

EL SECUESTRO ANTE LA LEY SUSTANTIVA Y ADJETIVA

Dr. Guillermo Peña Alzate.

“...Renuncio en favor del acreedor el derecho a nombrar depositario de bienes en caso de embargo judicial...”

I - La opinión ajena:

A. J. PARDO (p. 375) - “Por regla general, en el juicio ejecutivo y en la acción hipotecaria ó prendaria, toca al demandado nombrar el secuestre, a menos que haya renunciado a eset derecho, como sucede en los préstamos hechos por entidades bancarias o por el Banco Agrícola Hipotecario, o en los Instrumentos Negociables, casos en los cuales corresponde al acreedor la designación del depositario...”

HERNANDO MORALES (p. 167) - “El secuestre lo nombran las partes, generalmente la demandada, y cuando no lo hacen, lo nombra el juez, quien también designa al interino mientras hace el nombramiento a quien corresponde. Se advierte que dicha designación puede hacerse incluso en la diligencia, sea por el presunto demandante si aquel ha renunciado a favor de éste tal derecho”.

JOSE MARIA RESTREPO BARRIENTOS (p. 422) - “La ley 45/23 confiere a los Bancos el derecho de nombrar depositario de bienes... Se dice que en este caso el banco tiene ese dercho por tratarse de una concesión. Empero, piensa el suscrito, que aun cuando esa afirmación es exacta, no por ello pueed sostenerse que la disposición transcrita

(se refiere al art. 123 de la Ley 45/23) no de lugar a sustentar la tesis contraria, o sea la que en este auto se sostiene. . . Con efecto; si por virtud de esa concesión los bancos tiene el derecho de hacer el nombramiento de depositario, por virtud de un contrato celebrado entre las partes, que es ley al decir del art. 1.602 del C. Civil, puede el deudor renunciar el derecho de hacer ese nombramiento en favor del acreedor, siempre que no se atente contra el orden y las buenas costumbres (art. 16 del mismo Código) . . . Si hay, pues, una ley que concede a los bancos el derecho de nombrar depositario de bienes. . . hay otra ley que también debe respetarse como aquélla, que le da al acreedor, en los casos comunes, el derecho de hacer ese nombramiento. Esta ley tiene un origen en la convención que legalmente, celebran las partes, la que, como se dijo, mientras no atente contra el orden y las buenas costumbres, no puede ser arriada con pretextos demasiado sutiles (Auto Trib. Sup. Medellín, de 30 de mayo de 1932, firmado por el que esto escribe) . . .”

JULIO GONZALEZ VELASQUEZ (p. 134) - “Salvo los casos de renuncia, porque se trata de un derecho renunciable (art. 15 C. C.) . . al demandado real o presunto, asiste el derecho de designar la persona que ha de actuar en calidad de secuestro. . . sobre ello es justo anotar que la designación del secuestro por la parte interesada presenta notorios inconvenientes que bien conocen los Jueces y quienes ejercen la abogacía, y que debe ser atribuida a los Jueces, pues están en mejores condicoines para designar sujetos competentes e imparciales. . .”

II - Mi punto de vista:

No es fácil determinar y reducir a situaciones concretas el alcance de la facultad conferida por el art. 15 del C. C. sobre la renunciabilidad de los llamados derechos con un contenido de utilidad puramente individual. Desde los Romanos subsiste la eterna polémica en cuanto a los contornos delimitativos del interés público y el privado.

Pero como en la indagación acerca de la licitud o ineficacia de tal cláusula es indispensable tomar partido en una dirección definida, estimo que ella debe descomponerse para su examen desde distintos ángulos a la luz de un criterio apriorístico sobre la noción que el intérpete se hubiere formado respecto del “**jus publicum y singulorum**”, así:

1º - Averiguar la consistencia jurídica del **secuestro**;

2º - Distinguir si es un acto: a) Totalmente adscrito a la órbita del derecho privado.

b) Sometido exclusivamente al funcionalismo procesal.

c) Regulado en forma mixta por unas y otras normas.

3º - Precisar, según el resultado de la investigación anterior, si es válida la renuncia en las distintas clasificaciones.

4º Inquirir, si, optando por la validez de la renuncia, es también lícita la transferencia que de esa facultad hace el deudor al acreedor.

o o o

1º - Leyendo lo sarts. 2273, 2274 y 2276 de nuestro Código Civil se toman las siguientes inferencias rigurosas:

a) — Que el **secuestro** es una manera especial de presentarse el llamado “Depósito”;

b) — Que según su origen puede tener una estructura contractual o tomar un carácter de acto procesal con autoría Estatal (Judicial);

c) — Y que por voluntad del mismo legislador, las normas de procedimiento lo rigen anteponiéndose ellas a las reglas generales del “Depósito” consignadas en el expresado estatuto Civil.

