

Observaciones en torno a algunas nulidades procesales

Gabriel Hernández Villarreal

1. Exordio [\[arriba\]](#)

Dentro de la clasificación que alrededor de los derechos fundamentales hace ALEXY encontramos a los denominados “derechos de seguridad o defensa”[1], una de cuyas modalidades es la del derecho al debido proceso. En relación con este último se ha dicho, entre otras cosas, que él permite la real afirmación del principio de dignidad, frente al omnímodo poder administrativo y judicial del Estado.[2]

Se trata, al decir de la Corte Constitucional de Colombia, de “un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria”. [3] Circunscritos a estas latitudes, su protección nos la brindan, no solo los ordenamientos jurídicos internos de cada país, sino el Sistema Internacional de Derechos Humanos, en particular el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los arts. 8, 9 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A manera de síntesis, podemos decir que el debido proceso es un genérico conformado por una multiplicidad de garantías que enlista -en forma enunciativa, puesto que estamos en presencia de una cláusula de textura “abierta”-, el art. 29 de la Constitución Política colombiana. Por consiguiente, junto con las que contempla el citado canon[4], es claro que existen muchas otras garantías que forman parte del sistema integral de protección en esta materia, debido a que

“La enumeración contenida en esta cláusula [la del art. 29 de la C.P.] ha sido interpretada como una nómina de garantías mínimas no taxativas. De este modo, se ha considerado que existen otras garantías reconocidas en el derecho interno de los Estados, que, si bien no están incluidas expresamente en el texto de la Convención, igualmente se encuentran amparadas por el contenido amplio del inc. 1 del art. 8 de la Convención”. [5]

Ahora bien, en lo que concierne al mencionado art. 29 del Estatuto Superior, él contiene cuando menos once garantías distintas,[6] de las cuales, y para los efectos a los que se contrae este escrito, destacaré solo tres: la del principio de legalidad; la del derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, y la de la observación plena de la ritualidad diseñada por el legislador para evacuar la respectiva causa.

Frente al principio de legalidad, en virtud del cual: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”, él tiene una doble condición en la medida en que, de un lado, “es el principio rector del ejercicio del poder, y del otro, es el principio rector del derecho sancionador”. [7]

Como principio rector del ejercicio del poder, esta garantía es el desarrollo de lo establecido en el art. 121 de la Carta, que dispone que: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley”; y como principio rector del derecho sancionatorio, la aludida garantía se bifurca en dos dimensiones: (i) la de la legalidad de la infracción (que implica que solo puede ser considerado como tal el hecho previamente descrito en la norma, y

de ahí la importancia de la tipicidad en materia de nulidades); y (ii) la legalidad de la pena (esto es, que está proscrita cualquier sanción que no hubiere sido contemplada en la ley).[8]

En lo que atañe al derecho al “juez o tribunal competente” como garantía que también forma parte del debido proceso, la Corte Constitucional ha señalado que:

“[e]s consustancial al juez natural que previamente se defina quiénes son los jueces competentes, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada -debidamente- la competencia para un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución”.

Por último, la garantía acerca de que un proceso tenga que ser tramitado “con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, significa que a quienes actuamos dentro de él nos cobija el derecho a que el asunto se ventile -siempre y en todos los casos- siguiendo la cuerda procedimental prevista en la regla, máxime cuando el artículo 7° inciso final del C.G.P. ratifica este mandato al disponer que “El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley” ; y por su parte el art. 13 inc. 1 de este mismo estatuto nos conmina a tener presente que las normas procesales son de orden público, de obligatorio cumplimiento “y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.”

El respeto a esta garantía de la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio se logra fundamentalmente a través de estos dos mecanismos: el de las nulidades procesales; y el de la acción de tutela contra providencias judiciales en los casos en que se configura el defecto procedimental, lo que ocurre cuando “El juez actúa completamente al margen del procedimiento establecido o con exceso ritual manifiesto”.[9]

En consecuencia, y luego de haber contextualizado el tema que es objeto de mi intervención, tal como lo indico en el título de la misma esta solo se ocupará de hacer algunas observaciones en torno a ciertas nulidades que, no obstante haber sido tratadas en pretéritas ocasiones por destacados juristas del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, aún así, y dada su complejidad, en mi respetuoso concepto ameritan la presentación de unos puntos de vista distintos a los ya expresados.

Por ende, y desde una perspectiva metodológica, en este texto empezaré con una breve referencia a los principales principios que disciplinan al instituto de las nulidades procesales, y en concreto a los de la taxatividad y la trascendencia. Después, formularé mis propias tesis -y desde luego trataré de dar cuenta de ellas- relacionadas con los vicios constitutivos de nulidad que contemplan los arts. 121 inc. 6 y 133 numerales 5 y 7 del C.G.P; y para finalizar dedicaré un par de acápites a las conclusiones y la bibliografía consultada.

2. Principios que gobiernan el régimen de las nulidades [\[arriba\]](#)

Sin perjuicio de que un estudio exhaustivo pudiera arrojar otras reglas en este campo, los parámetros u orientaciones más destacados y recurrentes alrededor de

esta figura son: taxatividad, trascendencia, convalidación y saneamiento, protección y, por supuesto, preclusión.[10]

Limitados a los dos primeros, y en lo que tiene que ver con la especificidad, el derecho procesal patrio adoptó el sistema de *numerus clausus*, por lo que solo tiene el carácter de nulidad aquella precisa circunstancia contemplada en la norma. No obstante, la taxatividad se refiere a que la situación respecto de la cual se predica esa patología se subsuma en la hipótesis legal, con independencia de que su consagración haya quedado dispersa a lo largo del C.G.P.

En otras palabras, no es atinado sostener, como lo hace el enunciado del inc. 1 del art. 133 del C.G.P. (en armonía con el párrafo de esa misma disposición) que el proceso sea nulo en todo o en parte “solamente” en los casos que allí se enuncian, puesto que hay muchos otros sucesos tipificados igualmente como nulidades.

