acto legislativo N° 1 de ese año, introdujo en el derecho colombiano, con rasgos de portentosa originalidad, un principio de profundo sentido democrático: el control jurisdiccional de la integridad de la Constitución es interés común a todos los ciudadanos.

El ejercicio de la función jurisdiccional constitucional está marcada por los siguientes supuestos vertebrales:

a) *Legitimación en la causa*

El sujeto activo de la pretensión de inexequibilidad puede serlo cualquiera persona que tenga la calidad de ciudadano (numeral 2, art. 214 Constitución Nacional).

b) *Interés para la sentencia de fondo*

El ciudadano esgrime con único interés el abstracto y supremo de la guarda de la integridad de la Carta Fundamental sobre la que se erige todo el derecho positivo.

c) *Elemento material*

El control difuso se ejerce sobre los actos que, de conformidad con la distribución constitucional de competencias por razón de la materia, son reserva de la ley, háyanse expedido por el Congreso o por el Ejecutivo en ejercicio de potestades transitorias.

d) *Efectos de la sentencia*

El efecto de la sentencia de fondo es erga omnes. Aunque el texto constitucional (art. 214 Constitución Nacional) y el decreto 432 de 1969 (art. 29) imponen la técnica del análisis exhaustivo para que la Corte decida definitivamente sobre la totalidad del acto acusado, lo cierto es que la práctica jurisprudencial ha tomado un camino distinto: los efectos son definitivos respecto de las normas constitucionales que fueron contrastadas con el texto legal. Sobre lo no equiparado no hay decisión definitiva.

e) *Término de caducidad*

No existe. El ciudadano tiene poder de control sobre el derecho vigente y esta última condición, la vigencia, es la que sujeta la actualidad del interés.

## 5.2. **Acción de nulidad**

La acción de nulidad traslada su ámbito de control de juridici-

dad a la *administración* y al acto que constituye su hacer natural, el *acto administrativo*.

a) *Legitimación en la causa*

El ámbito de los sujetos competentes es más amplio que el de los habilitados para provocar el control de jurisdicción constitucional. La pretensión de nulidad puede ser eficazmente propuesta por cualquier persona (art. 84 C.C.A.).

b) *Interés para la sentencia de fondo*

Lo que determina el interés es el móvil. Se considera aspiración legítima de toda persona el que la administración obre conforme al principio de la legalidad. Se busca el restablecimiento objetivo de la legalidad haciendo desaparecer del sistema normativo al acto perturbador.

Toda la actuación de la persona actora está desligada de un propósito de resarcimiento por algún daño ocasionado; si ello no fuere así, se acudiría al denominado contencioso subjetivo, de restablecimiento del derecho (art. 85 C.C.A.) que se interpreta bajo el esquema del interés individual de un sujeto singular calificado, no a la luz de los intereses difusos.

c) *Elemento material*

El elemento objetivo del control es el acto administrativo. Se confronta con las normas de jerarquía que condicionan su creación (validez formal o material), a efectos de definir su futura vigencia.

d) *Efectos de la sentencia*

La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tiene fuerza de cosa juzgada respecto de todo el mundo (art. 175 C. C. A., aparte primero). Una sentencia con este contenido tiene efectos normativos de orden derogatorio respecto de normas de nivel inferior de carácter reglamentario; así que "cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o acuerdo intendencial, comisarial, distrital, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente a los decretos reglamentarios." (ibídem, inciso 4).

Este alcance derogatorio, de carácter general, fijado a la sentencia que declara nulidad abre interesantes perspectivas de orden procesal sobre todo en materia de condiciones generales de contratación en convenios de adhesión. Ej: control previo de contenidos de formatos de promesas de compraventa o de compraventa en comercialización de proyectos de construcción multifamiliares. En consecuencia, ¿habrá posibilidad de extender los alcances de una sentencia que declaró sin efectos una cláusula de un contrato específico a fin de hacerlos aplicables a contratos con formato fuente común?

De otro lado, la sentencia que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes sólo con relación a lo que se afirmó como fundamento de la pretensión. Para facilitar la delimitación de los alcances objetivos de la cosa juzgada el artículo 131 exige que el demandante enuncie los fundamentos de hecho de la pretensión (art. 137, numeral 3) y el concepto de violación que incluye la relación de normas violadas y el concepto de violación (art. 137, numeral 4).

#### *e) Término de caducidad*

La potestad tutelar de la persona no está sujeta a término de extinción. El desequilibrio causado por el acto violatorio de norma superior puede ser objetivamente restablecido en cualquier momento. Podrá ejercerse en cualquier tiempo (art. 136, inciso primero, C. C. A.).

Por el contrario, la pretensión de nulidad que envuelve restablecimiento de un derecho subjetivo en favor del actor sí puede decaer por causa de la caducidad. Cuatro meses si el demandante es persona de derecho privado. Dos años si la demandante es una entidad de naturaleza pública, contados a partir de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Hay decaimiento; pérdida de una potestad personal para impugnar por vía jurisdiccional la presunción de juridicidad propia de todo acto jurídico.

### **5.3. Procedimiento especial para la defensa de los intereses de los consumidores**

El decreto 3466 de 1982, tal como se anotó anteriormente, tiene prescripciones de orden sustancial relativas a idoneidad, calidad, garantías, normas de responsabilidad y régimen de sanciones; además tiene previsiones de orden procesal que serán objeto de un somero comentario.

Antes de iniciar el trabajo es prudente anotar que el procedimiento reglado en el artículo 36 del decreto citado tiene verdaderas novedades particularmente en materia de intervención de partes; innovaciones a las que debe darse una inteligencia conforme con los intereses en juego.

Las notas dignas de resaltar, desde el punto de mira de este escrito, son las siguientes:

*a) Tema de decisión*

Pretensión de condena indemnizatoria, por causa de daños y perjuicios, propuesta por un consumidor a la luz de las normas de decisión contenidas en el decreto 3466 de 1982. El tema de decisión inicialmente propuesto es una pretensión fundada sobre un interés personal de un consumidor.

*b) Partes*

Partes iniciales pueden serlo o un solo demandante o varios consumidores que sean titulares de pretensiones conexas frente al mismo demandado (art. 36, numeral 2).

Para pluralizar el conflicto y permitir que todo aquel consumidor titular de pretensión conexa pueda también proponerla como lema de decisión en este proceso, se ha establecido un presupuesto procesal del procedimiento dirigido a ampliar el contradictorio: emplazamiento de las personas que se crean con derechos derivados de los mismos hechos (numeral 4, *ibídem*).

Y para hacer oponible la sentencia a los consumidores ausentes se prescribe que vencido el término de emplazamiento se citará a la liga de consumidores para que ejerza funciones de representación (numeral 7, *ibídem*).

Puede observarse que con los actos de demanda, emplazamiento de terceros y citación de un "representante" de los ausentes se allana el camino hacia la sentencia *ultra partes* porque a todos los consumidores que son sujetos de conflictos análogos se les ha posibilitado la audiencia.

*c) Efectos de la sentencia*

Es novedosa la disposición, porque:

La sentencia favorable aprovechará a las partes formales y a quienes habiendo sido emplazados no concurren (numeral 9, *ibídem*).

El único camino de que dispone quien no desea que la sentencia lo afecte favorablemente es la abdicación expresa del derecho reconocido, el que merced a tal acto de renuncia quedará extinguido.

La sentencia desfavorable a los demandantes no afectará los derechos de quienes no comparecieron al proceso (numeral 10, *ibídem*).

#### *d) Ejecución de la sentencia*

El acto de ejecución de la sentencia está precedido por los siguientes momentos procesales:

Publicación de la sentencia para que los consumidores ausentes promuevan la liquidación de su derecho, para lo cual disponen de un término preclusivo de dos meses contados a partir de la fecha de su publicación, cuyo vencimiento impedirá una futura presentación del escrito de liquidación (numerales 11 y 15, *ibídem*).

Trámite de las liquidaciones por vía incidental (numeral 13, *ibídem*).

En fin, puede verse que las pretensiones difusas traídas a modo de ejemplo ilustrativo modifican en grado sustancial las bases mismas del proceso clásico entre partes titulares de intereses meramente personales.

El derecho colombiano es materia sobre la cual se puede realizar una actividad exploratoria profunda que nos revele el estado actual de los intereses difusos en nuestro derecho positivo. Este escrito sólo tuvo la pretensión de provocar en las personas inquietas un tema de hondo sentido comunitario.

### **Bibliografía consultada**

Barrios de Angelis, Dante. *Defensa jurídica del consumidor en el Uruguay*. Ponencia Primer Encuentro Panamericano de Derecho Procesal. Revista de la Facultad de Derecho de México, Universidad Nacional Autónoma de México, números 133, 134, 135, enero-junio, 1984. páginas 473-489.

- Barbosa Moreira, José Carlos. *Legitimación para la defensa de los intereses difusos*. Ponencia XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 1981. Tomo II. páginas 1228-1240.
- Bolla, Mario Edgardo y otros. *Legitimación para la defensa de los intereses difusos*. Ponencia XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 1981. Tomo II. páginas 1180-1225.
- De la Espriella, Adriana. *La protección procesal de los intereses colectivos*. Revista de Derecho Privado. Número uno. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1986. páginas 145-166.
- Landoni Sosa, Angel. *Legitimación para la defensa de los intereses difusos*. Ponencia XI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 1981. Tomo II. páginas 1155-1180.
- Landoni Sosa, Angel. *Los sistemas de protección de los intereses de los consumidores y otros intereses colectivos*. Ponencia Primer Encuentro Panamericano de Derecho Procesal. Revista de la Facultad de Derecho de México, Universidad Nacional Autónoma de México, números 133, 134, 135, enero-junio, 1984, páginas 513-540.
- Morales Molina, Hernando. *La defensa procesal del consumidor*. Estudio Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 1978.
- Polo, Eduardo. *La protección del consumidor en el derecho privado*. 1ª Ed. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1980, página 134.
- Sanguino Sánchez, Jesús María. *La defensa del consumidor en el derecho colombiano*. Ponencia Primer Encuentro Panamericano de Derecho Procesal. Revista de la Facultad de Derecho de México, Universidad Nacional Autónoma de México, números 133, 134, 135, enero-junio, 1984, páginas 541-567.
- Santaella López, Manuel. *Protección jurídica de los consumidores y contratación*. Rev. Documentación Jurídica, número 16. páginas 792-845.
- Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Civil. Sentencia, febrero 17 de 1975. Magistrado ponente, Horacio Montoya Gil. Tomado de Estudios de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, números 89, 90, marzo-septiembre de 1976. páginas 183-263.
- Vescovi, Enrique. *Sistemas de protección del consumidor y otros intereses colectivos por el derecho*. Ponencia Primer Encuentro Panamericano de Derecho Procesal. Revista Facultad de Derecho de México, Universidad Autónoma Nacional de México, números 133, 134, 135, enero-junio, 1984, páginas 569-602.

# LA FUNCION JURISDICCIONAL \*

Juan Montero Aroca \*\*

*1. Introducción. 2. La actuación del derecho objetivo. 3. No-  
ción de pretensión y resistencia. 4. Actuación irrevocable del  
derecho. 5. Actuación con desinterés objetivo. 6. La realiza-  
ción jurisdiccional del derecho. 7. Conclusión.*

## 1. *Introducción*

El Tribunal Supremo español fue creado por la Constitución de 1812 y regulado en el decreto de 13 de marzo de 1814. Sufrió después avatares políticos que lo hicieron desaparecer, renacer y vuelto a desaparecer, para resurgir definitivamente por el decreto de 24 de marzo de 1834 y por el reglamento de 17 de octubre de 1835. Desde entonces ha funcionado de modo permanente, aunque se hayan reestructurado sus salas y aunque la antigua denominación de Tribunal Supremo de España e Indias se haya reducido a Tribunal Supremo simplemente. Su sesquicentenario ha pasado silenciosamente, aunque existe algún trabajo dedicado a su historia.

Para la conmemoración del mencionado aniversario del Aerópago griego voy a abordar la consideración de un tema eterno en el derecho.

---

\* Este estudio también será publicado en el volumen conmemorativo del sesquicentenario del Aerópago Griego.

\*\* Catedrático de derecho procesal en la Facultad de Derecho. Universidad de Valencia, España.

Existen en éste, como en todos los órdenes de la vida, temas de actualidad y temas permanentes; aquéllos pasan y éstos permanecen, siendo reelaborados en cada época. Uno de los eternos es el de la función jurisdiccional, al que tantos estudios se han dedicado y desde todos los puntos de vista.

Voy a afrontar su estudio partiendo de varias limitaciones pero con la aspiración de utilidad para todos los juristas. Si el de la función jurisdiccional es un tema permanente es porque es universal. Las limitaciones se refieren al espacio material y de derecho positivo. Los organizadores de este volumen me han dado un número de páginas y a ellas debo ceñirme; adrede me he limitado a la consideración de un derecho positivo, el español, pero creo que con ello no desvirtúo la utilidad perseguida. La consideración de lo universal puede hacerse desde lo particular.

La Constitución española de 1978 da una primera respuesta a lo que debe entenderse por función jurisdiccional. En su art. 117.3 dice que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado..." Con ello ya nos está diciendo algo de gran importancia para iniciar su estudio: la función jurisdiccional es única se ejerza en el campo que fuere. La función jurisdiccional puede ejercerse en ámbitos muy distintos, que van desde las contiendas entre particulares hasta la constitucionalidad de las leyes, pero esos distintos ámbitos no alteran el contenido esencial de la función. De lo que se trata es de descubrir ese contenido esencial.

## 2. *La actuación del derecho objetivo*

Tradicionalmente los procesalistas cuando se han cuestionado el tema de la función de la jurisdicción, lo han hecho desde dos grandes concepciones teóricas que normalmente se vienen denominando doctrinas subjetivas y objetivas, en las que, de uno u otro modo, pueden incluirse todas las elaboraciones personales.

### a) *Teorías subjetivas*

Se pensaron en torno a lo que podemos llamar manifestación civil de la jurisdicción y conciben la función de ésta como la defensa

de los derechos subjetivos de los particulares, la reintegración plena de aquéllos en los casos de amenaza o violación. Así para Hellwig, posiblemente el autor más destacado de esta teoría, la jurisdicción tiene como fin el descubrimiento y declaración de lo que sea derecho entre las partes, y de su ejecución y efectividad; el proceso civil, decía, está al servicio de los intereses de los particulares. En resumen, el Estado con su jurisdicción tutela los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Naturalmente, y ya lo vio Calamandrei, esta concepción parte de la visión política del Estado liberal; para éste la función del derecho mira, en primer término, al mantenimiento del orden entre los coasociados y a la conciliación de los contrapuestos intereses individuales; la justicia aparece así como un servicio público puesto a disposición de los ciudadanos.

Salvo entre los procesalistas civiles alemanes, esta teoría está hoy abandonada, pudiéndose alegar contra ella:

1º) Que se resuelve en una verdadera tautología y no siempre la actividad jurisdiccional presupone un derecho amenazado o violado, bastando la simple incertidumbre sobre su existencia (A. Rocco).

2º) Que olvida toda la actividad que se desarrolla dentro del proceso (Zanzucchi).

3º) No justifica la intervención en el proceso de personas que ni siquiera alegan la tutela de un derecho subjetivo (Alcaíá-Zamora).

4º) Pero sobre todo su defecto fundamental consiste en limitarse a la llamada manifestación civil de la jurisdicción, olvidando completamente la penal.

A este terreno hay que reconducir las construcciones que ven en la jurisdicción una resolución de controversias (en España Morón), de conflictos entre derechos subjetivos (principalmente Ranelletti) o de resolución de conflictos entre voluntades subjetivas y normas objetivas, reales o aparentes (Mortara).

### *b) Teorías objetivas*

Estas concepciones son posteriores en el tiempo y tienen ya un más amplio campo de visión. Estiman que la jurisdicción persigue la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma

al caso concreto. En palabras de Micheli al Estado le corresponde asegurar la actuación del derecho objetivo en los casos en que el mismo no sea voluntariamente observado; cuando tal actuación tiene lugar a través de la intervención del juez, la ley habla de tutela jurisdiccional de los derechos; la norma a aplicar es para la administración pública la regla que debe ser seguida para que una cierta finalidad sea alcanzada, la misma norma es para el órgano jurisdiccional el objeto de su actividad institucional, en el sentido de que la actividad jurisdiccional se ejercita al sólo fin de asegurar el respeto del derecho objetivo.

Políticamente esta concepción respondió inicialmente a una idea autoritaria del derecho, que veía en él la voluntad del Estado y en su observancia el respeto a la autoridad; en ella queda en la sombra el interés individual en la defensa del derecho subjetivo, y surge en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo (Calamandrei). Ahora bien, no todas las manifestaciones de las teorías objetivas deben ser calificadas de autoritarias; algunas son más bien "sociales", frente al liberalismo-individualista del siglo XIX y pueden englobarse en lo que viene denominándose Estado social de derecho.

A esta concepción hay que reconducir diversas teorías que sólo en lo accidental son diferentes: actividad de sustitución (Chiovenda y en España Gómez Orbaneja), aplicación de sanciones (Redenti), garantía del derecho objetivo (Calamandrei y en España Fenech) e incluso la formación de cosa juzgada (Allorio y en España Serra).

De estas dos concepciones la primera, que respondía a un concepto privatista del derecho procesal, es difícilmente aceptable en la actualidad; atendía a un momento histórico que hoy está superado. Las teorías subjetivas no dan una explicación de la función jurisdiccional con relación a todos los ámbitos sobre los que se ejerce la potestad jurisdiccional, con lo que su admisión nos obligaría a un doble esfuerzo y, sobre todo, a algo que parece contrario a la naturaleza de la jurisdicción: a atribuir a ésta por lo menos una doble función, subjetiva para el aspecto privado y objetiva para el resto del ámbito de ejercicio.

La concepción objetiva cubre todas las llamadas manifestaciones de la jurisdicción. Ni siquiera cabe alegar contra ella que es inadmisibles tratándose de intereses privados, en los que la función jurisdiccional no podría ser actuación del derecho objetivo sino tutela de los derechos subjetivos. Basta para ello tener en cuenta que en estos casos lo que sucede es que la actuación de la ley depende de la

voluntad del particular. El principio de oportunidad lleva a que el derecho privado resulte violado y sea precisa su actuación sólo cuando, y en la medida en que, el particular lo decida; en esa medida actuará el juez, pero lo hará aplicando el derecho objetivo. El que la aplicación de éste dependa de la voluntad de un particular, no impide que en cualquier caso la función jurisdiccional se resuelva en la actuación del derecho objetivo.

Además esta concepción es a la que responde la tradición jurídica española. En la Constitución de 1812 a la potestad jurisdiccional se atribuyó la función de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales (arts. 17 y 242), y esta fórmula de "aplicar las leyes" fue pasando por las diversas constituciones (art. 63 de la de 1837; art. 66 de la de 1845; art. 67 de la de 1856 y art. 91 de la de 1869) hasta plasmarse en el art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870.

Hoy la Constitución no emplea esta fórmula (en el art. 117) y tampoco lo hace la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (en el art. 2), pero no impide seguir manteniendo la concepción, pues en los dos cuerpos legales cabe interpretar que el juzgando y el haciendo ejecutar lo juzgado se hace siempre bajo el imperio de la ley.

Si sólo dijéramos lo anterior, si sólo dijéramos que la función de la jurisdicción es la actuación del derecho objetivo, habríamos dicho muy poco para caracterizar esa función. La Administración también actúa el derecho objetivo y también lo hace con potestad. En último caso los particulares también aplican el derecho. Hay, pues, que buscar las diferencias por otro lado.

En nuestra opinión las diferencias entre Administración y Jurisdicción se encuentran en tres aspectos:

1º) La actuación del derecho objetivo sólo se realiza por la Jurisdicción ante el ejercicio de pretensiones y resistencias, lo que nos obliga a precisar el concepto de unas y otras.

2º) La Jurisdicción actúa el derecho objetivo de modo irrevocable y ello lleva a determinar lo que se entiende por cosa juzgada.

3º) La Jurisdicción opera siempre con desinterés objetivo, lo que se explica mediante la imparcialidad objetiva y la diferencia entre autotutela y heterotutela.

Quando hallamos explicado estos caracteres podremos darle sentido a la aplicación del derecho objetivo por la Jurisdicción.

### 3. *Noción de pretensión y resistencia*

En la situación actual de la Jurisdicción en los países occidentales, la actuación del derecho objetivo por los jueces precisa, en todo caso, que alguien comparezca ante el órgano jurisdiccional y pida que aquél se aplique en un caso concreto. La actividad jurisdiccional no se inicie nunca de oficio. La actividad jurisdiccional no se inicia nunca sin petición ajena al tribunal. Más aún, la función jurisdiccional no se ejercita nunca sólo con la existencia de alguien que pida la aplicación del derecho objetivo; es necesario que se pida frente a otra persona.

Lo anterior significa que, como ya dijo Guasp, la noción de conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos y las teorías sociológicas que con ésta u otra denominación —litigio, controversia, contienda— encuentran en él su base, son materialmente excesivas y formalmente insuficientes para explicar la actividad jurisdiccional:

1º) Son materialmente excesivas porque si bien es cierto que en la mayoría de las ocasiones en que se acude a los tribunales se hace partiendo de la existencia real de un conflicto, no siempre ocurre así. La actividad jurisdiccional debe ponerse en marcha ante cualquier petición que se le formule; lo que le importa al juez para actuar no es el conflicto, sino que ante él se ha realizado una petición.

2º) Son formalmente insuficientes porque la existencia del conflicto no exige per se la intervención de los tribunales, por lo menos con carácter general, aunque en algunos casos sí aparece como necesaria dicha intervención.

A pesar de lo anterior, la base sociológica sobre la que descansa la Jurisdicción no puede desconocerse, y esta base es indiscutiblemente el interés jurídico. Este aparece, de un modo u otro, en toda actuación jurisdiccional; puede ser individual o colectivo, pero una actuación jurisdiccional que no afectara a un interés, por lo menos, carecería de razón de ser; un bien de la vida, material o inmaterial, debe estar siempre en juego. Existen, desde luego, supuestos de actuaciones en las que difícilmente puede encontrarse un conflicto de intereses, y ello tanto en el proceso civil como en el penal, pero en todos la presencia de un bien de la vida, sobre el que recae una necesidad de un hombre, es constante.

En el campo civil, por ejemplo, puede existir un único interés en los procesos sobre el estado y la condición civil de las personas.

Pensemos en un divorcio en el que puede haber o no acuerdo entre las partes; aún en los casos en que no exista conflicto, un interés de la vida está en juego. Lo mismo puede producirse en el proceso penal por delitos públicos; si el acuerdo es inocente no hay en realidad conflicto, dado que el interés del acusado y el de la sociedad, representada por el Ministerio Fiscal, coinciden, aunque exista controversia, entendida como contraste de opiniones.

La existencia o no del conflicto de intereses no es lo determinante para la actividad de la Jurisdicción. Lo determinante es la existencia de una pretensión y de una resistencia.

#### a) *Concepto de pretensión*

Pretensión es una petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de cualquier clase que fuere.

Los elementos que caracterizan esta petición son los siguientes:

1º) Es una declaración de voluntad. A lo largo de un proceso se realizan muchas peticiones, pero sólo una de ellas es la pretensión; las demás peticiones son instrumentales, están al servicio de la pretensión (así la petición de que se reciba el pleito a prueba, o de que se cite a un testigo, etc.); la pretensión tiene como objeto directo un bien de la vida y por lo tanto va a constituir el objeto del proceso.

