

Tránsito de legislación en materia procesal

Jesús Vall De Ruten Ruiz*

El problema del tránsito de legislación en materia procesal es el último en la numeración del Código, no obstante lo cual debe ser tratado de primero, porque es el que primero se agota en su cometido.

Por razón de tener un interés relativamente efímero, este tema no ha sido objeto de elaboradas teorías. Las referencias doctrinales son exiguas y se contraen, de ordinario, al comentario de unas pocas disposiciones de texto aparentemente claro. No obstante, los errores sobre ese punto pueden determinar vicios que afecten la suerte futura del proceso de manera en veces insalvable.

A este respecto es del caso mencionar cómo el trámite inadecuado que se determine como resultado de una equivocada aplicación de las disposiciones que regulan el tránsito de legislación está en capacidad de generar una nulidad cuyo carácter es absolutamente insaneable.

El marco teórico

El tema relativo al tránsito de legislación en materia procedimental se inserta dentro del marco del problema de la aplicación de la ley en el tiempo. Este tema parte, a su vez, de la teoría tan criticada de la subsunción, de conformidad con la cual el mecanismo de operación de la ley se identifica con un silogismo.

En desarrollo de lo anotado, los efectos de la ley se desatan cuando quiera que se presente una coincidencia entre la hipótesis que la norma prevé y una situación de hecho determinada.

En razón del reconocimiento de que existen situaciones jurídicas que no tienen carácter puntual, sino que por el contrario se desarrollan a lo largo del tiempo, aparece entonces la figura del efecto general inmediato de la ley.

Así las cosas, la ley se aplica de acuerdo con la teoría de la subsunción y cobija incluso los efectos aún no consumados de las situaciones jurídicas en curso.

El ejemplo tradicional a este respecto es el tan socorrido de la Ley 28 de 1932, mediante la cual se atribuyó plena capacidad a la mujer casada para la administración de sus bienes. Por aplicación del efecto general inmediato de la ley, a partir de la entrada en vigor de la norma mencionada, la mujer adquirió plena capacidad, se repite, para la administración de su patrimonio, no obstante que hubiere contraído matrimonio con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la Ley 29 de 1932. No obstante, las situaciones jurídicamente consumadas con anterioridad a la entrada en vigor de la disposición reformadora fueron perfectamente respetadas por el ordenamiento.

La retroactividad entonces, que en principio se proscribió, aparece cuando quiera que se pretenda revisar la calificación legal de una situación ya consumada y cuando además con ello se produzca daño

Abogado. Profesor de Obligaciones. Decano de la División de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia.

o perjuicio a una persona. El ejemplo típico de aplicación retroactiva de la ley se concreta en la violación de un derecho adquirido.

Sobre la base de lo afirmado puede decirse que el efecto general inmediato, a pesar de lo que de ordinario se piensa, no es algo contrapuesto a la irretroactividad de la ley, sino por el contrario, es su definición por vía positiva.

La irretroactividad admite excepciones que se concretan bien en la aplicación retroactiva de la Ley, o bien en la aplicación ultractiva.

La aplicación retroactiva está admitida en nuestro ordenamiento y a tal respecto, el Art. 18 de la Ley 153 de 1887 dispone:

Las leyes que por motivo de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato.

Si la ley determinar expropiaciones, su cumplimiento requiere previa indemnización, que se hará con arreglo a las leyes preexistentes.

Si la ley estableciere nuevas condiciones para el ejercicio de la industria, se concederá a los interesados el término que la ley señale, y si no se señala, el de seis meses.

En el texto transcrito se nota la ya mencionada circunstancia de la confusión entre el carácter contrapuesto de la irretroactividad y el efecto general inmediato. Realmente el Art. 18 de la Ley 153 de 1887 lo que consagra es la posibilidad de dar efecto retroactivo a la ley en atención a motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública.

Ejemplo del efecto general inmediato, que es bien distinto en sus manifestaciones a la aplicación retroactiva de la ley, es el que aparece en el Art. 28 de la Ley 153 de 1887. Dispone este precepto:

Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción prevalecerán las disposiciones de la nueva ley.

La diferencia entre ambas disposiciones salta a la vista. El Art. 18, repito, consagra un verdadero efecto retroactivo, a punto de que hace relación a la figura de la expropiación, que es precisamente el desconocimiento del derecho de propiedad, mientras que el Art. 28 respeta el derecho real adquirido bajo la ley anterior y por aplicación del efecto general inmediato regula, bajo el espectro de la ley nueva, lo atinente a su extinción, ejercicio y cargas.

Ejemplo de ultractividad o aplicación ultractiva de la ley es el que contiene el Art. 38 de la Ley 153 de 1887. El Art. 38 dispone en su encabezamiento de la siguiente forma: "En todo contrato se entenderá incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración."

De conformidad con este precepto, los conflictos de interés que se susciten por razón de un contrato habrán de resolverse con apoyo en la normatividad vigente al tiempo de su celebración, no obstante que ésta pueda aparecer formalmente como derogada.

