

El recurso de apelación en el Código General del Proceso: un desatino para la justicia colombiana¹

The appeal in the General Code of Procedure: a misstep for Colombian Justice

*Armando Augusto Quintero González*²

Fecha de recepción: 2 de mayo de 2015

Fecha de aprobación: 7 de junio 2015

RESUMEN

No solamente la búsqueda de descongestionar la administración de justicia fue el motor de la creación del Código General del Proceso. La sociedad avanza al ritmo de sus necesidades, por las cuales abarcan aspectos económicos, sociales, culturales y como no tecnológicos, de esta manera se debe comprender que el Derecho no es estático, y que debe dar pasos agigantados para no quedarse atrás de los cambios sociales, por ende debe avanzar al ritmo que la humanidad exija. En este sentido, en el presente artículo se realiza una aproximación al estudio y evolución del recurso de apelación visto desde el Código General del Proceso en donde se vislumbra un conflicto entre la satisfacción material de los derechos de los ciudadanos o tutela jurisdiccional efectiva con el recurso de apelación caracterizado actualmente por ser restringido.

1 El presente artículo es producto del proyecto de investigación para optar al título de Magister en Derecho con Énfasis en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado en la Universidad Libre (Sede Bogotá)

2 Abogado egresado de la Universidad Libre, Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia y Magíster en Derecho con Énfasis en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado en la misma Universidad. Actualmente se desempeña como docente de la Universidad Libre y Director del Departamento de Litigios de la Firma Medina Muñoz y Abogados Asociados. Correo electrónico: quinterogonzalez@gmail.com

Palabras clave: Código General del Proceso, derecho a recurrir, medios de impugnación, recurso de apelación, tutela jurisdiccional efectiva.

ABSTRACT

Not only the search of decongest the administration of justice was the engine of the creation of the General Procedural Code. The society is evolving according to its needs, that include economic, social, cultural and also technological needs, thus it should be understood that the law is not static, and that must make huge strides to keep up with social changes, consequently it should advance at pace in accordance with humanity requirements. Accordingly, this article will perform an approximation to the study and evolution of the appeal procedure seen from the General Procedural Code where comes into view a conflict between material satisfaction of the rights of the citizens or effective judicial protection with the appeal procedure currently characterized as restricted.

Keywords: General Procedural Code, right of appeal, remedies, appeal procedure, effective judicial protection.

INTRODUCCIÓN

Hablar del Código General del Proceso ha sido, desde su promulgación, el interés de la academia, en este sentido se encuentran un sinnúmero de escritos e investigaciones dedicadas a mostrar su novedad en términos comparativos con la codificación procesal anterior, esto es, el Código de Procedimiento Civil.

De esa manera, se advierten estudios que muestran la sustitución de reglas y principios, todas ellas separadas de lo que en verdad es novedoso. En ese orden, los docentes se disponen para hablar de lo que ahora se debe entender por partes³, terceros⁴, de los nuevos requisitos de la demanda⁵, de las consecuencias de la contestación deficiente de la misma⁶, revisamos las fases del proceso civil declarativo, la nueva concepción de las nulidades procesales, y hasta los procesos que se incorporaron⁷, en fin, un complejo de reformas a las instituciones procesales colombianas sin desviar la mirada de lo verdaderamente importante del nuevo estatuto procesal civil.

Se hace referencia a la ideología del proceso civil colombiano, porque con el Código General del Proceso se percibe otro ambiente, un renacer supranacional, la tendencia del derecho procesal moderno y viviente, la prevalencia de los fines esenciales consagrados en el artículo segundo de la Constitución Política, y como el reflejo del Estado Social de Derecho en el proceso civil contemporáneo, como

3 El llamamiento en garantía y la denuncia del pleito eran entendidas en el Código de Procedimiento Civil como terceros independientes, con el Código General del Proceso estas dos son una sola figura, que dejó de ser tercero para convertirse en parte.

4 Anteriormente se entendía como terceros en el proceso, la intervención excluyente, el llamamiento al poseedor y al tenedor, el llamamiento en garantía, la denuncia del pleito, ahora estas figuras procesales pasan a denominarse *partes*. Y únicamente se entienden por *terceros* la coadyuvancia o intervención adhesiva, y el llamamiento de oficio.

5 Entre los nuevos requisitos de la demanda señalados en el artículo 82 de C.G.P. se encuentra, el juramento estimatorio, el NIT cuando se trate de persona jurídica o patrimonio autónomo, la no necesidad de firma digital cuando la demanda se presente en mensaje de datos.

6 La contestación deficiente de la demanda deja de tenerse como un indicio grave en contra del demandado, y pasa a presumirse ciertos los hechos susceptibles de confesión, de igual modo no realizar juramento estimatorio no permite que sea considerada la reclamación.

7 Se incorpora dentro de los procesos especiales el proceso monitorio (art. 419, 420,421), y dentro de los liquidatarios el de *régimen de insolvencia de persona natural no comerciante* (art. 531, 532,533).

lo es la protección y satisfacción material o real de los derechos de los ciudadanos, soslayando la mera promulgación de derechos.

A simple vista parece absurdo lo dicho, porque cómo puede asegurarse que el derecho adjetivo, el conjunto de normas que regulan la actividad procedimental, contiene un alto grado de reflexiones políticas que de manera directa refutan la tesis máxima de Hans Kelsen (1975), la cual asegura que las leyes, en todas sus expresiones y manifestaciones, deben ser creadas apartadas de la subjetividad, de la moral, del empirismo, del ser, de sentimientos, sensaciones y como no, de la política.