2º) Es una petición fundada. Como dice Guasp por petición fundada se entiende petición que invoca un fundamento, es decir acontecimientos de la vida que sirven para delimitar aquélla, fundamentos que han de ser sólo hechos. Con relación a un mismo bien, puede ejercitarse más de una pretensión; los hechos que constituyen la fundamentación singularizan la pretensión que se interpone frente a las demás posibles. La pretensión no existiría si no está delimitada; en efecto, un sujeto activo puede formular ante un órgano jurisdiccional y frente a un sujeto pasivo la petición de que éste sea condenado a pagar una cantidad; esta petición no está concretada, pues la cantidad puede adeudarse por múltiples causas y, por lo tanto, sin más, no constituye una verdadera pretensión; para que exista ésta es preciso determinar el acontecimiento de la vida en que apoya la petición, por ejemplo el hecho del préstamo, de la compra-venta, de la prestación de servicios, etc.

3º) No es un acto procesal. En primer lugar es evidente que la pretensión no es un trámite y ni siquiera es el trámite con el que se

inicia la serie constitutiva del proceso. Como dice Guasp el trámite no es una actividad determinada, sino el marco formal (el continente) en que dicha actividad se desarrolla; la envoltura procedimental de la misma; el procedimiento no se compone de actos, sino formalmente de trámites, esto es, de estados ideales destinados a albergar dentro de sí una cierta actividad o conjunto de ellas.

Pero la petición tampoco es un acto en sentido estricto, es decir, actividad que se realiza en un momento determinado en el tiempo. Es cierto que en ocasiones la pretensión se interpone en un momento único determinado temporalmente, como ocurre en la mayoría de los procesos civiles, en los que la pretensión se ejercita en el acto de demanda (art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), prohibiéndose su transformación posterior (art. 548 de dicha Ley), pero aún en estos casos lo que no se prohíbe es la disminución de lo que se pide y ello, sea desistimiento o renuncia, implica una verdadera transformación de la pretensión que no se ha ejercitado en un acto único, sino, por lo menos, en dos. También debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia, interpretando la prohibición de ampliación de la demanda —“sin que puedan alterar las que sean objeto principal del pleito”— ha admitido ampliaciones de los suplicos de las demandas y ha declarado que la congruencia exige que la sentencia se refiera al suplico de la demanda completado por la réplica, siendo incongruencia el no pronunciarse sobre ésta.

En el proceso laboral la situación es aún más clara; la demanda puede ser ampliada al iniciarse el juicio oral, “aunque no podrá hacerse ninguna variación sustancial” (art. 76, I, de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980), y en el trámite de conclusiones las partes formularán “de un modo concreto y preciso, determinando, en virtud del resultado de las pruebas, de manera líquida y sin alterar los puntos fundamentales y los motivos de pedir invocados en la demanda, las cantidades que por cualquier concepto sean objeto de petición de condena” (art. 78, II, de la Ley de Procedimiento Laboral), con lo que la pretensión puede encontrarse formulada en tres momentos distintos, sobre todo si se tiene en cuenta la interpretación jurisprudencial de los artículos citados.

Menos dudas existen en el proceso penal, en el que el art. 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite “modificar las conclusiones de los escritos de calificación”, con lo que la pretensión se ha ejercitado en dos momentos distintos, el de las calificaciones provisionales y el de las definitivas.

Como declaración de voluntad la pretensión en ocasiones se formula en un acto y otras veces se manifiesta al exterior en distintos momentos, en varios actos; lo importante de ella no es, pues, su apariencia externa, sino su naturaleza de petición.

4º) No es un derecho, no existe el derecho de pretender: el supuesto derecho de pretender no existe, principalmente porque no es necesario, porque no añade nada a la acción. Concebida la acción en sus facetas de derecho a la tutela jurisdiccional concreta (teoría concreta) y de derecho a la tutela judicial efectiva (teoría abstracta), la pretensión no es un derecho, no es algo que se tiene, es algo que se hace.

5º) Se dirige al órgano jurisdiccional y en ella se reclama una actuación de éste, actuación que, según su naturaleza, determina la clase de pretensión ejercitada; por ello la pretensión puede ser declarativa, y dentro de ella meramente declarativa, constitutiva o declarativa de condena, de ejecución y cautelar.

6º) La pretensión ha de ejercitarse frente a otra persona, es decir, frente a persona distinta del sujeto activo que debe estar determinada o ser determinable. El que se trata de persona distinta no debe suscitar dudas; es imposible que una persona ejercite una pretensión ante un órgano jurisdiccional frente a sí misma; en el supuesto de que se produzca la confusión de derechos (arts. 1192 a 1194 del Código Civil) la actividad jurisdiccional ya iniciada carece de sentido y el proceso ha de extinguirse.

Sí puede despertar dudas el que se trate de persona determinada. Desde luego contra personas absolutamente indeterminadas no puede formularse la pretensión, pero frente a personas relativamente indeterminadas, esto es, determinables, sí puede formularse por lo menos inicialmente, aunque es imprescindible que a lo largo del proceso se concrete frente a quien se dirige; concreción que no sería posible si concibiéramos la pretensión como un acto único.

Concebida la pretensión según se desprende de lo dicho hasta ahora, la concurrencia de esos requisitos sirven para determinar su existencia. Ahora bien, su eficacia depende de otros dos requisitos: fundamentación y legitimación. Para que la pretensión sea discutida y resuelta no es necesario que la fundamentación sea jurídicamente correcta, ni que se ejercite por el legitimado activamente contra el legitimado pasivamente; bastará con que se aleguen ambos elementos. Pero para que la pretensión sea resuelta favorablemente, fundamentación y legitimación deberán corresponderse con la realidad.

La fundamentación a la que aquí se alude no es la "petición fundada" a que nos hemos referido antes; la primera servía para delimitar la pretensión, aparte de determinar su existencia. Ahora nos referimos a la justificación de la pretensión, a las razones en virtud de las cuales el interés del sujeto activo, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, debe ser protegido. Esta justificación no determina la existencia de la pretensión sino el que sea o no resuelta favorablemente. En buena parte de los casos "petición fundada" y petición justificada se confundirán, pero la diferencia teórica debe mantenerse.

La legitimación, uno de los conceptos más difíciles del derecho procesal, se refiere asimismo no tanto a la existencia de la pretensión como a su eficacia. En efecto, la pretensión existe aunque la formule quien no es titular de la relación jurídico-material deducida en el proceso o se formule frente a quien no es titular pasivo, pero en este caso el órgano jurisdiccional no podrá entrar en el fondo del asunto, por lo que la pretensión, aún existiendo y habiendo originado un proceso, no alcanzará resultado favorable.

#### *b) Concepto de resistencia*

De modo correlativo al de pretensión aparece el concepto de resistencia o de oposición a la pretensión. El uno no puede entenderse sin el otro y ambos se complementan. Por resistencia debe entenderse la petición que se dirige a un órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada por otra persona.

Lo que dijimos en torno a la naturaleza de la pretensión es aquí aplicable. La resistencia no es, desde luego, un trámite, pero tampoco es un acto procesal en sentido estricto, es decir, no es una actividad que se realiza en un momento determinado en el tiempo. Los mismos ejemplos que nos servimos anteriormente aclararán también aquí nuestra afirmación. El art. 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere no sólo a la transformación de la demanda, sino también a la de la contestación a la misma, y aunque la doctrina ha contemplado tradicionalmente el primer punto no puede desconocerse el segundo; también el art. 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a la acusación y a la defensa. Lo determinante es que la resistencia es una petición.

Sin resistencia no se comprende la actividad jurisdiccional. Ahora bien, la resistencia no supone por sí sola que exista un conflicto de intereses; el conflicto existe en la mayoría de las ocasiones, pero

no en todas; normalmente existirán dos intereses incompatibles puestos de manifiesto por la pretensión y por la resistencia, pero puede existir un único interés. Cuando se trata de intereses individuales la existencia de la pretensión y de la resistencia dependerá de la voluntad de sus titulares, de tal modo que la actividad jurisdiccional se iniciará sólo cuando un particular lo desee y se desarrollará mientras se mantenga actual la pretensión; si la persona frente a la que se formula la pretensión se allana a ésta, la actividad jurisdiccional pierde su razón de ser. Cuando se trata de intereses colectivos la situación es algo diferente; teóricamente las posibilidades son tres:

1ª) Que exista realmente un conflicto de intereses entre particulares, coincidiendo uno de ellos con el interés colectivo (con relación a la nulidad del matrimonio, marido y mujer tienen intereses incompatibles, y uno de esos intereses es el interés de la sociedad).

2ª) Que entre los particulares exista un único interés, pero que éste sea incompatible con el interés de la sociedad (marido y mujer están conformes en la nulidad, pero no existe causa legal para declarar ésta).

3ª) Que el interés de los particulares y el de la sociedad coincidan (marido y mujer están conformes en la nulidad y existe una de las causas del art. 73 del Código Civil).

Con base en lo anterior cabe distinguir dos supuestos:

\* Conflicto-oposición: tratándose de intereses individuales la actividad jurisdiccional sólo puede existir ante una oposición real, material.

\* Conflicto-duda: cuando la actuación jurisdiccional es necesaria por tratarse de intereses colectivos, esa actuación se realiza con independencia de que exista o no conflicto de intereses; si existe estamos ante el caso anterior; si no existe no hay oposición material, sino formal, establecida por la ley para asegurar la salvaguarda de los intereses colectivos. El problema reside en que la certeza sobre la existencia o no del conflicto entre el interés particular y el colectivo sólo se alcanzará al final de la actividad jurisdiccional; al inicio y durante el desarrollo de la misma, la duda es el elemento base y es esa duda la que lleva formular la pretensión y la resistencia.

No constituyen resistencia dos posibles actitudes del sujeto pasivo de la pretensión. El allanamiento supone que dicho sujeto pasivo se muestra conforme con la pretensión, no apareciendo, pues, ni la oposición ni la duda, por lo que la actividad jurisdiccional pierde su

razón de ser; la conformidad puede aparecer después de formulada la resistencia, pero ello no modifica su naturaleza. La reconvención va mucho más allá de la mera resistencia; no se trata ya de dar respuesta a la pretensión del sujeto activo, sino de interponer otra pretensión, que origina una acumulación de pretensiones, es decir, de procesos en un único procedimiento; se trata de la formulación por el demandado de una pretensión contra la persona que le hizo comparecer en juicio, entablada ante el propio juez y en el mismo procedimiento en que la pretensión del actor se tramita.

Los elementos fundamentación y legitimación tienen caracteres propios en la resistencia. La fundamentación no es necesaria, pues el sujeto pasivo puede, aparte de no dar ninguna respuesta, limitarse a negar los fundamentos de la pretensión y a formular petición contraria. En todo caso si la resistencia se fundamenta, es aplicable a ella lo dicho sobre la pretensión, es decir, el fundamento estará constituido por hechos y servirá para delimitar el objeto del proceso. Ahora bien, lo importante de la fundamentación de la resistencia es su no necesidad; la fundamentación es posible, pero no necesaria; es decir a diferencia de la pretensión, la resistencia puede existir sin fundamentación, pero si ésta se produce, a semejanza de la pretensión, consistirá en hechos y determinará el objeto del proceso.

La legitimación tiene también especialidades. En principio legitimado para resistir a la pretensión lo está el sujeto pasivo de ésta. La situación, aparentemente clara, puede complicarse atendiendo a la distinción entre existencia de la pretensión y eficacia práctica de la misma; formalmente el sujeto activo puede elegir las personas contra las que formular su pretensión, pero ésta no será eficaz, es decir, no obtendrá una resolución sobre el fondo, si no la ha formulado contra el titular del interés incompatible. Ahora bien, sea cualquiera la persona frente a la que se formula la pretensión, aquélla está legitimada para resistirla, y si no es titular del interés incompatible la actividad jurisdiccional se realizará, pero sin que el juez pueda dar una respuesta sobre el fondo. En el proceso penal legitimado para resistir lo estará únicamente la persona frente a la que se formula la pretensión.

Después de exponer, con la necesaria brevedad, los conceptos de pretensión y resistencia, hay que preguntarse cuál es el objeto de la actividad jurisdiccional, es decir, cuál es la materia sobre la que recae. La cuestión se centra en torno a si ese objetivo lo constituye únicamente la pretensión (tesis de Guasp) o si, por el contrario, debe incluirse también la resistencia. No es cuestionable que la pretensión

es objeto de la actividad jurisdiccional, sobre todo partiendo de no considerar a aquélla un mero acto procesal, sino una declaración de voluntad, una petición. Para Guasp la resistencia no compone ni integra el objeto, misión reservada a la pretensión, sino que normalmente fija tan sólo los límites de su examen. Para nosotros si la actividad jurisdiccional carece de sentido sin la resistencia, ésta ha de integrar el objeto de aquélla.

Hemos visto, pues, una primera distinción que puede sernos muy útil; el ejercicio de la función jurisdiccional no se inicia nunca de oficio; la actuación del derecho objetivo se realiza siempre frente a dos partes. La Administración actúa de oficio; naturalmente puede actuar a instancia de parte, pero esa instancia o petición no es una pretensión en sentido estricto; el derecho objetivo no se actúa frente a dos partes.

#### 4. *Actuación irrevocable del derecho*

El segundo de los aspectos diferenciales atiende a la especial eficacia jurídica que implica la actuación del derecho objetivo por órganos dotados de potestad administrativa. Esa especial eficacia se resume en que la primera reviste a sus resoluciones de cosa juzgada y la segunda no.

El principio de legalidad en la actuación administrativa no supone que la Administración justifique su existencia con el mero cumplimiento de la ley. No se trata ahora de volver a la doctrina de la vinculación negativa; no pretendemos decir que la Administración puede realizar libremente todo aquello que la ley no le prohíbe; no se trata de eso. Aún dentro de la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la ley, reconociendo que la actuación sólo será válida si se tiene base normativa o, en palabras de García de Enterría, que "sólo cuando la Administración actúa con (esa) cobertura legal previa su actuación es legítima", no puede concluirse que la Administración cumpla su función limitándose a aplicar la ley.

La Administración, como poder público, está sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 de la Constitución) y actúa con sometimiento pleno a la ley al derecho (art. 103.1 de la Constitución) pero la función administrativa no consiste, ni puede consistir, sólo en actuar el derecho objetivo. Actúa sometida a la ley,

pero no con el exclusivo fin de aplicarla. El art. 103.1 de la Constitución nos lo está indicando: la Administración pública sirve los intereses generales o públicos; para ella el derecho es cobertura, medio, límite, pero no fin.

El principio de legalidad en la actuación de la Administración puede llevar a la ineficacia de ésta, pues se olvida el servicio a los intereses generales. Estos, en materia de obras públicas, por ejemplo, pueden exigir la construcción de un sistema de irrigación para convertir campos de secano en tierras de regadío, y para ello no puede ser necesaria la existencia de una ley especial anterior que prevea el caso concreto para que luego la Administración se limite a la ejecución de la ley. Entre nosotros el principio se está llevando a este absurdo. La decisión de construir la obra indicada es una decisión política, que no precisa de una norma concreta que la prevea; con esa decisión se está sirviendo los intereses generales. El principio de legalidad significa sólo que en la ejecución de esa decisión (que habrá de haber sido tomada, eso sí, por órgano competente y con el procedimiento establecido) el derecho actuará como límite y como medio; habrá de estarse a la ley de expropiación forzosa y a las normas de concentración parcelaria, por ejemplo.

La Jurisdicción encuentra su razón de ser en la actuación del derecho sin más. El sometimiento del juez al imperio de la ley (art. 117.1 de la Constitución y art. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no es cobertura o límite, es fin. El juez no adopta decisiones políticas al servicio de los intereses generales; no construye sistemas de regadío, no decide políticamente, y con responsabilidad sólo política, si urbanizar los barrios periféricos de la ciudad o construir edificios de mero ornato. El juez se limita a aplicar la ley en los casos concretos que le son sometidos mediante la interposición de pretensiones.

Tradicionalmente se ha venido diciendo que el poder ejecutivo ejecuta la ley y el poder judicial la aplica. En los dos casos hay actuación de la norma, pero para la Administración la ejecución se hace al servicio de los intereses generales, mientras que la Jurisdicción la cumple para satisfacer pretensiones y resistencias.

Esta distinta manera de actuar el derecho objetivo hace que el ejercicio de la potestad administrativa sea controlable, y el control consiste en determinar si los intereses generales se han servido ejecutando el derecho de manera correcta, lo que supone básicamente asegurarse de que se han respetado los derechos de los administra-

dos. El ejercicio de la potestad administrativa lleva a lo que se denomina presunción *iuris tantum* de legalidad del acto administrativo; presunción que admite prueba en contrario, prueba de actuación no legal. El acto administrativo es, por lo tanto, controlable y lo es precisamente por la Jurisdicción.

La potestad jurisdiccional se ejerce exclusivamente para la aplicación del derecho objetivo y después de ella no hay nada más. La aplicación del derecho objetivo en el desempeño de la función jurisdiccional, no puede ser controlada por una instancia posterior; aplica el derecho objetivo de manera irrevocable. Surge así la cosa juzgada, y en virtud de ella se conforma la situación jurídica de acuerdo con el contenido de la sentencia, precluyendo toda posibilidad de ulterior control de su conformidad al derecho. No se trata, como dice el art. 1251 del Código Civil, y todavía sostiene alguna doctrina, de que las resoluciones con cosa juzgada gocen de una presunción *iuris et de iure* de verdad; es algo diferente. La cosa juzgada no es una presunción de verdad. La fuerza que el ordenamiento jurídico otorga a las resoluciones judiciales no se basa en una presunción, sino que supone un vínculo de naturaleza jurídico-pública que obliga a los jueces a no fallar de nuevo lo ya decidido y ello atendiendo a las garantías del órgano, a las garantías del proceso, a como se aplica el derecho y a la seguridad jurídica.

La Constitución confirma la distinción, aunque no sea de manera directa. A la cosa juzgada se refieren los arts. 161.1, a 164.1, y especialmente el primero parte de la base de que las sentencias tienen valor de cosa juzgada. El art. 106.1 supone el control por la potestad jurisdiccional de toda la actuación administrativa.

Hemos aislado así otro elemento importante de distinción de cómo se actúa la ley.

## 5. *Actuación con desinterés objetivo*

Tradicionalmente en el derecho español la función jurisdiccional se ha expresado con una fórmula que arranca, por lo menos de la Constitución de 1812; en ella el art. 245 se refería a "*juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado*", y de ahí pasó al art. 63 de la Constitución de 1837, al 66 de la de 1845, al 67 de la de 1856 y al 76 de la de 1876. El texto básico, sin embargo, ha sido por su vigencia centenaria

la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que en su art. 2 decía: "La potestad de aplicar la ley, en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales". La fórmula se repite en el art. 117.3 de la Constitución y en el art. 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

Este juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado refleja en síntesis lo que hacen los órganos dotados de potestad jurisdiccional, pero hay que advertir que ese juzgar tiene características especiales.

Puso ya de manifiesto Chiovenda que en la aplicación de la ley por la Administración no falta juicio, lo que se ha ido acentuando con el paulatino aumento de garantías en el procedimiento administrativo, pero que ese juicio opera de manera distinta al juicio de la Jurisdicción. En sus palabras: "También la Administración juzga, puesto que no se obra sino sobre la base de un juicio; pero juzga de su propia actividad. En cambio, la Jurisdicción juzga de la actividad ajena y de una voluntad de ley que concierne a otros". Aparece así la denominada *alienità*, que se ha traducido como "ajenidad" o "terceridad", y que De la Oliva llama, creemos que con acierto, desinterés objetivo.

Gómez Orbaneja siguiendo esta concepción, la explica así con un ejemplo: cuando el órgano jurisdiccional declara el divorcio se pronuncia sobre una relación ajena, sobre el derecho del demandante a la disolución del matrimonio, mientras que cuando el órgano administrativo actúa se pronuncia sobre su propia relación, sobre su derecho a la prestación, o sobre su obligación a reconocer, reintegrar o reparar derechos ajenos.

Posiblemente el camino más idóneo para comprender esta diferencia sea el de la distinción entre autotutela y heterotutela. Para la mejor gestión de los intereses generales (art. 103.1 de la Constitución) la Administración se sirve de la autotutela, y ésta supone aplicar el derecho en asuntos propios, mientras que la Jurisdicción ejerce un sistema de heterotutela, es decir, aplica el derecho en asuntos ajenos.

En general la autotutela se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto resuelve éste por medio de su acción directa; unilateralmente una de las partes impone su solución a la otra; se trata, pues, de la imposición de una parte sobre otra, sin que exista un tercero entre ellas. Los peligros de este modo de solución de los conflictos son evidentes, tanto que su prohibición general es uno de los primeros postulados de la civilización. Esta prohibición puede encontrarse en la propia Constitución (caso del art. 17 de la de México), en

códigos procesales (así en el art. 1 del Código de proceso civil de Portugal) o puede contemplarse desde el punto de vista penal (postura del art. 337 del Código Penal español). No faltan, con todo, excepciones a la regla general, casos en los que la propia ley permite al particular acudir a la acción directa; se trata de excepciones contadas: en el derecho civil los arts. 592 y 612 del Código Civil; en el derecho penal la legítima defensa, por ejemplo; en el derecho laboral la huelga, etc.

Con la Administración ocurre de manera distinta. Justificándolo en la expeditividad y eficacia en la gestión de los intereses generales, y partiendo de la denominada presunción *iuris tantum* de legalidad del acto administrativo, la Administración está capacitada para tutelar por sí misma sus derechos tanto en la vía declarativa como en la ejecutiva, tanto conservando como agrediendo.

La autotutela supone así actuación del derecho en un asunto propio; se es juez y parte. Incluso cuando aparentemente la Administración soluciona conflictos entre particulares, está actuando en caso propio, pues su intervención en esos conflictos sólo se justifica en cuanto persiga un interés general.

La actuación de la Jurisdicción parte de la prohibición de la autotutela entre los particulares. Prohibida la acción directa el Estado asume la heterotutela de los derechos subjetivos. En la heterotutela la aplicación del derecho objetivo se realiza por un tercero ajeno a las partes, el cual impone a éstas su decisión. El posible conflicto no se resuelve por obra de las partes, sino por obra del tercero, a cuya decisión quedan aquéllas jurídicamente obligadas. La Jurisdicción actúa el derecho sobre situaciones jurídicas ajenas, y respecto de las cuales está desinteresada objetivamente. No trata de tutelar un interés propio. Con la actuación del derecho no pretende trascender a otros fines; su potestad se reduce a la aplicación del derecho en asuntos de otros.

Hay que distinguir entre imparcialidad del funcionario o de la autoridad administrativa y el interés objetivo. La Administración no está desinteresada en los asuntos en que interviene, pero el funcionario concreto ha de ser imparcial; es decir, interés objetivo y desinterés subjetivo. En la Jurisdicción, en cambio, hay desinterés objetivo y subjetivo.

## 6. *La realización jurisdiccional del derecho*

Bajo el influjo de la ideología liberal hubiera parecido una herejía jurídica hablar de la creación jurisdiccional del derecho. Para Montesquieu si los tribunales no debían ser fijos, las sentencias sí deberían serlo y de ahí la afirmación de que los jueces no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley. Por este camino la doctrina de la división de poderes condujo, en el plano jurídico, a la escuela de la exégesis, basada en la plenitud del ordenamiento jurídico y en la reducción de todo el derecho a la ley. En este marco se comprende la célebre cita de Buguet: "Yo no conozco el derecho civil, yo enseñé el Código de Napoleón".

