Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

Acción Pública de Inconstitucionalidad

1 mensaje

José Guillermo Espinosa Hios <J.G.HIOS@hotmail.com> 7 de noviembre de 2020, 7:58
Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

Cordial saludo.

Atendiendo las directrices establecidas en el Decreto Legislativo 806 de 2020, comedidamente me permito remitir por este medio, demanda en **Acción Pública de Inconstitucionalidad** en los términos descritos en el Decreto 2067 de 1991.

Atentamente,

José Guillermo Espinosa Hios
CC. 1.117.539.717

2 adjuntos

Acción pública de inconstitucionalidad-..pdf
471K

Cédula .pdf
136K

Florencia, noviembre de 2020

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
Sala Plena
Bogotá D.C.

Ref.

ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD. DEMANDA PRESENTADA CONTRA EL ARTÍCULO 406 (PARCIAL) Y ARTÍCULO 409 (PARCIAL) DE LA LEY 1564 DE 2012. "*POR MEDIO DE LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES*".

Cordial saludo señores Magistrados.

JOSÉ GUILLERMO ESPINOSA HIOS, ciudadano en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía 1.117.539.717 expedida en Florencia, Caquetá, respetuosamente en ejercicio de mis derechos y deberes como ciudadano colombiano, enunciados en el numeral sexto del artículo 40 y numeral séptimo del artículo 95 de la Constitución Política de 1991; respectivamente, promuevo demanda en **ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD** para que previo cumplimiento de los requisitos y trámites procesales establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, se profiera SENTENCIA MODULADORA – EXEQUIBILDAD CONDICIONADA sobre el aparte normativo demandado del artículo 406 de la ley 1564 de 2012, y se declare igualmente la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la expresión: *"(…) Si el demandado no alega pacto de indivisión en la contestación de la demanda, el juez decretará, por medio de auto, la división o la venta solicitada (…)",* contenida en el artículo 409 ibídem. *"Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones"*. Lo anterior conforme a lo siguiente:

I.- DE LA NORMA DEMANDADA

La demanda se dirige contra el artículo 406 (parcial) y artículo 409 (parcial) de la ley 1564 de 2012. Por tal motivo se transcribe a continuación el texto normativo completo de las disposiciones demandadas, subrayando y/o resaltando los apartes que se

consideran inconstitucionales parcialmente. Lo anterior de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

LEY 1564 DE 2012

(julio 12)

Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

"(…)

ARTÍCULO 406. PARTES. Todo comunero puede pedir la división material de la cosa común o su venta para que se distribuya el producto.

La demanda deberá dirigirse contra los demás comuneros y a ella se acompañará la prueba de que demandante y demandado son condueños. Si se trata de bienes sujetos a registro se presentará también certificado del respectivo registrador sobre la situación jurídica del bien y su tradición, que comprenda un período de diez (10) años si fuere posible.

En todo caso el demandante deberá acompañar un dictamen pericial que determine el valor del bien, el tipo de división que fuere procedente, la partición, si fuere el caso, y el valor de las mejoras si las reclama.

ARTÍCULO 409. TRASLADO Y EXCEPCIONES. En el auto admisorio de la demanda se ordenará correr traslado al demandado por diez (10) días, y si se trata de bienes sujetos a registro se ordenará su inscripción. Si el demandado no está de acuerdo con el dictamen, podrá aportar otro o solicitar la convocatoria del perito a audiencia para interrogarlo. Si el demandado no alega pacto de indivisión en la contestación de la demanda, el juez decretará, por medio de auto, la división o la venta solicitada, según corresponda; en caso contrario, convocará a audiencia y en ella decidirá.

Los motivos que configuren excepciones previas se deberán alegar por medio del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda.

El auto que decrete o deniegue la división o la venta es apelable.

(…)".

II.- NORMAS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES INFRINGIDAS

A continuacion, se hace una transcripción literal de las normas que se consideran quebrantadas, resaltándose los apartes normativos que se consideran transgredidos, para

posteriormente, en acápite siguiente y de manera individualizada, esbozar los cargos de inconstitucionalidad. De acuerdo a lo anterior, se consideran violados los artículos 2, 13, 29, 93, 228 y 229 de la Constitución Política de Colombia, y artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Como se describen de manera siguiente:

Normas Constitucionales

ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y *garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

ARTICULO 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos*, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

ARTICULO 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

ARTICULO 93. *Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno*.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley *y en ellas prevalecerá el derecho sustancial*. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

ARTICULO 229. *Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado*.