No se busca generar una discusión en la que se pretenda apartar los dogmas creados por los máximos exponentes del derecho; sin embargo, dejando las disquisiciones filosóficas, no por innecesarias sino porque no son objeto del presente trabajo, lo que se busca es traer unos cuestionamientos a esta investigación con el propósito de dar herramientas a la discusión que debe presentarse en todos los ámbitos académicos del país, y que hasta ahora nadie las ha emprendido, o al menos, no con la resonancia que se requiere.

Se hace necesario, a su vez, antes de cualquier otra consideración, poner de presente la gran importancia que tiene este nuevo Código, no solo porque la administración de justicia se encuentre en crisis y fuese necesario buscar posibles soluciones que apuntaran a cambios en los procesos y procedimientos para que se diera celeridad, economía procesal, e intermediación, sino también porque la sociedad con el pasar de los años requiere que sus leyes no se queden rezagadas sino que salgan al paso de las necesidades sociales y cambios culturales. De ahí que el Código General del Proceso sea considerado como indispensable para la debida y correcta administración de la justicia colombiana, lo que no quiere decir que se renuncie al derecho a reflexionar sobre sus instituciones con el propósito, por su puesto, de promover su perfeccionamiento.

Así las cosas, el presente artículo se desarrolla en el siguiente orden (i) un breve estudio al nacimiento del juez civil garante de los derechos humanos (ii) para en un segundo momento realizar una aproximación al derecho de recurrir, (iii) luego continuar con el estudio del recurso de apelación en la codificación actual y (iv)

finalmente presentar unas observaciones precisas que conduzcan a unas breves conclusiones.

EL NACIMIENTO DEL JUEZ CIVIL GARANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por antonomasia la jurisdicción⁸ es entendida como la función de administrar justicia, que se le ha encargado entre otros al juez, donde se le ha facultado para actuar dentro de un marco basado en el respeto a la ley, en la responsabilidad, en la independencia e imparcialidad, en la valoración de su criterio, y en su razonabilidad. El rey Salomón fue un hombre que le pidió a su Dios le diera “un corazón prudente para juzgar a su pueblo, y poder discernir entre lo bueno y lo malo” y así obtuvo sabiduría para poder hacer justicia. La respuesta del Estado a la necesidad de la persona que pide justicia, se representa en la búsqueda de lograr una eficaz, pronta, y adecuada Administración de Justicia que solucione los conflictos o intereses para proscribir la auto tutela, de este mismo modo es deber del juez direccionar su actividad a la efectiva tutela de los intereses que se discuten en el proceso, para conseguir el objetivo de la función jurisdiccional, la “justicia” (Alvarado, 2012, p. 120).

Hablar del nacimiento del juez civil garante de los Derechos Humanos requiere recordar brevemente cómo era la administración de justicia. En este sentido la necesidad de la humanidad por organizarse y generar espacios de convivencia determinaron de manera urgente el nombrar personas con capacidades específicas que sirvieran como líderes y pudieran tomar decisiones en los conflictos, al principio se llegó a determinar que esas personas debían ser iluminados por un ser supremo

8 Doctrinalmente se han desarrollado consideraciones y aclaraciones a la sinonimia terminológica que se suele tener frente a la denominada *jurisdicción ordinaria*, *jurisdicción especial* y *jurisdicción común o civil*, al respecto María de Socorro Rueda (2008) indica que corresponde a la jurisdicción ordinaria los asuntos no asignados a una jurisdicción especial, que compete a la jurisdicción común los “asuntos civiles, penales, laborales, de familia y agrarios”, y a la jurisdicción especial los que la ley determine, pero en oposición a esta concepción señala la autora la doctrina mayoritaria en Colombia entienden por jurisdicción ordinaria los asuntos que conoce la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo es necesario hacer una aclaración, que es errada la utilización del término jurisdicción para referirse a la ordinaria o contencioso administrativa, por ejemplo, si partimos de entender que la jurisdicción es la potestad del Estado para administrar justicia.

o sobrenatural para poder tomar decisiones. Por tal motivo se constituyen las denominadas *ordalías* o juicios de dios, donde una persona que era llevada a juicio se encontraba frente a un ritual constituido o elaborado por un ser humano igual a él y del cual lo más probable era que no saliera con vida, estas pruebas eran extremas al punto que no solo dañaban el cuerpo sino que eran también contrarias a lo que más adelante se vendría a denominar Derechos Humanos.

Luego en la edad media y en los orígenes del Estado de Derecho se producen grandes cambios. En el feudalismo, nos encontramos con un operador de la justicia apegado al monarca; un juez entendido como la extensión más íntima de aquél, en tanto sus decisiones no obedecían sino al capricho del rey y en el que el proceso civil no era otra cosa que el fruto de luchas sociales extenuantes pero infructíferas, ya que en últimas la decisión final dependía de un juez parcializado, a quien le dictaban la sentencia previamente al oído y que en la mayoría de eventos materializaba los excesos del poder.

Con la caída de esa forma de gobierno, a través de las revoluciones burguesas, y con la formación del Estado de Derecho, se propuso la continuidad de la administración de justicia en manos de los jueces pero con limitaciones, en tanto era un sospechoso para los asociados, por lo que se impuso su sujeción y sometimiento al imperio de la ley, entendida esta como la voluntad general de los pueblos constituyentes de la nueva forma de gobierno.

De esa manera, observamos por casi dos siglos un administrador de la justicia silencioso frente a los designios de su nuevo supremo gobernante, el pueblo. Así, encontrábamos un proceso civil en el que el juez⁹ no debía intervenir más allá de constatar y verificar las reglas del litigio, en el que no importaba ni se le permitía pensar por sí mismo, al punto que su labor empezaba y terminaba en la simple aplicación de la ley. Bajo esta misma tesis aquél no era detentador del poder, era

9 Dentro de los sistemas procesales es posible diferenciar el sistema inquisitivo, dispositivo, la concepción publicista y el sistema dispositivo mixto. Sin embargo la descripción hecha corresponde al “*sistema inquisitivo*”, en el cual existía además de la gran cantidad de ritualidades, formalidades, la escrituralidad, y una muy fuerte tendencia secreta.

un simple sujeto encargado de parar el ririrrafe de las partes cuando lo encontraba desajustado al ordenamiento y quien dictaba una sentencia valorando pruebas conforme a la tarifa legal¹⁰ para el caso determinado, simplemente reconociendo la acreditación por el demandante de los presupuestos de hecho de los efectos jurídicos de las normas que perseguía.

