

Popayán, martes, 28 de julio de 2020.

Doctor

JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA.

Magistrado Ponente del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Sala Civil – Familia.

Ciudad.

(sacftribsupayan@cendoj.ramajudicial.gov.co).

Ref.- Proceso declarativo ordinario de petición de herencia, propuesto por la señora SONNIA EUGENIA MARTINEZ BALCAZAR y otros, contra la señora GLADYS HURTADO TORIJANO. **RADICACION # 190013110002-2010-00073-05.**

CARLOS HUMBERTO SARRIA SOLANO, en mi condición de mandatario judicial de la señora **GLADYS HURTADO TORIJANO**, con el debido respeto le manifiesto al H. Magistrado Ponente, **doctor JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA**, que interpongo el recurso de reposición contra la providencia proferida el día lunes, 27 de julio de 2020 y notificada al suscrito vía electrónica el día martes, 28 del presente mes de julio, por medio de la cual el H. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN, Sala Civil-Familia, RESOLVIO: "NO CONCEDER el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por esta Corporación el 10 de julio de 2020, dentro del presente proceso".

Con el debido respeto a la justicia ordinaria, me permito disentir de los argumentos jurídicos expuestos en la mencionada providencia, lo que hago con base en los siguientes,

I.- MOTIVOS DE INCONFORMIDAD.

PRIMERO (1°).- "CONSIDERACIONES PROCESALES EN TORNO A LA CASACIÓN OFICIOSA EN EL CGP".

Con el sano propósito de sustentar el recurso de reposición, me valgo de la seria investigación jurídica llevada a cabo por la doctora LAURA ESTEPHANIA HUERTAS MONTERO, Abogada de la Universidad Externado de Colombia; asistente de investigación del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia y docente de comunidad de derecho procesal de la misma universidad, Ex miembro y

ponente del concurso de semilleros de derecho procesal del año 2013, abogada litigante en Valbuena Abogados y miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

La connotada investigadora, sobre el tema de la casación oficiosa en materia civil, se pronuncia en los siguientes términos:

“En materia de recursos, el Código General del Proceso (CGP) ha mantenido e incluso reforzado la regla dispositiva en tratándose de los medios de impugnación ordinarios. Así por ejemplo, en el recurso de apelación introdujo el sistema de la pretensión impugnativa, para delimitar la competencia del juez de segunda instancia a los reparos concretos formulados por el apelante y no al análisis de toda la situación problemática [1].

“Sin embargo, en relación con el recurso extraordinario de casación el CGP parece que tomó la dirección opuesta [2]. Aunque mantiene las causales clásicas y la técnica que venía del anterior Código de Procedimiento Civil, **adicionó unas nuevas hipótesis en las cuales la Corte Suprema de Justicia podría casar de oficio los fallos de instancia cuando comprometan gravemente el orden o el patrimonio público o atente contra derechos o garantías constitucionales.** (He subrayado y resaltado con negrillas).

“Así, el artículo 336 del CGP prescribe que: “La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante. **Sin embargo, podrá casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales**” [3]. (He subrayado y resaltado con negrillas).

“Esta disposición parece desafiar un poco la concepción tradicional de la casación, entendida como un recurso eminentemente dispositivo y de carácter extraordinario que no implica una tercera instancia, en donde la Corte se limita a estudiar los yerros de los fallos de instancia teniendo en cuenta únicamente los cargos que se hayan formulado expresamente por el recurrente y que se encuentren debidamente enmarcados en alguna de las causales legales taxativamente previstas para este recurso.

“Por esta razón, se hace importante analizar esta nueva institución de la casación oficiosa, pues en ella subyace la confluencia entre la regla técnica dispositiva y la regla técnica oficiosa con poderes amplios del juez, y la necesidad de establecer un equilibrio entre ellas.

“De acuerdo con Piero Calamandrei, la casación sólo puede regirse por el principio dispositivo en la medida en que la ley le atribuye al particular un derecho potestativo de interponer este recurso extraordinario [4]. Sin embargo, se ha criticado esta postura en la medida en que el hecho constitutivo del derecho de impugnar en casación es la existencia de un error de derecho, el cual podría ser puesto de presente de oficio por el juez y sin necesidad de pruebas en virtud del principio *iura novit curia* [5]. Si el juez desconoce el derecho, la Corte de casación es libre de anular la sentencia por yerros distintos a los puestos de presente por el recurrente [6].

