

TEMAS PROCESALES

16

mayo
1993

La ley 25 de 1992
Eugenio Prieto Mesa

Conflicto de intereses en el régimen
de propiedad horizontal
José Fernando Ramírez Gómez

Intervención de tercero
Marcos Afonso Borges

El derecho procesal en la Constitución
de 1991
Beatriz Quintero de Prieto

La costumbre en los sistemas swift y télex
Orión Álvarez A.

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 16 Mayo 1993

Revista del Centro de
Estudios de Derecho Procesal

Director

Orión Alvarez A.

Consejo de redacción

José Fernando Ramírez R.

Gilberto Martínez Rave

Beatriz Quintero de Prieto

Correspondencia

Eugenio Prieto Mesa

Apartado Aéreo 50088

Medellín Colombia

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

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

Orión Alvarez Atehortúa

Rodrigo Velilla Gómez

Eugenio Prieto Mesa

Beatriz Quintero de Prieto

Alejandro Ochoa Botero

José Fernando Ramírez Gómez

Gilberto Martínez Rave

Alvaro Mora Ramírez

Alberto Ceballos Velásquez

Jairo Duque Pérez

Fernando Ossa Arbeláez

Alvaro Vargas

Alfonso García S.

Darío González Vásquez

Jorge Octavio Ramírez R.

Armando Luis Calle Calderón

DISTRIBUIDORA

Biblioteca Jurídica Díké

Apartado Aéreo 51838

Medellín, Colombia

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

--nº 16 (Mayo, 1993) -- Medellín, El Centro, 1993, anual
hasta 1986, semestral a partir de 1987.

ISSN 0120-8519

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

SUMARIO

La ley 25 de 1992 Eugenio Prieto Mesa	5
Conflicto de intereses en el régimen de propiedad hori- zontal José Fernando Ramírez Gó- mez	29
Intervención de tercero Marcos Afonso Borges	47
El derecho procesal en la Constitución de 1991 Beatriz Quintero de Prieto	79
La costumbre en los siste- mas swift y télex Orión Alvarez A.	105

LA LEY 25 DE 1992

Eugenio Prieto Mesa *

1. Aplicación de la ley 2. Preferencia de las normas constitucionales o internacionales 3. Necesidad de reglamentación 4. Equiparación de matrimonios 5. Competencia exclusiva de las autoridades eclesíásticas 6. Noción de divorcio 7. Formas de divorcio 8. El divorcio en nuestra historia 9. Causales de divorcio 10. Reserva de los expedientes 11. Instituciones del artículo 10 12. Efectos de la sentencia de divorcio.

1. Alcance de la ley

1. El debate parlamentario concerniente a la ley en ciernes dejaba ver que sus propósitos centrales decían relación principal con la reglamentación o extracción integral del significado pleno del art. 42 de la Constitución de 1991, y también secundariamente, a la confrontación de la legislación civil de familia.

Textualmente, el art. 42 reza:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

”El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalie-

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

nable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

"Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

"Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

"La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

"Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

"Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

"Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

"También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

"La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes".

Del texto constitucional transcrito se puede concluir que sus principales atisbos miran a los siguientes extremos:

- a) La familia como núcleo fundamental de la sociedad se constituye por vínculos naturales o jurídicos.
- b) El patrimonio familiar.
- c) Los deberes y derechos de los hijos son iguales, provengan o no del matrimonio.
- d) Deberes y derechos de los cónyuges.
- e) Las formas del matrimonio; la edad y capacidad para contraerlo.

- f) La separación y disolución del vínculo.
- g) Los efectos civiles en los matrimonios religiosos.
- h) La cesación, por divorcio, de los efectos civiles de los matrimonios.
- i) El régimen de los efectos civiles de las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos.
- j) Lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.
- k) La proscripción de cualquier forma de violencia en la familia, confirmando así la legislación precedente en cuanto señala como motivo de divorcio y de separación de cuerpos los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.

Aunque la meta fundamental de la ley miraba al desarrollo o reglamentación del artículo 42 de la Carta, no se puede afirmar que ella colmó todos los temas de ésta. Una confrontación minuciosa entre una y otra normas, así lo evidencia, tal como lo demuestra, por ejemplo, lo relativo a la edad y capacidad para contraer el matrimonio, que no fue materia tratada en la ley. En verdad, ésta hace un especial énfasis en lo atinente a las formas de los matrimonios civiles o religiosos y a su manera de terminarlos mediante la nulidad y por medio del divorcio, propio, vincular e impropio.

2. Una de las creaciones de la Constitución del 91 es la llamada familia "natural" por oposición a la conocida como "matrimonial" o "artificial".

En efecto, el inciso primero del art. 42 de la Carta habla de la composición de la familia en virtud de vínculos "naturales" o "jurídicos".

Empero, la ley no contempló el divorcio para la familia "natural". Posiblemente, porque, aunque es primera en el tiempo que la matrimonial, es difícil si no imposible, saber cuándo se inicia, al paso que esta última tiene un hito indudable, preciso: el rito o la ceremonia matrimonial; lo cual hace evidenciar un vínculo producto del acto jurídico, en tanto que la natural no hace manifiesto ese vínculo como forma jurídica, pues más bien se reduce o toca con el comportamiento sensorial y anímico, no siempre identificable en el tiempo como un acontecer inequívoco.

2. Referencia de las normas constitucionales o internacionales

De una parte, la Iglesia católica, basada en el carácter indisoluble del vínculo sacramental y en el distintivo internacional del Concordato que regimenta su proyección en nuestro medio, sostiene que los pactos internacionales tienen supremacía sobre las normas Constitucionales. Es la llamada teoría *monista*, según la cual los preceptos provenientes de los tratados internacionales no pueden derogarse o siquiera modificarse por la "norma de normas", que es la Constitución Nacional.

Monseñor Pedro Rubiano Sáenz ha dicho que "Colombia ratificó la Convención de Viena sobre los tratados del 10 de abril de 1985. Dicho instrumento obliga a los estados signatarios a su-peditar su legislación interna a los tratados internacionales, puesto que entramos a formar parte de una convención multilateral que adopta el principio del "monismo", que no es otra cosa que colocar todo el derecho del país en un solo cuerpo donde la mayor jerarquía la tienen los tratados públicos".

De otra parte y por el contrario, hay quienes sostienen la pre- valencia del derecho constitucional sobre los preceptos internacio- nales, apoyados en el respeto a la soberanía nacional, especialmen- te cuando de derechos fundamentales se trata.

Parece que nuestra Carta fundamental se apartara del prin- cipio *monista*, si se observa el contenido de su artículo cuarto: "La constitución es norma de normas. En todo caso de incompati- bilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...". Cuando el texto transcrito se refiere a la hipotética incompatibilidad entre una norma constitucional con la ley "u otra norma jurídica" no hace distinción ninguna para excluir la de rango internacional, razón bastante para considerar su prevalencia aun contra la norma que ostente este carácter.

Además, el artículo 9º hace que las relaciones internacionales se apoyen en el concepto de la soberanía nacional. Y el 241 permi- te la hipótesis del control constitucional para las leyes aprobato- rias de tratados y sobre los tratados mismos.

No obstante, se advierten en la Constitución tres preceptos especiales, incorporados en los artículos 53, 93 y 101, en los cuales

se establece expresamente la prevalencia del derecho internacional sobre el constitucional con lo cual se da aplicación al principio *monista*. Pero su singularidad enseña que la constitución adoptó esta doctrina sólo por vía de excepción y, como norma general, la contraria: el predominio de la constitución con sustento en el criterio de la soberanía estatal, especialmente en lo que toca con los derechos fundamentales.

La jurisprudencia nacional, por mayoría, afirma que son revisables los tratados internacionales en lo que se relaciona con los vicios en su formación. Así se sostuvo en lo referente al tratado de extradición celebrado con los Estados Unidos de Norteamérica y en lo tocante con el concordato. A éste se contrajo la sentencia de febrero 12 de 1987 que analizó la validez formal de la ley 20 de 1974, aprobatoria del concordato con la Santa Sede. Quienes salvaron el voto, ocho magistrados en total, sostuvieron la tesis del control total, de forma y de fondo, porque la Constitución no le ha otorgado rango superior o de primacía a la norma internacional ni ha señalado que sea únicamente impugnabile por los medios que ella misma establece. Dicen los disidentes: "Sólo la Constitución, máxima expresión de esa soberanía y afirmación de la voluntad de un pueblo de vivir organizado como Estado, puede estatuir en qué medida la ley nacional se subordina a normas internacionales. La ausencia de texto constitucional sobre esa prelación no se suple por disposición legal, ni por decisiones jurisprudenciales por reiteradas que sean, ni menos por inveteradas prácticas internacionales. Si un tratado internacional contradice el Derecho Fundamental interno, no se puede aplicar en el ámbito nacional, ya que la Constitución es ley suprema y los tratados están en un grado inferior de obligatoriedad con respecto a ésta".

Con las explicaciones brevemente expuestas, en consecuencia, es válido sostener que el artículo 42 de la Constitución prima sobre la norma internacional en su especie de concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede, y que por consiguiente la ley 25 de 1992 es constitucional, al menos en lo tocante con este aspecto.

Particularidades de la Carta

La doctrina viene distinguiendo entre el divorcio perfecto y el imperfecto, para reconocerle al primero la virtud de terminar o disolver el vínculo matrimonial, no así al segundo que sólo tiene la atribución de hacer cesar los efectos de éste.

En la Constitución del 91 no se habla de ninguna clase de divorcio. Surge una institución de carácter impropio en cuanto deja vivo el matrimonio y trunca sus efectos civiles. Con una peculiaridad: como el divorcio mantiene el vínculo matrimonial, cabe la posibilidad de declarar su nulidad, lo cual resulta antitécnico y no cabría si aquel diera al traste con el vínculo. Todo ello se debe a la innegable dependencia del Estado frente a la Santa Sede: al predominio de la Iglesia, que no obstante parece contaminar de su prevalencia a otra rara figura de nuestra legislación. Es la consagrada en el artículo 30 de la ley 1ª de 1976, que reza así: “Los matrimonios católicos celebrados con dispensas basadas en los privilegios de la fe no surtirán efectos civiles, mientras no medie el estado de libertad civil de los contrayentes. El respectivo tribunal superior del distrito judicial, una vez comprobado el estado de libertad de los cónyuges, ordenará la inscripción del matrimonio canónico en el registro del estado civil, con el fin de que surta plenos efectos”.

La norma transcrita en forma expresa, ordena suspender los efectos civiles del matrimonio católico mientras se obtenga el estado de libertad civil de los cónyuges y sólo entonces permite que el respectivo tribunal superior de distrito judicial ordene la inscripción del matrimonio canónico en el registro del estado civil, con el fin de que surta sus efectos. Se trata en una palabra, de la existencia paralela de dos matrimonios: uno civil con efectos plenos y uno católico, con efectos suspendidos. La situación de los contrayentes en este segundo matrimonio es verdaderamente peculiar y de un alcance jurídico que causa perplejidad, especialmente porque, aunque suspende sus efectos, es válido y sin embargo no existen los deberes de respeto, fidelidad, cohabitación, auxilio, etc., que son connaturales a todo matrimonio.

Conviene insistir que la norma constitucional no termina el vínculo del matrimonio sino que hace cesar sus efectos. Así lo manda el inciso 8º del art. 42 de la Carta: “Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil”.

Es bueno considerar no obstante, que el mismo artículo citado, en su inciso 6º, da paso para que el legislador reglamente la disolución de todo matrimonio, pero la Constitución se cuida de hacerlo, dejando a salvo el vínculo civil o canónico, en los casos de divorcio.

3. *Necesidad de reglamentación*

Indudablemente la Constitución del 91 parangonó los matrimonios religiosos y entre éstos el católico, con el matrimonio civil en lo referente al divorcio, pues preceptuó para tal evento la cesación de los efectos civiles de “todo matrimonio”.

Se ha sostenido que la reglamentación de las normas constitucionales, es conveniente. La Corte ha interpretado que todas las disposiciones de tal rango deben reglamentarse, no sólo por conveniencia sino por determinación de la misma Constitución. Así la Sala de Casación civil de la Corte Suprema en providencia que se transcribe parcialmente, manifestó:

“Mediante las normas contenidas en la ley 1ª de 1976, reguladora del divorcio vincular en el Estado colombiano, consagró en su artículo 27 el proceso de divorcio sólo para los matrimonios civiles, como un proceso abreviado, transformado a proceso verbal con las modificaciones que le fueron introducidas por el decreto 2282 de 1989, normas éstas de orden público sustancial y procesal, que, aún, bajo la vigencia de la Constitución de 1991, son las básicas para regular con sentido restrictivo y mientras no sean modificadas, entre otras, la naturaleza del matrimonio objeto de divorcio civil, las causas, la acción, la jurisdicción, la competencia, los procedimientos, los recursos, etc., en materia de divorcio de matrimonios, no aplicables por tanto a los matrimonios católicos mientras el legislador no desarrolle la norma programática constitucional contenida en el artículo 42 de la C. N., pues exacto alcance de su contenido la calidad normativa de este programa institucional (recogido en la Carta Política) no le atribuye la aptitud para operar por sí sola, de manera inmediata, sino por el contrario, mediante su desarrollo legislativo”.

Hubo jueces desde luego, que no compartieron ni comparten dicho criterio. Y fundados en el mandato constitucional, que apreciaron tan claro que no requería necesariamente ser reglamentado, tramitaron divorcios católicos antes de ser expedida la ley 25. Pero ya sea porque no es éste un concepto desatendible, o bien por legalizar lo ya hecho y zanjar así complejos problemas jurídicos y sociales, lo cierto es que la misma ley, en su artículo 14, resolvió reconocerles pleno valor a las sentencias proferidas con fundamento en las causales de la ley 1ª de 1976, por aplicación directa de la Constitución y naturalmente antes de que apareciera el reglamento de la ley 25.

4. *Equiparación de los matrimonios*

El artículo 19 de la ley 25, que adiciona el 115 del Código Civil, reconoce plenos efectos jurídicos a los matrimonios celebrados de acuerdo con las normas de cualquier "confesión religiosa o Iglesia" que haya suscrito para ello, con el Estado colombiano, concordato, tratado de derecho internacional, o convenio de derecho público interno.

Los acuerdos a que se refiere el párrafo anterior sólo podrán celebrarse con las confesiones religiosas o iglesias que tengan personería jurídica, se inscriban en el registro de entidades religiosas del Ministerio de Gobierno y acrediten tener disposiciones sobre el régimen matrimonial que no sean contrarias a la Constitución y garanticen la seriedad y continuidad de su organización religiosa.

No hay que olvidar que, antes de la presente disposición legal, sólo en relación con la religión católica se han reconocido efectos civiles en el matrimonio de esta índole. Ahora el reconocimiento se ha igualado para todas las confesiones religiosas o iglesias.

No hay que olvidar tampoco que el reconocimiento de efectos civiles y políticos, en relación con el matrimonio católico, tuvo ocurrencia por primera vez mediante el artículo 12 de la ley 57 de 1887, que a la letra dice: "Son válidos para todos los efectos civiles y políticos, los matrimonios que se celebren conforme al rito católico". Antes de este precepto los matrimonios católicos eran inválidos y por lo tanto carecían de efectos civiles y políticos.

El art. 19 de la misma ley 57 le dio a la norma preinserta efecto retroactivo, razón por la cual todos los matrimonios católicos "celebrados en cualquier tiempo" gozan de plenos efectos. Y el artículo 50 de la ley 153 del mismo año, tratando de precisar el alcance de los dos artículos anteriores, determinó que la plenitud de los efectos civiles y políticos es predicable únicamente en relación con los matrimonios que se celebren en "la república", por modo pues, que dejó sin esos efectos a los matrimonios católicos realizados en el extranjero. Dice así en lo pertinente: "Los matrimonios celebrados en la república en cualquier tiempo conforme al rito católico, se reputan legítimos, y surten, desde que se administró el sacramento, los efectos civiles y políticos que la ley señala al matrimonio...".

El artículo 1º de la ley 25 en comentario nada dispone sobre el particular y en consecuencia es dable afirmar que los matrimonios católicos llevados a cabo en el exterior, son inexistentes. La H. Corte, aplicando principios de derecho internacional privado, ha sostenido que el matrimonio católico formalizado en el extranjero tiene efectos en Colombia si en el país donde ocurre tiene, como entre nosotros, connotación jurídica. Es decir que en el país de su celebración tenga efectos jurídicos y no meramente sacramentales o religiosos. Dice la Corte: “De conformidad con lo dicho, el matrimonio sacramental católico celebrado en el exterior, siendo ambos contrayentes colombianos o sólo uno de ellos, no queda cobijado por el art. 12 de la ley 57 de 1887 ni por el artículo VII del concordato de 1973, aprobado por la ley 20 de 1974, sino en la medida en que se demuestre que en el país en donde se administró el sacramento de esa institución religiosa tenga, como en Colombia, denotación jurídica...”.

5. *Competencia exclusiva de las autoridades eclesiásticas*

No obstante que el art. 5º de la ley 25 atribuye al juez de familia o promiscuo de familia la competencia para conocer del divorcio relativo a todo matrimonio religioso, el art. 3º dispone que son las autoridades religiosas las encargadas de decidir las controversias relativas a la nulidad de los matrimonios celebrados por la respectiva religión. Esto es decir que en relación con el mismo matrimonio religioso caben dos sentencias: de divorcio, la una y de nulidad, la otra. En el primer caso, la competencia corresponde al juez de familia o promiscuo de familia y en el segundo, a las autoridades religiosas de acuerdo con sus cánones y reglas.

A esta actitud dubitativa, de escaso rigor jurídico, sigue una hibridación un tanto peculiar respecto de la ejecución del fallo de anulación proferido por las autoridades religiosas. En efecto, el art. 4º señala que las providencias de nulidad matrimonial, dictadas por las autoridades de la respectiva religión, ejecutoriadas que se hallen, deben comunicarse al juez de familia o promiscuo de familia, quien decretará su ejecución en cuanto a los efectos civiles y ordenará la inscripción en el registro civil. Es ésta una especie de control meramente nominal, lo cual se deduce de la misma forma imperativa que emplea la ley para imponer la orden

de ejecución al juez de familia o promiscuo de familia, y además porque no se advierte qué clase de materia ni qué atribuciones tendría éste como base de estudio. Es una imposición innecesaria y meramente dilatoria, con un agravante: que sujeta la procedencia de los efectos de la nulidad declarada a la firmeza de la providencia del juez que ordena su ejecución, a términos del inciso 2º del art. 4º. Por lo demás se ignora qué clase de providencia dictaría el juez: si auto o sentencia. Finalmente, téngase en cuenta que si el juez de familia o promiscuo del mismo linaje le negare la orden de ejecución, equivaldría a la derogación del fallo y tal procedimiento no está reglamentado en la ley.

6. *Noción del divorcio*

El art. 5º, modificativo del 1º de la ley 1ª de 1976, reza:

"El artículo 152 del Código Civil quedará así:

"El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado.

"Los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por el juez de familia o promiscuo de familia.

"En materia del vínculo de los matrimonios religiosos regirán los cánones y normas del correspondiente ordenamiento religioso".

En materia civil, el matrimonio se disuelve por la muerte, real o presunta de uno de los cónyuges o por el divorcio declarado judicialmente.

Es un divorcio *vincular*, en cualquier evento. La disolución por muerte presunta, que fue establecida desde la ley 1ª del 76, fue reproducida en la ley 25. Antes no existía norma sobre el particular. Empero, interpretando el artículo 152 del C. C. que consigna la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, se admitía que tal disposición abarcaba tanto a la muerte real como a la presunta, porque la ley no hacía distinción alguna. Pero esta posición no era unánime en razón de las consecuencias civiles que en tales circunstancias quedaban sometidas a la hipótesis de apareamiento del presunto muerto. El ulterior matrimonio, por ejemplo, quedaría sujeto a la condición del apareamiento, modalidad extraña al acto matrimonial.

En lo concerniente a los matrimonios religiosos, el divorcio es *impropio* por cuanto deja vigente el vínculo y hace cesar los efectos civiles. Esta norma modifica el régimen concordatorio de 1974, lo que ha hecho pensar en su inconstitucionalidad. Pero la Corte misma ha sostenido que el choque entre una ley ordinaria y otra, aprobatoria de un tratado público, no es motivo de inconstitucionalidad, puesto que no existen leyes de mayor o menor jerarquía: ésta se pregona, cuando el contraste es entre una ley ordinaria y la constitución. La Corte ha expresado algo que se trajo a cuento, como fundamento, en la exposición de motivos elaborada por el Congreso y que constituía una forma de curarse en salud: "En múltiples ocasiones la Corte se ha visto avocada al punto de decidir si una norma legal interna que está en contradicción con otra ley, aprobatoria esta última de un tratado público, debe ser calificada, por ese solo hecho, como inexecutable. Según lo recuerda el señor Procurador de la Nación la jurisprudencia patria optó categóricamente por la tesis de que en tales eventos no cabe declarar la inexecutable de la ley, pues ésta sólo es predicable en el supuesto de que se establezca el contraste entre dos normas puramente internas, a saber, una norma legal común y otra incorporada a la Constitución, no cuando él sea entre dos normas de jerarquía legal así una de ellas sea aprobatoria de un tratado por ministerios de la misma Constitución, esta tesis se basa en los razonamientos que siguen, traídos de la sentencia citada en este último término:

"La Corte considera que no asiste razón a los impugnadores al pretender violaciones de la Carta por el desconocimiento de convenios internacionales, para lo cual basta reiterar su jurisprudencia en sentido de que en los procesos de inexecutable de la ley la confrontación de las normas acusadas para calificar su validez, sólo puede ser hecha con las disposiciones de la Carta Constitucional y nunca con normas de derecho internacional, pues la infracción de ésta es extraña a la jurisdicción nacional de la Corte, plantea problemas interestatales, que escapan de su competencia, y no implican violación directa de la Constitución" (Sentencia de diciembre 10 de 1991. Ponente: doctor Carlos Medellín Forero).

7. *Formas del divorcio*

1. Puede ser por repudio o decisión unilateral. Es una manera arcaica, existió en los pueblos antiguos; en el judío, por ejem-

plo, podía el hombre hacer una escritura de repudio y expulsar de su casa a la mujer. No obstante la brutalidad del procedimiento, se le considera como un avance histórico, al exigirse una formalidad escrita, que no existía anteriormente pues bastaba el simple repudio verbal.

2. Por mutuo consentimiento. Necesita el acuerdo de ambas partes, sin necesidad de exponer motivos, pero con refrendación de autoridad administrativa o judicial, que interviene con el propósito personal de proteger a los hijos. No existía entre nosotros. No por tal podía tenerse a la figura que consagraba el art. 1º del decreto 1.900 de 1989, que permitía el divorcio por mutuo consenso, ante notario, del matrimonio civil. Pero en realidad, su fundamento, más que el mutuo consentimiento, consistía en la separación de cuerpos, decretada judicialmente o por medio de notario, siempre que hubiese durado más de dos años.

Se consagra hoy por medio del numeral 9 del art. 6 de la ley 25. "El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia". Esta causal la regula el parágrafo 5 del art. 9 de la ley, regulación que hace notar que no se trata en verdad del simple consentimiento sino de éste, unido a la regulación legal, en tutela de los hijos menores y del cónyuge. Además del consentimiento es necesario garantizar la protección de los hijos y los cónyuges.

3. Jurisdiccional. Es el que se realiza ante el juez y puede ser contencioso o voluntario.

Por razón de las causas determinantes, el divorcio puede considerarse como una sanción, cuando se apoya en la culpabilidad de uno de los cónyuges y la inocencia del otro. O puede considerarse como un *remedio* para la vida normal; ejemplo claro de éste es la causal 6 del art. 6 de la ley 25, que erige en motivo de divorcio "Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial".

Al tenor de sus consecuencias, finalmente, el divorcio puede ser *vincular* o *no vincular*. El primero implica el aniquilamiento del matrimonio, su disolución, y el segundo se contrae específicamente a sus efectos, manteniendo la vigencia del vínculo. Se les conoce también con los nombres de *propio* o *impropio*, en su orden.

8. *El divorcio en nuestra historia*

Mediante la ley 15 de 1853, al separarse la Iglesia del Estado, se impuso un régimen estrictamente civil y se introdujo, el mismo año, el divorcio perfecto, aunque tres años más tarde se estableció el imperfecto.

Al surgir los Estados Federados, algunos de ellos impusieron el divorcio perfecto, y otros el imperfecto, pero en todo caso la vigencia del perfecto terminó con la ley 84 de 1873, cuando se adoptó para la Unión el Código de Cundinamarca, que regulaba el imperfecto, posición que fue confirmada por la ley 57 de 1987 y que rigió hasta 1976, cuando apareció la ley 1ª, que en su art. 1º introdujo nuevamente el divorcio vincular para el matrimonio civil (“El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado”). Con todo, la implantación del divorcio vincular se efectuó en forma muy tímida y casi nugatoria, a términos del art. 5º de la misma ley 1ª. Este texto legal, en efecto, supeditó la declaración de divorcio al estado de desquiciamiento profundo en que haya quedado la comunidad matrimonial por razón de los hechos constitutivos de la causal. Además, correspondía al juez negar el divorcio si lo consideraba injustificado moralmente, en atención al interés de los hijos menores, a la antigüedad del vínculo y a la edad de los esposos. Esta discrecionalidad resultaba peligrosa y antitécnica, subjetiva en grado sumo y creadora por ende de inseguridad jurídica.

9. *Causales de divorcio*

Primera. “Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado”.

Desde la ley 8ª de 1922 se incorporó en este punto un trato discriminatorio para el hombre y la mujer, pues bastaba como causal de divorcio o de separación de bienes el adulterio de ésta, en tanto que para aquél se exigía el amancebamiento. Para muchos se trataba de una discriminación absurda e injusta, mientras que para otros significó una simple interpretación adecuada de la naturaleza humana.

La causal 1º del art. 4º de la ley 1ª del 76, que derogó el art. 4º del decreto 2820 de 1974, que legisló acerca de la igualdad de los sexos, mantuvo esta igualdad, cuando dispuso como causal de divorcio “las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges”. La forma plural empleada servía para ser interpretada en el sentido de ser insuficiente para el divorcio, el mero adulterio de la mujer, y tanto en ésta como en el hombre eran precisos al menos dos actos o relaciones sexuales, hasta el punto de considerar que el adulterio único aparecía como absolutamente inocuo. En contra de este pensamiento, la H. Corte, sostuvo que la infidelidad simple del cónyuge era bastante para justificar el divorcio, aunque no se llegase al adulterio y poco importaba si la infidelidad era singular o plural. Más adelante se interpretó con mayor rigor lógico: la conducta infiel —que no llegase al extremo del adulterio— era suficiente para autorizar el divorcio, mas no por la causal primera (“las relaciones sexuales extramatrimoniales”), sino por la causal tercera, ultraje o trato cruel, lo cual llevó a un desarrollo posterior mediante el cual se distinguió al adulterio como una “*infidelidad objetiva*” y como una “*infidelidad moral*” a los escarceos sexuales que no llegasen a aquel extremo: se agregó que ésta caducaba en un año a partir de su ocurrencia, mientras que en aquella sólo se contaba el año desde el momento en que se tuviera conocimiento de su ocurrencia.