Mas, por lo que diremos enseguida, en torno a la sustancia jurídica del **secuestro**, siempre es conveniente atender esta dicotomía preceptiva:

EL SECUESTRO CONTRATO - Como tal está gobernado por el consenso de los estipulantes. Ellos tienen a su disposición los instrumentos o dispositivos legales para dar cauce a los pactos que quieran acordar mientras no quebranten ordenamientos superiores de Derecho, el orden público y buenas costumbres. Rige en toda su extensión el principio de libertad contractual; la autonomía de la voluntad es suficiente para justificar el objeto jurídico convenido; antes que las reglas positivas de los códigos, cuando no son imperativos, está la tradicionalmente denominada “ley del contrato”.

EL SECUESTRO ACTO PROCESAL - Otros principios campean dentro de la llamada “Legislación adjetiva”. En esta es punto cardinal el de que sus moldes son invariables y por ende no sujetos a la inventiva particular. Son un conjunto de reglas dictadas para organizar el desarrollo de la actividad jurisdiccional y muy primordialmente para tutelar los derechos de las personas, para guiar los movimientos de ataque y de defensa - si se permite esta expresión - con la mira fundamental de encontrar la verdad jurídica al final de la controversia o simplemente el informativo realizado voluntaria u oficiosamente si no hubo disputa.

Las normas del proceso son dadas previamente para que, funcionarios y partes, actúen conforme a ellas. Sólo la voluntad soberana, manifestada en la forma prevista por la Constitución Nacional, puede recificarlas.

"... el derecho procesal, por el mismo hecho de referirse a una de las funciones esenciales del Estado, es un derecho público, con todas las consecuencias que esto acarrea, es decir: sus normas son de orden público; no pueden derogarse por un acuerdo entre las partes interesadas, son de imperativo cumplimiento, prevalecen en cada país sobre las leyes extranjeras. En realidad desde que una norma se relacione con el interés general, o interese a la organización social, es de derecho público..." - Hernando Devis Echandía: Tratado de Derecho Procesal Civil" T. I, pág. 61.

Esa la trama vertebral del procedimiento. Sin embargo dentro de éste caben ciertas y limitadas libertades que la ley defiere a quienes intervienen en la actuación para la realizabilidad de sus fines. Algunas veces al juez, otras a los particulares. Mas como se trata de casos excepcionales han de tomarse siempre con dicho carácter sin que sea lícito adaptarlos en forma analógica o extensiva a otras eventualidades procesales.

Para ejemplo del arbitrio particular en la situación de los negocios que deben cursar ante la rama jurisdiccional, se citan en nuestro derecho patrio:

Elección de domicilio (Art. 152 N° 3 C. J.).

Suspensión del juicio (Art. 360 C. J.)

Desistimiento (461 C. J.)

Proced. verbal (Tit. XLVI, L. 2°)

Arbitramento (Tit. XVII L. 2°)

Ley 2ª/38) etc., etc.

Advertencia necesaria es también la de que en estas situaciones dejadas por el Legislador a disposición de las partes, no existe un completo abandono preceptivo, pues éstas, aunque dotadas de relativa autonomía, no pueden desdeñar en forma absoluta los lineamientos que la ley señala para el ejercicio de esa libertad procesal.

Todo ello tiene su basamento en el postulado de que las leyes procesales, así sean formales, materiales u orgánicas - según clasificación doctrinaria - son de orden público.

Si ello es así - como en realidad lo es - surge un concepto forzoso: El **secuestro acto procesal** está sometido a disposiciones rituales, imperativas e intangibles.

2° - Fluye de lo anteriormente dicho que no se puede predicar de antemano, sin estudiar su aspecto genético, cual es la disciplina jurídica del acto denominado "SECUESTRO".

Porque: a) Como **contrato** pertenece a la órbita del derecho privado y en esta situación queda circunscrito, dentro del orden jerárquico preestablecido, primero a la ley material gestada por los contratantes y segundo a las disposiciones supletorias del código respectivo.

b) Como **acto procesal** se somete exclusivamente a los ordenamientos consignados en los estatutos y leyes procedimentales cuyo desconocimiento, modificación o complemento está vedado a los particulares por fuerza de lo que ellas mismas autorizan.

c) Podría pensarse a la vista de lo escrito en el art. 2274 del C. C.: "Las reglas del secuestro son las mismas que las del depósito propiamente dicho, salvo las disposiciones que se expresan en los siguientes artículos y en las leyes de procedimiento", que es dable una confluencia en los órdenes legislativos privado y procesal para la regulación del secuestro.

Pero esta mixtificación no es aceptable por lo ya analizado de la distinta consustancialidad de las normas. Las de procedimiento no toleran ser relegadas o suplantadas por las otras y en caso de incompatibilidad se prefieren por su especialidad.