En efecto, si hacemos un somero paneo por las normas de la Ley N° 1564 de 2012, de inmediato advertiremos lo siguiente: que el art. 14 sanciona la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso; el art. 16 reproduce parcialmente lo dicho en el art. 138 acerca de la falta de jurisdicción y competencia; el 36-1 (junto con el 107-1) se refieren a la nulidad que se origina en los casos en los que no concurren el juez o los magistrados a las respectivas audiencias y diligencias; el 38-5 y el 40-2 versan sobre la nulidad por falta de competencia del comisionado; el 121-6 también gira alrededor de la falta de competencia y la consiguiente nulidad cuando no se falla en tiempo; el 134 (y el 355-8) prevén la nulidad originada en la sentencia; el mismo 134 inciso final alude a la nulidad por no integración del litisconsorcio necesario (lo que no es más que una de las múltiples modalidades que dan pábulo a la declaratoria de nulidad originada en la sentencia); el 323-11, aunque soslaya la calificación de nulidad, recurre a un eufemismo que tiene idéntico significado cuando dice que se “deberá declarar sin valor la sentencia por auto que no tendrá recursos”; y el 455-2 está reservado para invocar la nulidad de los remates de bienes.

Por su lado, el principio de la trascendencia tiene como premisa ineluctable la real comisión de un agravio concreto o específico a las garantías de las partes o de los terceros habilitados para actuar dentro de un proceso, toda vez que, en general, no está concebido en el solo interés de la ley.[11]

En el plano normativo, lo contempla el art. 136 num. 4 del C.G.P., en virtud del cual la nulidad se considerará saneada “cuando a pesar del vicio, el acto procesal cumplió su finalidad y o se violó el derecho de defensa”. Esta disposición se complementa con la del art. 135, *ibídem*, que le exige al postulante el tener que acreditar, además de la causal que invoca y el sustrato fáctico en que se apoya, la legitimación que le asiste.

En cuanto a la legitimación, resulta obvio que ella no se predica solo del hecho de que el peticionario forme parte de la relación procesal en disputa, sino que envuelve el mencionado perjuicio que le hubiere irrogado el acto cuya declaratoria de nulidad pretende, ya que, de no ser así, carecería de interés en proponerla y por ende estaría huérfano de protección en esta materia.[12]

Pues bien, son los dos principios someramente glosados: el de la taxatividad y el de la trascendencia, los que adquieren mayor relevancia a la hora de dilucidar las nulidades de las que me ocuparé en los próximos apartados, y de ahí que con la mira

siempre puesta en ellos es que podremos arribar a las conclusiones que a continuación propongo.

3. La nulidad por no fallar dentro de los términos [\[arriba\]](#)

Esta anomalía la prevé el art. 121 inc. 6 del C.G.P., conforme al cual: “Será nula de pleno derecho la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia”.

Sin embargo, para una cabal comprensión de la figura, también tenemos que acudir a los enunciados de los arts. 117, 120 y 121 del C.G.P., cuyos incisos primeros disponen, en su orden, que los términos señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y de los auxiliares de la justicia son perentorios e improrrogables; que en las actuaciones que se surtan por fuera de audiencia los jueces y magistrados deberán dictar los autos en el término de 10 días y las sentencias en el de 40; y que salvo interrupción o suspensión del proceso por causal legal, no podrá transcurrir un lapso superior a 1 año para dictar sentencia de primera o única instancia (contado a partir de la fecha en que se integra el contradictorio con la notificación al extremo pasivo del auto que admitió la demanda o expidió el orden de apremio), ni de 6 meses para proferir sentencia de segunda instancia (contado este último término a partir de la recepción del expediente en la secretaría del ad quem).

Con base en estas normas, ya podemos ir adelantando las siguientes conclusiones parciales:

a. Que el postulado del art. 117 inc. 1 del C.G.P. acerca de la improrrogabilidad para ejecutar los actos procesales solo se predica respecto de aquellos que les conciernen a las partes y a los auxiliares de la justicia, mas no de quienes en su calidad de jueces unipersonales o colegiados deben resolver el conflicto a través de la respectiva sentencia. O, lo que es lo mismo y si reformulamos la comentada proposición jurídica, que a los jueces y magistrados sí se les proroga tácitamente la competencia en el evento de que no emitan los autos en el término de 10 días con que cuentan para hacerlo, siempre y cuando el proceso se encuentre en la fase escrita (art. 120 inc. 1 del C.G.P.).

b. Que hay una aparente discrepancia entre los arts. 120 inc. 1 y 372 num. 5, ambos del C.G.P., porque mientras aquel establece que: “En las actuaciones que se surtan por fuera de audiencia los jueces y magistrados deberán dictar (...) las sentencias [en el término] de cuarenta (40) días contados desde que el expediente pase al despacho para tal fin”; este ordena que en caso de no proferirse dentro de la audiencia, entonces el fallo de fondo se emitirá por escrito “dentro de los diez (10) días siguientes”.

c. Que la anterior contradicción en realidad no tiene ese carácter, pues nuestra actual ley general de enjuiciamiento prevé algunos pocos casos en los que tendría aplicación el citado art. 120, tal como sucede, v.gr., en los procesos divisorios en los que se haya decretado la venta del bien común, debido a que el art. 411 preceptúa que: “Registrado el remate y entregada la cosa al rematante, el juez, por fuera de audiencia, dictará sentencia de distribución de su producto entre los condueños (...)”.

d. Que en un evento como el planteado, ¿cuánto sería el tiempo máximo de que dispondría el juez para proferir por escrito la sentencia de distribución? La respuesta es una sola: 40 días, pero teniendo especial cuidado de que al hacerlo no supere el año al que se refiere el inc. 1 del art. 121 del C.G.P.

Con todo, dejando de lado estas generalidades, y para ir de lo fácil a lo complejo, ¿qué ocurre si en este o en cualquier otro caso la emisión de la sentencia no se hace dentro de la ventana temporal del año (en primera instancia) o los seis meses (en segunda instancia)? Pues que en atención a los mandatos de los incs. 2 y 6 del art. 121 del C.G.P., el funcionario jurisdiccional (en la medida en que no solo se incluye a las autoridades judiciales, sino también a las administrativas investidas de jurisdicción), “perderá automáticamente competencia para conocer del proceso”, y además “Será nula de pleno derecho la actuación que realice” de ahí en adelante.