Normas convencionales

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con*

anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, *o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil,* laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(…)".

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

III.- MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Por razones de orden metodológico en el presente acápite se desarrollará de manera separada e individualizada los cargos por las cuales se considera que las disposiciones normativas acusadas son inconstitucionales parcialmente. Para lo anterior el presente epígrafe se dividirá de la siguiente forma: (*i)* de la inconstitucionalidad alegada del aparte normativo incluido en el artículo 406 del Código General del Proceso, y (*ii)* la conveniencia de la declaratoria de exequibilidad condicionada del aparte normativo contenido en el artículo 409 del Código General del Proceso.

i) De la inconstitucionalidad alegada del aparte normativo incluido en el artículo 406 del Código General del Proceso.

Cargo único integrado. Inicialmente es menester indicar que el artículo 406 del Código General del Proceso establece en su inciso tercero una carga o deber procesal que recae únicamente sobre la parte demandante y que resulta a la luz de los artículos 13, 228 y 229 de la Constitución Política de Colombia inconstitucionales. Para el debido entendimiento del cargo es necesario indicar que

resulta desproporcionado, irrazonable e inequitativo, que se imponga sobre la parte activa dentro de un trámite judicial de naturaleza divisoria, el deber de aportar de manera conjunta con la demanda, un dictamen pericial en donde se establezca: (i) el valor del bien a fraccionar, (ii) el tipo de división que fuera procedente, (iii) la partición, si fuere el caso, y (iv) el valor de las mejoras si se reclama el pago por dicho concepto.

Lo anterior por cuanto el legislador al redactar el precepto legal demandado, desbordo el amplio margen de libertad legislativa que otorga el numeral segundo del artículo 150 constitucional, al establecer una carga procesal que recae únicamente sobre los hombros de la parte demandante, y que resulta siendo irrazonable y desproporcionada, ya que a su vez estaría fijando una sanción implícita por su no cumplimiento, la cual consiste en la inadmisión y/o posterior rechazo de la demanda.

Es así que la norma que se deriva del artículo 406 del CGP, no resulta acorde con los artículos 13, 228 y 229 de la Carta Política, pues impone un tipo de tarifa legal en materia probatoria de los trámites encaminados a la división material o ad valorem de la cosa común, que resulta siendo contraria a la Constitución Política, pues obstaculiza y/o impide en desmedro de los principios de primacía del derecho sustancial sobre lo formal, y de libre acceso a la administración de justicia, la posibilidad de que una persona pueda poner en conocimiento de la judicatura ordinaria y reciba por parte de ella, una solución definitiva a una controversia que afecta un interés particular que debe ser protegido por el Estado. Asimismo, la proposición normativa resulta contraria al principio de igualdad de trato que pregona la cláusula 13 del Texto Superior, lo anterior en razón a que la referida carga implica para el demandante la imposibilidad de recibir por parte del juez ordinario, la protección efectiva de sus derechos, imponiendo una sanción implícita por su no cumplimiento, contrario sensu, frente a la parte demandada, el legislador no estableció el mismo imperativo legal, ni una consecuencia tan gravosa, en tanto frente a este, el artículo 409 ibídem, solo establece que si el demandado, a bien lo tiene, podrá aportar otro o solicitar la convocatoria del perito a la audiencia, para su debido interrogatorio.

Con base en lo anterior, es dable afirmar que la proposición demandada está imponiendo sobre el comunero el deber acompañar junto al escrito introductorio, un dictamen pericial, en donde se especifique hechos de prueba que podrían ser

corroborados por otros medios de convicción. Para lo anterior téngase en cuenta que el precepto legal acusado señala que en el dictamen pericial se debe determinar el valor del bien, desconociendo que la referida probanza puede ser acreditada por el demandante mediante otro medio de prueba, verbigracia, mediante una certificación que al respecto expida la Oficina de Catastro de la municipalidad en donde se encuentre el inmueble objeto del proceso. Así mismo, en lo relativo al deber de especificar el valor de las mejoras, si se reclama su pago, la norma resulta siendo un despropósito, pues desconoce que dicho aspecto procesal puede ser acreditado mediante el juramento estimatorio del que trata el artículo 206 del Código General del Proceso.