Desde entonces hasta ahora la situación ha cambiado radicalmente. No vamos a detenernos en los pasos dados. La teoría dominante en el siglo XIX, y en buena parte del actual, de la aplicación lógica del derecho por el juez se califica hoy de superficial e incluso de frívola (Recasens). En la cadena de actos de creación a que se refería Kelsen, el grado superior lo constituye la Constitución, cuya función consiste en determinar los órganos y el procedimiento de creación de normas jurídicas generales; el grado inmediato lo constituyen las normas generales creadas por el procedimiento legislativo, cuya función consiste en determinar los órganos, el procedimiento y la esencia de las normas individuales creadas por los tribunales. Una norma general que enlaza a un hecho abstractamente determinado, una consecuencia también abstracta, necesita ser individualizada para tener sentido; así la función de la jurisdicción no es meramente declarativa, sino más bien constitutiva, de creación del derecho en el sentido auténtico de la palabra. La sentencia es norma jurídica individualizada, individualiza la norma jurídica general continuando el proceso de creación jurídica.

Ya Bülow, el llamado fundador del derecho procesal, había intuido la distinción entre *lex generalis* y *lex specialis*: "no sólo el derecho subjetivo, sino el objetivo experimenta una transformación por medio del proceso; la ley va del mandato jurídico abstracto (la *lex generalis*) al mandato jurídico concreto (la *lex specialis*) de la sentencia y, finalmente, a la efectiva realización de ésta (la ejecución).

La sentencia no puede ser únicamente una operación lógica y el juez un ser natural ante los conflictos de la sociedad; en la sentencia hay también valoración y actos de voluntad y de ahí que el

juez tenga en sus manos una importante labor de decisión, aunque siempre bajo el imperio de la ley. El derecho objetivo será en definitiva lo que el juez diga en la sentencia que es.

Cuando las leyes españolas se han referido tradicionalmente a la potestad de "aplicar las leyes", se movían en el ámbito de la concepción liberal. Hoy tanto la Constitución (art. 117) como la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (art. 2) han eludido esta expresión y hablan más correctamente del ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

La labor creadora de la jurisdicción puede contemplarse en tres planos:

a) En ocasiones es la propia ley la que confía a los órganos jurisdiccionales la misión de crear la norma aplicable en el caso concreto, unas veces con carácter general y otras para supuestos específicos. Así el art. 113 del Codice di procedura civile italiano permite al juez, en determinados casos, decidir conforme a equidad, y entre nosotros la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, en su art. 16, 2ª, III, en los casos en que los propietarios del inmueble no logren formar mayoría para tomar acuerdos, previo un procedimiento formalmente indeterminado, ordena al juez resolver en equidad; el Título Preliminar del Código Civil, articulado el 31 de mayo de 1974, dispone en su art. 3.2 que "la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita".

b) Existen otros muchos casos en los que los órganos legislativos, aspirando a la justicia, no configuran la norma general de modo completo, pareciendo más justa una cierta indeterminación. Esta puede referirse o bien al supuesto que se contempla en la norma o bien a las consecuencias de su incumplimiento:

1º) En el primer caso queda indeterminada la regla que compone la norma, por lo que el juez tendrá que completarla, único sistema para saber qué se ordena al particular en el caso concreto; ocurre así en todos los casos en que la norma se refiere a la naturaleza del negocio, a las buenas costumbres, a la buena fe y equidad o al orden debido y conceptos similares; así como el art. 1104 del Código Civil nos dice que "la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar", prácticamente está dejando la norma en blanco,

por lo que el juez de su experiencia podrá deducir que, por ejemplo, el no asegurar un comerciante sus mercancías en 1915 no implicaba imprudencia ni negligencia, y nada impide él que hoy, con el mismo artículo y estimándose que han cambiado las circunstancias base de los negocios, otro juez llegue a solución contraria.

2º) En el segundo, lo indeterminado no es la regla, el mandato, sino las consecuencias jurídicas, la sanción que supone el incumplimiento. No nos referimos aquí a las normas imperfectas, es decir, a aquéllas que carecen de sanción, sino a las que teniéndola queda indeterminada por estimarse que la predeterminación en la ley podría conducir a resultados injustos. Así en el art. 1154 del Código Civil se deja a la discrecionalidad equitativa del juez la determinación concreta de la "pena", en las obligaciones con cláusula penal, cuando la obligación principal hubiese sido cumplida en parte o de modo irregular.

Pocas dudas pueden existir de que en estos casos el juez adopta una actitud creadora, o si se prefiere integradora del ordenamiento jurídico, integración que sólo puede hacerse con normas jurídicas.

c) Pero también en los supuestos en que la norma es completa, en los que aparentemente el juez debe limitarse a su aplicación, hemos comprobado que estamos ante una labor creadora porque la norma general no es susceptible de aplicación directa. La norma individual de la sentencia ha de contener necesariamente "algo más" que la norma general, y "ese algo más" es de creación judicial. Si el término creación parece excesivo puede hablarse de elaboración, formulación o realización; lo importante es comprender que el juicio añade algo a la ley.

Para finalizar conviene, sin embargo, precisar que la labor creadora que estamos atribuyendo al juez no puede conducir a negar su sometimiento a la ley. Se trata solamente de reconocer que el juez, sometido a la ley, desarrolla una función merced a la cual la norma general se concreta e individualiza en los casos que se someten a su decisión. Nada más, pero nada menos.

## 7. *Conclusión*

Hemos llegado al final de nuestra aportación. Es cierto que la afirmación de que la función jurisdiccional se resuelve en la actua-

ción del derecho objetivo precisa ser matizada, pero con los matices dichos la afirmación inicial es plenamente válida.

En esta actuación del derecho objetivo radica la grandeza de los tribunales. En los últimos tiempos se ha pretendido lanzar a los jueces por un camino que a la postre se resuelve en su desvinculación de la ley; con ello ni estamos ni podemos estar de acuerdo quienes creemos que la ley, el derecho objetivo, es la plasmación normativa de la voluntad de la mayoría. El que crea que la ley, en un país organizado democráticamente, es la expresión de la voluntad general, no puede consentir que los jueces pretendan suplantar esa voluntad sustituyéndola por la suya individual. El Estado nombra los jueces para que éstos apliquen la ley que el propio Estado crea por vías democráticas, no para que, aprovechándose del nombramiento, se conviertan en minadores de la soberanía popular.

Es cierto que la primera norma a aplicar por el juez es la Constitución, pero ésta no puede entenderse desligada de las normas de desarrollo. En multitud de ocasiones la Constitución permite diversos desarrollos y todos ellos plenamente constitucionales. Algunas normas constitucionales, por su generalidad, posibilitan desarrollos distintos en lo concreto; si no fuera así no se entendería para qué se hacen las elecciones legislativas; si las leyes concretas no pueden reflejar diversas opciones políticas constitucionales, no se comprende para qué se renuevan las cámaras legisladoras. La ley ordinaria, si es constitucional, representa una opción política plenamente válida y a ella está sometido el juez, el cual no puede imponer su particular opción política a aquélla que se ha plasmado en la ley.

La opción política que ha triunfado en las elecciones democráticas tiene el derecho de desarrollar la Constitución y, mientras el desarrollo se ajuste a aquélla, la ley que se promulgue vincula al juez. Aquí está la grandeza y la servidumbre de un tribunal; su independencia se resuelve en sumisión a la ley. Mientras conecte con la voluntad de la mayoría, expresada en la ley, será respetado; cuando se crea poseedor de la verdad frente a la mayoría, será suprimido por inútil.

## NOTA BIBLIOGRAFICA

Históricamente sobre el Tribunal Supremo español pueden verse: COVIAN, *El Tribunal Supremo según la Constitución de 1812*, en RGLJ, N<sup>o</sup> 143, pág. 5; LASSO GAITE, *Aportación a la historia del Tribunal Supremo*

de España, en RGLJ, tomo 227, p. 608; PERA VERDAGUER, *El Tribunal Supremo y el nuevo orden constitucional*, en "El Poder Judicial", Madrid, 1983, vol. III; más en general CARRETERO, *La Administración de Justicia desde 1808 a 1833*, en Rev. del Dr. Judicial, 1965, p. 167.

Sobre la función de la jurisdicción con carácter general vid. MONTE-RO, *Introducción al derecho procesal*, 2ª ed., Madrid, 1979 y *La función jurisdiccional y el status de jueces y magistrados*, en Documentación Jurídica, 1985, núms. 45 a 46, pp. 91 a 116; SERRA, *Jurisdicción*, en "Estudios de derecho procesal", Barcelona, 1969, y ALCALA-ZAMORA, *Notas relativas al concepto de jurisdicción*, en "Estudios de teoría general e historia del proceso", I, México, 1974.

a) Teorías subjetivas: HELLWIG, *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig, 1903. Para las citas concretas: CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, I, Buenos Aires, 1962; A. ROCCO, *La sentenza civile*, 2ª ed., Milano, 1962; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1955; ALCALA-ZAMORA, *Los conceptos de jurisdicción y competencia en el pensamiento de Lascano*, en "Estudios de teoría general", I. cit.; MORON, *Sobre el concepto de derecho procesal*, en Rev. de Der. Procesal, 1962; RANELETTI, *Instituzioni di diritto pubblico*, 8ª ed., Padova, 1941; MORTARA, *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1926.

b) Teorías objetivas: MICHELI, *Curso de derecho procesal civil*, I, Buenos Aires, 1970; CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, I, Madrid, 1920; GOMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1976; REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1980; CALAMANDREI, *Instituciones*, I, cit.; FENECH, *Derecho procesal penal*, I, Barcelona, 1960; ALLORIO, tres trabajos sobre jurisdicción en *Problemas de derecho procesal*, II, Buenos Aires, 1963; SERRA, *Jurisdicción*, cit.

Para nosotros la pretensión y resistencia vid. sobre todo GUASP, *La pretensión procesal*, en Anuario de Derecho Civil, 1952, ahora publicado como cuaderno por Civitas, Madrid, 1981; en el texto se sigue el pensamiento de este autor pero con modificaciones de importancia. Más en general ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, & 88, Buenos Aires, 1955 y CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, núms. 14 y 122; LOIS, *La teoría del objeto del proceso*, en "Grandes problemas de derecho procesal", Santiago, s.f.; FAIREN, *La acción, el derecho procesal y el derecho político*, en "Estudios de derecho procesal", Madrid, 1955, e *Ideas para una teoría general del derecho procesal*, en "Temas del ordenamiento procesal", I, Madrid, 1969, y *El proceso como función de satisfacción jurídica*, en "Temas", I, cit.; MONTERO, *Introducción*, cit.

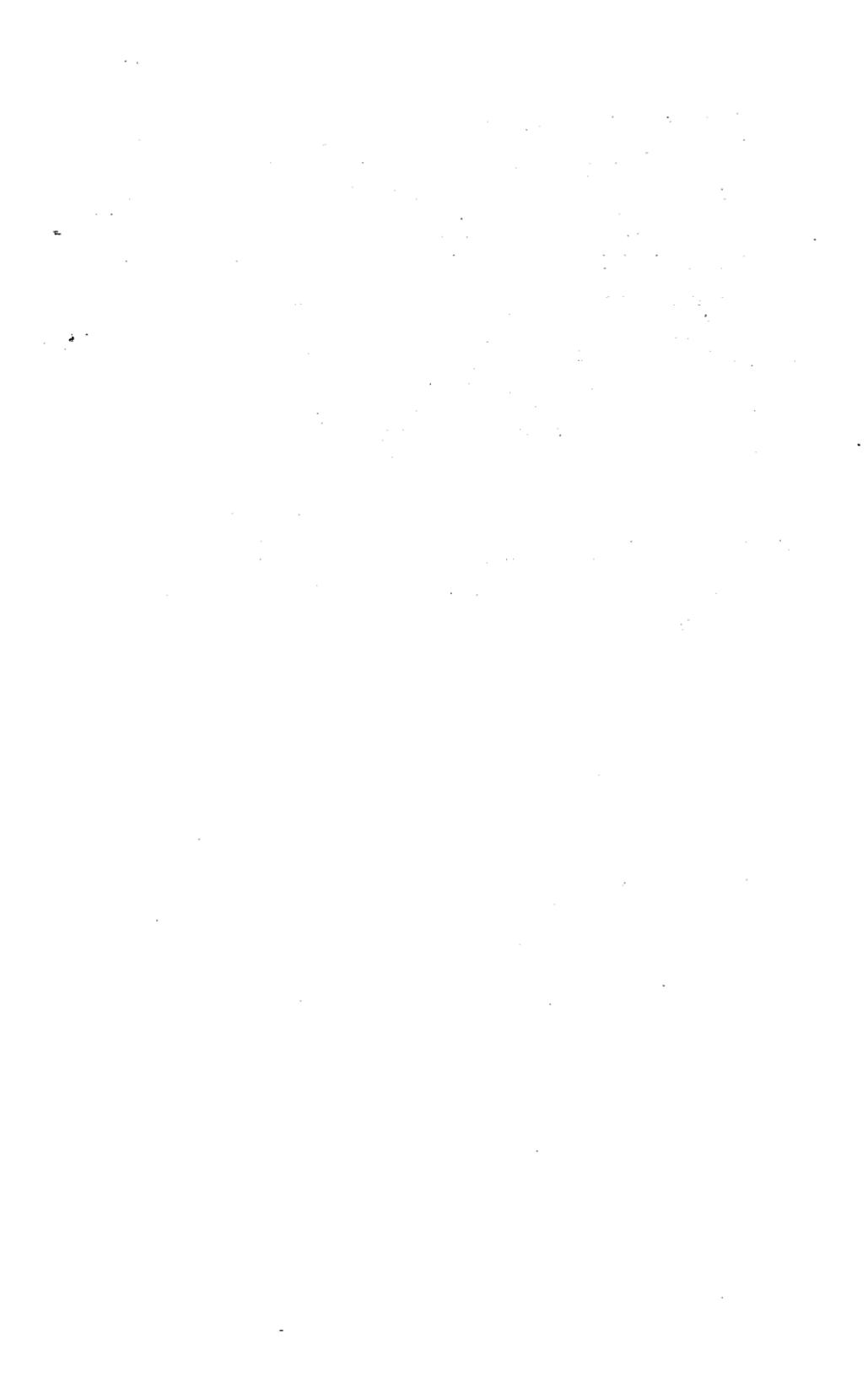
Con relación a las doctrinas de vinculación negativa y positiva de la Administración a la ley, vid. GARCIA DE ENTERRIA y T-R. FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, Madrid, 1980, y la cita concreta en p. 370. Ultimamente se ha destacado NIETO, *La organización del desgobierno*, Barcelona, 1984, la exageración del principio de legalidad y sobre todo la deformación que ha supuesto el que, de hecho, la Administración se esté convirtiendo en mera realizadora del Derecho. Sobre la cosa juzgada los trabajos de ALLORIO citados antes.

La cita de CHIOVENDA en *Instituciones de derecho procesal civil*, II, Madrid, 1940, p. 11, y la de DE LA OLIVA (con Fernández), *Lecciones de derecho procesal*, I, Barcelona, 1984, p. 20. El ejemplo de GOMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1976, p. 57. La distinción entre autotutela y heterotutela en ALCALA-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1970, y para la autotutela de la Administración GARCIA DE ENTERRIA y T-R. FERNANDEZ, *Curso*, cit., pp. 424 y ss.

Para la realización jurisdiccional del derecho: CASTAN, *La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad*, Madrid, 1953; la cita de BUGUET en BONNECASE, *L'ecole de l'exégèse en droit civil*, París, 1924, pp. 29-30; la de RECASENS, *Tratado general de filosofía del derecho*, México, 1961, p. 297 y ss. y con más amplitud *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, 1956; KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, Madrid, 1933, pp. 52 y ss.; BULOW, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Buenos Aires, 1964, p. 3.

Sobre la jurisdicción de equidad, CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, en "Opere giuridiche", III, Napoli, 1968, y MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959. La última reforma italiana en el trabajo de BRIGULIO en *Justicia* 85, III.

Valencia España, 1986.



# TEORIA DE LA NORMA PROCESAL

Beatriz Quintero de Prieto \*

*Naturaleza de la norma procesal: Hans Kelsen, Carlos Cossio, Binding, James Goldschmith, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti, Leonardo Prieto, Lino Enrique Palacio, Clarid Olmedo, Dante Barrios, Clemente A. Diaz, El Pensamiento científico, Humberto Briseño. Los pasos de la concepción dinámica. Corolario.*

El derecho procesal es esencialmente normativo como conviene a su cualidad de *ciencia jurídica*. Su estudio presupone el de su instituto básico: *la norma procesal*, como planteamiento abstracto de los específicos problemas que le atañen; como norma jurídica ella misma, para su análisis, se echa mano de los conceptos de la filosofía del derecho, de la teoría general del derecho, a partir de los cuales se construya la dialéctica especializada procesal que se intenta.

El problema estructural de esta teoría radica ciertamente en determinar la naturaleza de la norma procesal.

## *Naturaleza de la norma procesal*

Se indaga por la esencia de la norma procesal; a partir del conjunto normativo integrador del derecho como totalidad del orden

---

\* Magistrada del Tribunal Superior de Medellín. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

jurídico, se busca precisar la manera de ser de la norma procesal, ese quid interno que la distingue dentro del conjunto. Por teórico y tal vez por inaccesible el estudio, pudiera, sugerir diletantismo meramente especulativo, pero aún así se justificaría y exigiría dentro de una teoría científica del derecho [jurisdiccional, del derecho procesal; no empuja, la importancia práctica del tema aflora cuando se enlistan los otros capítulos que compongan esta *teoría* de la norma procesal, tales cuales, el ámbito de validez temporal de la misma con el juego de los conceptos de ultraactividad, de aplicación inmediata, el de validez espacial con esa primacía del principio de territorialidad que le incumba a la norma procesal, el problema de las lagunas y la manera especial de colmarlas, la interpretación extensiva, la analogía, todo cuanto refiere a su *aplicación*, en suma, y aún más allá de estos linderos como consecuencias que la infracción de la norma procesal implique, bien diversas son las que acarree la de la norma sustancial o material, frente al acto que *decida* el proceso y frente a las *impugnaciones* que convengan en contra de dicho *acto*. En conclusión, como base de la *teoría*, del estudio científico especializado que se acomete, es preciso poder definir con claridad cuándo se está frente a una norma procesal, o *jurisdiccional* y cuándo no.

Sentados estos prolegómenos corresponde iniciar el camino anunciado considerando oportuno, si bien no cumplir un estudio exhaustivo de la teoría general del derecho, sí aludir a esos conceptos que han sido cimiento de las construcciones dialécticas de los juristas que las han ofrecido en el desempeño de su estudio.

## 1. *Hans Kelsen*

El principio de más figuración en las teorías que buscan definir la naturaleza de la norma procesal, extraído de la doctrina kelseniana es la que descansa en su distinción entre *norma primaria* y *norma secundaria*; la aprovecha Binding en el derecho penal y siguiendo sus pasos, Carnelutti en el procesal y se ve también a Humberto Briseño Sierra acudiendo a la distinción entre el derecho estático y el derecho dinámico; a Pedro Aragonese apoyándose sobre ambas concepciones, a Clemente A. Díaz situándose más allá de todo lo hasta entonces dicho, para encontrar en el mismo Kelsen, no ya dos especies de normas sino su misma concepción *tripartita* de la norma.

Alude Kelsen a un posible punto de vista estático del derecho como sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad y lo presenta como el antitético del punto de vista dinámico, el cual enfoca el acento sobre *la conducta humana* que viene siendo así el punto de referencia de las normas jurídicas <sup>(1)</sup>.

Todo su pensamiento conserva ese paralelismo diciente entre los procesos de *creación* y de *aplicación* de la norma. Las normas son creadas y aplicadas por los hombres mediante *actos* y son precisamente los *actos* que se cumplen en el desempeño de estas tareas la materia de regulación de las normas jurídicas en este universo dinámico del derecho que viene contemplando. *El derecho tiene la peculiaridad de que regula su propia creación y aplicación*. Y ésta es la expresión que Clemente A. Díaz capta magistralmente y traduce, suministrando su propia versión, aludiendo a "una gran rama de disciplinas jurídicas que se caracterizan por atribuir poderes e imponer sujeciones y que en puridad son el derecho para el derecho" <sup>(2)</sup>.

El objeto de una teoría dinámica del derecho es *un sistema de actos* que son determinados por las normas de un orden jurídico y que a la vez crean o aplican normas de ese mismo ordenamiento jurídico (si traiciono a Kelsen es porque lo veo decir aquello que siempre esperé expresar yo para lograr esa definición esencial que este análisis indaga); si la teoría estática del derecho, lo muestra como un conjunto de normas *determinantes de las conductas humanas*, la teoría dinámica lo ofrece como un conjunto de *conductas humanas determinadas por las normas*. La norma dinámica pone el acento sobre la conducta, sobre el *acto*, al paso que la estática, se repliega sobre la norma misma. Es ésta, otra expresión que no se ajusta exactamente al pensamiento kelseniano, pero que está allí, insita como esperando ser leída en referencia con esa otra categoría de normas, que si bien no ha encasillado expresamente, ha sugerido con vehemencia.

Las otras dos categorías de normas, sí encuentran un análisis expreso en los escritos kelsenianos. Dentro de su teoría del derecho coactivo, la esencia de la norma jurídica se traduce en una proposición en la cual se vincula un acto coactivo como consecuencia ju-

---

1. Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, sexta edición, 1968, página 43.

2. Clemente A. Díaz: "*Instituciones de derecho procesal*", Tomo I. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, página 60.

rídica a un determinado supuesto de hecho o condición. La regla de derecho es para Kelsen un *imperativo hipotético y heterónimo* que se presenta bajo una doble *faz*, pero apenas como faceta de una sola realidad: *norma primaria* y *norma secundaria*.

“Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con una conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción” (1).

Acerca de la formulación de la norma enuncia Kelsen que ella puede cumplirse utilizando términos que prohiban u otros que prescriban una precisa conducta, pero que esa enunciación de esta manera no es lo esencial al efecto, porque así se encuentran “leyes” que prescriben o que prohíben pero no ligan como condición la sanción a la conducta contraria y permanecen entonces *como simple deseo del legislador*, como un elemento jurídicamente indiferente, nunca como *una norma jurídica*. Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esa sanción.

“Llamamos *norma primaria* a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y *norma secundaria* a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho *primarias* o *secundarias*, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa” (1).

Culmina Kelsen, *maestro* por excelencia, ésta su clasificación bifronte desvaneciéndola precisamente como maneras apenas de *aparecer* la misma realidad, *porque hay identidad entre la proposición de cada una de estas normas*, como que ambas expresan exactamente la misma idea y esa identidad es la consecuencia de la definición de derecho considerado como un orden coactivo y de la regla de derecho como proposición condicionada a una sanción, que de darse ciertas condiciones deberá ser ejecutada coactivamente.

---

1. Kelsen: obra citada, página 76.

## 2. Carlos Cossio

Carlos Cossio presenta su idea de la norma como *juicio disyuntivo*, que no ya *hipotético* a la manera kelseniana. La primera para de ese juicio se estructura a la vez como *la endonorma* que ofrece la representación directa del deber jurídico; y en su segunda parte la representación conceptual directa de la sanción.