Parecía que el proceso civil había llegado a su cúspide conceptual, hasta que ocurrió la segunda guerra mundial y en su ocaso los pueblos de todo el mundo vieron cómo aquellos operadores de la justicia de la Alemania Nazi se declaraban inocentes cuando les ponían de presente las múltiples providencias judiciales en las que habían decretado el asesinato de personas por razones de sexo, raza y religión, argumentando su sometimiento a la ley conforme al principio de legalidad que imperaba entonces.

Naturalmente ocurrió una ruptura del principio de legalidad tal y como lo conocíamos, dado que el proceso dejó de ser un instrumento de paz para convertirse en la herramienta con la que se cometían atrocidades por el gobierno de turno en tanto el juez no podía pensar, porque apartarse de la voluntad general era prevaricar necesariamente.

Todo ello permitió que los estudiosos del proceso civil reformularan las instituciones que imperaban en él, y con el desarrollo del derecho público supranacional, específicamente los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos, dentro de los cuales sin lugar a dudas encontramos los derechos humanos procesales, se vio la necesidad de introducir en el debate judicial al Juez Civil garante de los Derechos Humanos; porque no debe perderse de vista que los derechos involucrados en una controversia privada son verdaderos derechos humanos, así lo contempla la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando en el

10 La evolución llevo a que se presentara la llamada tarifa legal consistente en la aplicación por parte del legislador y el juez de lo estrictamente estipulado, ciñéndose a lo establecido de manera textual en unas tablas donde estaba la descripción de las faltas, el juez debía guardar silencio, pues se entendía que su papel no era el de postular, y en estos casos solo se necesitaba de dos testigos que coincidieran con su versión para considerar que una prueba era plena, así los sujetos que actuaban como testigos mintieran.

artículo 17¹¹ se consagró el derecho humano a la protección de la familia, en el canon 18¹² el derecho humano al nombre, en la disposición 19¹³ los derechos humanos del niño, y en el artículo 21¹⁴ el derecho humano a la propiedad privada, entendido éste como la protección del patrimonio de los nacionales de los Estados.

Dígase de paso que tal autoridad no fue la incorporada en el proceso civil regulado por el Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400 de 1970, ya que en su exposición de motivos la comisión redactora señaló, en síntesis, que se hubiera deseado acentuar las facultades del juez en la dirección del proceso, principio acogido en la mayoría de las legislaciones modernas, pero llegaron a la conclusión de que en nuestro país aún muchos jueces no habían obtenido un estado de madurez y preparación suficiente para utilizar dichos poderes sin peligro para los derechos de las partes.

De esa manera, si bien el juez civil en la codificación en comento tuvo un poder mucho mayor al contemplado en las normas anteriores, como por ejemplo la modificación en lo tocante con la apreciación de las pruebas, ya que se incorporó el principio de la persuasión racional para la mayoría de medios probatorios; no fue el que requería la justicia colombiana.

Con la Constitución Política de Colombia promulgada en el año de 1991 se incorporó a rango constitucional la mayoría de los instrumentos internacionales que contemplaban derechos humanos, lo que varios profesores de derecho constitucional

11 La más clara evidencia de la existencia y reconocimiento internacional de estos derechos se encuentran en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los siguientes artículos: “Artículo 17. Protección a la Familia: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado...”.

12 Artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.”

13 Elevados a rango convencional se encuentran los derechos de los niños: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

14 El derecho a la propiedad privada es muestra también de cómo aquellos derechos que se pueden involucrar en una controversia privada son elevados, consagrados y reconocidos por los Estados en ejercicio de su soberanía, como es posible vislumbrarlo en el artículo 21 de la Convención americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.”

han denominado la constitucionalización de los derechos humanos, y con esto, necesariamente, el proceso civil se vio confrontado.

Quien cumplió la labor de enfrentar el proceso civil con la Constitución fue la Corte Constitucional, la cual a través del control de constitucionalidad revisó la mayoría de instituciones procesales contenidas en esa codificación. Así por ejemplo, desde la década de los años noventa encontramos que el juez civil al interpretar la ley procesal debe tener en cuenta la prevalencia existente del derecho sustancial sobre el proceso¹⁵; dicho en otra palabras, en el evento en que una regla procedimental entre en conflicto con los derechos sustanciales debe dársele prevalencia a los últimos.

Por manera que en sede de tutela la Corte Constitucional ha enseñado cómo en el evento en el que una de las partes se equivoque formulando el recurso de súplica cuando el precedente era el de reposición, el juez debe darle el trámite del recurso precedente, en tanto esa regla no puede cercenar el derecho sustancial a impugnar las decisiones judiciales.

En fin, si estudiamos cada una de las instituciones procesales contempladas en el Código de Procedimiento Civil, la conclusión general sería que la Corte Constitucional ha declarado exequible su contenido en el entendido que el proceso civil debe partir de la Constitución Política de Colombia de 1991 y ello obviamente desnaturaliza el proceso civil que conocíamos en tanto su concepción partió del Estado de Derecho contemplado en la Constitución de 1886, y la norma superior de 1991 trae una nueva forma de Estado, como lo es el del Estado Social de Derecho.