El precepto en comento se funda en la consideración de que una de las constantes históricas del derecho de las obligaciones es la prevalencia de la voluntad

privada sobre la ley. Este aserto aparece destacado por el autor Jean Carbonier, quien manifiesta que no ha sido desechado siquiera por la creciente intervención del Estado en las actividades de los particulares.

El problema en materia procesal

Nótese cómo las excepciones al efecto general inmediato, esto es, la retroactividad o la ultractividad, hacen invariablemente relación a problemas de índole patrimonial, es decir, a asuntos que corresponden a derechos subjetivos de los particulares.

La materia procesal, por razón de la reconocida distinción entre derecho sustantivo y derecho adjetivo, se ha considerado tradicionalmente al margen de los problemas de índole patrimonial, y en general de lo que se refiere a los derechos subjetivos.

El derecho procedimental o adjetivo, se piensa, es de carácter meramente instrumental en lo que se refiere a la puesta en operación de los derechos radicados en cabeza de las personas.

Por esta razón, en materia procedimental se aplica casi a ultranza el efecto general inmediato de la ley. Tal efecto aparece consagrado por vía general en el Art. 40 de la Ley 153 de 1887 y recalado en las excepciones que a la incorporación de las disposiciones de índole contractual a la materia del contrato mismo establece el Art. 38 de la citada ley.

Dispone el Art. 40:

Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalece sobre las anteriores desde

el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias, que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de iniciación.

Esta disposición, después de establecer la aplicación del efecto general inmediato para las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, restringe al mínimo las excepciones que se predicen a este postulado general.

Así las cosas, la ley anterior tendrá sólo efecto ultractivo en los siguientes casos:

1. Para los términos que hubieren empezado a correr y sólo en lo que hace al cómputo de los mismos.
2. Para las actuaciones iniciadas.
3. Para las diligencias igualmente iniciadas.

Todas las situaciones anotadas se regirán por la ley vigente al momento de su iniciación.

Los conceptos "término" y "diligencia" son realmente unívocos y no se prestan a confusión. No existe duda alguna sobre la significación de los conceptos "término" y "diligencia". El único concepto relativamente equívoco o que puede prestarse a confusión es el de "actuación."

En consideración a que los mecanismos básicos de interpretación de las normas no arrojan luz a este respecto, se hace necesario recurrir al diccionario para establecer el alcance de este concepto.

"Actuación", en las acepciones que resultan relevantes, aparece con el siguiente significado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: En primer lugar,

"acción y efecto de actuar"; adicionalmente se entiende la actuación como los "autos o diligencia de un procedimiento judicial."

La palabra "actuar", respecto de la cual se resalta su carácter derivado de la palabra "acto", aparece definida, en primer lugar, como "poner en acción", y en la cuarta acepción como "ejercer una persona o cosa actos propios de su naturaleza."

Sobre la base de lo anotado resulta válida la asimilación de los términos "actuación" y "acto", definido este último como "hecho o acción."

Así las cosas, podría entenderse el término "actuación", utilizado por el Art. 40 de la Ley 153 de 1887, como equivalente del concepto "acto procesal."

La teoría de los actos procesales es paralela y guarda perfecta simetría con la teoría del acto jurídico. Así como se distingue entre actos y hechos jurídicos, es igualmente admisible la distinción entre actos y hechos procesales.

El acto procesal se erige con autonomía conceptual por contraposición al hecho jurídico procesal. Son hechos jurídicos procesales aquellas situaciones involuntarias que resultan procesalmente trascendentes, como es el caso de la muerte de una persona o la llegada a la mayoría de edad de un individuo.

Por el contrario, se entiende por acto procesal la actuación voluntaria que produce efectos procesales. Tales actuaciones voluntarias pueden ser desarrolladas por las partes en ejercicio de los derechos de acción y contradicción; o pueden ser desarrolladas por los funcionarios judiciales, o más concretamente, por el juez

en ejercicio de la función judicial.

El acto procesal viene a ser, pues, la conducta humana con sentido procesal pleno, o en otros términos, la más pequeña unidad en la secuencia que forma un proceso.

No escapa a nuestro entendimiento que la asimilación entre "actuación" y "acto procesal" presenta el problema de que la mayoría de los actos procesales complejos o que producen a lo largo del tiempo una sucesión de conductas, se desarrollan generalmente en diligencias o audiencias, conceptos éstos para los cuales el Art. 40 de la Ley 153 de 1887 tiene ya una regulación particular.

La regulación en los decretos 1400 y 2019 de 1970 El C. de P.C. de 1971

Este conjunto normativo reguló expresamente el tránsito de legislación en su Art. 699. La disposición en comento reza así:

El presente código entrará en vigencia el 1º de julio de 1971. En los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos, la práctica de las pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación.