Claro que, en atención a la llamada "plenitud hermética del derecho", por cuanto cada compartimento legal no puede bastarse así mismo, lo relativo a aspectos no gobernados por reglas procesales (relaciones sustantivas entre partes, responsabilidad...) debe acatarse en conformidad con las disposiciones que le sean pertinentes.

Si la lógica es un instrumento de hermenéutica, necesariamente se llegará a esta interpretación del precitado texto: "Cuando habla de "...las leyes de procedimiento..." como categoría que se antepone a las "...reglas de depósito..." dispuso especialmente para el llamado secuestro judicial y no para indicar que ellas fueran subsidiarias a las específicamente consagradas en el C. C.

3° - No son indispensables muchos esfuerzos de razón para comprender en mérito de lo anotado que, en lo concerniente a la **renuncia**, apreciada ésta como la decisión de una voluntad en el sentido de despojarse de derecho que le corresponde o rehusar el ejercicio de una facultad que le pertenece, ella es a su turno un atributo potestativo de los individuos cuando actúan en el campo de las relaciones estrictamente privadas.

Tiene aquí plena operancia el art. 15 del C. C.

Y sensu contrario, que no acontece lo mismo en el ambiente jurídico procesal donde, como ya está visto, aparte de las excepciones expresamente consagradas, los actos conformativos del proceso tienen sus modelos predeterminados en la ley sin que sea lícito rebasarlos, ampliarlos o sustituirlos por el sólo capricho de voluntades distintas a las que representan el poder soberano.

4º - Confrontando los argumentos hasta aquí expuestos con lo relativo a la designación de la persona que haya de figurar como depositario en el "secuestro", es forzoso revertir a las nociones detalladas atrás:

CONTRATO - Incumbe a las partes su nombramiento. Bajo este aspecto se aprecia un acto trilateral o multilateral: los depositantes y el tercer depositario.

En este punto se precisa una digresión. Es el secuestro un contrato real? El depósito lo es (2237 C.C.) y aquél no es más que una modalidad de éste (2273-2274 idem). No se ve bien claro si el art. 2276 del mismo Código, dispuso que fuera simplemente consensual: "...el convencional se constituye por el solo consentimiento de las personas..."

Porque apreciada literal y aisladamente esta norma se rompería el sistema del Código que persiste en los contratos reales ya repudiados por la doctrina. A más de que se presentaría una grave contradicción con el texto que encierra su definición: "...es el depósito de una cosa... en manos de otro...". Se hace énfasis sobre el elemento real de la entrega.

Recurriendo nuevamente a la lógica - suprema explicación de todas las cosas - no queda otro remedio que pensar: Siendo multilateral la figura jurídica esbozada se presentan dos actos conexos. Uno es el cruce de voluntades entre los depositantes que acuerdan las reglas del depósito; otro el consentimiento prestado por el depositario que deviene tal cuando reciba el objeto en controversia. No de otra manera tendría explicación la frase "...se constituye por el solo consentimiento de las personas que se disputan el objeto litigioso...", por la muy obvia razón de que el convenio entre aquellos es híbrido para obligar al tercero.

[Nota - si el secuestro fuera un contrato real por todos sus aspectos no valdría la estudiada **renuncia** ya que el acto de la entrega es el elemento sustancial).

Así las cosas queda al arbitrio de los contendientes obrar de consuno en la elección del secuestro y aún nombrar varios para este cargo, o convenir que lo sea una de las mismas partes o pactar una de ellas en favor de la otra el derecho a designarlo. Ninguna posibilidad se opone a los dictados de la libre contratación.

ACTO PROCESAL - "El Juez nombra al secuestro con calidad de interino, hasta que el demandado presente uno designado por él" (art. 285 C. J.).

Ya en el festinamiento de los juicios las situaciones son específicamente distintas. La ley ritual contempla la forma de verificar esa designación atribuyéndola categóricamente.

Los arts. citados arriba se aplican con mayor ocurrencia por tratarse de acciones accesorias, pero hay otros.

El secuestro en este campo es persona que colabora con los administradores de la justicia.

Cabría, desde luego, esta pregunta: Si el **secuestro** según su origen se divide en convencional y judicial, podrá decirse que, con ocasión de un litigio sobre la cosa las partes puedan preferir la primera forma en lugar de la segunda?

A este campo se quería llegar.

Adviértase - para que no se tome a repetición la cosa - que aquí no se trata de saber quién nombra el secuestro en una u otra modalidad de él sino precisar si la libre voluntad particular es suficiente a elegir cualquiera de los dos sistemas.

Más claro. Atrás se dijo que en el secuestro contrato los concertantes dominan completamente la situación y no así en el secuestro procesal. Ahora la cuestión se reduce a pensar si ellos mismos pueden determinarse por una u otra forma.