La estructura jurídica de esta norma en la teoría de Cossio se presenta de la siguiente forma:

- a) Dado un hecho en su determinación temporal (ht)
- b) *Debe ser* (primera cópula imputativa)
- c) La prestación (P)
- d) Por un sujeto obligado (Ao)
- e) Frente a un sujeto pretensor (Ap)
- f) O (cópula disyuntiva)
- g) Dada la transgresión (No-P)
- h) *Debe ser* (segunda cópula imputativa)
- i) La sanción (S)
- j) Por un funcionario obligado (Fo)
- k) Ante la comunidad pretensora (Cp).

## 3. Otro precursor: Binding

Binding en Leipzig, 1914, analizando la norma penal anota que ella no sanciona porque se haya violado el precepto sino, paradójicamente, porque se ha cumplido con el precepto; sostiene así que la norma de derecho penal es una norma de *determinación* y que no encierra ningún juicio de valor (*norma de valuación*), el cual juicio de valor estaría contenido en una norma anterior, verdadero juicio hipotético: *no matarás*, por ejemplo, siendo así que la norma de valuación carece de destinatario.

Para Binding las normas de valuación son juicios hipotéticos referidos a una consideración axiológica sobre una conducta; las normas de determinación, en vez, precisan la conducta que se considera conforme o contraria a la norma de valuación. Esta su consideración si bien no rebasa los linderos del *derecho penal material* inspirará al adalid de las teorías *finalistas*, al maestro Carnelutti, en su idea de

norma instrumental y de norma sustancial. Es, la distinción kelseniana entre norma primaria y secundaria.

#### 4. James Goldschmidt

Muy pronto en el tiempo científico de la teoría del proceso, James Goldschmidt entrega ya su *teoría del derecho justicial* <sup>(1)</sup> (complementada por Roberto Goldschmidt) y en la cual distingue un *derecho justicial* como aquél que rige las relaciones jurídicas que existen entre la justicia estatal y el individuo miembro de la colectividad, siendo así que esas relaciones jurídicas se escinden en *relación justicial material* y en *relación justicial formal*. El derecho justicial material comprende las normas que se refieren a la protección de tutela por parte del Estado desde un punto de vista material; ese es el derecho penal. El derecho justicial *formal* comprende las normas dirigidas a los jueces, como aspecto formal de la relación de Justicia. Se muestra así el Tribunal judicial como *destinatario* de dos categorías de normas que son las que componen el *derecho justicial*: unas son las normas procesales por cuanto determinan su *actuar* y otras son las normas materiales en cuanto son rectoras del *como* de la decisión del juez.

Para Goldschmidt el derecho se capta no solamente por razón de una norma sino también como juicio de probabilidad, cuando se considera el derecho no como colaboradores, sino como el producto de un trabajo de *otro*, porque entonces se podrá apreciar una conducta concreta que es de presumir repetitiva. El juez en la aplicación del derecho está por encima de la norma; ella es un imperativo para él pero solamente porque él es *juez* y su *oficio* es *aplicarla*; la aplicación del derecho se sujeta a un juicio de probabilidad que entraña la consideración dinámica del derecho.

Esa concepción de James Goldschmidt completada por Roberto Goldschmidt diferencia dos clases de normas: las que constituyen el derecho material y las que integran el derecho formal o procesal. Pero el derecho material se constituye por normas dirigidas a los individuos indicándoles cual es el contenido de una relación determinada, normas que se encuentran en el derecho civil, y, a la vez, el derecho penal no se integra por esas normas porque las normas

---

1. James Goldschmidt: *Derecho justicial material*. Roberto Goldschmidt: *Derecho justicial material civil*. Ediciones jurídicas Europa América. Buenos Aires, traducción de Catalina Gossman, 1959.

penales no se dirigen a los individuos directamente indicándoles que no maten o que no hurten sino que se dirigen *directamente* a los *órganos de la jurisdicción* encargados de *aplicarla* indicándoles el contenido de la relación; las normas penales son también materiales pero por cuanto regulan una relación de la cual es *sujeto el juez* pertenecen al *derecho público* y son *derecho judicial*. Pero hay también otras normas dirigidas a los jueces y constituyen por lo mismo también derecho judicial pero por cuanto regulan el aspecto formal o de *ejercicio*, son *derecho judicial formal*. El derecho procesal es abstracto, constituye una relación secundaria y regimenta el aspecto formal o de ejercicio.

Goldschmidt ofrece entonces una *concepción tripartita* de las normas:

a) Un derecho material que pertenece al derecho privado porque regula relaciones entre individuos en un plano de igualdad.

b) *Un derecho judicial material* (que se constituye por las normas de derecho penal).

c) Y finalmente una serie de normas que se refieren al aspecto formal o de ejercicio del derecho público subjetivo, que son derecho judicial.

## 5. Piero Calamandrei

La doctrina ha utilizado criterios para separar la norma procesal de la sustancial; ha expresado por ejemplo que el dilema se resuelva por la ubicación de las normas en el ordenamiento jurídico, denominando a esta primera solución como la *tesis del realismo ingenuo* y lógicamente rechazándola como carente de cualquier contenido científico, ésta de la ubicación de la norma es un código determinado. Es, palabra más, palabra menos, el mismo sistema que Pedro Aragonés referencia como el de *eliminación*, de acuerdo con el cual se entienda que es norma procesal la que regula el proceso y material la que está por fuera del proceso. . . . Un segundo criterio, que ya fuera relevado en Goldschmidt atisba al *destinatario* de la norma y es éste también el utilizado por Piero Calamandrei:

De acuerdo con el estudio de Calamandrei, la normatividad no es solamente imposición hipotética de una cierta conducta, sino

también tutela hipotética de intereses individuales; el autor, desarrollando el concepto de *coercibilidad* de la norma jurídica llega a las nociones de *norma primaria* y *norma sancionatoria*, caminando así detrás de Kelsen y de Binding <sup>(1)</sup>: "toda norma jurídica en su completa formulación no contiene solamente un mandato dirigido a los coasociados, de observar un cierto comportamiento en el caso de que se verifiquen determinadas circunstancias previstas como posibles, sino que contiene además, explícita o implícitamente el anuncio de lo que el Estado hará cuando aquel mandato no sea obedecido en concreto; anuncio que se resuelve prácticamente *en otro mandato secundario y accesorio* del primero, por el cual el Estado ordena a los propios *órganos jurisdiccionales* observar un cierto comportamiento en el caso de que el mandato primario haya quedado inobservado. Así, toda norma jurídica se descompone lógicamente en un sistema de dos normas complementarias, la primera de las cuales llamada *norma principal o primaria* se dirige a los coasociados, mientras la segunda llamada *sancionatoria o sanción* se dirige a los órganos jurisdiccionales del Estado" <sup>(2)</sup>.

Estas normas secundarias vienen siendo agrupadas por Calamandrei de acuerdo con la tutela jurídica que les corresponde: como *declaración de certeza*, como *condena a la restitución directa*, o a la *por equivalencia*, como *ejecución de condena cierta* o como *medida cautelar*. Al mismo tiempo es evidente que la *sanción* es apenas *contenido* de la providencia y por lo mismo *norma sustancial* al paso que la norma *procesal* es la reguladora de la forma de la providencia y también de las actividades exteriores que deben cumplirse *in procedendo* para producirla. No son procesales las normas que hacen sentir su eficacia reguladora sobre el *contenido* de la providencia (*tema de la decisión*) estableciendo la *garantía jurisdiccional* que el juez debe declarar *in iudicando* frente a la concreta situación de derecho sustantivo introducida en el ejercicio de la acción.

En resumen se concluye que la norma sustantiva regula la relación jurídico material que debe decidirse y en ella el juez no es un objeto de derecho porque esa norma no le dirige mandatos; en cambio la norma jurídico procesal sí se los dirige, inclusive al emitir la providencia en cuanto a la actividad que debe cumplir: le impone el deber de sentenciar en el sentido que le indique la norma sustantiva.

---

1. Piero Calamandrei: *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. I, EJEA, 1962. Buenos Aires, página 123.

2. Piero Calamandrei, obra citada, página 136.

Con respecto a la norma material entonces el juez apenas realiza una función de intermediación entre ella y los justiciables. En la procesal el juez es el destinatario directo del mandato.

La tesis es de veras muy simple, muy llana, como conviene a los primeros pasos que se ensayan en cualquier camino.

## 6. *Francesco Carnelutti*

El estudio que se intenta no es nuevo, es tan sólo el reconocimiento del hecho de que tiene que encontrar mayor ahondamiento en un tratado especial de teoría del proceso. Ya Calamandrei, como viene de exponerse, le dedicaba un capítulo que así denominó *estructura lógica de las normas jurídicas*, al paso que Carnelutti expone: "Las normas jurídicas procesales, como las de cualquier otra especie, deben ante todo, ser estudiadas en sí, es decir, no por lo que disponen, sino por lo que son" <sup>(1)</sup>

Se venía aludiendo a los posibles criterios utilizados por la doctrina en cumplimiento de su objetivo de desentrañar la naturaleza de la norma procesal y es entonces el momento de señalar otro de esos criterios, el teleológico o finalista, que coloca como cimiento de su teoría el fin que realiza la norma procesal; el objetivo que persigue, en parangón con la norma jurídico material; abarca un grupo importante de teorías; en esta corriente se ubican el maestro Carnelutti y otros autores de renombre.

Para construir su teoría de las normas jurídicas utiliza Carnelutti su distinción entre *función* y *estructura* que por lo demás es la espina dorsal de toda su teoría del proceso. En el tópico de la *función de la norma* se indaga primero sobre su finalidad y luego sobre su eficacia y en el estudio de su estructura distingue su composición, de su aplicación: cómo está hecha, cómo actúa.

Cuando analiza el fin expresa que éste no es diverso del de todas las normas jurídicas en general que es la composición de los conflictos de intereses que se manifiestan entre los individuos o entre los grupos, de tal manera que considerando especialmente las normas

---

1. Francesco Carnelutti: *Sistema de derecho procesal civil*, Tomo I, UTHEA, Argentina, 1944, página 87.

jurídicas procesales deberá concluirse que su finalidad consiste en la composición de los conflictos de intereses, a) deducidos en el proceso; y b) determinados por el proceso.

Es en cambio cuando alude a la *eficacia de las normas jurídicas*, cuando las distingue en *instrumentales* y *materiales*. Cuando habla de su *estructura* se refiere a las leyes, también a las procesales, como a fórmulas que contienen una declaración de voluntad, y se extiende ampliamente cuando desenvuelve el aspecto de la *aplicación de la norma procesal*.

Es pues desde el punto de vista de la *eficacia* cuando distingue el binomio *materia instrumento*, como reflejo de la concepción *sustancia-forma* y así expresa que son normas *materiales* las que se refieren a la solución directa del conflicto intersubjetivo de intereses y normas instrumentales las que se refieren a los requisitos de un *acto* dirigido a solucionar ese conflicto; la norma *instrumental* no compone el conflicto sino que es un *instrumento* para llegar *mediatamente* a su composición.

Es visible la influencia de Binding, si bien aquél se hubiera detenido en el derecho material. Para Carnelutti la norma material establece una regla de juicio, la procesal no, porque lo que estatuye son las condiciones y requisitos para que el conflicto de intereses sea solucionado. Designa cuáles jueces son los competentes para conocer, cuáles son los requisitos de la demanda o la querrela o la denuncia, o los del auto que desencadena un proceso, la forma de los actos procesales, impone al juez el deber de proveer.

La tesis de Carnelutti se ha conocido en doctrina como la *tesis de la instrumentalidad de la norma procesal*, fundamentada en una *concepción dualista* extraída de la *eficacia funcional* de la norma-normas que consisten en juicios de valor sobre los conflictos de intereses (*normas materiales*) y normas que consisten en *medios operativos* para lograr la emisión del juicio de valor (*normas instrumentales*).

## 7. Leonardo Prieto Castro

No ofrece originalidad especial; viene después de Carnelutti y formula de manera propia la tesis de la instrumentalidad de la norma procesal; así asevera que en general se puede decir que es

norma procesal la que protege el derecho material y que éste es el que se refiere a la relación jurídica material que constituye el objeto del proceso. El derecho sustancial regula la constitución de relaciones jurídicas, la adquisición de derechos subjetivos, pero no estatuye sobre la determinación judicial de la existencia de las primeras ni acerca de la efectividad o aseguramiento de los segundos; sus preceptos están dirigidos a las partes como destinatarios; les dan normas de conducta, les conceden derechos y les imponen cargas, convirtiéndose en normas para el juez que ha de fallar, en virtud de la obligación que tiene de hacer efectivo en el caso concreto el derecho objetivo. Y diversamente el derecho procesal tiene como objeto la regulación de las instituciones y los requisitos previos de la tutela jurisdiccional de los derechos, la clase, forma y efectos de esta protección y el procedimiento para obtenerla. Regula la admisibilidad de la tutela jurídica solicitada y el derecho material establece si la misma es o no fundada (1).

#### 8. Lino Enrique Palacio

Se vio a Prieto Castro seguir a Carnelutti, nominalmente, pero culminar sus expresiones ya por un sendero que el mismo maestro había vedado, el del *contenido de las normas*.

Lino Enrique Palacio empieza criticando abiertamente la teoría carneluttiana, expresando que constituye un esquema normativo incompleto, de tal manera que toda norma sería al mismo tiempo material e instrumental; y considerando entonces demasiado amplia y excesivamente genérica la tesis de la instrumentalidad, ensaya su propia determinación de la naturaleza de las normas procesales intentándola desde el punto de vista del *contenido* de éstas y así denomina *normas materiales* a las que en razón de mentar el modo o los modos de ser de la conducta pre-procesal de las partes, son invocadas por éstas como fundamento de sus pretensiones, peticiones o defensas. Constituyen *normas procesales* en cambio aquellas que conceptualizan: 1) la clase de órganos habilitados para intervenir en los procesos, su competencia y los derechos, deberes, etc., de las

---

1. Leonardo Prieto Castro: *Derecho procesal civil*, 1ª parte, editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1964, página 19.

personas que los integran; 2) la actuación de dichos órganos, de las partes, de los auxiliares de aquéllos y de éstas y de los terceros durante el desarrollo del proceso, así como los requisitos y efectos de los actos procesales y el orden en que éstos deben cumplirse, y 3) cómo debe comportarse el órgano judicial (o arbitral) en oportunidad de dictar la sentencia definitiva, para determinar el modo o los modos de ser de la relación o situación jurídica que motivó el proceso. En consecuencia mientras las normas materiales regulan normalmente *el qué* de la decisión o sea el contenido de la sentencia, las normas procesales determinan el *quién* y el *cómo* de dicho acto, comprendiendo desde luego a la actividad que lo precede <sup>(1)</sup>.

No es técnico de veras intentar un elistamiento de los posibles contenidos de la norma para definir su naturaleza, mínimo porque esas enunciaciones nunca serán taxativas y corren el riesgo de quedarse cortas.

## 9. Los nuevos: Clariá Olmedo

Son doctrinantes que han dedicado muy especialmente su análisis a la *teoría del proceso* y por tal razón este capítulo, en su estudio, ocupa un muy importante lugar.

Jorge A. Clariá Olmedo en su indagación busca establecer la función jurídica que cumple el conjunto normativo integrador del aspecto procesal del derecho, en relación con la totalidad del orden jurídico que ese conjunto contribuya a conformar en su concepción unitaria y concluye que esa función es la actividad judicial cumplida mediante el proceso para la realización del derecho sustantivo. En esa función descubre dos elementos a saber: proceso judicial y realización jurídica.

Los cuales elementos utilizará para desentrañar la esencia de la norma procesal, poniendo de relieve que la norma sustancial se muestra como lo realizable, al paso que la procesal, como la *destinada a realizar*; Clariá presenta su enfoque de la siguiente manera: antes que todo es preciso distinguir las normas jurídicas en constitutivas (antes las había llamado *integradoras* y *realizadoras*, o de *rea-*

---

1. Lino Enrique Palacio: *Manual de derecho procesal civil*. Tomo I, cuarta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, página 19.

lización, todo en cuanto a su *función* con respecto al orden jurídico. Es entonces un criterio *teleológico*; y explica: son constitutivas las normas que integran el orden jurídico en su QUIETUD (mayúsculas extra texto) para su pacífico y normal acatamiento por la autoridad y por los miembros de la colectividad, entre sí y frente a aquélla; establecen el orden mediante la determinación de conductas prohibidas permitidas, impuestas o simplemente toleradas y aseguran la permanencia o estabilidad de ese establecimiento mediante conminaciones de responsabilidad: *dado A, debe ser B*, según la formulación kelseniana de la norma jurídica <sup>(1)</sup>.

A éstas, a las *constitutivas o integradoras* contraponen las *normas de realización* que son todas aquellas destinadas a la composición del orden jurídico cuando aparezca alterado; proveen en su composición coactiva y aseguran la efectividad de la justicia, cuando se manifieste o denuncie una resistencia o falta de acatamiento a los preceptos de naturaleza o función constitutiva: *si dado A, no es B, debe ser C*, pero C debe darse, siempre que A resulte cierto y se coordine a B, o sea, a la norma previsorora de responsabilidad sin perjuicio de que pueda sufrir adecuación a otra norma excluyente de responsabilidad, o sea, D.

Avanza en su explicación enunciando que cuando se pone de manifiesto una supuesta alteración del orden establecido al considerarse afectado un interés de la colectividad o de un individuo, se desencadenan, se ponen en movimiento las normas realizadoras, para actuar las normas constitutivas, para *realizar lo realizable*. Si los derechos son disponibles se permite una realización directa, pero si no lo son se desencadena la realización jurisdiccional por medio del proceso. Si la realización directa culmina exitosamente, se habrá realizado el derecho; si fracasa, queda abierta la posibilidad del reclamo ante el órgano jurisdiccional. A la realización jurisdiccional la denomina *realización indirecta* y expresa que ella supone una trayectoria *con modificación progresiva* desenvuelta con miras al fin propuesto, fenómeno que se conoce como *el proceso judicial*, con objeto concreto y finalidad específica, impulsado por poderes y deberes y cumplido por personas que actúan conforme a atribuciones y sujeciones.

---

1. Jorge A. Clariá Olmedo: *Derecho procesal*, I, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, página 88.

## 10. Dante Barrios de Angelis

Su capítulo correspondiente lo denomina "*Fenomenología de la norma procesal*" (1) y así se expresa: desde un punto de vista existencial, el objeto de la norma procesal es la *vida de los tribunales* y por consiguiente ninguna peculiaridad estrictamente normativa se desprende de ello; como toda norma, la procesal *describe y regula* una conducta que es su objeto. Pero este objeto, *los actos del proceso*, tienen algo peculiar porque ellos tienen su propio objeto o sea el objeto del proceso y ese objeto del proceso es *otra situación de la vida* regida por normas *sustanciales*, para concluir que: "si lo que es objeto de su objeto es también, indirectamente, objeto de la norma, resulta que las normas sustanciales son objeto indirecto de las normas procesales". De este hecho, de que las normas sustanciales se hallen comprendidas o cubiertas como por una forma, por las normas procesales surge una de las ideas que conducen a la denominación de la norma procesal como norma *formal*.

Por lo demás en su "*Teoría del proceso*" (2) dedica todo el capítulo cuarto a la teoría de las normas procesales, luego de concluir que la estructura de la norma procesal no difiere de la de la material, expresa que su diferencia puede encontrarse en el *contenido* y que por contenido entiende *la referencia normativa al objeto* cuando el objeto es la realidad regida por la norma: "los contenidos de las normas procesales son variados y constituyen verdaderos conjuntos incluidos. Distingue cuatro estratos generales de contenido:

a) *La significación inmediata* de los textos considerados; referencia a cierto género de sujetos y a las conductas que se les imputa.

b) *Los principios jurídicos* en que la significación inmediata se inserta; de los cuales las disposiciones particulares son manifestación.

c) *Las ideas* y el diseño de las categorías procesales (sistema significativo).

d) *El sustrato histórico cultural* del que proceden todas las especificaciones del contenido.

---

1. Dante Barrios de Angelis: *Introducción al estudio del proceso*", ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983, página 71.

2. Dante Barrios de Angelis: *Teoría del proceso*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979, página 78.

## 11. *Clemente A. Díaz*

Su concepción es ya definitiva y expresamente *tripartita*. El macrocosmos jurídico, dice, no está formado por dos tipos de normas sino por tres:

a) *Normas jurídicas de valuación* (norma jurídica secundaria para Kelsen) que establece un juicio de valor con respecto a la conducta humana: "los pactos deben ser cumplidos", "no se debe matar al semejante".

b) *Normas jurídicas de decisión* (norma jurídica primaria de Kelsen) que establece cómo se sanciona la conducta de quien infringe una norma de valuación; "el deudor moroso debe indemnizar", "el que matare será castigado".

c) *Normas jurídicas de organización* que no significan juicios de valor sobre la conducta humana, ni indican al juez cómo debe decidir, pero que organizan un sistema que permite la actuación de la norma de decisión.

A su vez, la *norma de organización constituye un microcosmos*, circunstancia que no se da en ninguna otra de las dos categorías de normas, por su carácter *estático* <sup>(1)</sup> Y por ese carácter de *microcosmos dinámico*, se dan en ella las otras categorías de normas, ofreciéndose así una *norma de valuación de la organización* (v. gr. el principio constitucional del debido proceso legal) una *norma de decisión de la organización* (las llamadas normas decisorias no sustanciales) y una *norma del proceder de la organización* (regulación de actos procesales).

## 12. *El pensamiento científico*

Es conquista de la escuela vienesa la de que los institutos jurídicos no pueden ser definidos en referencia con sus fines y que debe desterrarse de las definiciones todo elemento teleológico; una definición que englobe la idea de los fines, con todo lo respetable que

---

1. Clemente A. Díaz: *Instituciones de derecho procesal*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, página 60.

pueda presentarse, no logra ofrecerse como un riguroso pensamiento científico. Si bien algunos doctrinantes reaccionen en contra de este criterio kelseniano, como Emilio Betti, tildando a tal corriente de manía antifinalista, es lo cierto que la exclusión del fin en la definición de una institución se presenta como una verdadera necesidad de rigor lógico.

Se aspira entonces a lograr esa rigidez formal de la dogmática jurídica, la pura abstracción conceptual: el *concepto* de la norma procesal, no su fin. La definición teleológica sólo puede admitirse de una manera subordinada a la conceptual o formal; la definición lógica se tiene que obtener con elementos extraídos del mismo objeto de la definición, al paso que la teleológica se cumple con objetos extraños al objeto mismo.

Dentro de este pensamiento he creído encontrar a Humberto Briseño Sierra.

### 13. Humberto Briseño Sierra

Para Briseño, el filósofo de la teoría del proceso, la idea fundamental, el sentido teórico del derecho procesal es *el dinamismo de su normatividad*; la norma procesal es esencialmente una regulación *activa*; el dinamismo de la norma corresponde a una estructura *consecuencial de la misma*, no disyuntiva sino *continuada*. Una norma dinámica es aquélla que a partir de una conducta dada, encadena *imperativamente* una secuencia de conductas <sup>(1)</sup>.

Esta idea del dinamismo es el meollo de su pensamiento; parte también Briseño de una concepción *tripartita de la norma*; el aspecto es menos importante pero prolegómeno necesario para la comprensión de la teoría: la estructura de la normatividad jurídica ofrece tres diseños: *el determinativo* (las definiciones imperativas), el de *prestación* (relaciones reversibles o recíprocas en su justificación), y el *consecuencial* (vinculación de resultados previstos o imprevisibles) pactados o impuestos legalmente, estáticos en el tracto sucesivo, o dinámicos en la concepción procedimental, estrictamente privados en

---

1. Humberto Briseño Sierra: *Derecho procesal*, Tomo II, primera edición, 1969, Cárdenas editor, página 166.

el convenio, o típicamente públicos por influencia de la previsión objetiva.

