



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada ponente

STC4339-2018

Radicación n.º 25000-22-13-000-2017-00552-01

(Aprobado en sesión de catorce de marzo de dos mil dieciocho)

Bogotá, D. C., cuatro (4) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Se decide la impugnación interpuesta frente la sentencia proferida el 18 de enero de 2018, mediante la cual la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca concedió la acción de tutela promovida por Fernando López Valencia, actuando en su nombre y en el de la menor [XX]¹, en contra del Juzgado de Familia de Soacha, vinculándose a las partes e intervenientes en el juicio cuestionado.

ANTECEDENTES

1. El gestor demandó la protección constitucional de los derechos fundamentales de él y de su representada a «*la personería jurídica*», «*filiación*», acceso a la administración de justicia, debido

¹ En virtud del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia, armonizado con el canon 7 de la Ley 1581 de 2012, se omite el nombre de los menores.

proceso, derechos de los niños, en especial «*a la filiación*», «*a tener una familia*», «*a la personalidad jurídica*», y «*a conocer a sus familiares biológicos*», presuntamente vulnerados por la autoridad judicial acusada.

2. Arguyó, como sustento de su reclamo, en síntesis, lo siguiente:

2.1. En enero de 2006 la señora Nini Yohanna Arias Jiménez formuló demanda de alimentos en favor de las menores [YY] y [XX] y en su contra, ante el juzgado Primero de Familia de Bogotá, rad. 2005-0824 en el que se ordenó descontar de su salario el 33%, y desde abril de 2008 ese mismo porcentaje de las prestaciones sociales como suboficial de la Policía Nacional.

2.2. En junio de 2008 trató ante el Estrado Homólogo Segundo impugnación de paternidad respecto de la menor [XX], rad. 2008-0592, el cual terminó con sentencia el 1º de julio de 2011, que declaró la caducidad de la acción y le negó las pretensiones.

2.3. El 19 de agosto de 2014 presentó, «*denuncia ante la Dirección de Servicios y Atención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Soacha, por cuanto desde hacia más de nueve años no había podido tener contacto con las niñas y p[idió] se investigara la actitud del padrastro con el que convivían y las expresiones de afecto que este mostraba a su hija [YY]*» y en dicho trámite fue citado junto con la señora Nini Yohanna Arias, para realizarse «*un estudio de paternidad e identificación tanto [de él], como de la menor [XX]*» y realizada la prueba genética, el resultado emitido el 26 de diciembre siguiente determinó que «*La paternidad del SR. FERNANDO LÓPEZ VALENCIA con relación a [XX] es incompatible según los sistemas resultados en la tabla. Segundo resultado verificado, paternidad excluida*», por lo que [XX] no es su hija.

2.4. El 25 de mayo de 2015 inició proceso de impugnación de paternidad respecto de la menor [XX] ante el Juzgado de Familia de Soacha, rad. 2015-00346, el cual terminó el 15 de agosto de 2017 con sentencia anticipada al decidir cómo previas, las excepciones de mérito de cosa juzgada y caducidad de la acción.

2.5. Se queja que el referido fallo incurrió en defecto procedural absoluto porque el juez «*actuó al margen del procedimiento establecido que se venía llevando (Código General del Proceso) dando aplicación a un procedimiento que no estaba vigente (lo regulado por el Código de Procedimiento Civil)*»; y en «*defecto sustantivo por no emplearse la normatividad correcta que permitiera definir el asunto en estricto derecho, pues se declaró la caducidad de la acción fundamentado en los argumentos de la sentencia precedente a pesar de haberse interpuesto la demanda en los términos de ley*».

3. Pidió, conforme a lo relatado, revocar la sentencia de 15 de agosto de 2017 y en su lugar, ordenar al Juzgado de Familia de Soacha, «*continuar el trámite del proceso de impugnación de paternidad, en todas sus etapas procesales, esto es etapa de pruebas; etapa de alegatos de conclusión y la respectiva sentencia donde se resuelvan las excepciones de mérito de cosa juzgada y caducidad de la acción*»; y si es procedente, «*se designe o [...] informe al funcionario público respectivo para que realice el seguimiento del proceso a fin de garantizárse[le] respeto al debido proceso [...], o en su defecto y si a ello hay lugar, se designe un juez diferente que continúe el trámite del proceso de impugnación de paternidad*»; y en caso de considerarse que «*es procedente fallar las excepciones de mérito de cosa juzgada y caducidad de la acción en la etapa que resuelve excepciones de mérito, se niegue la prosperidad las mismas, por no tener fundamento legal para ello*» (ff. 327-357 cuad. 1).

4. Mediante auto de 19 de diciembre de 2017 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca admitió la solicitud

de protección (f. 360 cuad. 1.), y el 18 de enero siguiente concedió el amparo rogado (ff. 380-385 ibid.).

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

1. El Juez de Familia accionado manifestó que el 15 de agosto de 2017 declaró probada la excepción previa de cosa juzgada, con fundamento en sentencia de 1º de julio de 2011 del Juzgado 2º de Familia Bogotá que «*declaró la caducidad de la acción de impugnación de paternidad extramatrimonial incoada por el señor LÓPEZ VALENCIA en contra de la señora NINI YOHANNA ARIAS JIMÉNEZ, providencia que se encuentra en firme. Igualmente, con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo transitorio final de la Ley 1060 del año 2006, norma que otorgó a personas que con anterioridad habían promovido acción de impugnación de paternidad o maternidad, siempre que la decisión de fondo hubiese sido adversa, la posibilidad de incoar nuevamente la acción, dentro del término de 180 días siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la aludida ley*», por lo que no ha transgredido los derechos fundamentales del actor, amén que éste tenía la posibilidad de impugnar la decisión, lo cual no hizo (ff. 368-369 cuad. 1).

2. El Procurador 61 Judicial II de Familia adujo que no se cumplen los presupuestos de procedibilidad de la tutela porque si bien el actor apeló la decisión cuestionada, que le fue concedida, posteriormente fue declarada desierta (ff. 370-372 ibid.).

3. La Defensora de Familia del ICBF, Regional Cundinamarca, Centro Zonal Soacha, solicitó la desvinculación de dicha entidad por considerar que ha realizado todas las actuaciones conforme a las peticiones que le han presentado, derivadas de la denuncia que le fue presentada, a la que aluden los hechos del libelo (f. 374 ib.).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal *a quo* concedió el amparo, y le ordenó al juez acusado que «*deje sin valor ni efecto el auto dictado en el asunto sub examine el 4 de octubre de 2017 y, en su lugar, conforme la normativa procesal imperante tramite el recurso de apelación que el actor radicó*» por considerar que el funcionario acusado «*sin fundamento fáctico y jurídico declaró desierta la apelación que el tutelante radicó contra la decisión que declaró probada la excepción previa de cosa juzgada en el consabido juicio de impugnación*», siendo que «*en el instante en que ese sentenciador concedió la alzada únicamente expresó que su trámite estaba "a costa de la parte recurrente", sin embargo, con posterioridad decretó la deserción del recurso por el no pago de los importes de ida y de regreso, accionar que, a no dudarlo, resulta injusto porque al promotor nunca se le informó que debía atender esa carga dentro de un plazo determinado y que su inobservancia traía consigo castigo alguno*».