El Art. 699 del ordenamiento procedimental civil ciertamente no aparece como un simple desarrollo del Art. 40 de la Ley 153 de 1887. Se advierte a primera

vista, en la disposición transcrita, un mayor sacrificio del efecto general inmediato y correlativamente una mayor largueza para permitir el efecto ultractivo de la ley.

El artículo en cuestión dispone la aplicación del cuerpo normativo entonces novedoso, a partir del 1º de julio de 1971, estableciendo a continuación excepciones:

1. Los recursos interpuestos.
2. La práctica de pruebas decretadas.
3. Los términos que hubieren empezado a correr.
4. Los incidentes en curso.
5. Las notificaciones que se estén surtiendo.

Del listado de hipótesis referidas, al menos las descritas bajo los numerales 1, 2 y 4, claramente aparecen involucrando más de un acto procesal, lo cual refleja la abierta disparidad de preceptos que contiene el Art. 699 del C. de P. C. y el 40 de la Ley 153 de 1887.

Desde el punto de vista estricto del Art. 40 mencionado, no se ve razón, por ejemplo, para que una prueba decretada bajo el amparo de una ley anterior haya de ser posteriormente practicada con ajuste a la normatividad ya derogada.

En general, para las aludidas hipótesis descritas en los numerales 1, 2 y 4, desde el punto de vista estricto del Art. 40 de la Ley 153 de 1887, no se ve por qué todas ellas habrían de estar cobijadas por la ley anterior.

El Decreto 2282 de 1989

El Decreto en mención, que recoge las reformas al C. de P. C. adoptadas a finales de 1989, con el objeto de que entraran

en vigencia el 1º de junio de 1990, tiene la siguiente estructura: En su Art. 1º establece todo el catálogo de modificaciones al C. de P. C., y va señalando en numeración consecutiva aquellos artículos de la legislación procedimental vigentes desde 1971, respecto de los cuales se predicen reformas o modificaciones.

Después del extenso artículo aludido, el artículo segundo dispone la vigencia del Decreto, a partir del 1º de junio de 1990, sin preocuparse por regular lo relativo al tránsito de legislación de manera expresa. En efecto, el Art. 2º del D. 2.282 de 1989 dispone: "Vigencia y derogaciones. El presente Decreto rige a partir del primero de junio de 1990 y deroga las disposiciones que le sean contrarias." Ante el silencio del Decreto 2282 en lo que corresponde al tránsito de legislación, surge la pregunta o la inquietud respecto de cuál es la norma aplicable, si bien el Art. 40 de la Ley 153 de 1887, o por el contrario, el Art. 699 del C. de P. C.

Para inclinarse por el Art. 699 del C. de P. C. podrían aducirse los siguientes argumentos:

En primer lugar, el artículo en mención no fue modificado expresamente por el Decreto 2282 de 1989, ni resulta contrario a ninguna de las disposiciones contenidas en este Decreto, razón por la cual habría de entenderse como en plena vigencia. Adicionalmente, piensan algunos, el Art. 699 comporta una especie de interpretación auténtica del Art. 40 de la Ley 153 de 1887 que, como tal, se involucra dentro de su disposición y modifica su sentido original.

No obstante, tales argumentos no resultarían irrefutables. Para inclinarse por la aplicación del Art. 40 de la Ley 153 de

1887, con el fin de regular el tránsito de las legislaciones a que da lugar la entrada en vigor del Decreto 2282 de 1989, puede aducirse que el Art. 699, si bien no aparece derogado, sí ha cesado en su vigencia, dado su carácter de norma transitoria.

El Art. 699, pues, a pesar de que puede considerarse como no derogado, podía haberse agotado en su cumplimiento, por cuanto su objeto aparece referido a una época y a unas circunstancias específicas. El texto mismo del Art. 699 cuando resalta que "el presente Código entrará en vigencia el primero de junio de 1971", para pasar acto seguido a indicar "en los procesos iniciados antes, se aplicará la regulación a la cual se haya hecho ya referencia", indica a las claras que la pretensión de aplicación de la norma hace relación únicamente a los procesos que se encontraban en curso en la mencionada fecha de junio primero de 1971.

La distinción o el establecimiento de la norma que resulta aplicable no es un aspecto que pueda considerarse irrelevante. Varias situaciones concretas ilustran sobre la importancia de definir este punto teórico.

En materia de recurso, por ejemplo, si se trata del recurso de casación, supongamos que antes de junio primero de 1990, se interpone el recurso y con el fin de establecer la cuantía del interés se ordena la práctica de un experticio. Designado el perito, posesionado éste, rendido el dictamen, corrido el traslado, supongamos entra en vigencia el D. 2282 de 1990.

La legislación anterior, en el texto del Art. 370 del C. de P. C., disponía que si "no se consignan los honorarios de los peritos dentro de la ejecutoria del auto

que los señale, se declarará desierto el recurso." *A contrario sensu*, el texto actualmente vigente del Art. 370 del C. de P. C. no consagra este mandato.