Es tan importante este resumen cumplido, como toda su exposición desmenuzada, pero el trabajo no tolera diletantismos, es preciso concretar el enfoque a su idea del *dinamismo de la normatividad* cuyo corazón es dado por la misma expresión de Briseño: "Una norma será dinámica si en lugar de estructurarse como lo enseña Kelsen o Ruiz Harrel, que equivale a decir hipotética y disyuntivamente, lo hace con *dependencia transitiva*".

La tercera categoría de las normas, al lado de las *determinativas* y de las de *prestación*, las *consecuenciales*, es la que regula los efectos de una relación o de una situación; su más rica gama se encuentra en el derecho dinámico, en ese conjunto que emplea el procedimiento para distribuir en el tiempo la imperativa aparición de las conductas; es en el procedimiento en donde la regla jurídica eslabona los actos, o más propiamente, tiende un punto para su conexión; las normas consecuenciales dinámicas determinan la transitividad; para que la *transitividad* sea jurídica es necesario que esté programada en la norma y además, que una conexión de actos sea el antecedente de otra.

La norma procesal como norma dinámica obliga al destinatario a prever la conexión siguiente de tal manera que conoce el procedimiento, la secuencia o transitividad de las conexiones de conductas; ella regula un procedimiento en el cual se da la conexión de actos de autoridad con actos del particular, actos del juez, actos de los justiciables; y puede hablarse de un procedimiento cuando aparezca una secuencia de conexiones. Los actos del procedimiento entonces son *las instancias* de los justiciables y los *proveídos del juez*. "La instancia es el derecho individual de una relación dinámica para alcanzar una prestación resolutive de cuyo contenido no es necesariamente su causa".

La norma procesal entonces para Briseño se concibe en su naturaleza como la norma que regula los efectos de una relación o de una situación, de manera dinámica, esto es decir con dependencia transitiva, eslabonando necesariamente instancias y proveídos. Esa relación o situación es la *actividad jurisdiccional*.

#### 14. Los pasos de la concepción dinámica

Ya antes se puede encontrar en el poeta del derecho procesal, en Couture, su apreciación acerca de la naturaleza de la norma procesal, cuando luego de comprobar que no está escrita como mandamiento y tampoco como *status*, ni está escrito como una delimitación jurídica típica para determinar la ilicitud de la conducta humana, la capta como una *descripción*: "describe cómo se realizará en el futuro un proceso: determina descriptivamente la evolución y desarrollo del proceso. Es ésta una relación dinámica, en marcha desde la demanda hasta la sentencia <sup>(1)</sup> y su ejecución, tal como si fuera el relato de un itinerario a recorrerse, el legislador describe cómo debe ser ese itinerario".

Y es que desde los albores del derecho procesal científico, Oscar Von Bülow percibió, como genio maestro, *el dinamismo* de la normatividad del derecho procesal, cuando intuyó una norma, una relación de derecho sustancial, que permanecía estática, envuelta por una relación procesal, que avanzaba gradualmente en cumplimiento de los estadios de un desarrollo.

Y en Kelsen es evidente esa alusión al dinamismo de la norma como característica que convenga a las reglas que determinan el *acto de aplicación* y el *método de aplicación*; es que él lo expresa aun cuando no lo escribiera: esas normas, esa tercera categoría de normas, es el punto de partida de un procedimiento, y su carácter es esencialmente formal y dinámico. *Son como un núcleo generador, como una fuente*, establecen el procedimiento para la aplicación de las leyes y el órgano competente, todo acto de *aplicación* tiene que respetar las condiciones de forma establecidas en la norma procesal; hablar de la *validez del proceso* significa que los *actos* y el *método* se han producido de conformidad con la norma procesal.

Es en un contemporáneo y uno de los más grandes procesalistas, en donde esa concepción dinámica como esencia de la norma procesal se ofrece de una manera sencilla y diáfana a la vez que profunda como conviene a los entendimientos geniales; me estoy refiriendo a Enrico Tullio Liebman <sup>(2)</sup>. Dos formas dinámicas se inte-

---

1. Eduardo J. Couture: *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo III, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, tercera edición, página 31.

2. Enrico Tullio Liebman: *Manual de derecho procesal civil*. Traducción

gran de manera formal envolviendo el objeto litigioso: el proceso y el procedimiento; el procedimiento se constituye por una vinculación y coordinación de *actos procesales* que se suceden en el tiempo y que forman una serie continua como los anillos de una cadena. . . los actos son como etapas que se recorren para llegar a la meta. Por lo demás la pendencia del proceso determina la existencia entre los sujetos de toda una serie de posiciones y de relaciones recíprocas las cuales están jurídicamente reguladas y forman en su conjunto el proceso, que es una relación de derecho procesal, diversa de las relaciones de derecho sustancial; todas las diversas posiciones jurídicas subjetivas (potestades, derechos subjetivos abstractos, que sólo tienen por objeto la actividad del juez, sujeciones, cargas) son recogidos en un *haz* en la relación procesal y representan el tejido jurídico *extrínseco* del proceso.

Esta relación también es una unidad que paralelamente al correspondiente procedimiento, *perdura* y *prograsa*, desde el primero al último de los actos del proceso.

Recuérdese que las normas son a las relaciones, como el continente al contenido y por lo mismo, cuanto se pregona de unas, conviene, en esa referencia lógica, a las otras.

## 15. *Corolario*

Es necesario intentar la definición de la naturaleza de la norma procesal porque solamente de esta manera se obtendrá un criterio seguro en relación con todo cuanto se refiere a sus ámbitos de validez y a la teoría de su aplicación, pero es ésta una tarea que tiene que cumplirse con el rigor científico de la teoría general del derecho. Es la *forma* que adopta la norma la que puede entregar las características internas que a cada una conviene y que la *distingue*; todo el estudio carneltuttiano se inspira en el finalismo y a su vera caminan "todos" los procesalistas; pero es desde Kelsen y su escuela vienesa como esa construcción no puede ser teleológica y tiene en cambio que edificarse con elementos formales, conceptuales, puros.

---

de Santiago Sentís Melendo, ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1980, página 29.

Es norma procesal la que regimenta el proceso de *aplicación* de la ley sustancial, su carácter es esencialmente formal y dinámico.

La norma procesal tiene ese carácter *formal y dinámico* porque la aplicación del derecho exige la intervención del *órgano jurisdiccional* y de *actos*, como requisitos meramente extrínsecos, no referidos al contenido sino a la forma como se aplica, *a la manera como es preciso aplicarlo. Es una regulación del obrar del órgano jurisdiccional y de los justiciables* en el desenvolvimiento de una relación litigiosa.

Por eso la norma procesal tiene un contenido incoloro: ni favorable ni desfavorable, ni buena ni mala, sin nexo alguno con los juicios de valor, ni con el derecho sustancial que va a ser aplicado, sino que es apenas la *forma*, cumplida la cual, los *actos* son legales.

El proceso está lleno de actos ejecutados por el juez, por las partes, por terceros. Estos actos no tienen más ámbito que el proceso mismo; éste les sirve de confinamiento. Es por ello que se nombran *actos procesales*. Son distintos de los actos jurídicos materiales puesto que sólo tienen eficacia dentro del proceso, eficacia que se mide únicamente por su virtud de posibilitar el proferimiento de la sentencia. Y no refieren por ende a ningún juicio de valor.

Medellín, julio de 1987

# PRESUPUESTOS DE LA NULIDAD PROCESAL

Adolfo Alvarado Velloso \*

*I. Introducción. II. Los presupuestos.*

## *I. Introducción*

1) Comenzar el tratamiento del tema relativo a las nulidades procesales implica adentrarse en una de las zonas más grises, difíciles y controvertidas no sólo del derecho en general sino también del derecho procesal en particular.

Y es que el *derecho procesal* es un conjunto de normas que regulan la función jurisdiccional del Estado, la cual sólo puede cumplirse con motivo o luego de un *proceso*.

En su estructura íntima, todo proceso está constituido por una serie de actos que realizan las partes, el juez y ciertos terceros y que, por tener efectos estrictamente limitados a su ámbito interno, reciben el nombre de *actos procesales*.

El acto procesal se diferencia del acto jurídico en general pues, como se ha dicho, tiene vida y eficacia sólo dentro del proceso en el cual se lo ejecuta y su finalidad no es producir efectos externos sino posibilitar el dictado de la sentencia que ha de heterocomponer el litigio.

---

\* Director de la revista Estudios Procesales del Centro de Estudios Procesales. Rosario, Argentina.

Esta distinción permite efectuar dos afirmaciones liminares:

a) como luego se verá, la particular característica del acto procesal hace que no se le apliquen las normas que regulan la nulidad civil. No obstante, al procesalista le sirve de mucho la teoría general que con tanto esfuerzo, tiempo y disidencias conceptuales se ha construido sobre el tema;

b) corresponde a la propia ley procesal la regulación del instituto.

2) Para mejor comprender lo expuesto, cabe recordar que aun contando con antiguo y vulgar desprestigio todo lo que huele a *formalismo* (porque ello lleva rápidamente al *formulismo*) el proceso debe ser —y de hecho lo es— *formalista*. No puede ser de otra manera, ya que sólo la *forma* (latamente concebida) es lo que permite mantener el orden mínimo que se requiere para asegurar la vigencia de dos valores de la mayor importancia para la pacífica convivencia de los hombres: la certeza y la seguridad jurídicas. Utilizando frase de Montesquieu, "la forma es la condición necesaria para la certeza y el precio de la seguridad jurídica".

Por supuesto, esta exacta idea no puede generar un formalismo extremo, del cual debe huir el legislador pues a menudo crea un abismo insondable entre el proceso y la realidad de la vida. Pero no puede negarse seriamente que debe respetar e imponer un *mínimo de formas* en orden a la naturaleza del derecho en general y, muy especialmente, de los actos procesales.

3) Ya se puede colegir que, respecto de las formas del proceso, existen dos sistemas antagónicos: el de la *plena libertad* y el de la *formalidad preestablecida* (legal, judicial o convencionalmente).

En procura de un mayor acercamiento al valor justicia, las distintas legislaciones se inclinan por el *principio de legalidad*, aunque a veces atenuado ligeramente al permitirse contemporáneamente algunas libertades en ciertos casos.

En esta tesitura, *la ley describe a priori* un acto determinado, fijándolo como *patrón* para que sigan su modelo todos los que se realicen en un proceso dado.

De tal modo, siempre que el patrón legal se respeta se dice que el acto realizado conforme a él es *regular*, en tanto que es *irregular* (o defectuoso o violado) en caso contrario.

Varias pueden ser las *irregularidades*: las que afectan la validez

del acto, o su admisibilidad, o su eficacia o su fundabilidad. Sin perjuicio de destacar marginalmente la estrecha vinculación que existe entre eficacia y validez, vamos a ocuparnos de esta última y, consecuentemente, de su contrapartida: la *nulidad*.

4) Para intentar una aproximación al concepto de nulidad resulta conveniente conocer de modo previo cuál es la *estructura interna* de todo acto, pues se acepta doctrinalmente —aunque con discrepancias— que cuando la ley habla de “inobservancia de las formas de un acto”, en rigor comprende algo más que la pura forma: la propia estructura.

Así, resulta menester descomponer el acto en sus tres elementos posibles: el sujeto que lo realiza, el objeto sobre el cual versa y la actividad que necesariamente se efectúa.

a) El elemento *sujetos*, permite analizar respecto de todas las posibles personas que actúan procesalmente, su aptitud (capacidad y legitimación para obrar) y voluntad de actuar.

b) El elemento *objeto*, permite estudiar la idoneidad del acto para producir efectos (eficacia), su posibilidad jurídica, su moralidad y, en particular, la correspondencia que debe existir entre el contenido y la forma.

c) El elemento *actividad cumplida*, permite analizar el cómo, dónde y cuándo se realiza. Es decir, la forma, el tiempo y el lugar donde el acto se cumple.

5) Ciertas aclaraciones se imponen antes de continuar:

a) la mayoría de los autores no acepta la inclusión del estudio de la voluntariedad del acto y sus implicaciones en el tema propio de las nulidades procesales. Así, se hallan contestes en que los vicios de la voluntad, en general, no son computables respecto de los actos procesales en la determinación de su validez. Sin embargo, existe importante corriente disidente tanto en doctrina como en legislación: así, hay autores que aceptan la consideración de ciertos vicios y no la de otros (vgr.: sí el dolo o el fraude; no el error de hecho). A su turno, alguna legislación (cual es el caso de España) norma la nulidad de todos los actos judiciales practicados bajo intimidación o fuerza, disponiendo que los jueces que hubiesen cedido a ellas, tan luego se vean libres, declaren nulo todo lo practicado y promuevan al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables.

b) aunque la palabra “acto” supone actividad, se destaca muy

especialmente que, cuando se la designa, también se implica la *inactividad* u omisión de actuar, pues ello hace a la esencia del sistema preclusivo que consagran casi todas las legislaciones y que supone que un acto es precedente del que le sigue y consecuente de su anterior.

6) Civilmente, existen distintos matices de nulidad (o de anulabilidad) y, por ende, de sanciones (utilizando la palabra en su sentido más lato):

- a) el acto absolutamente irregular es absolutamente ineficaz;
- b) el acto gravemente irregular es gravemente ineficaz;
- c) el acto levemente irregular es levemente ineficaz.

Estos tres grados de ineficacia permiten distinguir lógicamente tres categorías diferentes: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad.

Es *acto inexistente* el que no es. Como tal, no puede ser convalidado ni requiere ser invalidado.

Es *acto absolutamente nulo* el que, teniendo la condición de acto jurídico, se halla afectado de modo grave: como tal, no puede ser convalidado pero requiere ser invalidado.

Es *acto anulable* el que, teniendo la condición de acto jurídico, se halla levemente afectado: como tal, puede ser convalidado y admite ser invalidado.

Tal vez porque estas categorías lógicas no se admiten desde una óptica puramente fenoménica; o porque aún se halla seria y fundamentalmente discutida la clasificación de "acto inexistente"; o, finalmente, porque aunque jurídicamente no se requiera su invalidación, siempre se exigirá un proceso para comprobar la alegada inexistencia, los distintos ordenamientos adoptan al respecto una posición omnicompreensiva de las categorías "inexistencia" y "nulidad absoluta".

Mas no para allí el problema: ya que el principal efecto de toda sentencia es su carácter de "cosa juzgada", que impide discutir útilmente en nuevo proceso lo ya decidido jurisdiccionalmente, desde la óptica procesal cabe hacer ahora importante acotación: ante la existencia de tal efecto y en aras de evitar la socialmente perjudicial proliferación de pleitos, deben ceder todas las posibles y eventuales nulidades parciales emergentes del proceso ya terminado.

Obviamente, esta solución —que hace a la política más que a

la técnica procesal— conlleva que la cosa juzgada purgue cualquier nulidad, aun las llamadas absolutas o de orden público (1).

Esta especial característica del proceso, en el cual priva la valfa del principio de la cosa juzgada por sobre la disvalfa de la nulidad absoluta, hace que —de hecho— todo defecto procesal sea de carácter relativo (o anulable). Ello se ve claramente en los distintos ordenamientos procedimentales que adoptan, expresa o implícitamente, una posición *unitaria* al respecto: bajo el rótulo de “violación de las formas” o “nulidad” o “inobservancia” o “anulación de los actos procesales”, norman la declaración de invalidez (o ineficacia) de *todas las categorías* antes mencionadas.

Hemos hecho referencia a nulidades o vicios parciales pues, a nuestro juicio, la invalidez total —por indefensión absoluta— no es alcanzada por el efecto de la cosa juzgada y ello permite su posterior cuestionamiento por la vía de proceso declarativo (2).

Ya es hora de intentar un acercamiento a la *definición de nulidad*: es la sanción (se repite que el vocablo se utiliza con una significación

---

1. Esta es la solución expresa del art. 128 del Cód. Procesal de Santa Fe (ADLA, XXII-B, 1933): “La irregularidad de un acto o procedimiento quedará subsanada: . . . La nulidad de orden público queda purgada con la cosa juzgada”.

2. Esta es la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso “Campbell Davidson c. provincia de Buenos Aires”. El art. 729 del Cód. Procesal de Venezuela, dispone ejemplarmente: “Son causas para la invalidación de los juicios: 1) El error o fraude cometido en la citación para litis contestación, confundiendo a la persona en cuyos bienes trate de ejecutarse la sentencia, con un tercero a quien se haya hecho la citación, tengan o no ambos el mismo nombre y apellido, siempre que la diversidad de las dos personas resulte comprobada plena y auténticamente, y que no se haya citado a reclamos para ningún acto en el curso del juicio. 2) La citación para la litis contestación de menor, entredicho, inhabilitado o mujer casada, en el concepto de ser mayores-hábiles. 3) La falsedad del instrumento en virtud del cual se haya pronunciado la sentencia. 4) La retención en poder de la parte contraria de instrumento decisivo en favor de la acción o excepción del reclamante; o acto de la parte contraria que haya impedido la presentación oportuna de tal instrumento decisivo. 5) La colisión de la sentencia con otra pasada en autoridad de cosa juzgada, pronunciada entre las mismas partes o sus causantes, y sobre el mismo objeto, siempre que por no haberse tenido conocimiento de la primera, no se hubiera alegado en el juicio la cosa juzgada. 6) La decisión de la causa en última instancia por juez que no haya tenido nombramiento de tal o por juez que haya sabido estar depuesto o suspenso por decreto legal o por juez que no haya asistido a la relación o informes”.

muy genérica) que priva de efectos (eficacia) a un acto procesal en cuya estructura no se han guardado los elementos ejemplares del modelo, en tanto ellos constituyen garantía de los derechos justiciables. De tal modo, la sanción opera no sólo respecto de la simple exteriorización del acto (forma propiamente dicha) sino también en cuanto a sus demás elementos.

7) Corresponde ahora establecer cuáles son los *presupuestos* de la declaración de nulidad. Pero antes se impone la delimitación semántica del vocablo presupuesto: pre-supuesto es un supuesto previo, un antecedente necesario para que algo pueda ocurrir.

Dos sistemas antagónicos regulan el tema:

a) el que detalla en inventario exhaustivo (y generalmente iaxativo), el posible elenco de casos sancionables <sup>(1)</sup> y

b) el que se concreta a establecer principios generales en los cuales debe encuadrar el juez cada caso concreto <sup>(2)</sup>.

Ambos, con obvias y numerosas ventajas e inconvenientes que no es del caso explicar ahora.

El análisis de los principios (o presupuestos) comúnmente aceptados y contenidos hoy en las distintas legislaciones argentinas (aunque con diferentes modalidades) es el objeto de esta exposición.

## II. *Los presupuestos*

8) Y ya comenzamos su explicación:

a) En primer lugar, para la declaración de nulidad se requiere la *existencia de un acto irregular* (con un vicio de mayor o menor entidad, conforme las categorías antes explicadas) que se halle inserto en un proceso.

---

1. Este es el sistema que, con mayor o menor amplitud, adoptan los Códigos de Bolivia, art. 254; Brasil, art. 243; Colombia, art. 152; Costa Rica, art. 374; Chile, art. 768; Guatemala, art. 622; Panamá, art. 778; Perú, art. 1085 y Uruguay, art. 676.

2. Respecto de cada presupuesto en particular se mencionan en nota los ordenamientos legales que los consagran.

b) En segundo término, se requiere la *existencia de sanción de nulidad específicamente prevista en la ley*.

En un sistema esencialmente formalista, resulta razonable que la propia ley sancione el apartamiento del modelo por ella establecido. Por supuesto, no siempre fue así: la ordenanza francesa de 1667 facultaba a los jueces para declarar o rehusar nulidades según las circunstancias. Ello degeneró en abuso y, por ende, en arbitrariedad judicial, contra la cual reaccionó la Revolución Francesa: su conocida y característica idea de omnipotencia legislativa hizo que plasmara la reacción, en norma positiva que luego pasó a casi todas las legislaciones que consagran el sistema: no existe sanción sin texto legal que específicamente la consagre. Y de aquí el nombre del principio: *especificidad* que, resulta obvio, debe ser de interpretación estricta <sup>(1)</sup>.

Aunque el sistema así instrumentado implicaba una indudable conquista, en los términos planteados ofrecía serios inconvenientes: no siempre resultaba posible que el legislador previera a priori todos los posibles casos sancionables, con lo cual quedaban fuera de toda factibilidad nulificatoria muchos supuestos en los cuales ella no debía obviarse. De ahí que fue necesario consagrar otro principio que recibió el nombre de *nulidad virtual*, mediante el cual se equiparó toda cláusula prohibitiva de la ley a la previsión por ella de sanción expresa de nulidad <sup>(2)</sup>.

De tal forma, y desde entonces, el quebrantamiento de la prohibición legal trae aparejada la posibilidad de anular el acto respectivo.

Aun así, el principio es de extrema dureza, pues posibilita inútiles declaraciones de nulidad que a nada conducen y obvia casos en los cuales puede estar resentido el derecho de defensa, con lo cual el sistema todo puede ser tachado de formulista.

Así es como, desde antaño, el principio se atenúa, primero doctrinal y luego legislativamente, mediante la introducción al sistema de dos importantes variantes: el principio del finalismo y el de la trascendencia.

---

1. El principio de especificidad se halla legislado en el art. 169 del Cód.

Procesal de la Nación (ADLA, XLI-C, 2975): "Ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prevé expresamente esa sanción". Igualmente, los Códigos de Santa Fe, art. 124; Bolivia, art. 251; México, art. 74; Panamá, art. 777 y Venezuela, art. 229.

2. El principio de la nulidad virtual está expresamente sancionado en el art. 124 del Cód. de Santa Fe.

El *principio del finalismo* enseña que aun cuando no exista previsión de sanción en la ley, basta que el acto carezca de alguno de los requisitos indispensables o esenciales en orden a la obtención de su fin, para que se considere que el juez se halla facultado sin más para declarar la nulidad <sup>(1)</sup>.

Esta atenuación, que también es de interpretación estricta, otorga al sistema un grado necesario de flexibilidad que le permite escapar de los excesivos rigores del formalismo extremo (en esencia, se trata de una simple aplicación extensiva del principio de libertad de las formas). Su aplicación práctica permite afirmar que la forma no es buena, sólo por estar consagrada en la ley sino por su aptitud para lograr el fin al cual está dirigido. En otras palabras, se trata de conocer al árbol por su fruto, de subordinar el medio al fin.

c) En tercer lugar, *debe existir un interés jurídico protegible con fundamento en que el acto ocasiona perjuicio a alguna de las partes.*

Y es que la aplicación estricta del principio de especificidad en su formulación originaria permitía mantener la sanción de nulidad para muchas formalidades reconocidamente inútiles, llegándose a declarar la nulidad por la nulidad misma, con desconocimiento de la verdadera función de las normas procesales.

Por ello, en la tesitura de escapar al ritualismo, ya desde el derecho francés no se acepta la declaración de nulidad en el exclusivo beneficio de la ley. De tal modo, se exige que el acto que se reputa nulo, ocasione a quien tal cosa sostiene, un concreto perjuicio de indefensión. Congruente con ello, cuando el interesado propone la nulidad, debe invocar concretamente la causa que la ocasiona y los hechos en los cuales ella se funda, exponiendo al mismo tiempo las razones que permitan concluir que, por el vicio procesal, quien deduce la nulidad ha quedado efectivamente privado del ejercicio de una facultad o que no ha podido cumplirla cuando era pertinente.