Bajo este entendido, el legislador impone en perjuicio del derecho de libre acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva, interpretado con base en las normas que integran el bloque de constitucionalidad, esto es, el artículo 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, la obligación de aportar un dictamen pericial, que tal y como fue redactada la norma, es un deber de imperativo cumplimiento por parte del demandante dentro un proceso de naturaleza divisoria, sin embargo, de una lectura del artículo 409 del CGP, referente al traslado de la demanda y excepciones que puede formular el demandado, se evidencia que, sobre la parte pasiva no recae la misma obligación, pues para esta, en cambio, es potestativo allegar el dictamen pericial, o en su defecto, solamente limitarse a solicitar la citación del perito a la audiencia para su contradicción.

Es por lo anterior, que el precepto legal resulta igualmente contraria al artículo 13 constitucional, por cuanto resulta desproporcionado e inequitativo, que el demandante si tenga que aportar un dictamen pericial con todas las exigencias que solicita el aparte legal acusado, esto es: (i) la determinación del valor del bien, (ii) el tipo de división que sea procedente, (iii) la partición, si fuere el caso, y (iv) el valor de las mejoras si se reclaman dicho concepto, es decir, que en caso de que el dictamen no cumpla con todos estas exigencias, la demanda será inadmitida por carecer de los requisitos especiales que señala el artículo 406 del CGP, sanción implícita que conlleva el incumplimiento de las exigencias establecidas por el legislador.

Por lo anterior es que se afirma que la regulación probatoria establecida por el Congreso de la República para los juicios de división, es contraria a la Carta Política, pues no desarrolla

fidedignamente los postulados y valores del Texto Superior, por cuanto no permite asegurar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228) e incorporar la equidad y los principios generales del derecho a las decisiones judiciales (artículo 230). Es así, que si el Código General del Proceso adopta el principio de la libertad probatoria, como uno de los axiomas que rigen la ritualidad de los juicios civiles, no resulta adecuado desde la órbita constitucional, los requisitos y/o parámetros exigidos en el inciso tercero del artículo 406 ídem, para el dictamen pericial, que se exige en la norma, como deber de aportación y acompañamiento en la demanda, por ello es que se afirma que el inciso tercero resulta inconstitucional, por cuanto condiciona el ejercicio de derecho de acción a la aportación de un dictamen pericial que si bien busca la consecución de un fin constitucionalmente legítimo – la celeridad, eficacia y economía procesal en los trámites judiciales –, el medio elegido por el legislador no resulta adecuado por cuanto existen otras alternativas legalmente posibles que resultan menos lesivas frente a los derechos de los ciudadanos que desean demandar la protección de sus derechos dentro de este tipo de causas divisorias.

Para lo anterior téngase en cuenta que si bien el legislador ordinario goza de un amplio margen o espectro de maniobra para establecer el ejercicio de solicitud, práctica y valoración de las pruebas – *onus probandi* –, dicha potestad no es absoluta, en tanto se encuentra limitada por la efectiva consecución de los fines que legalmente persigue el proceso y, en particular, el derecho probatorio como normas instrumentales encaminadas a asegurar que en las decisiones judiciales impere el derecho sustancial, la verdad real y la justicia material. De este modo, no se podría argüir que, con la aportación de un dictamen pericial, con las exigencias requeridas por el legislador, se logre una tutela judicial efectiva en los términos referidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – o simplemente CADH –, por cuanto por la redacción indiscriminada e imprecisa del aparte legal acusado, termina por imponer una carga y, por tanto, una sanción implícita por no satisfacerla. Es así que, en este escenario hipotético, es decir, relativo a una posible interpretación que se pueda derivar del inciso tercero del artículo 406 del CGP, puede dar lugar a que se apliquen consecuencias gravosas cuando: (i) el dictamen pericial no cumple con todos los requisitos o exigencias determinadas por el legislador, o (ii) cuando este concepto técnico simplemente no se

aporta, en razón a que el demandante no cuenta con los recursos económicos para solventar los gastos que implica la elaboración de un dictamen pericial en los términos y en la magnitud solicitada por el legislador, lo que en ultimas termina siendo un obstáculo para la efectividad del derecho de libre acceso a la administración de justicia, por tales motivos, se está desconociendo el inciso segundo del artículo 93 pues el derecho de tutela judicial efectiva no se estaría interpretando de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, particularmente, en armonía a lo normado en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, siendo el legislador el primer sujeto obligado a respetar dicha regla interpretativa.