Este vocablo, “*infidelidad*”, fue usado en los proyectos de la ley 25, en lugar de las conocidas y tradicionales “relaciones sexuales extramatrimoniales”, y se quiso además consagrar la distinción mencionada, entre la infidelidad objetiva y la moral, siguiendo en ello la doctrina de la H. Corte sobre el particular. Esta había dicho en sentencia del 9 de noviembre de 1990:

“En síntesis, valdrá siempre distinguir con cuidado las dos maneras en que la infidelidad, en materia matrimonial puede presentarse. La primera, llamada infidelidad material, equivale al adulterio, queda configurada al mediar las relaciones sexuales extraconyugales de cualquiera de los esposos, probadas fehacientemente, y su régimen, en cuanto causa legal determinante del derecho de demandar la separación de cuerpos, se encuentra previsto en el numeral 1º del artículo 154 del C. C.: por el contrario, la infidelidad moral, constitutiva de agravios y en tal concepto también motivo legal para ejercitar dicho derecho con fundamento en el numeral 3º del artículo recién mencionado podrá tenerse por acreditada con la demostración de todos aquellos hechos que, poniendo al descubierto un profundo menosprecio del que uno de

los cónyuges hace objeto al otro, tiene su fuente en comportamiento incompatible con el deber de fidelidad conyugal, pero siempre en el entendimiento que conductas culposas de esta especie únicamente podrán dar lugar a la separación si, en virtud de las secuelas que acarrearán, la unidad de la vida matrimonial se perturba de modo tal que al otro cónyuge y frente a este estado de cosas impuesto y mantenido por voluntad de ellos, no puede exigírsele la continuación de la relación porque ya no le es posible tratar al ofensor con el amor y atención que según la esencia del matrimonio entre sí se deben los casados.

“... El objeto final de la prueba no es otro distinto que el de llevar al ánimo del juzgador la certeza acerca de la existencia de un estado de intenso alejamiento entre los cónyuges, motivado por la conducta de uno de ellos que ha roto, de hecho, ese vínculo de mutua consideración indispensable en la vida matrimonial; en otras palabras es en últimas el radical distanciamiento personal de los esposos... la pauta decisoria básica que, ante controversias de esta clase, debe inclinar el pronunciamiento judicial...”.

La misma Corte, en otra oportunidad, había comprimido su pensamiento en los siguientes términos (julio del 89): “... La infidelidad, cuando se materialice en adulterio, se rige por el numeral 1º de la ley citada y cuando no llega a concretarse así o no logra la prueba plena y completa del acto podrá significar un ultraje o injuria grave tratada por el numeral 3º de la misma ley...”.

Empero, en la Cámara de Representantes, se consideró que el vocablo *infidelidad* era confuso y por tal motivo la ley 25 repitió la misma expresión de la ley 1ª del 76, dejando cierta ambigüedad en torno de su significado cabal.

Debe anotarse que la ley 1ª en su art. 4º estableció la siguiente presunción: “Se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma y eficacia”. El anterior texto fue eliminado en la ley 25. Se estima sin embargo que el nuevo matrimonio, cualquiera que sea su forma y eficacia, se erige en ultraje moral como comportamiento, de acuerdo con la causal 3ª del art. 6 de la nueva ley, y es por consiguiente, en este sentido, causal de divorcio. Hubiese sido más sensato considerar que el nuevo matrimonio, en forma independiente, fuese causal en sí misma de divorcio.

Identidad de causales

El cotejo de la ley primera del 76 y la 25 del 92, permite establecer que:

La causal 2ª de la ley 1ª es igual a la 2ª de la ley 25;

la 4ª de la ley 1ª es igual a la 4ª de la ley 25;

la 6ª de la ley 1ª, igual a la 6ª de la ley 25, y

la 7ª de la ley 1ª es idéntica a la 7ª de la ley 25.

Causal 3ª

Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.

La ley 1ª del 76 exigía gravedad para que estos maltratamientos, trato cruel y ultrajes, se convirtieran en motivo de divorcio, y se refería a los cónyuges como a sus descendientes. En el seno de la comisión se prefirió adaptar un criterio más moderno, menos estricto, que tutele toda manifestación de irrespeto. Eliminado el concepto de gravedad, el fallador goza de un espacio más amplio para hacer la calificación de los hechos, mirando siempre a la falta de afecto que entrañan, afecto que es menester entre los miembros de un hogar para mantener la dignidad y la cohesión que este requiere, sin caer en el extremo de calificar como suficiente causa de divorcio los meros resquemores o incidencias de poca monta, de común ocurrencia en el trato familiar y que son apenas manifestación inequívoca de la intransigencia ordinaria, de la intolerancia o el mal carácter, que son corrientes en la vida de sociedad y que constituyen más bien imprudencias o signos de mala educación que motivos serios de separación.

Débase agregar que la causal se refiere tanto al maltrato físico no al moral. Y que sin duda esta causal es una especie del género concebido en la segunda: el incumplimiento grave e injusto por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.

Causal 5ª

El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.

La ley primera traía esta misma causal; pero adicionada con la condición de que el uso habitual fuese compulsivo. En realidad lo que se debe sancionar es el uso habitual, resultando inocua su

impulsividad. Tal vez revista más gravedad, en cuanto está comprometida la voluntad positiva, lo habitual que lo habitual-compulsivo.

Esta causal, como las anteriores, pertenece al divorcio calificado como *sanción*, porque se parte del supuesto de existir un cónyuge culpable y se disuelve el matrimonio como castigo precisamente.

Causal 8ª

La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos (2) años.

En la ley 1ª del 76 la causal era menos extensiva, cubría tan sólo la hipótesis de la separación de cuerpos judicialmente decretada. Se complementó luego con los decretos 1900 y 2468 del 89, hoy derogados, que extendían la causal a la separación decretada por notario.

La distinción entre las diferentes formas de separación de cuerpos es anodina. Todas tienen el mismo valor y pueden sumarse a las de simple hecho. Todo se reduce a un problema meramente probatorio. Así se expresa sobre el particular el doctor Gustavo León Jaramillo Osorio (*Nuevo régimen de divorcio y separación de cuerpos*, 1ª edición —993, señal editora, pág. 80): “En el presente el régimen es el siguiente: toda separación judicialmente declarada, que se origine en sentencia, en decreto de autorización de residencia separada o separación provisional (ya sea judicial o administrativa que proviene de defensores de familia), en separación temporal que puede despacharse con una perduración de un año o menos, o las de acto escriturario, pueden sumarse a las separaciones de hecho para completar los dos años, es decir, las separaciones legales pueden ser judiciales, notariales o administrativas. Las judiciales que provengan de sentencia donde se decrete indefinidamente la separación debe perdurar al menos dos años. Si son provisionales pueden durar los dos años autónoma o parcialmente, menos de los dos años y complementadas con separaciones de hecho; igual acontece con las separaciones de hecho o las administrativas provenientes de Defensor de Familia que no pueden tener una duración mayor de tres meses. También pueden sumarse con la separación de hecho y también tienen entidad suficiente la separación de hecho aisladamente considerada que tenga esa duración mínima de más de dos años. Esto quiere decir que cuando se trata de separaciones, las distinciones de sepa-

raciones judiciales inferiores a un año para sumarse a las de hecho quedan sometidas a contingencia probatoria, así: será únicamente motivo de prueba, desvirtuable por cierto, que si hay una separación de tres meses bastará el decreto sin otra prueba distinta; si es una separación temporal, la sentencia respectiva; si es una separación provisional o autorización de residencia separada, se corre igual suerte. Ya la diferenciación con estos propósitos de divorcio no tiene una incidencia sino, se repite, meramente probatoria”.

Aparentemente la novedad de esta causal concierne a lo tocante con la separación de *hecho*. Pero en sentido estricto, no hay tal novedad. En efecto: la separación de hecho lleva consigo el grave e injustificado incumplimiento de los deberes correspondientes a los cónyuges. Si un cónyuge abandona al otro, es evidente que se rompen los deberes de cohabitación y ayuda, situación que justifica la demanda de divorcio por la causal segunda (el grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres) de la ley 25, equivalente a la causal segunda de la ley primera del 76, sin necesidad de esperar a que se cumplan los dos años que exige la causal octava de la ley nueva y que constituye, en tal sentido, una inmoral imposición en cuanto requiere que el incumplimiento se prolongue al menos por dos años. Ello equivaldría a reglar el mantenimiento de una infracción: no le basta al legislador el incumplimiento, manda que éste se prolongue durante mucho tiempo.

Sobre el particular, el doctor Gustavo León Jaramillo, en la obra citada, manifiesta: “La separación legal es una aplicación del principio de ‘la verdad sabida y la buena fe guardada’, los cónyuges, son ‘inocentes’; la separación de hecho impone, al menos, que haya un cónyuge culpable: arrimar una separación legal para una posterior disolución de sociedad conyugal es imposible; porque tal se disolvió en sentencia o escritura; allegar una separación de hecho, sin más, por parte del cónyuge que la originó, para adquirir separación de bienes, no sólo conculca los derechos del otro cónyuge sino que es un agravio y una afrenta. Definitivamente uno de los errores más protuberantes de la ley sobre divorcio es confundir las separaciones legales con las de facto”.

Tiene conexión con esta causal la que existía en la ley 1ª del 76, según la cual procedía el divorcio cuando ocurría “la condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años...”.

Sin hacer consideración alguna en lo tocante con los condicionamientos que traía esta causal en cuanto el juez calificara de atroz o infamante el delito en cuestión, es evidente que la sola privación de la libertad, en principio, equivale a una separación de facto. Que puede romperse, desde luego, con las visitas conyugales y el auxilio moral. Pero será sin duda causal de divorcio cuando conlleve conducta grave e injustificada, a términos de la causal segunda de esta ley.

Causal 9ª

El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste, mediante sentencia.

El desarrollo de esta causal está inserto en el art. 9º de la misma ley, que dice: "El artículo 444 del Código de Procedimiento Civil se adicionará así:

"Parágrafo 5º. En el proceso de divorcio con base en el consentimiento de ambos cónyuges se observarán las siguientes reglas:

"1. En la demanda los cónyuges manifestarán, además de su consentimiento, la forma como cumplirán sus obligaciones alimentarias entre ellos y respecto a los hijos comunes, la residencia de los cónyuges, el cuidado personal de los hijos comunes y su régimen de visitas, así como el estado en que se encuentre la sociedad conyugal.

"2. En la audiencia, a la que deberán comparecer obligatoriamente los cónyuges, el juez propondrá en primer lugar términos de avenimiento para mantener la unidad familiar. Si no asistiere alguno de ellos sin justa causa o hubiere avenimiento, se dará por terminado el proceso.

"3. De persistir en ambos cónyuges la voluntad de divorciarse, el juez continuará el proceso de divorcio.

"4. La sentencia que decrete el divorcio decidirá además sobre las obligaciones alimentarias, la residencia de los cónyuges, el cuidado personal de los hijos comunes y su régimen de visitas, declarará disuelta la sociedad conyugal que estuviere vigente y ordenará su liquidación, y dispondrá su inscripción en los respectivos folios del registro civil".

La introducción del divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges es considerada como el mayor acierto de la ley 25. Es

el resultado lógico de apreciar que históricamente es primero el matrimonio y luego el divorcio. Es tomar conciencia de que, pese a todos los anhelos en contra, el matrimonio es fuente de conflictos de gravedad que precisan subsanamiento: y que el divorcio, como forma extrema, es la manera de superar escollos y dificultades trascendentes —y restablecer el sosiego doméstico que se ha perdido.

Es una consecuencia natural de la condición humana, que es variable, cambiante, tornadiza. Es la solución al conflicto de dos personas puestas en condición de convivir para siempre y que por una u otra causa no encuentran el debido acomodo de sus caracteres. Se da en todas las sociedades, desde las más retrasadas hasta las más cultas. En todas las latitudes y en todas las edades. No es falla de las legislaciones que admiten el matrimonio a muy pronta edad, porque si se tiene ésta para casarse, con mayor sentido se ostenta para divorciarse. Posiblemente es en las comunidades más civilizadas donde mayor número de divorcios ocurren. Opera bajo todos los sistemas y dentro de todos los credos. La desunión aparece en forma legalizada o de hecho, pero es inatajable. Reconocerlo es imperativo para el legislador.

Atina el legislador cuando hace de este convenio algo serio, como quiera que además de exigir la expresión del consentimiento recíproco para divorciarse, manda que se exprese la forma como se cumplirán las obligaciones alimentarias entre los cónyuges y respecto de sus hijos comunes, la residencia de los esposos, el cuidado personal de los hijos comunes y el régimen de visitas, así como el estado en que se encuentre la sociedad conyugal, para disolver ésta si está vigente aún; esta disolución obra de pleno derecho, pídanlo o no las partes y dígalo o no el juez en la sentencia: en ésta se contendrán las declaraciones atinentes a todas las exigencias legales anotadas.

El divorcio por mutuo consentimiento es siempre de carácter judicial. Conoce del proceso respectivo el juez de familia en única instancia y a falta de éste, el juez civil municipal o promiscuo en primera instancia; en segundo grado conoce el juez de familia del respectivo Circuito. El trámite es el verbal sumario.

10. *Reserva de los expedientes*

Es una novedad de la ley 25. La instituye en el parágrafo 6º del art. 9º, como adición al art. 444 del C. de P. C.

Rige para todos los procesos contenciosos de divorcio y de separación de cuerpos. los cuales sólo podrán ser consultados por las partes, sus apoderados, el Ministerio Público y el Defensor de Familia.

Se prohíbe la expedición de copias del expediente, total o parcialmente, con una salvedad: que las ordene el juez, el agente de la Fiscalía General de la Nación o del Ministerio Público para adelantar investigaciones penales, disciplinarias o tributarias o para que obren como prueba trasladada en otro proceso.

En desarrollo de la reserva indicada, el registro de las sentencias se hará mediante oficio en el que conste sólo que se decretó el divorcio o la separación de cuerpos con su constancia de ejecutoria.

No obstante, podrán publicarse las providencias de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales superiores de distrito judicial, omitiendo los nombres de las partes, sus apoderados los testigos "y cualquiera otra circunstancia que viole la reserva establecida".

La reserva opera no sólo durante el trámite del proceso sino además veinte (20) años después, contados a partir de su terminación.

Es ésta una medida que implica un retroceso histórico, pues atenta contra el principio de la publicidad y más parece una muestra de innecesaria mojigatería, que una regla técnica que la justifique.

11. *Instituciones del artículo 10*

El artículo 10 de la ley 25 incorpora dos instituciones, a saber:

- a) La caducidad de la pretensión.
- b) La aplicación del principio *nemo auditur propiam turpitudinem alegans* (nadie podrá ser oído cuando alega su propia torpeza).

a) El cónyuge sólo puede demandar el divorcio dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de los

hechos que lo motivan, respecto de las causales primera y séptima; o desde cuando se sucedieron, respecto de las causales segunda, tercera, cuarta y quinta. En todo caso, las causales primera y séptima sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia.

Es el fenómeno de la caducidad por el transcurso del tiempo, no muy ortodoxa tratándose del estado civil de las personas. Es lógico que para las causales octava y novena la acción (pretensión) no prescriba ni caduque, de acuerdo con la exclusión que hace el mismo ordenamiento.

Parece ser que el mismo fenómeno de caducidad es aplicable a la separación de cuerpos, cuando se alegan estas causales como fundamento de ella. Todo, porque así lo ordena el artículo 18 de la ley 1ª del 76, que está vigente y que hace aplicable a la separación de cuerpos las normas que regulan el divorcio en cuanto no fueron incompatibles.

b) El divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan.

Esta previsión tiene plena justicia en tratándose de las causales que dan pábulo al *divorcio-sanción*. Motivos como son la enfermedad o anormalidad grave e incurable física o síquica, no pueden endilgarse a ninguno de los cónyuges como alegación de su propia torpeza, a menos que medie la culpa de uno de ellos. En tales supuestos cualquiera de los esposos puede demandar efectivamente el divorcio, ya que carece de fundamento la imputación atinente a la propia ilicitud.

Con este precepto quiere la ley tutelar al cónyuge inocente. Pero importa señalar cuál es el alcance o amplitud de la inocencia requerida. Indudablemente esa inocencia ha de pregonarse únicamente en relación con la causal alegada, o mejor, en relación con los hechos sustentatorios de ella. El mismo texto legal evidencia esta interpretación cuando preceptúa que opera la pretensión de divorcio sólo en relación con el cónyuge que no dio lugar a *los hechos* que lo motivan. ¿Cuáles hechos? Ciertamente los que sirven como parte histórica o causa petendi y no otros.

Por lo tanto, parece descartable la doctrina relativa a la llamada *compensación de culpas*, según la cual cada cónyuge ha incurrido en una o más causales, el divorcio no procede, porque las culpas de ambos se compensan. Desde luego, si los hechos sustentan la causal primera, por ejemplo, en los cuales se hallare incurso

uno de los cónyuges, no podrá demandar con fundamento en la existencia de aquellos, porque estaría aprovechándose de su propia ilicitud. Pero sí podría demandar eficazmente alegando que el otro cónyuge ha incurrido en otra de las causales, o en la misma pero con hechos fundantes diferentes. En tal hipótesis, es aceptable que el cónyuge demandado, dentro del término de la contestación de la demanda, pueda demandar en reconvencción alegando la causal en que, a su turno, ha incurrido el demandante. Y si los hechos de ambas demandas son comprobados en el plenario, se estaría frente a la declaración de divorcio con apoyo no en una sola causal sino en dos.

12. *Efectos de la sentencia de divorcio*

Una vez ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio se producen los siguientes efectos:

a) Disolución del matrimonio civil y por consiguiente desaparición de los deberes entre los cónyuges, con excepción del alimentario en bien del cónyuge que no dio lugar al mismo. En los casos de divorcio remedio (no sanción) la pretensión alimentaria corre en forma recíproca.

b) Cesan los efectos civiles del matrimonio católico.

c) Se disuelve la sociedad conyugal, pero subsisten los deberes y derechos de los padres respecto de los hijos comunes, en forma solidaria, no importa los pactos que sobre el particular realicen los cónyuges entre sí.

CONFLICTO DE INTERESES EN EL REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

José Fernando Ramírez Gómez*

1. Introducción 2. Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal 3. El reglamento 4. Tutelas procesales de la propiedad horizontal.

1. *Introducción*

Antes de afrontar el examen de lo que es el objetivo del trabajo, es decir, de los conflictos de intereses en el régimen de propiedad horizontal y de su solución, que en otras palabras significa estudiar los aspectos procesales en torno a la normatividad que reglamenta esta especie de propiedad, debemos tratar de precisar dos puntos sustantivos fundamentales para el análisis de fondo, porque su definición implica la elucidación de distintos fenómenos procesales dentro del marco jurídico que nos ocupa, atinentes a la legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva, a la formulación de las pretensiones y con ella a la formalidad de la demanda, y al procedimiento mismo, entre otros.

Esos dos temas de gran calado que deben ser puntualizados al máximo, pues son ellos el andamiaje o la estructura jurídica de la propiedad horizontal, están constituidos por la *naturaleza jurídica* de este tipo de propiedad y por el llamado *reglamento de propiedad horizontal*, que como bien se sabe, es el marco regulador

* Magistrado del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín y Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

de las *relaciones de vecindad* entre los copropietarios, pues él precisa, como lo dice el art. 11 de la ley 182 de 1948, los derechos y obligaciones recíprocas de los copropietarios.

2. *Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal*

2.1. **Diversas teorías**

Debido a la evidente complejidad que presenta la propiedad horizontal, su naturaleza jurídica ha sido objeto de grandes discusiones, originantes de diversas teorías que pretenden explicar la concurrencia del derecho de propiedad exclusiva e individual sobre el piso, departamento o local independiente, y del derecho de copropiedad sobre las cosas de uso común.

Claro está que no entraremos a hacer un minucioso análisis de las diversas teorías, pues para el objetivo del trabajo nos basta su enunciación y así determinar cuál de ellas acoge la legislación colombiana.

Con el fin de explicar la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal se han planteado las siguientes teorías:

a) *La propiedad horizontal como copropiedad o comunidad ordinaria.* Por supuesto que esta teoría, hoy completamente superada, en manera alguna podría explicar entre nosotros la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, porque por definición legal en Colombia esta propiedad presupone la existencia de dos propiedades distintas: las independientes y las comunes (Ley 182 de 1948, art. 2º y ley 16 de 1985, art. 1º). Por lo demás, la reglamentación que de la propiedad comunitaria establece la ley 182, resulta incompatible con la concepción romana que sobre la copropiedad consagra la legislación civil colombiana.

b) *La propiedad horizontal como comunidad pro diviso.* Esta teoría fue abandonada por la doctrina y la jurisprudencia por lo contradictoria, pues junto a las propiedades independientes existen las comunes frente a las cuales es imposible la división, "pues si se dividen dejan de ser tales", como en nuestra normatividad lo pregona el art. 3º de la ley 182 de 1948.

c) *La propiedad horizontal como persona jurídica.* Entre los principales exponentes de esta teoría estaba Carnelutti, quien

atribuía al sistema “entidad propia e independiente”, para a partir de ahí señalar la propiedad horizontal como un nuevo sujeto de derechos. Tampoco tiene asidero esta tesis en torno a la reglamentación colombiana, amén de que el insigne tratadista italiano, como lo comenta Luis Zanon Masdeu, reúne como un todo la sociedad y la copropiedad cuando son dos cosas completamente distintas, por cuanto la una constituye un derecho obligacional y la otra un derecho real.

Otras legislaciones y doctrinas consideraron la propiedad horizontal como un *derecho de servidumbre* (código civil francés, art. 664 y el código civil italiano de 1865) o como una expresión del *derecho de superficie*, puesto que los condueños únicamente son propietarios exclusivos de los departamentos independientes, pero no de las partes comunes de la edificación, “y ante todo del suelo, que pertenece en común a todos los condueños” (Códigos Civiles de Alemania y Suiza).

2.2. Concepción nacional

La naturaleza jurídica de la propiedad horizontal en Colombia está definida por los arts. 2º de la ley 182 de 1948, y 1º de la ley 16 de 1985. Conforme a la primera norma en el edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, “cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento, y comunero de los bienes afectados al uso común”. De acuerdo con el art. 1º de la ley 16, la llamada propiedad horizontal se define como “una forma de dominio que hace objeto de propiedad exclusiva o particular determinadas partes de un inmueble y sujeta las áreas de éste destinadas al uso o servicio común de todos o parte de los propietarios de aquellas al dominio de la persona jurídica que nace conforme a las disposiciones de esta ley”.

El tenor de las dos normas citadas permite sacar dos conclusiones: que la propiedad horizontal no es otra cosa que *una forma de dominio* o especie de propiedad, según las propias voces de la ley 16 de 1985, y que en Colombia existen dos formas diferentes de propiedad horizontal.

La primera conclusión descarta legalmente la tesis de la propiedad horizontal como un nuevo derecho real, distinto e independiente del dominio, según lo explica entre nosotros Valencia Zea y lo predica Atilio Amíbal Alterini, acogiendo la conclusión del

III Congreso de derecho civil de la República Argentina, celebrado en Córdoba en 1961.

La segunda conclusión surge del replanteamiento que sobre el derecho de dominio de las cosas destinadas al uso o servicio común hizo la ley 16 de 1985. De manera que hoy debe distinguirse la estructura jurídica de la propiedad horizontal de la ley 182 de 1948, de la estructura jurídica de ella frente a la ley 16 de 1985.

Desde luego que en una y otra se verifica la existencia de los elementos que le dan al dominio el carácter complejo y especial, que hacen que no estemos frente a un dominio común y ordinario, sino ante "*una forma de dominio*", como lo advierte el art. 1º de la ley 16 de 1985, comprendiendo tanto la propiedad horizontal que ella rige como la orientada por la ley 182.

Es, entonces, la coexistencia de elementos de propiedad exclusiva o particular, y elementos de uso o servicio común de todos o parte de los propietarios, la que hace compleja y especial la propiedad, la que hace su género el dominio, originando, así como lo declara la norma, "*una forma*" de éste. Claro, como se anotó, que el régimen de los bienes o áreas de servicio común es diferente en las citadas leyes.

En la ley 182 de 1948, coexisten la propiedad exclusiva o particular sobre el piso, local o departamento independiente, y la comunidad o copropiedad de los propietarios sobre los bienes afectados al uso común; en tanto, bajo la ley 16 de 1985, la coexistencia se da entre la propiedad exclusiva o particular de las partes independientes en el inmueble y el dominio de la persona jurídica que nace conforme a las disposiciones de dicha ley, sobre las áreas destinadas al uso o servicio común de todos o partes de los propietarios.

Aunque a primera vista el régimen de la ley 16 de 1985 se presenta como más claro y perfecto por la determinación del dominio, pues es la persona jurídica distinta de los propietarios de los bienes de dominio particular, la que aparece como dueña de los bienes de uso o servicio común, dándose así un verdadero *estado de división*, éste tampoco es ajeno a las previsiones de la ley 182 de 1948, como se colige del carácter inalienable e indivisible que a los bienes comunes les confiere el art. 3º y de la inseparabilidad del dominio, uso y goce de la propiedad exclusiva o particular que señala el art. 4º.

La definición de la naturaleza jurídica de la propiedad ho-

rizonal y con ella la de los elementos que la estructuran, nos permite una nueva conclusión, ya de linaje procesal, relacionada con el interés jurídico y la legitimación en la causa en consideración al tipo de bienes que involucre el conflicto de intereses, pues si éste versa sobre derechos reales referentes a la propiedad exclusiva o particular, o personales derivados de contratos acerca de ella (arrendamiento, comodato, etc.), o de responsabilidades por daños ocasionados, el interés para obrar y la legitimación en la causa estarán del lado del titular del dominio de esta zona independiente o contratante para el caso de un tercero. En cambio si el conflicto de intereses surge en torno a uno de los bienes de uso común, los citados presupuestos materiales recaerán en uno cualquiera de los copropietarios, quien puede pretender para la comunidad, tratándose del régimen de la ley 182 o del administrador. Si se trata del régimen de la ley 16 de 1985, como los bienes o áreas destinadas al servicio o uso común son propiedad de la persona jurídica, es ésta la interesada y legitimada a través del representante legal que la asamblea general de propietarios de los bienes de dominio exclusivo o particular del inmueble, de conformidad con el reglamento haya designado. Su representación legal, dice el art. 4º de la ley 16 de 1985, estará a cargo del administrador que indique el reglamento debidamente legalizado o que con posterioridad señale la respectiva asamblea general. Con todo, es importante hacer notar cómo las dificultades que en el campo de la representación judicial se habían generado por el silencio en este punto observado por la ley 182 de 1948, definitivamente fueron superados por el decreto 1.365 de 1986, reglamentario de esta ley y de la 16 de 1985, cuando en el art. 31 literal i) expresamente dispuso que era función del administrador "Representar judicial y extrajudicialmente a la persona jurídica, o a la copropiedad, en su caso en todos los actos y contratos acordes con la naturaleza de su cargo y que se relacionen con la actividad formal de la propiedad horizontal. Constituir apoderados judiciales para la defensa de los intereses de ésta, de conformidad con lo que sobre el particular determine la Asamblea General de Propietarios o el Reglamento de la Administración de la Propiedad Horizontal". Norma ésta que particulariza lo que ya se había sentado como principio en el art. 30 del mismo decreto.

2.3. Las áreas y bienes destinados al uso común

Otro aspecto, que en concordancia con lo anterior amerita ser analizado, es el referente a *la determinación de los bienes o*

áreas del inmueble destinadas al uso o servicio común de todos o parte de los propietarios, porque esa precisión, nos define, como ya se dijo, el tema del interés y la legitimación en los conflictos de intereses que toquen con este tipo de cosas.

En primer lugar digamos que nuestra legislación (art. 3º de la ley 182 de 1948), sienta dos criterios para la calificación de los bienes o áreas en comentario, así: a) los necesarios para la existencia, seguridad y conservación del edificio, tales como el terreno, los cimientos, los muros, la techumbre, etc. y b) los que permitan a todos y cada uno de los propietarios el uso y goce de su piso o departamento, siendo ejemplos los vestíbulos, escaleras, ascensores, patios, etc.