Empero: ¿esa nulidad es saneable o insaneable? Sobre el particular, difiero de quienes sostienen que tal vicio adquiriría la connotación de insaneable, y en discrepancia con quienes así razonan estimo que es saneable, a la luz de los motivos que a continuación expongo:

a. Resulta diáfano que la nulidad de la actuación se producirá por falta de competencia; no obstante, ¿cuál de los múltiples factores que se conjugan para determinarla es el que habrá dado lugar a esa pérdida?

b. Para tratar de obtener una respuesta razonable, lo que se impone es diseccionar cada uno de ellos, y con ese fin nada más ilustrativo que acudir al siguiente ejemplo: si A y B, quienes carecen de fuero alguno y están domiciliados en Bogotá, celebran un contrato de compraventa sobre un inmueble ubicado en esta misma capital; y luego A demanda a B para que se declare que este incumplió dicho acuerdo de voluntades al no haber pagado el saldo del precio y que como consecuencia de ello se le condene a pagarle perjuicios materiales por más de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ¿ante qué juez instaurará A la respectiva demanda? Pues, de acuerdo con los arts. 26 y 28 del C.G.P., lo tendrá que hacer ante el juez civil del circuito de Bogotá.

c. Si dicho juez (por ejemplo, el 100 civil del circuito), supera los límites temporales a que está sometido según el art. 121 del C.G.P., ¿cuál será el factor por el que ya no tendrá competencia para seguir conociendo del asunto? Naturalmente que no puede ser el objetivo, el subjetivo el territorial ni el de conexión, porque por la naturaleza de la relación jurídico sustancial que se debate, el valor de las pretensiones, la ausencia de fuero de los contendientes, el domicilio de las partes y la ubicación del bien, es al juez civil del circuito de Bogotá a quien le corresponde conocer de este negocio.

d. ¿Qué sucede con el factor funcional: será este acaso el que se echa de menos en el hipotético caso que se viene exponiendo? Desde luego que no, puesto que funcionalmente es un juez civil del circuito (y solo un juez civil del circuito y no un municipal, ni el tribunal ni la Corte Suprema) el que debe tramitar y dirimir el conflicto, sobre todo si recordamos la clasificación que en materia de competencia hace Devis Echandía, quien distingue entre competencia externa e interna al decirnos que:

“62. Competencia externa y competencia interna. Reparto

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

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

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

Las reglas sobre esta última competencia interna no son imperativas, y por ello si un juez o magistrado entra a conocer de un negocio (para el cual es competente) sin reparto, no obstante que era el caso de hacerlo, no se afecta para nada la validez de su actuación, ni esa falta de reparto constituye causal de nulidad"[13] (Énfasis ajenos al original).

e. Por consiguiente, si tampoco es por falta de competencia por el factor funcional que el juez de nuestro ejemplo tendría que despojarse del conocimiento del asunto (único caso en que según el art. 16 inc. 1 del C.G.P. se generaría nulidad insanable),[14] entonces, ¿cuál factor es el que estaría ausente? Para responder este interrogante y, ante la insuficiencia de los ya tradicionales, en virtud del principio de la plenitud del ordenamiento jurídico considero que debemos crear -o más exactamente- relieves una nueva categoría, y empezar a hablar entonces de un sexto factor denominado "temporal."

f. Al hacerlo, no solo no incurro en ninguna herejía, toda vez que, como se sabe, el hecho social es primero que la norma y en los últimos tiempos son múltiples los sucesos que han obligado al Derecho a tener que adecuarse a estos noveles cambios (de lo cual es ejemplo la extensión de la noción de parte a sujetos que antes carecían de ese presupuesto procesal, o el reconocimiento de los animales como seres sintientes y por tanto objeto de una especial protección); sino que además ese factor, identificado con la nomenclatura de "temporal", en rigor no es novedoso como quiera que subyace a lo largo de todos los arts. 117 a 121 del C.G.P., que siempre -aunque sin hacerlo explícito- se refieren a él.

g. Por tanto, si la pérdida de competencia por no haber fallado a tiempo no es el por el factor funcional ni por ningún otro de los tradicionales, entonces hay lugar a aplicar el art. 16 inc. 2 del C.G.P., que dice: "La falta de competencia por factores distintos del subjetivo o funcional es prorrogable cuando no se reclame en tiempo, y el juez seguirá conociendo del proceso. Cuando se alegue oportunamente lo actuado conservará validez y el proceso se remitirá al juez competente".

h. Traídas estas consideraciones al ejemplo del que me he valido, si al juez 100 civil del circuito de Bogotá se le vence el término del art. 121 inc. 1 el día 15 de septiembre de 2018 y, llegada esa fecha, él no ha expedido la correspondiente

sentencia, al día siguiente ya habrá perdido competencia para hacerlo, y por ende, si alguna de las partes le reclama en tiempo, tendrá que despojarse de ella y remitirle el expediente al juez 101 civil del circuito de Bogotá.

i. Ahora bien, si a pesar de que ya ocurrió la anterior circunstancia, aún así el juez dicta la sentencia el día 20 de septiembre de 2018 y ninguna de las partes le había reclamado con anterioridad, a mi juicio esa sentencia es válida porque lo que se habrá producido en ese evento es una prórroga de la competencia en los términos del art. 16 inc. 2 del C.G.P., y porque en aplicación del principio de la trascendencia contenido en el art. 136 num. 4 del C.G.P., a pesar del vicio el acto procesal (la sentencia) cumplió su finalidad (resolvió el conflicto) y no se violó el derecho de defensa (ya que las partes, de un lado, tuvieron la oportunidad de alegar la pérdida de competencia entre el 16 de septiembre y el 20 de septiembre; y, del otro, cuentan con la posibilidad de interponer recursos en contra de dicho fallo si no comparten las motivaciones de fondo en él contenidas).