Es en los anteriores términos, que el aparte normativo demandado se encuentra desconociendo uno de los fines esenciales del estado consagrado en el artículo 2 constitucional, pues no se está garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política. Lo anterior en razón a que de acuerdo con el artículo 8 de la Convención Americana, que hace parte del bloque de constitucionalidad y, por tal motivo, sirve como parámetro para medir la constitucionalidad de una norma de rango legal, el recurso que contempla el artículo 406 y siguientes del CGP, no puede ser calificado de sencillo o efectivo, por cuanto se encuentra atado a la aportación de un dictamen pericial con exigencias que podrían ser corroboradas mediante otros medios de prueba que impliquen un menor costo económico para los ciudadanos que quieran acudir a la jurisdicción civil, y no cuentan con los recursos económicos para solventar los gastos que conlleva el inicio de todo trámite judicial y, particularmente, cuando lo que se demanda es la división de la cosa común.

Así mismo, es menester indicar que la proposición normativa debería ser declarada exequible condicionalmente, como se formula inicialmente en la demanda, lo anterior bajo el siguiente entendido, "**que en ningún caso, el juez ordinario podrá inadmitir la demanda en caso de que no se aporte el dictamen pericial en los términos requeridos por el inciso tercero del artículo 406 del CGP, y en el evento, en donde en el escrito de la demanda, el demandante solicite la concepción del amparo de pobreza del que trata el artículo 151 y siguientes de la misma obra procesal civil"**.

Frente a lo anterior, téngase en cuenta que el amparo de pobreza es una institución jurídica que busca garantizar el acceso a la justicia, de aquella población, que, por su situación económica, no puede hacerse cargo de los gastos y costas procesales que implica el inicio, sustanciación y terminación de un proceso judicial.

De este modo, la misma Corte Constitucional ha reconocido la importancia del tal mecanismo de amparo, particularmente, en la sentencia C-668 de 2016, la Corte acudiendo a la doctrina jurisprudencial sentado por su par jurisdiccional de la justicia ordinaria, especifico, en lo relativo a la naturaleza jurídica de tal institución, que la misma, se encuentra cimentada sobre dos fundamentos jurídicos, estos son, la gratuidad de la justicia y la desigualdad de las partes ante la ley[1]. Concluyendo finalmente, que el "*amparo de pobreza es una clásica institución procesal civil, cuyos fines constitucionales apuntan a garantizar el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia en condiciones materiales de igualdad*" (C-668, 2016, p. 12).

En síntesis, en el sub examine se discute que el aparte legal acusado por su configuración imperativa, no es adecuado para la consecución de la finalidad que pretende materializar, esto es, la celeridad y eficacia del proceso, pues de una lectura atenta de la disposición se podría extraer un escenario interpretativo que sería contrario a la Carta Política, pues en caso de que el demandante no logre aportar el dictamen en los términos solicitados por la norma en comento, es decir, con todas las exigencias allí establecidas, es posible y muy eventual que la demanda sea desechada desde un inicio, es decir, inadmitida y posteriormente rechazada por no subsanarse en debida forma.

Así mismo, se alega que la referida mutación del trámite probatorio en los procesos divisorios, que implico la adopción del nuevo Código General del Proceso, frente al anterior Estatuto Procesal Civil, lleva la consecución de sanciones gravosas en los derechos de los ciudadanos, pues implica, una restricción desmedida en la posibilidad de acudir a la administración de justicia, y obtener por parte de ella, una tutela judicial efectiva, en los términos referidos en las normas convencionales que fueron anteriormente reseñadas.

