



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

STC5497-2021

Radicación n.º 11001-02-03-000-2021-01132-00

(Aprobado en sesión virtual de doce de mayo de dos mil veintiuno)

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Corte la acción de tutela interpuesta por **Martha Cecilia Mujica Duarte** contra la **Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, trámite al que se vinculó al **Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de la misma ciudad**, así como las partes y los intervinientes del juicio declarativo a que alude el escrito de tutela.

ANTECEDENTES

1. La promotora del amparo reclama la protección constitucional de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la defensa, a la contradicción y a la doble instancia e igualdad, presuntamente conculcado por la autoridad jurisdiccional convocada, al haber declarado desierto el recurso de

apelación formulado contra la sentencia dictada en el marco del juicio de pertenencia que en su contra instauró Luis Alberto Rubiano González, identificado con el consecutivo 2019-00116-00.

Solicita entonces, para la protección de las mentadas prerrogativas, que se ordene a la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de esta capital, *«dej[ar] sin efecto el auto calendado veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2.021)»*, y en consecuencia, que le imprima *«el trámite correspondiente al recurso de apelación ya sustentado por escrito, radicado ante el juez de primera instancia»*.

2. En apoyo de su reparo aduce en síntesis, que mediante fallo del 28 de septiembre de 2020, el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de esta capital acogió las pretensiones del juicio de pertenencia en comento, donde dentro del término legal formuló por escrito recurso de apelación frente a la anterior determinación, para lo cual expuso las razones por las que disentía de ésta; fue así que, en auto del 16 de diciembre siguiente, el Tribunal Superior de Bogotá admitió la alzada y ordenó correr traslado para sustentarla por el término de cinco (5) días, conforme lo establecido en el inciso segundo del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Asevera que a través de proveído del 29 de enero de la anualidad que avanza, la Corporación accionada declaró desierta la apelación por falta de sustentación, pronunciamiento frente al que interpuso sin éxito recurso

de reposición, pues en auto del 5 de abril pasado se mantuvo.

Tras ese relato, sostiene que la Colegiatura criticada incurrió en causal de procedencia del amparo, toda vez que la opugnación presentada contra el fallo dictado en el juicio de usucapión cuestionado fue debidamente sustentada desde su interposición, por tal motivo, resultaba innecesario exponer de nuevo las razones de su inconformidad ante el Superior, máxime cuando por mandato del canon 228 de la Carta Política, en consonancia con el artículo 11 del Código General del Proceso, debe el director del proceso *«al interpretar la ley procesal, (...) tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial»*, postulado que, afirma, se incumplió en el caso bajo estudio.

3. Una vez asumido el trámite, el 13 de abril hogaño se admitió la acción de tutela y se ordenó el traslado a los involucrados para que ejercieran su derecho a la defensa.

RESPUESTA DEL ACCIONADO Y LOS VINCULADOS

a). La titular del Juzgado Diecinueve Civil Circuito de Bogotá, informó que *«en es[e] despacho cursa en primera instancia el proceso verbal de pertenencia iniciado por Luis Alberto Rubiano González contra la señora Martha Cecilia Mujica Duarte y demás personas indeterminadas, expediente con radicado No. 11001310301920190011600, en el que, una vez surtido el trámite correspondiente, se profirió sentencia escrita el 28 de septiembre de 2020, accediendo a las pretensiones de la demanda. Mediante*

proveído de fecha 12 de noviembre de 2020 se concedió, en el efecto devolutivo, el recurso de apelación formulado por la demandada Martha Cecilia Mujica Duarte contra el fallo mencionado en el párrafo anterior, disponiéndose la remisión del expediente de manera digital al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil, para que se surtiera la alzada».

b.) El apoderado judicial del señor Luis Alberto Rubiano González, demandante dentro del proceso verbal de pertenencia objeto de análisis, dijo que lo que pretende la quejosa a través del amparo es que *«este cuerpo colegiado, proteja sus derechos señalados en el libelo de tutela, como es el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, defensa, contradicción, doble instancia e igualdad, conceptos estos que no se encuentran enlistados constitucionalmente en nuestra carta magna como derechos fundamentales, (a excepción de los derechos al debido proceso e igualdad), se equivoca gravemente la accionante, en cuanto al conocimiento real de cuáles son los derechos fundamentales y, de los restantes que alude en su escrito de tutela, los mismos no han sido vulnerados de manera alguna, teniendo en cuenta los hechos por ellos expuestos, lo que no configura de manera alguna algún tipo de violación o trasgresión».*

c.) Al momento de registrar el proyecto de fallo no se habían efectuado más pronunciamientos por parte de los involucrados en la presente queja constitucional.

CONSIDERACIONES

1. La protección constitucional prevista en el artículo 86 de la Constitución Nacional, puede orientarse a cuestionar actuaciones jurisdiccionales sólo sí en las

mismas el juez natural incurre en causal de procedencia del amparo, valga decir, cuando aquella decisión del funcionario carezca de soporte jurídico y, por el contrario, luzca diamantinamente antojadiza, eso sí, siempre que el afectado en sus prerrogativas fundamentales no tenga a su alcance otros instrumentos hábiles para acudir ante los jueces a exigir su inmediato restablecimiento, porque, en la eventualidad de haber podido o de poder todavía accionar a través de alguno de ellos, el amparo tutelar es inviable, debido a su naturaleza residual.

2. En el presente asunto, la accionante funda la transgresión de sus prerrogativas, concretamente, en la determinación que declaró desierto el recurso vertical que formuló frente a la sentencia dictada en el marco del pleito de pertenencia que en su contra instauró Luis Alberto Rubiano González, comoquiera que desde su proposición el mismo se encontraba debidamente sustentado.

3. Las piezas procesales arrimadas a este trámite excepcional en medio digital, revelan lo siguiente:

3.1. Mediante sentencia del 16 de diciembre de 2020, el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá declaró que por virtud de la prescripción adquisitiva de dominio, el citado demandante alcanzó la propiedad del predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria N°. 50N – 538425 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la misma urbe.

3.2. Frente a la anterior determinación, la parte demandada, aquí interesada, formuló recurso de apelación, para lo cual presentó un escrito en el que, de paso, enumeró y expuso cada una de sus inconformidades, además.

3.3. En auto del 16 de diciembre siguiente, el Tribunal Superior de Bogotá admitió la alzada, y de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, dispuso que el apelante debía sustentar por escrito dicho mecanismo dentro de los cinco (5) días siguientes.

3.4. En virtud de lo anterior, la recurrente puso de presente a la Colegiatura convocada, que *«la SUSTENTACIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN admitido por su Señoría, SE ENCUENTRA DEBIDAMENTE SUSTENTADO dentro del TERMINO LEGAL ante el juzgado de origen en Memorial radicado el día 2 de Octubre del año 2020, con acuse de recibido (...) del mismo día y año, en 19 folios, documento que se presume se encuentra en el expediente respectivo»*.