En segundo lugar debemos acotar con la doctrina unánime del país que los bienes o zonas que el art. 3º de la ley 182 identifica como comunes, son un mero enunciado de la norma, es decir, simples ejemplos de ellos. No están taxativamente determinados; es el intérprete quien valiéndose de los criterios generales antes señalados, el que habrá de hacer la respectiva calificación en consideración al tipo de edificación sometida al régimen. Calificación que debe hacer el Reglamento, conforme lo dispone el ord. 6º del art. 5º del decreto 1.365 de 1986.

Por último, a propósito del tema de los bienes destinados al uso común, es bueno hacer notar una gran diferencia que existe entre el régimen de la ley 182 y el de la 16, acerca de algunas cosas comunes que no lo son para todos los propietarios sino parte de ellos. Piénsese en terrazas comunes a un grupo restringido de dueños, como caso más ordinario en el medio urbanístico nuestro.

La doctrina extranjera ha solucionado este caso de diversas maneras. Hay quienes consideran (Salis), que esos bienes o zonas hacen parte de la copropiedad por lo menos como presunción legal, salvo prueba en contrario derivada del título, porque el hecho del aprovechamiento no tiene importancia para el efecto del derecho. Empero, existe criterio contrario, de acuerdo con el cual para que la cosa sea común se requiere su destinación a un uso y servicio común.

En Colombia, como se dijo, la solución es diferente en los dos regímenes existentes: la ley 182 considera como bienes comunes y por lo tanto de la copropiedad, además de los necesarios para la existencia, seguridad y conservación del edificio, "los que

permitan a todos y cada uno de los propietarios el uso y goce de su piso o departamento". De suerte que bajo este tratamiento el área o bien compartido por un número restringido de propietarios, será copropiedad de éstos, pero no de la comunidad general. Lógicamente ello incide en la legitimación y en el interés jurídico para obrar.

Por su parte, la ley 16 de 1985 deja a un lado el criterio de la ley 182 y entiende como del dominio de la persona jurídica, "las áreas destinadas al uso o servicio común de todos o parte de los propietarios...".

3. *El reglamento*

3.1. **Definición y contenido**

El otro tema que dejamos planteado para introducirnos en los comentarios de los aspectos procesales del régimen de propiedad horizontal, es el del reglamento, entendiéndolo por tal el conjunto de normas que regulan las relaciones de vecindad del conjunto de propietarios, precisando los derechos y obligaciones recíprocas, así como estableciendo las normas sobre administración, uso, goce y conservación de los bienes de uso común, y el gobierno de la propiedad horizontal. El mínimo reglamentario lo consagra el art. 5º del decreto 1.365 de 28 de abril de 1986.

Si pensamos en el reglamento como un entorno a través del cual se pueden analizar algunos de los temas procesales en la propiedad horizontal, es porque la fuente primaria de conflictos y vicisitudes en este régimen las presenta las relaciones de vecindad, algunas veces por la dificultad de la convivencia y otras por las deficiencias de la reglamentación.

Como lo afirman Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, la vecindad o contigüidad de las propiedades impone una serie de limitaciones a sus titulares para hacer posible el mejor ejercicio de sus derechos; denominándose *relaciones de vecindad* el conjunto de normas que se encargan de regular la convivencia.

En Colombia a diferencia de otros países con legislaciones modernas (Alemania, Suiza, Italia, Perú), no existe un estatuto de relaciones de vecindad, pues apenas, saltonamente se encuen-

tran en el Código Civil y en los Códigos de Policía algunas normas que se encargan de dirigir aspectos de la convivencia.

El derecho a la explotación de la propiedad y el derecho de exclusión, o, en otras palabras, como lo comentan los doctrinantes españoles antes citados, “determinar hasta qué punto está obligado un propietario a tolerar una forma de goce, uso o utilización de la propiedad colindante que le cause molestia o desvalorice la suya”, es el punto de partida de una teoría sobre las relaciones de vecindad, acerca de las cuales se han propuesto hasta ahora cuatro tesis:

a) La teoría que prohíbe sólo los *actos de emulación*, es decir, los actos realizados sin utilidad del propietario o con el propósito o intención de dañar al vecino (teoría totalmente desueta).

b) *La teoría de la inmisión*, según la cual el propietario no puede realizar acto alguno en su fundo que lleve consigo una inmisión o introducción en el predio ajeno, como cuando se le envían sustancias al vecino (teoría inaceptable por estar en oposición con el progreso técnico).

c) *La teoría de la normal tolerancia*, expuesta por Ihering, quien consideraba que debían prohibirse “todos los influjos que se inicien directamente en el fundo vecino, y se deben permitir los que comienzan en el fundo del que los realiza y prosiguen en el vecino (sacudidas, ruidos, trepidaciones, etc.), siempre que no sean nocivos a las personas o cosas en medida superior a la normal tolerancia”.

d) *La teoría del uso normal* (stolfi). Los derechos se deben ejercer según su natural destino y de modo normal, con tal de no causar daño a los demás. Para fijar la normalidad del uso se acude a las costumbres y relaciones sociales, según las circunstancias de tiempo y lugar.

Son las dos últimas teorías las de más aceptación normativa. Sin embargo, como en Colombia no existe un sistema o estatuto de relaciones de vecindad, la influencia de dichas teorías sólo ha trascendido en el marco de los reglamentos de propiedad horizontal, que es donde por acuerdo de los propietarios se establecen reglas de comportamiento y de conducta, como las exigidas por el numeral 9 del art. 5º del decreto 1.365 de 1986, preceptuando que el reglamento debe contener la “Indicación de los derechos y obligaciones de los propietarios y de los usuarios, particularmente en aspectos relacionados con la convivencia, tranquilidad,

seguridad, salubridad y bienestar general de los mismos”, amén de las normas básicas para utilización de bienes de dominio o uso comunes, requeridos por el ordinal 8.

De manera que estas teorías asociadas a la del abuso del derecho, son las que en un momento dado nos permitirían proponer una fórmula reglamentaria y de composición del conflicto ante situaciones creadas por la deficiencia o el silencio en la reglamentación.

3.2. Características

El reglamento de copropiedad, según la denominación dada por la ley 182, o de Administración de la Propiedad Horizontal, al tenor de la ley 16 de 1985, tiene unas especiales características que inciden directamente en los aspectos que son objeto de análisis en este trabajo.

Esas características son:

a) Debe ser reducido a escritura pública (arts. 11 de la ley 182 de 1948, 2º de la ley 16 de 1985 y 5º del decreto 1.365 de 1986).

b) Debe inscribirse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos con los títulos de dominio y plano del edificio (artículos antes citados).

c) Dicho reglamento tiene fuerza obligatoria o vinculante respecto de los terceros adquirientes a cualquier título (art. 11 de la ley 182). Claramente esta obligatoriedad no sólo se colige de la disposición expresa de la ley, sino de la oponibilidad que conlleva su publicidad por virtud del registro antes reseñado.

Desde luego que las anteriores connotaciones se refieren al Reglamento que la ley prevé como requisito para la existencia del régimen, mas no al llamado reglamento interno que bien puede adoptar la asamblea de propietarios, conforme a la autorización dada por el literal g) del art. 27 del decreto 1.365 de 1986, del cual sí se sigue pregonando el carácter de “obligatorio cumplimiento por parte de propietarios y usuarios”, a fin de garantizar la armonía social y la convivencia, porque el reglamento interno es un instrumento de particular importancia en el ámbito de las relaciones de vecindad, pues a través de él no solamente es posible establecer las pautas de comportamiento en forma más

concreta y específica en consideración al tipo de edificio, la destinación y la clase de los propietarios, sino que es de gran eficacia para solucionar los conflictos que en el desarrollo de la vida común se puedan presentar, previendo *formas de conciliación y amigable composición interna* para pequeñas causas y adoptándose en él medidas de orden preventivo para evitar o precaver controversias o conflictos entre los propietarios, o entre éstos y terceros ocupantes de unidades privadas.

A propósito de *las pequeñas o menudas causas*, como son la mayoría de las controversias que se suscitan al interior de la propiedad horizontal, pensamos que muchos de esos asuntos podrían asignarse a la *competencia de los jueces de paz* que la Constitución autoriza crear en el art. 247.

Prosiguiendo con el tema del reglamento de propiedad horizontal y con el del reglamento interno, consideramos que tratándose de asuntos disponibles, el carácter vinculatorio u obligatorio que antes les atribuimos, abre la puerta para que los partícipes estipulen una *cláusula compromisoria* dando paso a la competencia de los *tribunales de arbitramento*, para que sean éstos y no la jurisdicción ordinaria los que entren a resolver los conflictos o controversias que se originen entre los propietarios pactantes con ocasión del régimen de la propiedad horizontal. Con todo, no obstante la validez de la posibilidad planteada, pues no existe en este punto norma imperativa que expresamente prohíba la sustitución de la competencia común, entendemos que dicha cláusula sólo puede ser válida y eficaz cuando sea el fruto de la aprobación unánime de los propietarios. Por lo demás, dicha cláusula puede consagrarse en el reglamento originario o constitutivo del régimen de propiedad horizontal, o en el reglamento interno que ulteriormente acuerden los propietarios.

4. *Tutelas procesales de la propiedad horizontal*

4.1. **Apunte preliminar**

Como al comienzo se anotó, la naturaleza compleja de la propiedad horizontal y la conveniencia que ella trae aparejada, con desmedro de la independencia, la individualidad y la privacidad de los propietarios, se constituyen en la fuente principal de con-

flictos en este sistema. Pues bien, la legislación nuestra, aunque no en forma exhaustiva, consagra procedimientos y tutelas para pretensiones por violación del reglamento, por incumplimiento de obligaciones, resarcitorias de perjuicio o para deducir responsabilidad de los administradores, etc.

Lo mismo que sucede en otros países esos procedimientos se caracterizan por la brevedad, *por ser sumarísimos*, como lo establece el art. 7º de la ley 182 de 1948, inciso 2º, subrogado por el art. 9º de la ley 16 de 1985, cuando preceptúa que la reclamación por la violación del reglamento o de las normas que rigen la propiedad horizontal, “se sustanciará breve y sumariamente”. Otro aspecto especial, por lo menos de los procedimientos que tienen como fin la vigencia y eficacia del reglamento es el carácter punitivo de los mismos, para lo cual se prevé un *sistema de multas*.

4.2. Tutela del reglamento y de las normas rectoras de la propiedad horizontal

El reglamento constitutivo, como antes se anotó, contiene los estatutos y régimen jurídico de la propiedad horizontal. Es algo así como los estatutos de las sociedades comerciales. Es pues, el orden normativo de las relaciones de los propietarios en cualquiera de los dos sistemas que en Colombia existen. De ahí su carácter obligatorio, vinculativo, hecho extensivo igualmente al reglamento interno.

El reglamento constituye la columna vertebral del régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, este régimen no se agota con la reglamentación convencional, sino que él también se nutre de las normas que directamente rigen esta forma de propiedad, como el art. 7º de la ley 182 de 1948, cuando señala que los propietarios deben usar su piso o departamento en la forma prevista en el reglamento de copropiedad, y en consecuencia, “no podrá hacerlo servir a otros objetos que los en dicho reglamento, o a falta de aquellos a que el edificio esté destinado o que deben presumirse de su naturaleza”.

Para mantener ese orden que importa el reglamento y garantizar la efectividad de los derechos por él reconocidos y de las obligaciones en él dispuestas, el art. 9º de la ley 16 de 1985, subrogatorio del inciso 2º del art. 7º de la ley 182 de 1948, consagró una tutela propia para el reglamento y las normas positivas que rigen la propiedad horizontal, al legitimar al administra-

dor o a cualquier propietario para demandar al infractor, por el mero hecho de la infracción, para que previos los trámites del proceso verbal sumario, adelantado ante el juez civil municipal en única instancia, fuera sancionado con las multas que la norma fija.

El texto citado en verdad es lo suficientemente diáfano; empero, amerita otras dos precisiones:

a) El sujeto pasivo de la pretensión, como lo dice la norma, debe ser el infractor del reglamento o de la ley, comprendiendo como eventuales infractores no sólo a los otros propietarios, sino a todas las personas vinculadas por el reglamento en su calidad de habitantes u ocupantes del edificio: arrendatarios y demás personas a quienes el propietario conceda el uso o el goce de su piso o departamento.

Por lo demás, en este punto juegan especial rol las responsabilidades por culpa in vigilando e in eligendo, para deducirse infracción a los propietarios de las personas que están a su cargo (hijos menores) y de los dependientes (trabajadores).

b) La segunda acotación tiene que ver con la pretensión, porque en nuestra opinión ella se agota en la multa. De manera que si la violación del reglamento o de la ley produjo algún perjuicio o determina otro tipo de sanciones, la senda del proceso verbal sumario que en única instancia, que es a donde remite la norma (art. 435 parg. 1 ord. 1 del C. de P. C.), no es la apropiada para imponer las condenas por perjuicios o las otras sanciones, sino que se debe acudir al proceso ordinario, a falta de otro expreso. Ese es el sentido del artículo cuando declara que las multas se impondrán, "sin perjuicio de las indemnizaciones y demás sanciones a que hubiere lugar".

Veamos un caso alrededor de las normas para dar sustento a la tesis anterior, es decir, que el trámite para la reclamación de perjuicios por la violación del reglamento o de la ley de propiedad horizontal, necesariamente debe ser el del proceso ordinario.

Según el art. 16 de la ley 182, las reparaciones de cada piso o departamento independiente serán de cargo exclusivo del respectivo propietario, agregando el inciso final del texto legal, que si por no realizarse oportunamente esas reparaciones "disminúyese el valor del edificio, o se ocasionaren graves molestias, o se expusiere a algún peligro a los demás propietarios, el infractor responderá de todo perjuicio".

Discriminando la norma tenemos lo siguiente:

Por la mera violación del precepto o incumplimiento de la obligación legal, y éste es el elemento basilar de la pretensión, el infractor a petición del administrador o de otro copropietario, o representante de la persona jurídica, será sancionado con multa, previos los trámites del proceso verbal sumario de única instancia.

Ahora, si además de la violación de la norma se vulneran derechos subjetivos de los propietarios por los efectos previstos en ella, el infractor debe indemnizar todo perjuicio, cuya reclamación debe remitirse al proceso ordinario de acuerdo con la cuantía.

Es más, debe descartarse definitivamente la viabilidad del trámite sumario para conocer de una pretensión resarcitoria de perjuicios, cualquiera sea su causa dentro del marco de la propiedad horizontal, porque como se explicó, la razón de ese proceso se halla en la entidad de la causa: pequeñas. Por ello, necesariamente tiene que concluirse, que también la acción indemnizatoria que reconoce el parágrafo del art. 6º de la ley 16 de 1985, para el evento en que por la desafectación de uno de los bienes de uso o servicio común, se le ocasione perjuicio a uno de los propietarios, debe ser conocida por el proceso ordinario.

4.3. Diferencias entre propietarios y entre éstos y la persona jurídica

Con motivo del ejercicio de los derechos de los propietarios o del cumplimiento de sus obligaciones como propietarios de los bienes de dominio exclusivo o particular, o como copropietarios en los bienes de uso común, o integrantes de la persona jurídica, si el régimen es el de la ley 16, pueden surgir diferencias o conflictos cuya composición el art. 8º de la ley 16, la remite al proceso verbal sumario de única instancia que atrás se indicaba, sin perjuicio, como lo señala el parágrafo del artículo, que los interesados antes de provocar la decisión judicial, acudan a las autoridades de policía para los efectos preventivos de su competencia. Desde luego, como antes se predicó, que esas diferencias también pueden ser dirimidas por conciliadores o por amigables componedores, si así lo previeron los propietarios.

El desconocimiento de los derechos o el incumplimiento de las obligaciones se presentan como causa de la controversia. Por consiguiente, el instrumento procesal se motiva con sentido pu-

ramente declarativo, como mera declaración de la existencia del derecho, o como declaración de condena por el incumplimiento de la obligación. Propongamos dos ejemplos: un propietario podría demandar a la persona jurídica para que se declarara el derecho que tiene a usar una cosa de servicio común, cuando este derecho le ha sido vulnerado o desconocido. De otro lado, el administrador o el representante de la persona jurídica podría demandar a uno de los propietarios, para que se declarara su obligación de pagar una determinada expensa, que se resiste a reconocer.

4.4. Impugnaciones de los actos de la asamblea de propietarios y de las juntas administradoras

Las estipulaciones del reglamento y las decisiones de la asamblea y de las juntas administradoras (art. 8 de la ley 16 de 1985 y 29 del decreto 1.365 de 1986), pueden constituirse en venero de diferencias cuando se controvierte su legalidad, como cuando no tienen un carácter general, o sea que rompen el principio de igualdad entre los propietarios.

Los propietarios en general pueden cuestionar la legalidad del reglamento pretendiendo la nulidad de las cláusulas lesivas del orden jurídico, como también los propietarios no miembros de la junta y dentro de ella los miembros disidentes o ausentes, o los propietarios ausentes o disidentes de la asamblea general, pueden impugnar las decisiones de estos órganos pretendiendo su nulidad por considerarse las primeras violatorias de la ley y las segundas del reglamento o de la ley positiva. Estas pretensiones, según lo preceptúa el art. 8º de la ley 16 de 1985, se deben conocer y decidir por los trámites del proceso verbal sumario en única instancia.

A propósito de estas impugnaciones, resulta interesante plantear y responder estas dos inquietudes: a) ¿Será viable la suspensión provisional de las decisiones de la junta o de la asamblea, prevista en el art. 421 del C. de P. civil? b) ¿Será posible estipular una cláusula compromisoria o celebrar un contrato de compromiso con el fin de someter esas impugnaciones al conocimiento y decisión de un tribunal de arbitramento?

En mi opinión la primera respuesta debe ser afirmativa, pero no la segunda. La suspensión provisional aparece procedente, porque el art. 421 en términos generales la establece sin consideración al tipo de asamblea o de junta directiva, o sea que no

es una norma propia de órganos mercantiles. Desde luego que la situación es más clara frente al régimen de la ley 16 de 1985, porque allí necesariamente sí existe la sociedad, en tanto que bajo la ley 182 ésta es optativa, sin que esto dé pábulo a dificultad.

Lo relativo al tribunal de arbitramento sí debe descartarse porque en esas pretensiones está de por medio el orden jurídico, como que se discute la legalidad, y esto es de orden público y por ende no susceptible de transigirse.

Además, la legitimación de grupo o por categorías que en esos casos se da también obra como óbice.

4.5. Cobro de expensas comunes, aportes, cuotas y sanciones

4.5.1. Obligaciones reales

Las obligaciones reales o propter rem son aquellas en las cuales la persona está obligada a una prestación de dar, hacer o no hacer, dependiente de un derecho real sobre una cosa. Como lo predica la doctrina estas obligaciones se caracterizan porque se transmiten por ministerio de la ley al sucesor del derecho real en la cosa aunque éste no haya aceptado o conocido la existencia de la obligación. La obligación, dice José Luis Pérez Lasala, sigue a la cosa y grava a los adquirentes sucesivos, al propio tiempo que desvincula al enajenante.

Sin duda alguna que un ejemplo típico de esta clase de obligaciones se halla en el régimen de la propiedad horizontal. Ocurre el fenómeno en relación con la obligación de pagar el valor de expensas comunes, aportes, cuotas y sanciones, por virtud del carácter vinculatorio u obligacional que tienen los reglamentos, respecto de terceros adquirentes a cualquier título, como claramente lo consagra el art. 11 inc. 2º de la ley 182 y lo reitera el decreto 1.365 de 1986, el cual también se predica de las decisiones adoptadas válidamente por la asamblea general de propietarios (art. 29 del decreto).

De manera que en consonancia con lo inicialmente anotado, el administrador o el representante de la persona jurídica, según sea el caso, debe demandar el cobro de las expensas comunes, aportes, cuotas y sanciones, de quien sea propietario de la unidad independiente en relación con la cual se causaron, sin que para nada importa si la obligación se causó en época anterior a la ti-

tularidad de quien para el momento aparece como propietario. Por consiguiente, las cláusulas contractuales mediante las cuales los propietarios trasladen a arrendatarios, comodatarios, usufructuarios, etc., las llamadas obligaciones reales, se deben considerar como inoponibles frente a los otros copropietarios o a la persona jurídica, pues su eficacia se agota en el ámbito de la relación inter partes.

4.5.2. *Procedimiento para el cobro de dichas obligaciones*

Definidos los sujetos de la pretensión de pago, debemos dar cuenta del procedimiento, que no es otro que el del proceso ejecutivo, como diáfano se infiere de lo dispuesto por los arts. 14, 15 y 16 de la ley 182 de 1948, y 14 y 27 literal J del decreto 1.365 de 1986, al otorgarle mérito ejecutivo a la copia del acta de la asamblea, celebrada de conformidad con el reglamento de copropiedad, en que se acuerden expensas comunes. Mérito éste que el ordinal 2º del art. 15 de la ley 182 hace extensivo al acta de la asamblea donde se acuerden cuotas para la reparación de los bienes comunes. A su vez, el art. 14 del citado decreto reconoce ese vigor ejecutivo para el cobro judicial de aportes o cuotas en mora, aportes o cuotas extraordinarias y sanciones moratorias.

Según el art. 14 del decreto 1.365, reglamentario de la ley 182 de 1948 y de la ley 16 de 1985, el *título ejecutivo* para el cobro de las obligaciones en él contenidas lo constituye la *copia auténtica de la parte pertinente del acta de la asamblea que determina las expensas comunes (aportes o cuotas), aunada a una certificación del administrador o representante sobre la existencia y monto de la deuda a cargo del propietario deudor*. Es éste, entonces, un título complejo, cuyo carácter ejecutivo lo determina la misma ley, porque lo cierto es que no se trata de verificar las condiciones exigidas por el art. 488 del Código de Procedimiento Civil.

Por último, como se trata de una obligación real dependiente en este caso de la titularidad dominical, parece atinado afirmar que es necesario traer la prueba de esta legitimación pasiva.

4.4. **Algunas consideraciones sobre las demandas**

Como bien se sabe, la demanda en consideración a su rol de presupuesto del proceso, está sujeta a algunas formalidades generales o requisitos, que especialmente reseña el Código de Procedimiento Civil.

Pues bien, algunos de esos requisitos cobran mayor vigencia tratándose de asuntos relacionados con la propiedad horizontal por la complejidad que ésta comporta.

Por lo pronto hagamos notar los siguientes aspectos:

a) La identificación del bien. El art. 76 del C. de P. Civil, consagra un requisito especial para cuando la pretensión versa sobre bienes inmuebles, exigiendo que éstos se deban identificar por su ubicación, linderos, nomenclaturas, y demás circunstancias que los identifiquen.

Este requisito, como ya se dijo, cobra particular importancia en los asuntos en comentario porque muchas de las pretensiones que acerca del régimen de propiedad horizontal se presentan, tienen como objeto un bien inmueble independiente o destinado al uso común. De modo que cuando ello ocurra debe agotarse la identificación plena que exige la ley, la cual no se cumple con la identificación del departamento o local de propiedad privada, sino que además se requiere acudir a la identificación del globo general, llámese unidad, conjunto, edificio, etc.

b) En tratándose de anexos de la demanda deben tenerse en cuenta los siguientes, según el régimen aplicable:

Si se está frente al régimen de la ley 16 se debe probar la existencia y representación de la sociedad, conforme a lo dispuesto por los arts. 4º y 5º en armonía con el art. 7º del decreto 1.365 de 1986, o sea que se debe allegar la correspondiente certificación expedida por el alcalde del municipio donde encuentren ubicados el o los inmuebles afectos del régimen, pues fue a estos funcionarios y al alcalde mayor de Bogotá o su delegado, a quien se les atribuyó la función registratoria.

En el evento de la ley 182, como el administrador es quien tiene la representación judicial, según se dejó visto, se debe probar esta calidad. Claro está, como lo advierte el art. 32 del decreto 1.365, que si el administrador es una persona jurídica, quien actúa en representación de la propiedad horizontal es el representante legal de tal persona jurídica, siendo entonces necesario demostrar la existencia y representación de dicha persona en los términos que la ley lo establezca.

INTERVENCION DE TERCERO **

Marcos Afonso Borges *

1. *Introducción* 2. *La intervención en el derecho romano y germánico* 3. *La intervención en el derecho portugués* 4. *La intervención en el derecho brasileño* 5. *Análisis del tema* 6. *Conclusiones.*

1. *Introducción*

Entre los temas que han suscitado los más variados entendimientos en la doctrina nacional y extranjera, la intervención de tercero es uno de aquellos que ocupa lugar destacado.

En el presente estudio no pretendemos agotar el asunto, pero sí, después de un análisis histórico y de las varias formas previstas por la legislación brasileña, fijar nuestra posición acerca de la materia, tratando con eso, de dar una pequeña y modesta contribución.

2. *La intervención en el derecho romano y germánico*

El derecho romano, donde prevalecía el principio de la singularidad (*constitutum est res inter alios non praeiudicare* -

* Profesor titular de derecho procesal civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Goiás. Miembro de la Academia Brasileña de Letras Jurídicas. Abogado.

** Versión del portugués por Orión Alvarez A.

DIC. 4.2.1.63) no excluyó la posibilidad de la intervención de tercero, habiendo solamente entre los autores, divergencia en lo relativo a las especies admitidas.

Así es como para Alfredo Buzaid “de dos modos podía el tercero, en la realidad, ser alcanzado por el proceso que le era ajeno: 1º) Cuando en la ejecución, el secuestro de los bienes recaía sobre los de un tercero y no en relación con los del ejecutado; en esta hipótesis podía el tercero usar la oposición como proceso incidente, en el que los efectos de la sentencia se limitaban apenas a producir el efecto procesal de liberar o no la cosa. 2º) Cuando el tercero era alcanzado por el acto decisorio, hipótesis en que se permitía que él (el tercero) apelase de la sentencia, desde que comprobase la existencia de interés y justa causa” (1).

Según el entendimiento de Vicente Greco Filho en el derecho romano eran admitidas las siguientes formas de intervención: la oposición de terceros, la oposición, el recurso de tercero, como formas de intervención voluntaria; la *denuntiatio litis* (denuncio de la litis) y la *nominatio domini* (designación del verdadero propietario o poseedor indirecto); como formas de intervención forzada (2).

Humberto Cuenca, a su turno, vislumbra en la famosa ley 63 (D. 42,1) la fuente y la estructura de “la tercería del proceso moderno” (3).

Finalmente, Vittorio Scialoja hace notar la discusión existente entre los estudiosos en cuanto a que las formas de intervención estarían limitadas a los casos mencionados por el “*Corpus Juris*”, y concluye que: “lo cierto es que la intervención puede ser espontánea y el tercero puede también intervenir por haber sido llamado a la causa. Este llamamiento a la causa se hace mediante una simple *denuntiatio* de la existencia de la litis, por medio de

1. *Estudos de Direito*, páginas 273 y siguientes. Editora Saraiva. São Paulo, 1972.

2. *La intervención de terceros en el proceso civil*. Página 4. Editora Saraiva, São Paulo, 1973.

3. “El contenido podemos resumirlo así: en principio, la sentencia sólo perjudica a los que han intervenido en la controversia, pero puede perjudicar a terceros cuando éstos conocen la existencia del litigio y tienen interés en intervenir y no lo han hecho” (*Proceso civil romano*. Páginas 174 y 175, EJEA, Buenos Aires, 1957).

nominarsse autorem, esto es, de denunciar el nombre de la persona del verdadero poseedor jurídico y de llamarlo a la causa" (4).