Seguidamente, señaló que «*la norma que sirvió de sustento para declarar deserto el recurso vertical no podía emplearse en el caso sometido a escrutinio, a saber el inciso 2º del artículo 324 del Código General del Proceso, si se tiene que ese canon autoriza a ese tipo de declaratorias en el evento de que el recurrente no paga las copias ordenadas a expedir, concepto que diametralmente es distinto al extrañado por el juez acusado, debido a que el mismo se refiere al pago los importes de envío y de regreso*» lo cual, «*revela la infracción cometida [...] por el juzgador denunciado que a todas luces trasgrede el debido proceso y la doble instancia y, por ende, debe ser remediada por la jurisdicción de tutela con miras a resguardar las prerrogativas fundamentales del impulsor del auxilio, tanto más cuando el proceder de ese juez no lo autoriza la novísima codificación procesal, en tanto que ninguno de sus cánones expresamente indican que el no pago de los portes de y de regreso traen como consecuencia que el recurso de apelación deba declararse deserto, aspecto respecto del cual la jurisprudencia nacional no ha dicho lo contrario*» (ff. 380-385 cuad. 1).

LA IMPUGNACIÓN

La formuló el apoderado de la señora Nini Yohanna Arias Jiménez, aduciendo que el gestor en repetidas oportunidades ha presentado «*demandas sin sustento o con fallos ya ejecutoriados o cuyo trámite abandona en su oportunidad, y la acción de tutela, no puede utilizarse como paracaídas ante tantas falencias, y menos aún, que sea contraria a lineamientos establecidos en reiterada jurisprudencia sobre el mismo asunto, dado que existe la primacía los derechos de los menores sobre los demás y el oílo en que deben incurrir las autoridades judiciales para impedir que se le vulnere el debido proceso a los menores de edad cuando haya en curso una acción judicial*» (f. 392 ibid.).

CONSIDERACIONES

1. La reiterada jurisprudencia ha sostenido, en línea de principio, que este amparo no es la vía idónea para censurar decisiones de índole judicial; sólo, excepcionalmente, puede acudirse a esa herramienta, en los casos en los que el funcionario adopte alguna determinación «*con ostensible desviación del sendero normado, sin ecuanimidad y apoyado en el capricho o en la subjetividad, a tal punto que estructure “vía de hecho”*», y bajo los supuestos de que el afectado concurra dentro de un término razonable a formular la queja, y de que «*no disponga de medios ordinarios y efectivos para lograrlo*» (ver entre otras, CSJ STC, 3 de mar. 2011, rad. 00329-00).

El concepto de vía de hecho fue fruto de una evolución pretoriana por parte de la Corte Constitucional, en razón de la necesidad de que todo el ordenamiento jurídico debe respetar los derechos fundamentales como base de la noción de «*Estado Social de Derecho*» y la disposición contemplada en el artículo 4º de la Carta Política. Así hoy, bajo la aceptación de la probabilidad que

sentencias judiciales desconozcan prerrogativas esenciales, se admite por excepción la posibilidad de amparar esa afectación siempre y cuando se cumplan los siguientes presupuestos: 1. Generales: *«a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; b) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez; d) Cuando se trate de una irregularidad procesal; e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y f) Que no se trate de sentencia de tutela»* y, 2. Especiales: *«a) Defecto orgánico; b) Defecto procedimental absoluto; c) Defecto fáctico; d) Defecto material o sustantivo; e) Error inducido; f) Decisión sin motivación; g) Descorocimiento del precedente y h) Violación directa de la constitución»* (C-590/2005, reiterada, entre otras, SU-913/2009 y T-125/2012).

2. Estudiada la inconformidad planteada, surge que el censor, al estimar que se obró con desprecio de la legalidad por supuestamente incurrirse en causal específica de procedibilidad por *«defecto procedimental absoluto»* y *«sustantivo»* enfila su reproche, contra la providencia de 15 de agosto de 2017 que terminó anticipadamente el proceso cuestionado; porque, en su sentir, decidió como previas las excepciones de mérito de cosa juzgada y caducidad de la acción.

No obstante el anterior reclamo, el tribunal *a quo* constitucional amparó el derecho fundamental a la doble instancia por razones diferentes a las propuestas por el reclamante al considerar que la sanción impuesta no se encuentra consagrada en el ordenamiento legal vigente, amén que nunca se le informó al

recurrente que debía atender la carga del envío del expediente al superior dentro un plazo determinado.

3. Del examen de las pruebas arrimadas, observa la Corte, en lo concerniente con la queja constitucional, lo siguiente:

- a) Demanda de impugnación de la paternidad legítima respecto de la menor [XX] presentada por el señor Fernando López Valencia, aquí accionante, en contra de la señora Nini Yohanna Arias Jiménez; y auto admisorio proferido el 4 de agosto de 2015 por el Juzgado de Familia de Soacha (ff. 92-106 y 182 cuad. 1).
- b) Escrito de contestación de la demanda y formulación de defensas de mérito denominadas «*EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA*» y «*CADUCIDAD DE LA ACCIÓN*»; y memorial de excepciones previas con la misma denominación (ff. 211-216 y 4-8 ibid.).
- c) Acta de la «*AUDIENCIA ARTÍCULO 101 DEL C.P.C. [sic]*» efectuada el 15 agosto 2017 en la que se declaró «*prospera la EXCEPCIÓN PREVIA DE COSA JUZGADA, formulada de manera oportuna por el extremo pasivo, señora NINI YOHANNA ARIAS JIMÉNEZ*», y dispuso atenerse «*a lo dispuesto en sentencia [ej]manada del Juzgado Segundo de Familia de Bogotá, de fecha julio primero (1º) de 2011, con relación a la CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, un asunto juzgado, toda vez que esa sentencia se encuentra en firme*» (f. 294 ib.).
- d) Grabación de la anterior audiencia, que da cuenta que contra la «*sentencia anticipada*» formuló apelación el extremo demandante, la que fue concedida en el efecto suspensivo, dejándose constancia que «*las costas del recurso corren por cuenta de la parte recurrente*» (cd «*2015-343.mp3*», f. 293 ib.).

e) Proveído de 4 de octubre de 2017 mediante el cual el juzgado accionado agrega a los autos «comunicación proveniente la empresa de correo certificado “la Red Postal de Colombia 472” haciendo devolución del paquete con oficio N° 1520, informando que han pasado más de diez (10) días hábiles sin que nadie se acercara a pagar el porte de ida y regreso del expediente a fin de que se surta el recurso de apelación», por lo cual, «de conformidad con el inciso dos del artículo 324 el CGP se declara DESIERTO el recurso de apelación interpuesto por el demandante FERNANDO LÓPEZ VALENCIA a través de apoderado, contra sentencia de fecha 15 de agosto de 2017 proferida por ese despacho» (f. 316 ib.).

4. Del análisis de los medios de convicción obrantes en las presentes diligencias se anticipa la confirmación de la decisión de primer grado, y no se acoge los motivos de inconformidad planteados por el accionante en tutela, a pesar que se obvió controvertir la determinación que declaró desierta la alzada a través del mecanismo defensivo contemplado en la ley adjetiva civil – *recurso de reposición*-, según pasa a exponerse:

4.1. La Corte al ocuparse de asuntos que guardan simetría con el aquí abordado, sostuvo que:

[E]xisten circunstancias verdaderamente excepcionales que, puntual y casuísticamente verificadas, posibilitan que sólo y únicamente cuando la decisión cuestionada encierra, per se, una anomalía en grado tal que el yerro enrostrado luzca bajo cualquier óptica inadmisible, por causa de producir de manera desmesurada un menoscabo y «peligro para los atributos básicos», es posible la extraordinaria intervención del juez de amparo, no obstante la negligencia desplegada, por quien depreca el resguardo, al abandonar las vías legales con que cuenta para remediar sus males directamente en el proceso...» (CSJ STC, 4 feb. 2014, rad. no. 00088-00, reiterada en CSJ STC11491-2015, 28 ago. 2015).