3.5. En proveído del 29 de enero de la anualidad que avanza, el *ad quem* declaró desierta la alzada, tras advertir que la parte recurrente omitió sustentar el recurso de apelación en esta instancia en la oportunidad debida, y que *«el escrito presentado ante el Juzgado 19 Civil del Circuito, son los reparos concretos contra la decisión atacada y otra la sustentación que debe realizarse en esta instancia»*.

3.6. La demandada, acá accionante, instauró sin éxito recurso de reposición frente a la decisión memorada, pues

en providencia del 5 de abril hogaño la Colegiatura querellada la mantuvo, con fundamento en lo siguiente:

Comenzó el *ad quem* por destacar, varios pronunciamientos de esta Corte sobre la necesidad de sustentar oralmente el recurso de apelación ante el Superior, conforme lo previsto en el artículo 322 del Código General del Proceso, antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, que es un decreto de carácter temporal y dictado a raíz de la pandemia y para facilitar la decisión de los procesos, y con tal delimitación del asunto estimó, que «[u]na de las modificaciones que al régimen de las impugnaciones en materia civil implementó el Código General del Proceso y que, de paso, acabó con discusiones bizantinas en torno a la instancia en la cual el apelante debía sustentar la alzada, fue justamente la contenida en su artículo 322, al disponer el cumplimiento de dos (2) cargas bien diferenciadas.

3.1.- *La primera, que al interponerse el recurso el impugnante exprese ante el juzgado de conocimiento ‘los reparos concretos’ sobre los cuales versará la sustentación, la cual podrá cumplirse inmediatamente si la decisión se toma en audiencia o dentro de los tres (3) días siguientes a su realización, ora a la notificación de la que se hubiera dictado por fuera de ésta.*

3.2.- *La segunda, la de acudir ante el juzgador ad quem a realizar la sustentación en la audiencia que para ese preciso fin y dictar el fallo correspondiente contempla el artículo 327 del mismo ordenamiento, oportunidad en la que deberá ‘desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia’.*

Fue tal el querer del legislador de 2012 de que ante el juzgador que ha de dirimir la instancia se expongan las alegaciones de las partes

que desde el artículo 107 fue perentorio al indicar, que ‘cuando se produzca cambio de juez que deba proferir sentencia en primera o segunda instancia, quien lo sustituya deberá convocar a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar. Oídas las alegaciones, se dictará sentencia según las reglas generales’.

Incluso, esa dualidad de actuaciones del inconforme con la sentencia de primera instancia no fue objeto de modificación con la medida temporal adoptada en el Decreto 806 de 2020, -bajo cuya cuerda se tramitó la alzada por este colegiado- pues éste, en orden al recurso de apelación en materia civil y de familia, dispuso lo siguiente: ‘Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalado en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes. Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto. Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicaran, se escucharan alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso’.».

Es irrefutable que el mentado decreto no eliminó la obligación a cargo del apelante de sustentar su impugnación ante el juzgador de segundo grado y, mucho menos, la consecuencia sancionatoria que su omisión conlleva.

4. Según el recuento de las actuaciones surtidas en la segunda instancia del proceso verbal objeto de revisión

constitucional, y recogiendo la postura de esta Sala sobre la temática bajo estudio, se observa que habrá de concederse el amparo implorado, teniendo en cuenta lo siguiente:

4.1. No se equivoca el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, al citar varios pronunciamientos de esta Sala sobre el deber del recurrente de sustentar oralmente el recurso de apelación formulado frente a las sentencias judiciales ante el superior, conforme lo dispuesto en el artículo 322 del Código General del Proceso. En efecto, en reciente pronunciamiento la Corte dijo que:

«le corresponde al recurrente no sólo aducir sus quejas puntuales ante el a quo, sino acudir a la audiencia fijada por el superior para el efecto y fundamentar allí el remedio vertical, tal y como lo prevé el reseñado canon 322 ídem, en concordancia con el 327 ejusdem.

En cuanto a ese último aspecto, esta Corte estima pertinente señalar que el vigente Estatuto Procedimental Civil, en su Título Preliminar, establece sin ambigüedad la forma como deben surtirse las actuaciones judiciales, esto es, de manera “(...) oral, pública y en audiencias (...)”¹, principio neural del sistema procesal orientador en toda la Ley 1564 de 2012.

Esa circunstancia conlleva un cambio en la estructura de los decursos seguidos tradicionalmente por escrito y les impone a los usuarios de la administración de justicia modificar su comportamiento, pues ahora, entre otras cuestiones, están compelidos a presentarse personalmente frente al juez para exponerle sus argumentos.

¹ “(...) Artículo 3°. PROCESO ORAL Y POR AUDIENCIAS. Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva (...)”.

Lo anterior, sin duda, pugna por el respeto y garantía de principios trascendentales como los de oralidad, concentración, celeridad, transparencia, contradicción e inmediatez desarrollados en los cánones 4° y siguientes de la dicha obra. Igualmente, las reglas 106 y 107 ídem, contemplan la metodología a seguir para el desarrollo de los litigios, dirigida, concretamente, a lograr que aquéllos además de tener una duración razonable (art. 121 del C.G.P.), comprendan solamente una audiencia inicial y, si es el caso, una de instrucción y juzgamiento.

La contundencia de la oralidad y del derecho a ser oídos para los justiciables, partes y terceros, es tal que el numeral 1° del artículo 107 consagra la nulidad de la actuación de presentarse “(...) la ausencia del juez o de los magistrados (...)” en la respectiva diligencia. A su turno, el inciso 5° de la misma preceptiva impone la convocatoria “(...) a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar (...)” cuando se presenta el cambio del juez que debe dictar el fallo y, aunado a ello, el numeral 6° ídem prescribe: “(...) Prohibiciones. Las intervenciones orales no podrán ser sustituidas por escritos (...)”; en concordancia con el numeral 7° del art. 133, donde se prevé la invalidez del decurso si “(...) la sentencia se profier[e] por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación (...)”.

Aceptar entonces que los reparos concretos aducidos ante el a quo al formularse la alzada contra una sentencia son suficientes y que puede soslayarse la sustentación oral frente al superior, impuesta en el canon 322 del Código General del Proceso, contradice los postulados en mención y, de contera, el principio democrático representativo, según el cual, es el Congreso de la República, revestido de una amplia potestad legislativa, el competente para regular los decursos judiciales (art. 150, C.P.)» (CSJ, STC10704-2020).

4.2. Así las cosas, la Sala ha considerado que en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la exposición de los motivos de la alzada frente a una sentencia judicial, no exime al recurrente de la carga de sustentar oralmente sus inconformidades ante el superior. Y es que, ello se justifica porque el sistema procesal contemplado en aquella obra propende por el respeto y la garantía del principio de oralidad, así como de otros valores importantes como la celeridad y la concentración de los actos judiciales.