j. No desconozco, desde luego, que el inc. 6 del art. 121 del C.G.P. empieza diciendo que será nula “de pleno derecho” la actuación posterior que realice el juez que ha perdido competencia, y que es con base en esa expresión que algunos fundan su tesis de la insaneabilidad; no obstante, dicha locución no es sinónimo de nulidad absoluta (en lo sustancial) ni insaneable (en lo procesal), porque lo que ella significa -ni más, ni menos- es que ciertos efectos jurídicos se producen por la sola ocurrencia de determinados hechos, automáticamente, sin que importe lo que la voluntad humana (aun la judicial) pueda considerar al respecto, como sucede, por ejemplo, con la mayoría de edad, que es una calidad a la que se llega por la simple adquisición de un referente cronológico, sin necesidad de ninguna declaración especial.[15]

k. Sin embargo, y como de antaño lo ha precisado la Corte Constitucional, “[p]ara que algo pueda operar <> se exige que recaiga sobre hechos o circunstancias que no requieran de la intervención de la voluntad humana. Esto no ocurre con la institución de las nulidades procesales o probatorias, que es la consecuencia de vicios relevantes que no siempre son de fácil aprehensión. Como materia delicada en el trámite de los procesos, la seguridad jurídica, las excepciones del mismo debido proceso y el principio de que los asociados no deben hacerse justicia por su propia mano, indican que repugna con una interpretación armónica de la Constitución, la afirmación de que la nulidad del inciso final del artículo 29 [aquella de que “es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”] opera sin necesidad de intervención de la rama judicial, prácticamente con la simple declaración del interesado. Por lo dicho, la Corte discrepa de la aseveración del actor en el sentido de que la nulidad constitucional del inciso final del artículo 29 de la Constitución, no requiere de sentencia judicial, como consecuencia de la expresión <>”. [16]

l. Lo otro -empecinarse en sostener que el vencimiento del término genera nulidad insaneable- es tomar partido por una interpretación que privilegia el rito, conculca el logro de la tutela judicial efectiva y, para decirlo metafóricamente y en palabras del poeta colombiano Guillermo Valencia, implica “sacrificar un mundo por pulir un verso”. [17]

4. Nulidad por no practicar ciertas pruebas [\[arriba\]](#)

El contexto legal en el que desarrollaré mis comentarios de índole probatoria -y su vínculo con las nulidades- es el del art. 133 num. 5 del C.G.P., que contempla como vicio de esta naturaleza el hecho de omitir “las oportunidades para solicitar,

decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria”.

Por esa razón, y en aras de la claridad en la presentación de este tema, lo pertinente es escindirlo en sus diversos supuestos, así:

4.1. Rehusarse a permitir ejercer el derecho de contradicción de una prueba, no siempre genera nulidad

Como se desprende de la norma enantes transcrita, y en conjugación con el principio de la taxatividad, si dentro de una actuación jurisdiccional o administrativa el funcionario que la dirige no permite ejercer el derecho de contradicción de una prueba, esa negativa no genera automáticamente nulidad debido a que, como lo explicaré más adelante, tal conducta no siempre encaja en los precisos supuestos ya indicados y, según ya se sabe, en los asuntos sometidos a la égida del C.G.P. las nulidades son de carácter legal (sin que sea viable invocar en abstracto la protección constitucional del debido proceso), y además también está proscrito acudir a ellas mediante interpretaciones extensivas o analógicas.

Ciertamente, la nulidad se genera es por omitir la oportunidad para “solicitar, decretar o practicar pruebas”, lo que sucedería, verbigracia, si en un proceso verbal o en un ejecutivo se pretiriera correrle traslado al demandante de las excepciones de mérito postuladas por el demandado (Cfr. Arts. 370 y 443-1 del C.G.P.); o si en un proceso de deslinde y amojonamiento el juez obviara la diligencia in situ y a cambio de ello fundara su fallo en el solo dictamen pericial aportado con la demanda, puesto que en esta clase de procesos las pruebas se practican, de acuerdo con el art. 403 num. 1 del C.G.P., es en desarrollo de la aludida diligencia.

Por esos motivos, y de llegar a presentarse una desviación como la comentada, es decir, aquella que no permita ejercer el derecho de contradicción de una prueba, antes de lanzarse a predicar la comisión de una falta nulitable, lo primero que tenemos que hacer es constatar si en verdad estamos en presencia de un vicio de este linaje, pues hay ciertos escenarios en los que la impropiedad es aparente y no real.

En efecto, y si, por ejemplo al demandado le cercenan la posibilidad de interrogar al testigo que ha sido llamado a declarar por la contraparte, resulta obvio que se está omitiendo la oportunidad para practicar la prueba testimonial, toda vez que ésta no se surte de manera parcial y con la simple recepción de la declaración, sino que su “práctica” es compleja en la medida en que debe evacuarse íntegramente[18] la ritualidad que le es propia para que se pueda considerar agotada y por consiguiente incorporada en debida forma.

Igual aserto puede hacerse de las pruebas que han sido decretadas de oficio por el juez, las cuales, por expresa disposición del art. 170 inc. 2 del C.G.P. “estarán sujetas a la contradicción de las partes”, y de ahí que en el evento de que se soslaye la oportunidad para controvertirlas, de inmediato se cometerá la falta que sanciona con nulidad el art. 133 num. 5 del C.G.P.

No obstante, cuando la prueba se decreta y practica por mandato directo de la ley, y ella no es producto de la petición que al respecto hubieren elevado los contendientes judiciales y tampoco obedece al decreto oficioso de la misma; a menos que se trate de uno de aquellos casos en los que de antemano el estatuto

procedimental permite su contradicción[19], en mi concepto no es factible que - luego de haber sido practicada-, las partes pretendan que a continuación se les dé el uso de la palabra para controvertirla, y que si no se accede a su solicitud entonces aleguen una presunta nulidad al amparo del canon legal que se analiza.

Desde mi perspectiva, cuando en ese caso el juzgador se niega a lo pedido no se genera ninguna nulidad -y ni siquiera una mera irregularidad que en atención al parágrafo del art. 133 del C.G.P. deba dilucidarse por vía de recursos-, porque: (i) tales pruebas no fueron decretadas de oficio o a petición de parte; (ii) si más allá de su práctica por orden legal, los intervinientes en el proceso hubieran querido valerse de ellas, entonces, y como imperativo de su propio interés, han debido solicitarlas; (iii) si así hubiesen obrado, esto es, en el evento de que las hubieran pedido, en aplicación del principio de la preclusión habrían tenido que hacerlo tempestivamente, vale decir, antes de que se decretara la prueba y además indicando sucintamente qué es lo que de modo particular, concreto, específico, intentaban demostrar con ellas.