En igual sentido, había dicho que:

(...) Se impone entonces proteger los derechos reclamados por la parte accionante, en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. No soslaya la Corte que si bien no se utilizaron las herramientas que se tuvieron al alcance para impugnar las decisiones que ahora cuestiona, habida cuenta que no se interpuso recurso de reposición frente a ellas, "tal abandono no tiene la suficiente trascendencia para denegar el amparo [...]" (sentencia de 2 de octubre de 2012, exp. 00328-01) (CSJ STC, 12 Oct. 2012, rad. 01545, reiterada, entre otras, en STC11491-2015, 28 ago. 2015) (se resalta).

4.2. En el *sub examine*, se declaró desierto el medio de defensa vertical que el quejoso formuló contra la determinación que resolvió la excepción previa de cosa juzgada y la tuvo por probada, por considerar que era esa la consecuencia procesal a aplicar con fundamento en el inciso 2º del canon 324 del Código General del Proceso, por cuanto transcurrieron más de diez (10) días sin que el recurrente se acercara al correo a pagar el porte de ida y regreso del expediente a fin de surtir la alzada.

Determinación que, a no dudarlo, a pesar de la desidia desplegada por el querellante, al no formular medios de defensa, configura la excepción al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, según el señalamiento que viene de enunciarse, ante el protuberante error del acusado y que la Corte no puede pasar por alto en aras de salvaguardar la prevalencia de las garantías constitucionales.

4.3. Delanteramente debe precisarse, en relación con el envío del expediente a un lugar diferente al de la sede del juzgado, que:

4.3.1. El Código de Procedimiento Civil establecía en su artículo 132, que «*La remisión [del expediente] a un lugar diferente se hará por*

correo ordinario. La parte a quien corresponda pagar el porte deberá cancelar su valor de ida y regreso en la respectiva oficina postal, dentro de los diez días siguientes al de la llegada a ésta del expediente o de las copias» y, «Si pasado este término no se han pagado en su totalidad, el jefe de dicha oficina los devolverá al juzgado remitente con oficio explicativo, y el juez declarará desierto el recurso si fuere el caso, por auto que sólo tiene reposición».

4.3.2. El actual Código General del Proceso, en relación con el tema dispuso en el canon 125, que «*La remisión de expedientes, oficios y despachos se hará por cualquier medio que ofrezca suficiente seguridad. El juez podrá imponer a las partes o al interesado, cargas relacionadas con la remisión de expedientes, oficios y despachos. En los despachos en los que se encuentre habilitado el Plan de Justicia Digital, las remisiones se realizarán a través de la habilitación para acceder al expediente digital.*

4.3.3. Al revisar la nueva codificación procesal se observa que esta no contempló un medio específico ni un término legal para el envío del expediente al superior cuando la remisión debe hacerse a un lugar diferente de la sede del despacho judicial del *a quo*, como tampoco estableció una determinada sanción en el evento de que así no se proceda, contrario a lo que sobre el particular establecía el C. P. C., según atrás quedó señalado; sin embargo, la ley civil adjetiva actualmente vigente –Ley 1564 de 2012- facultó al juez para que, en cada caso específico y tras realizar las ponderaciones correspondientes, éste determine a qué extremo procesal le corresponde realizar las gestiones respectivas para el traslado del *dossier*, la escogencia del medio de transporte que para tal efecto se precise, su pago y el término dado para cumplir con dichas órdenes, dado que a la fecha no se encuentra habilitado el Plan de Justicia Digital.

La anterior «*carga procesal*», señalase, en modo alguno riñe con el entendido, que por demás está erigido a la categoría de principio, de que el acceso al servicio público de la administración de justicia obedece a la «*gratuidad*» prevista en la regla 10 del C. G. del P., según el cual «*[e]l servicio de justicia que presta el Estado será gratuito, sin perjuicio del arancel judicial y de las costas procesales*», siendo que los referidos emolumentos han de ser sufragados por la parte interesada en la producción del acto correspondiente, dado que la apuntada gratuitidad no comporta que los usuarios que acceden a la justicia se vean relevados de proporcionar las sumas de dinero necesarias para sufragar el importe del envío a las empresas de correo, a través de las cuales se deben remitir los expedientes a un lugar diferente a la sede del despacho judicial.

Por consiguiente, le corresponde al juzgador, siguiendo el entendimiento dado al artículo 125 del C. G. P., imponer a las partes o interesados la carga procesal del pago del valor de ida y regreso del expediente, (portes) señalando un término judicial para su cumplimiento, y en caso de no acatamiento proceder al requerimiento de que trata el artículo 317 del CGP, e incluso, de persistir la inobservancia bien puede aplicar la figura del desistimiento tácito que contempla dicha norma. Desde luego que en garantía del debido proceso, en la misma providencia que disponga la remisión del expediente a otro despacho judicial ubicado en una sede territorial diferente, el fallador deberá expresar de manera inequívoca la orden e identificar el llamado a cumplirla.

4.4. Con ese miramiento, descendiendo al caso concreto, aflora clara la equivocación del juzgado accionado al imponer una sanción que no se halla contemplada en la actual codificación procesal civil, la

que si bien sustentó en lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 334 del Código General del Proceso, no tiene cabida, porque tal norma establece que *«cuando el juez de primera instancia conserve competencia para adelantar cualquier trámite, en el auto que conceda la apelación se ordenará que antes de remitirse el expediente se deje una reproducción de las piezas que el juez señale, a costa del recurrente, quien deberá suministrar las expensas necesarias en el término de cinco (5) días, so pena de ser declarado desierto. Suministradas oportunamente las expensas, el secretario deberá expedirlas dentro de los tres (3) días siguientes»*, empero, en el *sub judice* se concedió la alzada de la determinación cuestionada en el efecto suspensivo, y si bien es cierto que se advirtió que *«las costas del recurso corren por cuenta de la parte recurrente»*, también lo es que no se señaló que el juzgado siguiera conociendo un trámite dentro del juicio y que, por ende, el apelante estaba obligado al pago de expensas necesarias para la expedición de copias, único caso en el que de no suministrarse tales emolumentos, había lugar a declarar la deserción del medio vertical.

Nótese que en parte alguna la norma invocada por el juez censurado hace alusión a que el *«no pago del porte de ida y regreso»* del expediente conlleva una sanción procesal de esa naturaleza, pues valga decirlo, son disímiles la labor de expedición de copias y la de envío del proceso al superior.

Además de lo anterior, no podía aplicarse una penalidad que otrora se encontraba contenida en el canon 132 del Código de Procedimiento Civil, pero que ya no prevé la ley procesal vigente, puesto que las sanciones procesales son de creación legal, las que no se pueden aplicar por analogía.