Este principio exige que la nulidad sea trascendente, y, por eso, recibe el nombre de *trascendencia* <sup>(2)</sup>.

---

1. El principio del finalismo está legislado en el art. 169 del Cód. Procesal de la Nación: "Sin embargo, la nulidad procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad". Igualmente en los Códigos de Santa Fe, art. 124; Córdoba, art. 1271; Brasil, art. 244; México, art. 74; Venezuela, art. 229.

2. El principio de trascendencia está consagrado en el art. 172 del Cód. Procesal de la Nación: "Quien promoviere el incidente deberá expresar

d) En cuarto término, *debe mediar petición de parte* <sup>(1)</sup>.

Este presupuesto merece especial atención, porque es aquí donde se pone de relieve la importancia de la afirmación referida a que no se aplica en el derecho procesal la conocida clasificación de nulidades absolutas y relativas.

La doctrina equipara desde antaño estas categorías con los distintos intereses que pueden hallarse en juego. Y así, se dice que la nulidad absoluta es de orden público y, por ende, incontestable, en tanto que la relativa es de mero interés privado y, por ello convalidable.

Quienes así lo hacen, efectúan su afirmación desde la óptica exclusiva del proceso civil y sin aclarar debidamente cuándo opera una nulidad absoluta en el proceso, dejando de lado el penal, cuya esencia responde a otros principios de indudable raigambre constitucional.

Colocando el tema en la mira de una teoría general del proceso y, por tanto, computando al efecto sus diversas ramas, parece conveniente dejar de lado —por confusa e inservible a estos efectos— la distinción entre nulidad absoluta y relativa, trocándola por otra que puede resultar más clara para el intérprete: nulidad declarable sólo a petición de parte y nulidad que también puede (o debe) declararse de oficio por el juez.

En el orden civil, en el cual se tiene en cuenta preponderantemente el interés meramente privado en litigio, es lógico que se necesite la petición de parte como presupuesto de la declaración de nulidad, pues el juez no debe actuar de oficio salvo que exista caso de auténtica indefensión.

Sin embargo, esta última afirmación también es relativa pues sobre la voluntad del juez (en rigor, de la ley) priva la del propio interesado, su consentimiento expreso o tácito a un acto obviamente anulable, imposibilita toda actuación oficiosa.

En el orden penal, el interés en juego es por completo diferente:

---

el perjuicio sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración y mencionar, en su caso, las defensas que no ha podido oponer". Igualmente, en los Códigos de Santa Fe, art. 126; Brasil, art. 249, 1); Colombia, art. 155; Ecuador, art. 377; Panamá, art. 788.

1. El Código Procesal de la Nación exige la petición de parte en su art. 172. Igualmente, los Códigos de Santa Fe, art. 125 y Venezuela, art. 233.

la vida misma y la libertad del reo. Y aquí, conforme expresas garantías que consagra la Constitución, ningún vicio es subsanable cuando el mismo no permite que el acto defectuoso obtenga su finalidad, por lo cual todas las partes pueden impetrar útilmente su anulación o el juez suplirla de oficio, ambos en cualquier estado y grado del proceso.

Efectuada esta aclaración, y retornando al campo del proceso civil, fácil resulta comprender el porqué de la inclusión de este presupuesto en nuestro esquema.

Hasta aquí hemos mencionado los principios que pueden considerarse como positivos. Veremos seguidamente los negativos.

e) En un proceso concebido según la regla moral, no puede permitirse ni apañarse la añagaza o la arteria. De ahí que parece razonable sostener lógicamente que, por aplicación del principio de probidad y de elementales reglas de buena fe, no debe alegar la nulidad aquél cuya actuación concurrió a cometer el vicio o que sabía o debía saber su existencia. Con ello, *se trata de proteger la validez del acto, acordando legitimación para impetrar la nulidad sólo a la parte a quien no se puede imputar su comisión viciosa*. Este principio recibe el nombre de *protección* <sup>(1)</sup>.

f) El siguiente presupuesto negativo es el de la *subsanación*, que implica la posibilidad de reparar o remediar el defecto que vicia el acto <sup>(2)</sup>.

---

1. El principio de protección se halla consagrado en el art. 171 del Cód. Procesal de la Nación: "La parte que hubiera dado lugar a la nulidad, no podrá pedir la invalidez del acto realizado". Igualmente en los Códigos de Santa Fe, art. 127; Brasil, art. 243; Colombia, art. 155; Guatemala, art. 614; México, arts. 74 y 75; Panamá, art. 788; Venezuela, art. 233.

2. En alguna de sus variantes, el principio de subsanación se halla legislado en el art. 169 del Cód. Procesal de la Nación: "No se podrá declarar la nulidad, aun en los casos mencionados en los párrafos precedentes, si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a que estaba destinado". Idem 170: "La nulidad no podrá ser declarada cuando el acto haya sido consentido aunque fuere tácitamente, por la parte interesada en la declaración. Se entenderá que media consentimiento tácito cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto". Similarmente los Códigos de Brasil, art. 245; Colombia, art. 156; Ecuador, art. 377; Guatemala, art. 614; México, arts. 76 y 77; Paraguay, art. 241; Perú, art. 1086 (consagra expresamente el supuesto de *indiferencia*); Panamá, arts. 279 y 794; Uruguay, art. 673; Venezuela, art. 233.

La subsanación puede efectuarse —latamente— de diversas maneras:

1º *Actuando el interesado de conformidad con el acto viciado.* Parece totalmente irrelevante sostener la posibilidad nulificatoria si quien podía quejarse al respecto no sólo no lo hizo sino que, antes bien, cumplió una determinada y concreta conducta en acatamiento a lo dispuesto o actuado con vicio.

2º *Produciendo el interesado un nuevo acto que confirma o ratifica el acto anulable.*

3º Atendiendo que el principio del finalismo ya antes citado implica la prevalencia del resultado sobre el medio que debe emplearse para alcanzarlo, un acto defectuoso no debe ser declarado nulo cuando, no obstante su desajuste con el patrón contenido en la norma, *ha cumplido acabadamente con su finalidad* (piénsese, por ejemplo, en una cédula de notificación con irregularidades y que, al llegar a manos del interesado, le permite enterarse cabalmente de lo que se le debía noticiar en el caso. ¿Qué sentido, sino un puro e irracional apego a un absurdo formalismo, tendrfa declarar la nulidad por el vicio de forma?)

Como se ve, esta idea de la obtención de la finalidad del acto no hace al concepto de nulidad sino al de utilidad de su declaración.

4º Teniendo en cuenta la utilidad que produce la anulación, ella no procede cuando es *indiferente a los fines del proceso*. Aunque en rigor no constituye un supuesto de subsanación, algunas legislaciones subsumen el caso en este título.

5º Aunque tampoco se trata técnicamente de un supuesto de subsanación, se incluye entre ellos a la *sustitución del acto vicioso*, consistente en su repetición con caracteres de regularidad.

6º Igualmente se opera la subsanación por *revalidación del acto*, lo cual ocurre cuando el interesado, sabedor de la existencia del vicio, lo consiente expresa o tácitamente (en este caso, dejando precluir la oportunidad para impugnarlo por el medio adecuado al efecto que, según los distintos códigos, puede ser —dentro de la propia instancia— el recurso de reposición o el incidente de nulidad).

Como es obvio, quedan a salvo en este caso los sujetos a quienes la ley protege de su propia incapacidad (Cód. Civil, art. 104.1).

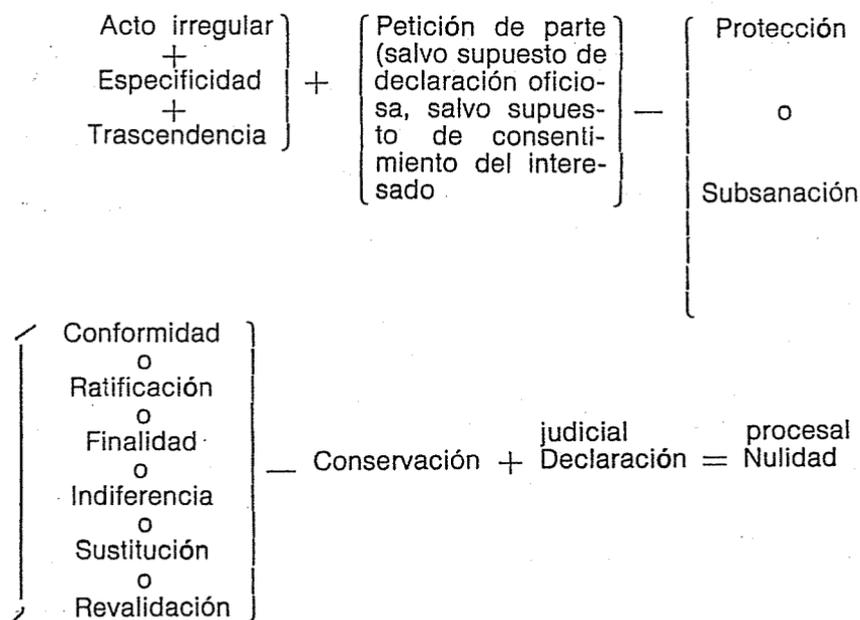
g) Algo más falta aún para llegar a la declaración de nulidad: se trata de un principio que rara vez se halla legislado pero que surge

obvio de la naturaleza misma de las cosas y, con mayor razón, en la aplicación del derecho. Partiendo de la base que la nulidad es similar a la nada, elementales razones de seguridad y orden permiten afirmar que toda declaración de nulidad es en sí misma disvaliosa y que sólo cabe llegar a ella en grado extremo y harto comprobado.

De ahí que resulte preservable todo acto procesal y que la declaración de anulación deba reservarse para ser empleada como medio último ante la existencia de una efectiva indefensión. Por eso, *siempre que exista duda en el juez acerca de si cabe o no declarar la nulidad de un acto dado, debe optar por conservar o mantener su validez. Así nace el principio de conservación.*

h) Por último, *para que un acto sea nulo*, cabe destacar la vigencia de un presupuesto final: *la declaración judicial*, pues no hay nulidad procesal sin sentencia que la declare.

9) Para terminar, si se acepta —como puro recurso docente— la factibilidad de formular matemáticamente el juego de los distintos presupuestos positivos y negativos que hemos analizado hasta ahora, podemos sintetizar lo expuesto de la siguiente manera:



# DE LA PRUEBA PERICIAL

Alfonso García S.

*1. Antecedentes. 2. Naturaleza de la prueba. 3. Procedencia de la prueba. 4. Casos especiales de peritación. 5. Número de peritos. 6. Forma de practicarse la prueba. 7. Contradicción del dictamen. 8. Requisitos para la admisibilidad de la objeción por error grave. 9. Oportunidad para apreciar la objeción. 10. Fijación de honorarios periciales. 11. Apreciación del dictamen. 12. El dictamen de peritos como prueba anticipada. 13. Informes técnicos.*

## 1. *Antecedentes*

En el derecho romano no se conoció la prueba pericial, pero ello se debía, seguramente, a que el nombramiento de juez recaía en una persona que tuviera conocimientos suficientes sobre la materia que constituía el objeto del litigio.

En esta forma, el juez no tenía que acudir a la ciencia del experto, porque aquél cumplía dentro del proceso el doble papel de juzgador y de perito.

Pero, con el avance de la ciencia jurídica, la función del perito se fue tipificando con cierta autonomía, y así vemos como ya en el procedimiento pandectario se acudía a la designación de expertos que suministraran la prueba en un caso determinado: al obstetra para decidir si había embarazo; al agrimensor para determinar si los linderos o mojones fueron destruidos por una inundación; al joyero para establecer si el objeto era de oro, etc.

## 2. *Naturaleza de la prueba*

Como se deja anotado, el perito es un experto. Pero también es, en cierto modo, testigo y juez.

De allí que nuestro código de procedimiento civil, en su artículo 235, señale que "Los peritos están impedidos y son recusables por las mismas causas que los jueces".

La norma que se acaba de citar, después de establecer la obligación en que se encuentran los peritos de advertir al juez si les asiste alguna causal de impedimento, para que sean reemplazados, señala el procedimiento a seguir en el evento de que los peritos sean recusados por las partes procesales.

Y decimos que se asemeja al testigo, porque tanto el uno como el otro le llevan información al juez sobre hechos vinculados al proceso. Pero, mientras el perito los analiza críticamente, con base en sus conocimientos especiales, el testigo, salvo que se trate de un testigo técnico, presenta una narración simplemente histórica de los mismos, sin sacar conclusiones de ellos.

## 3. *Procedencia de la prueba*

En principio, la prueba pericial debe ser solicitada por las partes, en cuyo caso el juez la decretará si la encuentra pertinente "para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos", y los peritos al rendir el experticio deberán pronunciarse sobre todos y cada uno de los puntos que contenga el respectivo cuestionario.

Debe advertirse que si el juez o magistrado encuentra que es necesario un dictamen pericial, y éste no fue solicitado, puede decretarlo oficiosamente; antes de fallar, en armonía con el artículo 179 del código de procedimiento civil, y en contra de tal decisión no cabe recurso alguno.

El dictamen pericial, como prueba de oficio, sería procedente, v. gr. en un proceso de responsabilidad extracontractual cuando la parte actora no lo hubiese solicitado con la demanda inicial.

Lo anterior se entiende por obvias razones de economía procesal, pues con el experticio, si es acogido por el juzgador y prosperan las pretensiones de la demanda, se evita una condena en abstracto, que obliga a la parte triunfante en la litis a acudir el trámite del incidente posterior de liquidación de perjuicios, contemplado por los artículos 307 y 308 del código de procedimiento civil.

Dice el numeral 4 del artículo 236 del código citado, que "Desde la notificación del auto que decreta el peritaje, hasta la diligencia de posesión de los peritos y durante ésta, las partes podrán pedir que el dictamen se extienda a otros puntos relacionados con las cuestiones sobre las cuales se decretó, y el juez lo ordenará de plano si lo encuentra procedente, por auto que no tendrá recurso alguno".

En primer lugar, cabe anotar que teóricamente el dictamen sólo se presenta a renglón seguido, inmediatamente después de la diligencia de posesión de los peritos, cuando se trata del proceso verbal, pues el numeral 6 del artículo 445 del código de procedimiento civil, inserto en el título respectivo, preceptúa: "Si hubiera necesidad de dictamen pericial, el juez hará la designación de un perito y le dará posesión. El dictamen será rendido en la misma audiencia, pero si a juicio del juez esto no fuera posible, se señalará una nueva con tal fin, en la que las partes podrán pedir aclaraciones o formular objeciones que se tramitarán allí mismo".

Significa lo anterior una excepción a la diligencia de posesión de los peritos que se cumple, generalmente, en los procesos "*Ordinario*" y "*Abreviado*", en forma independiente, como acto procesal autónomo, y el dictamen se presenta en oportunidad posterior, luego del examen por parte de los peritos, de las personas o cosas sobre las cuales versa el experticio.

Por tal razón, entendemos que la facultad de las partes para pedir que el dictamen se extienda a otros puntos relacionados con las cuestiones sobre las cuales se decretó, no va sólo hasta la diligencia de posesión, sino que puede extenderse hasta la práctica de la diligencia de inspección judicial, cuando ésta se verifica de manera conjunta con la prueba pericial.

#### 4. *Casos especiales de peritación*

Varias son las disposiciones que se encuentran, tanto en el código civil, como en el estatuto de los comerciantes y en el proce-

dimiento civil, que contemplan en forma expresa este medio probatorio. Veamos:

El artículo 1865 del código civil preceptúa: "...podrá asimismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que convinieren los contratantes: en caso de no convenirse no habrá venta".

Como elemento de la esencia del contrato de compraventa, el precio no puede soslayarse; y si tal cosa sucede, el estatuto civil sustantivo establece la pericia como medio idóneo para señalarlo.

Y el artículo 1947 de la obra en cita, es del siguiente tenor: "El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella".

El avalúo del inmueble, realizado por peritos con el lleno de las formalidades legales, debidamente fundamentado con respecto al justo precio del mismo al tiempo de la celebración del contrato, constituye el medio idóneo para establecer si existió o no lesión enorme con motivo de la compraventa o la permuta realizada entre las partes.

Según las voces del artículo 1405 del código civil, esta peritación también es procedente cuando se alega la rescisión por lesión enorme en una partición, aunque de ésta hagan parte bienes muebles, constituyendo así una excepción al principio según el cual la rescisión por lesión enorme sólo es procedente en relación con bienes inmuebles (artículo 1949 del código civil).

Por su parte, el artículo 1392 del código civil previene: "El valor de tasación por peritos será la base sobre que procederá el partidor para la adjudicación de las especies, salvo que los consignatarios hayan legítima y unánimemente convenido en otra, o en que se liciten especies, en los casos previstos por la ley".

El artículo 10 del decreto distinguido con el número 2.143, sustitutivo del régimen de impuestos sobre masa global hereditaria, derogó implícitamente el sistema imperante en el código civil, contemplado por dicho artículo 1392, al señalar que la declaración de bienes relictos, que se presenta ante la Administración de Impuestos Nacionales con posterioridad a la muerte del causante "comprenderá los respectivos valores y reemplazará la diligencia de inventarios y avalúos anteriormente contemplada en la ley".

También nuestro estatuto civil sustantivo, en su artículo 400, deja a peritos médicos o similares, el señalamiento de la edad de una persona "para la ejecución de actos o ejercicio de cargos que requieran cierta edad" y a falta del competente registro, o de declaraciones con base en las cuales se pueda determinar la edad.

Consideramos que se trata de una norma sin aplicación en los tiempos actuales, pues si un candidato a senador resulta electo, seguramente tiene a la mano la copia del acta de nacimiento que acredita la edad, de treinta y cinco años, o, en su defecto, las personas que lo conocen y pueden declarar, sin lugar a dudas, que cumple con el mencionado requisito para desempeñar tan honroso cargo.

En los procesos de ejecución, según el artículo 516 del código de la materia, el juez ordena el avalúo de los bienes, cuando éstos han sido embargados y secuestrados, y en el mismo proveído designa los respectivos peritos.

Por otra parte, el artículo 519 del código de comercio preceptúa que "Las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento se decidirán por el proceso verbal, con intervención de peritos".

Y tales diferencias suelen ser las relativas al aumento del cánón de arrendamiento, que al no ser aceptado por el arrendatario, induce al arrendador a acudir a los trámites del respectivo proceso, para que por medio de peritos se establezca el nuevo cánón que debe regir la relación contractual de tenencia respectiva.

Por último, el artículo 2026 del código de comercio establece que "La peritación procederá cuando la ley o el contrato sometan a la decisión de expertos, o a justa tasación, asuntos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos".

Y en cuanto a la manera como deben designarse dichos peritos, el artículo 2027 de la misma obra citada es del siguiente tenor:

El experticio se hará por dos peritos designados por las partes; para el caso de desacuerdo éstos designarán un tercero. No obstante, las partes podrán convenir en designar un solo experto.

Si las partes no se ponen de acuerdo en la designación de los peritos, cualquiera de ellas podrá solicitar al juez competente que se requiera a la otra parte para que dentro de los dos días siguientes a la notificación del requerimiento indique el nombre del otro perito.

Si dentro del plazo señalado no se hace la designación, el perito

será nombrado por el juez de una lista de expertos que al efecto solicitará a la cámara de comercio del respectivo lugar”.

De la simple lectura del artículo 2027 se infiere con meridiana claridad que el nombramiento de los peritos, en los negocios que para el reajuste de cánones de arrendamiento se ventilan ante los juzgados civiles, corresponde, en principio, a las partes que intervienen en el proceso; y que de no hacerlo, una de ellas puede dirigirse al juez con el fin de que requiera a la otra parte, para que en el término improrrogable de dos días haga la designación del perito que le corresponde. Si no lo hiciera, la designación corresponde al juez, pero de “una lista que solicitará a la cámara de comercio del respectivo lugar”.

Esto que en teoría constituye una rueda suelta dentro del engranaje jurídico-procesal civil, no tiene operancia, pues hasta el momento siempre se ha visto que en los procesos verbales para la regulación de cánones de arrendamiento, los peritos se designan de la lista de auxiliares de la justicia, confeccionada por los juzgados cada dos años.

## 5. *Número de peritos*

El artículo 234 del código de procedimiento civil expresa lo siguiente: “En los procesos de mayor cuantía la peritación se hará por dos peritos; en caso de desacuerdo se nombrará un tercero. Sin embargo, las partes de consuno dentro de la ejecutoria del auto que decreta la peritación, podrán pedir que ésta se rinda por un solo perito.

En los procesos de menor y mínima cuantía, el dictamen será de un solo perito”.

En nuestro código de procedimiento civil existen, fuera de los procesos que tienen señalado un trámite especial, el ordinario, el abreviado y el verbal.

En esto se diferencia de la ley 105 de 1931, o código judicial derogado, que sólo contemplaba dos grandes tipos de procedimientos, a saber: el ordinario y los especiales.

Se hace la advertencia anterior con el fin de dejar en claro que existen no sólo procedimientos “ordinarios” de mayor, de menor y

de mínima cuantía, sino que estas diferentes cuantías también le son aplicables a los procesos denominados "abreviados" y "verbales".

Luego, cuando se trata de un proceso de mayor cuantía, sea éste ordinario, abreviado o verbal, el experticio correrá a cargo de dos peritos.

En caso contrario, vale decir, si el proceso es de menor o de mínima cuantía, para los fines relacionados con el dictamen se designará un solo perito por el juez.

Dice la norma aludida que "en caso de desacuerdo se nombrará un tercero". A pesar de que este aspecto no se ha prestado a dudas, ni a interpretaciones curialescas por parte de los abogados litigantes, se precisa que, siendo el juez quien designa a los peritos, cuando la norma habla del nombramiento de un tercero, se refiere al desacuerdo que pueda surgir entre los expertos al momento de rendir la peritación, evento en el cual el juez del conocimiento debe designar un tercero.

En la controversia del dictamen veremos cómo debe apreciar el juez el que así se rinda.

Autoriza la norma a las partes (artículo 234 del código de procedimiento civil) para que dentro del término de ejecutoria del proveído mediante el cual se designen los peritos, soliciten que el dictamen se rinda por un solo experto.

Quizá por la misma posición antagónica que protagonizan las partes desde el momento en que se traba la relación jurídico procesal formal, máxime si en ésta hay oposición a las peticiones consignadas por el actor, es por lo que no se conoce en la práctica el ejercicio de esta facultad, cuyo sentido obvio es el de procurar economía en las costas judiciales.

Con todo, el mismo código de procedimiento civil, en su artículo 370, establece una excepción al principio sobre el nombramiento de dos peritos, en los negocios de mayor cuantía, al expresar: "Cuando sea necesario tener en cuenta el valor del interés para recurrir a éste no aparezca determinado, antes de resolver sobre la procedencia del recurso el tribunal dispondrá que aquél se justiprecie por un perito, dentro del término que le señale y a costa del recurrente".

La disposición parcialmente transcrita se encuentra ubicada dentro del recurso extraordinario de casación.

De acuerdo con el artículo 471 del código de procedimiento

civil, numeral 1, en el auto mediante el cual el juez decreta la división o la venta, "ordenará el avalúo del bien común y designará peritos que apreciarán por separado el valor de las mejoras alegadas por terceros y de las zonas donde ellas se encuentren".