15 El artículo 228 de la Constitución Política de 1991 señala la función pública de la administración de justicia y en ella la importancia de la prevalencia del derecho sustancial, al respecto la Corte constitucional en sentencia C- 029 de 1995 indicó que “Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia “prevalecerá el derecho sustancial”, está reconociendo que el **fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo**, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio.” (negrilla fuera del texto original), en este sentido se evidencia cual es la finalidad de la actividad jurisdiccional.

Ahora bien, implica lo anterior que serán entonces principios constitucionales, que gobiernen el proceso civil, el de solidaridad y buena fe, de suerte que la concepción individualista o acusatoria de proceso judicial que teníamos no podía seguir existiendo, en tanto la codificación de la que he venido hablando se desarticula del nuevo ordenamiento jurídico colombiano y, por lo tanto, exige su extinción.

Eso es lo que convoca la creación de un nuevo Estatuto Procedimental, es decir, la exigencia de un proceso civil a la luz de los tratados de derechos humanos y la nueva Constitución Colombiana genera la necesidad de concebir una relación jurídica entre las partes y el juez menos formalista, más interesada en la satisfacción material de justicia y con una autoridad judicial robusta en poderes.

Como una respuesta a lo dicho hasta aquí, surge el Código General del Proceso y en él el Juez Civil garante de los Derechos Humanos, que trae por consiguiente un nuevo proceso civil, que aunque no hayan mayores novedades en las instituciones procesales que conocemos de antaño sí traen un nuevo sentido y comprensión.

Esa es la verdadera novedad del Código General del Proceso, la creación de un nuevo proceso civil, innovación que no se mide con la creación de nuevas instituciones jurídico-procesales sino por su inédita identidad conceptual.

Corroboramos las anteriores ideas, si revisada la ley 1564 de 2012, nuestro Código General del Proceso, en los artículos segundo y onceavo, encontramos que “toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses” y por lo tanto, “al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”.

Además, el artículo cuarto de la misma codificación señala que “el juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”, precepto concordante con los artículos 42 numeral 2º y 4º, 167 inciso segundo, 170, 281 parágrafos, 318 parágrafo, 372 numeral 7º, entre otros; los cuales muestran un juez que debe decretar pruebas de manera oficiosa con el propósito de constatar los presupuestos de hecho de las pretensiones del demandante y las excepciones de

mérito del demandado, así como trasladar la carga de la prueba a la parte que se le facilite probar, como también fallar extra y ultra petita en los asuntos de familia y agrarios.

Se necesitan más disertaciones para poder decantar todos los poderes que tiene el juez civil garante de los derechos humanos para cumplir su cometido dentro del nuevo proceso civil en Colombia.

EL DERECHO A RECURRIR

La vida del hombre se desarrolla en un ambiente de constante actividad, y de frecuente interacción con sus semejantes, en cada una de las actividades que emprende día a día se encuentra al filo del posible error, y en la búsqueda de la perfección. Por eso el Derecho ofrece un abanico de mecanismos capaces de permitir corregir las equivocaciones que se den en las providencias judiciales, pues el quehacer humano está llamado a mejorar con el transcurrir del tiempo, de ahí que tal como lo señalo Goethe (2004), “El único hombre que no se equivoca es el que nunca hace nada”. En ese orden de ideas para garantizar el derecho a un debido proceso, y dentro de este a una investigación, juzgamiento, a un proceso público, a una doble instancia, a impugnar, y al acceso a la administración de justicia los Estados han implementado diferentes mecanismos y estrategias, este proceso se ha denominado por algunos como el derecho a recurrir.

En tales circunstancias el derecho a recurrir indica Devis (2012) citando a Manuel Ibáñez Fronchan “se trata de un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso a cualquier título y condición, para que se corrijan los errores del juez, que le causen gravamen o perjuicio”, entonces están legitimados para recurrir las partes o intervinientes dentro de la oportunidad que señala la ley, de esta manera se busca evitar generar un agravio al justiciable (Rojas, 2014, p. 201), al respecto Rojas plantea dos posibles situaciones en donde indistintamente es menester ofrecer al justiciable medios para poner en cuestionamiento la providencia dictada, el primero hace referencia a un pronunciamiento injusto por fundarse en una pseudo verdad, y el segundo cuando la decisión se funda en una falsedad.

Tras advertir los posibles yerros jurídicos aparece entonces la denominada impugnación¹⁶ que responde a un “derecho subjetivo que asiste a la persona para pedir el otorgamiento de tutela legal contra actos jurídicos en general, y en particular de actos procesales que se han cumplido con desviación de las directrices que para su cabal realización indican las leyes pertinentes” (Rivera, 2014, p. 502). Así pues se conoce que son *medios de impugnación*¹⁷ ordinarios los recursos de reposición¹⁸, apelación, súplica, queja, y extraordinarios el de casación y revisión, ambos tienen como función la de procurar corregir las fallas judiciales que perjudiquen a alguna de las partes, ya sea por el mismo juez, o por el superior jerárquico de quien dicta la providencia.

Para Rosenberg (2007) profesor de la Universidad de Múnich se entiende como defectuoso un acto “cuando se ha cumplido con violación de preceptos sobre procedimiento” es decir, cuando es incorrecto el contenido de una resolución¹⁹, puntualmente en el caso de las sentencias arguye el autor que no solo existe defecto cuando se da una falta procesal en el tema en discusión, sino cuando los actos de

16 En efecto para Gian Antonio Micheli en su libro “Los actos procesales y los medios de impugnación” la decisión del juez no es absoluta, y el legislador ha dejado la posibilidad de realizar un control sobre las decisiones tomadas, ese control se realiza “mediante los denominados medios de impugnación, o impugnaciones” bajo el entendimiento de esta primera premisa se puede entonces dar paso a definir que los medios de impugnación, son “instrumentos procesales ofrecidos a las partes para provocar aquel control sobre las decisiones del juez, y este control es, en general encomendado a un juez no solo diverso de aquel que ha emitido el pronunciamiento impugnado o gravado, sino también de grado superior...” (Micheli, 2008, p. 82).