Cabe preguntar, pues, cuál es la norma aplicable: ¿la vigente al momento de la interposición del recurso?, caso en el cual la casación habría de declararse desierta, lo cual sucedería si se diera curso a lo dispuesto por el Art. 699 del C. de P. C.; o bien, ¿la disposición vigente en el momento de correr traslado del avalúo?, caso en el cual la omisión en la consignación de los honorarios de los peritos no determina los trascendentes efectos dispuestos por el precepto ya derogado, consecuencia ésta que se sigue de dar aplicación al texto actualmente en vigencia del Art. 370 del C. de P. C.

Igual acontece en materia de recurso con el trámite previsto para la apelación de autos, en lo que corresponde al procedimiento que habrá de seguirse por el Tribunal para dar traslado, con el fin de que las partes formulen sus alegaciones.

El texto, hoy derogado, del Art. 359 del C. de P. C. disponía que el traslado para alegar habría de darse sólo con posterioridad al momento en el cual se encontrare ya ejecutoriado el auto que admite el recurso.

A contrario sensu, el precepto actualmente en vigencia dispone que en el mismo auto de admisión del recurso habrá de correrse el correspondiente traslado para formular alegaciones.

Para el evento en el cual el recurso hubiere sido interpuesto con anterioridad al 1º de junio de 1990, habría que establecer cuál es la norma que resulta aplicable, para determinar si el traslado

para alegar se efectúa o no bajo el amparo de la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1990.

Otras circunstancias que ilustran la importancia de precisar cuál es la disposición aplicable para regular el tránsito de legislaciones se determinan en materia de incidentes.

En lo referente a establecer la apelabilidad del auto que rechaza un incidente, el texto nuevo del Art. 138 del C. de P. C., establecido por el Decreto 2282 de 1989, consagra la procedencia del recurso. De forma contraria, ante la disputa teórica que suscitó la formulación del texto básico del C. de P. C. dispuesto por los Decretos 1400 y 2019 de 1971, la Jurisprudencia, en forma casi unánime, optó por concluir que el auto que rechaza el incidente, diferente de aquel que lo definía, en el fondo no resultaba susceptible de ser impugnado por la vía de la apelación.

Supongamos entonces un incidente promovido con anterioridad al 1º de junio de 1990. Si con posterioridad a esta fecha el juez entra a establecer la admisión del recurso y decide rechazarlo, cabe preguntarse si será o no procedente declarar admisible o conceder el recurso de apelación.

Si se aplica el Art. 699 del C. de P. C., habría de inclinarse por la positiva; si se aplica el texto básico del Art. 49 de la Ley 153 de 1887, la conclusión sería la contraria.

En materia de pruebas se pueden establecer hipótesis similares, sólo que a este respecto el problema resulta adicionalmente oscurecido, por cuanto existe alguna dificultad en determinar el mo-

mento en el cual una prueba puede considerarse como decretada.

Concretamente, la situación de conflicto podría surgir al tratar de establecer si los autos que se dicten en desarrollo de la facultad para señalar un término adicional para efectos probatorios, que consagra el Art. 184 del C. de P. C., equivalen al decreto de una prueba, o si la prueba, por el contrario, ha de considerarse está decretada única y exclusivamente cuando por primera vez, dentro del proceso, se expide el correspondiente decreto de probanzas.

La verdad parece ser que la formulación del Art. 184 permite inclinarse por la segunda posibilidad de las descritas, esto es, que el verdadero decreto de la prueba se efectúa sólo cuando por primera vez se acoge a la petición del demandante o del demandado, en el sentido de que se ordene las prácticas de las pruebas solicitadas. La referencia a un término "adicional" supone la preexistencia de la prueba dentro del proceso, al menos en lo que corresponde al mandato para que sea practicada.

Sobre la base de lo anotado, la situación que determina la aplicación ultractiva de la ley, como es el decreto de pruebas, podría estar inusitadamente distante del momento en que continuará dándose aplicación al precepto ya derogado, esto es, de la práctica efectiva de la prueba.

La disposición aplicada

La confrontación entre los dos preceptos aludidos respecto de los cuales se pretende establecer cuál es el que tiene vocación preferente para regular el tránsito de legislación en materia procedimental determinado por el Decreto 2282/89, en

nuestra opinión, obliga a inclinarse por el Art. 40 de la Ley 153 de 1887.

El Art. 699 del C. de P. C., contenido en los Decretos 1400 y 2019 de 1971, es indiscutiblemente una norma transitoria establecida para situaciones en curso en julio de 1971. La forma en la cual el artículo aparece redactado no deja dudas a este respecto.

La situación del Art. 699 del C. de P. C. es análoga a la del párrafo del ordinal 1º del Art. 120 de la Constitución de 1886, norma que aun antes de haber sido derogada cesó definitivamente en su vigencia por haber transcurrido las situaciones respecto de las cuales se previó su potencial regulador.