El paradigma de lo que acabo de exponer lo encontramos en el interrogatorio de parte que contempla el art. 372 num. 7 inc. 2 del C.G.P., cuya práctica, contrario a lo que quedó consignado en esa regla, no se realiza “de oficio” por el juez sino que hay que hacerlo en virtud del mandato legal.

En efecto, y dejando de lado por ahora la explicación alrededor de lo de la presunta “oficiosidad” (aspecto del que me ocuparé en el próximo acápite), cuando el juez termina de interrogar “de modo exhaustivo a las partes”, si estas no habían solicitado con antelación al decreto de esta prueba, bien sea el interrogatorio de su opositor, o la declaración de su propia parte,[20] no hay lugar a que en ese momento se les confiera la posibilidad de hacerlo porque, de un lado, esa petición resultaría extemporánea; y, del otro, debido a la multiplicidad de razones que ya fueron prolijamente expuestas en párrafos precedentes.

4.2. No siempre que el juez se abstiene de practicar una prueba dispuesta por la ley, se incurre en nulidad

La segunda hipótesis que contempla el enunciado del art. 133 num. 5 del C.G.P., se refiere a la nulidad que emerge como consecuencia de haber omitido “la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria”.

Pese a que su consagración legal la encontramos en el citado canon, su génesis es de origen jurisprudencial y se remonta a lo perfilado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencias de 22 de mayo de 1998 y 28 de junio de 2005, en las que considero como causal de nulidad -en especial en este último fallo- la no práctica de pruebas:

“[p]articularmente de aquellas que el propio legislador, ab initio, ha ordenado decretar y recaudar en determinado tipo de pleitos, justamente por su idoneidad intrínseca para relevar o descubrir los hechos que permitirán definir la suerte de una pretensión”. [21]

No hay, por tanto, ningún asomo de duda o reparo acerca de que un evento de esta naturaleza genera, en línea de principio, un vicio de tal raigambre; sin embargo, la postura que defiende es la de que no siempre que un juzgador se abstiene de practicar una prueba dispuesta por la ley, esa decisión conduce fatalmente a que se genere una nulidad, y por ende, con el propósito de dar cuenta de esta tesis; en

primer lugar, comenzaré por esclarecer la diferencia entre las pruebas decretadas de oficio y las decretadas por disposición legal; y en segundo término, una vez dilucidado ese aspecto, expondré las razones que soportan mi planteamiento.

4.2.1. Pruebas decretadas de oficio y pruebas decretadas por la ley

En su acepción más amplia, se entiende que las pruebas de oficio son aquellas que el funcionario investido de jurisdicción decreta por sí mismo, es decir, por su propia iniciativa y no porque corresponda a un pedimento de las partes. A su vez, este decreto oficioso puede ser el resultado de una de estas dos modalidades: (i) la prueba de oficio “obligatoria”, que al decir de la Corte Suprema ocurre cuando el medio respectivo responde a una exigencia legal expresa para proveer fallo de fondo; y (ii), la prueba de oficio en su vertiente de “Útil y necesaria”. [22]

Para las primeras, esto es, las obligatorias en su especie de legales, aunque la Corte ha sido vacilante en su tratamiento, ya que en algunos casos a su omisión le ha dado el alcance de error de derecho por el incumplimiento de un poder-deber; en los últimos tiempos parece haber reformulado su posición al darle el carácter que en mi respetuoso concepto es el correcto, vale decir, el de error de procedimiento y por tanto de vicio constitutivo de nulidad. [23] Por lo menos así se infiere de lo dicho por el alto tribunal en el siguiente fallo:

“En suma, como recientemente se señaló <<[f]rente a ese estado de cosas, se precisa ahora, la nulidad procesal en cuestión se estructura no solo en el caso de omitirse en forma absoluta la fase investigativa del proceso contentiva de derechos sagrados, como el de defensa y contradicción, sino también, tratándose de la facultad oficiosa en materia de pruebas, en coherencia con la doctrina de la Corte, en buena hora positivizada en el Código General del Proceso, cuando no se ordena y evacúa un medio de convicción considerado como obligatorio por la misma ley, mas no cuando de acuerdo con las circunstancias concretas en causa surge de la necesidad o utilidad de practicarlo (...) como evento constitutivo de error de derecho”. En consecuencia, cuando de la dinámica misma de cada instrucción, en particular fluye necesario decretar pruebas de oficio, los yerros sobre la materia pueden hallar tránsito viable por el error de derecho de carácter probatorio”. [24]

Respecto de la segunda modalidad que pueden adoptar las pruebas de oficio -en su calidad de útiles y necesarias- si se omite su decreto ello no genera nulidad procesal, sino un vicio de juzgamiento susceptible de alegarse en casación por violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria (art. 336 num. 2 del C.G.P.).

En este escenario, el decreto oficioso de pruebas no es producto de un expreso mandato del legislador, sino que esa potestad se ejerce como:

“[u]n medio para destruir la incertidumbre y procurar mayor grado de convicción, esto es, para aumentar el estándar probatorio, porque el juez valora que no existe suficiente prueba para obtener convicción, y por tanto acude a esta herramienta que le brinda el ordenamiento, no en forma antojadiza o arbitraria, sino como medio para acopiar evidencia suficiente y dar por establecida la verdad sobre los hechos, evitando la decisión inhibitoria o la prevalencia de la regla de inexcusabilidad para fallar (non liquet)”. [25]

4.2.2. Sanción por no decretar una prueba ordenada por la ley

Es a este supuesto al que el art. 133 num. 5 del C.G.P. le da la connotación de nulidad procesal, y se presenta por el incumplimiento de decretar, por ejemplo, la prueba genética en los procesos de filiación o impugnación (art. 386), o la inspección judicial en los de declaración de pertenencia (art. 375-9).

