

MANUEL ALFONSO CABRALES ANGARITA*ABOGADO***SEÑORA****JUEZ SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE PAMPLONA****E. S. D.****Proceso: EJECUTIVO****Demandante: SAUL LEAL PARADA****Demandados: OMAIRA ISABEL JAIMES MIRANDA Y HUGO SOLANO
SANTIAGO****Radicado: 54743-4089-001-2020-00104-01**

Obrando en mi condición de apoderado de la parte demandada, en el proceso de la referencia, por medio del presente escrito me permito interponer recurso de reposición contra la providencia mediante la cual se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia son fundamentos del recurso los siguientes:

Según se manifiesta el auto el recurso fue declarado desierto en razón a que no fue sustentado dentro del término de los 5 días del traslado ordenado por auto del 25 de junio de 2021.

Como se manifiesta en mismo auto el artículo 14 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, dispone que "Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declara desierto"

La misma norma establece la oportunidad para sustentar el recurso "a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes" lo anterior quiere decir que el recurso se debe sustentar a más tardar dentro de los 5 días siguientes, o sea que puede ser antes y no dentro de esos 5 días como lo está entendiendo la señora Juez.

En el presente caso el recurso de apelación fue interpuesto ante el Juez, de primera instancia y de la misma manera se le hicieron los reparos concretos a la sentencia manifestando el apelante las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

De acuerdo con lo anterior tenemos que el recurso de apelación si fue sustentado dentro del término de ley pues se hizo antes de que venciera el término de los 5 días, como última oportunidad que se tenía para hacerlo, por tanto, el Juzgado, debería haber resuelto el recurso por el cuanto el mismo se encontraba sustentado que es el único requisito que exige la ley para que se resuelva.

Antes del decreto 806, hubo discusión en cuanto si era obligatorio o no que el apelante se presentara a la **audiencia** de fallo para sustentar el recurso de apelación y hubo fallos contradictorios de la Corte Suprema de Justicia, unos en el sentido que no era obligatorio sustentar en la segunda instancia

MANUEL ALFONSO CABRALES ANGARITA

ABOGADO

si ya se había hecho en primera instancia y este criterio fue acogido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, muchos recursos se resolvieron de esa manera.

Ante los fallos de tutela contradictorios sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia de unificación con salvamento de voto, concluyo que si era obligatorio que el apelante hiciera presencia en la **audiencia** de sustentación y la no presencia tenía como sanción la deserción del recurso.

Con el decreto 806 se eliminaron las audiencias presenciales y se autorizó la sustentación de los recursos por escrito, con lo cual mientras la vigencia del decreto no se aplica el sistema oral, que fue el argumento de la Corte Constitucional, para resolver que era obligatorio la presencia del apelante para que de viva voz manifestara su inconformidad con la sentencia apelada, pues se trataba del sistema oral y la cual debían asistir también obligatoriamente los magistrados para resolver el recurso.

Lo establecido en el artículo 14 del decreto 806 de 2020 en cuanto la oportunidad de sustentar el recurso “a más tardar dentro de cinco (5) días siguientes” es igual a lo establecido en el párrafo 1° del artículo 352 del C.P.C, pues para la época la jurisprudencia concluyo que la oportunidad para sustentar era desde el momento que se interponía el recurso y hasta la oportunidad indicada en dicho párrafo.

La Corte Constitucional en el fallo de unificación manifestó:

“Sin embargo, es deber del juez interpretar las normas en el sentido más favorable, con el fin de garantizar el acceso a la administración de justicia, la tutela judicial efectiva y el derecho a la doble instancia.”

Los anteriores planteamientos fueron acogidos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en los fallos de tutela STC-5790-2021 y STC 9175-2021 donde en los fallos de tutela ordenaron dejar sin efecto los autos que declararon desiertos el recurso de apelación y su lugar ordenaron resolver el recurso de apelación interpuesto pues la sustentación se había hecho ante juez de primera instancia.

De acuerdo con todo lo anterior solicito que se revoque el auto impugnado y su lugar se resuelva que el recurso de apelación.



MANUEL ALFONSO CABRALES ANGARITA

C.C. No 13.356.785 de Cúcuta.

T.P. No 51142 del C.S.J.