En vista de los anteriores razonamientos, la norma al menos, de lo que se extrae de una hermenéutica del inciso tercero del

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto del 14 de diciembre de 1983.

artículo 406 del CGP, es inconstitucional, pues en vez de garantizar el derecho de libre acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva, lo termina retardando y obstaculizando en demasía, perjudicando con ello, intereses legítimos de los particulares, que quedan por igual motivo, desprotegidos por el Estado al no recibir un trato igualitario frente a otros tipos de trámites judiciales que no se encuentran atados para su inicio y culminación, al deber de aportar un dictamen pericial con el que se pruebe hechos materia de proceso que pueden ser corroborados por otros medios de convicción conforme al principio de libertad probatoria.

De esta forma, con el inciso tercero de la disposición demandada, se termina desconociendo el derecho al debido proceso, conforme a las prescripciones establecidas en el artículo 29 del Texto Superior, por cuanto como lo ha reconocido la misma Corte Constitucional, *"el debido proceso se relaciona a su vez con el artículo 229 de la Carta, que establece el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia; derecho que implica para los asociados que poseen alguna confrontación o debate jurídico, la posibilidad de llevar su causa ante un juez de la República con el fin de que su controversia se resuelva de manera definitiva"* (Corte Constitucional, C-662, 2004, p. 28).

Como colorario de todo lo anterior, es necesario manifestar que en la presente demanda se discute la carga procesal en sí misma, es decir, el deber de aportar un dictamen pericial con todas las exigencias allí establecidas, y también se acusa de inconstitucional la posible sanción y/o consecuencia que se pueda derivar de su no cumplimiento o cumplimiento parcial, por cuanto en estos dos eventos, los relatados anteriormente, y por la redacción imperativa del inciso acusado, seria probable que de entrada el juez ordinario entre a despachar desfavorablemente la demanda al no encontrarla ajustada a los requisitos especiales que enuncia el artículo 406 del Código General del Proceso.

ii) La conveniencia de la declaratoria de exequibilidad condicionada del aparte normativo contenido en el artículo 409 del Código General del Proceso.

Cargo único. El inciso primero del artículo 409 del Código General del Proceso (CGP), enuncia en lo que respecta a lo aquí demandado, lo siguiente: "*(…) Si el demandado no alega pacto de indivisión en la contestación de la demanda, el juez decretará, por medio de auto, la división o la venta solicitada (…)".* El anterior

aparte normativo es ambiguo e impreciso, pues es posible entender que el único medio exceptivo de mérito con el que cuenta el demandado dentro de un proceso divisorio, es el pacto de indivisión, lo cual, al no ser que se declarare la exequibilidad condicionada de la norma, podría dar lugar a una aplicación de irrestricta de la misma, que sería contraría a los canones 29 y 228 constitucionales, pues limitaría el derecho de contradicción del demandado, no permitiéndole que ejerza una defensa plena dentro de un juicio de esta naturaleza, y privilegiando lo formal sobre lo sustancial.

Para lo anterior téngase en cuenta que la disposición normativa señala que en caso que el demandado no alegue pacto de indivisión, el juez, inmediatamente, mediante auto, decretara la división o la venta solicitada en la demanda, es por esta razón, que el aparte de la proposición normativa demandada, es inconstitucional, en tanto limita en exceso el derecho de defensa y contradicción de la parte pasiva dentro de un proceso de naturaleza divisoria.

Así mismo, es por esta razón, que resulta desnaturalizado, que el legislador no haya previsto que, en los procesos de naturaleza divisoria, el copropietario pueda a fin de enervar la pretensión del demandante, proponer un medio exceptivo distinto al pacto de indivisión, tal es el caso, verbigracia, cuando el comunero pretende extinguir el derecho del demandante por vía de la prescripción adquisitiva de dominio, pues así se desprende la posibilidad que anuncia la obra civil, en su artículo 2513, el cual expresa lo siguiente: "*la prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción* ***o por vía de excepción****"*, disposición esta que riñe en su integridad con lo enunciado en el artículo 409 del CGP, en tanto en este, en su tenor literal se expone lo siguiente: "*si el demandado* ***no alega pacto de indivisión en la contestación de la demanda****,* ***el juez decretará, por medio de auto, la división o la venta solicitada***". Lo anterior bajo el entendido que la prescripción es un fenómeno que toca con la legitimación de las partes para invocar o soportar la pretensión divisoria y, por tal motivo, no le es dado al legislador venir a desconocer en el marco de su margen de deliberación democrática, derechos sustanciales a fin de garantizar la eficiencia, eficacia y economía de la administración de justicia.