4.3. Sin embargo, la difícil situación por la que atraviesa actualmente la sociedad a causa de la pandemia generada por el covid-19, obligó a que el Estado se adaptara a los retos impuestos por la propagación de éste. Así por ejemplo, en el campo jurídico, se promulgaron varias normas de carácter transitorio sobre la ritualidad de los procesos judiciales, de esta manera, respecto de la sustentación del recurso de apelación, el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, dispuso que:

«El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalado en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes.

Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a

más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto».

4.4. De este modo, cierto es que el cambio de la realidad que trajo la emergencia sanitaria conllevó a que se abandonara, momentáneamente, la necesidad de sustentar oralmente el recurso de apelación, para ser suplida por el sistema de antaño, esto es, que las inconformidades de los apelantes contra las providencias judiciales se formularan por escrito y así proteger bienes tan trascendentales como la vida y la salud de los usuarios y funcionarios de la justicia.

No obstante, aquí es pertinente hacer claridad en algo, y es que la exigencia de exponer de manera oral los reproches frente a los pronunciamientos judiciales no ha desaparecido, pues, se reitera, las medidas tomadas por el Gobierno Nacional son temporales debido a la emergencia sanitaria, además, por motivos de salubridad pública, la oralidad actualmente no es indispensable, por eso es que, por ahora los recurrentes deben presentar sus disensos de manera escrita.

4.5. Bajo esa perspectiva, en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, si desde el umbral de la interposición de la alzada el recurrente expone de manera completa los reparos por los que está en desacuerdo con la

providencia judicial, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación, de lo contrario, si los reproches realizados apenas son enunciativos, desde luego, el juez deberá ordenar el agotamiento de esa formalidad, conforme lo previsto en la normatividad señalada.

4.6. Como se recuerda, en el caso concreto, la señora Martha Cecilia Mujica Duarte instauró recurso de apelación contra la sentencia del 28 de septiembre de 2020, y por escrito, expuso cada una de las inconformidades por las que estimaba debía revocarse aquella decisión. Luego, en auto del 5 de octubre de 2020 el Tribunal accionado admitió el remedio vertical, así que procedió a correr traslado por el término de cinco (5) días a la recurrente, aquí actora, para que sustentara por escrito dicho remedio de acuerdo con lo previsto en el inciso tercero del artículo 14 del mentado Decreto Legislativo, determinación frente a la cual, la aquí interesada, puso de presente que en el expediente ya obraba un escrito a través del cual procedió a cumplir con la carga que le fue impuesta, la cual, al calificarse insatisfecha, produjo la declaración de la deserción del citado mecanismo el 29 de enero hogaño, decisión que recurrida, se mantuvo en providencia del 5 de abril siguiente.

4.7. En esas condiciones, no puede desconocerse, entonces, que erró el Tribunal accionado al declarar la deserción de la alzada propuesta por la parte demandada, acá interesada, por ausencia de sustentación, dado que desde la interposición de dicho medio aquélla expuso con

detalle las razones por las cuales disenta de la sentencia de primera instancia proferida dentro del asunto objeto de revisión constitucional; y como ese escrito se hallaba dentro del expediente, la Sala Civil de Decisión criticada pudo tener por agotada la sustentación de la apelación, y de esta manera, dar prelación al derecho sustancial sobre las formas, por virtud del principio de economía procesal

4.8. Respecto al excesivo rigorismo jurídico, tiene señalado la jurisprudencia constitucional, que *«puede estructurarse... cuando (...) un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia»; es decir:*

‘el funcionario judicial incurre en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando (i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, (iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales’ (CC T-352/12, citada recientemente CSJ STC-2680-2020).

4.9. Lo hasta aquí dicho, encuentra apoyo en un caso reciente de similares contornos, en el cual la Corte consideró que:

«[A]un de aceptarse que el mentado canon 14 [del Decreto Legislativo 806 de 2020] pudiera aplicarse al caso de marras, y por tanto, que debía aportarse un escrito en el que se sustentara la apelación, lo cierto es que una vez pronunciada la sentencia de primer grado, y concedida tal censura, la demandante, aquí interesada,

procedió a sustentar por escrito tal réplica; entonces, al momento en que se admitió la alzada, ese memorial ya militaba en el expediente, motivo por el cual la Sala Civil Familia criticada pudo tener por cumplido el requisito que exigió en la primera de las providencias atacadas; no obstante, tampoco valoró esa específica situación en aras de dar prevalencia al derecho sustancial sobre las formas, e incurriendo en un defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto» (CSJ, STC9592-2020).

5. En conclusión, es claro que ante el defectuoso trámite impartido por la Colegiatura accionada respecto del recurso vertical propuesto por la parte demandada en el litigio tantas veces referido, se justifica la intervención del Juez de tutela en aras de restablecer la garantía superior al debido proceso que le fue conculcada a la aquí interesada, por lo que se dejará sin valor ni efecto las providencias cuestionadas, para que la citada autoridad proceda nuevamente a tramitar, en lo que corresponda, el mencionado remedio.

6. Por todo lo expuesto, se recoge la postura que sobre esta particular temática había adoptado la Sala hasta la fecha, con el propósito de conceder la salvaguarda pretendida con el escrito de tutela presentado ante esta Corporación, al menos por el tiempo de vigencia de la mencionada norma de emergencia .

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en

nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley **CONCEDE** el amparo incoado por Martha Cecilia Mujica Duarte. En consecuencia:

PRIMERO. Se dispone a **DEJAR** sin valor ni efecto la providencia proferida el 5 de abril de 2021 por la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el marco de la acción de usucapión que en contra de la tutelante instauró Luis Alberto Rubiano González, con radicado No. 2019-00116-00, así como las demás que dependan de ella.

SEGUNDO. Se **ORDENA** a la aludida Corporación, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a resolver nuevamente el recurso de reposición propuesto por la aquí interesada contra el auto que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado dictada al interior del proceso en comento, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en el presente fallo.

TERCERO. Comuníquese lo aquí resuelto a las partes y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional para que asuma lo de su cargo, en caso de no ser impugnado este fallo.


FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado



HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada

Con Salvamento de Voto



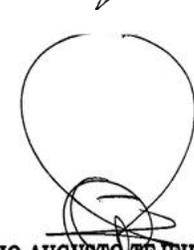
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado



LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

MAGISTRADO



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado

Con Salvamento De Voto

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n° 11001-02-03-000-2021-01132-00

Con el mayor respeto hacia los Magistrados que suscribieron la providencia de la cual tomo distancia, me permito expresar los motivos de mi discrepancia con la solución adoptada.

La Sala mayoritaria, recogiendo la postura que sobre la particular temática había adoptado la Sala hasta la fecha, concedió el amparo reclamado por Martha Cecilia Mujica Duarte frente a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; en consecuencia, dejó sin efecto el interlocutorio de 5 de abril de 2021, a través del cual la accionada declaró desierta la apelación que la gestora interpuso contra el fallo proferido en el proceso n° 2019-00116-00 y los demás que de él dependan, para que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, resuelva nuevamente el recurso de reposición propuesto por la promotora contra el auto que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado.