Por lo que todo indica y teniendo en cuenta lo atrás expuesto, parece que en el derecho romano, como formas de intervención espontáneas del tercero, existieron la oposición de tercero y el recurso de tercero perjudicado y como medios provocados la denuncia de la litis y el nominarse autorem, aunque según la enseñanza del docto Moacyr Lobo da Costa, la asistencia haya nacido en el período romano de la cognitio extraordinaria (4a).

En lo que dice respecto al derecho germánico, donde prevalecía el principio de la universalidad, en que todos estaban sujetos a los efectos de la sentencia y no solamente las partes, con el objetivo de dar aquellos medios para atacar la cosa juzgada, fueron surgiendo modos de intervención como la oposición (5).

3. *La intervención en el derecho portugués*

El derecho portugués admitía tanto en las Ordenanzas Alfonsinas, como en las Manuelinas las siguientes formas de intervención: 1) la apelación del tercero perjudicado de forma amplia (desde que probase la existencia de cualquier perjuicio aunque leve y aun el simple temor); 2) los embargos de ejecución, cuando de ella pudiese resultar daño o perjuicio; 3) los embargos de tercero cuando la aprehensión resultase de acto de constricción judicial; 4) la designación de la acción (que corresponde a nominarse autorem) (6).

A estas formas el Código Sebastiãoico y las Ordenanzas Filipinas acrecentaron la asistencia.

Modernamente en Portugal, salvo mejor opinión, el derecho procesal admite: 1) la designación de la acción; 2) llamar

4. *Procedimiento civil romano*, páginas 427 y 428, EJE, Buenos Aires, 1954.

4a. *Asistencia*, páginas 9 y siguientes. Saraiva. São Paulo, 1a. edición.

5. Vide, entre otros: Alfredo Buzaid, obra citada, página 277.

6. Vide, entre otros: Alfredo Buzaid y Vicente Greco Velho, respectivamente, obras citadas, páginas 278 y 279 y 5 y 6.

en responsabilidad; 3) el llamamiento a la demanda; 4) la asistencia; 5) la oposición; 6) la intervención principal; 7) la oposición de terceros y 8) los embargos de tercero (7).

4. *La intervención en el derecho brasileño*

El Código de Proceso Civil brasileño de 1939, bajo la rúbrica de la intervención de terceros solamente reguló el llamamiento en responsabilidad (restringido a las demandas acerca de cosa o derecho real), la nominarse autorem y la oposición. Sin embargo, la doctrina también admitía como formas de intervención, la asistencia, la oposición, el recurso de tercero perjudicado y la intervención de los acreedores en la ejecución (8).

La norma instrumental brasileña en vigor (Ley nº 5.869 de 11/03.73) reglamentó en el libro I (del Proceso de Conocimiento), título II (de las Partes y los Procuradores), capítulo IV (de la Intervención de Terceros) cuatro modos de intervención, a sa-

7. Salvo mejor opinión en las legislaciones europeas y latinoamericanas abajo relacionadas, son reguladas las siguientes especies de intervención del tercero en el proceso civil: Derecho alemán: 1) la intervención principal u oposición; 2) la asistencia simple o cualificada; 3) el llamamiento en responsabilidad; 4) la denuncia del pleito al tercero pretensionante; 5) la nominarse autorem. Derecho italiano: 1) la intervención por comunión de causas; 2) a chiamata in garanzia; 3) la intervención por orden del juez —iussu iudicis—; 4) a intervento in apelo; y 5) la opposizione del terzo. Derecho argentino: la intervención voluntaria; 2) la intervención obligatoria; 3) las tercerías (de dominio y de mejor derecho). Derecho uruguayo: 1) la intervención coadyuvante y litisconsorcial; 2) la intervención excluyente; 3) la intervención necesaria por citación; 4) la denuncia de terceros; 5) llamamiento de oficio en caso de fraude o colusión; 6) recurso de tercero perjudicado; 7) las tercerías (coadyuvante y excluyente). Derecho costarricense: 1) intervención principal excluyente; 2) la llamada en garantía; 3) la llamada de poseedor mediato; 4) la intervención adhesiva; 5) recurso de tercero perjudicado; 6) las tercerías (de dominio, de mejor derecho y de distribución).

8. José Frederico Marques. *Instituciones de derecho procesal civil*, volumen 2, página 192, Forense, Río de Janeiro 1966. Moacyr Almaral Santos, *Primeras Líneas de Derecho Procesal Civil*, volumen 2, página 24, Max Limonad, São Paulo, 1962. Waldemar Mariz de Oliveira Junior, *Sustitución Procesal*, páginas 65 y siguientes. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1971.

ber: la oposición, la nominarse autorem, la denuncia del pleito, y el llamamiento al proceso. También aquí, como en otra parte, la doctrina nacional viene entendiendo que igualmente constituyen intervención de tercero en el proceso: la asistencia, el recurso de tercero perjudicado, los embargos de tercero y el concurso de acreedores (intervención de acreedores en la ejecución) ⁽⁹⁾.

5. *Análisis del tema*

Para efectuar un análisis del tema, se torna imprescindible enfocar los conceptos de tercero y de parte, para, partiendo de ahí, examinar las varias especies de intervención teniendo en cuenta la posición doctrinaria asumida.

Antes, sin embargo, es bueno destacar que la doctrina enseña, que la intervención ocurre o para auxiliar una de las partes o para excluir. En la primera hipótesis ella es *ad-coadjuvandum*, en la segunda *ad-excludendum*. Y que ella puede ser voluntaria (la intervención queda al arbitrio del tercero) o provocada (mediante incitación de parte).

5.1. *Concepto de tercero*

Como suele acontecer, no hay unanimidad entre los procesalistas en cuanto al concepto de la figura del tercero.

Una corriente liderada por Ramiro Podetti ⁽¹⁰⁾ sustenta que

9. Moacyr Almaral Santos, *Primeras Líneas de Derecho Procesal Civil*, volumen 1, páginas 15 y 16, Saraiva, São Paulo, 1977. José Frederico Marques, *Manual de Derecho Procesal Civil*, volumen 1, páginas 262 y 263, Saraiva, 1974. Humberto Theodoro Junior, *Curso de Derecho Procesal Civil*, volumen 1, páginas 123, Forense, Río 1988. Vicente Greco Filho, *Derecho Procesal Civil Brasileño*, volumen 1, página 126, Saraiva, São Paulo, 1981.

10. "En resumen, cuando posteriormente a la demanda o sea al ejercicio por el actor de la facultad de pedir protección jurídica, interviene otro u otros sujetos (fuera del demandado o demandados contra quienes se dirigió la demanda) sustituyendo o coadyuvando o no, a/o con los sujetos principales, sostengo que hay *tercería*. Puede haber pluralidad de actores o de demandados o no, puede haber un nuevo sujeto frente a actor o demandado originario (*tertius* en sentido restringido o clásico) o no. Puede haber una o varias litis o controversias". (*Tratado de la tercería*, página 34, EDIAR, Buenos Aires, 1971)

el tercero es todo aquél que interviene en el proceso, con miras a la sustitución o auxilio o no de uno de los sujetos principales de la relación. Para el insigne procesalista argentino se encuadran en este concepto no solamente las figuras tales como la asistencia y la denuncia del pleito, sino también el litisconsorcio, la sustitución y la sucesión procesal.

La otra restringe la figura de tercero a aquellas hipótesis en que él ingresa en el sentido de auxiliar (ad-adjuvandum) o de excluir (ad-excludendum) uno de los sujetos de la relación procesal, ni incluyendo entre ellas el litisconsorcio, la sustitución y la sucesión procesal ⁽¹¹⁾. Como ya tuvimos oportunidad de destacar, la intervención de las partes en el litigio es motivada por dos órdenes de intereses, generadores de dos pretensiones. El primero, es el de obtener la jurisdicción (pretensión procesal), interés sobre el cual no hay antagonismo, pues tanto el actor como el demandado desean la prestación jurisdiccional; el segundo, es el de conseguir el acto jurisdiccional favorable (pretensión material), interés contrapuesto, pues el sujeto activo pretende la procedencia de lo pedido, y el sujeto pasivo, al contrario, la improcedencia del mismo.

La pretensión procesal que el sujeto activo ejerce por intermedio de la acción y la material a través de la petición, determinan el surgimiento de dos relaciones, una de orden procesal y otra de orden material. Ambas, acción y pedido se materializan en la petición inicial ⁽¹²⁾.

De esta manera tenemos dos especies de tercero, pues dos son las relaciones, relaciones esas independientes (de derecho procesal y de derecho material). La primera en que el tercero lo es únicamente con referencia a la relación de derecho procesal, y la segunda cuya relación se verifica respecto del derecho material.

Dicho esto, podemos conceptuar como tercero la persona que

11. Vide, entre otros: Amílcar Mercader, *El tercero en el proceso*, páginas 39 y siguientes, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1960; Moacyr Almaral Santos, obra citada, volumen 2, página 23, Saraiva, São Paulo 1977. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentarios al Código de Proceso Civil*, página 285, Forense, Río 1985; Vicente Greco Filho, obra citada, página 43; y Beatriz Quintero de Prieto, *Teoría de la intervención de terceros*, en la Revista Temas Procesales, n° 14, páginas 5 y siguientes. Editorial Lealon, Medellín 1992.

12. Vide nuestros *Principios de Derecho Procesal: Civil y Agrario*, página 54 y siguientes, CEJUP, Belem, 1991.

no participa de la relación de derecho procesal, ni de la relación de derecho material existentes en el proceso.

De ahí se infiere, obviamente, que son calificados como tal no solamente el asistente, el oponente, el nombrado, el denunciado, el llamado, el recurrente, el embargante, y los acreedores en la ejecución (concurso), sino también el litisconsorte, el sustituto y el sucesor procesal, por no participar de ninguna de las relaciones, antes de su ingreso ⁽¹³⁾.

5.2. *Concepto de parte*

Sea el tercero con referencia a la relación procesal, o en cuanto a la relación material, cuando interviene en el proceso, él deja de ser tercero y pasa a ser parte.

En esa calidad —una vez que ambas relaciones son independientes— él puede participar de la una o de la otra. En el primer caso él es parte en la relación de derecho procesal, en el segundo en la de derecho material.

O sea que, partes en la relación de derecho procesal son aquellos que postulan la prestación jurisdiccional, independientemente de su contenido; y partes de la relación material son los titulares del derecho material pretendido en el proceso y la persona que está obligada a respetar ese derecho.

5.3. *Denominación*

En cualquiera de las circunstancias anotadas la doctrina denomina el ingreso como *intervención de tercero en el proceso*.

Nos parece, salvo mejor opinión, en virtud de lo que antes fue expuesto, que mejor será denominar de *intervención de tercero en el proceso* solamente cuando el ingreso ocurriere respecto de la relación procesal e *intervención de tercero en la litis*, en la hipótesis que se verifica en la relación de derecho material.

5.4. *Especies de intervención*

Son especies de intervención de tercero:

13. Estamos pues, "data venia", con Podetti.

En la litis; la asistencia cualificada (litisconsorcial); la nominarse autorem; la denuncia del pleito; el llamamiento al proceso; el recurso de tercero perjudicado; la oposición de tercero; el concurso de acreedores (intervención de acreedores en la ejecución); litisconsorcio (facultativo, necesario y unitario) y la sucesión procesal.

En el proceso: la asistencia simple y la sustitución procesal.

Pasemos ahora a abordar cada una de las especies enumeradas arriba.

a) **Asistencia**

Como ya fue dicho en la parte introductoria de este trabajo, la asistencia tiene su origen en el proceso romano del período de la cognitio extraordinaria.

Según las enseñanzas de Moacyr Lobo da Costa “era la forma de intervención verificada en primer grado antes de ser proferida la sentencia, con el fin de asistir a la parte (adesse = estar presente, asistir a alguien); fue denominada por Segni de intervención adhesiva”. Esta intervención, en nuestro derecho, tradicionalmente recibió la denominación de asistencia “desde su apareamiento en la vetusta legislación de la monarquía lusitana” (14).

Con este nombre fue acogida en el Reglamento 737 de 1850 (15) y en algunos códigos estaduales (16), cuando, en virtud de lo dispuesto en la Constitución de 1891 (17) a ellos fue deferida

14. Obra citada, páginas 12 y siguientes.

15. “Art. 123. Asistente es aquel que interviene en el proceso, para defender o su derecho, o el del actor o el del demandado.

“Art. 124. Para ser asistente admitido es preciso que él alegue el interés aparente que tiene en la causa, como fiador, condueño de causa indivisa, vendedor de cosa demandada. Art. 125. El asistente puede llegar al proceso antes o después de la sentencia, pero recibe el proceso en el estado en que se encuentre, y debe alegar su derecho en los mismos términos que competen a aquel a quien asiste. Art. 126. El asistente no puede alegar incompetencia, o impedimento”.

16. Códigos de proceso civil de Pará, Río Grande do Sul, Espírito Santo, Distrito Federal, Bahía, Minas Gerais, Pernambuco, Estado de Río y Santa Catarina.

17. “Art. 65. Es facultad de los Estados:

En general cualquier poder, o derecho que no les fuere negado por cláusula expresa o implícitamente contenida en las cláusulas expresas de la Constitución.

la competencia para legislar sobre el proceso civil; y en el antiguo código unitario de 1939 ⁽¹⁸⁾. En lo que respecta a la actual norma procesal (Ley n° 5.869 del 11/1/73) se verifica que la materia está tratada en el Libro I (Proceso de Conocimiento) Título II (De las Partes y de los Procuradores), Capítulo V (Del litisconsorcio y de la asistencia), Sección II, artículos 50 y 55 ⁽¹⁹⁾ y debe ser evidenciado lo siguiente: 1º) con relación a la ubicación la crítica es unánime en aseverar que ella debiera estar inserta en el Capítulo VI (De la intervención de terceros); 2º) en lo concerniente a la denominación, el instituto figuraba en el anteproyecto con el nombre de *intervención adhesiva*, pero fue cambiada por asistencia cuando se tramitaba en el legislativo, teniendo en cuenta nuestra tradición; 3º) el Código previó dos clases de asistencia, la simple (art. 50) y la litisconsorcial (art. 54) (vide nota 19); y 4º) es considerada intervención voluntaria *ad-coadjuvandum*.

Según se desprende de la ley y de la doctrina, el fundamento de la asistencia es el interés jurídico que tiene el tercero en que la solución del litigio sea favorable al asistido, a fin de evitar un perjuicio jurídico.

Así, para la comprensión del tema, se torna imprescindible la fijación del ámbito de lo que se deba entender por interés jurídico del tercero (asistente) para motivar el ingreso, lo que lleva automáticamente al examen previo de los efectos de la sentencia ejecutoriada, principalmente en cuanto se refiere a los efectos reflejos.

18. "Art. 93. Cuando la sentencia hubiere de influir en la relación jurídica entre cualquiera de las partes y el tercero, éste podrá intervenir en el proceso como asistente, equiparado al litisconsorte".

19. "Art. 50. Pendiendo una causa entre dos o más personas, el tercero que tuviere interés jurídico en que la sentencia sea favorable a una de ellas, podrá intervenir en el proceso para asistirle.

Parágrafo único. La asistencia tiene lugar en cualquiera de los tipos de procedimiento y en todos los grados de la jurisdicción, pero el asistente recibe el proceso en el estado en que se encuentre.

Art. 54. Se considera litisconsorte de la parte principal o asistente, toda vez que la sentencia hubiere de influir en la relación jurídica entre él y el adversario del asistido.

Parágrafo único. Se aplica al asistente litisconsorcial, en cuanto al pedido de intervención, su impugnación y el juzgamiento del incidente, lo dispuesto en el artículo 51.

Teniendo por base las lecciones de Ihering, según el cual los actos jurídicos producen efectos directos y efectos indirectos; los primeros queridos y previstos y los segundos no queridos y no previstos pero inevitables, Wach las ha llevado para el derecho procesal e inspirado en ellas hizo las siguientes distinciones con relación al alcance de la cosa juzgada:

a) personas que son alcanzadas directamente, las partes (efectos directos);

b) personas que son alcanzadas indirectamente, por vía refleja, los terceros (efectos indirectos).

Estas personas, los terceros, pueden ser agrupados en tres clases:

- 1) los terceros desinteresados, a los cuales la sentencia no les produce ningún perjuicio, ni los beneficia;
- 2) los terceros interesados de hecho, para quienes la sentencia acarrea apenas perjuicios económicos o de orden moral (ej: el acreedor del demandado de una acción de reivindicación juzgada precedente); y
- 3) los terceros interesados jurídicamente, divididos en tres grupos.

I) aquellos en que su interés jurídico es igual al de las partes (ej: persona que se considera propietaria de un bien que es objeto de acción reivindicatoria entre a y b).

II) aquellos en que su interés jurídico es inferior al de las partes (ej: el subarrendatario en la acción de restitución del inmueble entre el arrendador y el arrendatario).

III) aquellos en que su interés jurídico incide en que el resultado del litigio sea favorable a alguna de las partes (ej: el notario en la acción en que se discute la anulación de una escritura, bajo el fundamento de simulación y dolo del notario).

Tanto los terceros con interés jurídico inferior al de las partes, como aquellos que tienen interés en que la solución de la litis sea favorable a una de las partes, son alcanzados por los efectos de la decisión y por consiguiente, tienen interés jurídico para ingresar como asistentes ya que pueden ser tocados por los efectos de la sentencia, de manera refleja, debido a que su esfera jurídica es afectada de hecho.

Así pues, el interés meramente económico, de entidad de

clase, partido o secta no es suficiente para autorizar la asistencia ⁽²⁰⁾.

Debe destacarse además, que el mencionado interés jurídico no es el mismo en ambas asistencias, pues en la primera, la simple, se deriva de la relación del asistente con el asistido, y en la segunda, la litisconsorcial, del asistente con la parte contraria.

Luego, son trazos diferenciativos entre una y otra, además de los enumerados arriba:

a) en la asistencia simple, el asistente está en la relación jurídico-procesal en posición de subordinación respecto al asistido; y en la litisconsorcial en posición autónoma. Así pues, en la primera no puede el asistente practicar actos que sean incompatibles con la voluntad del asistido, ya que el derecho material discutido es de éste; en la segunda él puede actuar de manera independiente porque el derecho material en litigio también le pertenece; y

b) el asistente simple solamente es alcanzado de manera refleja por los efectos de la cosa juzgada, el litisconsorcial directamente ⁽²¹⁾.

Hay en la doctrina divergencia en lo que se refiere a existencia o no de la asistencia litisconsorcial. En el sentir de algunos, con los que concordamos, "data venia", ella no es sino el mero litisconsorcio ulterior, esto es consumado, después del ingreso

20. Vide entre otros: Moacyr Lobo da Costa, obra citada, páginas 91 y siguientes; Ubiratan de Couto Mauricio, *Asistencia simple en el derecho procesal civil*, páginas 33 y siguientes, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983; Moacyr Amaral Santos, *Primeras líneas de derecho procesal civil*, volumen 2, páginas 39 y siguientes, Saraiva, São Paulo, 1977; Sérgio Ferraz, *Asistencia litisconsorcial en el derecho procesal civil*, páginas 51 y siguientes, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979; Arruda Alvim, *Código de proceso civil comentado*, volumen 3, página 1 y siguientes, Revista dos Tribunais, 1976; Celso Agrícola Barbi, *Comentarios al código de proceso civil*, páginas 285 y siguientes, Forense, Río de Janeiro, 1983.

21. Son casos de asistencia simple entre otros: a) del subarrendatario, asistente del arrendador, en la acción propuesta contra éste por el arrendador; b) la aseguradora, como asistente del asegurado, en la acción contra éste intentada por la víctima del accidente; c) el funcionario público, como asistente de la persona jurídica contra la cual la víctima del accidente intenta acción para imputar la responsabilidad civil. Son casos de asistencia litisconsorcial, entre otros: a) del condueño que ingresa en la acción reivindicatoria de la cosa común propuesta por otro condueño.

del actor en el proceso, tanto que el asistente tiene posición autónoma en la relación procesal y es también titular del derecho material bajo enfoque ⁽²²⁾.

Se evidencia que la asistencia es posible en los procesos de conocimiento, de ejecución cuando hay oposición y solamente en éstos, cautelar y en cualquier grado de jurisdicción ⁽²³⁾. En lo que se refiere al procedimiento, parece, que solamente no es admisible en los procedimientos especiales de jurisdicción, dada la inexistencia de la litis.

b) Oposición

Este instituto surgió en el derecho germánico, donde, debido al principio de la universalidad, la acción y la oposición corrían en un sólo proceso.

Las Ordenanzas Portuguesas lograron esta manera de intervención, no solamente bajo la forma germánica (un sólo proceso, proceso principal) si surgiere antes de la prueba, como también bajo la italiana (que en virtud del principio de la singularidad los procesos corrían separados) después de aquella fase.

Con las características anotadas el instituto fue albergado

22. En este sentido Moacyr Amaral Santos, *Primeras líneas de derecho procesal civil*, volumen 2, página 49, Saraiva, São Paulo, 1977. En el entender de Celso Agrícola Barbi (obra citada, página 300) la única diferencia existente entre la asistencia litisconsorcial y el litis consorcio es la de que el "asistente no puede hacer petición", asumiendo la característica de un litisconsorcio unitario. Arruda Alvim (obra y volumen citados, páginas 87 y siguientes, vislumbra las siguientes diferencias entre la asistencia litisconsorcial y el litisconsorcio: a) en el litisconsorcio la pretensión de éste es idéntica a la que está en el proceso; en la asistencia litisconsorcial aunque la pretensión incida sobre el mismo bien de la vida es diversa de la del asistido; b) la asistencia litisconsorcial no es similar al litisconsorcio necesario porque en este último su presencia es obligatoria bajo pena de ineficacia de la sentencia; c) la asistencia litisconsorcial no es similar al litisconsorcio facultativo pues en éste el litisconsorte solamente puede ser afectado por la sentencia si hubiese sido parte; y d) en la asistencia litisconsorcial prevalece el principio de la voluntariedad y en el litisconsorcio necesario el de la oficiosidad.

23. Vide nota 19 (art. 50 y parágrafo único del C. P. C.).

en el Reglamento 737 de 1850 ⁽²⁴⁾, por algunos códigos estaduales ⁽²⁵⁾ y por el Código de Proceso Civil derogado de 1939 ⁽²⁶⁾.

En la actual normatividad procesal civil (Ley n° 5.869 de 11/01/73) la materia está tratada en el libro I (Del Proceso de Conocimiento), Título II (De las Partes y de los Procuradores), capítulo VI (De la intervención de terceros), Sección I, artículos 56 a 61 ⁽²⁷⁾ y debe ser destacado lo siguiente: 1º) en lo que se refiere a la localización, parte de la doctrina sustenta que la oposición no tiene las características de la intervención de tercero, porque el oponente no interviene en el proceso ajeno, sino que aprovecha la oportunidad y propone contra el actor o el demandado una nueva acción ⁽²⁸⁾; 2º) el Código reglamentó las dos

24. "Art. 118. Oposición es la acción del tercero que interviene en el proceso para excluir, al actor o al demandado".

25. Códigos de proceso civil de Minas Gerais, Pernambuco, Bahía, São Paulo, Estado do Río de Janeiro, Río Grande do Sul, Santa Catarina, Espíritu Santo y Distrito Federal.

26. "Art. 102. Cuando el tercero se juzgare con derecho, en todo o en parte, en el objeto de la causa, podrá intervenir en el proceso para excluir actor y demandado".

"Art. 103. La oposición será deducida en la forma de los artículos 158 y 159".

1º La oposición correrá en los autos de la acción, cuando fuere propuesta antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento.

2º Cuando la oposición corriere en auto aparte, podrá el juez, a requerimiento de las partes, ordenar la reunión de procesos, sin perjuicio de que avance la causa.

27. "Art. 56. Quien pretenda, en todo o en parte, la cosa o derecho sobre lo que controvierten actor y demandado, podrá, hasta ser proferida la sentencia, proponer oposición contra ambos".

"Art. 59. La oposición propuesta antes de la audiencia anexada a los autos principales y correrá simultáneamente con la acción, siendo ambas juzgadas en la misma sentencia".

"Art. 60. Propuesta después de iniciada la audiencia, seguirá la oposición el procedimiento ordinario, siendo juzgada sin perjuicio de la causa principal. Podrá el juez, aún, suspender el proceso, por un plazo no mayor de noventa (90) días, a fin de juzgarlo conjuntamente con la oposición.

28. Vide entre otros: José Frederico Marques, *Instituciones de derecho procesal civil*, volumen 2, páginas 203 y siguientes, Forense, Río de Janeiro, 1966; Alfredo Araújo Lopes da Costa, *Derecho procesal civil brasileño*, volumen 2, páginas 34 y siguientes, Forense, Río de Janeiro, 1959; Celso Agrícola Barbi, obra citada, páginas 306 y siguientes; Vicente Greco Filho, obra citada, página 61, Saraiva, São Paulo, 1972.

especies, en el mismo proceso (art. 59) y en proceso autónomo (60) ⁽²⁹⁾; 3º) es entendida como intervención voluntaria *ad-excludendum*.

En cuanto a la localización, basados en el concepto atrás fijado de tercero, osamos discordar, "data venia", de la doctrina arriba indicada. En realidad la oposición es una intervención de tercero, tanto que su juzgamiento afecta inexorablemente, no sólo la relación procesal sino la de derecho material establecidas inicialmente entre actor y demandado, de la cual, hasta el ingreso del oponente, éste no participaba ⁽³⁰⁾.

Como se puede verificar de lo dispuesto en el ordenamiento procesal civil, el fundamento de la oposición es la exclusión por parte del oponente, del actor y del demandado, por pretender en todo o en parte la cosa o el derecho sobre el cual controvierten, mirando así, la obtención del uno o del otro.

Ella puede pretender no solamente la cosa (ej: la oposición en la acción de reivindicación en que el oponente pretende de los litigantes el bien reivindicado), como también el derecho (ej: el oponente pretende cierto crédito de B que es cobrado por A) y tendrá que ser dirigida obligatoriamente, contra las partes del proceso originario (actor y demandado).

Se destaca que la oposición puede ser utilizada en el proceso de conocimiento, de ejecución cuando hay la presentación de excepciones y solamente en éstas ⁽³¹⁾ y en el cautelar; y únicamente en el primer grado de jurisdicción. En cuanto al procedimiento parece, como en la asistencia, no ser admisible únicamente en los procedimientos especiales de jurisdicción voluntaria, en virtud de la inexistencia de la litis ⁽³²⁾.

29. Vide nota 27.

30. Como especie de intervención, entre otros, Hermann Homen de Carvalho Roenick, *La oposición y otros estudios de derecho procesal*, páginas 13 y 14, Ajuris, Porto Alegre, 1979.

31. En este sentido también Celso Agrícola Barbi, obra citada, páginas 309 y siguientes. Arruda Alvim entiende que no es posible en el proceso de ejecución (obra citada, volumen 3, páginas 110 y siguientes), en cuanto que Pontes de Miranda admite no solamente en los embargos la ejecución como también en el propio proceso de ejecución (Comentarios al código de proceso civil, tomo II, páginas 51 y siguientes. Forense, Río, 1974).

32. Arruda Alvim no la admite en el procedimiento sumarísimo del proceso de conocimiento (obra citada, volumen 3, págs. 113 y siguientes).

c) **Nominarse autorem**

El instituto es de origen romano y su fuente es la Constitución de Constantino, donde recibió la denominación de *nominatio auctores*. Fue reglamentada también en el derecho bárbaro y en las Ordenanzas Portuguesas.

En lo que se refiere a la legislación brasileña, de ella no se ocupó el Reglamento 737 de 1856, habiendo sido prevista por primera vez en la Consolidación de Ribas⁽³³⁾ y posteriormente por algunos códigos estaduales⁽³⁴⁾ y por el reglamento procesal civil unitario de 1939⁽³⁵⁾.