Se precisa, en torno a la norma anterior, que si la cuantía del bien objeto de la división es menor o mínima, el juez designará sólo un experto para el avalúo respectivo.

Cuando se trata de la solicitud de licencia o autorización para la enajenación de bienes de propiedad del incapaz, en la sentencia mediante la cual el juez la autoriza, designa perito o peritos para el correspondiente avalúo.

Y si la licencia se solicita con el fin de permutar, "el juez ordenará que por peritos se avalúen uno y otro bien, para que el negocio se efectúe de acuerdo con el resultado del dictamen, mediante el complemento del precio a que hubiere lugar".

Los eventos anteriores se contemplan por el artículo 653 del código de procedimiento civil.

En el auto admisorio de la demanda de interdicción del demente o sordomudo, el juez "decretará un dictamen de dos peritos médicos sobre el estado del paciente", prueba que constituye una exigencia legal en este tipo de procesos, y que se halla prevista por el artículo 659, numeral 4º, del código de procedimiento civil.

El artículo 7º de la ley 75 de 1968, denominada "Ley Cecilia", dispone que "En todos los juicios de investigación de la paternidad o maternidad, el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas, con análisis de los grupos sanguíneos, y ordenará peritación antro-po-heredo biológica, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles, que valorará según su fundamentación y pertinencia".

Dada su naturaleza, es ésta una prueba cuya práctica corre a cargo de expertos médicos o genetistas, quienes, en número de dos, deben practicar los exámenes pertinentes, bien sea por solicitud de parte o decreto oficioso del juez que conoce del asunto.

Por su parte, el artículo 42 del decreto 2821 de 1974, "por el cual se dictan normas procedimentales en materia tributaria", dispone en su inciso 3º: "Si hubiere duda sobre el valor total o parcial de

alguno de los bienes relictos, o si hubiere desacuerdo sobre dicho valor, resolverá el juez previo dictamen pericial. Al efecto, el juez designará un solo perito conforme a las normas de procedimiento civil”.

Imperdonable falta de lógica en el legislador por decreto, pues al ser las sucesiones, de acuerdo con el valor de los bienes relictos, de mayor, menor o mínima cuantía, debió prever esta circunstancia y decir que en tales eventos el juez designaría peritos “conforme a las normas de procedimiento civil”, sin anticiparse a determinar su número.

El artículo 456 del código de procedimiento civil dispone que “El juez designará peritos que estimen el valor de la cosa expropiada y separadamente la indemnización a favor de otros interesados”.

Pero la ley 56 de 1981, en su artículo 21, estableció lo siguiente:

“El juez, al hacer la designación de peritos en los eventos previstos por el artículo 456 del código de procedimiento civil, en todos los casos escogerá uno de la lista de auxiliares de que disponga el tribunal superior correspondiente y el otro de acuerdo con lo señalado en el artículo 20 del decreto 2265 de 1969. En caso de desacuerdo en el dictamen se designará un tercer perito, dirimente, de la respectiva lista del Instituto Geográfico Agustín Codazzi”.

Mas, el decreto 2265 de 1969, reglamentario del artículo 30 de la ley 16 de 1968, y del artículo 2º del decreto extraordinario 2204 de 1969 se debe entender sin vigencia, por haber sido derogados tácitamente por el código de procedimiento civil las disposiciones que reglamentaba.

Por consiguiente, estimamos que el artículo 21, antecitado, sólo se aplica en lo concerniente a la designación del perito “de la lista de auxiliares de que disponga el tribunal superior correspondiente”, debiendo recaer el nombramiento del otro experto en persona que haga parte de la lista de auxiliares de la justicia que exista en el juzgado donde cursa el respectivo proceso de expropiación.

Una especie de peritación, a nuestro modo de ver, es la que contempla el artículo 260 del código de procedimiento civil, relacionada con documentos redactados en idioma diferente al castellano, tales como actas de nacimiento, defunción, matrimonios, etc., cuando se aportan a un proceso y no obra la respectiva traducción oficial efectuada por la división especializada del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En tal evento, el juez designa un solo intérprete o traductor, de la lista de auxiliares de la justicia, para que rinda la versión del respectivo documento, ya que así lo prevé el artículo 9º, numeral 4º, del código de procedimiento civil.

El decreto ley distinguido con el número 2158 de 1948, código de procedimiento laboral, estatuye en su artículo 51, correspondiente a medios de prueba: "Son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley, pero la prueba pericial sólo tendrá lugar cuando el juez estime que debe designar un perito que lo asesore en asuntos que requieran conocimientos especiales".

Por tratarse de un procedimiento autónomo, y no existir vacío al respecto, como se acaba de anotar, consideramos que es razonable la designación de un solo perito en materia laboral, cuando se precisa la prueba pertinente.

El artículo 168 del código contencioso administrativo, ubicado en el título XXI, libro cuarto, relativo a las *pruebas*, dispone:

"En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en en cuanto resulten compatibles con las normas de este código, las del procedimiento civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración".

Para la parte pertinente de este estudio nos interesa, en cuanto al número de peritos, analizar el significado de la locución "forma de practicarlas"; para concluir si en este procedimiento cabe, a la manera del civil, la distinción entre negocios para los cuales se designen dos peritos, o uno solamente.

En primer término, en esta jurisdicción especializada existen dos grandes clases de procedimientos, a saber: el ordinario y el especial. No se distingue aquí con respecto de las cuantías, entre mayor, menor y mínima.

En segundo lugar, las disposiciones pertinentes (artículos 128 a 133, inclusive) al hacer la distinción entre la competencia del Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, determinan cuándo conocen estas corporaciones en única, en primera o en segunda instancia, señalando cuantías que difieren sustancialmente de las contempladas en el procedimiento civil.

Por las razones que se dejan someramente expresadas, conceptuamos que en los procesos donde se deben designar peritos, en

lo contencioso administrativo, bien sea a petición de parte o en forma oficiosa, aquéllos deberán ser siempre en número de dos.

## 6. *Forma de practicarse la prueba*

El artículo 237, en su numeral 2, expresa que "Los peritos examinarán conjuntamente las personas o cosas objeto del dictamen", de donde se infiere la obligación que tienen de deliberar juntos y rendir conjuntamente el dictamen cuando se han puesto de acuerdo en las conclusiones adoptadas.

En efecto, el examen conjunto realizado por los peritos, es prenda de garantía de la precisión del razonamiento, puesto que en esta forma los peritos se ayudan recíprocamente, intercambian ideas y conocimientos, los discuten y, si es del caso, rectifican pareceres.

Los peritos deberán siempre exponer su concepto sobre los puntos materia del dictamen, con precisión y firmeza, vale decir, sin dubitaciones de ninguna naturaleza.

Ahora bien, los expertos tienen una función eminentemente activa dentro del proceso, por lo cual deben observar, es decir, procurarse fuentes del conocimiento por medio de las personas o cosas que examinan por encargo del juzgador.

Sobre este aspecto conviene recalcar que los peritos no son dependientes de la parte que solicita el dictamen, ya que si ésta, por ejemplo, pide la liquidación de una indemnización por el resto de su vida probable, cuando el accidente que padeció sólo le produce una incapacidad de carácter temporal, los expertos deben rendir el dictamen teniendo en cuenta esta última circunstancia, y no la solicitud de la parte que pidió la probanza.

De igual modo, si la parte aprecia un daño emergente o un lucro cesante que no encuentran soporte en otros hechos del proceso, tales como testimonios, documentos, etc., deben abstenerse de establecer cuantía alguna por tales conceptos, so pena de faltar al estricto cumplimiento de su deber como auxiliares de la justicia.

A veces sucede que en curso de la investigación, los peritos deben consultar con terceras personas sobre algunos hechos relacionados con el dictamen, p. ej. ingresos o salarios percibidos, o utilidades que dejaba un negocio o taller. En estos casos los peritos deben

expresar en su dictamen los nombres y las direcciones de las personas que constituyen la fuente de información para que el juez, si a bien lo tiene, les reciba los correspondientes testimonios, con fundamento en los cuales pueda adquirir un mejor convencimiento para fallar (art. 237, numeral 3, C. de P.C.).

Si al momento de rendir el dictamen, los peritos no se encuentran de acuerdo, lo deben presentar en forma separada. Cuando esto sucede, el juez hace la designación de un tercer perito, al tenor de lo dispuesto por el artículo 234 del código de procedimiento civil, en su inciso primero.

Por su parte, el perito tercero deberá emitir el suyo, dentro del término que le fije el juez, y en el mismo rendirá su concepto "sobre los puntos en que discrepen los principales". Así lo establece el artículo 237, numeral 5, inciso 2º del C. de P. C.

## 7. *Contradicción del dictamen*

Cuando los peritos presentan el dictamen, el juez dicta un auto por medio del cual ordena ponerlo en conocimiento de las partes procesales, para que éstas puedan, si a bien lo tienen, "pedir que se complete o aclare, u objetarlo por error grave", al tenor del numeral 1, del artículo 238 del código de procedimiento civil.

La complementación o aclaración del experticio no ofrece dificultades en su interpretación, y son de común ocurrencia procesal, porque los peritos suelen omitir la respuesta a alguno o algunos puntos del cuestionario, o quedarse cortos en las que dan. También es frecuente que se dé respuesta sólo al cuestionario propuesto por una de las partes, cuando ambas lo han solicitado en los libelos de demanda y de respuesta.

Hay que tener en cuenta que no sólo las partes están facultadas para solicitar que el dictamen se complete o aclare, ya que el juzgador puede no sólo pedir a los expertos que aclaren o completen el dictamen inicialmente presentado, sino que puede adicionarlo con nuevas preguntas, en armonía con las facultades que en materia de práctica oficiosa de pruebas le otorgó el nuevo estatuto procedimental, hasta antes de fallar, y que aparecen expresamente consagradas en relación con la aclaración, complementación y adición del dictamen, en el artículo 240 del estatuto de la materia.

El principio de la contradicción del dictamen sufre una excepción cuando la parte que objeta la liquidación de costas, al reclamar la fijación de agencias en derecho solicita el nombramiento de peritos para que se establezca por este medio las que considera que le corresponden. En este evento el juez decretará el experticio, que "no requiere traslado ni es objetable", en armonía con el inciso segundo, numeral 6 del artículo 393 del código de procedimiento civil.

Y en cuanto al término de que disponen las partes para solicitar que el dictamen se aclare o complete, u objetarlo por error grave, se debe distinguir:

Si el experticio se rindió en audiencia concurrente con diligencia de inspección judicial, porque los peritos no necesitaron término adicional para ello, el término de tres días se empezará a contar a partir del día siguiente al de la práctica de la diligencia, pues se entiende notificado allí mismo (art. 325 del C. de P.C.).

Si los expertos piden término para presentar la pericia, lo que normalmente sucede, el término de tres días se empezará a contar a partir del día siguiente a la notificación por estados del proveído que dispone el traslado del dictamen a las partes procesales.

Pero lo que resulta en verdad importante para la apreciación del mérito intrínseco del dictamen, y su valoración por parte del juzgador, es el derecho consagrado en pro de las partes para que, dentro de los tres días siguientes al de la notificación del traslado, lo puedan objetar por "*error grave*".

Pero en este aspecto, de suyo tan difícil de tratar, cabe una pregunta inicial: ¿qué se entiende por error grave?

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, expresa que grave es lo "grande, de mucha entidad o importancia".

De acuerdo con lo anterior, sería grave, en primer término, el error vinculado a la esencia misma de la cosa, como si los peritos dicen que es de oro el objeto hecho de cobre, o de otro metal similar.

También adolecería de error grave el dictamen por medio del cual los peritos avaluasen los elementos constitutivos de una empresa o factoría industrial en forma separada, cuando se les pidió que justificasen el conjunto.

Es este un caso en que los economistas dicen que la suma de las partes no es igual al todo, porque las máquinas y herramientas

que hacen parte de una factoría no tienen el mismo valor apreciadas en forma separada, por fuera de la empresa, que si se les avalúa como un todo integrado para los fines de una explotación económica determinada.

Otro caso constitutivo de error grave, hoy por hoy, sería el dictamen en el que se dijese que un inmueble situado en clima frío es apto para la producción de tantas toneladas métricas de algodón por hectárea; o el error resultante de las averías presentadas en un edificio, proveniente del mal cálculo sobre resistencia de materiales, hecho por el arquitecto o constructor.

Desde luego, lo que más induce a las partes a presentar objeciones por error grave es el precio, es decir, el valor monetario de los bienes, cuando éste no se ajusta al que las partes estiman que pueda tener, bien para los fines de un remate, o de una adjudicación cuando entre los coherederos surgen discrepancias en torno al valor de alguno o algunos de los bienes sucesorales; o aún cuando se trata de perjuicios materiales provenientes de acción de responsabilidad contractual o extracontractual.

En los casos primeramente mencionados, como el precio no constituye una calidad esencial de los bienes, por la apreciación subjetiva que a veces se observa en su fijación, el juez debe ser cauteloso al decidir una objeción sobre dicho extremo, ya que el error debe ser demostrado y la calidad de grave, apreciada por el sentenciador.

Expresa el artículo 238 del código de procedimiento civil, en su numeral 3, que si dentro del término del traslado se pide que el dictamen sea aclarado o adicionado, y también se objeta por error grave, el trámite de la objeción sólo se produce cuando se hayan rendido la aclaración o la objeción, si el juez ha accedido a elló.

Esta previsión legislativa tiene su fundamento, a nuestro modo de ver, en lo siguiente: con la petición de aclaración o de adición se puede obtener que los expertos modifiquen alguna posición supuestamente equivocada que hubiesen podido asumir al rendir el dictamen inicial, v. gr. sobre el avalúo total de un inmueble, y al rectificar los peritos el presunto error cometido en consideración a dicho valor, en la aclaración o adición, desaparece, por sustracción de materia, la necesidad de darle trámite a la objeción por error grave.

A contrario sensu, cuando la aclaración o adición se solicitan, sin involucrar en la misma petición la objeción por error grave, dentro del término del traslado de dichas aclaración o adición, que es de tres días, las partes pueden objetar el experticio por error grave.

## 8. *Requisitos para la admisibilidad de la objeción por error grave*

La parte que objete un dictamen por error grave deberá, en primer término, expresar en el escrito respectivo los medios de prueba que pretenda hacer valer (art. 238, numeral 5, C. de P. C.). Por ejemplo, si se trata de la objeción al avalúo dado a un inmueble, deberá pedir al juez del conocimiento la designación de nuevos peritos con tal fin. Sin el cumplimiento de este requisito, consideramos que la solicitud debe ser desestimada in límine, porque la labor del juez, en estos casos, es complementaria y no supletoria de la que deben desarrollar las partes procesales.

En segundo lugar, ordena el artículo 239 del código de procedimiento civil, en su inciso 2º, que "Al escrito de objeciones deberá acompañarse el título del depósito judicial de los honorarios a cargo del objetante, so pena de que aquél se tenga por no presentado".

Las hipótesis que pueden presentarse en relación con este aspecto, son las que siguen:

Primera: si el dictamen inicialmente presentado lo solicitó una de las partes, y es ésta la que lo objeta, es obvio que debe consignar la totalidad de los honorarios señalados a los peritos, para que pueda ser oída en el trámite de la objeción, porque tales honorarios corren a su cargo.

Segunda: cuando el dictamen inicial fue solicitado por una de las partes, y la otra lo objeta, ésta no tendría que depositar los honorarios periciales, porque corren a cargo de la parte que solicitó la pericia inicial.

Tercera: si una de las partes pidió el dictamen en el libelo de demanda, y la contraparte adhirió al mismo, o solicitó el nombramiento de peritos para que dictaminasen sobre otros puntos del mismo o relacionados con la prueba, es natural que los honorarios los señale el juez a cargo de ambas partes.

En este evento, sea cual fuere la parte que sustente la objeción por error grave, debe consignar la mitad, de los honorarios que hubiese señalado el juez.

Cuarta: cuando el dictamen pericial se decreta ex-officio por el juzgador, "los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual" (art. 179, inciso 2º, C. de P.C.) lo que significa que

si cualquiera de las partes lo objeta por error grave, deberá consignar, para ser oída, la mitad de los honorarios periciales, ya que es ésta la proporción que corre a cargo del objetante.

Cuando se trate de una objeción por error grave, presentada por la nación, un departamento, una intendencia, una comisaría o un municipio, consideramos que en ninguna de las hipótesis antes contempladas, dichas entidades están obligadas a consignar para darle curso a la prementada objeción, por lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 392, numeral 1, del código de procedimiento civil, "La Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías y los municipios no serán condenados en costas".

Y el numeral 2, del artículo 393 del mismo estatuto, relativo a la liquidación de costas, puntualiza que "La liquidación incluirá. . . . los honorarios de auxiliares de la justicia. . . .".

Por tanto, si dentro del concepto de costas la ley incluye los honorarios de los peritos, y las anotadas personas jurídicas de derecho público están exoneradas de su pago, se concluye que en el evento de presentarse una objeción por tales entes, no es requisito necesario que consignen ninguna suma de dinero para los fines relacionados con el trámite de la objeción.

Agrega el artículo 238 del código de procedimiento civil, en su numeral 5, que el dictamen rendido como prueba de las objeciones no es susceptible de nueva objeción, sin perjuicio de que, dentro del término del traslado, las partes puedan pedir que sea complementado o aclarado.

Y en cuanto a la apreciación de este segundo dictamen, debe relievase que si al juez no le parece bien fundamentado, lo puede desechar y ordenar la práctica de un tercer dictamen, con diferentes peritos, en contra del cual tampoco cabe objeción alguna, pero del cual pueden pedir las partes complementación o aclaración, dentro del término del traslado (art. 238, numeral 6, C. de P. C.).

## 9. *Oportunidad para apreciar la objeción*

Dice el artículo 238, numeral 6, del código de procedimiento civil que "la objeción se apreciará en la sentencia o en el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa. . . .".

Lo anterior significa que si la objeción se produce en relación con el dictamen practicado dentro del proceso, aquélla se aplicará en la sentencia que ponga término a la instancia; pero, si la objeción se produjo con respecto de un dictamen rendido como prueba dentro de un incidente, su apreciación se hará por el juzgador al decidir el respectivo incidente.

¿Podrá objetarse por error grave el dictamen que se rinda como prueba anticipada? Conceptuamos que sí, pero desde luego, la apreciación de dicha objeción corresponderá hacerla al juez del conocimiento, al momento de emitir el fallo dentro del proceso al cual se llevó el experticio rendido en dicha forma.

## 10. *Fijación de honorarios periciales*

Una vez que se ha rendido el dictamen, el juez determina, en el auto mediante el cual dispone el traslado de aquél, los honorarios de los peritos "*de acuerdo con la tarifa oficial*".

Sobre el aspecto anterior, vamos a analizar seguidamente las disposiciones legales que se han dictado, para concluir si existe o no, una tarifa oficial de honorarios, vigente para los peritos y los demás auxiliares de la justicia.

El decreto reglamentario distinguido con el número 2265 de 1969, "por el cual se reglamentan el artículo 30 de la ley 16 de 1968 y el decreto extraordinario número 2204 de 1969, artículo 2º", señala en sus artículos 26 a 36, inclusive, los honorarios correspondientes a los auxiliares de la justicia.

Pero el referido decreto se debe entender insubsistente, con la expedición del nuevo código de procedimiento civil, decretos números 1400 y 2019 de 1970, que en su artículo 9º, sobre designación de los auxiliares de la justicia, numeral 1, expresó:

"La de peritos, secuestres, partidores, liquidadores, curadores ad-litem, contadores, agrimensores, síndicos, intérpretes y traductores, se hará por el magistrado sustanciador o por el juez del conocimiento, dentro del cuerpo de auxiliares de la justicia, en la forma determinada en decreto reglamentario, *el cual dispondrá, además, lo concerniente a los honorarios de ellos.*

Luego, al no estar en vigencia el mencionado decreto que se-

ñalaba los honorarios de los auxiliares de la justicia, entre los cuales están los peritos, y al no haberse dictado por el gobierno nacional, hasta la fecha, el decreto reglamentario relacionado con los honorarios que les corresponden, entendemos que no existe una que pueda denominarse "tarifa oficial".

Mas, como en el campo del derecho no puede haber vacíos, pensamos que los jueces y magistrados, al hacer tales señalamientos pueden tener como marco de referencia las cantidades que contemplaba el decreto insubsistente, teniendo en cuenta, en el caso de los peritos, no sólo la importancia del asunto, la claridad del dictamen, los fundamentos en que los expertos apoyen sus conclusiones y, desde luego, la cuantía de los bienes sobre los cuales versa el dictamen sino el incremento que dada la permanente devaluación de nuestra moneda deben sufrir esas cantidades, aumentando en forma razonable las cuantías que dicho decreto contemplaba en la época de su expedición, que fue el año de 1969.

Debe tenerse en cuenta que el señalamiento de tales honorarios periciales sólo constituye una retribución equitativa por la naturaleza del servicio prestado, y no puede convertirse en un gravamen excesivo para las personas que acuden al órgano jurisdiccional del poder público en búsqueda de una pronta y cumplida administración de justicia.

El equilibrio en la fijación de los honorarios periciales estimula al auxiliar de la justicia y permite que el servicio sea prestado con mayor eficiencia y por personal cada vez más calificado e idóneo, en las diferentes materias sobre las que puede versar.

## 11. *Apreciación del dictamen*

El sistema de apreciación de las pruebas, consagrado por nuestro régimen procedimental civil, en su artículo 187, es el de la sana crítica o apreciación racional, lo que reitera el artículo 241 del estatuto citado, al expresar dicha norma que "al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos que obren en el proceso".

Lo anterior significa que la apreciación del dictamen la hace

el sentenciador armonizándolo con el resto del haz o conjunto de pruebas que se hayan incorporado al proceso.

Una vez efectuado dicho proceso intelectual, el juez expresará el mérito que le otorgue al dictamen, del cual habrá de inferirse la influencia que tenga, positiva o negativa, en la decisión que va a tomar.

Cuando el dictamen se practica como prueba anticipada, sin citación de la parte contra la cual se pretende hacer valer, el juez lo apreciará como indicio, en el proceso al que se ha llevado como prueba, en armonía con el artículo 300 del código de procedimiento civil, inciso tercero.

A contrario sensu, si su práctica como prueba anticipada se ha hecho con citación de la contraparte, el juez lo valorará en conjunto, con las demás probanzas que milliten dentro del expediente, conforme a las reglas de la sana crítica, pues se trata de una prueba ya contradicha, así la parte con cuya citación se hizo no hubiese participado activamente en la controversión de la misma.

El dictamen así rendido, hace innecesaria la práctica de otro dentro del proceso, puesto que el artículo 233 del código de procedimiento civil, en su inciso segundo, previene que "Tampoco se decretará el dictamen cuando exista uno que verse sobre los mismos puntos, practicado fuera del proceso y con audiencia de las partes".

Otro aspecto importante, que toca con la apreciación del dictamen, es el que instituye el segundo inciso del artículo 241, cuyo texto literal es el siguiente: "Si se hubiere practicado un segundo dictamen, éste no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave".

El segundo dictamen al que alude el dispositivo legal citado, tiene ocurrencia cuando no existe acuerdo entre los peritos sobre los términos del experticio, evento en el cual el juez designará un tercero que "emitirá su concepto, en la oportunidad que el juez le fije sobre los puntos en que discrepen los principales" (art. 237, C. de P. C., numeral 6, in fine).