Agotado pues el fenómeno que debe ser regulado, la norma deja de ser operante o pierde vigencia sin necesidad de que se produzca el fenómeno jurídico de la derogatoria. Adicionalmente, ocurre que el Art. 699 no es un desarrollo esencial del Art. 40 de la Ley 153 de 1887. Por el contrario, es una norma especial que la contradice en sus términos.

Es tan cierto que no es un desarrollo esencial que, por ejemplo, el Art. 266 del C.C.A., establecido en dicho cuerpo de normas para regular el tránsito de legislación que determinó a partir del 1º de marzo de 1984, dispuso de manera diferente. La norma en comento acogió el sistema del Art. 699 en lo que corresponde a recursos, términos y notificaciones, pero, sin embargo, se apartó al incluir lo relativo a citaciones iniciadas en vigencia de la disposición anterior para someterla a su vigencia o a su imperio y excluyó lo relativo a los incidentes.

Adicionalmente, el Art. 266 mencionado determinó modificaciones en la compe-

tencia. Concretamente, estableció la pérdida de competencia para el Consejo de Estado respecto de todos aquellos procesos que fueran de única instancia en la legislación anterior y que correspondiera conocerlo a dicha corporación, pero que bajo el imperio de la disposición nueva pasarán a ser también de única instancia pero de conocimiento de los Tribunales. Bajo tal hipótesis, salvo el caso de que en el proceso se hubiere producido ya la citación para sentencia, resultaba mandatario remitir el expediente al Tribunal.

De conformidad con lo anotado, repito, estimamos que el tránsito de legislación que determina el Decreto 2282 de 1989 debe regularse por el Art. 40 de la Ley 153 de 1887.

Las consecuencias que derivarían de regular el tránsito de legislación por el Art. 699 del C. de P.C., habida cuenta de la amplitud de su comprensión, aparecerían como exageradas e innecesarias para un desarrollo ordenado de la transformación legislativa.

En todo caso, sería perturbador intensificar la coexistencia de los dos regímenes.

Bien por el contrario, la aplicación del Art. 40 de la Ley 153 de 1887 extiende y agiliza la aplicación de la ley nueva, reduciendo la incertidumbre, y permite además un más rápido cumplimiento de la voluntad del legislador.

La interpretación del Art. 40 de la Ley 153 de 1887

En lo referente a la interpretación del Art. 40, repito, existen dos hipótesis que resultan definitivamente de fácil intelección. En lo que se refiere a las excepciones al efecto general inmediato, la

consagración del efecto ultractivo de la ley en lo que respecta a los términos o diligencias ya iniciados, no presenta mayores problemas en la determinación del alcance de la norma.

Los problemas reales surgen en lo que corresponde a la atribución de un sentido para el término "actuación."

Según lo antes anotado, consideraciones de índole gramatical sugieren como primera alternativa la asimilación entre "actuación" y "acto procesal", entendido éste como la "unidad" de actividad dentro del proceso.

No obstante, se hace necesario establecer una solución que resulte igualmente válida para aquellos casos en los cuales la interpretación gramatical conduzca a una situación que genere contradicciones fácticas en lo concerniente a permitir la satisfacción de los fines del proceso.

A este respecto, en lo que corresponde a la determinación del alcance de la norma, es difícil adelantar un postulado general, toda vez que ante cada situación concreta el sentido de lo razonable hace aparecer como preferible una u otra opción.

La solución del problema deberá intentarse sobre las siguientes bases:

1. Atender la finalidad particular de la norma, que no es otra que facilitar el tránsito ordenado de la legislación;
2. Atender la finalidad general del procedimiento establecida por el Art. 4 del C. de P. C.; y
3. Atender los principios básicos del Derecho Procesal, y para este caso, fundamentalmente el de igualdad de las

partes y el derecho de defensa.

Sobre la base de lo anotado, para aquellos casos en los cuales la interpretación del precepto, efectuada con sentido gramatical, esto es, asimilando el término "actuación" al concepto de "acto procesal", no sea suficiente para evitar que el efecto general inmediato de la ley nueva produzca una ruptura en la unidad teleológica del proceso, ha de permitirse con mayor alcance la aplicación ultractiva de la ley procedimental derogada.

Para tal efecto debe tomarse en consideración que el proceso es una secuencia o sucesión de actos pero ordenada, y que está orientada hacia un fin y no puede, por tanto, permitirse que una parte de esa secuencia comprometa o impida la obtención del fin último del proceso.

Si, por ejemplo, en razón del tránsito de legislación se priva a una de las partes de una oportunidad procesal, es menester recomponer la actuación mediante la aplicación ultractiva de la ley.

Es de advertir que la ultractividad ampliada, esto es, la que deriva de la interpretación funcional del precepto, ha de permitirse bajo dos condiciones: 1) en lo que sea estrictamente necesario; y 2) siempre que los distintos actos agrupados para someterse a la regulación de la ley derogada, sean consecutivos.