Es bajo este aspecto donde surge la confusión. Todo se debe a la ampliación del concepto que inicialmente fue un vocablo meramente procesal y adscindió luego recepción convencional. Es lo que informa Fernando Vélez, citando a Vera (pág. 303. T. VII).

"Los códigos modernos llaman secuestro al que libremente y sin mandamiento judicial constituyen las partes litigantes sobre las cosas que son materia de una contienda judicial. El Código Español no acepta esta teoría y sólo llama secuestro al que se decreta por autoridad judicial... El verdadero secuestro para que exista se debe constituir por mandato judicial, ya sea de oficio o a petición de parte interesada y debe recaer **sobre cosas que son materia de un juicio** y queda en todo sometido a la acción de los tribunales. Las leyes de procedimiento son las que deben dar las reglas especiales sobre su custodia y en caso de discordia entre los litigantes, tócale al Juez resolver los puntos en desacuerdo".

Creo que con esta referencia histórica mi investigación y la idea que trato de transmitir va adquiriendo mayor nitidez. Hasta el punto de que pueda resumirse:

- 1—Originalmente el secuestro era materia exclusiva de leyes judiciales.
- 2—Con el tiempo llegó a ser contrato asimilable al depósito.
- 3—Por eso está disciplinado en códigos sustantivos y adjetivos.
- 4—Cada estatuto los contempla por su aspecto pertinente.
- 5—No es posible emplear la autonomía de la voluntad en el secuestro procesal.
- 6—Pero sí es posible - al menos así lo quiso nuestro código civil - preordenar el **contractual al judicial**.
- 7—El primero es consensual entre depositantes y real en lo que concierne a la relación de éstos con el depositario.
- 8—El segundo implica desapoderamiento por orden del juez.
- 9—El convenio se puede formar antes o después de trabado el juicio.

Delante de tales conclusiones se pensará que hay recogida de velas o contradicción con los pensamientos antes expuestos.

No. Un ejemplo de mucha ocurrencia ilustrará mejor sobre mi criterio.

En los documentos preconstituídos por los particulares como recaudos ejecutivos es cláusula de estilo la transcrita como epígrafe de estos comentarios. Contiene ella un verdadero caso de secuestro convencional?

A mi modo de ver la respuesta tiene que ser negativa. Los contratos sustancialmente constituyen un cruce de voluntades conformes con una determinada materia jurídica. Recaban la necesidad de que los convenientes acuerden sobre datos perfilantes del acto contractual.

Si el "**secuestro** es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos en manos de otro...", no se vislumbra que en la transcrita cláusula se contenga el mínimum de elementos que esta figura exige.

Dónde la determinación de la cosa,

Cuál la controversia o disputa,

Es que a buen ojo, se advierte como el Código solamente previó y permitió el **secuestro convencional** en casos de conflicto por la propiedad, posesión o tenencia de una cosa, por eso obliga al depositario "... a restituírla al que obtenga una decisión en su favor...". Mas no en situaciones referidas al apoderamiento legalmente coactivo de bienes del deu-

dor para compelerlo al pago. De ello se ocupa el Código Judicial. Por eso se le denomina secuestro judicial.

Y en ésta modalidad del depósito la voluntad particular es puramente receptiva, no creadora de moldes normativos.

Que la teoría del procedimiento acuse un carácter mixto (A. J. Pardo, pág. 193) contemplando reglas imperativas y facultativas, estas últimas sometidas al arbitrio particular y por ende renunciables. Distingo. La espina dorsal, el nervio motor de la fisiología procesal, es el derecho público creador de todas las formas e instrumentos rituales deferidos a la disponibilidad de los individuos (principio dispositivo) pero no mudables por éstos salvedad hecha de las cuestiones excepcionales en que el mismo así lo ha dispuesto (desistimiento, saneamiento de nulidades, sumisión tácita, suspensiones, etc.).

CONCLUSION - Apartándome de los criterios tradicionales con los cuales se ha examinado el problema he pretendido demostrar cómo no es posible dilucidarlo con la concepción simplista de la licitud o invalidez de la "**RENUNCIA**" ya que ésta es, en términos generales, incompatible con los dictados supraindividuales del proceso, en el cumplimiento de sus formas está interesado el orden público. Y de qué manera, atendida la consustanciación de la figura jurídica denominada "**secuestro**", es indispensable el análisis mediante la reflexión de su esfera propia en el campo del derecho positivo.

- Pardo, Antonio J.: Tratado de Derecho procesal civil, vol. 2. pág. 375, 1950.
- Morales M., Hernando: Curso de derecho procesal civil. vol. 2. p. 167, 3ª ed., 1960.
- Restrepo Barrientos, Jesús María: Comentarios al código judicial. pág. 268. 1941.
- González Velásquez, Julio: Institución procesal civil colombiana. p: 134, 1946.