Decisión que sustentó, aduciendo: (...) 4.5. *Bajo esa perspectiva, en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, si desde el umbral de la interposición de la alzada el recurrente expone de manera completa los reparos por los que está en desacuerdo con la providencia judicial, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación, de lo contrario, si los reproches*

realizados apenas son enunciativos, desde luego, el juez deberá ordenar el agotamiento de esa formalidad, conforme lo previsto en la normatividad señalada.

No comparto tal argumentación, por las siguientes razones:

1.- Conforme con los arts. 322 y 327 del CGP, la tramitación del recurso de apelación contra providencias judiciales comprende dos momentos que deben ser desarrollados en etapas bien definidas: Uno ante el juez de primera instancia - interposición y reparos - y, otro ante el de segunda - admisión, sustentación y decisión -.

Sobre el primero, el Decreto 806 de 2020 en su artículo 14 no estableció modificación alguna mientras que para el siguiente sí, respecto de la sustentación, la que en sentido estricto solo comporta la forma de hacer conocer al juez de segunda instancia los argumentos que soportan los “*reparos*” expresados ante el *a quo*, ya no oralmente en audiencia sino por escrito, pero en todo caso, una vez “*ejecutoriado el auto que admite la apelación*”, competencia adscrita al *ad quem* y no al *a quo*.

Es que, con independencia de la extensión de los reparos – breves o extensos – no puede equipararse la expresión de las inconformidades – discrepancia o con qué no está de acuerdo - con los argumentos que las soportan – por qué discrepa o no está de acuerdo -. Aquellas se expresan ante el *a quo* y éstos ante el *ad quem*. Así lo dispone el legislador ahora de manera clara – art. 14 D. 806 de 2020-, se consideró constitucional antes – SU 418 de 2019 –, previó el legislador antes de la ley 1564 de 2012 – art. 360 C.P.C – y, esta Corporación con fundamento en esta norma,

estimó como el momento para fundamentar la alzada – V.gr. SC 4855 de 2014-.

2.- Respecto de la constitucionalidad del Decreto 806 de 2020 no queda duda de la misma, al tenor de la sentencia C-420 de 2020, en la que se resalta el trámite de este medio impugnativo en los casos en los que no sea necesario practicar pruebas para resolverlo, a saber: (i) Dispone que la «sustentación» y el traslado se harán por escrito; (ii) Elimina el deber de realizar la audiencia de sustentación y fallo a la que se refiere el artículo 327 del CGP y, (iii) Prescribe que el juez deberá dictar sentencia escrita.

Modificaciones que si bien privilegiaron lo escrito sobre lo oral en la segunda instancia y, cuya finalidad no es otra que *«evitar el desplazamiento de los usuarios y funcionarios de la administración de justicia a los despachos judiciales y notarías y, de esta forma, proteger su salud»*, también permiten afirmar que la estructura de las cargas que impone el legislador como presupuestos para que el superior funcional examine la providencia apelada y, las consecuencias de su desatención además que no han variado, no se extendieron a la obligación misma de *«sustentar la apelación»* ante el juez competente, que lo es el *ad quem*, sino que, como excepción al principio de oralidad en la administración de justicia, admitió que, para dicho propósito, el apelante pueda hacerlo por escrito, sin necesidad de acudir personalmente a la sede del funcionario.

Tampoco exoneró del **deber** de *«sustentar»* dentro del término allí previsto, esto es, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admite la alzada, que de no atenderlo acarrea la declaratoria de deserción y, por ende,

por su propia omisión, la imposibilidad de acceder a la segunda instancia lo que aleja irreflexividad en la interpretación, o exceso manifiesto en el rito o, desproporcionalidad en la decisión.

Por el contrario, pone de presente el acatamiento de la forma prevista, también integradora del derecho fundamental al debido proceso, el cual debe ser aplicado por todos los sujetos procesales, a *“todas las actuaciones”* del proceso en coherencia con el precepto conforme al cual este *“debe adelantarse en la forma establecida en la ley”*—arts. 29 CN; 7, 13 y 14 Ley 1564 de 2012-.

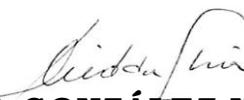
3.- La carga de sustentación del recurso de apelación, en oportunidad, ante su destinatario legítimo, esto es, el juez de segunda instancia a quien le fue asignada la competencia para esta actuación, tampoco riñe con el principio-derecho de la doble instancia en tanto reconocido constitucionalmente el margen de *«configuración legislativa»* con que cuenta el legislador, cuando este le impone límites a ese principio-derecho *“..., es viable que consagre cargas procesales, entendidas como aquellas situaciones que exigen una conducta de realización facultativa establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión reporta una consecuencia desfavorable como, por ejemplo, la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal o inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial sometido a la litis. Significa lo anterior que supone un proceder potestativo del sujeto con interés propio y que en caso de incumplimiento acarrea una consecuencia que puede limitar derechos fundamentales”* (C-337 junio 29 de 2016).

4.- Tampoco se trata de cumplimiento anticipado de la carga de sustentación si atendemos que el legislador previó la

oportunidad y el juez competente para verificar su cumplimiento y efecto de su desatención. Por lo tanto, podría aceptarse que se anticipa cuando el acto se realiza ante el juez competente antes del momento previsto legalmente para su realización, esto es, durante el trámite de segunda instancia, pero no, cuando se realiza en primera instancia.

Conclusión: Estoy convencida que el amparo solicitado no debió ser concedido en tanto que la declaratoria de desierto respecto del recurso de apelación en este asunto, corresponde a la desatención por el recurrente de la carga de sustentación ante el juez competente y, en la oportunidad señalada por el legislador.

Con el debido respeto, dejo así consignada mi discrepancia.


HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n.º 11001-02-03-000-2021-01132-00

Con el respeto debido a todos los integrantes de la Sala de Casación Civil paso a consignar las razones por las cuales no acompaño el viraje jurisprudencial de la Sala con relación a la estructura del recurso de apelación en relación con su trámite y sustanciación de la apelación de sentencias.

1. Aun cuando es enorme el esfuerzo que hace la Sala por justificar su nuevo criterio para señalar que la nueva posición la toma por razones de justicia material y para superar el “*exceso rigor manifiesto*”, lo cierto es, la postura ahora defendida representa un retorno a las épocas más oscurantistas del proceso en el marco de la segunda instancia, porque se defiende un proceso secreto, místico, de escrituralidad y opuesto a la transparencia judicial y a la necesaria publicidad que deben tener los juicios. Ahora en adelante, el juez puede administrar justicia lejos del ciudadano, en otro país, en una urna de cristal, en zonas recónditas. El cara a cara, el derecho a ver el juez, el derecho fundamental a ser oído y la audiencia ha muerto para la segunda instancia, y la oralidad queda totalmente aniquilada, en épocas donde pareciera que resurge el autoritarismo.