17 Devis (2012) denomina la impugnación como un remedio contra la injusticia de la resolución del juez, y añade que esta solo procede si se presenta oportunamente antes de que la providencia adquiera firmeza, pues de esta forma le será posible al juez realizar la posible rectificación o confirmación del acto procesal.

18 La reposición es sujeto también de cambios con la nueva ley, ahora si se interpone dicho recurso en la audiencia es requisito *sine qua non* la sustentación oral del mismo, y se sustentará por escrito dentro de los 3 días siguientes si se interpone por fuera de audiencia. El recurso de Reposición según como lo establece el Código General del Proceso procede contra los autos que dicte el juez, el magistrado sustanciador que no sean susceptibles de súplica, contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, en oposición no dan lugar a reposición los autos que resuelven la apelación, la súplica o queja. Estas medidas van direccionadas a evitar la dilación injustificada (Rico, 2013, p. 677).

19 En este contexto la resolución hace referencia al género y la sentencia a la especie.

parte no son legales²⁰, en estos casos los recursos como la apelación, revisión y queja son entonces la manera de alegar dichos defectos.

Bajo esa primera tesis la impugnación ha sido reconocida como un principio fundamental del procedimiento indica Devis (2012), el cual considera de suma importancia siempre que dentro de la decisión del juez se pueda dañar los intereses de alguna de las partes, afirma es necesario que “sea impugnabile” para que se corrijan aquellos errores o vicios “pero varían los remedios que la ley ofrece, según la naturaleza del acto y la clase de funcionario que lo haya dictado” (p. 48). Siguiendo este hilo conductor las providencias deben poseer un control que se encuentre preestablecido en la ley, son entonces los recursos los que cumplen con esta función pues se establece “un verdadero debate en torno a la decisión procesal, confrontando los puntos de vista del funcionario que decide y los de la parte que impugna” (Rico, 2006, p. 154).

Así las cosas respecto a los recursos, Alfonso Rivera (2014) citando la definición de Palacio advierte que los recursos²¹ son actos procesales “en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial pide su reforma o anulación, total o parcial, sea al mismo juez o tribunal que la dictó o a un juez o tribunal jerárquicamente superior” (p. 501), de esta misma manera y con las ideas principales aclaradas en este acápite, se procede entonces a revisar el recurso de apelación en la nueva legislación.

EL RECURSO DE APELACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Advertida la novedad del Código General del Proceso y su propósito por buscar a toda costa la materialización o satisfacción real de los derechos sustanciales de los colombianos, en el entendido que quien es acreedor encuentre en el proceso civil

20 Si bien es posible que se presenten defectos de los actos de parte estos son susceptibles de enmienda así pues, “Es defectuoso un acto de parte a consecuencia de una violación de los preceptos de procedimiento; es decir, si de acuerdo con la persona o las capacidades del actuante o del adversario del acto, o de acuerdo con la forma o el contenido, no satisface a la ley procesal” (Rosenberg, 2007, p. 483).

21 Urazán (2008) “La materia de los recursos están constituidos por los actos procesales que conocemos como providencias (autos y sentencias), la ley siempre se refiere a los recursos como ataque contra estas”.

una verdadera herramienta a través de la cual el deudor honre su obligación; se pasa entonces a hablar del *recurso de alzada o apelación* en este Estatuto.

Ahora bien, el recurso de *apelación*²² es una consecuencia del principio de la doble instancia²³ que según Devis (2012) emana tanto del principio de impugnación, como del de contradicción, en tanto existe una jerarquía para la administración de justicia que plantea en la mayoría de los casos la existencia de jueces de diferente rango, lo que en palabras de Hernán Fabio (2012) sería “cuatro ojos ven más que dos” así entonces la doble instancia por regla general se trata del examen de la sentencia por una autoridad judicial de mayor jerarquía, pero debe observarse tal como lo identifica Teresa Armenta Deu²⁴ (2013) que “el recurso de apelación no conduce siempre a la apertura de una segunda instancia” y que el contenido de la segunda instancia se limita a las alegaciones del recurso, lo cual constituye, una manera de efectuar un profundo análisis de la cuestión objeto del proceso ya que tiene como propósito la revisión de los errores *in iudicando*, o en la aplicación o interpretación de la ley sustancial (Vescovi, 1988, p. 99), la anterior idea tiene su razón de ser en la

22 El maestro Hernando Devis (2009) comenta que en otras legislaciones cuando se habla de apelación se direcciona a la idea de una nueva demanda lo que es diferente a nuestro ordenamiento jurídico, pues en el nuestro es un mero trámite dentro del proceso que busca corregir los vicios “que afecten la misma providencia, sea que puedan acarrear la nulidad del proceso o que consistan en simples irregularidades... Por tanto comprende lo que era el objeto del antiguo recurso de la querrela nullitatis” (p.790). De esta forma esta idea va íntimamente ligada con el principio de las dos instancias asegura el autor.

23 La finalidad de este principio radica en la posibilidad que en un mismo asunto exista una “doble consideración” (Rico2006, pág. 154), en el ordenamiento jurídico Colombiano se entiende este principio como la regla general, pues en el artículo 29 de la Constitución Política se señala como derecho y por ende como parte del debido proceso “impugnar la sentencia condenatoria”. Uno de los aspectos más importantes a considerar es la “garantía de acierto que la decisión final puede tener” señala Rico. Advirtiéndose entonces que la existencia y aplicación de este principio no responde solamente al cumplimiento de un requisito o procedimiento más, sino tal como lo denomina esta autora “no es pues un asunto de mera técnica legal, sino de legitimación social de la función jurisdiccional”. Además de la anterior mención el artículo 31 de la Constitución Política refiere que “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”.