Frente al tema, la Corte Constitucional sostuvo que:

Respecto del principio de legalidad de las sanciones, esta Corte ha desarrollado jurisprudencia, en la que ha establecido la prohibición de imponer sanciones si no es de acuerdo a las normas sustanciales previas que las determinen. Ha dicho además que la finalidad de este principio consiste en garantizar la libertad de los administrados y controlar la arbitrariedad judicial y administrativa mediante el señalamiento legal previo de las penas aplicables (C-435 de 2004).

En consecuencia, quien incurre en una actuación prohibida en la ley debe conocer previamente cuales son las consecuencias jurídicas de su comportamiento. Y este castigo de ninguna manera puede ser definido con posterioridad a la comisión del acto ilegal porque se abriría la puerta a una posible arbitrariedad. Ha definido además ciertos requisitos que exige este principio. Al respecto ha dicho que:

“(…) el principio de legalidad de las sanciones exige: (i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo (...) al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no sólo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable. Obviamente, esto no impide que el legislador diseñe mecanismos que permitan la graduación de la sanción, como el señalamiento de topes máximos o mínimos” (Sent. C-067 de 2016).

4.5. La determinación judicial enunciada condujo, sin hesitación alguna, al quebranto del derecho al debido proceso, pues conllevó a cercenarle al quejoso la segunda instancia, dado que no estableció los términos en que debía cumplirse la carga del envío del expediente al superior, como tampoco agotó los mecanismos que el Código General del Proceso prevé para lograr su acatamiento, por lo que esa situación excepcional no puede tenerse por subsanada por el silencio de la parte, pues en verdad resulta palmaria, desproporcionada e inadmisible.

Por lo tanto, se imponía, por encima de toda consideración procurar la salvaguarda de las garantías denunciadas, en especial

el debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial, como en efecto lo hizo el Tribunal constitucional *a quo*.

5. Si bien la pretensión tutelar del actor se circunscribió a que se revocara la sentencia de 15 de agosto de 2017 y en su lugar, se ordenara al Juzgado de Familia de Soacha, «*continuar el trámite del proceso de impugnación de paternidad, en todas sus etapas procesales*» hasta llegar a la respectiva sentencia «*donde se resuelvan las excepciones de mérito de cosa juzgada y caducidad de la acción*», negando la prosperidad las mismas, «*por no tener fundamento legal para ello*», precisa la Corte que el resguardo no puede dispensarse en ese sentido, sino en la forma en que lo determinó el Tribunal *a quo*, por cuanto, según quedó visto, en el *sub judice* el actor aún cuenta con el recurso ordinario de apelación, por lo que atendiendo el carácter subsidiario de la acción de tutela, el reclamante no puede aspirar a que el fallador constitucional se pronuncie sobre un tópico que le corresponde decidir al juez de la causa –y para el caso, al superior jerárquico-, por cuanto, de admitirse, implicaría reemplazar los instrumentos ordinarios a través de los cuales se puede buscar la protección de tales prerrogativas dentro de la causa, porque «*la acción de amparo no se instituyó con el propósito de reemplazar los procesos ordinarios o especiales que llevan implícitos medios de defensa para la salvaguarda de los caros intereses superiores, por cuanto esas herramientas fueron las diseñadas por el legislador para que de ellas hicieran uso los sujetos procesales dentro de cada asunto en particular*» (CSJ STC 10 ago. 2009 rad. 00189-01, reiterada el 29 ago. 2011, exp, 00982-01 y 25 may. 2012 rad. 00134-01).

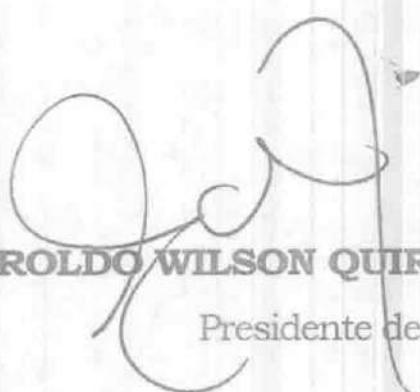
6. Las razones expuestas en precedencia son suficientes para ratificar el fallo impugnado.

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 ley, **CONFIRMA** la sentencia de fecha y procedencia preanotadas.

Comuníquese telegráficamente lo resuelto en esta providencia a los interesados y oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Presidente de Sala



MARGARITA CABELO BLANCO



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



LUIS ALONSO RICO PUERTA



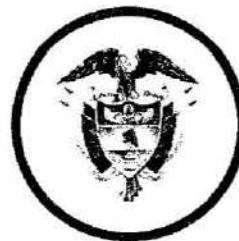
ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
aclaro von



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 25000-22-13-000-2017-00552-01

Aunque comparto la concesión del amparo confirmado en estas diligencias, estimo necesario aclarar mi voto, por cuanto disiento de algunas conclusiones esbozadas en la sentencia, discernimiento que apoyo en las siguientes consideraciones:

1. Fernando López Valencia, en su nombre y en el de su hija menor, reclamó la protección de sus garantías al debido proceso, acceso a la administración de justicia, las de los niños y “*filiación*”, entre otros, presuntamente lesionadas por el Juzgado de Familia de Soacha.

En sustento de su reparo, expuso que impulsó un juicio de impugnación de paternidad respecto de su descendiente, el cual terminó con sentencia de 1º de junio de 2011, donde se declaró la caducidad de la acción y se desestimaron sus pretensiones.

Relató que tras en el curso de una “*denuncia*” ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, promovida por

él frente a la madre de la niña, se realizó una prueba genética, cuyo resultado, emitido el 26 de diciembre de 2014, fue “(...) *paternidad (...) incompatible (...), excluida (...)*”.

Cimentado en lo anterior, el 25 de mayo de 2015, inició, de nuevo, un litigio de impugnación de la paternidad; no obstante, el juzgador accionado, en fallo anticipado de 15 de agosto de 2017, acogió las excepciones de cosa juzgada y caducidad de la acción incoadas por su contraparte.

Con ese pronunciamiento, en su criterio, se incurrió en vía de hecho, pues se desconoció el trámite aplicable al acudirse al Código de Procedimiento Civil cuando no estaba vigente y se relegó la tempestividad con la cual formuló la demanda.

Pidió, en concreto, revocar el pronunciamiento del juez acusado e imponerle la continuación del recurso.

2. En decisión de 18 de enero de 2018, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca le ordenó al funcionario enjuiciado “(...) *dejar] sin valor ni efecto el auto dictado en el asunto subexámine el 4 de octubre de 2017 y, en su lugar, conforme la normativa procesal imperante, tramit[ar] el recurso de apelación que el actor radicó (...)*”.

Lo anterior, por cuanto dicha autoridad estimó que el accionado

“(...) sin fundamento fáctico y jurídico declaró desierta la apelación que el tutelante radicó contra la decisión que declaró probada la excepción previa de cosa juzgada en el consabido juicio de impugnación (...)”[; además,] en el instante en que ese sentenciador concedió la alzada únicamente expresó que su trámite estaba ‘a costa de la parte recurrente’, sin embargo, con posterioridad decretó la deserción del recurso por el no pago de los importes de ida y de regreso, accionar que, a no dudarlo, resulta injusto porque al promotor nunca se le informó que debía atender esa carga dentro de un plazo determinado y que su inobservancia traía consigo castigo alguno (...).”

3. Esta Corporación confirmó el amparo impetrado en los términos señalados por el *a quo* constitucional.

Aun cuando el querellante enfiló sus reparos respecto de la sentencia anticipada, dictada en el caso criticado, revisada la actuación, se coligió la vulneración de las garantías invocadas por motivos distintos, esto es, porque la apelación incoada frente a dicho pronunciamiento se había declarado desierta bajo una interpretación errada de la vigente Codificación Procesal Civil.

