

UN PROBLEMA PARTICULAR DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO DE LANZAMIENTO

Por: **ANTONIO BOHORQUEZ ORDUZ**

Artículo 434, 5 del Código de Procedimiento Civil:

"Si la demanda se funda en falta de pago, el demandado no podrá ser oído en el proceso si no consigna a órdenes del juzgado los cánones que adeude, o no presenta los recibos de pago o consignación conforme a la ley. Las estipulaciones que hagan más gravosa esta carga del demandado, se tendrán por no escritas.

El demandado también deberá consignar oportunamente a órdenes del juzgado en la cuenta de depósitos judiciales, los cánones que se causen durante el proceso en ambas instancias, y si no lo hiciere, dejará de ser oído hasta que presente el título correspondiente".

El numeral transcrito como epígrafe ha suscitado incontables discusiones durante la actuación de aquellos procesos de lanzamiento cuya demanda no se afina en falta de pago, tantas como en las escuelas de derecho, en foros y en los estudios de nuestros escritores jurídicos más notables, cuando de hablar de estas causas se trate.

La opinión más difundida es la que sostienen los Doctores HERNANDO MORALES MOLINA y HERNANDO DEVIS ECHANDIA, co-redactores del Código, conforme a la cual el demandado ha de consignar en **todos** los casos, imperiosamente, los cánones que se causen durante el proceso o no será escuchado. Nuestro propósito al escribir estas líneas es el de sostener la tesis contraria y a exponer nuestros argumentos pasamos.

En el derecho universal, sabiéndose que las normas legales siempre podrán ser objeto de exámenes para desentrañar su sentido, los legisladores han dado en establecer unas reglas que disciplinan el ejercicio de la hermenéutica. Colombia, dentro de su acendrada vocación de Estado de Derecho no ha sido ajena a esa corriente.

Uno de tales postulados es el que recoge el artículo 27 del Código Civil, en su inciso primero: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". A nosotros parece el numeral en comento de una claridad absoluta: "Cuando la demanda se funde en falta de pago" el demandado deberá consignar a órdenes del juzgado los cánones que adeude y los que se causen durante el proceso, so pena de no ser oído. Hacer extensiva la norma a otros casos es legislar, actividad que en nuestra organización jurídica sólo compete ordinariamente al Congreso y que a la rama jurisdiccional le está vedada; si un juez pretendiere que esta norma expresa lo que ella jamás dijo, conculcará de manera evidente lo dispuesto por los artículos 17, 25 y 26 de la misma obra. Pero es menester abundar en razones, así que prosigamos.

Constituye un principio de derecho el que nadie puede ser sancionado si tanto la conducta como la pena no están previamente establecidas en la ley. Este axioma es sin duda un tesoro que el Derecho Penal a través de los siglos ha donado a todas las demás ramas del saber jurídico.

Pues bien, el sentido del artículo 31 del Código Civil ha de enmarcarse dentro de esa proposición de tal modo que, como enseña la Corte desde sentencia de diciembre 14 de 1898¹, "en la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición".

Entonces, las normas que imponen una sanción siempre han de entenderse de aplicación *restrictiva*, pues al juez no le está permitido crear penas por vía de interpretación de la ley. Si determinada conducta no ha sido contemplada en ella como sancionable (tipificada, se dice en el Derecho Penal Moderno), jamás podrá extenderse el alcance de una disposición a otros casos, por muy similares que parezcan. Ni aún si quienes asuman el papel de intérpretes sean los propios redactores, estarían autorizados para abarcar con el castigo situaciones no claramente consignadas en el texto normativo.

1. In: **ORTEGA TORRES, Jorge**. *Código Civil*. Con notas... 15ª Edición. Bogotá D.E., Temis, 1982, pág. 66.

El numeral glosado ha instituido una desviación del derecho de defensa, es decir, una excepción al mandato genérico de que toda persona debe ser *oída* en cualquier proceso que en su contra se siga. De cómo esa regla de excepción se convierte en regla general, llevándose por delante el artículo 31 citado, es algo que no entenderemos mientras no ocurra una reforma del famoso acápite quinto. Creemos firmemente en que, en la disputa entre una teoría y el derecho de defensa, éste siempre debe salir adelante.

No dejaremos de predicar nuestro profundo respeto y acrisolada admiración por los connotados procesalistas y funcionarios que han asumido la postura criticada. De unos y otros hemos recibido inapreciables enseñanzas, aludiendo en particular a los Maestros DEVIS y MORALES de quienes todos los abogados del País hemos colectado formación jurídica, tanto de sus cátedras como de sus obras. Pero en este punto no hemos podido encontrar argumentos para acoger sus directrices.

El Doctor DEVIS E.² asegura que el Código "aclaró que se deben consignar *siempre* los cánones que se causen durante el proceso, para que el demandado sea oído", y el Doctor MORALES M.³ por su parte asevera que "esta carga existe *cualquiera que fuere la causal* de lanzamiento invocada", pero ni una ni otra, ni expresión semejante, fueron usadas en la ley, sino agregadas por los ilustres hermenéutas, cuya sabia labor redactora les debe el País, pero quienes olvidan que ya la terminaron en cuanto para esa faena contaron con un lapso definido de tiempo.