CORREO ELECTRONICO: manuelalfonso11@hotmail.com

AVENIDA 4E # 6-49 EDIFICIO CENTRO JURIDICO OFICINA 106

CEL: 3102890197 correo manuelalfonso11@hotmail.com

CÚCUTA - COLOMBIA

MANUEL ALFONSO CABRALES ANGARITA

ABOGADO

AVENIDA 4E # 6-49 EDIFICIO CENTRO JURIDICO OFICINA 106
CEL: 3102890197 correo manuelalfonso11@hotmail.com
CÚCUTA - COLOMBIA



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado ponente

STC5790-2021

Radicación n° 11001-02-03-000-2021-00975-00

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

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Se resuelve la salvaguarda que Huber Orlan Henao Escobar le instauró a la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, extensiva a los intervinientes en proceso n° 17013-31-10-002-2019-00482-00.

ANTECEDENTES

1. El libelista pidió que se deje sin efectos la decisión por medio de la cual el convocado declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto de Familia de Manizales, en el declarativo de unión marital de hecho que le promovió

María del Pilar Espinosa Lotero (4 dic. 2020), para que, en su lugar, se desate la alzada formulada.

Expuso, en síntesis, que el Tribunal adoptó dicha determinación porque no sustentó la impugnación en el término que le confirió conforme al Decreto 806 de 2020, desconociendo que el acto lo cumplió por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia en la que se emitió el veredicto, lo que era admisible, teniendo en cuenta que por mandato de dicho estatuto la sustentación no debe hacerse de forma oral, sino por ese medio.

Precisó que de ese modo la Colegiatura denunciada incurrió en un *«formalismo ritual excesivo»*, pues *«(...) la obligación de presentarse personalmente ante el juez para exponerle los argumentos de la apelación es aplicable siempre en el marco de la oralidad para privilegiar el respeto y garantía de principios trascendentales como los de oralidad, concentración, celeridad, contradicción e inmediatez»*, pero no cuando debe surtirse de manera escritural.

Finalmente, destacó que impugnó la determinación confrontada, pero el pasado 4 de febrero esa Colegiatura la respaldó.

2. La Sala remitió el expediente materia de censura y defendió lo confutado. María del Pilar Espinosa Lotero, por conducto de apoderada, se opuso al amparo, ya que su contradictor debía sustentar ante el Tribunal, además que

el escrito que allegó dentro de los tres días a la audiencia contenía los reparos concretos a la sentencia y no la sustentación. También adujo que la suscriptora del libelo no estaba debidamente legitimada para obrar a nombre de Henao Escobar, comoquiera que el mandato adosado no satisface las exigencias del artículo 5 del Decreto 806, ya que no fue aceptado y *“no cuenta con el señalamiento expreso del correo electrónico que tiene registrado la Abogada Isabel C. Vergara en el URNA – SIRNA”*.

No hubo más pronunciamientos para el momento en que esta ponencia fue elaborada.

CONSIDERACIONES

1. Preliminarmente y en virtud de la intervención de María Pilar Espinosa Lotero, demandante en el proceso de objeto de queja constitucional, importa precisar que el mandato conferido por Huber Henao Escobar a la profesional del derecho Isabel Vergara es suficiente para que esta lo represente, sin que la ausencia de su aceptación expresa o la falta de indicación de que su dirección electrónica corresponde a la inscrita en el Registro Nacional de Abogados le reste efectos.

Lo primero, porque el artículo 74 del estatuto adjetivo ni el Decreto 806 exigen la aceptación del poder para su validez, la que, además, se cumplió con la gestión de la togada. Y lo segundo, porque la medida comentada *“permite contrastar los datos del apoderado y verificar la existencia*

del mandato” (C.C. sentencia C420-2020), de lo cual no hay duda, como se pudo constatar del Registro Nacional de Abogados, donde reposa la información de la mandataria, sumado a que al tenor del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, los poderes otorgados para las acciones de tutelas se presumen auténticos.

Por otro lado, las anomalías que puedan generarse por la indebida representación del gestor solo incumben a él, por ser el afectado con la eventual irregularidad.

2. Dilucidado el punto, se advierte que la discusión en torno a si es viable declarar desierta la apelación contra una sentencia que se haya sustentado, por escrito, antes de la oportunidad prevista en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 no es novedosa. La Sala ha dirimido el problema en el pasado. Unas veces ha dicho que la imposición de dicha consecuencia es razonable (CSJ STC882-2021, STC2846-2021, STC1738-2021, STC2846-2021, entre otras) y en otras ha sostenido, categóricamente, que es la medida procedente, pues la carga de sustentar la alzada sea que esta se cumpla de *forma* oral o escrita, debe hacerse, en todo caso, ante el *ad quem* (STC705-2021, STC713-2021, STC005-2021).