Así, tras compararse el contenido del canon 132 del Código de Procedimiento Civil¹, con el 125 del Código

¹ “(...) Remisión de expedientes, oficios y despachos. La remisión de expedientes dentro del mismo lugar se hará con un empleado del despacho. La remisión a un lugar diferente se hará por correo ordinario.

“La parte a quien corresponda pagar el porte deberá cancelar su valor de ida y regreso en la respectiva oficina postal, dentro de los diez días siguientes al de la llegada a ésta del expediente o de las copias. Cuando los portes sean a cargo de varias partes, basta que una de ellas los cancele.

“Si pasado este término no se han pagado en su totalidad, el jefe de dicha oficina los devolverá al juzgado remitente con oficio explicativo, y el juez declarará desierto el recurso si fuere el caso, por auto que sólo tiene reposición.

“Cuando una parte solicite al secretario el envío a otro lugar por el medio más rápido que ofrezca suficientes garantías, deberá entregarle a aquél la totalidad del valor del

General del Proceso², en cuanto hace a la remisión de expedientes, se estimó que siendo aplicable el último, el fallador denunciado no podía haber declarado desierta la alzada -como lo hizo-, por omitirse el pago del porte de ida y regreso de las diligencias para surtirse la apelación ante el *ad quem*, pues en la audiencia donde se profirió el fallo apelado, nada expresó el juzgador sobre el cumplimiento de dicha carga.

La Sala mayoritaria sostuvo la viabilidad del ruego porque la normatividad aplicable (art. 125 del C.G.P.), de un lado, no prevé medio o lapso específico para el envío de expedientes a locaciones distintas del despacho y, de otro, por cuanto esa preceptiva tampoco incluyó una sanción determinada por soslayarse la cancelación de los portes.

En torno a ese último aspecto, la Sala aseveró que en eventos donde se fije el interregno para sufragarse la remisión y devolución del plenario a otra dependencia y ello se desconozca, las autoridades judiciales cuentan con el

porte, dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria del auto que dispuso la remisión, de lo cual se dejará constancia en el expediente.

“Solamente podrá entregarse a la parte interesada que los haya solicitado, despachos y oficios para los siguientes fines: práctica de medidas cautelares, expedición de copias de documentos o de certificados, registro de demanda o de documentos, y traducción y pago de timbre de documentos presentados por la misma parte. La devolución del despacho para la práctica de medidas cautelares, la hará directamente el comisionado. (...) Cualquier interesado podrá pedir que se repita el oficio de cancelación de medidas cautelares y que por conducto de la secretaría se haga llegar al destinatario. (...)”.

²*“(...) Remisión de expedientes, oficios y despachos. La remisión de expedientes, oficios y despachos se hará por cualquier medio que ofrezca suficiente seguridad.*

“El juez podrá imponer a las partes o al interesado, cargas relacionadas con la remisión de expedientes, oficios y despachos.

“En los despachos en los que se encuentre habilitado el Plan de Justicia Digital, las remisiones se realizarán a través de la habilitación para acceder al expediente digital (...)”.

requerimiento establecido en el artículo 317 del Código General del proceso, “(...) *e incluso, de persistir la inobservancia[,] bien puede[n] aplicar la figura del desistimiento tácito contemplada en dicha norma (...)*”.

3. Comparto la concesión del resguardo. Como los demás miembros de la Sala, percibo la vulneración del debido proceso del solicitante, pues el juez denunciado inobservó el artículo 125 *ídem*, al omitir imponer el pago del reseñado envío y señalar un lapso para ese acto.

No obstante, debo aclarar mi voto, por cuanto, contrario a lo sostenido por la Sala mayoritaria, (i) considero la viabilidad de declarar la deserción de la alzada cuando el funcionario competente cumple a la letra lo consignado en el citado canon y el interesado desconoce lo ordenado; y, (ii) encuentro inadmisible acudir al desistimiento tácito si los sujetos procesales desatienden cargas como la estudiada.

4. En cuanto a lo primero, resulta trascendente advertir que el pago de los portes (i) es una carga procesal; (ii) su inobservancia conlleva la deserción del recurso de apelación; y (iii) dicha consecuencia no constituye una sanción en estricto sentido.

4.1. Sobre las cargas procesales importa anotar que tanto la jurisprudencia de esta Corporación como la de la Corte Constitucional han coincidido en que las mismas son

asignadas por el ordenamiento jurídico de manera facultativa, es decir, reside en el destinatario de aquéllas la potestad de cumplirlas o no y, en ese último evento, pueden generarse secuelas adversas para quien las desatiende.

En torno a lo discurrido, esta Colegiatura, diferenciando las cargas procesales de los deberes y obligaciones, acotó:

“(...) De los que la doctrina procesal ha dado en denominar imperativos jurídicos, en el desarrollo de la relación jurídico-procesal se distinguen los deberes, las obligaciones y las cargas procesales que imponen tanto al Juez como a las partes y aun a los terceros que eventualmente intervengan, la observancia de ciertas conductas o comportamientos de hondas repercusiones en el proceso. De esos imperativos, los primeros se hallan instituidos por los ordenamientos rituales en interés de la comunidad, las obligaciones en pro del acreedor y las últimas en razón del propio interés (...).”

“Son deberes procesales aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez (Art. 37 C. de P. C.), otras a las partes y aun a los terceros (Art. 71 ib.), y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido (arts. 39, 72 y 73 ibidem y Decreto 250 de 1970 y 196 de 1971). Se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento en términos del artículo 6º del Código (...).”

“Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas que, según lo explica Couture, obedecen al concepto de responsabilidad procesal derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. “El daño que se cause con ese abuso, dice, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condenación en costas”. (“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, número 130) (...).”

“Finalmente, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés

del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso (...)".

"Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelirlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa (...)"³ (subraya fuera de texto).

A su turno, el Alto Tribunal Constitucional sostuvo:

"(...) Como características de la carga procesal se encuentra que supone un proceder potestativo del sujeto a quien para su propio interés le ha sido impuesta, impidiendo constreñirlo para que se allane a cumplirla, lo cual difiere de la figura de la obligación procesal, prestación de contenido patrimonial exigible a las partes coercitivamente y cuyo incumplimiento genera de ordinario contraprestaciones a título de sanción. v.gr. la condena en costas (...)".

"Ahora bien, en el caso de una carga procesal, la omisión de su realización puede traer consecuencias desfavorables para éste, las cuales pueden ir desde la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal hasta la pérdida del derecho material, dado que el sometimiento a las normas procedimentales o adjetivas, como formas propias del respectivo juicio, no es optativo para quienes acuden al mismo con el objeto de resolver sus conflictos jurídicos, en tanto que de esa subordinación depende la validez de los actos que de ellas resulten y la efectividad de los derechos sustanciales (...)".

"No se puede perder de vista, entonces, que la observancia de las formas propias de cada juicio supone también el desarrollo de los principios de economía, oportunidad, lealtad, imparcialidad y celeridad procesales, en aras de la igualdad de las personas, éste último gracias al sometimiento de las causas idénticas a procedimientos uniformes. Obviar tales formas en las actuaciones judiciales o administrativas preestablecidas, impide alegar el desconocimiento del derecho sustancial

³ CSJ. AC de 17 de septiembre de 1985, M.P. Dr. Horacio Montoya Gil. Gaceta Judicial TOMO CLXXX - No. 2419. 1985, pág. 427.