Ahora bien, el art. 372 del C.G.P. prevé, dentro de las distintas fases o actuaciones que se adelantan en desarrollo de la audiencia inicial, la del num. 7 relacionada con los interrogatorios que “oficiosamente de manera obligatoria [y] de modo exhaustivo” le hará el juez “a las partes sobre el objeto del proceso”.

A partir de esa redacción, dicho interrogatorio quedó como una prueba legal que de manera obligatoria debe practicar el juzgador; no obstante, afirmo que si este se sustrae de realizarla, esa conducta no generará automáticamente la sanción de nulidad del comentado art. 133, pues, atendidas las circunstancias del caso, es viable que se prescinda de ella sin que el acto quede afectado por tal patología.

Ciertamente, si ninguna de las partes pidió el interrogatorio de la otra, un juez puede omitir este medio de prueba debido a que, luego de una juiciosa evaluación de lo que es objeto de controversia, y constatando cada uno de los requisitos intrínsecos de las pruebas según el art. 168 del C.G.P., mediante providencia debidamente motivada arribe a una o varias de las siguientes conclusiones:

a. Que con el material probatorio que reposa en el plenario él ya tiene suficientes elementos de juicio para fallar. Es más, si así fuera, lo que tendría que hacer sería dictar la sentencia anticipada del art. 278 num. 3 del C.G.P.

b. Que el interrogatorio de las partes no resulta “conducente” para demostrar los hechos discutidos, como sucedería, verbigracia, en un proceso de fijación de alimentos en favor de un menor de edad, si a la demanda ya se aportaron las pruebas del vínculo jurídico sustancial que ata al alimentante con el alimentario, así como la capacidad económica de aquél; y por su lado, al contestar la demanda, aunque no se allanó, el extremo pasivo no planteó una real oposición a las pretensiones del demandante.

c. Que no advierta la “utilidad” de evacuar ese interrogatorio porque de hacerlo la prueba devendría en inane, lo que se ilustra con el siguiente ejemplo: si en un proceso ejecutivo el demandado excepciona “prescripción de la acción cambiaria”, y al descorrer traslado el demandante aporta una prueba que da cuenta de que su deudor fue requerido en los términos del art. 94 inc. final del C.G.P., y que por tanto y sin necesidad de demanda produjo la interrupción civil de la prescripción, (prueba esta que no fue tachada o desconocida por el ejecutado), ¿qué sentido tendría que en la audiencia inicial del art. 372 del C.G.P. el juez interrogara exhaustivamente a las partes, si en ese evento la situación debatida se tornaría en un aspecto de puro derecho?

En adición a lo expuesto, en todos esos casos la prueba de interrogatorio a cargo del administrador de justicia no es indispensable, fundamental o ineludible para resolver de fondo el asunto, como sí lo es, por el contrario, la inspección judicial en un proceso de servidumbres. Igualmente, y bajo el entendido de que dentro de las oportunidades procesales con que contaban para hacerlo (demanda, reforma de la demanda, contestación, traslado de excepciones, es decir, antes de que se

convocara a la audiencia inicial del art. 372), las partes no hubieran solicitado interrogar a su opositor; si el juez decide no interrogarlo, ¿cuál sería el perjuicio que se ocasionaría con esa decisión? La respuesta es unívoca: ninguno.

En consecuencia, no solo no se configuraría ninguna nulidad, sino que incluso, y aún si se admitiera en gracia de discusión que sí se suscitó (y no lo admito), teniendo como ineludible referente al ya explicado principio de la trascendencia, de nuevo colegiríamos, con fundamento en él, que el acto procesal cumplió su finalidad (se evacuaron todas las demás fases: conciliación, control de legalidad, etc.); que no se violó el derecho de defensa de los contendientes; y que además estas no podrían alegarla debido a la falta de interés para proponerla, pues si su voluntad hubiera sido la de interrogar a la contraparte, tempestivamente lo habrían solicitado como prueba, y no lo hicieron.

5. Nulidad cuando hubo cambio del funcionario que escuchó las alegaciones de las partes [\[arriba\]](#)

Diferenciar conceptualmente la regla del principio es algo que no obedece al simple prurito del académico, sino que ello resulta importante en la medida en que la falta de claridad acerca del alcance que tienen estas dos figuras puede llegar a producir un trascendente impacto en el marco de un proceso.

Por tal motivo, conviene recordar que, mientras los principios están expresados en términos unitarios y tienen vocación de permanencia y universalidad (como la imparcialidad del juzgador o el otorgamiento de un trato jurídico igualitario para las partes); las reglas técnicas de la actividad de procesar son líneas directrices que se presentan, invariablemente, en forma binaria o como pares antinómicos, por lo que admiten siempre -sin que esa circunstancia menoscabe el debido proceso- dos respuestas antagónicas (oralidad o escritura; mediación o inmediatez, etc.).[26]

Pues bien, en el ámbito nacional, y en no pocas ocasiones debido al yerro de concederle a la oralidad la categoría de principio -cuando en realidad no es más que una regla técnica del debate procesal-[27], se ha tipificado como causal de nulidad la del art. 137 num. 7 del C.G.P., conforme al cual el proceso es nulo “cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación”.

Esta norma se armoniza con la del art. 107 num. 1° inc. final del C.G.P., que dispone que: “cuando se produzca cambio de juez en primera o segunda instancia, quien lo sustituya deberá convocar a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar. Oídas las alegaciones, se dictará sentencia según las reglas generales”.

En este caso, al igual que ha sucedido con los demás que ya he comentado ut supra, mis observaciones van dirigidas, no a controvertir el motivo de nulidad en sí mismo considerado (lo que además sería insensato, puesto que en virtud de la taxatividad nadie osaría ir en contra del claro texto legal), sino a ofrecer una visión distinta de la que en general se da por sentada dentro de la comunidad jurídica.

En concreto, afirmo -una vez más con apoyo en el principio de la trascendencia y de consuno con el de la protección-[28] que no siempre que se cometa esta falta se generará la consecuencia sancionada con nulidad, debido a que es posible salvar el

acto procesal si estamos en presencia de una situación como la que procedo a plantear.