Por ejemplo, en STC705-2021, expuso:

(...) el Tribunal acogió una posición contraria a la jurisprudencia decantada de esta Sala, dando por válidas las alegaciones presentadas en primera instancia, sin tener en cuenta que la intención del legislador, ratificada por la sentencia unificadora SU 418 de 2019 de la Corte Constitucional, es que la

sustentación ante el juez de segunda instancia es obligatoria, sea en forma oral como lo establece el Código General del Proceso, ya por escrito como lo señala el decreto 806 de 2020, pero en todo caso ante el juez ad quem, y que no son válidos los argumentos acogidos por el fallador acusado de dar validez y eficacia a los argumentos allegados cuando se propuso el recurso o sea los presentados ante el juez de primera instancia así sean completos (se destaca).

Sin embargo, una nueva mirada del tema impone abordar la problemática anunciada desde el plano constitucional, teniendo en cuenta que el nuevo panorama – escritural- en que transitan las fases de la apelación en virtud del mencionado Decreto impone una revisión más reflexiva a fin de determinar si de verdad resulta proporcional declarar la deserción, cuando de todos modos el impugnante cumplió la carga argumentativa con anticipación al término previsto en el artículo 14 de esa normatividad.

3. El Código General del Proceso estableció que el impugnante debe cumplir tres cargas a fin de que el superior examine la cuestión decidida: *i)* interponer la apelación, *ii)* formular los reparos concretos ante el juez de primera instancia y *iii)* sustentar el recurso ante el superior, (CSJ STC3969-2018, STC7113-2018, STC6359-2020, entre otras); estructura que cambió con la entrada en rigor del artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

La modificación realmente radicó en la forma de recaudo de los argumentos del recurrente para los casos que no requieren la práctica de pruebas, esto es, ya no será oralmente y en audiencia, sino de manera escrita y dentro

de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admite el recurso o niega la práctica de pruebas.

En ese sentido quedó consignado en la parte motiva del Decreto al indicarse que

(...) 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.

En consonancia con ello, se dispuso en el artículo 14:

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 practicarán, se escucharán alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso (se enfatiza).

Significa que la percepción directa, la inmediatez, el debate hablado, así como los otros tantos matices y beneficios que le son propios al régimen de oralidad, ya no son predicables en un contexto guiado por la escrituralidad.

Téngase en cuenta que en el pasado se resaltó que

(...) las normas imponen con cimiento en la oralidad la necesidad de la presencia de los sujetos en la audiencia y de su intervención no sólo para la satisfacción del señalado método sino para garantizar el derecho de defensa y de contradicción, garantías indispensables en el entorno procesal cuyo propósito está enderezado a la justicia (CSJ STC8300, 2019, entre otras).

Lo que estaba en sintonía con el artículo 3° del Código General del Proceso, según el cual *«[l]as actuaciones **se cumplirán en forma oral**, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva»,* al igual que con el numeral 6° del artículo 107, que señala cómo *«[l]as intervenciones orales no podrán ser sustituidas por escritos».*

Por ende, la tesis de la Sala recreada sobre el ambiente de la palabra hablada para justificar la deserción del recurso en ese escenario por la ausencia del apelante a la audiencia contiene unos elementos filosóficos diferentes a la problemática surgida en un entorno gobernado por la escritura, como lo reglamenta el susodicho Decreto.

Desde esa lógica, a pesar de que las condiciones de tiempo y modo establecidas en el artículo 14 del Decreto 806 se muestran estimables frente a libertad de configuración del legislador, a la hora de observar la temática en el plano *supralegal* y en relación con los casos concretos, no es admisible la aplicación automática e irreflexiva de la sanción que contempla la norma en el caso de que se sustente por escrito de forma prematura, esto es,

antes de que inicie el conteo de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admite el recurso o niega la práctica de pruebas; pues, esa tarea debe estar soportada en un análisis ponderado en aras de establecer si las particularidades del caso permiten concluir que la sustentación anticipada era suficiente para la resolución de la alzada, sin que lo adelantado en esa gestión conlleve a sancionar al litigante de forma tan drástica como es el cercenamiento de la segunda instancia.

En efecto, en el panorama actual (escrito) la desatención de la parte en relación con el *momento preliminar en que sustenta su inconformidad* no muestra implicaciones mayores que justifiquen la abstención del *ad-quem* de decidir de fondo, ya que, como la misiva contentiva de dicha sustentación ya está al alcance del juez, resulta excesivo aplicar sin detenimiento la deserción.

Dicho en otras palabras, sin duda cuando el recurrente aporta el escrito de sustentación antes de la oportunidad contemplada en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 actúa de forma deficiente, lo que es censurable en la medida en que desatiente el mandato legal; no obstante, dada la naturaleza del error y su eventual intrascendencia frente a la carga de sustentar la alzada, es desproporcionado que se le sancione con la pérdida del derecho constitucional a impugnar la decisión que finiquitó la primera instancia.