La postura asumida, ciertamente sugiere una relativa discrecionalidad judicial, de la cual personalmente somos partidarios, con respaldo además en la experiencia histórica.

Pero en todo caso, aun quienes miran con recelo la posibilidad, habrán de coincidir al menos en que, para el caso que

nos ocupa, los efectos de la discrecionalidad serían menos gravosos o perjudiciales que las consecuencias perturbadoras que ciertamente determina la fórmula simplista del Art. 699 del C. de P. C.

En síntesis, para los efectos del Art. 40 de la Ley 153 de 1887, el término "actuación" en principio ha de asimilarse al concepto de acto procesal, y sólo por excepción, para satisfacer el sentido de la norma, puede permitirse la agrupación de varios actos para someterlos al dictado de la ley derogada, con el objeto de procurar la obtención de los fines del proceso. De no ser así, el término "actuación" sería de muy difícil determinación.

Podría considerarse que la actuación es toda una instancia o, por ejemplo, dentro de la instancia todo un incidente, o dentro del incidente la totalidad de su período probatorio, o bien, por el contrario, sólo una de las distintas diligencias que dentro del período probatorio han de agotarse.

Repito, al margen de la asimilación del concepto "actuación" al acto procesal, con la excepción a que he hecho referencia por razón de la satisfacción de los fines que con la norma se persiguen, cualquier criterio de agrupación podría resultar como caprichoso.

La consideración de que el Art. 40 de la Ley 153 de 1887 es la norma que regula el tránsito de legislación, por lo que corresponde a la aplicación de las reformas introducidas por el Decreto 2282 de 1989, resulta adicionalmente beneficiosa.

Con dicha consideración, en primer lugar, se extiende y agiliza la aplicación de la ley nueva, de manera que se reduce

la incertidumbre sobre cuál habrá de ser el texto legal aplicable.

Adicionalmente, permite un más rápido cumplimiento de la voluntad del legislador. Se entiende que si las disposiciones legales se modifican, ello se hace por razón de que las derogadas se consideran inadecuadas o, al menos, incapaces de satisfacer plenamente las exigencias de las circunstancias que les corresponde regular. Así, pues, desde el punto de vista enteramente lógico, resulta preferible dar prelación a la aplicación de los preceptos nuevos que, se supone, recogen de forma más próxima la voluntad del legislador y satisfacen de mejor manera las exigencias de los tiempos, que aquellas disposiciones que precisamente en consideración a sus falencias, han sido derogadas.

Por último, la remisión del problema del Art. 40 de la Ley 153 de 1887 por sobre la disposición que se contiene en el Art. 699 del C. de P. C., facilita tanto la función judicial como la actividad de los litigantes.

El principio de que el derecho se presume conocido por el juez, al igual que aquel conforme al cual la ignorancia de la ley no sirve de excusa, corresponde a una ficción con la cual se pretende producir fines prácticos.

Sin embargo, resulta ingenuo pensar que ello corresponda a la realidad sociológica. La realidad no es que los jueces o los abogados conocen la ley, sino que están capacitados para estudiarla. Así, pues, resulta más fácil tener que consultar un solo régimen normativo frente a las distintas situaciones fácticas que se presenten, que verse precisado a consultar dos regímenes alternos para estable-

cer, dependiendo de cuál sea el estado del litigio, la forma en la cual habrán de resolverse situaciones procesales análogas.

Algunos aspectos especiales. Asuntos con cambio de trámite

Tratando el punto de la norma que regula el tránsito de legislación, puede resultar conveniente tratar dos casos especiales:

El primero se refiere a aquellos asuntos para los cuales la nueva legislación procedimental establece cambios de trámite.

Distintos ejemplos ilustran esta hipótesis. Pasan, por ejemplo, de procesos abreviados a verbales sumarios los posesorios especiales, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2º del ordinal 7º del Art. 414 de la anterior normatividad procedimental civil que incluía tales procesos dentro del listado de los abreviados y del ordinal sexto del Art. 435 de la formulación actualmente en vigencia, que remite a los verbales sumarios este tipo de litigios.

Pasan de verbales a verbales sumarios los procesos en los cuales se procura la autorización para la expedición de copias de escrituras, o también aquellos procesos en los cuales corresponde al juez resolver con conocimiento de causa y de acuerdo a su prudente juicio.

Mención especial merecen todos los procesos sometidos a la jurisdicción agraria creada por el Decreto 2309 de 1989. Los procesos de pertenencia, por ejemplo, que eran ordinarios o abreviados, dependiendo de la extensión y utilización del predio, pasan a hora a ser objeto de regulación por los procedimientos consagrados específicamente en el Decreto

2309 antes mencionado.

Vale la pena anotar que el Decreto 2309 que crea la jurisdicción agraria no se limita a la creación de despachos judiciales y a la determinación de un cambio de competencias, sino que, adicionalmente, crea unos procedimientos que son específicos para tramitarse por la jurisdicción creada. Tales procesos son el ordinario agrario, el verbal agrario y algunos procesos especiales.