Para lo anterior téngase en cuenta que, conforme al real entendimiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema

de Justicia[2], la legitimación en la causa no es solo un presupuesto del proceso, sino que esta es una cuestión que incumbe con el derecho de acción y contradicción, es por tal motivo, que al estar atada o unidad a la relación jurídica material que se controvierte al interior del proceso, no le es dado al legislador entrar a desconocer y/o excluir tácitamente, excepciones de mérito, que al igual que el *pacto de indivisión*, buscan enervar la pretensión del demandante, y materializar de esta forma el derecho de defensa y contradicción que recae encabeza del demandado.

Es por lo anterior, que se considera que el artículo 409 del CGP, es inconstitucional parcialmente, en tanto, de él, es posible extraer una interpretación contraria a la Carta Política, esto es, contraria al artículo 29 superior, que enuncia el derecho al debido proceso en su faceta de derecho de defensa y contradicción, y el artículo 228 constitucional, el cual señala que la administración de justicia es función pública, y que en sus decisiones prevalecerá el derecho sustancial sobre el formal.

Así mismo, por las mismas razones esbozadas anteriormente, se está desconociendo vía bloque de constitucionalidad, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, o simplemente CADH, en tanto el recurso judicial no está siendo sencillo, pero más aún, porque no está siendo efectivo y no está garantizando que toda persona que deba ser oída en juicio, pueda con las debidas garantías, esperar la sustanciación y determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, conforme lo pregona la normatividad convencional.

Para lo anterior, téngase en cuenta que el comunero que considera haber ganado por prescripción, la totalidad de un bien que integra una comunidad, puede oponerse a la división, alegando dicha excepción, sin que sea dado al legislador, desconocer de entrada tal derecho. Lo anterior en tanto la prescripción como derecho, el mismo Código General del Proceso permite que pueda ser alegada por el comunero mediante acción, así se desprende de lo previsto en el numeral tercero del artículo 375 del CGP, el cual señala lo siguiente: "*La declaración de pertenencia también podrá* ***pedirla el comunero que, con exclusión de los otros condueños y por el término de la prescripción extraordinaria, hubiere poseído materialmente el bien común o parte de él, siempre que su explotación económica no se hubiere producido por acuerdo con los***

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de febrero de 1991.

demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad".

Ciertamente, para lo anterior, se debe tener en cuenta que, de una lectura aislada y descontextualizada de la norma, podría dar lugar a entender que el acto de oposición del que trata el artículo 409 del CGP, que debe entenderse como la fase para la formulación de excepciones perentorias o de fondo, en realidad solo estaría admitiendo, inconstitucionalmente claro está, una de ellas, y esta es, la establecida y denominada por el legislador como *pacto de indivisión*, es por ello, que resulta contrario a la Carta Política, particularmente, los artículos 2 y 29, que el legislador, establezca en materia de medios exceptivos, dentro de los procesos divisorios, una especie de tarifa legal, limitando el acto de oposición únicamente a la formulación de la existencia de un *pacto de indivisión* celebrado entre el demandante y demandado dentro de una causa divisoria. Es por lo anterior, que esa hermenéutica plausible que se podría derivar del texto demandado, da lugar al desconocimiento del canon segundo constitucional, en tanto el Estado no estaría garantizando la "*efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución",* siendo la tutela judicial efectiva, uno de tales principios que rige el actuar dentro de nuestro Estado social de derecho.

La anterior interpretación de la que se habla, esto es, el limitado ejercicio de derecho de defensa y contradicción establecido por el legislador en el artículo 409 del CGP, ha hecho mella en la máxima instancia de la justicia ordinaria, quien, en alguna oportunidad, en menoscabo de los derechos de derecho defensa y contradicción, primacía de lo sustancial sobre lo formal, y acceso efectivo a la administración de justicia, ha manifestado lo siguiente:

> (…) la Sala no observa ningún desafuero manifiesto, comoquiera que, por un lado, es evidente que el condueño no está obligado a permanecer en indivisión (preceptos 1374 del Código Civil y 406 del Código General del Proceso) **y, por el otro, que el demandado goza de una limitada facultad de réplica, en la medida que efectivamente el artículo 409 ritual sólo le permite aducir *"pacto de indivisión",* y por vía de reposición, excepciones previas, en tanto que el 412 siguiente lo habilita para alegar mejoras, lo que si no hace, conduce a estimar las pretensiones encaminadas a la subasta o a la partición material**.