*reclamado, ya que se estaría sustentando la frustración del interés perseguido en la propia culpa o negligencia (...)"*⁴.

Y, más recientemente la Corte Constitucional precisó:

*"(...) [L]as cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, es decir, le son enunciadas o advertidas y es aquel quien dispone libre y discrecionalmente si las cumple o no, sin que nadie pueda obligarlo a hacerlo (...)"*⁵.

4.2. Los eventos relacionados con el pago de las copias o de los valores generados por la remisión y devolución del expediente, ambos actos instituidos para surtir la alzada de un pronunciamiento recurrido (art. 324, C.G.P.), son cargas procesales que las partes están en libertad de ejecutar o no, quedando, en el último caso, sujetos a consecuencias desfavorables.

4.3. En este punto, es pertinente resaltar que erogaciones como las descritas no contrarían el principio de gratuidad de la justicia, pues las mismas son excepciones legales al mencionado principio, conforme lo contempla el artículo 6º de la Ley 270 de 1996⁶ y surgen como emolumentos necesarios para obtener la declaración de un derecho.

En torno a lo expresado, la Corte Constitucional expresó:

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1512 de 8 de noviembre de 2000

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-838 de 20 de noviembre de 2013

⁶ "La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las agencias en derecho, costas, expensas y aranceles judiciales que se fijen de conformidad con la ley (...)" (subraya fuera de texto).

“(...) De la Constitución se puede inferir el principio de gratuidad de la circunstancia de que la justicia constituye uno de los pilares o fundamentos esenciales para lograr la convivencia, la paz y un orden justo que haga realidad la igualdad jurídica y material, enmarcado dentro de la filosofía y el realismo del Estado Social de Derecho, justicia cuya aplicación, operatividad y eficacia se hace efectiva cuando las instituciones procesales creadas como instrumentos para asegurar su vigencia, arbitran los mecanismos idóneos para que puedan acceder a ellas todas las personas en condiciones de igualdad. La gratuidad es, en esencia, la condición para hacer realidad el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, pues la situación económica de las partes no puede colocar a una de ellas en situación de privilegio frente a la otra ni propiciar, por consiguiente, la discriminación (...)”.

“(...) La discusión en este campo suele centrarse en las excepciones erigidas alrededor del alcance del aludido principio, toda vez que el mismo presenta limitaciones para su aplicación. A estas excepciones hace referencia el artículo 6º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuando se refiere a la posibilidad de que en los procesos se establezcan expensas, agencias en derecho y demás costos judiciales, de la siguiente manera: (...) Gratuidad. La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las expensas, agencias en derecho y costos judiciales que habrán de liquidarse en todos los procesos sin excluir a las entidades públicas (...)”.

“Dicho mandamiento fue encontrado ajustado a la Constitución por la Corte en la sentencia C-037 de 1996, salvo la expresión “que habrán de liquidarse en todos los procesos sin excluir a las entidades públicas”, declarada inexistente. Los argumentos de dicha exequibilidad fueron los siguientes: (...) El principio de gratuidad apunta, pues, a hacer efectivo el derecho constitucional fundamental a la igualdad. Con ello no quiere la Corte significar que aquellos gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes, tengan igualmente que someterse al principio de gratuidad. Por el contrario, si bien toda persona tiene el derecho de acceder sin costo alguno ante la administración de justicia, no sucede lo mismo con los gastos necesarios para obtener la declaración de un derecho. Por tal razón, la mayoría de las legislaciones del mundo contemplan la condena en costas -usualmente a quien ha sido vencido en el juicio-, así como las agencias en derecho, esto es, los gastos en que incurrió la parte favorecida o su apoderado (a través de escritos, diligencias, vigilancia, revisión de expedientes) durante todo el trámite judicial. Se trata, pues, de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron

una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal (...)".

"No obstante lo expuesto, encuentra la Corte que al señalar la norma en comento que "en todos los procesos" habrán de liquidarse las agencias en derecho y las costas judiciales, se está desconociendo la posibilidad de que la Carta Política o la ley contemplen procesos o mecanismos para acceder a la administración de justicia que no requieran erogación alguna por parte de los interesados. La acción de tutela de que trata el artículo 86 superior, reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, y la acción pública de constitucionalidad prevista en los artículos 241 y 242 del Estatuto Fundamental y reglamentada por el Decreto 2067 de 1991, son algunos de los ejemplos que confirman los argumentos expuestos. Así las cosas, esta Corte advierte que será responsabilidad del legislador definir, en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como el determinar, según las formas propias de cada juicio, si se incluye o no a las entidades públicas dentro de la liquidación de agencias en derecho, costas y otras expensas judiciales (...)"⁷.

Esta Corte, frente a la gratuidad de la justicia, expresó no desconocerse dicho principio por asignarse legalmente a los interesados el pago de expensas, costas o aranceles judiciales, pues la parte más débil puede ser beneficiada con el respectivo amparo de pobreza y lograr así la exención de tales rubros. En cuanto a lo anotado, la Sala esbozó:

"(...) La garantía del acceso a la administración de justicia requiere, entre otras condiciones, que los procesos sean gratuitos, pues el deber del Estado es proveer este servicio público y, por ende, asumir las erogaciones derivadas del funcionamiento del aparto judicial. De allí que el artículo 10 del Código General del Proceso prescriba que "[e]l servicio de justicia que presta el Estado será gratuito (...)".

"Tal regla no es aplicable al arancel judicial y a las costas procesales, según la norma en cita, por cuanto las expensas generadas al interior del proceso incumben exclusivamente a

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1512 de 8 de noviembre de 2000

sus intervenientes, quienes deberán asumirlas y contribuir a su realización (...)".

*"Con todo, tratándose de sujetos con exiguos recursos económicos, podrán ser liberados del anterior deber, siempre que soliciten amparo de pobreza, en virtud del cual serán exonerados de prestar cauciones, pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia, costas y otros emolumentos de la actuación, y de ser necesario, obtener la designación de un apoderado para que asuma su representación judicial (artículo 154 *ibidem*) (...)".*

"Para su concesión, el artículo 151 de la misma obra exige que el requirente «no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos, salvo cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso adquirido a título oneroso». Esto es, su admisión sólo es posible de forma excepcional, cuando el interesado pondrá en riesgo su propia subsistencia o la de quienes dependen de él, en caso de atender las expensas del proceso (...)".

*"Para la demostración de esta situación bastará que el interesado afirme, bajo juramento, que se encuentra en las condiciones atrás enunciadas (artículo 152 *ibidem*), sin que proceda la práctica de pruebas, pues la solicitud se decide de plano (...)"⁸.*

4.4. Como se adujo en el numeral anterior, son cargas procesales el pago de las copias y la remisión del expediente a una locación distinta de su origen (arts. 125 y 324, C.G.P.).

Ambas gestiones surgen como limitación al principio de doble instancia, pues de incumplirse, será imposible agotar la apelación formulada respecto de determinado pronunciamiento; no obstante, las mismas no desconocen dicho principio, dado que habiendo permitido el legislador acudir al remedio vertical en un caso determinado, aquél

⁸ CSJ. AC2515 de 24 de abril de 2017.

deberá ser concedido y admitido cuando se acatan todos los presupuestos exigidos.