El actual código (Ley nº 5.869 del 11/1/73) reguló la materia en el libro I (Del Proceso de Conocimiento), título II (De las Partes y de los Procuradores), capítulo VI (De la intervención de terceros), sección II, artículos 70 a 76⁽³⁶⁾ y se verifica que en

33. "Art. 265. Cuando el demandado posee en nombre ajeno, debe nombrar en juicio la persona en cuyo nombre posee; y si el demandante quisiere proseguir en la causa, deberá hacer citar al verdadero poseedor, que puede declinar para el juez de su jurisdicción".

"Art. 266. Si nombrare persona en cuyo nombre no posee, pagará el doble de las costas que por tal motivo se causaren".

34. Códigos de proceso de los Estados de São Paulo, Río de Janeiro, Distrito Federal, Minas Gerais, Río Grande do Sul, Bahía, Pernambuco, Santa Catarina y Espírito Santo.

35. "Art. 99. Aquel que posee en nombre de otro la cosa demandada, podrá, en los cinco días siguientes a la proposición de la acción nombrar el actor o propietario o poseedor indirecto, cuya citación el demandante promoverá.

Parágrafo único. Si la persona nombrada no compareciere, o negare la calidad que le fue atribuida, el actor podrá seguir contra el que nombró y el nombrado, como litisconsortes, fijándose nuevo plazo para la contestación".

Art. 100. Si el demandado nombrare persona en cuyo nombre no posea, pagará decuplicadas las costas del retardo".

36. "Art. 62. Aunque retuviere la cosa en nombre ajeno, si le fuere demandada en nombre propio, deberá nombrar el actor o propietario o poseedor".

Art. 63. Se aplica también lo dispuesto en el artículo anterior a la acción de indemnización, intentada por el propietario o por el titular de un derecho sobre la cosa, toda vez que el responsable de los perjuicios alegue que practicó el acto por orden o en cumplimiento de instrucciones de terceros".

cuanto a la localización es correcta, por tratarse de una intervención, según la doctrina, provocada y *ad-excludendum*.

Autores hay que sostienen que el fundamento de la *nominatio auctores* es el poder dispositivo de las partes, identificándolas con uno de los casos de la sustitución procesal ⁽³⁷⁾.

Teniendo en cuenta los dispositivos que regulan la materia entendemos "*data venia*", que su fundamento es la ilegitimidad de parte, *in casu*, del sujeto pasivo, demandado, pues la nominatio no se confunde con la sustitución procesal, porque en aquella el nominado es parte en el sentido procesal y material, y al contrario en ésta el sustituto es parte solamente en la relación de derecho instrumental.

La *nominatio* pretende dispensar al nominante de los riesgos de la demanda, nombrando al detentor ⁽³⁸⁾.

Es posible en los procesos de conocimiento, de ejecución, en la presentación de excepciones y en los cautelares. Es procedente también, en todos los procedimientos, con excepción, salvo mejor juicio, en los de jurisdicción voluntaria dada la inexistencia de litis.

d) Denuncia de la litis

Esta forma de intervención, como la anterior, se originó también en el derecho procesal romano, en el período formulario —per fórmulas— habiéndose consolidado en la Lex Aebutia del siglo II a. c. con la denominación de *denuntiatio litis*. Existió también en el derecho bárbaro con el nombre de *advocatio ad warrantum* y en las Ordenanzas Portuguesas bajo la rúbrica de *chamamento a autoria*.

Con referencia a la legislación procesal brasileña la denuncia se estableció en el Reglamento 737 de 1850 ⁽³⁹⁾, en algunos códigos estatales ⁽⁴⁰⁾ y en la ley derogada de 1939 ⁽⁴¹⁾.

37. En este sentido José de Albuquerque Rocha, *Nomeação à Autoria*, páginas 18 y siguientes, Saraiva, São Paulo, 1983.

38. Vide nota 36.

39. "Art. 111. Autoria es el acto por el cual el demandado, siendo demandado, llama al juicio a aquel de quien hubo la cosa que se pide".

40. Códigos de procesos civil de São Paulo, Río de Janeiro, Distrito Federal, Bahía, Río Grande do Sul, Espírito Santo y Minas Gerais.

41. "Art. 95. Aquel que demande o contra quien se demande acerca de cosa o derecho real podrá llamar a que responda a la persona de

La ley procesal actual (Ley 5.869 de 11/1/73) reglamentó el instituto en el libro I (Del Proceso de Conocimiento), título II (De las Partes y los Procuradores), capítulo VI (De la intervención de terceros), sección III, artículos 70 a 76 ⁽⁴²⁾, debiendo evidenciarse que con relación al lugar donde la materia es tratada, no hay duda de que el legislador acertó, pues la denuncia, según los doctos, es una intervención provocada *ad coadjuvandum*.

En relación con su fundamento, dos posiciones doctrinales se destacan, la de Calamandrei y la de Chiovenda. En la primera, la denominada *chiamata in garanzia* consiste en la obligación que tiene el denunciado de defender al denunciante en el proceso —garantía significa prevenir la derrota—; en la segunda, constituye una verdadera acción de regreso anticipada, en la eventual derrota del denunciado —garantizar quiere decir, que habiendo derrota sufrirá las consecuencias—. Como se puede verificar de lo dispuesto en el artículo 70 ⁽⁴³⁾ el legislador brasileño optó por la segunda.

El objetivo de la denuncia es garantizar el derecho de regreso que la evicción posibilita.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en la ley procesal brasileña que incluyó en el artículo 70 ⁽⁴⁴⁾ la palabra *obligatoria*, hay entre la doctrina y la jurisprudencia patrias, posiciones muy variadas que el profesor Aroldo Plinio Gonçalves ⁽⁴⁵⁾ analiza de ma-

quien hubo la cosa o derecho real, a fin de resguardarse de los riesgos de la evicción”.

42. “Art. 70. La denuncia de la litis es obligatoria: I - al enajenante, en la acción en que el tercero reivindica la cosa, cuyo dominio fue transferido a la parte, a fin de que ésta pueda ejercer el derecho que resulta de la evicción;

II - al propietario o el poseedor indirecto cuando por fuerza de obligación o derecho, como en el caso del usufructuario, del acreedor prendario, del locatario, o demandado, citado en nombre propio, ejerza la posesión directa de la cosa demandada; y

III - aquel que estuviere obligado, por la ley o por el contrato a indemnizar, en acción represiva o de perjuicios del que perdiere la demanda”.

43. Vide nota anterior.

44. Vide nota 42.

45. De la *Denuncia de Litis*, páginas 219 y siguientes, Forense. Río, 1987.

Vide además, Milton Flacks, *Denuncia de la Litis*, obra y volúmenes citados, páginas 235 y siguientes; y Celso Agrícola Barbi, obra citada, páginas 332 y siguientes.

nera amplia y que sucintamente determinan el surgimiento de las siguientes posiciones: 1ª) sólo es obligatoria la denuncia en el caso del inciso I del artículo 70 ⁽⁴⁶⁾, bajo pena de perder el derecho a la acción regresiva; 2ª) es obligatoria solamente en los casos de los incisos I y II del artículo 70 ⁽⁴⁷⁾ admitiéndose en ciertas hipótesis, en el caso del inciso III la acción de evicción autónoma; 3ª) es procedente la denuncia en las hipótesis de los incisos del artículo 70 ⁽⁴⁸⁾ pero sin el carácter de obligatoriedad; 4ª) es obligatoria en los casos numerados por el Código (art. 70) ⁽⁴⁹⁾ bajo pena de perder el derecho a accionar regresivamente; 5ª) es obligatoria en las circunstancias de los incisos I y II del artículo 70 ⁽⁵⁰⁾ (garantía propia, formal) y en parte del inciso III ⁽⁵¹⁾ (casos) y facultativa en las otras del inciso III ⁽⁵²⁾ (garantía impropia, responsabilidad civil).

Frente a los textos expresos del artículo 70 “la denuncia de la litis es obligatoria” se desprende de forma lógica que su no utilización acarrearía, a quien debiera denunciar, la pérdida del derecho regresivo, oriundo de la evicción ⁽⁵³⁾. La materia, después de casi veinte años de entrar en vigor en la ley procesal civil, continúa, sin embargo, sin un entendimiento pacífico.

Por las características del instituto la denuncia sólo cabe en los procesos de conocimiento y en los procedimientos de jurisdicción contenciosa, una vez que, como se ha destacado a lo largo de este trabajo, en la jurisdicción voluntaria no hay litis ⁽⁵⁴⁾.

46. Vide nota 42.

47. Vide nota 42.

48. Vide nota 42.

49. Vide nota 42.

50. Vide nota 42.

51. Vide nota 42.

52. Vide nota 42.

53. Este entendimiento lo manifestamos en nuestros *Comentarios al Código de Proceso Civil*, volumen I, página 78, Leud, São Paulo, 1974-1975.

54. Como se sabe, en la conceptualización carnelluttiana, litis es en conflicto intersubjetivo de intereses cualificado por una pretensión resistida o insatisfecha.

e) Llamamiento al proceso

Esta especie de intervención tiene origen en el Código de Proceso Civil de Portugal de 1939 ⁽⁵⁵⁾, pasando a integrar la legislación brasileña solamente con el advenimiento de la actual ley donde está reglamentada en el libro I (Del Proceso de Conocimiento), título II (De las Partes y de los Procuradores), capítulo VI (De la intervención de terceros), sección IV, artículos 70 a 80 ⁽⁵⁶⁾ debiendo destacarse que está la materia correctamente insertada en la ley, teniendo en cuenta que la doctrina considera el llamamiento una forma de intervención provocada *ad coadjuvandum*.

Su fundamento es la solidaridad oriunda del derecho obligatorio, a fin de favorecer al deudor que está demandado, ampliando la litis para permitir también la condenación de los demás deudores, además de suministrar en el mismo proceso, título ejecutivo judicial para cobrar de ellos (los demás deudores) aquello que el nominante pagare.

Dadas las características del llamamiento, él solamente es posible en el proceso de conocimiento (donde se busca sentencia) ⁽⁵⁷⁾ y en los procedimientos de jurisdicción contenciosa, pues

55. "Art. 335. El llamamiento a la demanda tiene lugar en los siguientes casos: 1º) Cuando el fiador, siendo demandado, quiere hacer intervenir al deudor, en los términos del art. 832 del código civil; 2º) Cuando siendo varios los fiadores, aquel que fuere demandado quisiere hacer intervenir a los otros, en los términos del art. 835 del mismo código; 3º) Cuando el deudor solidario, demandado por la totalidad de la deuda, quisiere hacer intervenir a los otros deudores; 4º) Cuando siendo demandado uno de los cónyuges por deuda que haya contraído, quisiere hacer intervenir al otro cónyuge para convencerlo de que también es responsable".

56. "Art. 77. Es admisible el llamamiento al proceso: I - del deudor, en la acción en que el fiador fuere demandado; II - de los otros fiadores, cuando para la acción fuere citado apenas uno de ellos; III - de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor exige de uno o de algunos de ellos, parcial o totalmente, la deuda común.

"Art. 80. La sentencia, que juzgare procedente la acción, condenando al deudor, valdrá como título ejecutivo en favor de quien satisficere la deuda, para exigirla por entero del deudor principal, o de cada uno de los codeudores la cuota en la proporción que les tocare".

57. Vide nuestra *Teoría y Práctica del Proceso Civil*, páginas 279 y siguientes, CEJUP. Belem, 1986.

en los de jurisdicción voluntaria, no existe litis que pueda ser ampliada ⁽⁵⁸⁾.

f) **Litisconsorcio**

Como suele acontecer, la figura jurídica del litisconsorcio surgió en el proceso romano ⁽⁵⁹⁾, teniendo también vigencia en el derecho bárbaro y en las Ordenanzas Filipinas.

Sin embargo de haber incluido la Consolidación de Ribas norma semejante a la de las Ordenanzas ⁽⁶⁰⁾, todo indica que la primera ley brasileña que admitió el litisconsorcio en su plenitud fue la ley 221 del 20 de noviembre de 1894, que completó la organización de la Justicia Federal “creada en razón del régimen político instituido el 15 de noviembre de 1889” ⁽⁶¹⁾ o republicano.

58. Según el magisterio de Celso Agrícola Barbi, el llamamiento con base en el ítem III del art. 70 es aplicable a los casos en que existe solidaridad no cambiaria —excluida la hipótesis de los coavalistas— en que el deudor que paga la deuda judicialmente exigida, tiene derecho a recibir de los codeudores su cuota en la proporción que les tocara, en los términos de la ley civil o comercial. Así, al endosatario no cabe el poder de llamar al proceso a los endosantes, el librador y el librado en la letra de cambio, o quien emite una nota de crédito y sus respectivos avalistas, porque el derecho que tiene contra ellos, si pagare el título no es el de cobrar parte de cada uno como codeudores, sino el derecho de regreso, que nada tiene que ver con el instituto de la solidaridad”. (Obra citada, páginas 362 y 363).

59. Guilherme Estelita después de una exposición clara al respecto del origen romano del instituto, evidencia que existen divergencias “sobre la más ardua cuestión del litisconsorcio romano, el litisconsorcio necesario” entre Redenti y Planck, una vez que éste (Planck) se opone a la idea de aquel (Redenti) “no admite que hubiese en Roma casos de litisconsorcio necesario” (*Del litisconsorcio en el derecho brasileño*, páginas 63 y siguientes, principalmente páginas 79 y 80, Freitas Bastos, Río 1955).

60. “Art. 1.530. Siendo dos o más los tutores, curadores o procuradores, condenados juntamente por una administración conjunta, y habiendo apelado uno sólo, la sentencia obtenida en grado de apelación aprovechará a los que no apelaron”.

“Art. 1.331. La disposición del artículo anterior también tendrá lugar, cuando siendo dos, o más los herederos demandados por una herencia proindiviso, o por parte de ella, fueren todos condenados en una sola sentencia de la que un sólo heredero apeló”.

61. Guilherme Estelita, obra citada, página 27. El artículo 46 de la mencionada ley (nº 221 de 20/11/1894) reza: “Es permitido acumular entre las mismas personas y en la misma acción diversos pedidos cuando la forma del proceso para ellos establecida fuera la misma”.

Posteriormente fue acogido por los Códigos de Proceso Civil de los Estados de Río de Janeiro, Maranhão, Piauí, Sergipe, Ceará, Minas Gerais, Río Grande do Norte, Paraíba y Distrito Federal.

Se destaca, sin embargo, que solamente el Código de Proceso de Bahía ⁽⁶²⁾ reglamentó la materia según los principios más modernos, pasando también a contemplarlo el código unitario de 1939 ⁽⁶³⁾.

La ley instrumental en vigor (Ley nº 5.869 de 11/1/73) reguló el asunto en el libro I (Del Proceso de Conocimiento), título II (De las Partes y de los Procuradores), capítulo V (Del litisconsorcio y de la asistencia), sección I, artículo 46 a 49 ⁽⁶⁴⁾ de-

“Así también puede el demandado ser demandado por diferentes actores y el actor demandar diferentes demandados conjuntamente y en el mismo proceso, siempre que los derechos y obligaciones tuvieren el mismo origen”. Vide aún, Lopes da Costa, obra citada, página 404 y siguientes.

62. “Art. 7º. Puede igualmente verificarse el litisconsorcio, cuando el objeto del proceso es constituido por pretensiones u obligaciones de la misma naturaleza y con fundamento análogo de hecho o de derecho”.

63. “Art. 80. Se admite el litisconsorcio activo o pasivo, cuando se funda en la comunión de intereses, en la conexión de causas, o en la finidad de cuestiones por un punto común de hecho o de derecho”.

“En el primer caso, no podrán las partes dispensarlo, en el segundo no podrán rechazarlo cuando fuere requerido por cualquiera de ellas, en el tercer caso, podrán adoptarlo, cuando estuvieren de acuerdo”.

“Art. 90. Cuando la relación jurídica litigiosa hubiere de ser resultado de modo uniforme para todos los litisconsortes, los contumaces o los que hubieren perdido algún plazo, serán representados por los demás”. Los litisconsortes contumaces podrán intervenir en los actos ulteriores independientemente de nueva citación”.

64. “Art. 46. Dos o más personas pueden litigar, en el mismo proceso, en conjunto, activa o pasivamente, cuando: I - entre ellas hubiere comunión de derechos o de obligaciones relativamente a la litis; II - los derechos y las obligaciones se deriven del mismo fundamento de hecho o de derecho; III - entre las causas hubiere conexión por el objeto o por la causa para pedir; y IV - ocurriere afinidad de cuestiones por un punto común de hecho o de derecho.

“Art. 47. Hay litisconsorcio necesario cuando, por disposición de la ley, el juez tuviere que decidir la litis de modo uniforme para todas las partes, caso en que la eficacia de la sentencia dependerá de la citación de todos los litisconsortes en el proceso”. Parágrafo único. El juez ordenará al actor que promueva la citación de todos los litisconsortes necesarios, dentro del plazo que señale, so pena de declarar extinguido el proceso”.

biendo destacarse lo siguiente: 1º) está inserto en un capítulo distinto al de la intervención, no habiendo sido aceptado, pues, por el legislador, como una especie de aquella; 2º) su fundamento consiste en la identidad de derechos de los litisconsortes, que por eso deben estar en la misma posición frente al adversario en la relación en el proceso, propiciando así la economía procesal y la armonía entre las manifestaciones del Poder Judicial; 3º) en relación con las partes, el litisconsorcio puede ser: activo (varios actores contra el mismo demandado) y mixto o recíproco (varios sujetos activos contra innúmeros sujetos pasivos); 4º) con referencia al momento de su formación él puede ser: inicial (consumado al establecerse la relación jurídico-procesal) o ulterior (verificado después de instaurada la relación jurídico-procesal); 5º) teniendo en cuenta la influencia de la voluntad de las partes en su formación él puede ser: necesario (cuando los litisconsortes tienen que estar en el proceso) y facultativo, subdividido en irrecusable (en la hipótesis en que siendo el litisconsorte llamado a integrar el proceso no puede dejar de atender el llamamiento) y recusable (cuando ocurra lo contrario que en el anterior); 6º) en lo que dice respecto a la exigencia o no de que la decisión sea uniforme en relación a todos los litisconsortes él puede ser unitario (cuando la decisión tiene que ser uniforme) y simple (en el caso contrario).

En vista de lo establecido en la ley instrumental los siguientes puntos deben ser evidenciados:

a) El artículo 46 ⁽⁶⁵⁾ especifica los casos en que el litisconsorcio, en principio puede ser facultativo, entendiéndose algunos ⁽⁶⁶⁾ en nuestro sentir correctamente, que dado el silencio de la ley él es irrecusable.

En las hipótesis del inciso I ⁽⁶⁷⁾ para que el litisconsorcio sea

65. Vide nota anterior.

66. En este sentido, entre otros: Pontes de Miranda, *Comentarios al código de proceso civil*, tomo I, página 22, Forense, Río 1974; Arruda Alvim, obra citada, volumen 2, página 300; y Sergio Ferraz, obra citada, página 20; Celso Agrícola Barbi, escudado en el principio inserto en el artículo 125 de la ley procesal (competencia del juez para asegurar a las partes igualdad de tratamiento en el proceso) entiende que el litisconsorcio facultativo recusable sobrevive (obra citada, págs. 262 y 263).

67. Vide nota 64.

facultativo es imprescindible que no ocurra lo previsto en el artículo 47⁽⁶⁸⁾ caso en el cual es necesario.

El mismo fundamento exigido en el inciso II⁽⁶⁹⁾ de hecho quiere decir el mismo hecho (ej: varias víctimas de un accidente ferroviario, pueden actuar conjunta o separadamente), y de derecho que se origina en el mismo título (ej: contrato que da origen a derechos para varias personas).

En lo que dice respecto a la conexión por el objeto o por la causa para pedir, inciso III⁽⁷⁰⁾, la primera se refiere al objeto del pedido, o sea, al bien de la vida que se pretende garantizar o conseguir⁽⁷¹⁾ (ej: restitución de inmueble) y la segunda al fundamento de derecho material (ej: reivindicación contra poseedores de áreas diferentes de un mismo inmueble).

Finalmente, la afinidad de cuestiones previstas en el inciso IV⁽⁷²⁾, en lo que respecta a un punto común de hecho quiere decir hechos semejantes (ej: actuación de un propietario rural contra sus vecinos, que sin consentimiento sueltan animales en el inmueble de aquel).

b) El artículo 47⁽⁷³⁾ especifica las condiciones para que el litisconsorcio sea necesario identificando a éste, según todo indica, con el unitario⁽⁷⁴⁾.

68. Vide nota 64.

69. Vide nota 64.

70. Vide nota 64.

71. Sobre el objeto de la petición vide nuestros *Principios de derecho procesal civil y agrario*, ya citado, páginas 55 y 56 y notas.

72. Vide nota 64.

73. Vide nota 64.

74. Al comentar el artículo 47, ya tuvimos oportunidad de destacar que en excelente trabajo sobre el asunto, el profesor Antonio Carlos de Araújo Cintra enumera tres posiciones básicas en que se dividen los autores brasileños, teniendo en cuenta el litisconsorcio unitario. "La primera, que cuenta con el mayor número de adeptos, lo identifica pura y simplemente con el litisconsorcio necesario; la segunda, lo clasifica como una especie del litisconsorcio necesario; y finalmente la tercera, le atribuye individualidad propia, distinta de aquella del litisconsorcio necesario" (Del litisconsorcio unitario en el sistema del C. P. C., página 47, mimeografiado. São Paulo, 1968, obra y volumen citados, página 58).

Y completamos: por la redacción del artículo se concluye fácilmente,

Se han hecho críticas a la redacción dada por el legislador al mencionado dispositivo, pues no siempre la solución uniforme de la causa en relación a todas las partes (litisconsorcio unitario) produce litisconsorcio necesario (ej: acción de un accionista para anular la deliberación de la asamblea de una sociedad anónima —la solución es uniforme para todos los accionistas) y puede haber litisconsorcio necesario en el cual la decisión no tenga que ser uniforme para todas las partes (ej: acción de usucapión de tierras particulares en que es necesaria la citación de todos los colindantes y que frente a la impugnación de uno de los colindantes la petición fue juzgada procedente en parte, con exclusión del área impugnada) (75).

De esto se deriva que en la totalidad de las veces el litisconsorcio que fuere necesario es unitario y que todo litisconsorcio unitario es necesario (76). Es una intervención *ad coadjuvandum* que puede ser tanto voluntaria como provocada, posible en cualquier tipo de proceso o de procedimiento.

g) Sustitución procesal

Esta figura procesal fue descubierta en 1886 por Kolher que la denominó *situación del tercero en la acción* (77). Su concepto

que el Código se decidió por la primera opción, lo que no es de extrañar, una vez que, como bien lo asevera Antônio Carlos Araújo Cintra, el autor del Proyecto, profesor Alfredo Buzaid, es partidario de esta orientación, de acuerdo con el punto de vista expresado en parecer publicado por la Revista dos Tribunais (*Comentarios al código de proceso civil*, volumen 1, página 59, leud. São Paulo, 1974/1975).

75. Los ejemplos presentados fueron tomados de los Comentarios al código de proceso civil del profesor Celso Agrícola Barbi, tantas veces citado, páginas 257 y siguientes.

76. El punto de vista hoy prevalente, salvo mejor opinión, es el de que el litisconsorcio unitario tiene individualidad propia. Acerca de esta materia analizan en forma profunda y exhaustiva, entre otros: José Carlos Barbosa Moreira, *Litisconsorcio Unitario*, páginas 117 y siguientes, Forense, Río 1972; Cândido Dinamarco, *Litisconsorcio*, páginas 82 y siguientes, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986; Mathias Lambauer, *del litisconsorcio necesario*, páginas 24 y siguientes, Saraiva, São Paulo, 1982; Arruda Alvim, obra citada, páginas 379 y siguientes; y Celso Agrícola Barbi, obra citada, páginas 271 y siguientes.

77. "La sustitución procesal, para Kolher, es una relación de naturaleza sustancial existente entre el sustituto y el sustituido, a consecuencia de la cual compete al sustituto el poder (sustancial) de conducir un proceso en nombre propio y relativamente al derecho del sustituido, de tal

fue trasladado para el derecho procesal por Hellwing que lo denominó *derecho de conducir el proceso*. Chiovenda a su vez, bautizó el fenómeno con el nombre de *sustitución procesal*, denominación que hoy prevalece (78).

En Brasil, Lopes da Costa la denominó *legitimación anómala*, para diferenciarla de la legitimación normal, admitiendo el autor aún, la *legitimación mixta*, o *concurrente* (79).

Aunque al principio fuese aceptada en la vigencia del estatuto procesal derogado, solamente el actual Código la reglamentó de manera expresa en el libro I (Del Proceso de Conocimiento), título I (De la Jurisdicción y de la Acción), capítulo II (De la Acción), artículo 6º (80) y debe ser destacado lo siguiente: 1º) la sustitución es una figura procesal por medio de la cual una persona extraña a las relaciones de derecho material y procesal ingresa en el proceso en nombre propio, en la defensa del derecho de una de las partes; 2º) es una intervención voluntaria *ad coadjuvandum*; 3º) según la doctrina ella puede ser legal, cuando deriva de la ley (ej: la del Ministerio Público o de los parientes del cónyuge para demandar la anulación del matrimonio —Código civil, art. 208, ítem II), y voluntaria, cuando depende de la

forma que los efectos sustanciales del proceso (entre los cuales él indica, en primer lugar, la cosa juzgada) vienen a alcanzarse al sustituido, aunque no haya participado del mismo proceso". (Waldemar Mariz de Oliveira Jr. *Sustitución procesal*, página 87, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971). Vide, además: Lopes da Costa, obra citada, volumen I, páginas 106 y 107; José Frederico Marques, obra citada, volumen 2, página 176; Celso Agrícola Barbi, obra citada, página 109; Arruda Alvim, *Tratado de derecho procesal civil*, volumen 1, páginas 515 y siguientes, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990; y Ephraim de Campos Jr. *Sustitución procesal*, páginas 16 y siguientes, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985.

78. Vide autores y obras citadas en el número anterior.

79. "Hay un tipo de legitimación mixta, de legitimación normal y de legitimación anómala. Así, uno de los acreedores solidarios puede accionar por la deuda íntegra (Código civil, art. 898). Es parte en la relación jurídico-procesal, pero además de él otros existen. De la misma manera, uno de los deudores solidarios puede responder por la integridad de la obligación (Código civil, art. 904). También en las obligaciones indivisibles cada uno de los deudores es obligado por la deuda total (Código civil, art. 891)". (Lopes da Costa, obra citada, volumen 1, página 106). Vide además, Celso Agrícola Barbi, obra citada, páginas 110 y 111.

80. "Art. 6º. Nadie podrá demandar en nombre propio, derecho ajeno, salvo cuando estuviere autorizado por ley".

voluntad individual, o sea, de la autorización del sustituido para que el sustituto proponga la acción y presente la petición en su nombre (ej: la del marido demandando en juicio con la autorización de la esposa, acerca del derecho real sobre inmueble —Código civil, art. 235, n^o II) ⁽⁸¹⁾; 4^o) salvo mejor opinión, ella puede ocurrir en todos los tipos de procesos y de procedimientos.

Se destaca, por último, como muy bien enseñan los doctos, que la sustitución no se confunde con la cesión de derecho, ni con el mandato, ni con la sucesión. En la primera, porque hay transferencia del derecho material del cedente al cesionario; en la segunda, porque el mandatario actúa en nombre del mandante; y en la tercera, porque hay sustitución del enajenante en ambas relaciones.

h) Sucesión procesal

En la perspicaz observación de Celso Agrícola Barbi y Clito Fornaciare Junior, ni en el derecho romano, ni en el derecho común admitían la venta de un bien en litigio ⁽⁸²⁾.