Cuando quiera que el cambio de legislación disponga la modificación de la vía procesal establecida para ventilar el asunto, en nuestra opinión, ello no determina la aplicación del tipo de procedimiento que dispone la ley nueva. Tal conclusión tiene fundamento en el hecho de que el señalamiento de la vía procesal es algo que queda definitiva e irreversiblemente consolidado en el proceso desde que se dicta auto admisorio de la demanda.

Concretamente, el Art. 86 del C. de P. C. insiste sobre esta idea cuando confiere al juez la facultad para adecuar el trámite en aquellos casos en los cuales el demandante lo hubiere indicado erróneamente.

Sobre esta idea insiste el ordinal 6º del Art. 144 del C. de P. C., reformado por el Decreto 2282 de 1989, cuando predica el saneamiento de las nulidades derivadas de trámite inadecuado en los casos en que "un asunto que debía tramitarse por el proceso especial se tramitó por el ordinario, y no se produjo la correspondiente adecuación de trámite en la **oportunidad debida.**" Nótese cómo la disposición transcrita se refiere en singular a la oportunidad pertinente para disponer la adecuación del trámite dentro del proceso.

La firmeza de esta determinación que debe efectuarse desde el comienzo mismo del proceso, es el criterio que fundamenta la nulidad, en principio insaneable, que se predica respecto del trámite inadecuado.

Así pues, aun en aquellos casos en que no sólo exista cambio de procedimiento sino además cambio de jurisdicción, es mandatario continuar tramitando la vía procesal que correspondía al litigio desde sus comienzos. Naturalmente, ello sin perjuicio de que por la razón de la aplicación del efecto general inmediato de la ley, la vía procesal en curso se tramite con sujeción a las disposiciones novedosas que se hubieren acogido para desarrollarlas.

La jurisdicción y procedimientos agrarios

Con relación al D. 2309 de 1989, es pertinente hacer la anotación de que el Art. 140 reproduce textualmente el Art. 699 del C. de P.C., razón por la cual el tránsito de legislación, por lo que corresponde a los aspectos deferidos al conocimiento de la jurisdicción agraria, habrá de regularse por los principios que en la norma comentada se incluyen, y a los cuales hemos hecho ya referencia.

La jurisdicción de familia

Un segundo aspecto que merece comentario especial es el atinente a la jurisdicción de familia. El Decreto que la establece, a diferencia de lo que acontece con el D. 2309 de 1989, relativo a la jurisdicción agraria, se limita a la creación de despachos judiciales sin entrar a crear procedimientos novedosos o especiales.

En lo que corresponde a procedimientos,

el Decreto que crea la jurisdicción de familia, que es el 2272 de 1989, se remite por entero a la reforma procedimental y a las disposiciones que permanecen invariables del C. de P. C., expedido en 1971.

El Art. 17 del D. 2272 de 1989 reguló lo relativo a la vigencia del Decreto y textualmente dispuso:

El presente Decreto rige a partir del primero de febrero de 1990 y deroga las disposiciones que le sean contrarias, pero la remisión de los procesos de la jurisdicción civil a la de familia se hará con autorización del respectivo Tribunal Superior a medida que entren en funcionamiento los despachos judiciales que aquí se crean.

Entre tanto, de los procesos y actuaciones seguirán conociendo los Magistrados y Jueces competentes, de acuerdo con las respectivas disposiciones legales vigentes al momento de entrar a regir el presente Decreto.

Con relación a la interpretación del artículo en mención, la Corte Suprema de Justicia, en reunión de junio 11 de 1990, acogió un sentido, que trasmitió posteriormente a las Presidencias de los Tribunales con oficio de junio de 1990. En el entendido de la Corte hasta tanto entrara en funcionamiento efectivo la nueva jurisdicción, la totalidad de los procesos que por el Art. 5° del D. 2272 de 1989 fueron transferidos a la competencia de los Jueces de Familia habrían de regirse en todo y absolutamente en todo por las disposiciones vigentes el primero de febrero de 1990, esto es, por el texto original del C. de P. C., desconociendo las reformas introducidas por el D.L. 2282 de 1989.

Una mirada detenida al Art. 17 del D. 2272 de 1989, arroja, sin embargo, conclusiones diferentes a las predicadas por nuestro máximo Tribunal de Justicia. El artículo en mención, por razón de su mismo tenor literal, y por razón del sentido del Decreto dentro del cual se encuentra inserto, regula el problema de la competencia, y no lo relativo al señalamiento de procedimientos o trámites especiales.

Dos son las situaciones que aparecen reguladas por el Art. 17 en mención. Con posterioridad al señalamiento de la fecha de entrada en vigor del Decreto, el primero de febrero de 1990, el precepto señala que la remisión de los procesos de la jurisdicción civil a la de familia se hará con autorización del respectivo Tribunal Superior a medida que entren en funcionamiento los despachos judiciales que se crean. De donde se colige, *a contrario sensu*, que mientras no se produjera la autorización que allí se menciona, los juzgados y Tribunales que venían conociendo de los procesos conservarían los mismos y, por tanto, la competencia para seguir conociendo de ello.