El artículo 125 del Código General del Proceso consagra la facultad del juez de asignar “(...) *cargas relacionadas con la remisión de expedientes, oficios y despachos (...)*”, empero, no contempla secuela alguna para quien desobedece; sin embargo, en lo tocante con la alzada, el canon 324 *ídem*, titulado “[r]emisión del expediente o de sus copias (...)", sí establece la deserción del recurso, precepto llamado a gobernar casos como el presente, por tratarse de “cargas” atribuidas por el ordenamiento jurídico, con idéntica finalidad.

Así, esta Corte, en sede de casación, expuso

“(...) *Las causas que generan la deserción de un recurso o su inadmisión, ya ordinario ora extraordinario, varian, pues las primeras conciernen con las cargas procesales, vr. gr. pago de expensas, mientras que las segundas aluden a exigencias de orden formal o, inclusive, de carácter sustancial (...)*”⁹ (subraya fuera del texto).

Aunque la regla 324 *ídem*, se refiere expresamente al evento en el cual se soslaya el pago de las copias necesarias para surtir el remedio vertical ante el superior, situación que genera su deserción, el precepto resulta aplicable cuando lo no sufragado es el porte de ida y vuelta de un expediente, pues, en los dos casos, la renuencia le impide al superior conocer y desatar el recurso reseñado por causa

⁹ CSJ. AC de 31 de octubre de 2011, exp. 05376 3103 001 2004 00139 01

exclusiva de la desidia del interesado, siendo inviable paralizar el litigio hasta lograr la satisfacción de dichas cargas.

La Corte Constitucional, al examinar el antes vigente inciso 6º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil¹⁰, estimó que la declaratoria de deserción tiene una finalidad admisible, pues

“(...) es apta para alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo e importante que no está prohibido por la Carta Política, cual es, garantizar la celeridad procesal y la pronta administración de justicia para quienes acuden a ella esperando una solución de los asuntos sometidos a su conocimiento, lo que a su vez es fundamento del Estado Social de Derecho. Ello por cuanto a la luz del artículo 228 Superior, las etapas procesales se deben observar con diligencia y su incumplimiento acarrea sanciones, sumado a que la falta de diligencia de la parte interesada no puede generar dilaciones injustificadas que afecten el derecho fundamental al debido proceso que establece el artículo 29 de la Constitución, y de paso desconocer la mayor economía en el tiempo de desarrollo de un proceso judicial comprometiendo la eficiencia del mismo (...)”.

“(...)”.

“Los términos en materia procesal no pueden ser ilimitados en el tiempo porque ello generaría un elevado volumen de congestión judicial. De allí que surja la necesidad de intervención del legislador para fijar medidas restrictivas en caso de inacción de las partes en el cumplimiento de los plazos, pues de esa forma se propende por la garantía de la celeridad procesal. Justamente, una de las manifestaciones de esa celeridad consiste en que se permita un resultado desfavorable derivado de actitudes de negligencia o inacción de las partes que causen efectos dilatorios injustificados dentro de un trámite judicial (...)”.

¹⁰ “(...) Cuando la apelación que debía ser concedida en el efecto diferido o devolutivo, lo fuere en el suspensivo, el superior la admitirá en el que corresponda, y dispondrá que se devuelva el expediente al inferior, previa expedición de las copias necesarias para el trámite del recurso, a costa del recurrente, quien deberá suministrar el valor de sus expensas en el término de cinco días, contados a partir de la notificación del auto que lo admite, so pena de que quede desierto (...)”.

“(...”).

“(...) [N]o cabe duda que el fin inmediato de (...) la declaratoria de recurso desierto es permitir que ante la inacción del recurrente en el cumplimiento de la carga económica de pagar copias, el proceso judicial no sufra dilaciones injustificadas sino que continúe su curso procurando la agilidad del trámite o la conclusión del mismo para que, de esa manera, se obtenga el fin mediato importante de brindar una justicia pronta que atienda al principio de celeridad consagrado en la Carta Política (...)”¹¹ (subraya fuera de texto).

Asimismo, sostuvo que dicha deserción es una medida adecuada, proporcional e idónea para lograr la finalidad enunciada, por cuanto

“(...) [E]xigir a la parte recurrente que asuma una carga económica mínima de sufragar el valor de las expensas necesarias para continuar con el trámite de la apelación en segunda instancia, no es una exigencia arbitraria, exagerada o irrazonable pues resulta admisible constitucionalmente porque encuentra sustento en la excepción al principio de gratuidad de la administración de justicia, y es válido que su incumplimiento genere como resultado la pérdida de la oportunidad que estaba habilitada para que el superior se pronunciara. Entonces, nótese que dicha oportunidad se pierde es por la inacción o negligencia en que incurre la parte procesal recurrente (...).”

“De allí el que la Sala considere que la deserción del recurso como medida de intervención en el principio derecho a la doble instancia no resulta ser un exceso del legislador extraordinario porque se presenta como justa y proporcional al incumplimiento de una carga procesal que debía asumir el recurrente en interés propio, y de paso satisface en mayor medida el derecho de acceso a la administración de justicia ágil y cumplida sin dilaciones injustificadas al debido proceso, fin legítimo e importante que respalda la norma censurada (...).”

“Significa lo anterior que si de un lado en la ponderación se tiene una intervención que se estima legítima y que no afecta el núcleo esencial de acceso a la administración de justicia en segunda instancia, y del otro el fin constitucionalmente admisible que persigue la norma acusada, cual es, la protección y realización efectiva del principio de celeridad procesal, la Sala

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-838 de 20 de noviembre de 2013

en esta oportunidad otorga mayor relevancia o asigna mayor prioridad a éste último, porque la declaratoria de recurso deserto deviene como resultado del incumplimiento de una carga procesal mínima que debía asumir el recurrente y que resulta vital para permitir la continuación del trámite de la apelación sin causar traumatismos ni congestiones injustificadas al aparato judicial, además porque un Estado de derecho debe propender porque los procesos judiciales sean rápidos, dinámicos y se cumplan sin tardanzas injustificadas como sería estar sometidos a una espera indefinida para que la parte interesada cumpla una carga facultativa que permita la continuación del recurso de alzada (...)".

"De esta forma estima que no es desproporcionado ni afecta severamente el derecho a la doble instancia, el que el apelante incumplido deba asumir el costo de su inacción o negligencia derivada de la falta de pago de las expensas necesarias dentro de la oportunidad procesal (...). Por ende, la medida de intervención del legislador lejos está de subordinar el acceso a la doble instancia al cumplimiento de una carga procesal, pues la procedencia del recurso se encuentra habilitada y el apelante cuenta con la oportunidad que pierde por su inacción, habida cuenta que incluso cuenta con medios como la solicitud de amparo de pobreza para obtener la exoneración de las cargas económicas que se deriven del proceso judicial. Es precisamente ese incumplimiento lo que genera la declaratoria de recurso deserto (...)"¹².

Trasladadas las anteriores reflexiones a este asunto, puede advertirse la viabilidad de declarar la deserción de la alzada cuando la carga no acatada es el pago de los portes, pues esa figura, como antes se indicó, está especialmente concebida para restringir el acceso a la segunda instancia por la inacción del recurrente, garantizándose de esa forma la agilidad y celeridad de la administración de justicia.