Ciertamente los falladores están llamados acatar y hacer cumplir las formas prescritas por el legislador, como las que se han impuesto para sustentar el recurso de apelación –por escrito y en un momento específico-, de modo que no pueden desconocerlas. Pero también lo es que no las pueden exigir irreflexivamente, pues no son simples ritualidades desprovistas de sentido, sino medios destinados para dotar de validez y eficacia los actos procesales designados a hacer efectivos los derechos de las partes, en este caso, el de impugnar las providencias judiciales.

Por eso, el artículo 11 del estatuto adjetivo, que irradia todas las reglas del procedimiento, demanda al juez que, al interpretarlas, tenga en cuenta que

*(...) el objeto de los procedimientos es **la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial**. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. **El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.***

En armonía con ello, se ha insistido en que

(...) [e]l respeto por las formas propias de cada juicio no implica, en manera alguna que los ritos procesales sean un fin en sí mismos, todo lo contrario, la primacía de lo sustancial, impone que los procedimientos sirvan como medio para lograr la efectividad de la administración de justicia y de los derechos subjetivos de quienes someten sus conflictos a ella.

“No se trata de avalar el desconocimiento absoluto de la ritualidad procesal, pero tampoco de que el funcionario judicial atienda de manera tan rigurosa a esas formalidades, pues ello

Radicación n° 11001-02-03-000-2021-00975-00

apareja un «excesivo ritual manifiesto» que sacrifica prerrogativas constitucionales para salvaguardar la forma (CSJ STC7543-2020).

Por ese camino importa destacar, que esta Corporación en casos que guardan cierta similitud con el presente, ha puntualizado:

(...) Dado que, como la presentación de la demanda de casación, en la dinámica propia de ese recurso, es la manera idónea de sustentar la impugnación, esa actividad, al haberse realizado antes del traslado que la ley señala para el efecto, simplemente fue previa, si se quiere anticipada, por lo que en el caso concreto, tal conducta no determina que esté viciada por extemporaneidad.

*Lo anterior por cuanto, si con el hecho de llegar la demanda a la Corte antes de correrse el traslado al recurrente para que sustente su recurso **no se causa dilación en los trámites, ni se sorprende a la contraparte, ni se vulneran sus derechos, ni implica acortamiento de los términos, mal podría privilegiarse la sola ritualidad con desmedro del derecho sustancial** (Art. 228 C.P), para desatender una opugnación ya sustentada cuyo fin principal es el de unificar la jurisprudencia patria, realizar el derecho objetivo y reparar los agravios inferidos a los sujetos procesales con la sentencia combatida (AC 28 Jul. 2014. Rad. No. 2006-000394-01) (Se resalta. CSJ STC15797-2014).*

Ahora, no es que la Corte se esté contradiciendo con las pautas que trazó en vigencia del Código General del Proceso en virtud de la carga del recurrente de sustentar ante el superior y en audiencia, pues allá, en el contexto de la oralidad y de la prohibición de sustituir las intervenciones orales por escrito, no lucía desmesurado sancionar al recurrente con la deserción del recurso, puesto que al no existir otro momento en el que el censor podía proponer sus argumentos de inconformidad verbalmente, el no asistir a la vista pública destinada para el efecto conllevaba la no sustentación del acto de impugnación;

pero, en estos tiempos, en el panorama de la escritura, cuando la formalidad a la que está ligada el ejercicio del derecho fundamental a la doble instancia y de impugnación ha cumplido su finalidad, pese a su cumplimiento imperfecto por parte del recurrente, la imposición de esa consecuencia parece desproporcionada.

En suma, el recurso de apelación de sentencias, en vigencia del Decreto 806 de 2020, deberá sustentarse ante el superior por escrito y dentro del término de traslado indicado en el artículo 14 de esa norma. Toda sustentación posterior a ese lapso o la omisión del acto procesal desemboca, sin duda, en la deserción de la opugnación. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de aquellas que se realicen con anterioridad a ese límite temporal, comoquiera que, aun cuando resulta ser una actuación inesperada y errada del censor, de todos modos *se cumple con el acto procesal aludido* y el juzgador de segundo grado, en últimas, ya conoce de los argumentos de inconformidad que le dan competencia para resolver, sin que ello implique ninguna afectación a los derechos del no recurrente, pues el apelante no guardó silencio, no superó los términos establecidos para el efecto, así como *«no se causa dilación en los trámites, ni se sorprende a la contraparte, ni se vulneran sus derechos, ni implica acortamiento de los términos»*. Lo contrario, provoca incurrir en un exceso ritual manifiesto en el asunto concreto.