A continuación señala la norma:

Entre tanto, de los procesos y actuaciones seguirán conociendo los Magistrados y jueces competentes de acuerdo con las respectivas disposiciones legales vigentes al momento de entrar a regir el presente Decreto.

La expresión "entre tanto" marca un lapso comprendido entre el primero de febrero de 1990 y el momento en el cual los Tribunales autorizaron la remisión de los expedientes por encontrarse ya debidamente constituidos y organizados los despachos judiciales que se crearon.

Esta segunda hipótesis que se contiene en el precepto regula, pues, la competencia de los procesos que se incien con posterioridad al primero de febrero de 1990. La competencia para conocer de los mismos se regulará con base en las disposiciones legales vigentes el primero de febrero de 1990, disposiciones que no son otras que las contenidas en el C. de P. C., de acuerdo con la formulación que se contiene en los Decretos 1400 y 2909 de 1991.

De la forma indicada, el alcance del artículo mencionado no va más allá de inhibir, respecto de los procesos que se presenten con posterioridad al primero de febrero de 1990, e incluso con posterioridad al primero de junio del mismo año, la aplicación de las normas que **sobre competencias** contenga el D. 2282 de 1990.

Así las cosas, no obstante la entrada en vigor de la reforma al C. de P. C., para los asuntos deferidos al conocimiento de la jurisdicción de familia, el problema de la competencia se seguirá regulando de conformidad con las disposiciones vigentes el primero de febrero de 1990, pero, repito, el alcance de las disposiciones se circunscribió a la regulación del problema de la competencia, sin que otros factores debieran igualmente regularse por la normatividad vigente en la fecha antes aludida.

Realmente, no parece congruente que una disposición que resulta en cierta forma accesoria y complementaria, dentro de la reforma judicial efectuada a finales de 1989, como lo es el D. 2272, resulte determinando o impidiendo la entrada en vigor de la que constituye la columna vertebral de la reforma, el D. 2282, por medio del cual se determinaron

las modificaciones al C. de P. C.

Ciertamente, el listado de procesos que el Art. 5º del D. 2272 de 1989 defiere al conocimiento de la jurisdicción de familia es extenso, y el trámite de dichos asuntos copa buena parte de la actividad de los despachos judiciales de la jurisdicción civil. De la forma indicada, dando curso a la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, para un buen número de litigios, los jueces civiles y las salas civiles de los Tribunales tuvieron que aplicar dos órdenes normativos: Para los procesos de familia, el C. de P. C. derogado; y para el resto de los procesos, las reformas que en el D. 2282 de 1989 se incluyeron.

No se veía razón, por ejemplo, para que las benéficas disposiciones acogidas por el D. 2282 en materia de notificación, por ejemplo, no pudieran ser de recibo respecto de los procesos de familia. De igual forma, tampoco se veía razón alguna para que los preceptos que introdujeron mecanismos de agilización en materia de recursos no pudieran ser aplicados en los procesos de familia. Realmente, la interpretación realizada por la Corte produjo efectos contrarios a lo que la reforma judicial se proponía realizar.

Para finalizar, es del caso destacar cómo tres de los Decretos acogidos en una misma reforma judicial, incorporan diferentes disposiciones en lo que hace al tránsito de legislación.

El D. 2282, que es la norma reformadora del C. de P. C., guardó silencio en lo relativo al tránsito de legislación, razón por la cual, según se ha expresado anteriormente, estimamos que debe recurrirse al Art. 40 de la Ley 153 de 1887.

El D. 2309, que regula lo relativo a la

jurisdicción agraria, reprodujo en su Art. 140, el Art. 699 del C. de P. C., razón por la cual el régimen aplicable es bien diferente al del D. 2282.

Finalmente, el D. 2272, que regula lo relativo a la creación de la jurisdicción de familia, en su Art. 17 establece una norma especial en la cual, al menos el problema de la competencia, se regula de conformidad con una disposición especial que ató su solución a la legislación vigente el primero de febrero de 1990, no obstante que los procesos pudieran presentarse con posterioridad a la derogatoria de la citada legislación.

Ciertamente, se esperaba que en una reforma judicial que se presentó como integral se hubiera unificado el tratamiento de un asunto tan delicado como es el relativo a la regulación del tránsito de legislación.

El tratamiento dispar que se advierte entre los Decretos 2282 y 2309 de 1989, vino a ser agravado por la interpretación que nuestro máximo Tribunal de Justicia dio al Art. 17 del D. 2272 de 1989, como resultado de lo cual se predicó la existencia de un tercer régimen en la regulación del tránsito de legislaciones, determinando una concurrencia de sistemas que ciertamente no facilitó la gestión procesal.