24 Esta autora hace sus anotaciones y comentarios con base en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España. (LEC). En la misma corriente se encuentra Manuel Ortells (2013) quien también considera que no es lo mismo hablar de apelación y de segunda instancia, aun a sabiendas que la Ley de Enjuiciamiento Civil las asimila terminológicamente. Su diferencia radica en que mientras la segunda instancia “es una nueva fase del proceso de declaración que se realiza ante un tribunal de grado superior” la apelación es “admisible también contra resoluciones distintas” a la de una sentencia de primera instancia, así pues concluye Ortells “toda segunda instancia es abierta por una apelación, pero no toda apelación abre una segunda instancia” (Ortells, 2013, p. 461).

concepción de la eventual imposibilidad de los funcionarios de corregir sus propios errores y la necesidad de que una persona distinta, imparcial, ajena al asunto hasta el momento y con calidades más altas de quien profiere la providencia revise el tema en cuestión, y de un punto de vista distinto y como no, mas acertado.

En este sentido es indispensable realizar un acercamiento a la doctrina, así pues señala Miguel Enrique Rojas (2007) que la finalidad de la *apelación* es la revisión por parte de un superior jerárquico de una determinada providencia, para que este o la modifique o la revoque, así “la revocación procede no solo cuando el juez aplica indebidamente la ley o deja de aplicarla, sino también cuando se dejan de cumplir las formalidades procesales” (Devis, 2012, p. 503), en el mismo sentido el maestro Hernando Devis (2012) entiende este recurso (especie) como un remedio dentro del género de las impugnaciones, en el sentido de que el superior enmienda los errores del inferior. Es decir que este medio de impugnación es “un recurso vertical por naturaleza, de donde se sigue que no puede ser desatado por la misma autoridad que profirió la decisión impugnada, ni por otra de idéntica categoría” (Rojas, 2007, p. 287).

No sobra advertir que la apelación fiscaliza la sentencia porque debe recordarse que en principio la apelación no procede contra autos, salvo que la ley así lo autorice.

Igualmente, se encuentran como presupuestos de viabilidad de la apelación que su interposición sea un acto de parte; que quien lo formule tenga interés, en el entendido que la providencia le cause un agravio; que se haga en su oportunidad²⁵; que sea procedente, esto es, que sea una sentencia de primera instancia y dictada en derecho; que se sustente el recurso; y que se cumplan las cargas procesales para el efecto.

Frente al presupuesto de sustentación del recurso de alzada, recuérdese que en los albores del proceso civil colombiano no era necesario la sustentación del recurso de

25 Según el Código General del Proceso (art. 322 – 294) la oportunidad para apelar será verbal si se lleva a cabo dentro de la audiencia, o escrita si se da fuera de esta. Señala Miguel Enrique Rojas (2013) “que el haber omitido interponer la apelación oportunamente no impide al justiciable aprovecharse de los beneficios que pueda derivar del control de la providencia en segunda instancia, siempre que su adversario haya apelado la decisión”.

apelación, en tanto con el simple hecho de su interposición se hacía necesario que el juez superior revisara todo el negocio con el propósito de examinar la sentencia en lo desfavorable para el apelante.

Con el tiempo y la mala práctica judicial, los abogados empezaron a interponer este medio de impugnación en todos los eventos en que fuera procedente, sin que en muchas ocasiones existiera un verdadero agravio para aquél, lo que naturalmente generó congestión judicial y por ende, promovió una modificación en este punto en la cual se exigiera, con su interposición, la formulación de argumentos de inconformidad, que no son otra cosa que lo que conocemos actualmente como la sustentación del recurso.

Sin embargo, dicha sustentación no limitaba el poder del juez que resolvía el recurso, habida cuenta que la alzada del Código de Procedimiento Civil se fundó en el sistema de la apelación panorámica, a través de la cual el juez revisaba todo el negocio en lo desfavorable para el apelante. Por manera que si el recurrente desatinaba en el verdadero error de la sentencia cuando sustentaba su recurso, el juez podía buscar e identificar la verdadera equivocación judicial y con él revocar la decisión impugnada.

Lo anterior se constata cuando observamos el artículo 351 de la codificación procesal en extinción, el cual señalaba que “el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme”.

No obstante, el Código General del Proceso pensó el recurso de alzada bajo otro sistema o fundamentación, se hace pues referencia a la *pretensión impugnativa*, a través de la cual se entiende que el superior debe revisar la sentencia impugnada exclusivamente en lo tocante a los reparos concretos formulados por el recurrente, en el entendido que son verdaderas pretensiones en contra de la sentencia de primer grado, la cual parte de su sede cobijada bajo la presunción de legalidad y acierto, entonces la “sustentación tiene que consistir en una cadena argumentativa coherente y seria, con aptitud para evidenciar el contraste de la providencia” (Rojas, 2013, p. 352). El maestro Miguel Rojas realiza una precisión cuando de sustentación de la sentencia se trata, afirmando que se lleva a cabo en dos momentos, el primero

“la precisión breve de los reparos contra el fallo” en el cual se realiza ante el juez de primer instancia quien oír la enunciación de las razones de la impugnación y el segundo la “sustentación propiamente dicha” en donde el juez de segunda instancia escuchara los alegatos que realiza el apelante, el mismo autor señala que no cumplir con la realización de estos genera que el recurso se dé por desierto.

Sólo es necesario revisar el artículo 320 del Código General del Proceso para advertir lo que aquí he puesto de presente, ya que, en este Estatuto, “el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”.

Se traduce lo anterior, en que de ahora en adelante los jueces que resuelvan el recurso de alzada estarán sometidos y limitados por las pretensiones de la impugnación, o que es lo mismo, los reparos concretos formulados en la sustentación.