Circunscritos al proferimiento de la sentencia, pero sin que esto implique que las presentes reflexiones se limitan a ella (pues también se aplican al supuesto de la sustentación del recurso de apelación), si el funcionario que instruyó la causa y que escuchó los alegatos de conclusión no es el mismo que resuelve de fondo -porque en el interregno lo cambiaron- previo a concluir que se configuró el motivo de nulidad que contempla la regla 7 del citado art. 133, habría que ver si en realidad se produjo un menoscabo de la garantía de ser oído por parte de la autoridad que juzgó el asunto.

En efecto, si una de las bondades que surge de la implementación de la oralidad consiste, según los arts. 103 y 107-4 del C.G.P., en que en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y además la actuación adelantada en una audiencia o diligencia se grabará en medios de audio, audiovisuales o en cualquier otro que ofrezca seguridad para el registro de lo actuado; entonces no se justifica restarle eficacia a una actuación procesal en aquellos casos en los que de manera excepcional, y ante el aludido cambio de juzgador(es), quienes emitan la sentencia o decidan la apelación no sean los mismos que habían escuchado los respectivos alegatos, si éstos noveles funcionarios, al desatar la alzada o al proferir sentencia, de modo expreso y con absoluta nitidez dejan probada constancia que oyeron la grabación y con base en ella se enteraron de lo argüido por las partes.

En tales supuestos, la subregla de la inmediación -que no principio- tendría que morigerarse y, luego de un adecuada ponderación en la que el nuevo juez deje cabalmente establecido que antes de fallar él tuvo acceso a los registros de rigor (audio o audiovisual), y que a partir de esos medios tecnológicos escuchó sin limitaciones los planteamientos de los intervinientes (al punto de que se refiere a ellos a título de resumen o para compartirlos o desestimarlos), en virtud del pluricitado principio de la trascendencia y ante la falta de un auténtico perjuicio, no habría lugar a decretar la nulidad.

Frente a este tema, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado, y al desestimar la nulidad basada en esta circunstancia (la del cambio de juez), ha dicho que:

“Surge incontrastable que la nulidad solo opera como mecanismo excepcionalísimo si se verifica que el cambio en la persona del juez presente en la práctica probatoria esencial, causó grave daño o afectación a derechos de raigambre fundamental pues, frente a ellos debe ceder el principio de inmediación, porque dada su connotación eminentemente procesal no representa un valor constitucional, legal o procesal que deba ser acatado de manera absoluta.

Como los audios que contienen el registro de la práctica probatoria agotada en el juicio permiten verificar a cabalidad lo ocurrido a lo largo del debate, es pertinente habilitar, con esos medios técnicos de reproducción, la inmediación de la señora juez que presidió la última sesión del debate en la que se culminó la práctica probatoria de la defensa, escuchó los alegatos finales y anunció el sentido del fallo condenatorio, para finalmente dictar la decisión”[29]

6. Conclusiones [\[arriba\]](#)

i.- El exceso ritual manifiesto, como expresión de una de las modalidades que puede adoptar el defecto procedimental, se genera cuando las normas adjetivas han sido empleadas como un obstáculo para la protección del derecho sustancial, y no como un medio para lograrlo.

ii.- Dentro de ese contexto, el análisis del instituto de las nulidades no puede ser siempre literal e irreflexivo, pues al obrar de esa manera se soslayan los principios que lo gobiernan, y en particular el de la transcendencia, máxime si, como se ha enfatizado: “la actividad de administrar justicia por parte de los jueces (...) exige fijar el alcance a la norma que se aplica de conformidad con los valores, principios y derechos constitucionales, de manera que debiendo elegir entre dos o más interpretaciones posibles, debe acogerse aquella que se ajuste más a la constitución política”.^[30]

iii.- Aproximarse al Derecho solo desde una de las múltiples aristas que nos ofrece (como es la gramatical, lo que en materia de nulidades se refleja en la taxatividad), es desdeñar el hecho de que este es un sistema y por tanto hay que estudiarlo en conjunto y no con una visión insular.

iv.- Privilegiar la regla de la oralidad -y con ella la subregla de la inmediación- es algo que de seguro puede llegar a transgredir un auténtico principio, y en concreto el del debido proceso y la garantía de la tutela judicial efectiva.

Bibliografía consultada [\[arriba\]](#)

· *Doctrina*

Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983.

Alvarado Velloso, Adolfo. Lecciones de derecho procesal civil. Compendio del libro “Sistema Procesal: Garantía de la Libertad”, adoptado a la legislación procesal de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvino. Editorial La Ley, 2010.

Devis Echandía, Hernando. Teoría General del Proceso Aplicable a Toda Clase de Procesos, Nociones Generales. Sujetos de la Relación Jurídica Procesal. Objeto, iniciación, Desarrollo y Terminación del Proceso, 3° ed. revisada y corregida, reimpresión. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004.

Ospina Fernández, Guillermo. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. 4ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1994.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. 2ª ed.; Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008.

Sanabria Santos, Henry. Nulidades en el proceso civil. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

· *Citas jurisprudenciales*

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-475 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica N° 4.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-058 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, consideración jurídica N° 4.1. En este fallo, la Corte citaba a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 1995. Resolución N° 5/96, caso 10.970, Perú.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica N° 1.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-573 de 2017, M.P. José Antonio Lizarazo.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de tutela proferida el 14 de diciembre de 2017 M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 18 de marzo de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía, citada a su vez en la Sentencia C-093 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Meza.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 7901.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC211 del 20 de enero de 2017, M.S. Luis Armando Tolosa Villabona, Exp. 76001-31-005-2005-00124-01.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de mayo de 2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, Exp. 11001-31-03-2006-00122-01.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de julio de 2013, Rad/38632, citada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, Sentencia del 4 de julio de 2017, M.P. Alberto Poveda Perdomo, Rad/11001600002320150469101.