El derecho brasileño, al adoptar la orientación en el sentido de permitir la salida del enajenante en ambas relaciones ⁽⁸³⁾, por la primera vez, salvo menor opinión, reglamentó la sucesión en el Estatuto 737 de 1850 ⁽⁸⁴⁾, habiendo posteriormente albergado di-

81. Entre los procesalistas brasileños, Pontes de Miranda, obra citada, tomo 1, página 200 y Lopes da Costa, obra citada, volumen I, páginas 107 y 108 admiten la sustitución voluntaria; Waldemar Mariz de Oliveira Junior, obra citada, páginas 135 y 136, Ephraim de Campos Jr., obra citada, páginas 70 y siguientes y Arruda Alvim, *Tratado de derecho procesal civil*, volumen 1, páginas 515 y siguientes, no la admiten. Parece, salvo mejor opinión, que la razón está con los primeros, analizando la materia fuera del ámbito legislativo; el ejemplo citado comprueba la asertiva.

82. Respectivamente: obra citada, páginas 347 y siguientes; y nota sobre Sucesión procesal, en la Enciclopedia Saraiva, São Paulo, 1977, y Revista de Proceso, n^o 24, páginas 54 y nota.

83. "Cuando ocurre la enajenación de la cosa o de derecho objeto del litigio, el legislador, teniendo en cuenta la distinción entre relación jurídica procesal y relación de derecho sustancial, puede adoptar dos soluciones: a) el enajenante sale de la relación procesal siendo sustituido —sucedido— por el adquirente; y b) el enajenante continúa como parte en la relación procesal como si no hubiese habido enajenación" (Celso Agrícola Barbi, obra citada, página 248).

84. "Art. 409. El cesionario, o el subrogado puede proseguir en la ejecución sin habilitación, adjuntando el título legal de la cesión o subrogación.

cha orientación algunos códigos estaduales ⁽⁸⁵⁾ y el Código de Proceso de 1939 ⁽⁸⁶⁾.

Actualmente la posibilidad de sucesión está disciplinada en el libro I (Del Proceso de Conocimiento), título II (De las Partes y los Procuradores), capítulo IV (De la Sustitución de las Partes y de los Procuradores), artículos 41 a 43 ⁽⁸⁷⁾ debiendo destacarse lo siguiente: 1º) ella es una forma de intervención *ad excludendum*; 2º) puede ocurrir de manera voluntaria (cuando el adquirente del bien litigioso o cesionario ingresa en las relaciones) y legal (en la hipótesis de que la sucesión ocurriere en virtud de la muerte de una de las partes) ⁽⁸⁸⁾; y 3º) la sucesión es posible en todos los procesos y procedimientos.

i) Recurso del tercero perjudicado

Como ya fue evidenciado en la parte introductoria de este trabajo, el recurso del tercero se originó en el derecho romano (Alio condemnatio, is cuius interest, appellare potest, 4 nº 2, D.

Además el cesionario o subrogado deberá probar su identidad cuando de ella se dudare”.

85. Código de Proceso Civil de Minas Gerais, Bahía, Río de Janeiro, Distrito Federal, Ceará, Maranhão y Río Grande do Sul.

86. “Art. 750. El cesionario o subrogado podrá sin habilitación proseguir en la causa, allegando a los autos el título de la cesión o de la subrogación y promoviendo la citación de la parte contraria”.

87. “Art. 41. Sólo es permitida en el curso del proceso, la sustitución voluntaria de las partes en los casos previstos por la ley”.

“Art. 42. La enajenación de la cosa o del derecho litigioso a título particular por acto entre vivos no altera la legitimación de las partes.

nº 1. El adquirente o cesionario no podrá ingresar al proceso sustituyendo al enajenante o al cedente, sin que consienta la parte contraria.

nº 2, el adquirente o cesionario podrá, sin embargo, intervenir en el proceso, asistiendo al enajenamiento o al cedente.

nº 3. La sentencia, proferida entre las partes originarias, extiende sus efectos al adquirente o cesionario”.

“Art. 43. Ocurriendo la muerte de cualquiera de las partes, se dará la sustitución por los bienes relictos o por los sucesores observando lo dispuesto en el artículo 265”.

Aunque los artículos arriba transcritos hablan de sustitución, lo correcto es que se hable de sucesión.

88. Vide nota anterior.

de app. 49.1) habiendo sido regulado por las Ordenanzas Portuguesas.

La primera legislación brasileña en acoger el instituto fue el Reglamento 737 de 1850 ⁽⁸⁹⁾; algunos códigos estatales lo adoptaron ⁽⁹⁰⁾, así como estatuto procesal revocado ⁽⁹¹⁾.

La ley procesal actual (Ley n° 5.869 de 11/1/1973) trata del asunto en el libro I (Del Proceso de Conocimiento), título X (De los Recursos) capítulo I (De las disposiciones generales), artículo 499 ⁽⁹²⁾ y debe ser evidenciado que para la admisibilidad de este recurso, cumple al tercero ⁽⁹³⁾ demostrar el nexo de interdependencia entre su interés para intervenir y la relación jurídica sometida a apreciación judicial (n° 1 del art. 499 del C. P. C.).

Así, como ya tuvimos oportunidad de destacarlo, para que se pueda recurrir es menester que la sentencia haya lesionado un derecho propio de este tercero debido a la conexión jurídica que exista entre él y la relación jurídica material objeto del proceso ⁽⁹⁴⁾.

O como bien lo enseña Miguel Sabra Fagundes, el ingreso debe estar basado en una relación de orden material, teniendo en cuenta el perjuicio o lo oneroso del acto decisorio sobre el patri-

89. "Art. 738. Los terceros perjudicados por la sentencia pueden apelar e interponer el recurso de revisión, aunque no hubiesen intervenido en la causa en la primera o segunda instancia".

90. Códigos de proceso civil de los Estados de Minas Gerais, Distrito Federal, São Paulo, Bahía, Ceará, Río de Janeiro y Pernambuco.

91. "Art. 815. El tercero perjudicado podrá, además, recurrir de la decisión. El plazo para la interposición del recurso del tercero perjudicado será el de las partes, y desde la misma fecha se contará (art. 812).

n° 1. ...

n° 2. ...

92. "Art. 499. "El recurso puede ser interpuesto por la parte vencida, por el tercero perjudicado o por el Ministerio Público.

n° 1. Cumple al tercero demostrar el nexo de interdependencia entre su interés para intervenir y la relación jurídica sometida a apreciación judicial".

n° 2. ...

93. Sobre el concepto de tercero vide n° 5.1.

94. Nuestros comentarios al Código de Proceso Civil, volumen 2, Leud. São Paulo, 1975.

monio del tercero ⁽⁹⁵⁾. Es una intervención voluntaria *ad coadjuvandum* utilizable en cualquier tipo de proceso y de procedimiento.

j) Oposición de tercero

Aunque algunos doctos no vislumbran la existencia de la oposición de tercero en el Derecho Romano ⁽⁹⁶⁾, el admirado profesor Alfredo Buzaid asevera que su embrión se encuentra en aquel derecho ⁽⁹⁷⁾ con la denominación de oposición, con miras a la exclusión, por parte del tercero, de los bienes que fueron pignorados.

Se encuentra en las Ordenanzas Filipinas, en el Reglamento 737 de 1850 ⁽⁹⁸⁾, en algunos códigos estatales ⁽⁹⁹⁾ y en el unitario del 39 ⁽¹⁰⁰⁾.

El instituto instrumental vigente brasileño prevé en el libro IV (De los Procedimientos Especiales), título I (De los Procedimientos Especiales de Jurisdicción Contenciosa), capítulo X, ar-

95. Decisión de recurso por el Tribunal en nuestros comentarios, volumen y páginas citadas.

96. Según el profesor Edson Prata "no encontramos el instituto en el derecho romano" (*Embargos de Terceiro*, página 17, Leud, São Paulo, 1984).

97. "En primer lugar, cuando en la ejecución, la prenda recaía sobre bienes de terceros y no del ejecutado. En tal caso, el derecho romano armaba al tercero de un medio eficaz, a fin de demandar la exclusión de los bienes que fueron pignorados. Puede recordarse el famoso fragmento de Ulpiano (Libro II de *Officio Consulis*). Ahí está el embrión de la figura de oposición de tercero que pasó al derecho medioeval y se tornó en la frase de Cino de Pistoia, *quaestio quae tota die versatur de facto*" (obra citada, páginas 274 y siguientes).

98. "Art. 597. Viniendo algún tercero con oposición a la ejecución, porque la cosa pignorada le pertenezca por título hábil y legítimo, y teniendo posesión natural o civil con efectos de natural, le será concedida oportunidad para alegar y probar la oposición en tres días".

99. Códigos de Proceso Civil de Minas Gerais, Bahía, Maranhão, Distrito Federal y Río Grande do Sul.

100. "Art. 707. Quien no fuere parte en el hecho y sufriere turbación o despojo en su posesión, o derecho, por efecto de prenda, depósito, arresto, secuestro, venta judicial, cobranza, partición u otro acto de aprehensión judicial, puede defender sus bienes por la vía de oposición de tercero".

título 1.046 y siguientes ⁽¹⁰¹⁾ y debe ser destacado lo siguiente: 1º) son considerados una acción de conocimiento que cabe toda vez que el tercero sufre aprehensión de sus bienes por determinación judicial; y 2º) el sujeto pasivo de la relación es el proveeniente del proceso en el cual resultó el acto constrictivo.

Si es verdad que el medio utilizado en tales casos para la cesación del acto judicial es la acción, no es menos cierto que en otros, en que la consumación constituye una intervención de tercero, pues era realizada por quien no participaba de la primera relación, con el objetivo de alterar la situación del proceso originario, modifica la situación de las partes con referencia al derecho de propiedad o de posesión sobre el bien aprehendido.

Constituye, pues, una intervención voluntaria *ad excludendum* y puede ser utilizada en cualquier proceso y procedimiento.

k) Concurso de acreedores

Es también en el Derecho Romano donde vamos a encontrar el origen del concurso de acreedores, en el que quedó debidamente establecido con la implantación de la *bonorum cessio* ⁽¹⁰²⁾. Las Ordenanzas Portuguesas también regularon la materia.

En lo que se refiere a la legislación patria, la primera ley procesal nítidamente brasileña, el Reglamento 737 de 1850 con-

101. "Art. 1.046. Quien, no siendo parte en el proceso, sufre turbación o despojo en la posesión de sus bienes por acto de aprehensión judicial, en casos como los de prenda, depósito, arresto, secuestro, enajenación judicial, cobranza, inventario o partición, podrá pedir que le sean conservados o restituidos por medio de oposición".

nº 1º ...

nº 2º ...

102. "La historia del concurso de acreedores desde Roma hasta nuestros días, expresa un conflicto de intereses entre el deudor insolvente y sus acreedores, que fue regulado de modo diverso a través de las épocas. El instituto evolucionó desde la fase cruel y bárbara del derecho histórico romano hasta la humanización más creciente: la primera, por la *manus injectio* se reducía al deudor a la esclavitud; después una tendencia más humana crea la *bonorum cessio* a fin de que el deudor evite la imposición de pena infamante, avanzando de la ejecución personal para la ejecución patrimonial (Alfredo Buzaid, *Del concurso de acreedores en el proceso de ejecución*, página 143. Saraiva, São Paulo, 1952). Vide además, acerca de la evolución histórica, el mismo autor y obra citada, páginas 41 y siguientes, y Humberto Theodoro Junior, *La Insolvencia civil*, páginas 13 y siguientes, Forense, Río, 1980.

sagró el instituto con la denominación de *concurso de preferencias* ⁽¹⁰³⁾; de él se ocuparon algunos códigos estaduales ⁽¹⁰⁴⁾ y el unitario de 1939 ⁽¹⁰⁵⁾.

Actualmente el concurso está inserto en el Libro I (Del Proceso de Ejecución), título IV (De la Ejecución por Cuantía Cierta contra Deudor Insolvente), artículos 748 a 786 ⁽¹⁰⁶⁾ del estatuto procesal civil y debe ser evidenciado lo siguiente: 1º mira el concurso a la partición entre los acreedores, del patrimonio del deudor común civil insolvente; 2º constituye un sucedáneo de la falencia del comerciante; 3º puede ser requerido tanto por el deudor civil como por el acreedor; 4º la declaración judicial de la insolvencia provoca la concurrencia de todos los acreedores del deudor común al proceso; y 5º puede el deudor, en la hipótesis prevista en la ley ⁽¹⁰⁷⁾ convenir con los acreedores la forma de pago ⁽¹⁰⁸⁾.

103. "Art. 605. Es competente para instaurar el concurso de preferencias o juicio donde se procede al remate de bienes".

"Art. 606. La preferencia debe ser disputada en el mismo proceso de ejecución.

"Art. 609. Sólo tiene lugar el concurso de preferencia de que trata este título:

nº 1º. Cuando el deudor común no tiene bienes para el pago de todos los acreedores.

nº 2º. Cuando el deudor no es comerciante.

nº 3º. Cuando los acreedores llegan al juicio antes de que se entregue al ejecutante el precio del remate, o antes de extraída y asignada la carta de adjudicación".

104. Códigos de proceso civil de Río Grande do Sul, Distrito Federal, Minas Gerais, Bahía y São Paulo.

105. "Art. 1.017. En la ejecución de la sentencia y en los demás casos previstos en la ley, el concurso de acreedores del deudor común será tramitado ante el juez de la causa principal, pudiendo versar sobre el precio del remate, la remisión o adjudicación, o sobre los propios bienes, si no hubiesen sido rematados, remitidos o adjudicados".

106. "Art. 748. Dase la insolvencia cada vez que las deudas excedan el valor de los bienes del deudor".

107. "Art. 783. El deudor insolvente podrá, después de aprobado el cuadro a que se refiere el art. 769, convenir con sus acreedores proponiéndoles la forma de pago. Oídos los acreedores, si no hubiere oposición, el juez aprobará la propuesta por sentencia".

108. Constituye el sucedáneo del concordato comercial.

La afluencia, pues, de todos los acreedores al proceso de insolvencia constituye una intervención de terceros provocada y *ad adjuvandum*, ya que no mira ella a la exclusión del derecho de las partes.

6. Conclusiones

Teniendo en cuenta lo expuesto atrás podemos concluir que tenemos en la realidad dos especies de intervención de tercero: una en el proceso y otra en la litis.

La primera, solamente puede ser voluntaria y *ad adjuvandum*, pues quien ingresa no tiene ningún interés de orden material, y por eso mismo, actúa espontáneamente. En esta categoría existen solamente dos especies: la asistencia llamada simple y la sustitución procesal.

La segunda, puede ser tanto voluntaria como provocada, para ayudar o para excluir, una vez que el interés del ingresante es de orden material. Así, son intervenciones voluntarias: la asistencia calificada, la oposición, el recurso del tercero perjudicado, la oposición del tercero, la sucesión procesal y el litisconsorcio facultativo. Son intervenciones provocadas: la nominarse autorem, la denuncia del pleito, el llamamiento al proceso, el litisconsorcio necesario y unitario y el concurso de acreedores.

Para ayudar: la asistencia calificada, el recurso de tercero perjudicado, la sucesión procesal, el litisconsorcio facultativo y todas las provocadas.

Para excluir: la oposición y la oposición de tercero.

EL DERECHO PROCESAL EN LA CONSTITUCION DE 1991 **

Beatriz Quintero de Prieto *

1. Prolegómenos 2. El principio de exclusividad de la función jurisdiccional 3. El principio de independencia del órgano jurisdiccional 4. Fundamentos democráticos del derecho procesal 5. La garantía del derecho procesal 6. El núcleo del debido proceso 7. La garantía de la legalidad de la audiencia 8. La literal prevalencia del derecho sustancial del art. 228 de la Constitución 9. La denominada sentencia inhibitoria y la disposición del art. 228 de la Constitución.

1. *Prolegómenos*

Sea lo primero manifestar que con esta exposición entiendo vincular a este evento al Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín, al cual pertenezco y al que debo cualquier fruto que mi esfuerzo logre producir, así como también a las cátedras de derecho procesal que con cariño dicto en las universidades de Medellín y Autónoma Latinoamericana.

La temática ofrece un vasto panorama, pero precisamente por ello tiene que seleccionarse algún parámetro sobre el cual

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal, Profesora de derecho procesal en las Universidades de Medellín y Autónoma Latinoamericana y magistrada del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín.

** Ponencia presentada en el Segundo Congreso de Derecho Procesal de Medellín, en marzo de 1993.

se coloque el énfasis del análisis respectivo y en cumplimiento de esta tarea puntualizadora, indico como deslinde la siguiente materia:

La manera como se conciben los *fundamentos constitucionales del derecho procesal en la Constitución de 1991*.

El derecho procesal se caracteriza en lo fundamental por ciertos principios constitucionales que demarcan la política procesal. Las leyes procesales desarrollan esa política y las técnicas y los sistemas la hacen expedita de acuerdo con el trazo fundamental preponderante o definitivo.

El artículo 1º de la Constitución de 1991, ampliado y complementado, reza así en lo pertinente: "*Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria... democrática...*".

Desde ahí, desde el primero de sus artículos, la Constitución está demarcando políticas, directrices axiológicas, a la legislación procesal colombiana. Así entonces, aun cuando sea de manera tangencial, permítase anotar que la idea del Estado *social* es contraria a la del "laissez faire laissez passer" y de este modo tiene que entenderse que concibe a la jurisdicción como una función estatal, al proceso como un proceso público y que elimina cualquier posible concepción de un proceso privado o de un juez convidado de piedra, como que tenga que ser desarrollada esa idea fundamental, por la ley procesal, trazando derroteros que correspondan a la idea de un juez director del proceso, con un papel protagónico en el mismo.

El concepto de *Estado de derecho*, tampoco se consagraba en la constitución anterior. Su significado encuentra igualmente relevancia en la política procesal como pauta de preeminencia jurídica y de justicia en las instituciones y de seguridad jurídica mediante el principio de legalidad: toda actuación del Estado debe ir precedida de una ley que le dé fundamento y cualquier intromisión del poder estatal en la órbita privada debe ser ejercida dentro de la competencia definitiva por la constitución y la ley. Pero además, en esa pauta que le corresponde al Estado de derecho como búsqueda que no se queda en la ley sino que avanza siempre hacia la justicia, es en donde se ofrecen fuentes insospechadas para la creación del derecho como realismo jurídico, como esa que logren y deban hacer los jueces en su tarea interpretadora e integradora.

La consagración que realiza la Constitución, de Colombia como *República unitaria*, es una ratificación de la forma de organización jurídico-política prevaleciente desde 1886 pero que igualmente conserva incidencia en el derecho procesal, y que la Constitución de 1991 ordena con innovaciones, como se analizará por lo que respecta a las consecuencias procesales que derivan de la consagración del régimen republicano de gobierno.

El sistema unitario se conserva por oposición a la forma federativa. Su implicación a los efectos de la temática que se desenvuelve tiene relación con el ámbito de validez espacial de la norma procesal, como que éste se integre por la totalidad del territorio nacional, de manera uniforme. Sin embargo, en el territorio nacional rigen la ley procesal nacional, la ley procesal religiosa correspondiente y la ley procesal indígena, según parámetros que luego traza la misma Constitución.

La forma *republicana de gobierno* implica la separación de los poderes del Estado. En su incidencia sobre el derecho procesal se concreta en la concepción del órgano jurisdiccional como *un poder del Estado*, independiente de los restantes poderes del Estado y en la *función jurisdiccional* como una *función soberana* y por consiguiente *exclusiva y obligatoria, exclusiva e imperativa*.

En 1748 hace su aparición el *Espíritu de las leyes* de Montesquieu, obra en la cual el autor sistematiza la división tripartita del poder con expresiones que corresponden a la idea de que si los poderes se reúnen en la misma persona o en el mismo órgano *no hay libertad*. La esencia del principio de la división de poderes radica en la necesidad de imponer a todo poder del Estado un límite con otro poder. El poder del Estado es uno. Su unidad es una característica esencial que emana del principio de la *soberanía*. Para su ejercicio se distribuye la actividad entre las distintas ramas que hacen efectivo su funcionamiento de acuerdo con los fines propuestos. Por eso se habla de *funciones del poder* y de *ramas y órganos* que ejercen esas funciones. El estado republicano de derecho tiene que impedir la concentración absoluta y totalitaria del poder público en un solo órgano o en una sola rama.

El artículo 113 de la Constitución de 1991 adecuándose a una idea moderna de un régimen republicano consagra como ramas del poder a la legislativa, a la ejecutiva y a la judicial. Pero entendiéndolo, en una concepción moderna, que existen órganos que

no encuadran en alguna de las tres ramas clásicas, como conviene a la función fiscalizadora en general, o al Banco de la República, expresa que existen otros órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

En el orden de ideas que se viene desarrollando, el artículo 116 en su primera parte ofrece la concepción constitucional de los órganos que integran la rama judicial. Un examen sucinto de las funciones que les están encomendadas lleva a la conclusión de que algunos de ellos no ejercen función jurisdiccional propiamente tal, sino apenas alguna que se le asimila, y otros, justifican su pertenencia a la rama, tan sólo porque significan el ejercicio de la función administrativa de la misma.

Para el logro de un entendimiento es preciso que expositor y auditorio utilicen un lenguaje común. Por ello se debe explicar, qué se entiende por *jurisdicción*: con el maestro Carnelutti, se dice que es la función que consiste en *decidir litigios*, o lo que equivale: *decidir conflictos intersubjetivos de intereses* caracterizados por una pretensión resistida con total imperatividad y con el sello de la cosa juzgada ⁽¹⁾. De entre los órganos que el artículo 116 enlista como pertenecientes a la rama judicial, ejercen jurisdicción por autonomasia, por naturaleza, porque así les corresponde prístinamente: la judicatura y la magistratura, a saber: La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, los jueces y Tribunales. La Corte Constitucional ejerce el control constitucional que en un sentido estricto no decide conflicto alguno de intereses. Su función es controlar, constatar, examinar para borrar del panorama jurídico la ley o el acto de autoridad que sean contrarios a la Constitución, como acción de inexecutable o como control anterior de leyes y como revisión de las acciones de tutela. Como órgano de control bien pudiera estatuirse como uno independiente de las ramas clásicas del poder público. *El Consejo Superior de la Judicatura* administra la rama judicial: administra su personal y su patrimonio y como una manifestación también de su función administrativa, ejerce la actividad disciplinaria que tampoco traspasa los umbrales de lo administrativo... Decide conflictos de competencia entre las que

1. Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, UTHEA Argentina, 1944 T. I. p. 44.

la Constitución menciona dizque como *jurisdicciones*, decisión igualmente administrativa, como que no corresponde a la idea de decisión de un conflicto intersubjetivo de intereses.

La Fiscalía General de la Nación investiga y acusa. La función de investigar los delitos es una función de control; ella constata hechos a los efectos de formular o no una acusación, como titular que es del ius puniendi del Estado. Cuando acusa desempeña el papel de parte actora en el proceso penal, en perfecta igualdad de condiciones, en contradictorio pleno con la parte opositora o acusada y por ante el juez, único que ejerce jurisdicción. De acuerdo entonces con ésta, su función óptica, la *Fiscalía General de la Nación* bien pudiera erigirse como un órgano autónomo no adscrito a cualquiera de las ramas clásicas del poder público. Pero la Constitución colombiana integra la Fiscalía a la rama judicial y la ley procesal le asigna una función jurisdiccional, el ejercicio de la tutela cautelar en el preproceso o sumario.

El ejercicio de cualquiera de las tutelas es ya sí jurisdicción, bien sea porque se desempeñe como tutela de conocimiento, pura y verdadera jurisdicción, merodeclarando, constituyendo o condenando, bien sea porque se conciba como tutela de ejecución jurisdiccional, o como la cautelar, las dos últimas, jurisdicciones por conexión, como lo admiten Carnelutti y Allorio⁽²⁾. El manejo de la detención preventiva en el preproceso penal, durante el sumario es decir, en la etapa investigativa, es el ejercicio de la tutela cautelar y eso ya es función jurisdiccional. Como tal, debería estar asignada al juez quien la manejaría en forma paralela al desenvolvimiento y necesidades de la investigación.

A este punto de la exposición se ha delimitado la *rama judicial*, el órgano jurisdiccional del Estado, y la función jurisdiccional como la que corresponde a la decisión de litigios o al desempeño de las diversas tutelas; es entonces el momento preciso para puntualizar en qué consiste el *principio de exclusividad de la función jurisdiccional que emana de una idea o forma republicana de gobierno que la Constitución haya elegido como la que corresponde a la Nación colombiana*.

2. Eurico Allorio, *Problemas de Derecho Procesal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. T. II. p. 192 EJE. Buenos Aires 1964.

2. *El principio de exclusividad de la función jurisdiccional*

Este principio puede enunciarse de la siguiente manera: la función jurisdiccional es una función soberana, por consiguiente tan sólo el Estado puede ejercer jurisdicción. Pero además, dentro del Estado tan sólo el órgano jurisdiccional debe ejercer jurisdicción.

Se rechaza así el ejercicio de la jurisdicción por cualquier *poder paralelo al Estado* porque ello resulta lesivo de la soberanía nacional.

La Iglesia, cualquier iglesia, por ejemplo, es un poder paralelo al Estado. Y lo es igualmente el poder indígena. Son los artículos 42 y 246 de la Constitución de 1991 permitiendo a los Tribunales Eclesiásticos y a las autoridades de los pueblos indígenas decidir litigios, resolver conflictos intersubjetivos de intereses, caracterizados por una pretensión resistida. El artículo 42 concede efectos civiles a las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión en los términos que establezca la ley.

El texto del artículo 246 es ilustrativo asaz a los efectos de servir como apoyo a la exposición que sucede y por lo mismo me voy a permitir transcribirlo: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".

La puntualización se impone en torno a esta terminología cuyo significado no es otro que el de la necesidad de salvaguardar la soberanía estatal privando a las sentencias de poderes paralelos, de *imperatividad*, de *ejecutividad*, la cual tiene que serles conferida por el órgano jurisdiccional común. Es algo esencialmente igual a lo que acontece con las sentencias extranjeras en referencia con las cuales y para que produzcan efectos en Colombia la Corte tiene que conferirles el *exequatur*: *ejecútese*, significa el término. Y así lo estatuyó la ley 25 de 1992 que desarrolló también ese artículo 42 de la Constitución: las sentencias de los tribunales eclesiásticos deberán remitirse al juez de familia para que sea este funcionario el que les imparta *ejecutividad* y de esta

sola manera puedan producir efectos. La ley sin embargo se quedó corta como que no consagró procedimiento alguno para que el juez de familia concediera o negara el *ejecútese* a la respectiva sentencia y mal puede pensarse que tal acto, con una trascendencia como la que resulta precisamente de la defensa de la soberanía estatal, se convierta en un acto mecánico y fatal del juez de familia. El vacío existe y es allí en donde tiene que operar la función integradora del juez, quien en nuestro medio encontrará una hipótesis esencialmente igual, reglada, en los artículos 693, 694 y 695 del código de procedimiento civil, que traza el procedimiento del exequatur para las sentencias y laudos extranjeros y que bien podría utilizar el juez de familia como instrumento, en virtud de la analogía legis, a los efectos de conferir o negar el *ejecútese*.