De esa manera, en vigencia del Código de Procedimiento Civil, en un proceso de pertenencia por prescripción extraordinaria de dominio, en el cual es necesario acreditar para su prosperidad que el demandante es poseedor²⁶, su ejercicio por un término mayor a 10 años, la propiedad del bien objeto del proceso en cabeza del demandado, la singularidad del bien, y la identidad del bien pretendido con el poseído. Y en el que el juez de instancia accede a las pretensiones del actor, luego de lo cual dicha sentencia es apelada bajo el argumento de la inexistencia de posesión,

26 Es relevante señalar que *la posesión* es uno de los modos a través de los cuales se adquiere la propiedad (prescripción adquisitiva de dominio o usucapión) que es entendida como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (art. 762 Civil), y que se encuentra conformado por dos elementos, así en sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 22 de octubre de 1997 se indicó “La posesión, como de su propia definición normativa se desprende, comprende dos elementos sine qua non para su existencia, cuales son los actos materiales o externos ejecutados por una persona determinada sobre el bien singular -corpus- de un lado y, de otro, la intención de ser dueño, elemento psicológico, de carácter interno -animus domini-, elemento éste que, como lo dijo la Corte en sentencia de 9 de noviembre de 1956, por ser intencional, “se puede presumir de los hechos externos que son su indicio, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario, así como el poseedor, a su vez, se presume dueño, mientras otro no demuestre serlo” (G. J., tomo LXXXIII, p. 776)”. Además señala Alfonso Rivera Martínez (2014) que “La posesión representa uno de los procesos que contribuyen a integrar los derechos patrimoniales sobre las cosas, y constituye la forma más adecuada de su ejercicio y explotación”.

no cabe duda que si el Tribunal o Juez de segunda instancia encuentra acreditaba la posesión pero no de esa manera el tiempo de la misma, revocará el fallo para denegar las pretensiones por la última razón.

No sucederá lo mismo en vigencia del Código General del Proceso, pues el juez no podrá sino revisar el reparo concreto, que en el caso que les he representado sería la inexistencia de la posesión, por lo que advertida su configuración el superior no deberá examinar otros presupuestos del proceso, aunque de manera grosera y de bulto se observe el yerro judicial en la providencia impugnada.

De ahí que se observen eventos en los cuales el derecho sustancial, no obstante señale que quien no hubiese poseído por 10 años una cosa de manera pacífica y pública no podrá hacerse propietario de ella a través del modo de la usucapión, se subordine a los ritos procesales, ya que en el proceso civil podrá presentarse que el demandante poseedor, aunque no haya cumplido con el tiempo, el juez se equivoque y declare la prescripción del dominio, así como el abogado de la defensa también se tropiece y apele formulando como reparo únicamente la inexistencia de la posesión y el ciudadano demandado pierda su propiedad por un error procesal.

EL RECURSO DE APELACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO: UN DESATINOPARA LA JUSTICIA COLOMBIANA.

Si las cosas son como aquí han quedado expuestas, necesariamente se debe advertir un conflicto entre los principios que fundan el nuevo proceso civil contemplado en el Código General del Proceso, su ideología y constitucionalidad, con el recurso de apelación consagrado en la misma normativa, ya que salta a la vista cómo lo que se propone con el nuevo código si es la satisfacción material de los derechos de los ciudadanos, dicho en otras palabras, la tutela jurisdiccional efectiva, y para ello se ha creado un proceso civil envuelto en principios, así como derechos constitucionales y supranacionales, en el que el juez tiene un cúmulo de poderes con ese fin, cuando encontramos el ejercicio del recurso de apelación restringido y apegado a principios acusatorios ajenos y apartados de la teoría moderna del derecho procesal civil genera

de inmediato cuestionamientos que ineludiblemente deberemos resolver nosotros en la academia y en los estrados judiciales.

No se debe perder de vista que esos poderes que se han nombrado del juez se justifican porque se está en la búsqueda de la justicia material y además porque se tendrá, en principio, la oportunidad que un juez en diferente sede revise lo hecho en la instancia, lo que se traduce en garantismo y seguridad jurídica; pero si no se hace de esa manera, es decir, si el juez que resuelve la apelación no puede revisar el objeto del proceso en lo desfavorable para el apelante, aunque la parte se equivoque en sus reparos, se estará frente a un sistema procesal civil incoherente, asistémico, en tanto contraría todo el espíritu del Código General del Proceso.

Y más allá de un problema de técnica legislativa procesal, sin lugar a dudas es un desatino que perjudicará la administración de justicia colombiana, habida cuenta que, en lo tocante con este punto, se le estará dando prevalencia al procedimiento por encima del derecho sustancial, en el cual radica la verdadera importancia y justifica el proceso civil.

Parece ser que el legislador, entonces, cambió el sistema de la apelación atendiendo a parámetros estadísticos con el propósito de descongestionar los Tribunales y jueces de segunda instancia, de hacer más ágil el trámite del recurso, porque es un secreto a voces que se facilita más repasar un punto en concreto que revisar todo el negocio.

No tendremos, por lo tanto, otra opción que solicitarle a los jueces de la segunda instancia que en los eventos en que haya un error judicial protuberante en una sentencia y el abogado de la parte agraviada no lo ponga de presente en sus reparos concretos hagan uso de la excepción de inconstitucionalidad contemplada en el artículo cuarto (4º) de la Constitución Política de Colombia, al encontrar un conflicto entre los derechos fundamentales consagrados en el artículo 228 de la norma superior y el artículo 320 del Código General del Proceso, para poder así darle prevalencia al derecho sustancial y revisar toda la sentencia en lo desfavorable para el apelante.

CONCLUSIONES

- Los discursos internacionales de derecho público supranacional, y de Derechos Humanos, han sido muestra de la necesidad de introducir en el debate judicial al Juez Civil garante de los Derechos Humanos; porque no debe perderse de vista que los derechos involucrados en una controversia privada son verdaderos derechos humanos.
- El Código General del Proceso es el resultado de la necesidad de una relación jurídica entre las partes y un juez menos formalista, más cercano, que aplique la inmediatez y como no, que actúe a la luz de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, para la satisfacción material de la justicia y con una autoridad judicial robusta en poderes, de esta manera seguir siempre los pasos indicados, genera costumbre, pero tomar algunas opciones diferentes, genera innovación.
- En un Estado Social de Derecho en el que se pretenda garantizar la tutela judicial efectiva de la población es indispensable poner la mirada en los medios de impugnación que ha consagrado el legislador. Se concluye entonces que el hombre se equivoca y que en la administración de justicia esto no es una excepción, razón por la cual los recursos buscan controlar, revisar y corregir aquellos errores que se pudieran haber cometido.
- El recurso de apelación tuvo un gran cambio con el Código General del Proceso, pues anteriormente podía solicitarse de manera escrita, a la espera de que el superior jerárquico revisase la totalidad del caso y encontrara los yerros jurídicos, actualmente se requiere que el abogado litigante tenga una mayor preparación pues debe ahora realizar una sustentación únicamente de los cargos que considera no ajustados a derecho y de los cuales el juez de segunda instancia conocerá, cercenando la posibilidad de que el juez revisara todo el negocio.
- Se concluye que el recurso de apelación visto desde el Código General del Proceso vislumbra un conflicto entre la satisfacción material de los derechos

de los ciudadanos o tutela jurisdiccional efectiva con el recurso de apelación caracterizado actualmente por ser restringido.

- Si bien los cambios en las instituciones procesales no son drásticos, el Código General del Proceso se ha considerado como una herramienta fundamental para la debida y correcta administración de justicia colombiana.
- Es necesario dejar de pensar el derecho procesal como el simple conjunto de reglas con las que se pretende llegar a una sentencia que ponga fin a un litigio y haga tránsito a cosa juzgada; sino que por el contrario se vea como la oportunidad y herramienta a través de la cual los ciudadanos resuelven sus controversias y, además, consiguen la satisfacción plena y material de sus derechos sustanciales.

REFERENCIAS

- Alvarado, A., Ariano, E., Barbosa, J. C., Cipriani, F., Díez-picazo, Ignacio., Domínguez, F. G., Montero, J.,... Verde, G. (2012). *Proceso Civil e Ideología, un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos, Moción de Valencia y Declaración de Azul*. España: Ediciones Nueva Jurídica. Tirant lo Blanch.
- Armenta, T. (2013). *Lecciones de derecho procesal civil*. Proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales. Séptima Edición. Madrid: Marcial Pons.
- COLOMBIA, *Constitución Política De Colombia* (1991). Editorial Legis, edición 32 de 2014, Bogotá, Colombia: Autor.
- COLOMBIA, Congreso de la Republica. (2012). *Código General del Proceso*, ley 1564 de 2012. Instituto colombiano de Derecho Procesal. Jairo Parra Quijano Presidente. Ley 1564 de 2012. Decreto 1736 de 2012 paralelo con la legislación anterior.
- COLOMBIA, Congreso de la Republica. (2012). *Código General del Proceso*, ley 1564 de 2012. Anotado, Oscar Eduardo Henao Carrasquilla. Editorial Leyer. Cuarta edición.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-029 del 2 de febrero de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 1997 M.P. Pedro Lafont Pianetta.
- Devis, H. (2012). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Editorial Temis.
- Devis, H. (2009). *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis.
- Goethe-France, P. (2004). *El marco Legal*. Barcelona, España: Ariel.
- Kelsen, H. (1975). *Teoría Pura del Derecho*. Madrid, España: Ariel.

- López, H. (2012). *Procedimiento civil, Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Tomo I, parte general. Undécima edición. Bogotá: Dupre Editores.
- Micheli, G. (2008). *Los actos procesales y los medios de impugnación en el proceso civil*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Ortells, M., Bonet, J., Mascarell, M., Cámara, J., Sánchez, R., Bellido, R.,... Armengot, A. (2013). *Derecho procesal civil*. Doceava edición. Valencia: Thomson Reuters Aranzadi.
- Rico, L (2006). *Teoría general del proceso*. Librería Jurídica Comlibros. Bogotá: Impresión Legis.
- Rico, L (2013). *Teoría general del proceso*. Tercera edición. Bogotá: Editorial Leyer.
- Rivera, A. (2014). *Derecho procesal civil*, parte especial. Teórico-práctico. Decima séptima edición. Conforme al Código General del Proceso. Bogotá: Editorial leyser.
- Rivera, A (2014). *Derecho procesal civil, parte general y pruebas*. Décimo sexta edición. Conforme al Código General del Proceso. Bogotá: Editorial Leyer.
- Rojas, M. (2007). *El proceso civil colombiano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: Tercera Edición.
- Rojas, M. (2014). *Lecciones de derecho procesal*. Tomo I. Teoría del proceso. Bogotá: Tercera edición.
- Rojas, M. (2013). *Lecciones de derecho procesal*. Tomo II. Procedimiento civil. Bogotá: Quinta edición.
- Rosenberg, L (2007). *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Introducción. Libro primero: Teoría General. Traducción de Ángela Romero Vera. Lima: Ara Editores.
- Socorro, M. (2008). *Fundamentos de Derecho procesal colombiano*. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. Bogotá: Señal Editora.

Urazán, J. (2008). *Los recursos en el derecho procesal civil*. Teoría y práctica. Segunda edición. Bogotá: Editorial Leyer.

Vescovi, E. (1988). *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.