Notas [\[arriba\]](#)

- [1] Cfr. Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983, pág. 186.
- [2] Cfr. Quinche Ramírez, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. 2ª ed.; Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008, pág. 202.
- [3] Cfr. República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-475 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica N° 4.
- [4] Art. 29 de la C.P. “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.
- [5] Cfr. República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-058 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, consideración jurídica N° 4.1. En este fallo, la Corte citaba a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 1995. Resolución N° 5/96, caso 10.970, Perú.
- [6] Cfr. Quinche Ramírez, op.cit., pág. 207.
- [7] Cfr. República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica N° 1.
- [8] Cfr. Quinche Ramírez, ib., pág. 212.
- [9] Cfr. República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-573 de 2017, M.P. José Antonio Lizarazo.
- [10] Cfr. Sanabria Santos, Henry. Nulidades en el proceso civil. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, págs. 83-118.
- [11] Precisamente, debido a esta circunstancia es que existen nulidades saneables y otras que no lo son. Con todo, hay quienes defienden un punto de vista del que discrepo, y así, al hablar de la nulidad “de pleno derecho” afirman que ella se ubica en un “escenario que es totalmente diferente al régimen general de las nulidades procesales, pues es un motivo diferente a aquellos previstos en el artículo 133, donde el bien jurídicamente tutelado es el debido proceso a un juicio de duración razonable y sin dilaciones injustificadas, que trasciende los límites del respectivo proceso y se sitúa en la esfera constitucional, todo en orden a la protección de principios y derechos fundamentales base de nuestro ordenamiento jurídico”. Cfr. Aclaración de voto de la magistrada Margarita Cabello Blanco, consignado en la sentencia de tutela proferida el 14 de diciembre de 2017 por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.
- [12] En este campo, la modificación entre los dos estatutos procesales civiles consistió en que, mientras el art. 143 inc. 2 del C.P.C. decía que “La parte que alegue una nulidad deberá expresar su interés para proponerla (...)”; el art. 135 del C.G.P. cambió ese vocablo por el de “legitimación” (que es más omnicompreensivo) y en los incs. 1 y 4 enfatiza en que para el buen suceso de la solicitud es menester contar con la aludida legitimación, la cual, insisto, comprende el interés derivado del perjuicio.
- [13] Devis Echandía, Hernando. Teoría General del Proceso Aplicable a Toda Clase de Procesos, Nociones Generales. Sujetos de la Relación Jurídica Procesal. Objeto, iniciación, Desarrollo y Terminación del Proceso, 3° ed. revisada y corregida,

reimpresión. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 148.

[14] Art. 16 inc. 1 del C.G.P. “La jurisdicción y la competencia por los factores subjetiva y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo”.

[15] Cfr. República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 18 de marzo de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. De otro lado y en lo que tiene que ver con el Código Civil, “[c]omo nuestro Código rechazó el concepto de nulidad de pleno derecho y preceptuó que toda nulidad, cualquiera que sea causa, tiene que ser judicialmente declarada, el problema de la legitimación ad causam, que antes se reducía a la nulidad relativa, vino a plantearse también respecto de la nulidad absoluta, pues, entonces, había que resolver si esta podía ser declarada de oficio por el juez, o si también podía ser objeto de una acción y quiénes estarían legitimados para ejercerla”. Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. 4ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1994, pág. 449.

[16] Cfr. República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía, citada a su vez en la Sentencia C-093 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Meza.

[17] Cfr. Valencia, Guillermo. Leyendo a Silva, una de cuyas estrofas dice: “...Ansiar para los triunfos el hacha de un Arminio; buscar para los goces el oro del triclinio; amando los detalles, odiar el universo, sacrificar un mundo para pulir un verso”.

[18] De acuerdo con el principio de la incorporación de la prueba, desarrollado en el inc. 1 del art. 173 del C.G.P. “Para que sean apreciadas por el juez, las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código”. Asimismo, y refiriéndose al recaudo de la prueba testimonial, el art. 221 num. 4 del C.G.P. establece que: “A continuación del juez podrá interrogar quien solicitó la prueba y contrainterrogarla la parte contraria (...)”. En consecuencia, mientras no se le confiera traslado al contendiente para que este pueda ejercer el derecho de contradicción, la prueba no se ha practicado legalmente y por tanto dicha omisión genera la nulidad del art. 133 num. 5.

[19] Obviamente que en supuestos como los del art. 386-2 del C.G.P., entre muchos otros, en los que la ley dispone como obligatoria la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN, no hay la más mínima duda de que sí se puede ejercer el derecho de contradicción aunque las partes no hubieren sido quienes la pidieron, al punto de que el inc. 2 del num. 2 del citado art. establece que: “De la prueba científica se correrá traslado por tres (3) días (...)”. Por consiguiente, de no llegar a correrse dicho traslado, la prueba no habrá sido practicada en debida forma y en consecuencia se habrá incurrido en la nulidad del art. 133 num. 5 del C.G.P.

[20] Con base en el art. 165 del C.G.P., algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia ha afirmado que sí es posible interrogar a la propia parte.

[21] Cfr. República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de junio de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 7901.

[22] Cfr. República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC211 del 20 de enero de 2017, M.S. Luis Armando Tolosa Villabona, Exp. 76001-31-005-2005-00124-01.

[23] Cfr. Corte Suprema de Justicia, ibidem.

[24] Cfr. Corte Suprema de Justicia, ibídem.

[25] Cfr. República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de mayo de 2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, Exp. 11001-31-03-2006-00122-01.

[26] Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo. Lecciones de derecho procesal civil. Compendio del libro “Sistema Procesal: Garantía de la Libertad”, adoptado a la legislación procesal de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvino. Editorial La Ley, 2010, pág. 200.

[27] Cfr. Alvarado Velloso, ibídem. Para este autor, cuyos postulados comparto, las reglas técnicas del debate procesal, como él las llama, “ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los principios: sin éstos no hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia misma del proceso”.

[28] “En aras de la seguridad jurídica y de la economía procesal, se aboga por que a la invalidación del acto se llegue únicamente cuando la violación al debido proceso se ha consumado y aquella es la única manera de salvaguardar la vigencia de tal derecho”. Cfr. SANABRIA SANTOS, op.cit., pág. 112.

[29] Cfr. República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de julio de 2013, Rad/38632, citada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, Sentencia del 4 de julio de 2017, M.P. Alberto Poveda Perdomo, Rad/110016 000023201 50469101.

[30] Cfr. República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1123 de 2002, citada en la Sentencia SU-573 de 2017.M.P. José Antonio Lizarazo.