Aplicando rigurosamente el principio de la soberanía, las sentencias antes dichas no podrían tener fuerza legal alguna. El Estado consiente en la actividad realizada por esos organismos paralelos pero se reserva el poder de imprimirles o negarles ejecutividad. El exequatur o el *ejecútese* no puede someter la sentencia a un examen sobre su justicia o injusticia porque no se trata de anularla y dictar otra, sino de hacer producir efectos a la pronunciada. Analizaría entonces aspectos de forma como los que se consideran en el exequatur o como los que el mismo artículo 246 de la Constitución, traza, tales: el debido proceso o la compatibilidad con la Constitución y leyes de la República.

Por lo demás estas posibilidades como fisuras al ejercicio de la función soberana por parte del Estado tienen que consagrarse desde la Constitución, por eso era inconstitucional el art. 19 del concordato.

El texto del artículo 246 de la Constitución permite colegir que la ley que desarrollará esa directriz axiológica va a trazar el procedimiento, que desde el mismo precepto constitucional se está intuyendo. Y de esta manera el intérprete contará ya con un principio insito en varias disposiciones normativas, facilitándose su tarea interpretadora como analogía iuris.

Ese es el primer aspecto entonces del principio de exclusividad: que la función jurisdiccional sea desempeñada por el Estado y solamente por el Estado. Una segunda faceta pregona que la función jurisdiccional debe ser desempeñada dentro del Estado solamente por el órgano jurisdiccional.

Contrariando el principio de la exclusividad en este segundo aspecto, la misma Constitución asigna función jurisdiccional a órganos administrativos, o a particulares como árbitros o como jueces de paz. Son los artículos 116 y 247. El 116 permite que en circunstancias especiales se asigne por la ley función jurisdiccional a órganos administrativos del Estado, en materias precisas y que jamás consistan esas materias en investigar o sancionar delitos. Este es el primero de los *equivalentes jurisdiccionales* que como fisura se instituye aun cuando la misma Constitución se preocupa por admonir que ese hecho debe ocurrir tan sólo cuando circunstancias muy excepcionales lo aconsejen...

Epocas de crisis, pero de una magnitud tal que hagan olvidar el grito de Montesquieu: como que signifique concentración de funciones en un solo poder y por lo mismo negación de la libertad. La idea es importada de Chile en donde existe la denominada *policía jurisdiccional* y tiene un marcado sabor fascista. Es que ni siquiera criterios de excepcionalidad como los que vive Colombia, los que componen toda la mal denominada crisis de la justicia: expedientes a granel que atiborran los despachos judiciales, jueces amedrentados que no fallan y que si lo hacen son asesinados, impunidad imperante y ninguna solución a los conflictos, todo lo cual crea un malestar social que asfixia, ni siquiera ellas, decía Capelletti ⁽³⁾ refiriéndose a Italia, justifican que se confíen funciones jurisdiccionales a los organismos administrativos. Otros remedios tienen que procurarse, reformas de raíz a la rama jurisdiccional en todos sus estamentos, tantos jueces cuantos sean necesarios, tanta preparación como sea precisa, pero jamás ese boquete al régimen republicano de separación de poderes que atropella y asesina la libertad.

Los otros dos equivalentes jurisdiccionales que el artículo 116 autoriza son los árbitros y los jueces de paz. Es que cuando el precepto alude al ejercicio de función jurisdiccional de manera transitoria por particulares, bien sea como árbitros o como conciliadores, tiene que leerse en esta última expresión tan sólo eso: *jueces de paz*, porque la conciliación no decide conflictos intersubjetivos y por lo mismo no es función jurisdiccional, tan sólo aproxima a las partes proponiendo fórmulas de arreglo a los efectos de que autocompongan su conflicto y se evite de esta manera el

3. Mauro Cappelletti *Proceso, ideología, sociedad*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Graezhay. EJEA. Buenos Aires, 1944, p. 526.

proceso jurisdiccional y esa es apenas una función peculiar más administrativa que jurisdiccional.

La razón para que cuando el artículo 116 alude a conciliadores como ejercedores de función jurisdiccional se diga que debe leerse en tal terminología, *jueces de paz*, es histórica, como que en el decurso de los tiempos a los jueces de paz se les ha denominado indistintamente conciliadores o jueces. Como ya se habrá colegido, este artículo 116 en lo pertinente se compagina con el artículo 247 de la Constitución, y del texto de ambos se logra extraer la condicionalidad a que la ley debe sujetar ese ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los equivalentes jurisdiccionales.

El arbitraje y la justicia de paz son mejor tolerados y hasta bien recibidos en un régimen republicano, como ejercicio transitorio de la función jurisdiccional. Piénsese por ejemplo en la justicia de paz. Así la instituye el artículo 247: "La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular. *Jueces de las pequeñas causas*, de esos conflictos de tan poca importancia económica pero de igual o mayor consistencia espiritual para las partes. De esas que ningún abogado apodera ante los jueces y que se quedan entonces insolutas alimentando el resquemor y el malestar de la sociedad. Serán los hombres o los varones prudentes, los patriarcas de cada estamento de la sociedad, que transitoriamente, investidos de jurisdicción para ese y para cada conflicto, lo solucionen en equidad.

Los jueces de paz constituyen una forma de justicia cívica que tiene asiento en la propia comunidad y que se inspiran más en la equidad y la justicia que en la propia ley. Existen en Uruguay, Perú y Brasil, con resultados benéficos que alivian tensiones sociales.

La teoría tampoco deja absolutamente libres a los equivalentes jurisdiccionales en el desempeño de su función sino que de alguna manera los ubica en el engranaje estatal con el establecimiento de algunas limitantes como la que corresponde en razón de la materia de que pueden conocer estos equivalentes la cual se reduce a los conflictos que versan sobre derecho dispositivo o disponible, siendo así que jamás podrá confiárseles la solución de conflictos regidos por el derecho imperativo. Los conflictos dichos serán decididos por los equivalentes teniendo como parámetro la equidad, siendo ésta la regla para los jueces de paz y pu-

diendo las partes autorizar a los árbitros para que lo hagan igualmente como decisión en equidad. Pero, a diferencia de lo que ocurre con los poderes paralelos, la sentencia de los equivalentes del órgano jurisdiccional es plenamente imperativa y no necesita de ejecutividad que le sea impresa por el órgano jurisdiccional. Se traza sí, toda una política de recursos que quedan confiados a la dispositividad de las partes para que si lo tienen a bien impugnen la decisión del equivalente por ante el órgano jurisdiccional común. La justicia de los equivalentes no se organiza verticalmente y no se concibe impugnación por ante ellos mismos.

Los equivalentes tampoco tienen poder de imperium. Se les confía solamente el iudicium o poder de decisión pero carecen del poder de ejecución jurisdiccional no tienen pues el ejercicio de la tutela ejecutiva ni de la cautelar.

De todas maneras el significado de los equivalentes jurisdiccionales corresponde a una tendencia que desconfía de la administración de justicia por el órgano clásico. Es una sociedad convulsionada que prefiere a la sentencia estudiada y jurídica una solución que arrase de una vez por todas, bien o mal, el conflicto. Crece más en personas ajenas al órgano jurisdiccional clásico, aun cuando esas personas ignoren el derecho porque aceptan la posibilidad de un derecho viviente del pueblo. Es de todas maneras una tendencia disociadora de desconfianza en las instituciones clásicas de la justicia que desafortunadamente hoy impera en Colombia.

3. *El principio de independencia del órgano jurisdiccional*

El principio de independencia del órgano jurisdiccional, es el otro de los principios que emana de una idea republicana de gobierno.

El artículo 228 de la Constitución así lo consagra: "La administración de justicia es función pública... Sus decisiones son independientes... su funcionamiento desconcentrado y autónomo...". De esta manera se puede aludir a una independencia *externa* en consideración a las demás ramas u órganos autónomos del poder público y a una independencia *interna* como que las de-

ciones jurisdiccionales no toleran la existencia de jerarquías, de tal manera que su estructura vertical tan solo puede significar una superioridad en grado de conocimiento establecida entre el que se denomina juez de instancia o juez a quo y el de segundo grado de conocimiento o juez ad quem. Así lo expresa sonoramente el artículo 230 de la Constitución: “Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”. El juez en el desempeño de su función jurisdiccional no tiene otro superior que la ley procesal.

Se prohíbe entonces a los otros poderes que se inmiscuyan en el ejercicio de la función jurisdiccional, se proscriben las jerarquías diversas de las de grado de conocimiento dentro del órgano para el ejercicio de la misma función, pero también se establecen vetos para sus miembros, a la manera de *incompatibilidades*. La independencia en cualquiera de sus aspectos, es por lo demás, no un privilegio del órgano jurisdiccional, sino una garantía para los justiciables.

4. *Fundamentos democráticos del derecho procesal*

Los cimientos del derecho procesal derivados de la idea democrática del Estado buscan un justo equilibrio entre el Estado-autoridad y los derechos del individuo como tal, siendo así que teóricamente la concepción totalitaria ignoraría esos derechos.

Si Colombia no fuera un Estado democrático habría podido elegir fundamentos autoritarios como por ejemplo la posibilidad de condena sin previa audiencia.

Democracia es sinónimo de libertad. Resulta entonces paradójico que precisamente los estados en donde la idea democrática impera con mayor fuerza sean los estados que con igual vehemencia consagran la exigencia de las formas procesales. Pero ello es así tan sólo porque la forma es garantía de la libertad. Los valores políticos, representativos de libertad e igualdad tienen que compaginarse con otros como el de la seguridad, el orden y la paz y esa combinación da como resultado la consagración de los principios democráticos del derecho procesal. No es suficiente que las cartas fundamentales consagren derechos individuales y proclamas que pregonen que la persona humana es su centro de gravedad si a continuación estatuyen que la forma es un estorbo, que el de-

recho procesal, un siervo. Es que el equilibrio democrático se obtiene con las garantías democráticas y esas garantías son dos: *la garantía de la preeminencia de la Constitución y la garantía del debido proceso.*

Es en el artículo 4º de la Constitución colombiana en donde se consagra la garantía de la preeminencia de la Constitución en los siguientes términos: "La constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidades entre la constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales...". Es el instituto de la excepción de inconstitucionalidad o inaplicabilidad. El principio de la supremacía constitucional exige la determinación de mecanismos adecuados con miras a impedir su transgresión y la conformación de un organismo encargado de ese control. La Constitución de 1991 creó ese órgano integrándolo en relación con algunos mecanismos tan sólo con la suprema Corte Constitucional, y para la efectividad de otros, con los jueces y magistrados. La Suprema Corte Constitucional con sus funciones exclusivas de control y con mecanismos pretrazados para el desempeño de su función, vela, en la tarea de sus controles previo y posterior, por la constitucionalidad de las leyes: la norma constitucional es el fundamento de validez suprema que está en la base de la unidad del sistema de creación del orden jurídico (Kelsen). Es la acción de inexequibilidad. La corte constitucional desempeña igualmente otro papel como *revisor* de las acciones de tutela para la atención de las cuales ha tenido bajo su jerarquía de conocimiento constitucional al organismo común jurisdiccional... Son los artículos 5 y 86 de la Carta que no se analizan como que fueron objeto de una exposición especial.

5. *La garantía del debido proceso legal*

Esta garantía se consagra en el artículo 29 de la Constitución. Como antes se expresara: cuanto más liberal y demócrata se considere un estado mayor es el cuidado que le merece la consagración y efectividad de esta garantía que yo no vacilaría en denominar el máximo de los derechos fundamentales de la persona humana, si es que algún rango puede ser establecido entre ellos. Por eso la expresión que se consigna en el artículo 228 de nuestra Constitución, según la cual, en las decisiones de la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial, en su

ambigüedad verbal tiene que ser interpretada sistemática y estimativamente a la vez de este artículo 29, con el cual en apariencia choca. Porque una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y no puede ser que el artículo 29 de la Constitución exprese que nadie puede ser juzgado sino con la plenitud de las formas establecidas y que el 228 diga luego que se puede y debe ser juzgado aún sin ellas o contra ellas.

El texto del artículo 29 es el siguiente: "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 convertir 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".

El texto así concebido no es técnico. No responde a los criterios que orientan una consagración constitucional del debido proceso. Es un panegírico a las formas que se consideran de importancia crucial por el pueblo a tal punto que, al meollo de la garantía, único que las constituciones consagran, el pueblo colombiano agregó, creyendo darle carácter de esencia, muchas disposiciones que son apenas el desarrollo legal o técnico de esa garantía casi como un himno a la forma. Y no se concibe cómo el mismo pueblo cuando redactó el artículo 228, ya hubiera olvidado toda esa oda a la libertad que había escrito en el artículo 29 para aplastar definitivamente el debido proceso con la expresión pensada y meditada y que a la postre en la conciencia popular significaba un entierro de tercera para el derecho procesal. . . De la Constitución de 1991 se pueden predicar loas sin duda. Pero jamás podrá escapar a la tacha de falta de técnica, resultado de la manera misma como se integró el colegio constituyente. De ese contenido ampuloso que la constitución asigna al artículo 29 es necesario extraer el meollo de la garantía constitucional del debido proceso. Ese núcleo jurídico, pleno como principio axiológico que en sí mismo contenga la esencia de la garantía, la que de ve-

ras se trace como materia constitucional, como la que corresponde a la base o fundamento de cualquier estado democrático, ese meollo, obedece a un ámbito cabalmente definido porque tiene un corpus diseñado por la doctrina de varios siglos. Ese corpus, ese núcleo, se puede indicar como el siguiente con significado procesal: *nadie podrá ser juzgado sino ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*. Este es el núcleo de la garantía, las demás son acotaciones que corresponde puntualizar a la ley procesal en desarrollo de esa política pretrazada, algunas, y otras, se comprenden como significados que corresponden al aspecto sustantivo del proceso y que por lo mismo escapan a la órbita de este análisis.

6. *El núcleo del debido proceso*

Este meollo, este cuerpo que se viene de delimitar encuentra su desarrollo en doctrinas milenarias. Conviene hacer alguna referencia a las mismas por breve que ella sea, al menos para justificar el aserto que corresponde a la escogencia de la directriz axiológica como principio general del derecho procesal.

El derecho común en Inglaterra, common law, se formó y desenvolvió en torno a dos parámetros básicos: la seguridad personal y la propiedad. Las normas referentes a ellos obligaban por igual a la autoridad. Cuando el rey las desconocía se suscitaban rebeliones y el triunfo del pueblo se hacía constar en *bills* o *cartas* que como documentos públicos emitía el soberano; en ellos consignaba los derechos fundamentales del individuo.

A principios del siglo XIII los barones ingleses obligaron a Juan Sin Tierra a suscribir la *Magna carta liberatum*, 79 capítulos que enumeran garantías, las mismas que se han convertido en el catálogo moderno de las libertades. El capítulo 46 consagra la garantía del debido proceso en términos similares a los siguientes: *ningún hombre libre puede ser arrestado... expulsado sino de acuerdo con la ley de la tierra y mediante juicio de pares...* Ley de la tierra: *lex terrae*: las formas consagradas en el common law: mediante una causa jurídica suficientemente permitida por el derecho consuetudinario, *plenitud de formas propias del juicio* y mediante juicio de *pares*: Tribunal competente. Es entonces la *garantía de la legalidad del juez y la garantía de la le-*

gabilidad de la audiencia que se desarrolla a su vez por dos principios generales de derecho procesal: la bilateralidad de la audiencia y el principio del formalismo.

La quinta enmienda de la constitución de los Estados Unidos itera esa esencia: nadie será privado de la vida, la libertad, o la propiedad, sin el debido proceso legal: due process of law.

Muy someramente se indicará la razón para aseverar que el meollo del debido proceso se constituye solamente por la garantía de la legalidad del juez y la garantía de la legalidad de la audiencia. Como se ha sugerido: lo concerniente a la exigencia de la ley preexistente y más favorable al hecho que se imputa dice relación al derecho sustancial. La presunción de inocencia a pesar de su historia que lo vincula con la democracia es apenas una regla técnica que corresponde a la distribución de la carga de la prueba de acuerdo con la cual en el proceso corresponde a cada parte demostrar los hechos que asevera y en esta forma el acusador tiene que probar los hechos que constituyen su acusación de lo cual resulta la presunción de inocencia. El derecho a la defensa es solamente un aspecto de la legalidad de la audiencia y se comprendía como debida representación y debida postulación para pedir. Presupuestos procesales de los que luego denigra el artículo 228. La publicidad y celeridad del proceso son metas igualmente desenvueltas por las leyes procesales; la presentación y controversia de las pruebas es bilateralidad de la audiencia. La impugnación de la sentencia condenatoria que parecería erigir a precepto constitucional la doble instancia, es cancelada en su significado luego por otro precepto constitucional que estatuye su procedencia o no de acuerdo con la del régimen que la ley le trace. Y el non bis in idem es tan sólo otro enunciado que capta la esencia de la cosa juzgada, inútil por lo demás, como que es connatural a la decisión jurisdiccional.

7. *La garantía de la legalidad de la audiencia*

La garantía de la legalidad de la audiencia se desdobra a su vez en dos aspectos, cada uno de los cuales es desarrollado por un principio general de derecho procesal como desenvolvimiento de la directriz axiológica que la constitución demarca. El principio de la bilateralidad de la audiencia y el principio del formalismo o de la legalidad de las formas.

7.1. El principio de la bilateralidad de la audiencia

Este principio de la bilateralidad de la audiencia se conoce también como principio del *contradictorio* o *derecho de defensa*. Significa que un juez no pueda decidir una pretensión si la persona en contra de quien ha sido propuesta no ha tenido oportunidad de ser oída. Su enunciación como apotegma corresponde a la siguiente: *audiatur ex altera pars*. Y su expresión popular: nadie puede ser condenado sin haber sido oído.

Inviolabilidad de la defensa en juicio que tiene que ser garantizada como posibilidad y que ante la consideración de la esencial bilateralidad del proceso implica el tratamiento igualitario de los litigantes, de ambas partes, de tal manera que éstas en el proceso gocen de idéntica y recíprocas oportunidades de ataque y de defensa. Es el aforismo: *non debet actore licere quod reo non permitatur*, en igualdad de circunstancias. De esta manera el derecho de defensa, o derecho del contradictorio, o derecho a la audiencia, corresponde por igual al actor y al opositor, al demandante y al demandado, al acusador y al acusado. Se pierde así ese ángulo unilateral con que se estaba acostumbrado a mirar el derecho de defensa como si tan sólo correspondiera al acusado, dada la estructura irregular que presentaba nuestro proceso penal, situación que igualmente remedió la Constitución de 1991, con la introducción del sistema acusatorio y así la bilateralidad en el proceso sufre dislocaciones continuas como conviene a las calidades de ataque y de defensa que se van alternando de parte y parte en el mismo.

Se impone entonces el ahondamiento que corresponde a dos aspectos concernientes al derecho de defensa o principio del contradictorio como bilateralidad de la audiencia, un primer aspecto se refiere a las exigencias procesales para que la legalidad de la audiencia se opere y un segundo, que mirará a las consecuencias que se sigan de la inobservancia de las formas que atañen al derecho de defensa, como disciplina de la respectiva nulidad.

a) *Las notificaciones*. Las notificaciones constituyen la manera como cada parte se entera de la actitud de la contraparte y de las providencias del juez... Es esencial entonces para el desarrollo cabal del derecho de defensa o del contradictorio que se opere una técnica legislativa referente a las notificaciones de manera que corresponda a su fin de hacer conocer a las partes la actividad del proceso y no sólo ello sino además que la forma de

esa notificación sea observada minuciosamente porque de lo contrario quedará sin soporte el derecho de defensa.

Se integran así como exigencias formales para asegurar el contradictorio o derecho de defensa: la disciplina de las notificaciones, la de los términos y emplazamientos, las oportunidades de defensa y ataque, la posibilidad de solicitar pruebas, la de contradecirlas, la posibilidad de formular alegatos, la de interponer recursos, la exigencia de la debida representación legal o voluntaria como capacidad para comparecer en proceso o legitimación procesal y la defensa técnica o postulación para pedir.

b) *La técnica de las nulidades por violaciones del derecho de defensa.* La nulidad procesal corresponde a la idea de *remedio*, concebida como tal en el ámbito que se analiza permite retrotraer el proceso en sus etapas, cuando las mismas hubieran transcurrido con violación del derecho de defensa, entendido a la manera de contradictorio o bilateralidad, que se le viene puntualizando.

Toda la forma que corresponde al rito del contradictorio como posibilidad de ataque o de defensa que se conceda a cada parte en el proceso se entiende regido por normas procesales a las cuales incumbe ese grado de disponibilidad que conviene a algunas normas procesales: a las que están estatuidas en atención exclusiva de una parte, bien sea como facultad o como carga y por lo mismo puede comprenderse que de un modo pasivo se disponga de las situaciones procesales consagradas de esta manera. Esa dispositividad incumbe lógicamente a la parte a la cual afectaría el vicio de contradicción, y así se torna facultativo de la parte alegar o no el vicio, o más que facultativo, se le confía como una carga esa alegación, porque de no formularla en oportunidad, el vicio se sana. Las nulidades que corresponden entonces al vicio de forma de la contradicción o que son violatorias del derecho de defensa se reglamentan como *nulidades convalidables, o allanables o saneables por preclusión.*

Lo anterior es apenas lógico como que es la parte misma, una vez que ha alcanzado su plenitud como parte si es que el vicio atañe a un defecto de capacidad, la que puede juzgar si su defensa, si su ataque, se satisficieron a pesar del vicio de forma que revistió el acto procesal que los confería como oportunidades y absurdo sería retrotraer un proceso con miras a una finalidad ya satisfecha.

Esto sin embargo no significa que se reste importancia al rito que traza los derroteros a seguir para la consecución de la perfecta bilateralidad de audiencia en el proceso, como que, por el contrario, ese rito merece al legislador tal preeminencia que la posibilidad de alegación de vicios relativos al derecho de defensa se extiende más allá de las fronteras que demarca la sentencia siendo posible la alegación de la nulidad correspondiente aun en la etapa que le subsigue, como ejecución de la misma, y todavía más allá, en el recurso extraordinario de revisión.

7.2. El principio del formalismo o de la legalidad de las formas

Este principio complementa con el anterior la garantía de la *legalidad de la audiencia*, ambos como desarrollo de la expresión constitucional de que nadie puede ser juzgado sino *con la plenitud de las formas propias de cada juicio*.

El principio entiende que las estructuras del proceso tienen que corresponder en su esencia a su fin que no es diverso del procesar el litigio como derecho sustancial descompuesto para el logro de la sentencia en donde luego de tal procesamiento se va a ofrecer la regla concreta, el derecho claro que rija la relación especial entre hombres, que le ha sido sometida. Por eso la ley procesal traza de antemano la forma que corresponde a cada acto procesal, al procedimiento como serie de actos procesales delineada de antemano en atención al especial derecho sustancial que va a ser procesado, a las actividades parciales con finalidad propia que tienen desenvolvimiento específico dentro de cada procedimiento. Y muy especialmente a esos que la doctrina denomina *presupuestos procesales*, como presupuestos de la sentencia, y cuando ello hace, apenas obedece el precepto constitucional que le está indicando que sin esos presupuestos, que son la plenitud de la forma de cada juicio, nadie puede ser juzgado.

Como puede apreciarse de lo expuesto, una concepción moderna del principio del formalismo o de la legalidad de las formas, rechaza cualquier idea de la forma por la forma. Y éste es un significado que puede concederse al artículo 228 de la Constitución cuando pregona que los jueces en sus providencias darán prevalencia al derecho sustancial sobre el derecho procesal. Recordarán los jueces, pero también los legisladores a quienes en primer término convoca la norma constitucional deprecando su desarrollo adecuado, que el proceso es el instrumento necesario

para juzgar... que nadie puede ser juzgado sin la plenitud de las formas que se tracen al instrumento como proceso y que esas formas corresponden a ese fin, al de servir como instrumento, que por lo tanto cada vez deben ser más perfectas y precisas como conviene a un concepto moderno de la tecnología y de la ciencia... La expresión pues, así entendida, lejos de significar una ofensa, un agravio a la forma, le asigna el rango que le corresponde, como tienen rango la informática o las matemáticas o la física o la química, confrontadas con la ciencia a la cual sirven, sin que jamás pueda entenderse que la expresión: las matemáticas sirven a la ingeniería, signifique que sea dable construir una obra de ingeniería con matemáticas distorsionadas.

Como una primera reacción contra el formulismo hueco la revolución francesa intentó abolir la forma. Proclamó entonces la *libertad de formas* pero a ello subsigue tan sólo el caos jurídico y la arbitrariedad del juez que se convierte entonces en el solo dictador de la forma y es luego la misma democracia francesa la que aboga por la forma como garantía de la libertad.

Se trata de saber mediante cuáles actos cumple el Estado su función jurisdiccional y cuáles tienen que desarrollar las partes para lograr como resultado el cabal desempeño de la función. Esos actos son regidos por las formas procesales. Que las formas sean necesarias, es pacíficamente aceptado a nivel universal salvo la expresión del constituyente colombiano en el artículo 228. La doctrina y la ciencia del proceso tan sólo discrepan acerca de la rigidez o amplitud que deba considerársele a esas formas. Una tendencia moderna aspira a que se subordine la invalidez del acto procesal, no a la simple inobservancia de la forma, sino a la relación que pueda establecerse entre el vicio y la finalidad del acto, optando por la nulidad solamente cuando el acto por efecto del vicio no haya podido lograr su objeto.

Las formas que caracterizan al derecho procesal son legisladas. La ley estatuye *cómo* se debe desarrollar la actividad procesal, en qué oportunidad, en qué tiempo y lugar. Pero dentro de ese *cómo*, *cuándo* y *dónde*, la expresión *forma*, conviene de manera más precisa al *cómo del acto procesal*, *cómo* se exterioriza el acto procesal pasando del ámbito puramente interno al de la realidad objetiva del proceso. Ese es el *cómo del acto procesal*, es su forma. El concepto es de Lino Enrique Palacio.

Cabe entonces puntualizar a este nivel de la exposición que la interpretación sistemática y estimativa que conviene al signi-

ficado del artículo 228, al que se viene haciendo referencia, puede atisbar a eso: a la búsqueda legislativa y jurisdiccional de un sistema de nulidad moderno.

Es modelo indudablemente el artículo 156 del código italiano que rige desde 1950 y cuyo texto es el siguiente: “*No se puede pronunciar la nulidad por inobservancia de formas de ningún acto del proceso si la nulidad no está conminada por la ley. Puede pronunciarse sin embargo cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su finalidad. La nulidad no puede pronunciársela nunca si el acto ha alcanzado la finalidad a que está destinado*”.

El sistema permite de un lado apreciar la nulidad que no haya sido expresamente consagrada y se impide en otros casos pronunciarla aunque se consagre en la ley. Lo que interesa es el concepto de *instrumentalidad de las formas*, que el acto logre o no el fin que se le asigna. Las formas existen y son necesarias como instrumento por eso cada una cumple un fin en el proceso aun cuando cada fin inmediato se unifique en el mediato que es la producción de la sentencia *justa*.

La forma que concierne a la *estructura del proceso*, de los procedimientos, de los actos procesales, de las relaciones procesales, de las situaciones procesales, mejor, de las actividades parciales con finalidad propia en el proceso, a los presupuestos procesales como supuestos necesarios para proferir una sentencia en el sentido verdadero que al término cabe, *esas formas son imperativas*. Su vulneración conduce a *una nulidad absoluta* o insubsanable o inallanable y de *oficioso pronunciamiento*. Todo a la luz de la concepción instrumental del proceso que es la que se contiene como nueva directriz axiológica en el artículo 228 de la constitución; todo entonces de conformidad con la legislación ejemplo, con el finalismo, entendido como que lo esencial a la forma es su fin.