Admitimos sin vacilar que la intención de la comisión redactora fue la indicada por estos insignes tratadistas. Y tal vez era lo más conveniente. Pero ello es irrelevante ante la naturaleza de la norma. Si la comisión quería dar al inciso la inteligencia que hoy se le atribuye, debió evitar la frase "si la demanda se funda en falta de pago" o usar locuciones tales como "siempre", "en todos los casos", "cualquiera que fuere la causal", etc. y no el "también", pues este vocablo no tiene el significado totalizante que se le ha querido dar. Recordemos que, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, las palabras de la ley retienen su sentido natural y obvio. La expresión "también" es un adverbio de modo (según la gramática tradicional) o uno de afirmación (según la moderna) y se usa, a veces de la

2. *Compendio de Derecho Procesal*. 9ª Edición, T. III, Vol. 2. Bogotá D.E., ABC, 1981, pág. 507.

3. *Curso de Derecho Procesal Civil*. 6ª Edición Parte Especial. Bogotá D.E., ABC, 1973, pág. 80.

Real Academia⁴, “para afirmar la igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada”. Lo ya mencionado es la excepción (si la demanda se funda en falta de pago), queriendo decir que para los cánones causados durante el proceso se seguiría la misma filosofía. Luego el numeral quinto debe entenderse como un todo y no como dos disposiciones separadas. Si quienes lo escribieron deseaban precisar otra cosa, debieron hacerlo expresamente. Salvo para el Parlamento, ya no es hora de rectificar ni de adicionar la norma allí contenida. Sólo de comprenderla y esta tarea no debe confundirse con la ya agotada.

Al componer un precepto legal, o un conjunto de ellos, se presume que su autor obedeció a un hilo conductor armónico. (Artículo 30 C.C.). Luego si un artículo se divide en numerales o en ordinales, cada una de estas fracciones ha de tener sentido completo en sí misma, aunque referida a un encabezamiento general. Ahora, si en un numeral se sitúan dos incisos, debe pensarse que se refieren a un tópico determinado, y que el segundo no cambia abruptamente de sentido a menos que se indique lo contrario.

Se dirá que somos exégetas al aplicar el método gramatical en la penetración de la ley; pero es que en atender preceptos prohibitivos (o sancionadores y exceptivos, según se prefiera llamarlos), el intérprete está obligado a atenerse a su tenor literal. No se tienen, en derecho, más alternativas, pensamos.

Con el paso de los años, las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales alrededor de una norma se van decantando necesariamente. Ello implica tanto el modificar como el recoger y precisa de que alguien plantee el debate. Pero la verdad es que esta reflexión no es nuestra exclusivamente: Otros han llegado a un resultado idéntico. Se destaca entre ellos el Doctor DANIEL SUAREZ HERNANDEZ⁵, profesor universitario, ensayista jurídico y co-director de la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Dice así este maestro, respecto del inciso segundo del tratinado numeral 5:

“Este aparte merece un somero comentario, a saber: Para un recto entendimiento del numeral 5 debemos interpretar en conjunto sus dos incisos, para concluir que dicha carga adicional para el demandado solamente tiene necesidad de cumplirse ‘si la de-

4. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 20 Edición, Madrid, Espasa-Calpe, 1984.

5. Nos referimos a una conferencia suya, cuyo texto nos llegó por conducto de la Escuela Judicial.

manda se funda en falta de pago'; lo que a contrario *sensu*, si obedece a cualquiera otra causal, no será menester allegar prueba de pagos ni es necesario proseguir efectuándolos a órdenes del juzgado. Sabemos que esta tesis es contraria a la tradicional pero entendemos también que en una y otra hipótesis los temas por decidir y la causa *petendi* son diametralmente distintos y diferentes deberá ser su tratamiento. Es más, estimamos que si la causal es diferente al no pago del precio y el demandado comienza a consignar a órdenes del juzgado, está incumpliendo el contrato y podrá ahí sí constituir nueva causal para lanzamiento futuro, si es que no prospera el ya iniciado".

Estamos en todo de acuerdo con el párrafo copiado, agregando tan sólo que, desde luego, si el juez obliga al demandado a consignar a pesar de que el libelo impulsor del proceso no esté asido de ausencia de solución de cánones, tendría el llamado a juicio sobre sí, una fuerza mayor que le constreñiría a incumplir el pacto. (Ley 95 de 1890, artículo 1°).

En conclusión, si nuestras apreciaciones no son equivocadas, sobre el demandado en los procesos de lanzamiento pesa la carga de consignar a órdenes del juzgado los cánones que se causen simultáneamente con el transcurso de la actuación, con la consiguiente sanción de no ser oído si se abstiene, únicamente cuando el memorial de cargos tenga basamento en la falta de pago. En los demás casos deberá pagarlos conforme a lo establecido en el contrato. Se rinde así culto al derecho de defensa, el cual, a nuestro juicio, no debe ser restringido por vía de interpretación, jamás. (Art. 4 C.P.C.).

ANTONIO BOHORQUEZ ORDUZ

1. *Revista de Derecho Procesal*, Ed. Jurídica Páez Linares, Bogotá, Colombia, 1989, págs. 88 a 114.
2. SUAREZ HERNANDEZ, Daniel, *Proceso y Fe Pública*, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Año XXIX, N.º 68, Librería Profesional, Bogotá, Colombia, 1997, págs. 100 a 104.