> De tal suerte que la decisión examinada luce conteste con el diseño del legislador, **quien en su potestad configurativa, dentro de la dinámica que le imprimió al nuevo compendio tendiente a aligerar los trámites fue especialmente riguroso en señalar las actuaciones permitidas en este litigio**. (CSJ, STC21469-2017, 14 de dic 2017, MP. Octavio Augusto Tejeiro Duque).

En igual sentido, lo hizo en la sentencia del 10 de mayo de 2018, con ponencia del magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque, en donde manifestó al respecto lo siguiente:

> En este punto es importante destacar, que si bien, por regla general las protestas elevadas por los contradictores en el curso de los *"procesos"* implica la existencia de un espacio para acreditarlas, el legislador en el margen de su configuración *"legislativa"* puede suprimirlo, como acontece en este caso, en donde no hay un período destinado a debatir la renuencia de los *"opositores"* a la *"división"*. Ahora, esa limitación no es caprichosa, sino que obedece a la naturaleza de la *"acción"* ventilada en litigios como éste, por cuanto la única restricción impuesta por la ley al *"comunero"* a fin de exigir la partición es la celebración entre ellos de un convenio de *"indivisión"*, ya que a tono con el principio consagrado en el artículo 1374 del Código Civil *"la partición del objeto asignado* ***podrá siempre pedirse****, con tal que los coasignatarios* ***no hayan estipulado lo contrario****"*, (lo destacado propia del texto). (CSJ, STC6137-2018, 10 may. 2018, MP. Octavio Augusto Tejeiro Duque).

De este modo, la Corte Constitucional debe entrar a declarar la exequibilidad condicionada del aparte normativo demandado, y acusado como inconstitucional parcialmente, en el entendido que el mismo, no excluye de tajo, la oportunidad para el demandado dentro de un juicio divisorio, de promover otros tipos de medios exceptivos distintos al *pacto de indivisión*, y aparte, que pueda recibir un efectivo pronunciamiento por parte del operador judicial, indistintamente de la prosperidad del mismo.

IV.- PETICIÓN

PRIMERO: DECLÁRESE la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del inciso tercero del artículo 406 del Código General del Proceso (CGP), bajo el siguiente o similar entendido: "***que en ningún caso, el juez ordinario podrá inadmitir la demanda en caso de que no se aporte el dictamen pericial en los términos***

requeridos por el inciso tercero del artículo 406 del CGP, y en el evento, en donde en el escrito de la demanda, el demandante solicite la concepción del amparo de pobreza del que trata el artículo 151 y siguientes de la misma obra procesal civil".

SEGUNDO: DECLÁRESE la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del aparte normativo demandado que integra el artículo 409 del Código General del Proceso, esto es, *(…) Si el demandado no alega pacto de indivisión en la contestación de la demanda, el juez decretará, por medio de auto, la división o la venta solicitada"*. Lo anterior bajo el siguiente o similar sentido: ***"Que, en todo caso, será deber del operador judicial, darles trámite y resolver de fondo los demás medios exceptivos propuestos por el demandado, sin perjuicio, de su prosperidad o no".***

V.- COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer sobre el presente asunto, por tratarse de una demanda que se presenta contra una norma con rango de ley, en ejercicio de la ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD de la que trata el Decreto 2067 de 1991 y, particularmente, de conformidad a lo normado en el numeral cuarto del artículo 241 constitucional el cual enuncia que corresponde a la Corte conocer y "*decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación*". Por tal motivo, es competente este Tribunal para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma demandada.

VI.- NOTIFICACIONES

En los términos referidos en los artículos 2, 3, 6, y 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el suscrito demandante solicita a la Corte Constitucional que cualquier decisión que se profiera dentro de la presente causa procesal sea notificada mediante el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección de correo electrónico que reposa de manera adjunta al nombre y firma del ahora accionante.

Con respeto me suscribo.

J. Guillermo Espinosa Hios.
JOSÉ GUILLERMO ESPINOSA HIOS
CC. 1.117.539.717 de Florencia, Caquetá.
jo.espinosa@udla.edu.co