“Adicionalmente, puede afirmarse que **el fin del recurso de casación no es únicamente privado**, sino que también subyacen en él fines públicos como la unificación de la jurisprudencia nacional, la integridad del ordenamiento jurídico, **y ahora con el nuevo Código General del Proceso la salvaguarda de los derechos fundamentales y de los derechos constitucionales**, la eficacia de los tratados internacionales en los que Colombia es parte, y la defensa del patrimonio público [7], producto de fenómenos como la Constitucionalización del derecho procesal donde los procedimientos están previstos para garantizar la tutela judicial efectiva de todos los asociados y el proceso civil adquiere un interés social [8]. **Todo esto produce que la ley procesal les otorgue amplias potestades y poderes a los jueces al interior del proceso para responder a esta nueva tendencia.** (He subrayado y resaltado con negrillas).

“El papel oficioso del juez en el recurso extraordinario de casación no es algo novedoso en el derecho procesal colombiano. El Inciso 3 del artículo 184 del nuevo Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004- establece que: “En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso de índole de la controversia planteada, deberá superar los efectos de la demanda para decidir de fondo”.

“En el derecho procesal civil, de conformidad con el artículo 336 del CGP la Corte Suprema de Justicia podría casar el fallo de oficio si la sentencia de segunda instancia compromete gravemente el orden o el patrimonio público **o afecta los derechos y garantías constitucionales**. Aunque puede discutirse qué se entiende por orden y patrimonio público y qué tipo de derechos constitucionales serían susceptibles de ser protegidos mediante la casación oficiosa –discusión que será tratada por la autora en otro escrito-, se hace necesario evaluar en qué oportunidades procesales puede la Corte Suprema hacer uso de la casación de oficio, con el objetivo de ponderar la regla dispositiva que rige este recurso extraordinario en su entendimiento clásico, y los nuevos poderes que ha adquirido esta autoridad.

“Como consideración preliminar, es preciso afirmar que la casación oficiosa debe seguir los mismos requisitos generales de procedencia para el recurso de casación, es decir, que procede únicamente respecto de aquellas sentencias declarativas sobre

las cuales procedería este recurso extraordinario a petición de parte, de acuerdo con el artículo 334 del CGP y con la cuantía del interés para recurrir prevista en el artículo 338 del mismo código.

“La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado recientemente en su jurisprudencia que sólo puede haber casación oficiosa cuando se ha tramitado íntegramente el recurso, es decir, se ha presentado la demanda de casación, se ha admitido, se ha corrido traslado de la misma y se han desestimado por esta corporación en la sentencia los cargos propuestos por el recurrente. Solo en esta hipótesis podría analizarse la posibilidad de casar de oficio el fallo de instancia si se constata una grave vulneración o afectación al orden público, al patrimonio público o a los derechos constitucionales de los asociados.

“En el auto del 9 de noviembre de 2017, con ponencia de Álvaro Fernando García Restrepo, la Corte afirmó:

“Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera la procedencia de aplicar las normas del Código General del Proceso, no sería esta la oportunidad para disponer la casación oficiosa contemplada en el inciso final del artículo 336, puesto que la misma sólo surge una vez tramitado en su integridad el recurso, lo que incluye la presentación de la demanda sustentatoria, su admisión y el traslado con eventual réplica, y ante la circunstancia de no prosperar alguno de los cargos analizados, oportunidad a la que aquí no se ha llegado ni se llegará, dado el fracaso en su germen de la impugnación extraordinaria (...)” [9].

“En el mismo sentido, el magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez en una aclaración de voto a una sentencia proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema el día 5 de julio de 2016 [10], afirmó que:

“(...) De esa manera, la casación oficiosa, leído con cuidado el inciso final de artículo 336 del Código General del Proceso, presupone unas causales, que en regla de principio no se pueden desconocer. Sólo si ellas no conducen al quiebre de la sentencia, y se constata en el fallo, único escenario idóneo de análisis, que se está en presencia de ostensible vulneración del orden o el patrimonio público, o de los derechos constitucionales, se casa oficiosamente la providencia impugnada (...)”.

“Empero, el profesor de esta casa de estudios, Doctor Edgardo Villamil Portilla han afirmado que la casación oficiosa se puede producir en **4 hipótesis** [11]:

“Casación oficiosa sin que medie recurso de casación interpuesto por las partes: “De acuerdo con el mencionado profesor, si la sentencia del Tribunal llega al conocimiento de la Corte Suprema por una vía distinta a la del recurso de casación,

como por ejemplo mediante un recurso de queja o una acción de tutela, aquella se encontraría legitimada para adoptar el papel de juez de casación si evidencia la vulneración del patrimonio u orden público **o a los derechos constitucionales** y a proceder como corresponda. Sin embargo, consideramos que, aunque es una propuesta bastante llamativa, abriría la puerta a un esquema de selección o de revisión similar al que tiene la Corte Constitucional en materia de acciones de tutela que no es común en los procesos civiles, trayendo dificultades operativas y logísticas para implementar el mismo.

“Casación oficiosa con recurso pero sin demanda: El mencionado profesor expone en este caso que, cuando la Corte admita el recurso de casación interpuesto por las partes y corra traslado para la formulación de la demanda de casación, puede suceder que la parte recurrente no presente la demanda. De acuerdo con el artículo 345 del CGP, la Corte deberá declarar desierto el recurso, **sin embargo, en aras de hacer prevalecer la figura de la casación oficiosa y la garantía de los derechos constitucionales y de los bienes colectivos y de interés público,** podría examinar **si la sentencia cumple con alguna de las causales para ser casada de oficio,** y asumir la competencia para ello, **así no haya demanda.** Estamos de acuerdo con este razonamiento, **pues en él se ponderan los poderes oficiosos del juez para proteger el orden y patrimonio públicos y las garantías constitucionales de los particulares** y la regla dispositiva que ha sido natural en el recurso de casación, en la medida en que la facultad oficiosa del juez surge en este caso de la iniciativa de la parte de interponer el recurso. (He subrayado y resaltado con negrillas).

“Casación oficiosa con demanda de casación no admitida: En esta hipótesis, el doctor Villamil plantea que, aun cuando el recurso haya sido admitido por la Corte Suprema, puede suceder que la demanda de casación no lo sea porque no cumple con los requisitos formales del artículo 346 del CGP. Sin embargo, con fundamento en las causales de casación oficiosa y en los fines de este recurso extraordinario, conserve la competencia para casar la sentencia por motivos distintos a los alegados en la frustrada demanda de casación. Al igual que en la hipótesis anterior, estamos de acuerdo con la postura de este profesor, en la medida en que la facultad oficiosa del juez surge en este caso de la iniciativa de la parte de interponer el recurso, ponderando de manera equilibrada las reglas técnicas dispositiva y oficiosa.

“Y, finalmente, podrá haber **casación oficiosa cuando se admitió la demanda de casación,** se corrió traslado de la misma y en la sentencia que resuelve el recurso **se desestimaron todos los cargos alegados en la demanda.** En este caso, **la Corte podría decidir casar el fallo por motivos distintos a los invocados en la demanda.** Esta hipótesis se acompaña con la postura de la Corte Suprema, y aunque pueda afirmarse en un inicio que la Corte desbordaría la competencia trazada por la demanda de casación y su réplica, y que el no recurrente podría ser sorprendido con una causal y un cargo que emerge del poder oficioso que le otorga el legislador al juez de casación, consideramos que **esta situación se justifica con la posibilidad de hacer justicia material y proteger el orden público y las garantías constitucionales,** que **son bienes jurídicos de una**

mayor jerarquía. Bajo estas consideraciones, se concluye que la casación oficiosa prevista en el CGP **propone un cambio de paradigma respecto a la concepción tradicional del recurso de casación eminentemente dispositivo**, el cual se justifica en la medida en que el ordenamiento le da a la Corte Suprema de Justicia potestades más amplias para proteger bienes de interés público y de orden constitucional de superior jerarquía. Sin embargo, en la medida en que la casación no deja de ser un recurso extraordinario y no se convierte en una nueva instancia, las hipótesis procesales para su ejercicio oficioso deben combinar de forma equilibrada el uso de esas facultades judiciales con la iniciativa de parte. (He subrayado y resaltado con negrillas).

Bibliografía:

BONETT ORTIZ, Samir Alberto, "Principio dispositivo de la casación", Revista Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C, Colombia, 2013, ISSN: 0123-2479, (pp.287-298).

Código General del Proceso: Ley 1564 de 2012.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el auto del 9 de noviembre de 2017, M.P: Álvaro Fernando García Restrepo, Exp: AC7478-2017.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de julio de 2016, M.P: Luis Armando Tolosa Villabona, Exp: AC4200-2016. Aclaración de voto de Fernando Giraldo Gutiérrez.

VALENZUELA BERNAL, Camilo, "La oficiosidad en la nueva casación civil", Memorias XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Pereira, 2015, (pp.415-440), p. 415.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo, "Algunas modificaciones a los recursos en el Código General del Proceso", En: Código General del Proceso Ley 1564 de 2012 Comentado con artículos explicativos de miembros del ICDP, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C., 2014, (pp. 335-346).

[1] Art. 328, CGP.

[2] Cfr. VALENZUELA BERNAL, Camilo, "La oficiosidad en la nueva casación civil", Memorias XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Pereira, 2015, (pp.415-440), p. 415.

[3] Inciso final.

[4] Cfr. BONETT ORTIZ, Samir Alberto, "Principio dispositivo de la casación", Revista Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C, Colombia, 2013, ISSN: 0123-2479, (pp.287-298), p. 291.

[5] Cfr. Ibídem, p. 292.

[6] Cfr. En el mismo sentido: Ibídem, p. 296.

[7] Art. 333, CGP.

[8] En el mismo sentido se pronunció el profesor Camilo Valenzuela Bernal, cuando afirma que: "El Código General del Proceso ha superado por completo el viejo

paradigma de que el proceso civil era de interés meramente particular. Los fenómenos de Constitucionalización del Derecho Procesal han llevado a una nueva concepción, según la cual el proceso civil afecta e interesa a toda la sociedad. Esto ha traído como consecuencia la debilitación del principio dispositivo en materia procesal civil. Por ende, no debe resultar sorprendente o incoherente que se les otorgue a los jueces civiles amplias potestades y poderes al interior del proceso, con el fin de garantizar y reivindicar esta nueva concepción (...). En: VALENZUELA BERNAL, Camilo, Óp. Cit, p.

[9] Exp: AC7478-2017.

[10] M.P: Luis Armando Tolosa Villabona, Exp: AC4200-2016.

[11] Cfr. VILLAMIL PORTILLA, Edgardo, "Algunas modificaciones a los recursos en el Código General del Proceso", En: Código General del Proceso Ley 1564 de 2012 Comentado con artículos explicativos de miembros del ICDP, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C., 2014, (pp. 335-346), pp. 337-430.

SEGUNDO (2°).- Aplicar sin más explicación jurídica y teleológica el contenido del artículo 338 del CGP, que prescribe: "Cuantía del interés para recurrir. Cuando las pretensiones sean esencialmente económicas, el recurso procede cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea superior a un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1000 smlmv). Se excluye la cuantía del interés para recurrir cuando se trate de sentencias dictadas dentro de las acciones populares y de grupo, y las que versen sobre el estado civil", es sencillamente aplicar dicha norma de manera exegética con el consecuente desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas que presentan una debilidad manifiesta como es el caso de la **octogenaria GLADYS HURTADO TORIJANO**, además enferma (padece de vértigo en una de sus audiciones), sola y sin bienes de fortuna y de reposo en el ocaso de su existencia enfrentando no solo la justicia ordinaria de familia, sino también la justicia penal, por cuanto sus cuñados no tuvieron compasión al denunciarla penalmente por el supuesto delito de fraude procesal, donde la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha expresado que este delito no se configura cuando se trata de sucesiones establecidas por vía notarial.

"Fraude procesal no se materializa en una actuación notarial.

"El delito de fraude procesal solo se materializa cuando se realiza en una actuación judicial o administrativa, pero no notarial, pues los notarios no administran justicia ni tampoco tienen la calidad de autoridades administrativas.

"Así lo reiteró la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al indicar que ese punible implica la pretensión de obtener sentencia, resolución o acto administrativo, decisiones que no competen al notario. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 42258, oct. 16/13, M. P. José Luis Barceló).

TERCERO (3°).- En la misma Sentencia C-213 de 2017, leemos:

“CUANTIA DE PRETENSIONES COMO CRITERIO DE PROCEDENCIA DE RECURSOS JUDICIALES- “No es aplicable en casos en que las pretensiones no sean esencialmente económicas o se trate de acciones de grupo, populares y de estado civil”.

“ESTADO-Protección especial a personas en circunstancias de debilidad manifiesta”.

“Esta Corporación ha señalado que el derecho de acceso a la administración de justicia protege las siguientes posiciones iusfundamentales: **(iii)** el derecho a que durante el curso de un proceso se asegure la igualdad de las partes y el derecho al debido proceso; **(vi)** el derecho a que las decisiones judiciales se ajusten al ordenamiento jurídico y **(vii)** la vigencia de mecanismos para facilitar el acceso a la justicia por parte de los pobres. El resultado de ensamblar estas posiciones permite configurar el núcleo básico del derecho de acceder a la administración de justicia cuya violación resulta intolerable, incluso cuando ello tiene lugar por la actuación del legislador”.

No cabe duda que señora GLADYS HURTADO TORIJANO, además de pertenecer al rango del adulto mayor, con graves quebrantos de salud, se trata de una persona sola y en estado absoluto de pobreza y en estas condiciones en el ocaso de su existencia, merece ser protegida por el Estado Colombiano, por presentar una debilidad manifiesta tal como está acreditado en el plenario.

Así mismo, tenemos que la H. Corte Constitucional en su **Sentencia T-252/17**, respecto de adulto mayor en Colombia, se expresó en los siguientes términos:

“SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Procedencia excepcional de la tutela cuando se ponen en riesgo derechos fundamentales.

“ADULTO MAYOR-Sujeto de especial protección constitucional.

“Los adultos mayores son un grupo vulnerable, por ello han sido catalogados como sujetos de especial protección constitucional en múltiples sentencias de esta Corporación. Desde el punto de vista teórico, esto puede obedecer a los tipos de opresión, maltrato o abandono a los que puede llegar a estar sometida la población mayor, dadas las condiciones, físicas, económicas o sociológicas, que la diferencian de los otros tipos de colectivos o sujetos. (He subrayado y resaltado con negrillas).

“PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD CON PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.

“Respecto de los adultos mayores existe una carga específica en cabeza del Estado, la sociedad y la familia para que colaboren en la protección de sus derechos, ya que éstos se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor en comparación con otras personas. Sin embargo, el Estado es el principal responsable de la construcción y dirección de este trabajo mancomunado, que debe tener como fin último el avance progresivo de los derechos de la población mayor. (He subrayado y resaltado con negrillas).

“SUBSIDIO ECONOMICO PARA ADULTO MAYOR-Procedencia excepcional de la acción de tutela para proteger derechos fundamentales de ancianos en extrema pobreza. Magistrado Ponente (E): IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.

II.- DE MANERA SUBSIDIARIA, CON EL DEBIDO RESPETO LE MANIFIESTO AL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN, SALA CIVIL-FAMILIA, SIENDO PONENTE EL MAGISTRADO, DOCTOR JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA, QUE INTERPONGO EL RECURSO DE QUEJA ANTE LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL-AGRARIA, CON EL PROPÓSITO QUE DICHA ALTA CORPORACION DE JUSTICIA LE ORDENE AL TRIBUNAL QUE CONCEDA EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION INTERPUESTO Y SUSTENTADO OPORTUNAMENTE, Y EN CONSECUENCIA, SOLICITO QUE POR SECRETARÍA DEL H. TRIBUNAL, SE EXPIDAN LAS CORRESPONDIENTES PIEZAS PROCESALES PARA TAL FIN.

Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 353 del CGP, disposición que es del siguiente tenor:

“Artículo 353. Interposición y trámite.

“El recurso de queja deberá interponerse en subsidio del de reposición contra el auto que denegó la apelación o la casación, salvo cuando este sea consecuencia de la reposición interpuesta por la parte contraria, caso en el cual deberá interponerse directamente dentro de la ejecutoria.

“Denegada la reposición, o interpuesta la queja, según el caso, el juez ordenará la reproducción de las piezas procesales necesarias, para lo cual se procederá en la forma prevista para el trámite de la apelación. **EXPEDIDAS LAS COPIAS SE REMITIRÁN AL SUPERIOR,** quien podrá ordenar al inferior que remita copias de otras piezas del expediente. (He subrayado y resaltado con mayúsculas y negrillas).

“El escrito se mantendrá en la secretaría por tres (3) días a disposición de la otra parte para que manifieste lo que estime oportuno, y surtido el traslado se decidirá el recurso.

“Si el superior estima indebida la denegación de la apelación o de la casación, la admitirá y comunicará su decisión al inferior, con indicación del efecto en que corresponda en el primer caso.

III.- NOTIFICACIONES ELECTRONICAS.

Para los efectos legales consagrados en los ACUERDOS PCSJA20-11561 y PCSJA20-11581 del 5 y 27 de junio de 2020 emanados del H. Consejo Superior de la Judicatura y del Parágrafo del artículo 295 del CGP, suministro mi correo electrónico: carloshumbertosarriasolano71@hotmail.com

Atentamente,

CARLOS HUMBERTO SARRIA SOLANO.

C.C. N° 10.520.707 Popayán.

T.P. N° 34.851 del C.S. de J.