4.5. Ahora, contrario a lo argüido en la sentencia suscrita por la Sala mayoritaria, la deserción de la apelación no es una sanción en estricto sentido, pues la misma, según la jurisprudencia constitucional, se revela

¹² Corte Constitucional, sentencia C-838 de 20 de noviembre de 2013

como una consecuencia de la desatención de ciertas cargas procesales.

Sobre lo anotado, la Corte Constitucional anotó:

“(...) [C]omo se había señalado (...), las cargas procesales son entendidas como aquellas situaciones que exigen una conducta de realización facultativa establecidas en propio interés de quien las soporta, lo que quiere decir que sólo lo favorecen a él y no a la otra parte, como ocurre con la obligación o con el deber procesal. Y justamente por esa razón “no existe una sanción coactiva que convine al individuo a cumplir, sino que se producirá, para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja para el mismo (y no para el otro sujeto) (...).”

“Entonces, como se puede observar, al ser las cargas procesales de acatamiento facultativo, su incumplimiento no deriva en una sanción propiamente dicha que exija previa imposición de la consecuencia jurídica instituida, el agotamiento de todas las garantías del derecho a la defensa. Lo que sí se exige es que la parte interesada tenga un pleno conocimiento o esté enterada de que debe asumir la carga procesal, para que a su mero arbitrio decida si se allana a cumplirla o no, teniendo siempre presente que el no hacerlo apareja una consecuencia jurídica desfavorable por su inactividad, frente a la cual, en caso de inconformidad, puede ejercer posteriormente los recursos procesales que señale el legislador dentro de su amplio margen de configuración, para en ese escenario exponer los argumentos que lleven al juez a reconsiderar su decisión de aplicar tal consecuencia (...).”

“Lo antedicho no resulta extraño en la jurisprudencia constitucional. Puntualmente la sentencia C-203 de 2011 indicó que ‘el sujeto procesal que soporta la carga, está en el campo de la libertad para cumplir o no con ella, de modo que si no lo hace no está constreñido para que se allane a cumplirla, por lo cual el no asumirla no dará lugar propiamente a una sanción sino a las consecuencias jurídicas propias de su inactividad, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan (...). Ahora que, con todo y haberse dicho que el incumplimiento de la carga procesal no es en sentido estricto sancionable, es cierto que la omisión de su realización puede traer consecuencias desfavorables para quien la soporta. Ellas pueden consistir en la preclusión de una oportunidad o de un derecho procesal, hasta la pérdida del derecho material, “dado que el sometimiento a las normas procedimentales o adjetivas, como formas propias del respectivo

juicio, no es optativo para quienes acuden al mismo con el objeto de resolver sus conflictos jurídicos, en tanto que de esa subordinación depende la validez de los actos que de ellas resulten y la efectividad de los derechos sustanciales (...)".

"Por lo tanto, de lo expuesto se extrae que las cargas procesales por referir a conductas facultativas impuestas a las partes y a sus abogados, quienes deciden cumplirlas o no sin que exista dentro de los poderes que tiene el juez un medio para constreñirlos a hacerlo, su incumplimiento no deriva en una sanción propiamente dicha impuesta en el ejercicio del ius puniendo que detenta el Estado y cuya garantía a la defensa deba ser estricta, sino que apareja una consecuencia jurídica desfavorable al propio interés que puede ser cuestionada mediante los recursos judiciales que fija la ley (...)"¹³.

Por tanto, disiento del criterio mayoritario concerniente a la imposibilidad de decretar la deserción de la alzada cuando no se sufraga la remisión de ida y vuelta del expediente por tratarse de una "sanción" no prevista por el ordenamiento, pues, se insiste, esa figura no tiene un carácter punitivo y sí resulta útil en orden a finiquitar el impulso deficiente del remedio vertical, ello para impartirle celeridad al trámite y continuar con las actuaciones que aun cursen ante el *a quo*.

Al contrario, la determinación de la Sala mayoritaria, sí ostenta naturaleza sancionatoria, según se infiere en el punto siguiente.

5. Resulta entonces, inviable utilizar el desistimiento tácito para poner fin a la apelación de una sentencia, pues los efectos de esa institución exceden ese

¹³ *Idem.*

propósito y pueden llegar a desconocer las garantías procesales de sujetos distintos al apelante.

Esta Corporación, sobre los fines de la enunciada figura, sostuvo:

“(...) [D]e conformidad con lo dispuesto en el (...) artículo 317 del Código General del Proceso (...) se desprende (i) la terminación del proceso, (ii) la obligación de esperar seis meses contados desde la ejecutoria de la providencia en comento para volver a impetrar la demanda; (iii) la ineficacia de todos los efectos que sobre la interrupción de la prescripción extintiva o la inoperancia de la caducidad o cualquier otra consecuencia que haya producido la presentación y (iv) que decretado el desistimiento tácito por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones, se extinga el derecho pretendido (...). De ahí, que tal sanción no puede aplicarse de manera automática a todos los juicios civiles y de familia, sino que debe revisarse en forma concreta el asunto y la naturaleza del mismo para determinar su procedencia, pues en atención a las consecuencias que genera su decreto, hacerlo de manera irreflexiva y mecánica generaría en algunas controversias, una abierta y ostensible denegación de justicia (...)”¹⁴.

El impago de los portes para surtir la apelación de una sentencia de ninguna manera puede conllevar la finalización de un litigio en los términos referidos, pues la firmeza de esa providencia, recurrida de manera insuficiente, quedaría en discusión, así como los derechos que de ella se desprendan.

Entonces, a manera de ejemplo, concluido el juicio por el instituto anotado, no habría lugar a la liquidación de costas o a la eventual ejecución del fallo para quien triunfó, cuestiones lesivas del debido proceso.

¹⁴ CSJ. STC8850 de 30 de junio de 2016, exp. 05001-22-10-000-2016-00186-01

Se itera, por tanto, que la deserción de la alzada es la figura a aplicar cuando los interesados incumplen cargas procesales para su agotamiento, tales como el pago de copias o los costos de la remisión de las diligencias.

6. Resta aducir que problemáticas como la analizada no se presentarían si el “*Plan de Justicia Digital*” ya estuviese habilitado, pues, en ese escenario, los sujetos procesales no tendrían que incurrir en cargas como las reseñadas y no perderían, como aquí, la posibilidad de acudir al juzgador de segundo grado para la revisión efectiva del fallo emitido en primera instancia.

Lo acotado porque hallándose digitalizadas las diligencias, los mensajes de datos serían suficientes para la remisión de aquéllas a los estrados correspondientes, sin mediar, reitérese, el pago de gastos como copias o portes.

Justamente, el parágrafo del canon 324 establece:

“(...) *Cuando el juez de primera instancia tenga habilitado el Plan de Justicia Digital, el conocimiento del asunto en segunda instancia sólo podrá ser asignado a un despacho que haga parte del mismo sistema. En ningún caso podrá ordenarse la impresión del expediente digital (...)*”.

No obstante, mientras la administración de justicia no otorgue las herramientas necesarias a las distintas oficinas judiciales, cuestiones como la aquí resuelta, seguirán presentándose.

7. En los anteriores términos, dejo consignada mi aclaración de voto, reiterando la viabilidad de declarar la deserción de la alzada cuando no se cumple con el pago de los portes según lo indicado y destacando la imposibilidad de aplicar el desistimiento tácito como consecuencia de omitir dicha carga.

Bogotá, D.C., *ut supra*.


LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado