

D-9663

Honorable Magistrados  
Corte Constitucional  
E. S. D.

Referencia: Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970, tras la modificación establecida por el numeral 176 del artículo 1 del Decreto 2282 de 1989).

Luis Fernando López Roca, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 3229016 de Bogotá, abogado en ejercicio, con Tarjeta Profesional No. 22269 del Consejo Superior de la Judicatura, y Carlos Libardo Bernal Pulido, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 79778993 de Bogotá, abogado en ejercicio, con Tarjeta Profesional No. 116768 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como ciudadanos, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, establecida por el artículo 40 numeral 6 y el artículo 242 numeral 1, en concordancia con el artículo 241 numeral 4, todos ellos de la Constitución Política de Colombia, nos permitimos interponer demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970, tras la modificación establecida por el numeral 176 del artículo 1 del Decreto 2282 de 1989).

En cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, procederemos a enunciar: (I) La disposición objeto de la demanda; (II) Las normas constitucionales vulneradas; y (III) Las razones por las cuales la Honorable Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda de inconstitucionalidad. Tras ello, (IV) haremos explícitas las pretensiones de inconstitucionalidad, y (V) evidenciaremos por qué dichas pretensiones son novedosas y no existe cosa juzgada en relación con el objeto de esta demanda. Finalmente, (VI) expondremos la fundamentación de los cargos de inconstitucionalidad que se plantean, y (VII) recapitularemos todos estos planteamientos en un capítulo de conclusiones.

## I. Disposición demandada

Mediante esta demanda solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que declare inexecutable la expresión: “so pena de que quede desierto”, contenida en el inciso 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970, tras la modificación establecida por el numeral 176 del artículo 1 del Decreto 2282 de 1989). Esta expresión aparece subrayada y resaltada en la siguiente transcripción del texto de dicho artículo:

*“Art. 358. Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1º, Num. 176. Examen preliminar. Repartido el expediente, el juez o el magistrado ponente observará si la providencia apelada se encuentra suscrita por el inferior, y en caso negativo ordenará devolverlo para que cumpla esta formalidad, por auto que no tendrá recurso. Si entre tanto se hubiere producido cambio de juez, quien lo haya reemplazado proferirá nueva providencia, caso en el cual ésta se notificará.*

*Si a pesar de la falta de la firma de la providencia el superior hubiere decidido la apelación, se tendrá por saneada la omisión.*

*Si no se cumplen los requisitos para la concesión del recurso, éste será declarado inadmisibile y se devolverá el expediente al inferior; si fueren varios los recursos, sólo se tramitarán los que reúnan los requisitos mencionados.*

*Tratándose de apelación de sentencia, el superior verificará si existen demandas de reconvención o procesos acumulados, y en caso de no haberse resuelto sobre todos enviará al expediente al inferior para que profiera sentencia complementaria. Así mismo, si advierte que en la primera instancia se incurrió en causal de nulidad, de oficio la pondrá en conocimiento de la parte afectada, o la declarará, y devolverá el expediente al inferior para que renueve la actuación anulada, según las circunstancias.*

*Si la apelación que debía ser concedida en el efecto suspensivo, lo fuere en otro, el superior la admitirá en el que corresponda, ordenará devolver las copias y dejando la del auto que admitió el recurso dispondrá que el inferior le remita el expediente; llegado éste, dará los traslados a las partes.*



*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.***

*Si debía otorgarse en el efecto devolutivo y se concedió en el diferido, o viceversa, lo admitirá en el que corresponda y ordenará comunicarlo al inferior por medio de oficio.”*

La disposición demandada establece una norma de competencia para imponer una sanción. En concreto, atribuye al juez superior la competencia para imponer la sanción consistente en declarar desierto el recurso de apelación, si el recurrente a quien se hubiera concedido este recurso, no suministrara, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la admisión de la apelación, las expensas necesarias para sufragar las copias del expediente, destinadas al trámite del recurso.

## **II. Normas constitucionales vulneradas**

Esta norma de competencia vulnera tres normas constitucionales: el principio y derecho fundamental a la doble instancia, el principio y derecho fundamental de defensa, y el principio de prevalencia del derecho sustancial.

### **1. El principio y derecho fundamental a la doble instancia**

El principio y derecho fundamental a la doble instancia se encuentra expresamente protegido por los artículos 31 y 29 de la Constitución Política, como un principio integrador del derecho fundamental al debido proceso, en los términos que a continuación se resaltan y se subrayan:

**“ARTICULO 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.”**

Este artículo establece el derecho fundamental de las partes, dentro de una controversia judicial, a que, a menos que la ley haya establecido una excepción, un juez de mayor categoría (*ad quem*) estudie las decisiones del inferior (*a quo*).



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

[...]

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

Como más adelante se mostrará, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha dejado claro que este principio no tiene aplicación exclusiva en el ámbito procesal penal, sino que rige de forma universal a todos los ámbitos jurídicos, incluido el procesal civil, sobre todo cuando se trata de la imposición de sanciones.

Asimismo, el principio y derecho a la doble instancia está explícitamente protegido, como derecho humano, por el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los siguientes términos:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

**h. derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior...**”

Como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha sostenido, este principio se aplica sobre todo en el ámbito procesal penal. Sin embargo, no es exclusivo de dicho ámbito.

De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política y la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, tanto el citado artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como su interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos, integran el bloque de constitucionalidad y prevalecen en el orden interno. Por esta razón, también forman parte del conjunto de normas de rango constitucional que resulta vulnerado por la disposición que es objeto de la presente demanda.

## 2. El principio y derecho fundamental a la defensa

El principio y derecho fundamental a la defensa también se encuentra expresamente protegido por el artículo 29 de la Constitución Política, como un elemento del derecho fundamental al debido proceso, en los términos del fragmento de dicho artículo que a continuación se resalta y se subraya:

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

[...]

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado **tiene derecho a la defensa** [...].”

Como más adelante se mostrará, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha dejado claro que este principio tampoco tiene aplicación exclusiva en el ámbito procesal penal. Su vigencia se extiende a todos los ámbitos procesales, incluido el civil, sobre todo cuando se trata de la imposición de sanciones.

El principio y derecho a la defensa también está explícitamente protegido, como derecho humano, por el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los siguientes términos:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene **derecho a ser oída, con las debidas garantías** y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.





2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

**c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa...**

Al igual que ocurre en relación con el derecho a la doble instancia, como resulta de una simple lectura del inciso primero de este artículo, y como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado, el derecho de defensa no es exclusivo del ámbito procesal penal.

De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política y la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, tanto el citado artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como su interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, integran el bloque de constitucionalidad y prevalecen en el orden interno. Por esta razón, las normas y la jurisprudencia que protegen el derecho de defensa también forman parte del conjunto de normas de rango constitucional vulnerado por la disposición que es objeto de la presente demanda.

**3. El principio de prevalencia del derecho sustancial**

Otro principio integrador del derecho fundamental al debido proceso que resulta vulnerado por la disposición demandada es el principio de prevalencia del derecho sustancial. Este principio está establecido por el artículo 228 de la Constitución Política, según el cual, en las actuaciones de la administración de justicia **“prevalecerá el derecho sustancial”**.

**III. Competencia de la Corte Constitucional para conocer de la presente demanda de inconstitucionalidad**

De conformidad con el numeral 5 del artículo 241 de la Constitución Política, es función de la Corte Constitucional decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra disposiciones contenidas en decretos con fuerza de ley. En el presente caso, se demanda la inconstitucionalidad de la expresión: “so pena de que quede desierto”, contenida en el párrafo 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970, tras la modificación establecida por el numeral 176 del artículo 1 del Decreto 2282 de 1989). Como es bien sabido, el Decreto 2282 de 1989 tiene fuerza de ley.



Entonces, dado que el objeto de la presente demanda es una disposición contenida en un decreto con fuerza de ley, la Corte Constitucional es competente para conocer de ella.

#### **IV. Pretensiones de inconstitucionalidad**

Se pretende que la Corte Constitucional declare la inexecutable de la expresión: “so pena de que quede desierto”, contenida en el párrafo 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, por tres razones:

1. Primer cargo: porque el fragmento de esta disposición que se demanda vulnera el principio y derecho fundamental a la doble instancia. Esta vulneración se produce porque la disposición demandada otorga al juez una competencia para imponer una sanción desproporcionada ante la omisión del recurrente en apelación, consistente en la falta de pago de las expensas necesarias para las copias pertinentes para el recurso en los cinco días siguientes a la admisión del recurso. Esta sanción constituye una limitación desproporcionada y, por tanto, una vulneración del derecho a la doble instancia.
2. Segundo cargo: porque la disposición demandada vulnera el derecho de defensa. Esta vulneración se presenta porque dicha disposición prevé una sanción objetiva y perentoria, que excluye cualquier tipo de defensa: (a) por parte del abogado que actúa en el proceso, cuya omisión en cuanto al pago de las copias puede deberse a alguna justificación razonable; y, sobre todo, (b) por parte de la parte procesal apelante, es decir, del poderdante, que queda en absoluta indefensión ante las consecuencias de la omisión de su apoderado, justificada o no, atinente al pago de las copias para que se surta la apelación.
3. Tercer cargo: porque la disposición demandada vulnera el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales. Al establecer una sanción desproporcionada, objetiva, y perentoria, la disposición demandada hace prevalecer el rigorismo en cuanto a los términos procesales sobre la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho a la doble instancia y del derecho de defensa, y de que el derecho sustancial de la parte afectada tenga vigencia en la apelación.

## V. Inexistencia de cosa juzgada constitucional

De acuerdo con los artículos 241 y 243 de la Constitución Política, el Decreto 2067 de 1991, y la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, uno de los presupuestos de procedencia de la acción pública de constitucionalidad es que no haya pronunciamientos en relación con la disposición demandada, que tengan efectos de cosa juzgada constitucional.

Con el objeto de demostrar la inexistencia de cosa juzgada constitucional en relación con la disposición demandada, se ha de comenzar por establecer el concepto y los tipos de cosa juzgada constitucional. Tras ello se explicará por qué en el presente caso no existe cosa juzgada constitucional formal ni material.

### 1. Concepto y tipología de la cosa juzgada constitucional

La cosa juzgada constitucional es un concepto establecido directamente por el texto de la Constitución Política. Según el artículo 243 de la Constitución Política, los fallos que la Corte Constitucional dicte en ejercicio del control jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. En consecuencia, dispone el inciso segundo de esta disposición, ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

En segundo lugar, el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 establece que las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y serán de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. Asimismo, de acuerdo con el artículo 22 del mismo Decreto, la Corte Constitucional debe confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente con los del Título II de la misma.

En la Sentencia C-254A de 2012,<sup>1</sup> la Corte Constitucional definió la cosa juzgada constitucional “como el carácter inmutable de las sentencias de la Corte Constitucional”, cuyo principal efecto es que una vez que dicho Alto Tribunal se haya pronunciado de fondo sobre la exequibilidad de un determinado precepto, no puede volver a ocuparse del tema.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-254A de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ver también Sentencia de la Corte Constitucional C-028 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

<sup>2</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-079 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

Sobre la base de las disposiciones que se acaban de citar, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha desarrollado una tipología de la cosa juzgada constitucional. De acuerdo con dicha jurisprudencia, se puede afirmar que existen los siguientes tipos de cosa juzgada constitucional: a. cosa juzgada material absoluta, b. cosa juzgada material relativa explícita y cosa juzgada material relativa implícita, c. cosa juzgada formal absoluta, y d. cosa juzgada formal relativa explícita y cosa juzgada formal relativa implícita. Los supuestos de cada uno de estos tipos de cosa juzgada son los siguientes:

a. Existe cosa juzgada constitucional material absoluta cuando hay un pronunciamiento con efectos de cosa juzgada constitucional en relación con una disposición que tiene el mismo contenido normativo que otra disposición acusada con posterioridad de inconstitucional, independientemente de si, en cuanto al texto, son idénticas. Asimismo, sobre este tipo de cosa juzgada, la Corte Constitucional ha señalado que se produce:

*“cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional”.*<sup>3</sup>

Esto quiere decir que se presenta cosa juzgada material absoluta cuando la Corte Constitucional ha declarado la exequibilidad o inexecutableidad de una disposición demandada sin limitar los efectos de la sentencia al análisis del contraste con ciertas disposiciones constitucionales o de ciertos cargos específicos, y en un segundo proceso, se demanda una disposición que tiene un contenido idéntico a aquel que fue declarado exequible o inexecutable, según el caso.

b. Existe cosa juzgada constitucional material relativa explícita cuando se presenta el mismo supuesto anterior, pero los efectos de cosa juzgada del fallo respectivo están limitados de forma explícita en la parte resolutive del mismo. De acuerdo con la Corte Constitucional, la cosa juzgada constitucional relativa se presenta:

*“cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se*

<sup>3</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-469 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. C-542 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. C-310 de 2002; C-978 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-819 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-061 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-729/09, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-406 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-149 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-647 de 2006, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-310 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

*formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado”.*<sup>4</sup>

Como más adelante se verá, la Sentencia C-1512 de 2000, de la Honorable Corte Constitucional, no tiene efectos de cosa juzgada material en relación con las pretensiones de esta demanda, porque la parte resolutive de dicha sentencia limitó de manera explícita los efectos de cosa juzgada a los cargos expuestos por el demandante y analizados por la Corte Constitucional en dicho proceso. Como en seguida se mostrará, dichos cargos son muy diferentes de los cargos en los que se basa la presente demanda.

c. La cosa juzgada constitucional material relativa implícita se da cuando los efectos de cosa juzgada de un fallo anterior sobre una disposición con un contenido idéntico al que se demanda, están limitados de forma implícita en la parte motiva de dicho fallo. Esta limitación implícita puede darse porque, a pesar de que no se declare la relatividad de la cosa juzgada en la parte resolutive de la sentencia anterior, la limitación de sus efectos aparezca de manera clara en las consideraciones; o porque el examen de constitucionalidad hecho por la Corte se limite solo a algunas normas constitucionales, en vez de extenderse a toda la Constitución; o porque la Corte evalúe solo un aspecto o solo varios aspectos de constitucionalidad y deje de lado otros que puedan resultar relevantes.

En relación con la cosa juzgada relativa implícita, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*“Puede suceder que la Corte haya declarado la exequibilidad de una disposición legal solamente desde el punto de vista formal, caso en el cual la cosa juzgada operará en relación con este aspecto quedando abierta la posibilidad para presentar y considerar nuevas demandas de inconstitucionalidad por su contenido material; o bien puede acaecer que la Corte al declarar la exequibilidad de una norma haya limitado su decisión a un aspecto constitucional en particular o a su confrontación con determinados preceptos de la Carta Política,*

<sup>4</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-469 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-542 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-978 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-819 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-061 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-729 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-406 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-149 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-647 de 2006, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-310 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



*situación en la cual la cosa juzgada opera solamente en relación con lo analizado y decidido en la respectiva sentencia”.*

Como la Corte Constitucional ha aclarado, en estos casos, la cosa juzgada es solo aparente. Esta situación se presenta:

*“si pese al silencio que se observa en la parte resolutive de la sentencia, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, la Corte limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales”.*<sup>5</sup>

d. La cosa juzgada constitucional formal absoluta se produce cuando hay un pronunciamiento con efectos de cosa juzgada constitucional en relación con una disposición que es idéntica literalmente, esto es, en cuanto al texto normativo (y no solo en cuanto al contenido material) a la norma que se acusa con posterioridad. Como a continuación se verá, no existe cosa juzgada constitucional formal en relación con la disposición objeto de esta demanda, porque no existe pronunciamiento alguno sobre ella por parte de la Corte Constitucional. En la Sentencia C-1512 de 2000, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 356 del Código de Procedimiento Civil. El texto de dicho artículo es bien distinto del texto del artículo 358 de dicho Código, que constituye el objeto de esta demanda.

e. La cosa juzgada constitucional formal relativa existe si, además del supuesto que se acaba de mencionar (es decir, que se demande una disposición con un texto idéntico a aquel de una disposición ya declarada exequible o inexecutable por la Corte Constitucional), los efectos de cosa juzgada de la sentencia respectiva están restringidos de forma explícita en la parte resolutive del mismo. Generalmente, en este supuesto la limitación se introduce mediante expresiones como “por los cargos analizados”, que hace referencia a las razones por las cuales se declaró la inconstitucionalidad.

f. Por último, la cosa juzgada constitucional relativa implícita se produce cuando, en adición al supuesto general propio de la cosa juzgada formal, se constata, previo el análisis de la parte motiva del fallo respectivo, que se da una limitación que

<sup>5</sup> Sentencia C-260/11, M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio; C-931 de 2008. En el mismo sentido pueden verse las Sentencias C-397 de 1995, C-700 de 1999, C-1062 de 2000 y C-415 de 2002, entre otras.



puede corresponder a alguna de las hipótesis típicas en que puede producirse la restricción implícita de la cosa juzgada, es decir, cuando los efectos del fallo anterior se restringen a los cargos propuestos, a las razones que llevaron a la declaración de inconstitucionalidad o a las disposiciones constitucionales que resultaron vulneradas.

Además de lo anterior, debe recordarse que incluso existe una hipótesis en la que una disposición antes declarada exequible por la Corte Constitucional, puede volver a demandarse, a pesar de que exista cosa juzgada constitucional material o formal. De esta hipótesis trata la llamada doctrina de la constitución viviente. Tal como explica la Corte Constitucional, esta doctrina abre:

*“una posibilidad, en todo caso excepcionalísima, de someter nuevamente a análisis de constitucionalidad disposiciones sobre las cuales existe un pronunciamiento de exequibilidad, en la que dicha opción concurre cuando en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma”.*<sup>6</sup>

En todo caso, lo más relevante para esta demanda es la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, según la cual, para que, en sentido estricto, pueda predicarse la existencia de cosa juzgada, es preciso que la nueva controversia verse (i) sobre el mismo contenido normativo de la misma disposición examinada en oportunidad previa por la Corte Constitucional, y (ii) sobre cargos idénticos a los analizados en ocasión anterior.<sup>7</sup> En relación con el segundo aspecto, la Corte ha aclarado que:

*“La identidad de cargos implica un examen tanto de los contenidos normativos constitucionales frente a los cuales se llevó a cabo la confrontación, como de la argumentación empleada por el demandante para fundamentar la presunta vulneración de la Carta;*

<sup>6</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>7</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-228 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Esta doctrina ha sido reiterada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-570 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



*mientras la identidad de contenidos normativos acusados demanda revisar el contexto normativo en el que se aplica la disposición desde el punto de vista de la doctrina de la Constitución viviente”<sup>8</sup>.*

Como a continuación se demuestra, ninguna de estas dos exigencias de la cosa juzgada constitucional se presenta en relación con el objeto de esta demanda de inconstitucionalidad.

## **2. Inexistencia de cosa juzgada constitucional formal en relación con la disposición demandada**

En relación con el objeto de esta demanda, no existe cosa juzgada constitucional formal, porque la disposición demandada, es decir, la expresión: “so pena de que quede desierto”, contenida en el párrafo 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, no ha sido objeto de pronunciamiento alguno por parte de la Honorable Corte Constitucional. Si bien la Corte Constitucional se pronunció acerca de la exequibilidad de una disposición similar, es decir, el artículo 356 del Código de Procedimiento Civil, en la Sentencia C-1512 de 2000, dicho artículo tiene un texto diferente al del artículo 358, que es la disposición que aquí se demanda.

## **3. Inexistencia de cosa juzgada constitucional material en relación con la disposición demandada**

Ahora bien, para evidenciar la inexistencia de cosa juzgada constitucional material en relación con la disposición que constituye el objeto de la presente demanda de inconstitucionalidad, es preciso hacer un análisis de la Sentencia C-1512 de 2000, de la Honorable Corte Constitucional (M. P. Álvaro Tafur Galvis). En dicha Sentencia, el Alto Tribunal declaró la constitucionalidad de la sanción de recurso desierto, establecida por el numeral 174 del artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989 que modificó el artículo 356 del entonces vigente Código de Procedimiento Civil. No obstante, en dicha Sentencia, la Corte Constitucional sostuvo que dicha declaración de constitucionalidad solo se pronunciaba en relación con los cargos específicos que fueron formulados en la demanda que dio lugar a aquel proceso de constitucionalidad y que fueron analizados en tal decisión judicial. Como en seguida se mostrará, dichos cargos son diferentes a los cargos que se plantean en esta demanda. Por lo tanto, desde el punto de vista material, el objeto de aquel proceso de constitucionalidad es bien distinto del objeto de la presente demanda, en la que se pide a la Honorable Corte Constitucional que se pronuncie sobre



<sup>8</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-220 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



aspectos atinentes a la inconstitucionalidad de la sanción de recurso desierto, no examinados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1512 de 2000.

Para evidenciar esta conclusión, resulta entonces pertinente analizar la Sentencia C-1512 de 2000.

**a. Objeto**

El objeto de la demanda que se decidió mediante la Sentencia C-1512 de 2000 estaba constituido por los incisos 4o. y 6o. (parciales) del numeral 174 del artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989 que modificó el artículo 356 del entonces vigente Código de Procedimiento Civil. El texto de dichos incisos es el siguiente. Las partes subrayadas fueron el objeto particular de la pretensión de inconstitucionalidad:

**“DECRETO 2282 DE 1989**

(octubre 7)

por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil.

(...)

**ARTICULO 1o.** Introdúcense las siguientes reformas al Código de Procedimiento Civil:

(...)

174. El artículo 356, quedará así:

Envío del expediente o de sus copias. Ejecutoriado el auto que concede apelación contra una sentencia en el efecto suspensivo, se remitirá el expediente al superior. Cuando se trate de autos se procederá como dispone el inciso segundo del numeral 1 del artículo 354.

Sin embargo, cuando el inferior conserve competencia para adelantar cualquier trámite, en el auto que conceda la apelación ordenará que antes de remitirse el expediente se deje copia a costa del apelante de las piezas que el Juez determine como necesarias, para lo cual suministrará su valor al Secretario dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del auto, so pena de que quede desierto el recurso. Suministradas oportunamente las expensas, el Secretario deberá



expedirlas dentro de los cinco días siguientes. En el mismo término las partes podrán solicitar por escrito al Secretario que se adicionen las copias, indicando los respectivos folios y acompañando su valor; así lo hará aquel sin necesidad de auto que lo ordene.

Cuando la apelación fuere en el efecto devolutivo o en el diferido, se remitirá al superior copia de las piezas que el Juez señale, la cual se compulsará a costa del apelante.

En el auto que conceda la apelación el Juez determinará las piezas cuya copia se requiera; si el apelante no suministra lo necesario para la copia dentro del término de cinco días a partir de la notificación de dicho auto, **el recurso quedará desierto.**

Cuando después de la primera apelación en el efecto devolutivo o en el diferido se concedan otras, las copias que se requieran serán únicamente las pertinentes de la actuación posterior, aun cuando no hayan sido devueltas por el superior, a las expedidas para las anteriores apelaciones. De tal circunstancia se informará a éste por el Secretario en el oficio con el cual se remitan nuevas copias.

El superior podrá pedir copia de otras piezas del proceso cuando lo considere indispensable, por auto que no tendrá recurso. El inferior ordenará por auto que tampoco tendrá recurso, la expedición de tales copias a costa del recurrente, si no existieren otras de las mismas piezas, o la complementación de éstas. Si aquel no suministra el valor de las expensas en el término de cinco días, que se contará a partir de la notificación del auto que las ordene, el Secretario informará de tal hecho por oficio o telegrama al superior, **quien declarará desierto el recurso.**”

#### **b. Los cargos de inconstitucionalidad**

En aquel proceso, el sostuvo que la disposición demandada vulneraba los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución Política por las razones que se transcriben a continuación:

“(…) Los preceptos acusados ordenan al juez violar el artículo 29, según el cual, una vez concedido el recurso de apelación, se debe llevar hasta su culminación, observando la plenitud de las formas propias del proceso. Al mismo tiempo le ordenan violar el Art. 228, haciendo extinguir este derecho sustancial al debido proceso, por



razones puramente adjetivas o formales, como es el hecho de no pagar unas copias en el término de cinco días. Requisito formal o adjetivo que no tiene nada que ver con la procedencia y validez del derecho básico y fundamental perseguido en la apelación, que el Constituyente ordena proteger. En otras palabras, le ordenan al Juez hacer todo lo contrario de lo que dispone el Art. 228, desconociendo tan básica garantía fundamental. Y todavía como si fuera poco, violan el artículo 230, que, de acuerdo con el 228, ordena aplicar la ley sustantiva, pues le ordenan al juez desconocer y violar ésta en aras de una norma meramente adjetiva y formal. (...)"

Esto quiere decir que el proceso de inconstitucionalidad que condujo a la Sentencia C-1512 de 2000, estaba basado en los siguientes cargos:

- (i) Vulneración del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 de la Constitución Política), en cuanto a que la disposición demandada impide a los jueces culminar el trámite de los recursos de apelación, con lo cual se deja de observar la plenitud de las formas propias del proceso;
- (ii) Vulneración del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (art. 228 de la Constitución Política), dado que la disposición demandada declara desierto el recurso por causas puramente adjetivas. De esta manera, el resultado final deriva de una disposición formal, adjetiva o procesal, y no de una disposición de derecho sustantivo.

### **c. Análisis de los cargos de inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional**

La honorable Corte Constitucional analizó estos dos cargos de constitucionalidad e hizo expresas las siguientes consideraciones.

- (i) En relación con el primer cargo, la Corte Constitucional encontró ajustado al derecho al debido proceso que la ley imponga al apelante la carga procesal de sufragar las expensas necesarias para la expedición de las copias del expediente, así como la previsión de la sanción de recurso desierto ante su incumplimiento. La Corte fundamentó esta conclusión en el argumento de que tanto la mencionada carga procesal como la sanción correlativa representan las formas propias del juicio, que constituyen el debido proceso, y a las que el apelante debe someterse.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> La Corte sostuvo: "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"



(ii) A pesar de que el demandante no había formulado un cargo en el que adujera que la sanción de recurso desierto violara los principios de gratuidad de la justicia, razonabilidad y proporcionalidad, la Corte Constitucional anunció que llevaría a cabo un análisis del contraste entre dicha sanción y tales principios. No obstante, la Corte no llevó a cabo en realidad un análisis de la vulneración de tales principios (un análisis que, por ejemplo, implicara llevar a cabo el test de proporcionalidad por entero) sino que solo hizo ciertas anotaciones, más bien superficiales, referentes a estos temas:

- En cuanto al principio de gratuidad de la justicia, la Corte recordó que la Sentencia C-037 de 1996 había declarado la constitucionalidad de las excepciones a este principio, consistentes en la previsión legal de expensas, agencias en derecho y demás costos judiciales. En cuanto al objeto de la demanda de inconstitucionalidad, la Corte señaló que:

*“el pago de las copias para el trámite del recurso de apelación, representa una expensa de las autorizadas por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y avalada por la jurisprudencia constitucional, pues el hecho mismo de acudir a la administración de justicia supone algunas erogaciones económicas para las partes sin que esto viole el principio de la gratuidad de la justicia”.*

- En cuanto a la razonabilidad y la proporcionalidad de la sanción de recurso desierto, la Corte llevó a cabo las siguientes consideraciones que, por su relevancia para la demostración de la inexistencia de cosa juzgada material, es necesario transcribir por entero a continuación:

*“La negativa al trámite del recurso de apelación, por la omisión del respectivo impugnante de asumir la erogación económica que suponen las copias del expediente necesarias para que pueda continuar dicho trámite, no constituye una opción normativa caprichosa que contradiga el ordenamiento superior; por el contrario, obedece a una valoración razonable del legislador que debe ser respaldada.*




---

*jurídicos, en tanto que de esa subordinación depende la validez de los actos que de ellas resulten y la efectividad de los derechos sustanciales.”*



*Si se parte de la actual situación de la legislación procesal civil nacional, se tiene que la concesión del recurso de apelación puede hacerse en tres efectos, como lo son el diferido, el devolutivo y el suspensivo (C.P.C., art. 354). En ese orden de ideas, se deduce que con esa clasificación se ha previsto la conservación de la competencia del juez de primera instancia, aun cuando su actuación se encuentre impugnada, simultáneamente a la del juez de segunda instancia.*

*Así las cosas, ¿cómo procurar, entonces, que el ejercicio de las competencias del juez de primera instancia, no se vean interrumpidas por la concesión del recurso y el trámite del mismo en el efecto diferido y devolutivo, casos a los cuales se refieren los segmentos legales demandados? La respuesta a esta pregunta implica una evaluación global de las necesidades y prioridades de un sistema judicial que busca nivelar la eficiencia, eficacia y prontitud de su funcionamiento, sin sacrificar la rigurosidad en el estudio de los casos propuestos, concretados en las decisiones y actuaciones de los jueces como directores del proceso, pero atendiendo a los criterios de conveniencia y oportunidad de las formas procesales, en la forma antes indicada en las consideraciones generales de este fallo y sin menoscabar valores y principios constitucionalmente establecidos.*

*La imposibilidad de que el recurso se surta sin el cumplimiento de esa carga procesal no es solo jurídica sino física, en la medida en que las situaciones acusadas se refieren al recurso de apelación en los efectos devolutivo y diferido, en los cuales el juez de primera instancia conserva competencia para decidir sobre ciertos asuntos, por lo que no puede enviar la totalidad del expediente a su superior ya que dejaría insolutas las situaciones sobre las cuales está llamado a resolver; de lo contrario, incumpliría con sus obligaciones.*

*Dicha carga procesal, por consiguiente, atiende a una necesidad fáctica derivada del trámite del recurso que no se puede desconocer. La consecuencia de ese incumplimiento, da lugar a una situación desfavorable para el apelante pero que*



*no vulnera sus derechos al debido proceso, de igualdad o de acceso a la administración de justicia, pues busca facilitar, precisamente, el trámite del recurso de apelación y, en caso de que el interesado no disponga lo necesario para que esto ocurra, sancionarlo con la improcedencia del medio de impugnación, declarando desierto el recurso, lo cual resulta a todas luces razonable y proporcionado.*

*Por lo demás, debe la Corte recordar que el ordenamiento legal prevé instituciones como el amparo de pobreza, que bien puede invocar quien carezca de los medios económicos necesarios para asumir las cargas y expensas establecidas en la ley para el desarrollo de los procedimientos judiciales.*

*En resumen, la puesta en marcha de todo el aparato judicial para efectos de la resolución sobre un derecho debatido, supone a las partes procesales asumir algunos costos económicos o la realización de algunas actividades, como ya se dijo, atendiendo argumentos de racionalidad como los vistos que impiden que se desconozca el derecho a la igualdad y a la libertad de las personas para acceder a la administración de justicia.”*

De la lectura de este pasaje salta a la vista que si bien la Corte Constitucional afirma la razonabilidad y la proporcionalidad de la sanción de recurso desierto, en realidad no la demuestra. La Corte ni siquiera lleva a cabo el análisis de proporcionalidad con sus tres sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Como más adelante se mostrará, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, este análisis es la manera apropiada de examinar la proporcionalidad de una limitación a los derechos fundamentales. La falta de este análisis, hace que la sucinta y superficial explicación contenida en la sentencia no deje claras las respuestas a las preguntas propias del análisis de proporcionalidad, a saber: (1) ¿Cuál es el objetivo al que sirve la sanción de recurso desierto?; (2) Si ese objetivo es legítimo; (3) Si la sanción de recurso legítimo es idónea para alcanzar dicho objetivo; (4) Si ella es necesaria, es decir, si es la más benigna con el derecho fundamental que ella limita -a saber, el debido proceso- entre todas las medidas que tienen una idoneidad igual o mayor para alcanzar el fin propuesto; y (5) Si ella es proporcional en sentido estricto, es decir,



si las ventajas que derivan desde el punto de vista del logro del objetivo propuesto compensan las desventajas del grado en que ella limita el debido proceso.

La omisión de la Sentencia C-1512 de 2000 en llevar a cabo el análisis de proporcionalidad de la disposición demandada hace que frente a ese respecto no exista cosa juzgada constitucional material. Aun la Corte debe llevar a cabo dicho análisis de proporcionalidad.

- (iii) En relación con el principio de prevalencia del derecho sustancial, la Corte Constitucional sostuvo que normas como la que establecen la sanción de recurso desierto no impiden sino que encausan el respeto por el derecho sustancial. Asimismo, dichas normas cuentan también con firme fundamento constitucional y deben ser fielmente acatadas en las actuaciones de los jueces. Además, la sanción se origina en el incumplimiento de una norma de carácter formal por parte del accionante y no por "la prevalencia de una norma adjetiva sobre la sustantiva." El derecho sustancial, de hecho, prevalece porque ya existe una sentencia de primera instancia que lo hace efectivo.

Como en seguida se verá, en el tercer cargo de esta demanda no se discuten ninguno de estos aspectos, sino que la disposición que se acusa de inconstitucional impide la realización sustancial del derecho a la doble instancia, del derecho de defensa y de que, al revisar la decisión del inferior, el juez de segunda instancia verifique que en el caso hay una aplicación correcta del derecho sustancial.

#### **d. Restricción de los efectos de cosa juzgada constitucional a los cargos de la demanda**

Finalmente, resulta pertinente poner de presente que, en las conclusiones y en la parte resolutive de la Sentencia C-1512 de 2000, la Corte Constitucional restringió los efectos de cosa juzgada constitucional de su pronunciamiento, a los cargos formulados por el demandante. Así lo hizo en la conclusión contenida en dicha sentencia, al señalar:

*"Por todo lo anterior, la Corte desecha las acusaciones de la demanda y, en consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia declarará la exequibilidad del numeral 174 del artículo 1o. del decreto 2282 de 1989 "por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento*



Civil” que modificó el artículo 356 del Código de Procedimiento Civil, frente a los cargos formulados por el demandante” (énfasis fuera del texto).

Y así lo hizo en la parte resolutive al:

*“Declarar EXEQUIBLE el numeral 174 del artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989 “por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil” que modificó el artículo 356 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con los cargos de inconstitucionalidad analizados en el presente proceso.”* (énfasis fuera del texto).

#### **e. Conclusiones en relación con la inexistencia de cosa juzgada constitucional material**

Todo esto quiere decir que la Sentencia C-1512 de 2000 no crea un efecto de cosa juzgada constitucional material en relación con las pretensiones de esta demanda. Los tres cargos antes enunciados, y que a continuación se desarrollarán, suponen nuevos desafíos a la constitucionalidad de la sanción de recurso desierto, que la Corte Constitucional debe considerar ahora por primera vez.

El primer cargo, que es, si se quiere, el más relevante, sostiene que dicha sanción representa una limitación desproporcionada del derecho fundamental a la doble instancia, pues no es capaz de superar las exigencias del test de proporcionalidad. Al resolver la presente demanda, la Corte deberá estudiar, por primera vez, si dicha sanción cumple o no las exigencias de los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El segundo cargo sostiene que la disposición demandada vulnera el derecho de defensa. Esta vulneración se presenta porque dicha disposición prevé una sanción objetiva y perentoria, que excluye cualquier tipo de defensa: (a) por parte del abogado que actúa en el proceso, cuya omisión en cuanto al pago de las copias puede deberse a alguna justificación razonable; y, sobre todo, (b) por parte de la parte procesal apelante, es decir, del poderdante, que queda en absoluta indefensión ante las consecuencias de la omisión de su abogado, justificada o no, atinente al pago de las copias para la apelación.

Finalmente, si bien el tercer cargo guarda similitud con uno de los cargos planteados por el demandante en el libelo que diera lugar a la Sentencia C-1512 de





2000, una lectura detenida del planteamiento de dicho cargo muestra que la similitud es solo aparente. El tercer cargo de esta demanda sostiene que la disposición demandada vulnera el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales. Pero esto no ocurre porque el resultado final tras la “declaratoria de desierto” del recurso derive de una disposición procesal, y no de una disposición de derecho sustantivo (este fue el cargo analizado por la Corte en la Sentencia C-1512 de 2000), sino porque, al establecer una sanción desproporcionada, objetiva, y perentoria, la disposición demandada hace prevalecer el rigorismo en cuanto a los términos procesales sobre la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho a la doble instancia y del derecho de defensa, y de que el derecho sustancial de la parte afectada tenga vigencia en la apelación, sin que ello sea necesario. Entonces, la violación del principio de prevalencia del derecho sustancial no deriva del hecho de que una disposición procesal prevalezca sobre una sustancial. Más bien, es la consecuencia de la preeminencia que la disposición objeto de este proceso concede al rigorismo en cuanto a los términos procesales, sobre las posibilidades efectivas de ejercicio del derecho a la doble instancia y del derecho de defensa y de que el derecho sustancial se la parte afectada sea reconsiderado por un juez de mayor jerarquía en la apelación. Todo esto ocurre sin que exista necesidad o indispensabilidad de que el efecto apropiado sea el que produce la draconiana sanción contenida en la disposición que es objeto de esta demanda.

## **VI. Fundamentación de los cargos de inconstitucionalidad**

A continuación procederemos a fundamentar los tres cargos de inconstitucionalidad antes enunciados.

### **1. La vulneración del principio y derecho fundamental a la doble instancia**

El primer cargo sostiene que la disposición demandada vulnera el principio y derecho fundamental a la doble instancia. Esta vulneración se produce porque dicha disposición otorga al juez una competencia para imponer una sanción desproporcionada ante la omisión del recurrente en apelación consistente en la falta de pago de las expensas necesarias para las copias pertinentes para el recurso en los cinco días siguientes a la admisión del recurso. Esta sanción constituye una limitación desproporcionada y, por tanto, una vulneración del derecho a la doble instancia.

A fin de fundamentar este cargo, resulta pertinente establecer (a) la naturaleza de principio constitucional y de derecho fundamental que tiene el derecho a la doble instancia; (b) la necesidad de que todas las limitaciones a los principios constitucionales y derechos fundamentales, y en particular, al derecho a la doble

instancia, se ajusten al principio de proporcionalidad; (c) el carácter de limitación del derecho a la doble instancia que tiene la sanción contenida en la disposición demandada; y (d) el incumplimiento de las exigencias del principio de proporcionalidad por parte de dicha sanción. Tras estas consideraciones, recapitularemos los planteamientos a manera conclusión (e).

**(a) El derecho a la doble instancia como principio constitucional y como derecho fundamental**

El principio constitucional y derecho fundamental a la doble instancia se encuentra expresamente protegido por los artículos 31 y 29 de la Constitución Política, como un principio integrador del derecho fundamental al debido proceso. El artículo 31 de la Constitución establece que “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.” Por su parte, el artículo 29 de la Constitución establece, que todo sindicado tiene derecho “a impugnar la sentencia condenatoria”. Asimismo, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que forma parte del bloque de constitucionalidad, establece que toda persona inculpada de delito el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.

El contenido de este principio constitucional consiste en el derecho fundamental que tiene quien ha sido desfavorecido por una sentencia judicial de primera instancia, a que dicha sentencia pueda ser revisada por el superior del juez que la emitió. Este derecho se hace efectivo por medio de la apelación o de la consulta como grado de jurisdicción. Con ello, y como sostiene la Corte Constitucional, “se garantiza que el punto que es objeto de decisión judicial pueda ser examinado por dos funcionarios diferentes, el de primera instancia y su superior”.<sup>10</sup> En esta dirección, el principio de la doble instancia y la posibilidad de controvertir la decisión judicial otorgan su sentido al recurso de apelación. Así lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-650 de 2001:

*“Tradicionalmente se ha aceptado que el recurso de apelación forma parte de la garantía universal de impugnación que se reconoce a quienes han intervenido o están legitimados para intervenir en la causa, con el fin de poder obtener la tutela de un interés jurídico propio, previo análisis del juez superior quien revisa y corrige los defectos, vicios o errores jurídicos del procedimiento o de la sentencia en que hubiere podido incurrir el a quo. La procedencia de este medio de impugnación está determinada en los estatutos procesales*

<sup>10</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-533 de 2001, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.



*atendiendo a la naturaleza propia de la actuación y a la calidad o el monto del agravio inferido a la respectiva parte".*

Desde luego, tal como la Corte Constitucional lo ha reconocido, y como deriva del texto del artículo 31 de la Constitución Política, el derecho a la doble instancia no es un derecho absoluto. Por el contrario, este derecho admite ciertas excepciones, es decir, que es posible que existan procesos judiciales en los cuales no exista una segunda instancia, o es posible que el legislador condicione el trámite de la apelación mediante ciertas limitaciones consistentes en exigencias y cargas procesales. Como la Corte Constitucional ha señalado, "no es forzosa y obligatoria la garantía de la doble instancia en todos los asuntos que son materia de decisión judicial".<sup>12</sup>

Esto quiere decir que el principio y derecho a la doble instancia no tiene un carácter absoluto, sino que, frente a él, el legislador ostenta un margen de configuración en el que puede establecer limitaciones.

#### **(b) La proporcionalidad de las limitaciones al derecho fundamental a la doble instancia**

Sin embargo, en ejercicio de este margen de configuración, el legislador no puede introducir limitaciones desproporcionadas, es decir, limitaciones que vulneren el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico de ascendencia germana que aparece en la jurisprudencia constitucional de Colombia y de casi todos los países de América Latina (además de la de otros Estados miembros de la Unión Europea y de países tales como Canadá y Sudáfrica). El principal papel que desempeña es el de criterio para establecer ciertas exigencias que todas las limitaciones a los derechos fundamentales y principios constitucionales deben cumplir.

En la jurisprudencia constitucional colombiana, en sus ciernes, este principio estuvo vinculado sobre todo a la aplicación del derecho fundamental a la igualdad<sup>13</sup>. Sin embargo, poco a poco se ha ido extendiendo al examen de las limitaciones legislativas, administrativas y judiciales de otros derechos fundamentales<sup>14</sup>, en las que sobre todo su tercer elemento: la ponderación, se ha

<sup>11</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-650 de 2001, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>12</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-650 de 2001, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>13</sup> Cfr. En este ámbito, entre otras, las Sentencias de la Corte Constitucional: T-230 de 1994, T-288 de 1995, C-022 de 1996, C-1410 de 2000 y C-093 de 2001.

<sup>14</sup> Cfr. Sobre la expansión del principio de proporcionalidad a diversas áreas de los derechos fundamentales en que tienen incidencia las actuaciones de los poderes públicos: las Sentencias T-530 de 1992, T-015 de 1994, T-429 de 1994, T-311 de 1998.

vuelto casi imprescindible. Dentro de esta expansión general, desde un tiempo atrás la Corte Constitucional ha venido reiterando que este principio debe aplicarse inexorablemente en el control de constitucionalidad de las limitaciones que los poderes públicos impongan a los derechos de las personas naturales y jurídicas<sup>15</sup>.

La aplicación del principio de proporcionalidad parte del supuesto de que los derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario. La aplicación del principio de proporcionalidad implica admitir que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: un contenido *prima facie* y un contenido definitivo. El contenido *prima facie* se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas a un derecho fundamental, cuando es interpretado de manera amplia. Este contenido es *prima facie*, porque puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos<sup>16</sup> y bienes protegidos por la Constitución y, en este caso, puede ser limitado legítimamente por los poderes públicos. Así, por ejemplo, el principio de doble instancia comprende *prima facie* el derecho a que todos los intervinientes en un proceso judicial o administrativo puedan hacer que un superior jerárquico revise las decisiones que un funcionario inferior haya adoptado. Sin embargo, dado que este derecho no es absoluto y debe armonizarse con las exigencias de otros derechos y principios, como el de racionalidad y economía en el uso de la jurisdicción, puede ser limitado por parte de los poderes públicos. Con todo, estas limitaciones tampoco son absolutas. Los poderes públicos no pueden desatender las exigencias que se derivan de los tres sub-principios de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Dado que todas las medidas sancionadoras constituyen una limitación de los derechos fundamentales, ellas deben cumplir con las exigencias expresadas por estos tres sub-principios<sup>17</sup>. Si no lo hacen, se convierten en vulneraciones de los derechos fundamentales que estén en juego.

Ahora bien, cuando los sub-principios de la proporcionalidad se aplican como criterio para establecer un límite a las limitaciones de la libertad o del ejercicio de competencias privadas —como el derecho a la doble instancia—, ellos se agrupan

<sup>15</sup> Cfr. Entre muchas otras, las Sentencias de la Corte Constitucional: T-254 de 1994 y C-070 de 1996.

<sup>16</sup> Sobre la función del principio de proporcionalidad en las colisiones entre derechos, la Corte Constitucional ha señalado en varias sentencias: "*El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.*" Cfr. Entre otras las Sentencias T-403 de 1992, T-422 de 1992 y SU 089 de 1995.

<sup>17</sup> Cfr. Sobre la exigencia de proporcionalidad de las medidas penales, disciplinarias y sancionadoras en general, las Sentencias T-596 de 1992, T-254 de 1994, C-070 de 1996 y T-718 de 1999.



bajo el concepto de interdicción o prohibición de exceso<sup>18</sup>. Como es bien sabido, los derechos fundamentales de libertad o que se refieren al ejercicio de competencias como la de apelar, prohíben que las medidas que adopten los poderes públicos para limitarlos sean excesivas. Lo excesivo no es algo que pueda ser determinado en abstracto, sino en el caso concreto, habida cuenta de la protección que exijan para sí los demás intereses constitucionales legítimos que se pretenda garantizar. El principio de proporcionalidad, en su variante de la interdicción del exceso, es el criterio para controlar la constitucionalidad de las medidas de los poderes públicos en el marco de estas relaciones. En esta variante, el principio de proporcionalidad está conformado por los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.<sup>19</sup> Cada uno de estos sub-principios expresa una exigencia que toda limitación de los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

#### (i) Sub-principio de idoneidad

De acuerdo con el sub-principio de idoneidad, toda medida adoptada por un poder público que limite un derecho fundamental, debe ser adecuada para contribuir a alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo.

La jurisprudencia constitucional ha definido este sub-principio de la siguiente manera:

*“el análisis de idoneidad de la medida restrictiva está dirigido a averiguar si aquella es suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir. En otras palabras, si la medida sometida al control de constitucionalidad es adecuada para conseguir un objetivo constitucionalmente válido”*<sup>20</sup>.

Se trata, entonces, de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo que tenga la limitación del derecho fundamental y la adecuación de la medida en que consiste dicha limitación para alcanzar el objetivo propuesto. En cuanto a la primera exigencia, para que una medida no sea legítima, debe ser claro que no

<sup>18</sup> Cfr. Sobre el concepto de prohibición de exceso, la Sentencia C-916 de 2002.

<sup>19</sup> Cfr. Sobre estos sub-principios, la Sentencia C-1410 de 2000: “el concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 2007.



busque proteger ningún derecho fundamental, ni otro bien constitucional legítimo. Por su parte, de acuerdo con la segunda exigencia, para que dicha medida no carezca de idoneidad, debe tener algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho o de otro bien constitucional legítimo.

### (ii) Sub-principio de necesidad

De acuerdo con el sub-principio de necesidad, para que una limitación de los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.

La jurisprudencia constitucional ha definido este sub-principio de la siguiente manera:

*“el estudio de necesidad busca indagar si “la medida ordenada debe corresponder a la alternativa menos gravosa para el logro del fin buscado dentro del abanico de opciones con un nivel de efectividad probable semejante”<sup>21</sup>*

Se trata, entonces, de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles. En esta comparación se analiza: (1) la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y (2) el menor grado en que este medio alternativo limite el derecho fundamental en comparación con la medida sub-examine adoptada por los poderes públicos.

### (iii) Sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto

De acuerdo con el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto, para que una limitación de los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de que ella persigue (es decir, de satisfacción el objetivo perseguido por la medida) debe ser por lo menos equivalente al grado en el que el derecho fundamental resulta afectado por la limitación<sup>22</sup>.

Se trata, entonces, de la comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y el grado en el cual el derecho fundamental resulta afectado por la limitación que a él se impone. Mediante esta

<sup>21</sup> Cfr. Ibidem y la Sentencia C-822 de 2005.

<sup>22</sup> Cfr. Sobre el concepto del principio de proporcionalidad en sentido estricto, la Sentencia C-459 de 1995.



comparación, se prohíbe que una afectación intensa de la libertad o de otro derecho fundamental sea correlativa tan solo a una protección de menor nivel de otro derecho o bien constitucionalmente legítimo.

En general, la jurisprudencia constitucional ha definido de la siguiente manera el principio de proporcionalidad y sus sub-principios, como límite de los límites a los derechos fundamentales:

*“En relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha definido que la verificación debe recaer no solo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea constitucional, se requiere que sea ponderada o proporcional en sentido estricto. Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional”.*<sup>23</sup>

Debe destacarse que los tres sub-principios de la proporcionalidad se aplican de una manera escalonada. Esto quiere decir que primero se evalúa la idoneidad de la medida restrictiva de la libertad. Si la medida carece de idoneidad, entonces deberá concluirse que ella vulnera el derecho fundamental. Si, por el contrario, la medida es idónea, entonces deberá evaluarse su necesidad. A su vez, si la medida resulta no ser necesaria, deberá concluirse que ella vulnera el derecho fundamental. Si, por el contrario, ella es necesaria, entonces deberá evaluarse su proporcionalidad en sentido estricto. Si la medida es desproporcionada en sentido estricto, de nuevo deberá declararse la vulneración del derecho fundamental. Pero si la medida es proporcionada en sentido estricto, entonces, deberá concluirse que ella es constitucional, porque respeta el derecho fundamental.

Finalmente, debe destacarse que la Corte Constitucional, de manera explícita ha señalado que todas las limitaciones al derecho a la doble instancia están sometidas

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-648 de 2001.

a las exigencias del principio de proporcionalidad y del principio de igualdad. Así lo sostuvo en la Sentencia C-650 de 2001, en la que aclaró que este derecho:

*“... no tiene un carácter absoluto, en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra providencia judicial sea susceptible de ser apelada o consultada, pues su aplicación práctica queda supeditada a las regulaciones que expida el legislador dentro de su competencia discrecional, pero sin rebasar el límite impuesto por los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales, específicamente en lo que atañe con el principio de igualdad. En tal virtud, so pretexto de ejercer la competencia que emana de la referida disposición, no le es dable al legislador al regular la procedencia de la apelación o de la consulta establecer tratos diferenciados que carezcan de una legitimación objetiva, en cuanto a los fundamentos de hecho y de derecho que los justifican, su finalidad, racionalidad, razonabilidad y **proporcionalidad**”<sup>24</sup> (énfasis fuera del texto).*

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia forma parte del bloque de constitucionalidad, ha advertido que las regulaciones estatales de la apelación no pueden ser arbitrarias ni desproporcionadas, sino que deben permitir la real y efectiva oportunidad de que el juez superior revise de forma y de fondo las decisiones tomadas por el juez inferior. En este sentido, el Caso Mohamed vs. Argentina de 2012,<sup>25</sup> la Corte Interamericana recordó que:

*“El derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen*

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-650 de 2001. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mohamed vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).



*integral de la decisión recurrida. El derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona".*



De la misma manera, en el caso Castillo Petruzzi y otros, vs. Perú,<sup>26</sup> la Corte Interamericana estableció que, con fundamento en el artículo 8.2.h de la Convención, "(...) durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior." Según los argumentos aportados por la Comisión de Derechos Humanos en aquel caso, "el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, establecido en el artículo 8.2.h de la Convención, es un elemento esencial del debido proceso" y "tiene el carácter de inderogable conforme a lo señalado en el artículo 27.2" de ese mismo cuerpo legal". "El derecho de recurrir del fallo implica una revisión de los hechos objeto de la causa, un estudio acabado del juicio, dando de esta forma garantías reales a los acusados de que su causa será vista y sus derechos serán garantizados en conformidad a los principios del debido proceso establecidos en el artículo 8 de la Convención..." La Corte reiteró que "el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención". Para la Corte, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se necesita que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos de la parte procesal y proveer lo necesario para remediarla.

Desde luego, un recurso de apelación cuya regulación incluye sanciones desproporcionadas ante la falta de cumplimiento de una carga procesal, no representa una garantía efectiva de ejercicio del derecho fundamental y humano a la doble instancia.

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999.



**(c) El carácter de limitación del derecho a la doble instancia que tiene la sanción contenida en la disposición demandada**

La sanción, según la cual debe declararse desierto el recurso de apelación, contenida en la disposición demandada está sujeta a las exigencias del principio de proporcionalidad, porque representa una limitación al ejercicio de un derecho fundamental, en concreto, al ejercicio del derecho fundamental a la doble instancia.

Una limitación de un derecho fundamental es un acto jurídico o fáctico que dificulta o afecta de forma negativa el ejercicio de cualquier posición jurídica comprendida dentro del ámbito normativo de un derecho fundamental, interpretado de manera amplia.<sup>27</sup> En el caso de la disposición objeto de la presente demanda, ella constituye una limitación del derecho fundamental a la doble instancia por las siguientes razones:

- (i) Porque, interpretado de manera amplia, el derecho fundamental a la segunda instancia implica el derecho *prima facie* a que siempre un juez superior revise las decisiones adoptadas por un juez inferior. Desde luego, este derecho *prima facie* puede ser limitado por el legislador o por el Constituyente. De hecho, la propia constitución prevé procesos de única instancia.
- (ii) Sin embargo, todo acto jurídico o fáctico que limite la posibilidad de que un juez superior revise las decisiones adoptadas por un juez inferior constituye una limitación del derecho fundamental a la doble instancia.
- (iii) La disposición demandada contiene dos limitaciones al acceso al juez superior. Por una parte, la imposición al apelante de la carga procesal de sufragar las expensas de las copias para que se surta la apelación. Por otra, la previsión de la sanción de recurso desierto para la situación hipotética en la que el apelante no sufrague las copias en el término de 5 días tras la admisión de la apelación. Estas dos medidas, contenidas en el Código de Procedimiento Civil, dificultan o afectan negativamente el ejercicio del derecho fundamental a la doble instancia. Por lo tanto, son afectaciones de dicho derecho y están sujetas a las exigencias del principio de proporcionalidad.

<sup>27</sup> Cfr. Sobre este concepto: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tercera edición, 2007, p. 665





#### **(d) La desproporción de la sanción de recurso desierto**

Un análisis de la sanción de recurso desierto contenida en la disposición demandada con base en el test de proporcionalidad revela con claridad que dicha sanción es desproporcionada y que, por tanto, implica una vulneración del derecho fundamental a la doble instancia.

El análisis de idoneidad muestra que dicha sanción es apta para contribuir a alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo. El Código de Procedimiento civil concede un plazo determinado, de cinco días, para que el demandante sufrague las expensas de las copias del proceso, con el fin de propender por la celeridad procesal. Los procesos no pueden ser ilimitados en el tiempo. En ese sentido, está justificado que el Código de Procedimiento Civil establezcan ciertos plazos para que las partes desplieguen las actuaciones que componen el proceso. Asimismo, no cabe duda de que la previsión de una sanción, cualquiera que ella sea, ante el caso de inacción durante el plazo previsto para el cumplimiento de una actuación (el cumplimiento de una carga procesal, en el caso del pago de las copias) representa una motivación para que la parte que debe actuar lo haga.

Sin embargo, la sanción de recurso desierto se revela como una medida innecesaria, es decir, incapaz de pasar el test de necesidad. Primero, dicha sanción es draconiana. Contiene una afectación muy intensa del derecho fundamental a la doble instancia. Ello es así, porque la declaración de recurso desierto termina con la apelación, es decir, hace imposible que el juez superior conozca en definitiva la decisión del inferior y pueda revisarla. Segundo, existen medidas alternativas que también son idóneas para favorecer la realización del principio de celeridad procesal y que son más benignas con el derecho fundamental a la doble instancia. Piénsese, tan solo, por ejemplo, en la medida prevista por el artículo 390 del Código Judicial, que regía antes del Código de Procedimiento Civil. De acuerdo con dicho artículo, cuando era necesaria la remisión de un expediente a un lugar distinto al del proceso, la parte interesada debía pagar el porte del envío y devolución del mismo dentro de los ocho (8) días siguientes. Si transcurrido este término no se había suministrado el dinero, el juez debía requerir al recurrente antes de declarar desierta la apelación respectiva. En comparación con la disposición demandada, esta medida alternativa es igualmente idónea para proteger la realización del principio de celeridad procesal. Incluso, una medida alternativa mucho mejor, sería aquella que incluyera un requerimiento no solo del apoderado judicial sino de la parte recurrente misma. Esta medida posibilitaría a la parte recurrente ejercer su derecho de defensa frente a la negligencia de su apoderado

judicial o frente a un eventual contubernio entre este y la contraparte, que motivara al apoderado judicial a no pagar las copias dentro del término apropiado para ello.

Dentro de los términos reales en los que funciona la justicia en nuestro país, en donde los procesos judiciales tardan años en llegar a su fin, cinco días, por una parte, y ocho días más un requerimiento, por otra, son igualmente equivalentes desde el punto de vista de propender por la realización de la celeridad procesal. Sin embargo, un plazo de ocho días más el requerimiento tanto del apoderado judicial como de la parte recurrente misma, es una medida mucho más benigna con el derecho fundamental a la doble instancia, que la medida contenida en la disposición aquí demandada. Esta medida permite al abogado que, por negligencia suya o de uno de sus dependientes o por razones atendibles (enfermedad, etc.), no haya pagado las copias, aportar las expensas ante el requerimiento judicial, para que se pueda tramitar la apelación. Y, lo más importante, permite a la parte cuyo abogado ha sido negligente, poder concurrir al proceso tras ser requerida para pagar las copias y actuar ante la negligencia de su defensor. Le permite ejercer su derecho de defensa. Incluso es perfectamente posible que pueda existir connivencia entre el apoderado de la parte de la cual se predica la omisión, y la parte demandante favorecida con la sentencia que se apela. El derecho de doble instancia es un derecho de la parte y no de su abogado. Por esta razón, resulta absurdo y desproporcionado con este derecho que, so pretexto de fomentar un trámite expedito del proceso, el Código de Procedimiento Civil, no incluya un requerimiento a la parte que ha solicitado la apelación, para que pague las copias ante la inacción, justificada o no, de su abogado.

De estas consideraciones también se sigue la conclusión de que la sanción de recurso desierto es, a claras luces, desproporcionada en sentido estricto. Ella es una sanción draconiana, que se impone tras el vencimiento de un plazo muy corto, sin que la parte afectada pueda siquiera reaccionar ante la falta de actuación de su abogado. Asimismo, tiene como efecto la imposibilidad de que se tramite la apelación y, por tanto, la imposibilidad de ejercicio real del derecho fundamental a la doble instancia. Esto quiere decir, que dicha medida afecta de manera muy severa o intensa este derecho fundamental a la doble instancia. Esta afectación no logra compensarse por el favorecimiento mínimo que ella implica desde el punto de vista de la realización del principio de celeridad procesal. Como se ha mostrado, esta celeridad puede lograrse de una manera igual o mayor mediante una medida alternativa, que, por ejemplo, incluya el requerimiento a la parte procesal apelante como tal. Al ser requerida, la parte interesada en la apelación, con seguridad, actuará de manera celera.

A este respecto, conviene recordar que la Corte Constitucional ha advertido que la



búsqueda de la satisfacción del principio de celeridad procesal de ninguna manera puede implicar la afectación de otros principios integradores del debido proceso, como ocurre en este caso con el derecho fundamental a la doble instancia y el derecho de defensa. En este sentido, la Corte Constitucional ha recordado:

*... las personas tienen derecho a que el proceso se adelante sin dilaciones injustificadas pero igualmente a que sea un debido proceso (art. 29 C. P.), lo cual supone que el imputado tenga la posibilidad efectiva de preparar, con la asistencia técnica de un abogado, sus estrategias de defensa, lo cual incluye obviamente la facultad de solicitar y presentar las pruebas que juzgue pertinentes y conducentes, así como de controvertir aquellas que sean presentadas en su contra.<sup>28</sup>*

De este modo, y como ha sostenido la Corte, el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas no puede ser un principio absoluto, sino que implica “un equilibrio razonable entre el principio de celeridad y el derecho de defensa”.<sup>29</sup> Como consecuencia, es tarea del legislador buscar armonizar el principio de celeridad, que tiende a que el proceso se adelante en el menor lapso posible, y el derecho de defensa que implica que la ley debe prever un tiempo mínimo para cada parte en un proceso “pueda comparecer al juicio y pueda preparar adecuadamente su defensa”.<sup>30</sup>

La disposición demandada no consigue si quiera acercarse a este equilibrio. Por el contrario, genera una manifiesta desproporción que vulnera el derecho a la doble instancia y, como se verá en el segundo cargo, el derecho de defensa. Por esta razón, debe ser declarada inconstitucional por la Honorable Corte Constitucional.

Por último, debe recordarse que el pago de las copias por parte del apelante es una excepción al principio de gratuidad de la justicia. En principio, de acuerdo con la Constitución, es el Estado quien tiene que sufragar los costos de funcionamiento del sistema judicial. Es cierto que, como la jurisprudencia constitucional lo ha señalado, este principio debe tener excepciones. De esta manera, resulta legítimo que el Legislador atribuya, de forma muy excepcional, a las partes ciertas expensas necesarias para surtir el trámite procesal. No obstante, resulta de plano desproporcionado que la falta de cumplimiento de la carga de sufragar ciertas expensas excepcionales sea la declaratoria de recurso desierto, que impide al apelante acceder a la justicia de segunda instancia mediante el recurso de

<sup>28</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2000. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>29</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2000. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>30</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2000. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.



apelación. En este sentido, la desproporción de la disposición que aquí se demanda por inconstitucional también implica una violación del derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia, que es parte del derecho debido proceso. No cabe duda de que el legislador puede imponer ciertas cargas para el acceso a la justicia de segunda instancia. Sin embargo, en todo caso estas cargas deben ser razonables y proporcionadas. Cuando ellas no tienen este carácter, se impide el acceso al acceso a la justicia en segunda instancia, que se logra cuando en definitiva el juez superior puede conocer del fondo del asunto que se discute en apelación.

#### **(e) Conclusión en relación con el primer cargo**

De todo esto deriva como conclusión, en relación con el primer cargo, que la sanción de recurso desierto es una limitación del derecho fundamental a la doble instancia, porque dificulta o afecta negativamente la posibilidad de que un juez superior revise la decisión de primera instancia que se ha producido en contra de la parte apelante. Asimismo, esta limitación es desproporcionada. Vulnera el sub-principio de necesidad porque existen medidas igualmente idóneas para el objetivo de propender por la celeridad procesal (como por ejemplo, una medida que prevea un plazo un poco mayor y/o un requerimiento a la parte apelante -no solo de su apoderado judicial sino de la parte recurrente misma-, para que pague las copias) que, al mismo tiempo, son más benignas con el derecho fundamental a la doble instancia y no implican desmedro de la celeridad de los procesos. Asimismo, vulnera el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto porque las ventajas que genera para la realización del principio procesal de celeridad no compensan las graves y severas afectaciones que ella causa para el ejercicio del derecho fundamental a la doble instancia.

## **2. Vulneración del principio y derecho fundamental a la defensa**

El segundo cargo de esta demanda sostiene que la sanción de recurso desierto, contenida en la disposición constitucional que es el objeto de esta demanda, vulnera el principio y derecho fundamental a la defensa. Esta vulneración se presenta porque dicha disposición prevé una sanción objetiva y perentoria, que excluye cualquier tipo de defensa: (a) por parte del abogado que actúa en el proceso, cuya omisión en cuanto al pago de las copias puede deberse a alguna justificación razonable; y, sobre todo, (b) por parte de la parte procesal, es decir, del mandante, que queda en absoluta indefensión ante las consecuencias de la omisión, justificada o no, atinente al pago de las copias, por parte de su apoderado judicial.





A fin de fundamentar este cargo, resulta pertinente demostrar (a) la naturaleza de principio constitucional y de derecho fundamental que tiene el derecho de defensa; y (b) la vulneración de este derecho fundamental por la sanción contenida en la disposición demandada.

**(a) El derecho de defensa como principio constitucional y como derecho fundamental**

El derecho de defensa es un principio y derecho fundamental que tiene el carácter de principio integrador del debido proceso. Está protegido por el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual: “quien sea sindicado **tiene derecho a la defensa.**” Este derecho está también protegido por el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que: “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”; y que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: **c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa...**”.

El derecho de defensa garantiza la participación de todos los afectados en el discurso jurisdiccional, sobre todo para ejercer sus facultades de presentar argumentaciones y pruebas. De este modo, el derecho de defensa garantiza la posibilidad que las personas tienen de concurrir al proceso, hacerse parte en el mismo, defenderse, presentar alegatos y pruebas, y defenderse de manera efectiva de posibles sanciones y repercusiones negativas frente a sus intereses.

Cabe decir que este derecho fundamental se concreta en dos derechos: en primer lugar, el derecho de contradicción, y, en segundo lugar, el derecho a la defensa técnica. Una de las razones más importantes que justifican la existencia del derecho de defensa es la necesidad que tiene cada individuo de saber si en su contra se tramitan procesos, de intervenir en ellos y de controvertir las acusaciones y las pruebas que allí obren, y de oponer sus argumentos ante posibles sanciones o efectos negativos en contra de sus intereses. Es por esta razón que la Corte Constitucional ha señalado, en la sentencia SU-960 de 1999, que es contraria al debido proceso “una situación de absoluta imposibilidad del procesado para conocer que se le adelantaba un proceso y, por tanto, para ejercer su derecho



constitucional a defenderse”.<sup>31</sup> De acuerdo con la Corte Constitucional, el Estado debe garantizar que “los procesados tengan efectiva y real oportunidad de hacer valer sus razones durante la investigación y el juicio”.<sup>32</sup>

Por otra parte, la Corte Constitucional ha sido tajante al señalar que una de las proyecciones más importantes del derecho a la defensa es aquélla que tiene que ver con la posibilidad efectiva de ejercer los recursos en contra de las decisiones judiciales. De este modo, la Corte ha sostenido que:

*“el derecho de defensa implica la plena posibilidad de controvertir las pruebas allegadas en contra; la de traer al proceso y lograr que sean decretadas, practicadas y tenidas en cuenta las existentes a favor, o las que neutralizan lo acreditado por quien acusa; la de ejercer los recursos legales; la de ser técnicamente asistido en todo momento, y la de impugnar la sentencia condenatoria”.*<sup>33</sup>

Ahora bien, en lo que concierne al ámbito de aplicación del derecho a la defensa, la jurisprudencia constitucional ha afirmado en múltiples oportunidades que este no se restringe al ámbito procesal penal. Por el contrario, ha manifestado “que las garantías que integran el debido proceso, y entre ellas el derecho de defensa, son de estricto cumplimiento en todo tipo de actuaciones, ya sean judiciales o administrativas”.<sup>34</sup> Desde este punto de vista, según la Corte Constitucional, estas garantías “constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico”.<sup>35</sup> Por esta razón, el derecho de defensa ha de ser de aplicación universal. De este modo, la Corte ha especificado que:

*“la concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante, pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella”.*<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-960 de 1999, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-960 de 1999, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-960 de 1999, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>34</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 2002, M. P.: Jaime Córbona Triviño y la Sentencia T-490 de 1992, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>35</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 2002, M. P.: Jaime Córbona Triviño.

<sup>36</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 2002, M. P.: Jaime Córbona Triviño.





Además de lo anterior, y de manera muy relevante para el objeto de esta demanda de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional ha sido enfática a la hora de afirmar que el derecho de defensa debe garantizarse a toda persona a quien se pretenda imponer una sanción. La Corte ha proclamado esta tesis de una manera constante desde el comienzo de su jurisprudencia. Es así como en la temprana Sentencia T-490 de 1992, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte declaró de forma rotunda que: “toda persona tiene derecho a que antes de ser sancionada se lleve a cabo un procedimiento mínimo que incluya la garantía de su defensa”. La misma Corte, en la sentencia SU-960 de 1999, reiteró que “ninguna autoridad dentro del Estado está en capacidad de imponer sanciones o castigos ni de adoptar decisiones de carácter particular encaminadas a afectar en concreto a una o varias personas en su libertad o en sus actividades si previamente no ha sido adelantado un proceso” que garantice el ejercicio efectivo del derecho de defensa por parte de los afectados.<sup>37</sup>

La jurisprudencia constitucional ha reiterado hasta la saciedad que la aplicación de las garantías del debido proceso, sobre todo el derecho de defensa, es inexcusable en el ámbito de ejercicio del *ius puniendi* del Estado, es decir, el de la imposición de sanciones. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>38</sup> indica que la potestad sancionadora de Estado surge de la necesidad de dotar a las ramas del poder público de medios coercitivos para realizar sus finalidades, cumplir con las funciones asignadas legal y constitucionalmente y compeler coactivamente al cumplimiento de los deberes y las cargas atribuidas a los ciudadanos. El poder sancionador del Estado comprende varias disciplinas jurídicas como son el derecho penal, el derecho disciplinario, el contravencional, el derecho correccional, el derecho administrativo sancionador y el ámbito de las sanciones procesales.

En todos estos ámbitos el Estado impone sanciones. Dichas sanciones se caracterizan porque (i) proceden de una autoridad estatal; (ii) producen un efecto aflictivo, ablativo; (iii) se imponen ante la realización de un ilícito o del incumplimiento de una carga; y (iv) cumplen una finalidad represora. Es así que el propio concepto de sanciones estatales, como restricciones a los derechos –en ocasiones, fundamentales– del individuo, hacen que el derecho sancionatorio deba estar sometido a los principios que regulan de manera general el *ius puniendi* del

<sup>37</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-960 de 1999, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>38</sup> En este sentido: sentencias C-818 de 2005, C-214 de 1994, C-948 de 2002 y C-406 de 2004. En la sentencia C-818 de 2005, la Corte Constitucional dijo expresamente que “el derecho sancionador del Estado en ejercicio del *ius puniendi*, es una disciplina compleja que envuelve, como género, al menos cuatro especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario y el derecho correccional. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador”



Estado. Desde luego que uno de los más importantes es el estricto respeto del derecho fundamental al debido proceso y todos sus principios integradores, sobre todo, el derecho de defensa.

La necesidad de conceder a la parte afectada la posibilidad de defenderse de manera previa a la imposición de una sanción es también una garantía del debido proceso, de la manera en que está garantizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad.

En este sentido, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Castillo Petruzzi y otros, vs. Perú, del año 1999,<sup>39</sup> resolvió a favor del demandante por encontrar vulnerado su derecho de defensa. En aquel caso se demostró en el proceso que al demandante ante este sistema internacional, se le había impuesto una sanción sin habersele concedido la posibilidad de tener una defensa efectiva. En dicha sentencia, la Corte Interamericana resaltó la importancia de que las partes del proceso puedan defenderse de manera efectiva ante la previsible imposición de una sanción. La Corte declaró la vulneración del derecho del demandante por encontrar probado que no contó con el tiempo suficiente para ejercer su defensa. Además, resaltó que el mero hecho de que una parte procesal tenga un abogado que lo represente no significa el ejercicio efectivo de su defensa. De acuerdo con la Corte Interamericana, la carencia de una defensa efectiva y adecuada por parte de los abogados de una parte procesal, implica la inexistencia de ejercicio real del derecho de defensa y, por tanto, la vulneración de este derecho, tal como lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

**(b) La imposición de la sanción de recurso desierto como vulneración del derecho fundamental de defensa**

Dentro de este contexto es posible entender por qué la sanción de recurso desierto vulnera el derecho de defensa. Es claro que esta medida tiene un carácter ablativo o sancionatorio, porque elimina la posibilidad de que la parte apelante pueda obtener que el superior revise la decisión del inferior mediante el recurso de apelación.

Ahora bien, la violación del derecho de defensa se produce porque ni el abogado que ha dejado de cumplir la carga procesal consistente en el pago de las copias para la apelación, ni la parte representada por ese abogado, tienen ningún medio de

<sup>39</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999.





defensa frente a la imposición de esta sanción. De la manera en que la disposición acusada establece la medida de recurso desierto, esta sanción es objetiva y perentoria. Antes de su imposición, no está prevista la posibilidad de que el abogado que no ha sufragado las expensas, se defienda, por ejemplo, mediante la alegación de alguna justificación atendible. Y aún peor, la imposición de esta sanción no ofrece ninguna posibilidad para que la parte representada se defienda ante la negligencia de su abogado, o frente a una eventual connivencia entre este y la contra parte, y pueda ejercer de manera efectiva el derecho a la doble instancia mediante el trámite de la apelación.

Desde luego, ante la negligencia del abogado, o ante una connivencia de este con la contraparte, la parte afectada con la imposibilidad de tramitar la apelación puede iniciar un proceso disciplinario contra su apoderado. Sin embargo, esta posibilidad no puede contar como una garantía efectiva del derecho de defensa ante la imposición de la sanción de recurso desierto. Primero, la imposición de una sanción al abogado en el proceso disciplinario no revive la posibilidad de que la parte afectada pueda ejercer su derecho de doble instancia mediante el trámite de la apelación. Segundo, la responsabilidad disciplinaria del abogado tiene presupuestos singulares que, de ninguna manera, implican una plena garantía de los derechos de la parte procesal afectada por la sanción de recurso desierto. Puede darse, por ejemplo, la situación en la que exista una justificación atendible que excuse al abogado por no haber pagado las copias dentro del término legal. Por esta razón, el abogado no podría ser sancionado disciplinariamente. No obstante, y de manera paradójica, en todo caso el poderdante quedaría indefenso y resultaría afectado por la sanción desproporcionada de recurso desierto, pues de todas formas habría perdido la posibilidad de que el juez superior revisara en apelación la decisión del juez inferior. Tercero, aún si el abogado es sancionado disciplinariamente, habrá casos en los cuales este no puede satisfacer el débito primario de una obligación cuya declaración o cumplimiento sea alegada por la parte desfavorecida en primera instancia. También habrá casos en los que, en razón del monto del perjuicio que la declaración de recurso desierto genere para la parte procesal, el abogado no tenga patrimonio suficiente para responder por el daño causado y pagar dichos perjuicios. El daño causado al poderdante quedará en todos estos casos sin indemnizar, totalmente en la mayoría de los casos, y, en el mejor de ellos, parcialmente.

Como ya se ha demostrado, esta violación del derecho de defensa del abogado y del poderdante, es decir, de la parte apelante, podría evitarse si en lugar de la medida contenida por la disposición demandada, se adoptara una medida alternativa más benigna con el debido proceso, que -por ejemplo- incluyera un requerimiento de la parte procesal apelante (del apoderado judicial y de la parte



como tal), ante la falta de pago de las expensas procesales dentro del término legal por parte de su apoderado judicial. La estrategia de inadmitir (que no de rechazar) una demanda, que se emplea a lo largo y ancho del derecho procesal, se revela como un mecanismo apropiado para motivar a las partes a cumplir las cargas procesales. De ninguna manera podría decirse que dichas medidas de corrección procesal entorpecen la celeridad procesal. Antes bien, ellas son respetuosas del derecho de defensa de las partes, a la vez que permite establecer un punto de equilibrio entre el respeto de este derecho y la corrección procesal que implica el cumplimiento de las cargas procesales por las partes. Finalmente, debe tenerse en cuenta que el argumento de la celeridad procesal no puede erigirse como un pretexto para eliminar, como lo hace la disposición demanda, toda posibilidad de ejercicio del derecho de defensa. Esto es así, si se tiene en cuenta que, en cuanto a la celeridad ya existe un total desequilibrio entre el juez y las partes en el proceso civil. Mientras los plazos no son preclusivos para el juez, en casos como en el que plantea la disposición demandada, estos se vuelven perentorios para las partes, de tal modo que se atribuyen efectos fatales para el derecho de derecho a la inacción de su apoderado judicial dentro del plazo previsto por el Código de Procedimiento Civil.

### **3. Vulneración del principio de prevalencia del derecho sustancial**

El último cargo de esta demanda sostiene que la disposición demandada vulnera el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales. Esto ocurre porque, al establecer una sanción desproporcionada, objetiva, y perentoria, la disposición demandada hace prevalecer el rigorismo en cuanto a los términos procesales sobre la posibilidad de que el derecho sustancial de la parte afectada tenga vigencia en la apelación.

Para demostrar este cargo, es preciso primero analizar el contenido del principio de prevalencia del derecho sustancial (a); y luego, explicar por qué la disposición demandada vulnera este principio (b).

#### **(a) El principio de prevalencia del derecho sustancial**

El principio de prevalencia del derecho sustancial está establecido por el artículo 228 de la Constitución Política, según el cual, las actuaciones de la administración de justicia “serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial”.

La inclusión de este principio en la Constitución implica un verdadero cambio de paradigma con el derecho constitucional y ordinario anterior a 1991. Precisamente, la disposición demandada es una expresión del paradigma preconstitucional que,





de ninguna manera, encaja con el sistema garantista del debido proceso, establecido por la Constitución Política. En la tradición anterior se consideraba el procedimiento como un fin en sí mismo, de algún modo, desvinculado de su nexa con las normas sustanciales. En el nuevo derecho constitucional, en cambio, las garantías del derecho procesal se vinculan inescindiblemente a la efectividad del derecho sustancial. Así lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, según la cual la Constitución, ha modificado profundamente las formas procesales:

*“las ha dotado de una teleología que no se explica a partir del solo rito o procedimiento sino en relación directa con las normas jurídicas que consagran los efectos jurídicos que las partes pretenden. Las ha redimensionado para darles ahora el carácter de facultades irrenunciables, históricamente consolidadas y positivizadas; esto es, para advertir en ellas derechos fundamentales”.*<sup>40</sup>

De esta forma, como la Corte Constitucional ha enfatizado, la Constitución ha generado un auténtico vuelco en el proceso:

*... ha dotado al proceso de una nueva racionalidad pues ya no se trata de agotar ritualismos vacíos de contenido o de realizar las normas de derecho sustancial de cualquier manera, sino de realizarlas reconociendo esas garantías irrenunciables, pues su respeto ineludible también constituye una finalidad del proceso. Así, ha generado una nueva percepción del derecho procesal pues le ha impreso unos fundamentos políticos y constitucionales vinculantes y, al reconocerles a las garantías procesales la naturaleza de derechos fundamentales, ha permitido su aplicación directa e inmediata; ha generado espacios interpretativos que se atienen a lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos; ha tornado viable su protección por los jueces de tutela y ha abierto el espacio para que el juez constitucional, en cumplimiento de su labor de defensa de los derechos fundamentales, promueva la estricta observancia de esas garantías, vincule a ella a los poderes públicos y penetre así en ámbitos que antes se asumían como de estricta configuración legal.*<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 2002, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>41</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 2002, M. P.: Jaime Córdoba Triviño. Asimismo, Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 1995. M. P. Jorge Arango Mejía.



Ahora bien, la razón de este cambio de paradigma es bien evidente. Lo que persigue el principio de prevalencia del derecho sustancial es el reconocimiento de que las finalidades superiores de la justicia no pueden resultar sacrificadas por razones consistentes en el culto ciego a reglas procesales o a consideraciones de forma, que no son estrictamente indispensables para resolver el fondo de los casos que se someten a la competencia del juez. En este sentido, y como lo afirma la Corte Constitucional:

*“las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico en lo que atañe a trámites y procedimientos están puestas al servicio del propósito estatal de realizar materialmente los supremos valores del derecho, y no a la inversa. O, en otros términos, las formas procesales no se justifican en sí mismas sino en razón del cometido sustancial al que propende la administración de justicia”<sup>126</sup>.*

Todo esto no quiere decir, sin embargo, que el derecho constitucional de hoy deje sin efecto a las formas procesales e implique la laxitud amañada del derecho procesal. Es imperioso reafirmar que el cumplimiento estricto del derecho procesal también es una garantía democrática del Estado de derecho para la obtención de la eficacia de los derechos sustanciales y de los principios básicos del ordenamiento jurídico. Todos los elementos del proceso integran la “plenitud de las formas propias de cada juicio”, establecida por el artículo 29 de la Constitución Política, como parte del derecho fundamental al debido proceso. Por tanto, como ha sostenido la Corte Constitucional, dichas formas propias de cada juicio “no constituyen simplemente reglas formales vacías de contenido sino instrumentos necesarios para que el derecho material se realice objetivamente y en su oportunidad”<sup>127</sup>. Sin embargo, éste y sólo éste es su sentido, de tal manera que también supone una violación del debido proceso el extremo ritualismo que hace sucumbir al derecho sustancial en medio de la maraña de formas procesales.

En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha dejado claro que el rigorismo en cuanto a las formas procesales que impiden la prevalencia del derecho sustancial, está viciado de inconstitucionalidad. Por ejemplo, la Corte Constitucional concedió en Sentencia T-268 de 2010<sup>42</sup>, la protección solicitada por el demandante en tutela, tras haber encontrado vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, en armonía con el principio de primacía del derecho sustancial, consagrados en los

<sup>42</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



artículos 13, 29 229 y 228 de la Constitución Política. La Corte fundó su fallo en lo dispuesto por el artículo 228 de la Constitución y expresó que:

*“una providencia judicial puede configurarse un defecto procedimental por “exceso ritual manifiesto” cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales”<sup>43</sup>.*

De manera análoga, en la Sentencia T-071 de 2012, la Corte Constitucional revocó la sentencia de primera instancia y concedió la tutela del derecho del demandante a acceder a la administración de justicia con fundamento en el principio de primacía del derecho sustancial sobre el procesal. En dicho caso, la Corte sostuvo que el juez había violado este principio al haber aplicado inconstitucionalmente una disposición procesal que impedía la práctica de una prueba de paternidad tras haber expirado el término legal. En dicho caso, la Corte consideró que el juez de primera instancia debió inaplicar una norma de rango legal (el artículo 216 del Código Civil) en aras de garantizar una de orden constitucional. Para la Corte, una aplicación de una norma legal en estas condiciones “adolece de un defecto sustantivo por ser irrazonable, desproporcionada y literal, sin tener en cuenta que su existencia tiene una finalidad sustancial y no meramente procedimental (...)”<sup>44</sup>, ya que aplica la ley en un sentido constitucionalmente inaceptable para los intereses legítimos, (de las partes del proceso), toda vez que los obliga a tener como hija y como padre a quien no lo es, limitando de forma flagrante los derechos fundamentales del actor a la libertad de decidir el número de hijos, a la personalidad jurídica, a la filiación y a la administración de justicia efectiva y el derecho de la menor a establecer su verdadera filiación, con las repercusiones que ello implica sobre sus derechos fundamentales prevalentes como niña, sobre el libre desarrollo de su personalidad y de su dignidad”<sup>45</sup>.

La Corte catalogó esta actuación del juez como “violación directa de la constitución al: (a) conferir una eficacia inferior a la óptima a los derechos fundamentales arriba mencionados; (b) desconocer el artículo 228 de la Constitución Política que consagra como principio el de la prevalencia del derecho sustancial, porque privilegia una formalidad referente al término de caducidad para impugnar la paternidad, en lugar de hacer prevalecer el derecho sustancial derivado de los resultados obtenidos por medio de una prueba científica tan

<sup>43</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>44</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-071 de 2012.

<sup>45</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-071 de 2012.



relevante como la genética de ADN, “que debe conducir al juez a interpretar la ley de tal manera que garantice en la mayor medida posible la primacía de la verdad manifiesta y palmaria -el derecho sustancial- consagrada en ella, sobre cualquier otra consideración jurídica formal”<sup>46</sup>.

De manera similar, la Corte Constitucional, en Sentencia T-411 de 2004 concedió la tutela de los derechos fundamentales de una persona al debido proceso y al reconocimiento de la personalidad jurídica por considerar que el juzgado demandado había incurrido en una vía de hecho al decidir el proceso de filiación extramatrimonial instaurado por el actor sin esperar a que se allegaran los resultados de la prueba de ADN que daba cuenta de la paternidad alegada. La Corte fundó su fallo en el principio contenido en el artículo 228 constitucional según el cual “prevalece el derecho sustancial sobre las simples formalidades”. En palabras de la Corte, “La finalidad de las reglas procesales es otorgar garantía de certeza a la demostración de los hechos que fundamentan el reconocimiento de los derechos sustanciales y este propósito claramente obtiene respaldo constitucional”.

De acuerdo con el artículo 228 y el artículo 229 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha sostenido que las normas procesales han de interpretarse siempre “como instrumentos puestos al servicio del derecho sustancial y a las soluciones que permitan resolver el fondo de los asuntos sometidos a consideración de los jueces (principio pro actione). (...) Se impone, por lo tanto, adoptar la interpretación que tome en cuenta el espíritu y finalidad de la norma y que sea más favorable para la efectividad del derecho fundamental.”<sup>47</sup>

El derecho al debido proceso puede verse vulnerado tanto cuando se deja de observar determinada regla procesal como en los casos de la ineficacia de la misma regla procesal para alcanzar el propósito para el que fue concebida. Así, en la medida en que el derecho sustancial prevalece sobre las formas procesales, “como mandato que irradia todo el ordenamiento jurídico y, muy especialmente, las actuaciones destinadas a cumplir con la actividad judicial, es que las formas procesales que la rijan deben propender al cumplimiento de los propósitos de protección y realización del derecho material de las personas y a la verdadera garantía de acceso a la administración de justicia”<sup>48</sup>.

De esta manera, tal como consta en la Sentencia C-383 de 2000, cualquier forma procesal que impida ejercer el derecho de defensa como lo garantiza la

<sup>46</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-071 de 2012.

<sup>47</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-345 de 1996.

<sup>48</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-383 de 2000.





Constitución, obliga al juez de conocimiento a buscar los medios necesarios "para remover el obstáculo y volver procedente dicha forma procesal, en concordancia con el fin que debe cumplir dentro del respectivo proceso o actuación. Tal sería el caso, por ejemplo, de una forma procesal que impida a los interesados conocer de manera idónea la realización de una actuación determinada o la existencia de una decisión que los afecta (...)"

La prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales en el ámbito interno se ve reforzada por lo dispuesto a nivel internacional. Tanto el Sistema de Naciones Unidas como el Sistema Interamericano consagran una muy amplia garantía del derecho al debido proceso y existe una importante jurisprudencia internacional al respecto. En la Opinión Consultiva OC-8/87 de enero 30 de 1987 se pronunció la Corte Interamericana enfatizó, por ejemplo, en que la efectividad de los recursos judiciales, más allá del rigorismo procesal, es garantizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, sostuvo que:

*"la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, [cuando] por cualquier*





Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, la Corte estima que:

*“las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente. Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. Además el Tribunal considera que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral.”*

**(b) La vulneración del principio de prevalencia del derecho sustancial por la sanción de recurso desierto**

Esta jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos revela, sin ambages, por qué la sanción de recurso desierto aquí demanda vulnera el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales. La regulación del recurso de apelación no es un fin en sí misma. Todas las cargas procesales, los términos, y las sanciones previstas por ellas tienen como fin garantizar el derecho fundamental al debido proceso, el derecho fundamental de defensa, el derecho fundamental a la doble instancia y la

prevalencia del derecho sustancial en disputa en las controversias judiciales. Estos derechos fundamentales y el derecho sustancial en disputa prevalecerán si y solo si la regulación de la apelación ofrece todas las garantías constitucionales para que este recurso se surta y el superior jerárquico pueda revisar la sentencia impartida por el juez inferior.

La sanción de recurso desierto está bien lejos de ofrecer tales garantías constitucionales. Como ya se mostró, es una sanción innecesaria, porque existen alternativas más benignas con el derecho a la doble instancia y con el derecho de defensa. Es una sanción desproporcionada en sentido estricto y draconiana, que deja a la parte apelante sin posibilidad de defensa alguna, y todo por glorificar el término de 5 días que el Código de Procedimiento Civil concede al apoderado judicial de la parte apelante para pagar las copias de la apelación. Esta glorificación de este término procesal termina imponiéndose ante los mencionados derechos fundamentales y ante el derecho sustancial. Como consecuencia, ella resulta contraria a lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

Por otro lado, resulta abiertamente desproporcionado que la conducta de no pago de unas copias en un lapso de 5 días, tenga el alcance previsto en el texto que se demanda, cuando pasan varios meses y años después de vencido ese término, para que el proceso finalice y se imparta justicia. Para el apelante hay una sanción draconiana, al paso que el juez puede ejercer la competencia de fallar muy por fuera de los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil, que no son preclusivos para él.

**VII. Conclusión**

Las anteriores consideraciones conducen a concluir que la Honorable Corte Constitucional debe declarar la inexecutable de la sanción de recurso desierto contenida en la disposición demandada:

- a. Porque frente a ella no existe cosa juzgada constitucional formal ni material;
- b. Porque ella vulnera el principio y derecho fundamental a la doble instancia, al ser innecesaria y desproporcionada en sentido estricto;
- c. Porque vulnera el derecho de defensa, al ser una sanción objetiva y perentoria, que excluye cualquier tipo de defensa: (a) por parte del abogado que actúa en el proceso, cuya omisión en cuanto al pago de las copias puede deberse a alguna justificación razonable; y, sobre todo, (b) por parte de la parte procesal apelante, es decir, del poderdante, que queda en absoluta



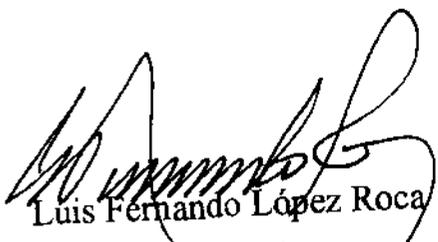


indefensión ante las consecuencias de la omisión de su apoderado, justificada o no, atinente al pago de las copias para que se surta la apelación.  
d. Y porque vulnera el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales, al hacer prevalecer el rigorismo en cuanto a los términos procesales sobre la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho a la doble instancia y del derecho de defensa, y de que el derecho sustancial de la parte afectada tenga vigencia en la apelación.

**VIII. Notificaciones**

Recibiremos notificaciones en la Secretaría de la Honorable Corte Constitucional, y en la Carrera 14 # 93-B-32, Oficina 404 de Bogotá.

De los Señores Magistrados,

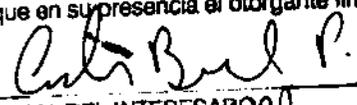
  
Luis Fernando López Roca

Cédula de Ciudadanía 3229016 de Bogotá

Tarjeta Profesional No. 22269 del Consejo Superior de la Judicatura

DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO No 0305

En la ciudad de SYDNEY a os 06 del mes de Mayo de 2013 compareció ante el Consulado de Colombia el señor (a) Carlos Libardo Bernal Pulido identificad con cc 79 778993 expedida en Bogotá quien manifestó que asume el contenido del presente documento. El Cónsul certifica que en su presencia el otorgante firmó y estampó su huella

  
FIRMA DEL INTERESADO

GUILLELMO RAMIREZ PEREZ  
VICE-CONSUL  
Firma del Consul

DERECHOS US\$35  
Fondo Rotatorio US\$25  
Impuesto de Timbre US\$10

  
Huella Índice Dere...



Carlos Libardo Bernal Pulido

Cédula de Ciudadanía No. 79778993 de Bogotá

Tarjeta Profesional No. 116768 del Consejo Superior de la Judicatura



NOTARIA  
**30** *Notaria Treinta de Bogotá*  
 DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN  
 PERSONAL Y RECONOCIMIENTO

Este memorial dirigido a **CORTE CONSTITUCIONAL**

Fué presentado Personalmente ante la Suscrita Notaria  
 Por **LUIS FERNANDO LOPEZ ROCA**

Identificado con la C.C. **32290/6** y T.P. de Abogado No. **22289**

quien declaró que los documentos que se adjuntan en el presente documento son verdaderos y que el mismo es cierto.

Fecha: \_\_\_\_\_

Huella: \_\_\_\_\_  
 \_\_\_\_\_  
 BOGOTÁ D.C.

Diligenció: \_\_\_\_\_  
 Autorizó la anterior diligencia  
 LA NOTARIA TREINTA DE BOGOTÁ