7.3. La legalidad del juez

La legalidad del juez es otro de los parámetros que complementan el debido proceso, la *competencia es decir*. Su tratamiento corresponde a normas que a veces se confunden con el derecho de defensa y por lo mismo se consideran regidas por ley dispositiva, entendida esa disponibilidad como ya se explicara. Otras, se integra con la estructura misma del proceso y se comprende enton-

ces como un presupuesto procesal que se involucra con el principio de legalidad de la forma o forma *imperativa*. Son nulidades que se entienden incorporadas en el derecho de defensa las que conciernen a la violación de las reglas de competencia relativa a los factores territoriales y subjetivos si el derecho que se debate es de índole patrimonial. Igualmente el factor conexión cuando multiplica sujetos, se entiende incorporado al derecho de defensa. En los demás eventos y cuando el factor conexión tiende a evitar sentencias contradictorias, como que vigila que no se divida la continencia de la causa, su violación se aprecia como dirigida contra la estructura misma del proceso.

8. *La literal prevalencia del derecho sustancial del artículo 228 de la Constitución*

La forma verbal del contexto del artículo 228 implica que el derecho sustancial prevalezca sobre el derecho procesal. Así concebida esta expresión literal entraña un imposible lógico como que la prevalencia de un derecho con respecto al otro esté supeditada a la exigencia lógica de que ambos derechos rijan el mismo plano del ser.

Cuando se expresa que el derecho procesal es un derecho formal con el significado de que la observancia del derecho procesal no es fin en sí mismo sino que sirve como medio para hacer efectivo el derecho sustancial no se está indicando rango alguno de prevalencia de cualquiera de los dos derechos. El derecho procesal es un derecho para el derecho. El derecho tiene la característica, decía Kelsen de que regula su propia creación y aplicación. Del hecho de que el derecho procesal tenga como contenido el derecho sustancial emana su cualidad de ser un derecho formal como lo explica fenomenológicamente Dante Barrios de Angelis... Y más aún la norma sustancial entraña un juicio de valor sobre el conflicto mismo y por eso sirve a su composición de manera inmediata, al paso que el derecho procesal no entraña juicio de valor alguno sobre el conflicto, es neutra, rige las actividades necesarias para esa composición, siendo esta última, una expresión de Carnelutti.

Ambos, el derecho procesal y el derecho sustancial son absolutamente indispensables para regular la vida del hombre en co-

munidad. Un ordenamiento legal tiene que componerse de uno y de otro. De uno que estatuya hipótesis y sanciones y de otro que posibilite la actuación del primero.

Pero jamás puede considerarse como parece expresarlo la realidad verbal del artículo 228 de la carta que el derecho procesal sea un minusvalente, un subordinado del derecho sustancial porque eso es regresar siglos en la concepción del derecho procesal, hasta antes de la polémica Windscheid Müther en 1856.

Un derecho es *autónomo* cuando no depende de otro. Es dependiente cuando se ha desprendido de otro como de su tronco, rigiendo planos equipolentes del ser, apenas como su especialización; por ejemplo, puede predicarse esta dependencia de los derechos laboral o comercial con respecto al derecho civil. Pero jamás del procesal con respecto al sustancial. Un derecho es autónomo cuando tiene principios rectores exclusivos, finalidades específicas, objetos que le son propios. Las normas que rigen esos objetos propios son igualmente singulares y jamás podrán ser tomadas de las normas que rigen como derecho otros objetos. Por ejemplo la nulidad procesal jamás podrá regirse por las normas que conforman el instituto de la nulidad sustancial. Y de esta manera *tan sólo entre derechos dependientes puede establecerse una prevalencia* como si dijéramos que para lo concerniente al contrato de trabajo rigen de preferencia las normas del derecho laboral a las del civil... Por eso la sola interpretación sistemática y de contenido estimativo que puede lograrse de la expresión del artículo 228 es la que corresponde a la relevancia que hace de la característica del derecho procesal como un derecho instrumental, un derecho formal, un derecho para el derecho, con el significado de necesidad e importancia que convienen a este relieve como que las ciencias instrumentales o formales son esencialmente necesarias a las ciencias a las cuales sirven.

9. *La denominada sentencia inhibitoria y la disposición del artículo 228 de la Constitución*

Si de consultar el espíritu del legislador se tratara a la manera como lo aconsejaba la exégesis para lograr el significado que corresponde al sentido real del oscuro artículo 228 éste tan sólo pondría en evidencia un clamor popular, un malestar difundido

ampliamente entre los abogados en ejercicio en contra de la denominada sentencia inhibitoria a tal punto que quienes siguieron de cerca la gestación del precepto conocieron como su antecedente uno que expresamente dijera que se prohibían las sentencias inhibitorias.

Esta providencia clásica del derecho procesal que sirve al derecho sustancial civil, comercial, laboral y contencioso administrativo, pero que es ajena al proceso que procesa derecho penal, engasta en el género que corresponde a las consecuencias de los defectos formales del proceso, de esos que se encuadran como en su arquetipo en el principio de legalidad de las formas como que correspondería a la ausencia de estructuras esenciales del proceso, como lo son los denominados presupuestos procesales y los materiales de la sentencia de fondo. El código de procedimiento civil colombiano hace referencias, alusiones, a la sentencia inhibitoria aun cuando muníficamente no detalle sus contornos y oportunidades. Así en el artículo 91 por ejemplo expresa que al producirse ella, no se considera interrumpida la prescripción o la caducidad con la presentación de la demanda. Y el artículo 333 en su número cuatro estatuye que no son cosa juzgada las sentencias que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio. Y en el 83, que es tal vez el precepto de mayor perfección científica del código de procedimiento civil, se le trazan perfiles definidos cuando se prescribe que en el evento de que ese defecto de estructura del proceso que consiste en la falta de legitimación en causa que significa una ausencia de litisconsorte necesario, se opere, *no se puede proferir sentencia de fondo*.

De los tres preceptos se infiere que el código procesal delinea la sentencia inhibitoria como un pronunciamiento que se hace sobre la ineptitud estructural del proceso como instrumento y que la llama *sentencia* aun cuando no corresponda a esa naturaleza como que no está de acuerdo con definición del mismo código, según el cual, sentencia es la providencia que decide el derecho sustancial sometido al proceso como pretensión o como excepción de fondo o mérito.

Ciertamente la sentencia inhibitoria tal como se concibe hoy por nuestra legislación procesal despierta repudio en la práctica tanto más si a su concepción y régimen poco técnicos se agrega el abuso de algunos jueces que en ocasiones esconden detrás de ella su ineptitud o lo que es peor aún, su pereza.

Pero es lo cierto que un juez en el sentido que al término co-

rresponde jamás verá llegar un proceso hasta el extremo de proferir la sentencia inhibitoria en su instancia primera o de conocimiento. Porque con amplitud cabal el despacho saneador le permite hoy inmacular el proceso de la totalidad de sus vicios en la etapa previa del mismo. El juez entonces que en su instancia primera de conocimiento proferiera una tal sentencia debería remitir copia del proceso a la procuraduría casi como confesión de su falta.

Sin embargo, el régimen legal que traza el código de procedimiento para el evento de que esa función saneadora no se cumpla a cabalidad en la etapa liminar, condena ya faltalmente el proceso y el juez, al proferimiento de una tal providencia. Por eso se pregona que el artículo 228 está dirigido antes que todo al legislador para que provea a los jueces de la ley procesal adecuada a la finalidad que el proceso como instrumento debe cumplir.

Un régimen adecuado debe consagrar como *excepciones previas*, y por lo mismo debatibles en la etapa liminar de inmaculación la *totalidad de los defectos formales del proceso*, a saber: la falta de los presupuestos procesales, la de los presupuestos materiales de la sentencia de fondo, y las posibles violaciones del contradictorio o derecho de defensa. Y de este modo los que tienen remedio se sanearán en esta etapa y los que no, implicarán el proferimiento de un auto que ponga fin a este pre-proceso.

En segundo lugar, debe puntualizarse con toda claridad que la función saneadora del juez consiste precisamente en eso: en un deber-poder de sanear el proceso de cualquiera de los vicios formales, aun en el evento de que la parte no haya propuesto la correspondiente excepción previa. Ello es así en el código actual y ahí está pero ni los abogados ni los jueces quieren leerlo. Y en tercer lugar tiene que corregirse el régimen de las nulidades para adecuarlas a la idea del finalismo que antes se analizó para que se permita al juez la elasticidad necesaria en etapa sustancial del proceso con el fin de que retrotraiga el mismo en procura de saneamiento, cuando éste pueda lograrse en el mismo proceso, y termine a la manera del auto de *cesación del procedimiento* del proceso penal, con el proceso viciado en su estructura y sin posibilidad de saneamiento. De esta manera se evidencia que los problemas que el derecho procesal ofrece no son debidos a una ponderación de su importancia que no se hubiere adecuado a la realidad, como creyó entenderlo el art. 228, sino a un problema de falta de formación de abogados, de jueces y de legisladores.

Concluye así mi trabajo con la sola pretensión de entregar un esfuerzo y una voluntad de servicio en pro de una bandera digna de la causa que defiende que no es otra que la causa de la libertad.

La forma como decía Chiovenda significa seguridad jurídica para todos los sujetos del proceso y es a la postre garantía de la libertad... por lo tanto no habría mayor razón para quejarse de las formas que la que tendría como el término de comparación de un gran filósofo "la paloma para quejarse del aire que disminuye la velocidad de su vuelo sin darse cuenta que precisamente es aquel aire el que le permite volar".

Marzo 19 de 1993.

Nota: El esquema fundamental de esta conferencia sigue muy de cerca los trazos correspondientes de Clemente A. Díaz en su obra *Instituciones de Derecho Procesal* T. I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.

LA COSTUMBRE EN LOS SISTEMAS TELEX Y SWIFT *

Orión Alvarez A. **

0. Antecedentes 1. Objeto 2. Justificación 3. Marco teórico 4. Población 5. Encuesta 6. Análisis 7. Conclusiones.

0. *Antecedentes*

Entre la Universidad de Medellín y la Cámara de Comercio de esta ciudad se firmó un convenio en 1990 para la realización de investigaciones acerca de hechos constitutivos de probables costumbres mercantiles.

En cumplimiento de dicho convenio se han adelantado varias investigaciones, algunas de las cuales han permitido verificar la existencia de costumbres comerciales en esta ciudad de Medellín, las que por tanto, se han inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio.

La presente investigación le fue solicitada a la Cámara de Comercio por la Asociación Bancaria, en los siguientes términos: ¿Es costumbre en la ciudad de Medellín, que las operaciones

* Trabajo realizado en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Ver información complementaria al final del artículo.

** Docente investigador del referido centro y miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

interbancarias e intrabancarias realizadas a través del télex y el swift, se entiendan perfeccionadas una vez que dichos sistemas las confirman?

Con base en la pregunta anterior se diseñó el proyecto de investigación, cuyo desarrollo se sintetiza a continuación.

1. *Objeto*

Verificar si el uso de los sistemas swift y télex empleados en la realización de las operaciones interbancarias (remesas y giros) e intrabancarias (transferencias de fondos, captaciones y colocaciones) obedece a prácticas reiteradas, uniformes, públicas y lícitas, que pueda considerarse como costumbre mercantil en el ámbito de la ciudad de Medellín; y si las operaciones se perfeccionan una vez que el sistema confirma el registro de las mismas.

2. *Justificación*

Varias razones concurren para justificar este trabajo, además del convenio antes mencionado:

- a) Corresponde a las cámaras de comercio, según el artículo 86, numeral 5º del código del ramo, recopilar y certificar la existencia, vigencia y contenido de la costumbre mercantil;
- b) En nuestra legislación no existen normas aplicables respecto de los sistemas swift y télex, razón por la cual, si la costumbre se verifica, se convierte en regla de conducta obligatoria; y
- c) Se genera un conocimiento nuevo, que enriquece el saber jurídico.

3. Marco teórico

3.1. Concepto de costumbre

Según enseña el profesor Enrique Gaviria G. ⁽¹⁾ “La costumbre es una conducta social colectiva, compatible con la ley escrita, observada de manera pública, general, uniforme y reiterada, con la convicción indiscutida de ser expresión de una regla de derecho de obligatoria observancia”.

“Se desprende del concepto anterior, que para que un hábito social alcance el carácter de costumbre normativa, jurídicamente vinculante, es preciso que reúna los siguientes elementos: no debe ser contrario a una norma legal escrita; el hábito ha de ser observado públicamente; debe estar generalizado, observado siempre en igual forma; debe ser reiterado; y todas las personas que lo observan deben hacerlo basadas en la convicción de que de éste ha surgido una norma jurídica de obligatoria observancia”.

El concepto anterior y sus precisiones son básicas en el presente trabajo, porque éste alude a la costumbre normativa *praeter legem*, cuya investigación es mucho más exigente que las referentes a la costumbre interpretativa y a la costumbre *secundum legem*, cuya utilización es la de integrar el contenido de normas jurídicas.

3.2. Funciones de la costumbre mercantil

Son tres las funciones que tiene la costumbre en el derecho comercial: la interpretativa, la integrativa y la normativa.

a) *Función interpretativa*

Destinada a precisar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y a interpretar los actos o contratos mercantiles.

1) Gaviria G., Enrique: *Lecciones de Derecho Comercial*. 3ª edición. Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, 1989. Páginas 11 a 13.

Resulta útil, nos dice Gabino Pinzón ⁽²⁾, en su doble sentido: “para fijar el alcance o significado de todas esas expresiones que se van generalizando en el mundo de los negocios y que, a falta de definición legal utilizable, han de entenderse como suelen ser entendidas comúnmente en el tráfico mercantil; y para ayudar a indagar la verdadera intención de las partes, que no siempre suele expresarse en forma adecuada al formular las convenciones o contratos y respecto de la cual influyen las costumbres y hasta las impulsan como una verdadera fuerza de inercia”.

b) *Función integrativa*

Completa o integra determinadas disposiciones de la ley, cuando ésta así lo dispone, invocando las costumbres de los mismos comerciantes.

“En estos casos, dice Alfredo Rocco, transcrito por Gabino Pinzón en el artículo citado, en vez de expresar la ley una disposición concreta, eleva a normas de conducta obligatoria la práctica general o individual, porque estima difícil señalar *a priori* lo que requieren ciertas relaciones, y es más sencillo remitirse a aquella sistematización de hecho que en el porvenir indiquen las necesidades mismas de tales relaciones. Estos usos son obligatorios con independencia de la voluntad privada, por imponerlo la ley”.

Agrega el citante, que se obtienen especiales ventajas tanto en favor de la costumbre como en favor del derecho escrito: en favor de la costumbre, pues que participa entonces de la obligatoriedad que corresponde a la ley, como parte de esta misma; y en favor de la norma legal, toda vez que se la dota de realismo y de movilidad, para cumplir en forma más eficaz su función reguladora.

c) *Función normativa*

Esta es la más importante de las funciones de la costumbre mercantil y es la investigada en este trabajo, en orden a saber si las operaciones interbancarias e intrabancarias realizadas en Medellín a través del télex y el swift, se entienden perfeccionadas una vez que el sistema confirma el registro de la operación.

2) Pinzón, Gabino: *La Costumbre Mercantil*. Incluida en el Código de Costumbres Mercantiles. Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá, 1984. Página 18.

La costumbre cuando cumple esta función, es una verdadera ley comercial, una norma de conducta obligatoria para todas las personas en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

La prueba de la función normativa es más exigente que para las otras funciones, pues es necesario demostrar los hechos constitutivos de la misma con sus características de uniformidad, publicidad y reiteración durante varios años en un determinado territorio.

Más adelante, en el aparte de análisis, se hará una comparación entre los hechos observados y cada uno de los elementos constitutivos de la costumbre mercantil como verdadera ley, en ausencia de norma jurídica expresa.

3.3. Sistemas télex y swift en las entidades bancarias

En este marco teórico incluimos los conceptos acerca del télex y el swift, con el fin de saber cómo operan dichos sistemas en las entidades bancarias.

El télex consiste en un servicio automático de conmutación que provee comunicación entre los suscriptores, utilizando para ello equipo telegráfico, tal como los teleimpresores.

El mensaje que se transmite por este medio, se hace con la asignación de una clave, la que se verifica al llegar el mensaje y si no coincide, se solicita la confirmación del mismo. Cuando el contenido es extenso, se le simplifica, de tal manera que se entienda la descripción del mensaje.

S.W.I.F.T. es una sigla que corresponde a una sociedad mundial de telecomunicación financiera interbancaria, constituida en 1973, por quince países como socios fundadores. Desde entonces el número de socios se ha incrementado y hoy cuenta con una red que cubre el planeta.

Se creó dicha red, con el fin de resolver diferentes problemas que afrontaban los bancos, tales como: el de tener información oportuna y correcta de sus operaciones diarias; superar las barreras del idioma; y mejorar la seguridad en la entrega y recepción de sus mensajes. El swift fue una respuesta satisfactoria a estos problemas, que facilitó las comunicaciones interbancarias al uni-

ficar en códigos el uso de formatos estandarizados, que identifican plenamente la operación a que se da trámite; y le dio seguridad a la entrega y recepción de los mensajes.

En cuanto a seguridad, el sistema swift ofrece la ventaja de que únicamente los socios tienen acceso a la red, mediante el uso de claves y llaves de autenticación que poseen los bancos emisor y receptor, preservándose así la reserva bancaria. Otra ventaja es la rapidez, ya que un mensaje puede ser transmitido y entregado al receptor en menos de un minuto, funciona veinticuatro horas diarias y sus costos son menores que los del cable y el télex.

Los bancos se vinculan al swift como socios de una entidad cooperativa, cuyo fin es brindarle a sus asociados cada vez mejores servicios acordes con las necesidades de la estructura bancaria internacional. Colombia desde 1989 se vinculó a ella y bajo este sistema se están concretando operaciones internacionales como transferencias de fondos de banco a banco, operaciones comerciales, financieras, créditos documentarios, cobranzas, cheques de viajero y otros. Su seguridad, confidencialidad y rapidez hacen que este sistema sea ventajoso y recomendable.

4. Población

Para determinar la población o el número de bancos, solicitamos a la Asociación Bancaria que nos suministrara un listado de los que operan en Medellín y luego obtuvimos en la Cámara de Comercio certificación sobre su existencia.

Dado su escaso número, la población comprende todos los bancos de esta ciudad, que son: dos con domicilio principal (Banco Comercial Antioqueño y Banco Industrial Colombiano) y veintidós sucursales, a saber:

Código	Banco
01	Banco de Bogotá
02	Banco Popular
03	Banco de Colombia
04	Banco del Comercio

05	Banco Cafetero
06	Banco Comercial Antioqueño
07	Banco Industrial Colombiano
08	Banco Real de Colombia
09	Banco City Bank
10	Banco Anglo Colombiano
12	Banco Sud Ameris
13	Banco Ganadero
16	Banco Andino
18	Banco de Caldas
19	Banco Colpatria
20	Banco del Estado
22	Banco Unión Colombiano
23	Banco de Occidente
24	Banco Extebandes
25	Banco Central Hipotecario
26	Banco Colombo Americano
28	Banco de los Trabajadores
29	Banco Tequendama
101	Banco de Crédito

Determinada la población, se diseñó la encuesta y antes de aplicarla se hizo una prueba piloto en los bancos Ganadero, Popular y Anglo Americano. Teniendo en cuenta las observaciones hechas al realizar la prueba, se reformuló y se procedió a elaborar la encuesta definitiva.

5. Encuesta

Realizadas las encuestas en los veinticuatro bancos, cuya oportuna colaboración facilitó el trabajo, se tabularon los datos y sus resultados se presentan seguidamente.

Preguntas	Nº de bancos	%
1. <i>¿Por qué medio se realiza el envío y recepción de mensajes en Medellín?</i>		
a) Por correo bancario, teléfono	22	91,7

b) Por swift	0	0
c) Por télex	0	0
d) Por otros medios (cuáles) el fax	2	8,3

2. *¿Por qué medio se realiza el envío y recepción de mensajes en el país?*

a) Por correo bancario, teléfono	0	0
b) Por swift	0	0
c) Por télex	21	87,5
d) Por otros medios (cuáles) el fax	3	12,5
	<hr/>	<hr/>
	24	100,00

3. *¿El banco está afiliado al sistema swift para enviar mensajes al exterior, desde su sede?*

a) Sí	16	66,7
b) No	8	33,3
	<hr/>	<hr/>
	24	100,00

4. *En un día de transacciones normales, por el sistema swift:*

A. *¿Qué operaciones realizan?*

a) Cartas de crédito	16	100,00
b) Giros al exterior	16	100,00
c) Cheques de viajero	16	100,00

B. *¿Con qué frecuencia?*

a) En forma esporádica	0	0
b) Constantemente	16	100,00

Ocho de los bancos encuestados que representan el 33,3% no realizan ninguna operación bancaria por este sistema, porque no están afiliados a él.

5. *En un día de transacciones normales qué operaciones se efectúan a través de:*

Preguntas	Nº de bancos	%
A. El télex		
a) Remesas	21	87,5
b) Giros	21	87,5
c) Captaciones y colocaciones	21	87,5
B. El fax		
a) Remesas	3	12,5
b) Giros	3	12,5
c) Captaciones y colocaciones	3	12,5
6. <i>Recibido el mensaje por swift ¿quedan registradas y perfeccionadas automáticamente las operaciones?</i>		
Sí	16	100,00
7. <i>Recibido el mensaje por télex ¿quedan registradas y perfeccionadas automáticamente las operaciones?</i>		
No	21	100,00
La operación se somete a posterior verificación a fin de quedar confirmada y perfeccionada.		
8. <i>¿Desde cuándo se viene empleando el sistema swift?</i>		
Desde hace tres años	16	100,00
Colombia se vinculó al sistema swift desde 1989.		
9. <i>¿Desde cuándo se viene empleando el sistema télex?</i>		
Desde hace más de quince años	21	100,00

El 12,5% que corresponde a tres bancos, emplean sistemas diferentes, entre ellos el fax y el computarizado o en línea.

6. *Análisis*

En las respuestas anteriores debemos analizar si están demostrados los hechos constitutivos de la costumbre que se investiga, a saber, si las operaciones interbancarias e intrabancarias realizadas a través del télex y el swift, se entienden perfeccionadas una vez que dichos sistemas las confirman.

Esos hechos constitutivos están contenidos en el artículo 3º del Código de Comercio, que dice: "La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las reacciones que deban regularse por ella".

Cada uno de los hechos constitutivos de la costumbre mercantil, según el artículo anterior, se comparará con la información obtenida, para saber si está comprobado o si se cumplió el requisito.

a) No ser contrario a una norma legal escrita

Debe entenderse que esta norma legal escrita es de naturaleza comercial, pues aún existiendo alguna civil, prima la costumbre mercantil, porque el código y la legislación de este ramo forman un estatuto especial que debe aplicarse de preferencia a cualquier otro, según lo disponen los artículos 1º y 2º del Código de Comercio, que ordenan: "Artículo 1º Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas". Y "Artículo 2º En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil".

No existe en la legislación comercial ninguna norma escrita, ni analogía que contraríe manifiesta o tácitamente la licitud de las operaciones que los bancos realizan a través del télex y el swift, razón por la cual, si los demás requisitos se cumplen, se establece la costumbre, que tendrá la misma autoridad de la ley comercial en el evento de que la Cámara de Comercio la recopile.

b) *Publicidad*

Las operaciones bancarias a que alude este trabajo, o sea, las remesas, giros, transferencias de fondos, captaciones y colocaciones, que los bancos de Medellín realizan mediante el télex y el swift son conocidas por la Asociación Bancaria que solicitó esta investigación, por todos los bancos (24) según las encuestas, por el público en general y en especial por los clientes de los bancos, que saben del uso que éstos hacen de sistemas automáticos y semiautomáticos para transmitir entre ellos información financiera, aunque ignoren los nombres técnicos de tales medios de comunicación.

Es una práctica realizada a la luz del día, notoria, y suficientemente conocida en la ciudad, que se incorporó a la vida comercial.

c) *Uniformidad*

El télex y el swift se aplican de manera idéntica o uniforme. El primero para las remesas, giros, captaciones y colocaciones (respuesta 5.A.); y el segundo, para cartas de crédito, giros al exterior y cheques de viajero (respuesta 4.A.). Es una práctica de común aceptación que se ha consolidado por su persistente uniformidad y que tiene no sólo la misma finalidad sino igual forma.

El 87,5% de los bancos (respuesta 5.A.) usan el télex para las operaciones mencionadas y el 12,5% restante emplean en sus comunicaciones financieras el fax y el sistema de línea o computarizado.

Al swift está afiliado el 66,7% de los bancos (respuesta 3.A.) con la anotación de que no existen como en el télex sistemas alternativos en uso, lo que quiere decir que los bancos lo emplean en un 100%.

Todo lo anterior nos está indicando que el uso de los sistemas en cuestión, se ha generalizado en Medellín.

d) *Reiteración*

Consiste en la práctica constante durante un determinado tiempo, de tal manera que permita apreciar su aceptación social

como regla de derecho. Así lo evidencian las respuestas de los banqueros.

En efecto, los bancos que emplean el télex, lo hacen desde 1978 o antes (respuesta 9.) y los que usan el swift desde hace tres años (respuesta 8). En relación con este último sistema, conviene recordar que sólo en 1989 Colombia se vinculó a dicha red de comunicaciones financieras.

Con la diferencia anotada en el párrafo anterior, el télex y el swift se han usado reiteradamente en el tiempo, destacándose el empleo constante del último en las transacciones normales de cada día (respuesta 4.B.).

Las referidas prácticas constantes se han observado durante lapsos diferentes, pero suficientes para su consolidación como conductas colectivas socialmente aceptadas, que han creado la conciencia de obligatoriedad, la necesidad de aplicar este hábito social.

e) *El lugar*

Los requisitos anteriores debe reunirlos la costumbre mercantil, según lo dispone el artículo 3º del Código de Comercio, “en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella”.

Ese lugar es Medellín, tal como se indicó en el *Objeto* de esta investigación, ciudad en la cual se adelantaron todas las averiguaciones.

7. Conclusiones

a) Se acreditaron los hechos constitutivos de la costumbre mercantil, en cuanto a las operaciones interbancarias e intrabancarias realizadas por medio de los sistemas de comunicación financiera entre los bancos, conocidos como el télex y el swift, en la ciudad de Medellín.

b) Las operaciones realizadas por medio del télex, requieren para su validez jurídica, además de que el sistema confirme el registro de las mismas, la posterior ratificación del banco. (Respuesta 7.).

c) Es costumbre en las operaciones realizadas por medio del swift, que se perfeccionen en forma automática, cuando el sistema confirma el registro de las mismas, sin necesidad de posterior ratificación para que tengan validez jurídica. (Respuesta 6.).

Información complementaria

La investigación en que se basa este artículo fue realizada entre 1992 y 1993 en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.

El autor de este artículo, en su calidad de docente investigador del Centro mencionado, fue el director del trabajo, en el que participaron como alumnos investigadores: Lucía Velásquez López de Mesa, Juan Bautista Otálvaro Mejía, María Patricia Rendón Correa, Ana Aleida Angel Giraldo y Orfa Lopera Montoya.

La realización de este trabajo fue posible, gracias a la dedicación y esmero de los alumnos investigadores, quienes por primera vez desarrollaban una labor de esta naturaleza. Con este estudio cumplieron el requisito para optar al título de abogados.

El rector de la Universidad de Medellín, Dr. Jaime Tobón Villegas y el director de la Cámara de Comercio, Dr. Javier Chica Molina, autorizaron la inclusión del artículo en la revista a solicitud del director de la misma. En Centro de Estudios de Derecho Procesal y el director de "Temas Procesales" agradecen esta deferencia.

EDITORIAL
LEALON

Calle 56 (Zea) N° 52-72
Teléfono N° 511 31 58
Medellín - Colombia
Mayo de 1993