Lo dicho significa que el juez, en caso de desacuerdo entre los dos peritos inicialmente nombrados, deberá designar un tercero; y el dictamen que éste rinda se apreciará conjuntamente con el experticio presentado por aquéllos, excepto cuando prospere objeción por error grave.

El sistema de apreciación conjunta, encuadra perfectamente

dentro del cambio del sistema de valoración de las pruebas, conocido como "*tarifa legal*" que regía en la ley 105 de 1931, frente al de apreciación racional que gobierna el actual código de procedimiento civil.

En efecto, el artículo 721 del código judicial derogado (ley 105 de 1931) señalaba, en su inciso segundo, que si había desacuerdo entre los peritos, al tratarse de cifra numérica, se tomaba por el juez "el medio aritmético, a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, pues en este evento, el juez hace la regulación que estima equitativa y conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso. . . .".

Y esto, porque según el inciso primero de dicho artículo 721, cuando el dictamen era uniforme, explicado y debidamente fundamentado, obligaba al juez.

En suma: dentro del actual código de procedimiento civil no existe el llamado "medio aritmético", porque en caso de desacuerdo entre los dos expertos principales, el juez siempre deberá designar un tercero. Y el dictamen rendido por éste se aprecia en conjunto con el inicial, pudiendo el juez acoger, conforme con las reglas de la sana crítica, el que más esté de acuerdo con otros elementos de convicción que obren dentro del proceso.

Se deja a salvo, claro está, la apreciación en forma separada del segundo dictamen, cuando éste se solicita como prueba de la objeción por error grave, que puede ser rendido por uno o por dos peritos (según se trate de un negocio de mayor, de menor o de mínima cuantía) y que en el evento de prosperar sustituye in-integrum al experticio inicialmente rendido.

## 12. *El dictamen de peritos como prueba anticipada*

Al tratar sobre la prueba de la inspección judicial, se analiza cómo ésta puede concurrir, entre otras, con la prueba pericial.

Y el precedente aserto vale, tanto para la que se practica dentro del proceso (art. 237, C. de P. C., numeral 1), como para la que se solicita con carácter de prueba anticipada que puede, asimismo, efectuarse "con intervención de peritos" (art. 300, C. de P. C., inciso 2º).

Por ejemplo, se puede pedir la práctica de un dictamen pericial, como prueba anticipada, que tenga por objeto constatar los daños sufridos por una residencia a consecuencia del choque de un vehículo automotor, ya que el dueño o poseedor tiene urgencia de repararla, por obvias razones de seguridad, pero dejando una prueba preconstituída del estado en que quedó la habitación, y el costo de la refacción, para anexar a la demanda que con tal motivo haya de presentar posteriormente.

También se puede solicitar la prueba pericial anticipada para valorar los daños ocasionados a un vehículo automotor en una colisión con otro, porque existe interés en repararlo, para ponerlo de nuevo en condición de prestar el servicio al que estaba destinado.

Los ejemplos anteriores, y muchos más que en la vida diaria se dan, demuestran que la peritación, como prueba anticipada, también se puede solicitar en forma autónoma, cuando haya necesidad o las circunstancias así lo exijan.

### 13. *Informes técnicos*

Regula nuestro código de procedimiento civil, en su artículo 243, los llamados "Informes técnicos de entidades oficiales".

Y agrega la norma que dichos informes técnicos o científicos se pueden solicitar, bien en forma oficiosa, o mediante solicitud de parte "a los médicos legistas, a la policía judicial y en general a las entidades y oficinas públicas que dispongan de personal especializado, sobre hechos y circunstancias de interés para el proceso".

Sería de utilidad, por ejemplo, el informe que pidiera el juez al médico legista con el fin de establecer si el occiso se hallaba en estado de embriaguez, cuando el demandado alega la "compensación de culpas" dentro del proceso de responsabilidad extracontractual originado por muerte en accidente de tránsito, que la parte interesada instauró contra aquél.

Otro ejemplo válido consistiría en la solicitud formulada por el funcionario competente a la policía judicial con orificio de salida, disparado en un procedimiento policial, para cotejarlo con el calibre de las armas de dotación oficial que se hubiesen utilizado por los agentes del orden.

No se trata, en tales eventos —y sus similares— de una prueba pericial propiamente dicha, en primer lugar, porque dichos informes no están a cargo de personas que formen parte de la lista de auxiliares de la justicia, sujetas a un régimen de impedimentos y recusaciones como los jueces.

En segundo término, los susodichos informes no son susceptibles de objetarse por error grave, como lo es el dictamen pericial propiamente dicho.

En último término, con motivo de esos informes no hay lugar a señalamiento de honorarios periciales en pro de quienes los rinden, como sí ocurre en el dictamen pericial, salvo si quien lo solicita obra como amparado por pobre, o se trata de la nación, un departamento, una intendencia, una comisarfa o un municipio.

# SUSTENTACION DEL RECURSO DE ALZADA EN EL PROCESO LABORAL

Gabriel Jaramillo González \*

*1. El texto legal que impone la obligación de sustentar. 2. Lo que se entiende por sustentar. 3. Ante quien se sustenta el recurso y las consecuencias de la no sustentación. 4. Término para sustentar el recurso. 5. La competencia del superior la determina el recurrente. 6. Casos en que no hay lugar a sustentar.*

Los siguientes comentarios se refieren, como se indica en el título, a lo que se entiende por *sustentar*; a la manera como debe hacerse la sustentación en el proceso laboral, y a los términos y oportunidad en que debe sustentarse el recurso de apelación, también llamado por la jurisprudencia y por la doctrina recurso de alzada o simplemente alzada. Comprenden, asimismo, otros temas derivados del contexto de la norma transcrita y entresacados de los más corrientes en la práctica judicial. Por razones didácticas y para una mayor claridad de los asuntos comentados los he dividido en partes separadas, pero que constituyen en suma el objeto de la materia que me propongo exponer.

## *1. El texto legal que impone la obligación de sustentar*

Dicho texto está consignado en el artículo 57 de la ley segunda de 1984, que establece: "Quien interponga el recurso de apelación

---

\* Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

een processo civil, para el cual debe ser sustentado por escrito ante el juez que ha ya proferido la decisión correspondiente, antes de que venza el término para resolver la petición de apelación. Si el recurrente no sustenta la apelación en el término legal, el juez mediante auto que sólo admite el recurso de reposición lo debe declarar desierto. No obstante la parte interesada podrá recurrir de hecho.

"Sustentado oportunamente, se conoce el recurso y se envía al superior para su conocimiento".

Es bueno observar que antes del 17 de febrero de 1984, fecha en que entró en vigencia la ley 2ª de ese año, no se contemplaba la obligación legal de sustentar el recurso de apelación en el proceso laboral o contencioso como tampoco en el proceso civil ni en el penal. Pero a partir de esa fecha, el recurso de apelación, oportunamente interpuesto, debe sustentarse en debida forma y dentro del término previsto.

Y para los efectos anteriores a los puntos comentados me permito recordar que "La apelación o apelación, es el recurso con el que el litigante que ha sufrido agravio con una providencia del juez inferior para obtener su revocación por el superior", como lo ha en su momento, de modo uniforme, la jurisprudencia y la doctrina, tanto nacional como extranjera.

## 22. *Lo que se entiende por sustentar*

Sustentar es según el diccionario de la lengua, en la acepción que aquí conviene, "deber de sostener o determinar la opinión". (Real Academia 1984).

Q sea que quien sustenta debe expresar las razones de su inconformidad con la providencia recurrida (auto interlocutorio o sentencia). Y esas razones deben ser actuales y directamente referidas a dicha providencia cuya revocación total o parcial por el superior se pretende. Cabe también por que para lograr de obtener ese objetivo es indispensable hacer ver al superior, mediante el análisis de la prueba, que ésta fue erradamente apreciada por el a quo, o que sólo la examinó en parte, cuando en su conjunto demuestra otra conclusión. No son aceptables manifestaciones tales como: "me remito a lo dicho en las razones del libelo de demanda", si el recurrente es el demandante o "a lo que manifesté al razonar la res-



Y la Sala Laboral de la Honorable Corte expuso en sentencia de 19 de marzo de 1987 sobre el particular, con ponencia del H. Magistrado doctor Manuel Enrique Daza Alvarez, lo siguiente:

“Esta jurisprudencia es de recibo en materia laboral puesto que la norma que la genera es aplicable al procedimiento del trabajo.

“Sin embargo, corresponde recordar las particularidades del procedimiento laboral en cuanto a la apelación con el fin de armonizarlas con lo establecido en la citada Ley 2ª. Así conforme al art. 82 del C.P.L. en los juicios del trabajo la segunda instancia tiene prevista una audiencia pública destinada a que el Tribunal oiga las alegaciones de las partes y naturalmente, en ella el apelante puede definir el alcance de sus objeciones adicionando o complementando lo expuesto en la sustentación hecha ante el juez de quien se apela; de este modo el Tribunal al estudiar el fallo apelado no debe limitarse a las cuestiones planteadas a aquél, sino que debe resolver también las que le propongan directamente en la audiencia, cuya importancia es indudable pues en ella las partes pueden solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en la primera instancia y, además, éste podrá ordenar oficiosamente la práctica de las pruebas que considere necesarias para resolver la apelación, así como aquellas que fueron pedidas en tiempo, en la primera instancia practicadas o agregadas inoportunamente (arts. 83, 84 C.P.L.).

“Pero es menester puntualizar que la audiencia en referencia no puede entenderse como un sustituto formal de la sustentación exigida por el art. 57 de la Ley 2ª de 1984, de manera que si ésta no se cumple mal puede establecerse en la segunda instancia ya que la apelación habría quedado desierta y precluida la oportunidad para su sustentación ante el juez de quien se apela, y aunque de hecho se desarrollen los trámites el juzgador de segunda instancia carecería de competencia para decidir”. Como se observa (hace notar el suscrito), la Sala Laboral de la Honorable Corte acoge la jurisprudencia de su Sala Civil en el punto comentado en este acápite. Y si bien dice que en la audiencia ante el superior puede el apelante *adicionar o complementar* sus puntos de vista, se refiere expresamente “a lo expuesto en la sustentación” hecha ante el inferior. De modo que no puede afirmarse, en mi concepto, que introdujo la posibilidad de comprender otros puntos distintos de los que fueron materia de fundamentación del recurso, en la dicha oportunidad. Y agrega la Honorable Sala Laboral:

“De otra parte también es pertinente advertir que cuando en los procesos laborales las providencias se notifiquen en estrados y, por

ende, la apelación haya de interponerse y concederse en el acto; no se podría exigir la sustentación escrita porque ello sería antitécnico debido a que en las audiencias de los juicios laborales prevalece el principio de la oralidad (art. 42, C.P.L.) por consiguiente es válida y admisible en estos casos la sustentación oral de la apelación, oralidad que se ajusta más a la filosofía del procedimiento laboral" (J. y D. Nº 185 de mayo/87, p. 425).

### 3. *Ante quién se sustenta el recurso y las consecuencias de la no sustentación. Alegación ante el superior. Caso de la apelación como subsidiaria del recurso de reposición*

De acuerdo con lo previsto en el art. 57 de la Ley 2ª en cuestión, la fundamentación de la alzada debe hacerse "por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente".

Mas si la apelación es extemporánea o no se fundamenta en tiempo oportuno como se dirá en el punto 4; o si habiéndose interpuesto aquella en tiempo no se fundamenta debidamente de acuerdo con lo expuesto en el acápite precedente, el juez debe declarar desierto el recurso. Como consecuencia, aunque sólo en principio, el fallo de la primera instancia queda ejecutoriado y en firme. Y digo que en principio porque la decisión del juez queda sujeta al recurso de hecho (que es el mismo denominado y reglamentado como de queja en el procedimiento civil, arts. 377 y 378, aplicables en el proceso del trabajo) que da al superior la oportunidad de revisar la decisión del a-quo denegatoria del recurso.

Si, a pesar de que el recurrente no sustenta o sustenta inadecuadamente o fuera de tiempo, el juez le concede el recurso, el superior deberá abstenerse de conocer del asunto por falta de competencia. A este respecto dice la Honorable Corte: "Cuando el juzgador a-quo desentendiéndose de las exigencias necesarias para la concesión del recurso de alzada, decide concederlo, tal resolución, a pesar de no haberse formulado contra ella reparo alguno por las partes, o encontrarse ejecutoriada, no obliga al superior; por el contrario éste, al recibir el expediente, dentro del examen preliminar que le corresponde hacer (art. 358 C.P.C.) debe prioritariamente examinar, entre otras situaciones, si se encuentran cumplidos los



el juicio debe como mínimo deberse resolver necesariamente sobre el ppi-  
nmeo y, sólo en caso de negarlo, como el de apelación. Y en el  
supuesto de que se conceda ésta sin haber resuelto sobre la repro-  
sición solidaria, el superior puede de competencia para decidir y  
deberá abstenerse de conocer del asunto y, en cambio, devolver el  
proceso al juzgado de procedencia para que se pronuncie sobre el  
recurso de reposición y, sólo si la deniega, como el de recurso de aza-  
da, el cual obviamente debe haber sido sustentado ante el a quo.

#### 44. *Término para sustentar el recurso*

Según puede advertirse claramente del texto legal transcrito al  
inicio de este estudio, el escrito de sustentación debe presentarse  
“antes de que veza el término para resolver la petición de ape-  
lación”.

Antes de bien: claro que en el proceso laboral se hace expresa-  
mente la distinción entre autos de sustentación e interdictorios y  
que los primeros no admiten recurso alguno (art. 634 C.F.P.L.) la ape-  
lación, como recurso ppiropal o como subsidario del de reposición,  
únicamente puede contra los autos interdictorios. Y como la azada  
contra éstos en materia laboral debe proponerse dentro de los tres  
días siguientes a su notificación cuando ésta se ha de proestados, de  
una parte, y tenerlo en cuenta, del otra, que el juicio debe proponer-  
se sobre el de procedencia como el recurso dentro de los dos días  
que siguen, bien puede afirmarse que el término para la sustentación  
respectiva es de cinco días. Pero que si bien los tres ppiros días  
inmediatos están previstos para interponer el recurso (art. 655 C.F.P.L.)  
la verdad es que en el mismo escrito en que el recurso se interpone,  
puede formularse la sustentación. Pero como igualmente puede su-  
ceder que por mera previsión se interponga el recurso dentro de los  
tres días siguientes a la notificación del auto, que en los para haer  
dióla sustentación que son los mismos que la norma del código  
procesa laboral obliga al juicio para decidir sobre el de procedencia de  
la apelación. Y digo que en la práctica la Ley 22ª de 1984 contempla  
cinco días para haer la sustentación de la azada (en asuntos labo-  
rales) ya que lo que previene es simplemente que se formule “antes  
de que veza el término para resolver la petición de apelación”.

En tales casos, la apelación debe proponerse por  
escrito presentado dentro de los tres días siguientes a su notificación

en estrados y el juez deberá resolver sobre ella dentro de los dos días posteriores. De modo que la sustentación ha de plantearse como en el caso de los autos interlocutorios, bien al momento de interponerse el recurso o bien dentro del término que quede faltando hasta antes de que venza el señalado al juez para pronunciarse sobre el recurso propuesto. En síntesis dicho término es igualmente de cinco días en la práctica judicial, contados desde el siguiente a la notificación en estrados de la sentencia y hasta antes del vencimiento del término contemplado para que el juez decida si admite o rechaza el recurso. Partiendo del entendimiento, desde luego, de que puede apelarse y sustentarse la apelación desde el día hábil siguiente a la notificación legal de la sentencia. Más aún: si la alzada se propone y se formula la sustentación dentro de los tres días de que se dispone para recurrir, puede el recurrente aprovechar el término restante de dos días para adicionar o variar el alcance de la sustentación formulada. Porque es claro que sólo al vencimiento de ese segundo término precluye la oportunidad para fundamentar el recurso, al tenor del art. 57 comentado de la ley 2ª de 1984. Adviértase que es más amplio el plazo para sustentar que para apelar.

En relación con el aspecto comentado expone la Honorable Corte: "...pues bien, la locución "término legal" está referida a la expresión "término para resolver la petición de apelación", lo cual se traduce en que el término que tiene el recurrente para fundamentar su impugnación, es el que establece la ley para que el juez resuelva si concede o no el recurso de alzada...". Y más adelante anota: "El término para sustentar el recurso comienza a contarse, según el alcance del art. 57 de la ley 2ª, al día siguiente del vencimiento del término que, de conformidad con la ley, se tiene para recurrir en apelación. *Mas esto no quiere decir que antes de empezar a contabilizarse el término para sustentar el recurso no pueda la parte fundamentar la impugnación, porque bien puede hacerlo al interponer el recurso o durante el lapso que le concede la ley para apelar*" (Providencia de octubre 10 de 1984 en asunto civil, magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. Jurisprudencia y Doctrina Nº 157, págs. 1/3. Aparte en bastardilla lo destaca el suscrito).

De lo dicho en el presente acápite se colige que el juez solamente debe hacer el pronunciamiento sobre el recurso interpuesto, luego de que las partes hayan tenido la oportunidad legal de fundar razonadamente la correspondiente impugnación del fallo recurrido.

## 5. *La competencia del superior la determina el recurrente*

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 2ª de 1984 había dicho la Sala Laboral de la Honorable Corte: "Por regla general el recurso de apelación se entiende interpuesto en los aspectos desfavorables al recurrente. Pero si éste expresamente lo reduce o concreta a sólo uno o varios de los puntos que le perjudican, dejando por fuera los restantes, esa manifestación de voluntad debe respetarse, con la consecuencia de que los pronunciamientos recaídos sobre los últimos quedan en firme y que el impugnante pierde todo interés jurídico para volverlos a controvertir o impugnarlos posteriormente" (Jurisprudencia Laboral, de Jairo López Morales, edición 1981, págs. 17-18).

Hoy, ya en vigencia de la ley 2ª comentada, con mayor razón y sin lugar a la menor duda, puede afirmarse que *el interés del recurrente*, concretado en el escrito sustentador del recurso de apelación, es la medida y límite de la competencia del superior. Así lo han entendido y aplicado las distintas Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

De conformidad con los planteamientos que preceden, si el recurrente sólo sustenta la apelación con respecto a una de las varias súplicas negadas por el juez de la primera instancia, solamente a esa súplica del petitum puede referirse la decisión de fondo del superior. Y anoto que de fondo porque naturalmente puede el superior aludir a las demás para expresar en términos solamente formales que se mantiene lo resuelto sobre ellas por el a-quo, sin necesidad de entrar en consideraciones de fondo, por razón del principio que prohíbe la reforma del fallo de primer grado en perjuicio del recurrente (reformatio in peius, art. 357 del C. de P.C., aplicable en el proceso laboral).

Si ambas partes apelan por ser la sentencia del juez parcialmente absolutoria también opera el principio que prohíbe la reformatio in peius, y la competencia del superior queda concretada a los puntos que fueron materia de sustentación por los recurrentes, y sólo a ellos con la única salvedad prevista en el art. 357 del C. de P.C. Esto tiene importancia trascendental, ya que las normas que regulan la competencia, el trámite específico de los recursos y el de los procesos en general, son de orden público y de aplicación inmediata y restrictiva, esto es, que no admiten aplicación extensiva o por analogía.

## 6. Casos en que no hay lugar a sustentar

Como lo he observado al final del acápite 1 de estos comentarios, para que proceda el recurso de alzada es presupuesto indispensable, entre otros, que el apelante "haya sufrido agravio con la providencia del juez que la ha proferido, el cual agravio trata de evitar mediante el recurso, para que el superior la revoque total o parcialmente". Y así lo tienen asentado la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera. Si la providencia no implica perjuicio para una de las partes ésta carece de legitimación para impugnarla, y, por ende, queda sin piso la obligación de sustentar, no hay nada que sustentar.

Con respecto al punto aludido dijo la Honorable Corte en el auto varias veces citado de 10 de octubre de 1984 obviamente aplicable en el proceso laboral: "Para reparar el agravio que les cause a las partes o a una de ellas una decisión del juez, consagra la ley los recursos, entre los cuales figura el de apelación. Con todo, este medio de impugnación, para que sea concedido por el a-quo y admitido por el ad quem, debe sujetarse a determinadas exigencias legales que se concretan a las siguientes: a) Que se encuentren legitimadas procesalmente para interponer el recurso, puesto que en principio pueden apelar todas las personas que figuran en el proceso como partes principales o incidentales; b) Que la resolución les ocasione agravio, como quiera que sin perjuicio no hay interés para la apelación...".

Y en idéntico sentido se expresan sobre el mismo aspecto de la cuestión los procesalistas colombianos Hernando Devis Echandía (Compendio de Derecho Procesal Civil, edición 1963, parte general, pág. 398. Editorial Temis, Bogotá). Antonio J. Pardo (Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo 2, edición 1956, pág. 189) entre otros.

El profesor uruguayo, ya fallecido, Eduardo J. Couture expone: "La apelación o alzada es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para obtener su revocación por el superior" (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª edición 1973, póstuma, pág. 351).

Por manera que si la parte demandante, sirva como ejemplo, ha formulado en su demanda una *súplica principal* relativa al *reintegro* del trabajador despedido sin justa causa con diez años o más de servicios a una empresa, y sus derechos consecuenciales inherentes (salarios dejados de percibir); y otra como subsidiaria, a saber el pago

de la *indemnización* por despido sin justa causa y a la *pensión sanción*, y el juez ha accedido a la principal en todos sus aspectos, no tiene el demandante legitimación para apelar y por ende, nada tiene qué sustentar porque lo solicitado por él le fue concedido por el a-quo al acoger su petición principal. Mas si es la parte demandada la que apela (apoderado del patrono o empresario) es ella la que tiene que fundamentar su impugnación.

En el supuesto de que el superior revoque la decisión del a-quo en virtud del recurso del demandado, debe entrar a examinar la súplica subsidiaria, que el inferior no tuvo la oportunidad de considerar por haber prosperado la principal. Y de no hacerlo así el superior cercenaría, sin razón válida, los derechos de la parte accionante que no tuvo oportunidad de apelar ni sustentar por falta de legitimación, en las circunstancias dichas. No iría, pues, con la lógica jurídica dejar de estudiar y resolver la súplica subsidiaria por presunta falta de sustentación, en tales condiciones. E iría contra un buen criterio de justicia negar los derechos solicitados en subsidio por quien careció de legitimación para apelar, en el caso de que el superior encuentre bien demostrado el lapso de vinculación de diez años o más y el despido sin justa causa, aunque decida revocar la sentencia condenatoria del inferior por no hallar aconsejable el reintegro solicitado. Es bien sabido que si el superior revoca la sentencia del a-quo que acogió en todas sus partes la petición principal, está obligado a estudiar, sin necesidad de sustentación en el caso planteado porque no era de recibo hacerla, la súplica presentada en subsidio de la principal.

Dejo en claro que los conceptos aquí planteados quedan sujetos a rectificación en el caso de una mejor argumentación que me lleve a convicción diferente.

Lo expuesto con alguna sistematización corresponde en términos generales, al criterio expresado en diferentes providencias por las distintas Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

El anterior estudio, aquí ampliado con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte, había sido publicado en el Suplemento "Conflicto Nº 3", de la Revista "Trabajo y Derecho".

Medellín, agosto de 1987.

**E**ditorial  
**EALON**

CALLE 56 (ZEA) N° 52-72  
TELEFONO N° 2 45 11 58  
MEDELLIN — COLOMBIA

Noviembre de 1987