2. Poco a poco, la Sala renuncia a un legado histórico de publicidad del juicio y a la construcción de un proceso de cara a la ciudadanía con la posibilidad de control endoprocésal y extraprocésal. Queda muy poco, para que luego un ordenador, una máquina, los robots o los algoritmos puedan ser los jueces de los hombres y de las mujeres cuando hablamos de la democracia constitucional.

La apelación de las sentencias en el marco del C. G. del P. se compone de dos grandes escenarios. El primero ante el juez de primera instancia donde se interpone el recurso y se concede; luego procede la formulación de los reparos concretos y su remisión al *ad quem* “(...) *una vez presentado el escrito al que se refiere el numeral 3 del art. 322*” (Art. 324 del C. G. del P.). Además, en él, se ejecutan los actos útiles para el diligenciamiento y preparación del trámite en segunda instancia, tal como el suministro de las “*expensas necesarias*” para la reproducción de piezas, así como la ejecución de tareas que debe desplegar el juez de primera instancia mientras se tramita la apelación ante el superior jerárquico; como lo concerniente al pago de copias, a la erogación de los portes, etc.

En el segundo estadio encontramos la admisión-inadmisión y la sustentación. La ejecutoria del auto que la admite marca la posibilidad de pedir el decreto y práctica de pruebas que serán evacuadas en audiencia de sustentación o fundamentación de la apelación.

En esta segunda etapa la audiencia de sustentación constituye la posibilidad para que las partes intervengan ante el juez, y éste, sea singular o colegiado se interrelacione con los usuarios del sistema judicial en forma existencial y pública.

3. Ciertamente el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, señaló en materia de apelación de sentencias en civil y familia:

“El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

“Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalados en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes.

“Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.

“Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicaran, se escucharán alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso”.

Ese Decreto especial dictado por el Gobierno Nacional asestó un terrible golpe a la oralidad; sin embargo, no representaba, uno de tanta entidad y gravedad como el que acaba de propinar la Sala con la tesis ahora defendida de la

sustentación escrita anticipada de la apelación contra la sentencia de primera instancia, al autorizar su presentación antes de ser remitida la actuación para el trámite de la segunda instancia. De ese modo deja al borde de la aniquilación el sistema del Código General del Proceso ante el superior funcional.

Esa forma de interpretar el C. G. del P., implica una apropiación indebida de las facultades del Congreso para expedir Códigos, según paso a mostrar sus falencias.

El Decreto en cuestión, en primer lugar, tiene serios vicios de inconstitucionalidad porque la modificación del trámite de segunda instancia como en sus consideraciones aparece, la verdad, no agiliza ni flexibiliza la atención a los usuarios del servicio de justicia, sino que por el contrario los afecta, para en su lugar facilitar el trabajo de los jueces de segunda instancia al margen de la ciudadanía y del principio democrático, porque para todas las hipótesis donde las partes no pidan pruebas en segunda instancia durante el término de ejecutoria de la providencia que admite la apelación no habrá audiencia en segunda instancia, autorizando que un juez desde un lugar secreto donde se halle, sin saberse si sea él o un tercero que lo sustituye e imprima su firma electrónica, dicte sentencia escrita, remitiéndola a la red sin ninguna obligación de realizar audiencia sin que valga para nada la humanidad del justiciable.

El Decreto 806 de 2020 se dictó en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica con fundamento en las facultades conferidas por el art. 215 de la C. N, de la ley 137 de 1994 y del Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, por medio del cual se declaró en “*Estado de Emergencia Social y Ecológica el territorio nacional*”.

Entre ese Decreto y las causales de emergencia realmente no existe conexidad alguna, ni relación de causalidad entre pandemia y modificación del proceso oral en segunda instancia; constituye la materialización de las quejas de sectores inconformes con la forma como se diseñó la segunda instancia en el Código General del Proceso y de todos los opositores a la oralidad; así como de una parte de jueces y abogados enemigos de la realización de la audiencia en segunda instancia o de quienes estaban incómodos con la obligatoriedad de la misma en esta fase. Esto justamente lo reconoce la parte considerativa del Decreto cuando expresa:

“Se regula la segunda instancia en materia civil y familia para que esta se pueda tramitar, en los casos en que no se decreten pruebas en segunda instancia, sin que tenga que adelantarse la audiencia para la sustentación del recurso, y por el contrario la sustentación, su traslado y sentencia se hará a través de documentos aportados por medios electrónicos. Igualmente, en laboral se establece que la segunda instancia se pueda adelantar sin la audiencia para alegatos de conclusión y sentencia, estas actuaciones se podrán hacer mediante documentos electrónicos”.

Si hubiese conexidad entre pandemia y el nuevo sistema procesal, realmente tendría que haberse modificado

el régimen establecido en las reglas 372 y 373 del C. G. del P. y las demás audiencias previstas durante la primera instancia que implementan el sistema de la oralidad.

4. En mi condición de integrante de este colegiado, es mi obligación frente a la Constitución y a la democracia constitucional, y en representación de quienes defendemos el derecho del usuario a ser oído del grave perjuicio que representa este Decreto para los sistemas democráticos de acceso a la justicia, y mucho más ahora, que el Decreto puede mutarse en legislación permanente y en regla general, que da al traste con la conquista de un proceso democrático y de acceso al usuario al sistema judicial abierto y público.

El Decreto confunde oralidad con virtualidad o expediente digital, de modo que si hay problemas de asistencia física a la audiencia por contacto y muertes por la inoperancia de los sistemas de seguridad social o por la brecha entre hemisferio norte y sur; no era necesario extinguir la oralidad en segunda instancia, para defender como regla general la escrituralidad y como excepción la oralidad. No era imperativo eliminar la oralidad en segunda instancia porque el juicio oral se puede desarrollar virtualmente, del mismo modo como se ha venido ejecutando el sistema escolar, el sistema empresarial, las salas de discusión de proyectos de los jueces colegiados, las asambleas de copropietarios de conjuntos, las audiencias del 372 y 373 del C. G. del P., y en general la mayoría de las

actividades que no implican la ejecución de actos materiales.

En esa tendencia, la Sala de Casación acaba de agravar el problema para cambiar inopinadamente un creciente desarrollo que venía alcanzando el acceso a la justicia en segunda instancia, para que la ciudadanía, las partes, los usuarios expusieran así fuera, virtualmente los motivos de reproche contra la sentencia de primera instancia en forma directa ante el juez o tribunal de segunda instancia, creyendo erróneamente que los sistemas secretos y escriturales son la forma más adecuada, idónea y democrática de administrar justicia, dejando a un lado el derecho del usuario a ser oído por el Tribunal o Juez competente.

La nueva posición, pasa a confundir la elemental distinción de la pretensión impugnativa con la fundamentación y realiza una mezcla ininteligible entre reparos concretos y sustentación. Modifica en ese sentido el C. G. del P. porque los confunde, inventándose un nuevo Código para la segunda instancia.