4. En el caso, el Tribunal de Manizales incurrió en exceso ritual manifiesto, pues declaró la deserción de la

apelación que propuso el accionante, sin detenerse a examinar que se había cumplido con la carga de sustentar, aun cuando se realizó con anterioridad a los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto que admitió el recurso, y por esa vía, truncó su derecho constitucional a que se revisara la cuestión decidida.

En efecto, como se infiere del expediente, Henao Escobar luego de apelar en audiencia y formular los reparos concretos frente a la sentencia a través de la cual se declaró que entre él y María del Pilar Espinosa Lotero existió una unión marital de hecho y la consecuente disolución y liquidación de la sociedad patrimonial, aportó escrito de sustentación, en el que, en esencia, precisó que debía ser revocada la decisión concerniente a los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho porque, como lo excepcionó al contestar la demanda, la acción para pedirlos había «*caducado*», conforme al artículo 8 de la Ley 54 de 1990.

Por tanto, se impone conceder la salvaguarda a fin de que juez plural enjuiciado tramite la impugnación del quejoso, en la medida en que cuenta con las razones de inconformidad de este y el acto procesal, aun defectuoso, cumplió con su finalidad.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución, **CONCEDE** la tutela instada por Huber Orlan Henao Escobar.

En consecuencia, se deja sin efecto el interlocutorio de 4 de diciembre de 2020, a través del cual la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales declaró desierta la apelación que el accionante interpuso contra el fallo proferido en el proceso n° 17013-31-10-002-2019-00482-00 y las demás providencias que de él dependan, para que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta determinación, adopte las medidas necesarias a fin de continuar con el trámite de la alzada en comento.

Infórmese a los participantes por el medio más expedito y remítase el paginario a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de no impugnarse esta resolución.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Presidente de Sala

Radicación n° 11001-02-03-000-2021-00975-00

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

(SALVA VOTO)

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

(SALVA VOTO)

SALVAMENTO DE VOTO**Radicación n° 11001-02-03-000-2021-00975-00**

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

La Sala mayoritaria concedió el amparo reclamado por Huber Orlan Henao Escobar frente a la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales; en consecuencia, dejó sin efecto el interlocutorio de 4 de diciembre de 2020, a través del cual la accionada declaró desierta la apelación que el gestor interpuso contra el fallo proferido en el proceso n° 17013-31-10-002-2019-00482-00 y las demás providencias que de él dependan, para que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, adopte las medidas necesarias a fin de continuar con el trámite de la alzada en comento.

Determinación que sustentó, aduciendo:

«En suma, el recurso de apelación de sentencias, en vigencia del Decreto 806 de 2020, deberá sustentarse ante el superior por escrito y dentro del término de traslado indicado en el artículo 14 de esa norma. Toda sustentación posterior a ese lapso o la omisión del acto procesal desemboca, sin duda, en la deserción de la opugnación. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de aquellas que se realicen con anterioridad a ese límite temporal, comoquiera que, aun cuando resulta ser una actuación inesperada y errada del censor, de todos modos se cumple con el acto procesal aludido y el juzgador de segundo grado, en últimas,

Radicación n° 11001-02-03-000-2021-00975-00

ya conoce de los argumentos de inconformidad que le dan competencia para resolver, sin que ello implique ninguna afectación a los derechos del no recurrente, pues el apelante no guardó silencio, no superó los términos establecidos para el efecto, así como «no se causa dilación en los trámites, ni se sorprende a la contraparte, ni se vulneran sus derechos, ni implica acortamiento de los términos». Lo contrario, provoca incurrir en un exceso ritual manifiesto en el asunto concreto».

No comparto la decisión, 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 notaría 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.° 11001-02-03-000-2021-00975-00**

Con el respeto debido a todos los integrantes de la Sala de Casación Civil paso a consignar las razones por las cuales no acompañó 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 practicarán, 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 2º del numeral 3º 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***» (negrillas 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 (...)”¹.

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

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 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 Chioyenda, ‘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 (...)"².

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 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

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

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. 3° 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*”³. 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 procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*”⁴.

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 endoprosesal técnico y funcional por medio de la apelación, sino que

³ RAE, Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario esencial de la Lengua española*. 22 edic Madrid: Espasa, 2006, p. 1052

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 pública⁵. 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.

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

⁴ ESPAÑA, CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, del 27 de diciembre de 1978. Madrid: Colex, 1988, p.163.

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

⁵ 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.