Tratándose de la apelación de la sentencia, el 322 del C. G. del P. se halla vigente de tal modo, que ahora, con el nuevo criterio pasan a confundirse esos escenarios de la formulación de los reparos concretos y de la sustentación. Quien apela una sentencia no sólo debe aducir en forma breve sus reparos concretos respecto de ese pronunciamiento, sino que debe acudir ante el superior

para sustentar allí ese remedio, apoyado, justamente, en esos cuestionamientos puntuales. El inciso 2° del numeral 3° del artículo 322 establece: «al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustanciación que hará ante el superior» (subrayas ex texto) (...)».

La Sala en infinidad de decisiones había clarificado puntualmente que el remedio vertical contra las sentencias tenía un sendero claro: (i) su interposición y (ii) la formulación de reparos concretos, éstas ante el a quo, y (iii) la sustentación oral que corresponde a la exposición de las tesis o argumentos encaminados a quebrar la decisión, conforme a los reparos que en su oportunidad se formularon contra la providencia cuestionada, en la segunda instancia.

Conforme a la disposición bajo estudio, para la presentación de esos reparos concretos y determinados que deben realizarse para habilitar la apelación de una sentencia dictada en audiencia, se establecen dos oportunidades: (i) al momento de interponer el recurso, en forma inmediata a su pronunciamiento y, (ii) dentro de los tres (3) días siguientes a la finalización de dicha audiencia (...).

De tal modo que, si la providencia se dictó en “*audiencia*”, el interesado podrá cumplir la referida carga i) bien “*al momento de interponer el recurso*” o ii) “*dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización*”. Empero, de haberse emitido “*por fuera de audiencia*”, deberá hacerlo “*dentro de los tres (3) días siguientes a [...] la notificación*”.

5. El nuevo criterio, de paso, deja sin fundamento, yéndose en contra del inciso 4° del 322 cuando prevé que: «*Si el apelante (...) no (...)precis[a] los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. **El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado**» (negritas y subrayas fuera del texto) (...)”.*

Por tanto, deroga, sin facultad legal, la atribución del juez de segunda instancia para disponer como sanción, la declaratoria de desierto del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia cuando: (i) no se precisan, de manera breve, los reparos concretos que se le hacen a la decisión, al momento de presentar la impugnación en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia.

Lo anterior, porque van a emerger muchas hipótesis problemáticas por la inusual e ilógica forma de configurar jurisprudencialmente el trámite de la apelación por parte de la Sala puesto que la sustentación de la apelación bien puede ahora equivaler a la formulación de los reparos en

primera instancia, como en los casos que ahora se vienen tutelando, considerando que la presentación de ellos en primera instancia supone la sustentación. Por otra parte, pueden dejarse de presentar reparos para pasar a sustentar directamente, transformando en inocua esa exigencia de los reparos, sea porque la fundamentación tendrá los alcances de la presentación de ellos; o porque éstos equivaldrán a la sustentación. De modo que por vía de una doctrina deleznable se le usurpan las funciones al juez de segunda instancia, porque todo queda cumplido ante el a quo.

En lo atinente a la sustentación, el legislador previó, específicamente, respecto de las sentencias, que la fundamentación de la apelación debía darse ante el *ad quem* a partir de los reparos concretos aducidos ante el *a quo*. Esto como exigencia del art. 327 del C. G. del P. queda desvertebrada ahora.

Se infiere, entonces, que tratándose de sentencias, en primera instancia: interposición, formulación de los reparos concretos y concesión; y, en segunda: admisión o inadmisión con su ejecutoria, fijación de audiencia con la eventual fase probatoria, sustentación oral y sentencia, quedan totalmente desintegradas del resto del sistema, y además, pasa a acogerse, la forma cómo el legislador laboral organizó la apelación, renunciando al propio C. G. del P., para desestabilizarlo, siguiendo la doctrina de la Sala de Casación Laboral, algo realmente impertinente y absurdo.

6. El principal golpe que se otorga con esta nueva tesis es al principio general de la oralidad de los sistemas procesales contemporáneos para retornar a una época análoga a la feudal. El vigente Estatuto Procedimental Civil, sabiamente en su Título Preliminar, establece sin ambigüedad la forma como deben surtirse las actuaciones judiciales, esto es, de manera “(...) *oral, pública y en audiencias* (...)”, según lo previsto en el art. 3 allí se expresa:

“Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva (...)”, se trata de disposición basilar del sistema procesal vigente en la Ley 1564 de 2012.

Al renunciar al principio de la oralidad hay afectación al respeto y garantía de los usuarios de la administración de justicia. Se perturba la transparencia, la contradicción e inmediación desarrolladas en los cánones 4° y siguientes de la dicha obra. Igualmente, las reglas 106 y 107 *ídem*, que contemplan la metodología a seguir para el desarrollo de los litigios, dirigida, concretamente, a lograr que aquéllos, además de tener una duración razonable (art. 121 del C.G.P.), comprendan solamente una audiencia inicial y, si es el caso, una de instrucción y juzgamiento.

La contundencia de la oralidad y del derecho a ser oídos para los justiciables, partes y terceros, es tal que el numeral 1° del artículo 107 consagra la nulidad de la actuación cuando llegare a presentarse “(...) *la ausencia del*

juez o de los magistrados (...)” en la respectiva diligencia. A su turno, el inciso 5° de la misma preceptiva impone la convocatoria “(...) *a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar (...)*” cuando se presenta el cambio del juez que debe dictar el fallo y, aunado a ello, el numeral 6° *ídem* prescribe: “(...) *Prohibiciones. Las intervenciones orales no podrán ser sustituidas por escritos (...)*”; en concordancia con el numeral 7° del art. 133, donde se prevé la invalidez del decurso si “(...) *la sentencia se profier[e] por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación (...)*”.

Soslayar la sustentación oral frente al superior, impuesta en el canon 322 concordante con el art. 327 del Código General del Proceso, contradice los postulados en mención y, de contera, el principio democrático representativo, según el cual es el Congreso de la República, revestido de una amplia potestad legislativa, el competente para regular los decursos judiciales (art. 150, C.P.). Lo anterior, con la medida tomada en el Decreto 806 de 2020 y luego con la nueva doctrina escrituralista y secreta.

Sobre lo enunciado, la Corte Constitucional en sentencia C- 124 de 1 de marzo de 2011, señaló:

“(...) [E]l legislador no está facultado para prever, bajo el simple capricho o la arbitrariedad, las ritualidades procesales, (...) pues no puede desconocer las garantías fundamentales, y debe proceder de acuerdo con criterios de proporcionalidad y

razonabilidad, a fin de asegurar el ejercicio pleno del derecho de acceso a la administración de una justicia recta. Por ello las leyes que establecen procedimientos deben propender por (...) hacer efectivos los derechos de defensa, de contradicción, de imparcialidad del juez, de primacía de lo substancial sobre lo adjetivo o procedimental, de juez natural, de publicidad de las actuaciones y los otros que conforman la noción de debido proceso (...)"².

En torno al cambio del procedimiento escritural por el verbal en materia civil, el Alto Tribunal Constitucional al pronunciarse respecto de las distintas medidas insertas en la Ley 1395 de 2010, adoctrinó las razones para tener por ajustado a la Constitución ese proceder de creciente oralidad.

Así, indicó que el objetivo de dicha reglamentación

“(...) es evidente: obtener la descongestión de los despachos judiciales a partir de reformas al procedimiento que privilegien la celeridad y la consecución de decisiones sin dilaciones justificadas, de acuerdo con el mandato constitucional, sirviéndose para ello de un modelo procesal regido por la oralidad, de una nueva concepción del procedimiento civil, fundada en la preeminencia de las audiencias orales, en contraposición con el peso específico del proceso escrito (...). El legislador, en ese orden de ideas, hace uso de la amplia facultad de configuración legislativa, a fin de establecer a la oralidad como un instrumento de superación de la inveterada congestión de la jurisdicción civil en Colombia. Esta solución legislativa, que está dirigida a garantizar un proceso eficiente y, a su vez, respetuoso de los derechos fundamentales de las partes, en especial el debido proceso, se muestra prima facie compatible con la Constitución. A su vez, la preferencia que [se] hace (...) por la oralidad en el proceso civil significa una reconceptualización de la función de administración de justicia. Por años, el procedimiento civil ha sido arquetípicamente escrito, incluso respecto de procesos que

² COLOMBIA, CCONST. Sentencia C-124 de 1 de marzo 2011.

formalmente han sido denominados por décadas como ‘verbales’. En tal sentido, la reforma legal en comento busca lograr que la audiencia sea el escenario preferente de desarrollo del proceso (...)”.

“En términos de autores como Chiovenda, ‘la experiencia derivada de la historia permite añadir que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente’. La instauración de la oralidad, en ese orden de ideas, también es un escenario de satisfacción de derechos constitucionales. Ello en el entendido que la audiencia oral está precedida de garantías que, si bien tienen raigambre procesal, son parte integrante de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Estas garantías refieren a la inmediación, la concentración y la publicidad (...)”³.

6.1. La oralidad es un postulado rector de la actual Codificación Procesal Civil y demanda su respeto u observancia con ímpetu dentro de los juicios de esa especialidad, pues a través de ella se logrará la realización de prerrogativas como la contradicción y defensa y ante todo el derecho a ser oído por el juez. Además, se busca garantizarle a los administrados la facultad de ser atendidos directamente y sin intermediarios por los funcionarios judiciales, cuestión que, al final, les impone a todos los sujetos procesales intervenir con transparencia, fundamento de la democracia participativa.

7. El derecho del justiciable a ser oído públicamente es un derecho fundamental aprobado por Colombia por Ley 74 de 1968 e incorporado también a la Constitución por medio de la categoría “*bloque de constitucionalidad*”. La

³ COLOMBIA, CCONST. Sentencia C-124 de 1 de marzo 2011.

tesis opuesta aduce erróneamente que se trata de la configuración de un procesalismo a ultranza, al exigirse la sustentación de la apelación de una sentencia ante el *ad quem*, porque, en su criterio, esa autoridad elabora previamente su fallo de fondo, atendiendo, exclusivamente, a los “reparos concretos” ventilados frente al *a quo* y pretiriendo la posterior argumentación. Esta forma de proceder desconoce los principios prevalentes como la publicidad, transparencia y el derecho a ser oído. Además, pasa por alto, la Observación 13 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas cuando dispone:

“La finalidad de todas estas disposiciones es garantizar la adecuada administración de justicia y a tal efecto, afirmar una serie de derechos individuales como la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”.

Pero más allá de la observación citada, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, y aprobado por Colombia mediante Ley 74 de 1968, en su artículo 14 señala:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por

consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores” (Subrayas ex texto).

El Código General del Proceso concibió la etapa memorada no sólo para que las partes actúen públicamente y con transparencia, exponiendo sus apreciaciones, con el fin de evitar juicios secretos provenientes de los funcionarios jurisdiccionales, y, ante todo, con el propósito de dar cumplimiento a la Constitución y ante el necesario reconocimiento de las garantías y derechos previstos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De tal manera que el nuevo criterio y los oponentes de la oralidad, abogan por el desconocimiento de los derechos fundamentales en los juicios, los cuales deben ser públicos y orales, de otra manera se infringe el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos.

Así, la nueva Codificación Procesal Civil pugna por lograr que los falladores definan los casos bajo su conocimiento en las diligencias establecidas, tras escuchar las aserciones de los extremos de la *litis*.

La oralidad es un principio, es una regla general y un medio para conquistar la democracia en el ejercicio de la actividad procesal en la solución de casos como desarrollo

de la tutela judicial efectiva. No es el culto a la forma, mucho menos, como erróneamente se confunde con leer textos elaborados previamente; no es cuestión de lecto-escritura, porque en estas hipótesis subyace las más de las veces una equivocada concepción que traslada la magna y auténtica misión de juzgamiento en cabeza del juez a los auxiliares. Es tornar público y cristalino el juicio y la función de la judicatura, y por supuesto, la de los representantes de las partes, por cuanto los intervinientes exponen sus argumentos para que sean conocidos, para que haya contradicción y una defensa válida, todo en presencia de la jurisdicción. Procura que el fallo no sea secreto, ni las decisiones se tomen al margen de lo comprobado y vertido en la deliberación racional e instrucción probatoria pública. Es materializar el debido proceso previsto en el art. 29 de la Carta.

Una providencia en esta nueva cultura del Estado constitucional no debe anclarse en lo oculto, en construcciones gramaticales escritas frías, que inclusive atentan contra el medio ambiente porque muchas deben acudir a formas materiales contaminantes, que apartan la interpretación del lenguaje humano y corporeidad, presente en los sentidos y en el proceder de los extremos del litigio. Un sistema oral no puede prescindir del todo de la escrituralidad, es cierto, pero no puede ser un debate de notas o copias o de correos electrónicos donde el juzgador se aleja de la parte, de su rostro y de su sentimiento expresado en la conducta.

La oralidad tiene su manifestación en la inmediación, en la publicidad del litigio y en la concentración uniéndolas íntimamente al compeler al fallador para dirigir directamente la instrucción probatoria, los alegatos y la decisión; cosa que no acontece propiamente con la escrituralidad que en nuestro sistema, distancia al ciudadano del administrador de justicia y torna frío al proceso. Lo escrito es riesgo para la desigualdad y dispersión del pleito, pero esencialmente para la posibilidad de que los sujetos de derecho no sean escuchados, oídos y vencidos en juicio. La audiencia como desarrollo del derecho fundamental a ser oído públicamente por el juez que va a juzgar la causa es un derecho constitucional que no puede ser menoscabado por los propios jueces.

Un procedimiento oral y público, además, potencia la democracia participativa y la posibilidad de que la actividad y las funciones de los jueces sea objeto de escrutinio ante la comunidad jurídica y la opinión pública. Es de esa forma como la ciudadanía puede de primera mano conocer su desempeño, el modelo de juez, los esquemas de administración de justicia y auscultar a quienes fallan los asuntos de la ciudadanía en el reconocimiento de prerrogativas. Por supuesto, compete a esa opinión y a esos visores sociales respetar la autonomía e independencia judicial con enorme celo, sin interferir en tan sagrada labor.

Esa posibilidad de forjar simultáneamente democracia participativa y deliberativa, es propósito, que

únicamente se consolida procurando la concentración de actuaciones para realizar el mayor número de actos en el menor tiempo, agotándolos en una audiencia, en lo posible. Además, ello, da identidad al juzgador que instruye, oye el alegato y resuelve; admite que evacúe los interrogatorios, revise los documentos que se le presentan y analice los testigos y su reacción física y psíquica a los cuestionarios formulados por los intervinientes o por el propio juez. La audiencia permite que el juez observe directamente las cosas u objetos materia del litigio; facilita que reflexione, oiga y defina con fundamento en lo probado y alegado, en inmediatez física y con la activa participación de los sujetos legitimados procesal y sustancialmente. Se trata entonces de la adecuación de la democracia y socialización del proceso civil.

El citado principio también busca el desarrollo de un trámite público, dentro de un tiempo razonable, sin dilaciones injustificadas o inexplicables como ejecución del debido proceso.

8. Se insiste, desde la propia arquitectura del Código General del Proceso, la fundamentación o sustentación de la apelación contra sentencias es durante la segunda instancia en audiencia; y no de otro modo, en desarrollo de la oralidad y de la publicidad, cual de forma puntual lo imponen las premisas insertas en el numeral 5°, art. 327 del aludido Código, al decir: “(...) *ejecutoriado el auto que*

admite la apelación, el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo (...)”, reivindicación consignada en el epílogo del 330 *ibíd.* de la misma manera en: “(...) audiencia de sustentación y fallo (...)”, lo anterior, como efecto directo del art. 3º del *ibídem*, cuando consagra: “Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva (...)” (subraya fuera de texto).

Por esas razones el numeral 6º, art. 107 *ejúsdem* determina: “(...) Las intervenciones orales no podrán ser sustituidas por escritos (...)”, de tal modo que corresponde al juez oír e instruir y conducir personalmente el decurso, al punto de que “(...) [c]uando se produzca cambio de juez que deba proferir sentencia en primera o segunda instancia, quien lo sustituya deberá convocar a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar. Oídas las alegaciones, se dictará sentencia según las reglas generales (...)”. En fin, no es presentar un escrito de sustentación ante un juez diferente al que debe resolver la alzada, sino de exponer los fundamentos del disenso por el recurrente, y consecuentemente, de escuchar y oír los alegatos y la argumentación por el juez a quien directamente corresponde fallar la cuestión, en desarrollo de la inmediación, según se infiere cristalinamente de la nueva axiología procesal.

9. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San

José-Costa Rica- y aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, en su artículo 8.1 resalta el derecho fundamental a ser oído por un juez o tribunal independiente y autónomo:

“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 (...)” (Subrayas fuera de texto).

El verbo oír según la RAE, es “(...) percibir con el oído los sonidos (...) Dicho de una persona: Atender los ruegos, súplicas o avisos de alguien, o a alguien. (...) Hacerse cargo, o darse por enterado, de aquello de que le hablan (...) Tomar en consideración las alegaciones de las partes antes de resolver la cuestión debatida”⁴. De tal modo que no se trata de leer correos electrónicos o de leer textos escritos. Por consiguiente, el derecho fundamental a ser oído solamente se satisface cuando se oye a las partes, cuando se observa e inmedia la conducta procesal y se atienden los reclamos del justiciable.

La Constitución española de 1978 en el art. 120, señala explícitamente, tres premisas centrales sobre el principio que vengo exponiendo y frente al cual se rebela la Sala: “Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. El

⁴ RAE, Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario esencial de la Lengua española*. 22 edic Madrid: Espasa, 2006, p. 1052

procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”⁵.

10. El antecedente que ahora se adopta es una renuncia a la perspectiva de entender la labor del juez como la de un funcionario público integrante de un sistema democrático que no solamente resuelve un caso concreto cuyas decisiones son objeto de un control endoprocésal técnico y funcional por medio de la apelación, sino que también hay terceros con interés y con legitimación en la causa para ejercer control, dado el carácter público y social de sus decisiones, respecto de cuya actividad tienen derecho la ciudadanía, la sociedad civil, así como los medios de comunicación a intervenir. No puede desconocerse que la actividad jurisdiccional en el Estado Constitucional y social de derecho debe ser objeto de control público porque la justicia no puede ser secreta, porque el poder judicial al formar parte de él, esta también sujeto a un control difuso y democrático cuyo titular es la ciudadanía, la sociedad y la opinión pública⁶. La oralidad y la publicidad no atiende, por tanto, exclusivamente al interés de las partes o de los acusados, titulares del control endoprocésal; sino que hoy con mayor rigor comprende a toda la ciudadanía y a los jueces quienes deben rendir cuentas a la ciudadanía y exponer sus fallos en forma pública y oral.

⁵ ESPAÑA, CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, del 27 de diciembre de 1978. Madrid: Colex, 1988, p.163.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Valladolid: Trotta 1998 Pp-407-468.

11. Ello implica que la prueba, la responsabilidad para fallar, la transparencia, la actuación del juez debe ser vista y conocida por todos dentro del marco de la democracia constitucional y esta debe ser difundida. Es necesidad hoy, juzgar el compromiso y responsabilidad de los jueces de la forma como investigan, instruyen y resuelven las controversias. Los ciudadanos tienen el derecho y el deber de fiscalizar la decisión judicial, y estos so pretexto de que los ciudadanos son pasivos o neutros, no pueden sustraerse de que los ciudadanos, sepan cuál es su rendimiento, cómo aplican la ley, cómo responden los retos y problemas actuales. Este estándar democrático no lo cumple la Corte Suprema cuando aboga por sustentaciones anticipadas para que los jueces no realicen audiencias y pasen a juzgar y a decidir a espaldas del ciudadano.

Es tarea de la Corte evitar juzgamientos furtivos, injustos, ocultos, escondidos y encubiertos porque la ciudadanía y su opinión, también el periodismo investigativo debe tener puertas abiertas porque no se trata de tribunales secretos, de inquisición o despóticos sino del derecho a una democracia racional y deliberante. No hay Estado Constitucional, donde haya secretos y penumbras y los jueces como garantes del mismo son los primeros llamados a respetar el derecho fundamental a ser oído pública y directamente por quien va a fallar su causa.

Fecha, *ut supra*.


LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado