

LOS PROCESOS JUDICIALES ANTE LAS ALTAS CORTES

EDITORES ACADÉMICOS

DAVID FERNANDO VARELA SÁNCHEZ

HERNANDO HERRERA MERCADO - LEONARDO BELTRÁN RICO

CARLOS FELIPE RAMÍREZ PORTELA - FRANCISCO RODRÍGUEZ MESA

Tomo III CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR - CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.

JAIME ENRIQUE GRANADOS PEÑA - JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ - RAMIRO BEJARANO GUZMÁN

ULISES CANOSA SUÁREZ - YADIRA ELENA ALARCÓN PALACIO

LUIS MIGUEL HOYOS ROJAS - ALFREDO FUENTES HERNÁNDEZ



COLECCIÓN ESTUDIOS

LOS PROCESOS
JUDICIALES ANTE LAS ALTAS CORTES

LOS PROCESOS JUDICIALES ANTE LAS ALTAS CORTES

TOMO III CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Editores Académicos

DAVID FERNANDO VARELA SÁNCHEZ
HERNANDO HERRERA MERCADO
LEONARDO BELTRÁN RICO
CARLOS FELIPE RAMÍREZ PORTELA
FRANCISCO YEZID RODRÍGUEZ MESA

Autores

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.,
JAIME ENRIQUE GRANADOS PEÑA, JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA,
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, RAMIRO BEJARANO GUZMÁN,
ULISES CANOSA SUÁREZ, YADIRA ELENA ALARCÓN PALACIO,
LUIS MIGUEL HOYOS ROJAS, ALFREDO FUENTES HERNÁNDEZ



Facultad de Ciencias Jurídicas

COLECCIÓN ESTUDIOS

COLECCIÓN ESTUDIOS

ISBN digital: 978-958-791-526-6

© David Fernando Varela S. 2021
© Hernando Herrera Mercado 2021
© Leonardo Beltrán Rico 2021
© Carlos Felipe Ramírez P. 2021
© Francisco Y. Rodríguez M. 2021
© Pontificia Universidad Javeriana. 2021
© Corporación Excelencia en la Justicia. 2021
© Grupo Editorial Ibañez. 2021

Coordinador Editorial
Pontificia Universidad Javeriana
JAVIER CELIS GÓMEZ

Grupo Editorial Ibañez
Bogotá-Colombia
Carrera 69 Bis No. 36 -20 sur
Teléfonos: 2300731 -2386035
Librería: Calle 12B No. 7-12 L.1
Teléfonos: 2835194 - 2847524
Librería Teusaquillo: Calle 37 No. 19-07
Teléfonos: 7025760 - 7025835
Bogotá, D.C. - Colombia
www.grupoeditorialibanez.com

® 2021

La presente obra de divulgación se integra al grupo de investigación del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. No obstante, el editor y las instituciones a las cuales se encuentran vinculados los autores de esta obra, declinan cualquier tipo de responsabilidad derivada de la información o las opiniones aquí expresadas por ellos. La responsabilidad del contenido es exclusivamente de cada uno de los autores que componen esta obra.

COMITÉ DE PUBLICACIONES

DIANA CAROLINA OLARTE BÁCARES
Decana Facultad Ciencias Jurídicas - Presidente del comité

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
Profesor Departamento de Derecho Privado

JAVIER GUSTAVO RINCÓN SALCEDO
Profesor Departamento de Derecho Público

JUAN CARLOS BOTERO NAVIA
Profesor Departamento de Derecho Económico

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ
Profesor Departamento de Derecho Penal

CARLOS ADOLFO PRIETO MONROY
Profesor Departamento de Derecho Económico

DIANA XIMENA DELGADO GORDILLO
Secretaria de Facultad

JAVIER CELIS GÓMEZ
Bibliotecólogo Facultad

MARIA CAROLINA VÉLEZ GAITÁN
Asistente Decanatura-Secretaria del Comité

Pontificia Universidad Javeriana. Biblioteca Alfonso Borrero Cabal, S. J.
Catalogación en la publicación

Namén Vargas, Álvaro, autor,

Los procesos judiciales ante las altas cortes / David Fernando Varela Sánchez [y otros]; Prólogo David Fernando Varela Sánchez, [y otros]; Presentación Hernando Herrera Mercado, Leonardo Beltrán Rico. -- Primera edición. -- Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana : Corporación Excelencia en la Justicia : Grupo Editorial Ibañez, 2021. (Colección Estudios)

3 volúmenes ; 24 cm

Incluye referencias bibliográficas

ISBN digital: 978-958-791-526-6

Contenido: Tomo 1. Consejo de Estado. Tomo 2. Corte Constitucional. Tomo 3. Corte Suprema de Justicia

1. Administración de justicia. 2. Poder judicial - Colombia. 3. Democracia - Colombia. 4. Poder ejecutivo - Colombia. 5. Colombia. Consejo de estado 6. Colombia. Corte constitucional 7. Colombia. Corte suprema de justicia. I. Varela Sánchez, David Fernando, editor académico y prologoista II. Ramírez Portela, Carlos Felipe, editor académico III. Rodríguez, Francisco, editor académico IV. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas IV. Corporación excelencia en la Justicia V. Grupo Editorial Ibañez.

CDD 342.22 edición 15

inp.

21/09/2021

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

CONTENIDO

COLECCIÓN ESTUDIOS..... 9

PRÓLOGO

DAVID FERNANDO VARELA SANCHEZ
CARLOS FELIPE RAMÍREZ PORTELA
FRANCISCO YEZID RODRÍGUEZ MESA..... 13

PRESENTACIÓN

HERNANDO HERRERA MERCADO - LEONARDO BELTRÁN RICO 21

INTRODUCCIÓN

LOS SISTEMAS JURÍDICOS, LAS ALTAS
CORTES Y SUS COMPETENCIAS
COMO ÓRGANOS DE CIERRE

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR 25

CAPÍTULO I

REFLEXIONES GENERALES
EN TORNO A LA CASACIÓN CIVIL
EN EL DERECHO COLOMBIANO

CARLOS IGNACIO JARAMILLO J. 53

CAPÍTULO II

EL DESARROLLO DEL CONCEPTO
DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES,
EL ROL DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA
Y EL PRINCIPIO DE DOBLE CONFORMIDAD
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA (SALA PENAL)

JAIME ENRIQUE GRANADOS PEÑA 125

CAPÍTULO III

EL RECURSO
EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN LABORAL

JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA 147

CAPÍTULO IV
DE LOS PROCESOS PENALES DE ÚNICA
INSTANCIA A LA DOBLE INSTANCIA
Y DOBLE CONFORMIDAD PARA
AFORADOS CONSTITUCIONALES

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ 165

CAPÍTULO V
EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE
REVISIÓN CONTRA LAUDOS ARBITRALES
Y SENTENCIAS QUE RESUELVEN
RECURSOS DE ANULACIÓN

RAMIRO BEJARANO GUZMÁN 187

CAPÍTULO VI
ACTUALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL
CGP y Decreto 806 de 2020

ULISES CANOSA SUÁREZ..... 207

CAPÍTULO VII
LA TUTELA ANTE LA SALA CIVIL
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
EN ASUNTOS DE FAMILIA

YADIRA ELENA ALARCÓN PALACIO
LUIS MIGUEL HOYOS ROJAS 225

CAPÍTULO VIII
LA INTERPRETACIÓN
PREJUDICIAL EN LA COMUNIDAD
ANDINA Y LAS OBLIGACIONES DEL
“JUEZ NACIONAL” EN COLOMBIA

ALFREDO FUENTES HERNÁNDEZ 251



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá

Facultad de Ciencias Jurídicas

COLECCIÓN ESTUDIOS

La finalidad de esta colección es la de divulgar, en forma articulada y conexas, diversos escritos (ensayos, artículos, conceptos, opúsculos, etc.), realizados por uno o varios autores nacionales e internacionales.

- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo I: La empresa de seguros. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo II: El contrato de seguro. Teoría general del contrato. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo III: El contrato de seguro. Teoría general del contrato (continuación). CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Tratado de Derecho arbitral*: Tomo I y II: El convenio arbitral. Director CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo IV: Teoría general del contrato y análisis de algunos seguros en particular. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo V: El contrato de seguro y el contrato de reaseguro. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Propiedad Intelectual, Competencia y Aspectos Regulatorios de los Medicamentos: Determinantes Internacionales y Política Pública*. Editor Académico: XAVIER SEUBA. Autores: MARIANO GENOVESI, AURELIO LÓPEZ-TARRUELLA, JUAN CAMILO PÉREZ, PEDRO ROFFE, MIGUEL VIDAL-QUADRAS, DAVID VIVAS.

- *Derecho Privado: Estudios y escritos de derecho patrimonial. 4 tomos en 6 volúmenes.* CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Derecho y Filosofía: Textos escogidos. Volumen 1.* ALEJANDRO APONTE CARDONA.
- *Derecho Penal Internacional: Textos escogidos. Volumen 2.* ALEJANDRO APONTE CARDONA.
- *Turismo y Derecho del Consumo.* Editores Académicos: EUGENIO LLAMAS POMBO, LORENZO MEZZASOMA, CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., MARIANA BERNAL FANDIÑO.
- *Derecho de seguros y reaseguros: –Liber Amicorum profesor Arturo Díaz Bravo–.* Director académico: CARLOS IGNACIO JARAMILLO; Coordinadoras académicas: PATRICIA JARAMILLO SALGADO Y SANDRA RAMÍREZ.
- *Aproximación iberoamericana a la construcción de una sociedad humana y democrática.* Editores: JAIME ROSELL-GRANADOS (Universidad de Extremadura), JULIO ANDRÉS SAMPEDROARRUBLA, ILDIKÓ SZEGEDY-MASZÁK, JORGE GONZÁLEZ-JÁCOME (Pontificia Universidad Javeriana).
- *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia.* Editores: GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, ILDIKÓ SZEGEDY-MASZÁK, RAFAEL A. PRIETO SANJUÁN. Prólogo BALTASAR GARZÓN REAL. Edición Universidad Javeriana (Colombia) y Universidad de Jaén (España); Editorial Tirant lo Blanch.
- *Banca-seguros: Experiencia Internacional.* Editores Académicos: LORENZO MEZZASOMA, ALBINA CANDIAN, ANDREA BELLUCCI, PAOLOEFISIO CORRIAS, SARA LANDINI, EUGENIO LLAMAS POMBO, CARLOS IGNACIO JARAMILLO.
- *Código penal reflexiones después de 15 años de vigencia. Libro homenaje al Profesor Augusto J. Ibañez Guzmán.* Editores Académicos: ANDRÉS FERNANDO RAMÍREZ MONCAYO y AUGUSTO J. IBAÑEZ
- *Tendencias del Estado Federal en América Latina.* Editoras Académicas: VANESSA SUELT COCK, GIORGIA PAVANI.
- *Retos y desafíos de las empresas y los derechos humanos.* Editoras Académicas: CAROLINA OLARTE-BÁCARES, CATALINA IRISARRI BOADA, LAURA ARENAS PERALTA

- *Nuevas tendencias del Derecho Administrativo: Conmemoración de los primeros 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana.* Editora: Claudia Dangond Gibsone. Autores: Claudia Dangond Gibsone, Gustavo Zafra Roldán, Jaime Andrés Riascos Ibarra, José Gregorio Hernández Galindo, Santiago García Jaramillo, Francisco Gnecco Estrada, Néstor Raúl Correa Henao, Guillermo Sánchez Luque, Jorge Enrique Ibáñez Najar, Édgar González López, Raúl Velásquez Gavilanes, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Gonzalo Suárez Beltrán, Sandra Lisset Ibarra Vélez, Juan Camilo Morales Trujillo, Laura Isabel Zambrano Infante, Juan Manuel Laverde Álvarez, Sebastián Canal Flórez, Alberto Yepes Barreiro, Stella Jeannette Carvajal Basto, Fernando Carrillo Flórez, Hernando Herrera Mercado. 2020.
- *Derecho de daños y protección de la persona.* Editores Académicos: Eugenio Llamas Pombo, Jaime Arrubla Paucar, Carlos Ignacio Jaramillo. Autores: Jaime Alberto Arrubla Paucar, Romualdo Baptista Dos Santos, Bruno Boris Carlos Croce, José Gerardo Bustamante Morales, Gustavo Campoy, Arturo Caumont, Carlos Céspedes Muñoz, Cecilia C. Danesi, Julián Emil Jalil, Patricia Escribano Tortajada, Eugenio Facchini Neto, Federico Fratini, Rodrigo Fuentes Guíñez, Mário Gamaliel Guazzeli de Freitas, Manuela Giobbi, María Giulia Ortolani, Luis A. Godoy Domínguez, Ana González Alonso, Erika Isler Soto, Carlos Ignacio Jaramillo, Juan Carlos Jiménez Triana, Eugenio Llamas Pombo, Andrés Mariño López, Tomás Hernán Mejía Triana, María Dolores Moreno Marín, Gisela María Pérez Fuentes, Yasna Otárola E., Ana M^a Pérez Vallejo, Murilo Rezende dos Santos, Jordi Ribot Igualada, Arturo Solarte Rodríguez, Carla Solinas, Jéssica Souza Esmeraldo, Silvia Tamayo Haya, Karenina Tito, Leonel Torres Labbé, Francesco Urbinati, Juan Carlos Velasco Perdigones, Arantxa Vicandi. 2021.
- *Gobierno Corporativo.* Editores Académicos: Francisco Javier Prada Ramírez, Alfonso Miranda Londoño, Santiago Guerrero Sabogal. Autores: Francisco Javier Prada Ramírez, Jorge Gaitan Pardo, Juan pablo López Moreno, Juliana Morad Acero, Marcela Serrano Solórzano, Yadira Elena Alarcón Palacio, Santiago Guerrero Sabogal, Camilo

Ramírez Zuluaga, Luis Felipe Botero Cardenas, Nicolas Alberto Avella Millán. 2021.

- *Los procesos judiciales ante las altas cortes*. Tomo I: Consejo de Estado; Tomo II: Corte Constitucional; Tomo III: Corte Suprema de Justicia. Editores Académicos: David Fernando Varela Sánchez, Hernándo Herrera Mercado, Leonardo Beltrán Rico, Carlos Felipe Ramírez Portela y Francisco Yezid Rodríguez Mesa. 2021.

PRÓLOGO

DAVID FERNANDO VARELA SANCHEZ*

CARLOS FELIPE RAMÍREZ PORTELA**

FRANCISCO YEZID RODRÍGUEZ MESA***

En medio de una de las situaciones más excepcionales en la historia de la humanidad las tres instituciones patrocinadoras de esta publicación decidieron emprender una tarea muy ambiciosa: presentar el balance de treinta años de la experiencia de las Altas Cortes colombianas. Así a mediados del 2020 la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, encabezada por la Decana Diana Carolina OLARTE BÁCARES, la Corporación Excelencia en la Justicia - CEJ, representada por su director ejecutivo Hernando Herrera Mercado y el Grupo Editorial Ibáñez, orientado por su director Gustavo IBÁÑEZ CARREÑO se propusieron realizar un ambicioso trabajo de recapitulación que

* Abogado Javeriano. Profesor de planta de la Facultad. Docente de derecho económico, derecho económico internacional, economía internacional y Legaltech. Director del Centro de Estudios de Regulación Económica y Competitividad Internacional y de su semillero de investigación. Profesor y conferencista en varias universidades de América Latina, España y Estados Unidos y autor de numerosos ensayos y artículos publicados en revistas indexadas. Investigador Asociado de la Convocatoria SNCTI 2021. Candidato al Doctorado de Asuntos Internacionales (DIA) de Johns Hopkins University-School of Advanced International Studies (SAIS). Estudios de formación de altos ejecutivos en John F. Kennedy School of Government y Harvard Business School. Máster en Leyes de McGill University-Institute of Comparative Law. Especialista en ciencias socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Su tesis de grado para optar al título de abogado recibió el Lauro Académico.

** Abogado Javeriano. Candidato a magíster en DD.HH Universidad Jorge Tadeo Lozano Bogotá. Ejerce como abogado asesor, consultor y litigante en derecho administrativo, profesor en derecho público.

*** Abogado Javeriano. Especialista en derecho tributario Universidad Externado. Ejerce como abogado asesor, consultor y litigante en derecho administrativo, profesor en derecho público.

mira hacia el futuro de la sociedad Colombiana y de los desafíos económicos y sociales que dejará la pandemia y que en parte tendrán que enfrentar las Altas Cortes.

Por eso la publicación que tenemos el honor de presentar fue diseñada no solo como un estudio histórico sino más bien para influir en la conformación del pensamiento jurídico de Colombia y Latinoamérica. Para lograrlo, la nómina de sus ponentes y contenidos fue escogida cuidadosamente entre magistrados y exmagistrados de las Altas Cortes Colombianas, y destacados litigantes ante ellas precisamente porque se quería presentar una visión práctica sobre como operan esos tribunales a partir de la expedición de la Constitución de 1991. A todos los autores y autoras les presentamos un especial agradecimiento por los esfuerzos realizados para la redacción, edición, compilación y publicación de esta obra.

La misma se compone de 3 tomos, cada uno de ellos se ocupa de una de las Altas Cortes colombianas en su respectivo orden: Consejo de Estado, Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia. Cada una de ellas ha trabajado en el desarrollo de nuevas líneas jurisprudenciales inspiradas en la Constitución de 1991 y las reformas legales que han seguido sus mandatos. La constitución colombiana es maximalista, y ha realizado una fuerte transformación de la realidad jurídica colombiana durante sus tres décadas de vigencia.

Cada tomo se encarga de compilar los temas que las instituciones patrocinadoras consideraron más relevantes sobre la práctica de cada corporación en el ejercicio de sus funciones. Los temas son tan diversos como las mismas Altas Cortes; tratan desde la contratación estatal hasta el derecho de familia, pasando por el derecho procesal general, el procesal civil y penal, el procedimiento contencioso administrativo, el procesal constitucional, el probatorio, el sustancial administrativo, el constitucional, el civil, el comercial, y el laboral. Solo de ese modo se podía cumplir con la ambiciosa meta señalada al principio por los patrocinadores. A pesar de su amplia extensión se trató de facilitar el acceso de los lectores a través de una estructura lógica que siguiera los temas claves que resuelve cada corporación y de breves sumarios al principio de cada capítulo que orientan al lector sobre sus contenidos. La

organización metódica es el fruto del esfuerzo de los editores en un trabajo conjunto con la Universidad, la Corporación y la Editorial.

En la selección de contenidos se buscó abordar los núcleos temáticos de mayor actualidad para cada uno de los grupos de especialistas que usualmente trabajan con la jurisprudencia generada por las Altas Cortes, frecuentemente alineados con novedades normativas. A lo largo del trabajo editorial se pensó que los lectores principales serían académicos, litigantes, estudiantes y miembros de una comunidad jurídica ampliada que no solo comprende abogados sino que se extiende a otras disciplinas y a activistas de organizaciones de la sociedad civil.

El primer tomo, de mayor extensión, se dedica al Consejo de Estado, cabeza de la jurisdicción especial contenciosa administrativa cuyo deber constitucional es el de servir como garante de la legalidad de las actuaciones de la administración pública haciendo prevalecer el orden jurídico en las relaciones típicamente desiguales con los ciudadanos, a los que, sin embargo, la Constitución dota de poderosos derechos y garantías. Este tomo circula especialmente en torno a la prolija jurisprudencia de la corporación a partir de la entrada en vigor de la ley 1437 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, más conocido por sus siglas; CPACA. Los mayoría de los autores de los ensayos de este tomo asignaron un especial interés al funcionamiento de los medios de control de la legalidad, principalmente aquellos que conducen a la nulidad de los actos administrativos los cuales experimentaron cambios significativos con la entrada en vigor del nuevo código. Tan de actualidad resultan algunos de los temas allí tratados que en varios de sus artículos se hace referencia a la ley 2080 de 2021 modificatoria del CPACA. Por lo que una lectura se recomienda a modo de actualización.

Los temas relativos a la mecánica de los recursos en jurisdicción contenciosa, la procedibilidad de acciones de tutela contra sentencias del Consejo de Estado, las acciones de cumplimiento, el recurso extraordinario de súplica, la anulación de laudos arbitrales así como las glosas acerca de la función consultiva del Consejo de Estado contribuyen a enriquecer este tomo con información de la mayor relevancia para los profesionales dedicados al derecho administrativo.

No menos importantes son los artículos que abordan el contenido y alcance de las competencias de esa Alta Corte sobre la pérdida de investidura de los congresistas (tema este sobre el cual existe reciente legislación procedimental contenida en la ley 1881 de 2018) al igual que las reflexiones acerca los contratos administrativos y el control de constitucionalidad a cargo del H. Consejo de Estado.

El segundo tomo, dedicado a los núcleos temáticos propios de los procesos de constitucionalidad y tutela cuya competencia corresponde a la H. Corte Constitucional es menos extenso que el anterior pero no menos importante. Esta corporación ha generado una prolija y extensa jurisprudencia durante sus treinta años de funcionamiento, tanto así que ha merecido reconocimiento internacional por sus avances en torno a derechos fundamentales y como se vuelven justiciables, especialmente para los ciudadanos o comunidades más vulnerables. Tampoco han faltado críticas respetuosas por supuestamente desbordar algunas funciones propias del Juez Constitucional que de todos modos han contribuido a enriquecer el debate sobre las conquistas de la Constitución de 1991 y sobre las reformas que puede necesitar.

Esta obra registra el valioso aporte de cinco ex magistrados y dos ex magistrados auxiliares de la corporación quiénes nos ilustran de manera muy completa en temas tales como el procedimiento constitucional, los controles automáticos, las reformas constitucionales, el control constitucional sobre facultades normativas extraordinarias del ejecutivo, los estados de excepción, los derechos fundamentales y la acción de tutela, y los conflictos de competencia en tutela. Sus siete artículos que aglutinan los núcleos temáticos de mayor importancia para el quehacer de la Corte y se presentan de una manera que combina su alta calidad académica e investigativa con su accesibilidad para lectores no tan especializados.

En el tomo III presenta la experiencia de la Corte Suprema de Justicia desde el punto de vista de muy insignes juristas, maestros y doctrinantes. De la mano de estos autores, entre otros temas, se pueden recorrer temas tan variados como las finalidades de la Casación Civil; los Recursos de Unificación, Revisión, y Anulación contra Laudos Arbitrales; el control de Tutela como instrumento de

defensa del orden jurídico fundamental; el concepto de los hechos jurídicamente relevantes, el principio de la doble conformidad en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; el Recurso extraordinario de Casación Laboral; la actualización del proceso civil en la Pandemia COVID 19; y la Tutela ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Asuntos de Familia. Se trata de procesos estrechamente vinculados a complejos y cambiantes realidades económicas y sociales de un país como Colombia que en 30 años ha experimentado nuevos hitos históricos y políticos en paralelo con nuevas tendencias en la filosofía del derecho, que se convierten en nuevos criterios unificadores y dinamizadores de la cultura jurídica. No menos importante las realidades de la globalización tienen que conducir a una cotidiana reformulación de nuestras tradiciones jurídicas.

En esta publicación colectiva invitamos a reflexionar sobre las nuevas tendencias del derecho privado a conocedores muy profundos del sistema jurídico Colombiano. En sus capítulos se desarrollan amplias discusiones frente al papel de los jueces y los tribunales de cierre, la modernización del derecho procesal, la función nomofiláctica de la casación, y la labor no exenta de dificultad de la aplicación de un sistema de fuentes que hunde sus raíces en la Constitución de 1991. Otras cuestiones no menos relevantes son el papel de la igualdad dentro del imperio del art. 230 Constitucional, el debate sobre la dogmática Constitucional dentro del entendimiento del sistema de fuentes y su aplicación judicial frente a las competencias de las altas cortes como órganos de cierre. Estos son apenas algunos de los puntos de partida de esa sección del tomo centrada en el derecho privado.

En la misma línea, algunos autores formulan importantes consideraciones sobre la Casación Laboral en la Corte Suprema de Justicia, desde sus orígenes, desarrollo, sentencias susceptibles de recurso, y la constitucionalización de las vías de la violación de la Ley sustancial. Temáticas todas que se orientan hacia la defensa de la legalidad, la flexibilización, la uniformidad e integración jurisprudencial nacional, y específicamente en lo laboral hacia la garantía de la aplicación del derecho objetivo, y la aplicación directa de los principios constitucionales, tratados internacionales y otras normas contenidas en el bloque de Constitucionalidad.

Se destacan los estudios sobre la constitucionalización de la reparación de daños, las causales de divorcio derivadas de la violencia intrafamiliar y un innovador planteamiento sobre activismo y creativismo judicial como modalidades innovadoras de lo que se podría llamar una ingeniería judicial, al igual que nuevas discusiones en la doctrina sobre el origen, recepción y evolución de la Acción de Tutela en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Destacamos igualmente el estudio sobre la defensa penal relacionada con hechos jurídicamente relevantes y medios de prueba en la casación penal, como también, la doble conformidad propuesta por uno de los autores que consolidan en este tomo propuestas innovadoras de alto nivel que pueden ayudar a una mejor comprensión de la justicia ordinaria y sus relaciones con el constitucionalismo, la ingeniería judicial y una interpretación jurídica integradora de la jurisprudencia y la doctrina legal probable de casación.

En esta obra, también se resalta el estudio del proceso arbitral por sus amplias consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del recurso de revisión, el recurso de revisión ante los trámites arbitrales Contencioso Administrativos, el recurso de revisión contra laudos arbitrales civiles y comerciales, y la protección a derechos fundamentales supuestamente conculcados en laudos arbitrales o en sentencias que resuelven el recurso de anulación.

En suma, esperamos que este libro se convierta en obra de consulta sobre los controles jurisdiccionales a nivel de tribunales de cierre como los tres Colombianos aquí reseñados, de modo que se pueda observar en conjunto como los derechos y garantías reconocidos por la Constitución de 1991 han cumplido su misión unificadora de una jurisprudencia novedosa y cambiante pero siempre inspirada sobre todo en la necesidad de promover, humanizar y actualizar los valores supremos de la justicia moderna como el respeto de la dignidad humana, la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la congruencia y la doble conformidad en el proceso penal.

Los artículos que integran esta obra fueron minuciosamente redactados y compilados por el equipo editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de

Bogotá con el apoyo del Bibliotecólogo Javier CELIS GÓMEZ, quien merece nuestro mayor reconocimiento para el intenso trabajo realizado incluso por fuera de los horarios de trabajo habituales. Los editores esperan que esta publicación sea objeto de un amplio debate académico por parte de la comunidad jurídica colombiana e hispanoamericana, ésta última con el potencial de comparar la experiencia de nuestro país con la propia y extraer conclusiones sobre los caminos que recorre el derecho al servicio de sociedades hermanas.

PRESENTACIÓN

HERNANDO HERRERA MERCADO

LEONARDO BELTRÁN RICO

Corporación Excelencia en la Justicia

La Corporación Excelencia en la Justicia –CEJ– es una organización que se ha caracterizado por promover, en sus 25 años de existencia la independencia, la seguridad jurídica, la probidad y la idoneidad de los operadores jurídicos de todo nivel; así mismo ha liderado iniciativas que buscan resaltar las buenas prácticas en el ejercicio del derecho, la transparencia en la elección de los altos dignatarios del sector justicia, y exigir de aquellos la rendición de cuentas y el debido ejercicio de sus funciones. La labor de la CEJ se ha extendido, de igual manera, a la promoción de marcos normativos y regulaciones que persiguen la eficacia del servicio de Justicia en nuestro país.

En otra área de trabajo fundamental, la CEJ se ha encargado de promover transformaciones tendientes a destacar buenas prácticas en el sector. Un ejemplo de esto último lo constituyen los Premios Excelencia en la Justicia y la Cumbre Judicial, evento que se realiza en sesión especial con asistencia del presidente de la República, los presidentes de las Altas Cortes, el Fiscal General, el Procurador General, el Contralor General, y el Registrador; este, sin lugar a dudas, es un espacio sin parangón en el cual los máximos representantes de la Rama Judicial y la institucionalidad, a instancias de la CEJ, presentan un balance anual de su gestión de cara a la ciudadanía.

Sumado a lo anterior, y como centro de pensamiento líder en materia de justicia, la CEJ se ha encargado, por un lado, de crear espacios para debatir propuestas de reforma a la justicia (concertadas entre la ciudadanía y el gobierno a nivel central y regional), y, por

otro, de publicar y difundir documentos de investigación con un alto protagonismo intelectual, y con clara postura frente a hechos que merecen análisis, denuncia y reconocimiento.

La CEJ también ha intervenido como veedor de los procesos de elección de los altos dignatarios de la Justicia, siempre abogando por la transparencia en dichos procesos y por la probidad de los operadores de la rama judicial y de los organismos de control.

De otro lado, la CEJ realiza una importante gestión en materia de seguridad jurídica, en beneficio de reglas claras y predecibles para el sector productivo y las empresas, y en defensa de la coherencia en la jurisprudencia y la legislación a ese respecto.

En el contexto antes descrito, y dada esa especial coyuntura en la que confluyen simultáneamente los 25 años de la CEJ, y los 30 de la Constitución Política de nuestro país, la academia, en cabeza de la Pontificia Universidad Javeriana, y la Corporación Excelencia en la Justicia – CEJ, hemos querido unirnos para resaltar la importantísima labor que se viene realizando desde el sector judicial, y más concretamente desde las altas cortes, en orden a satisfacer el interés de la ciudadanía por obtener pronta, adecuada y, sobre todo, calificada justicia para sus conflictos y desavenencias.

Diríamos entonces que esta obra, sin igual en el continente, tiene como propósito principal recoger, en tres (3) tomos, la visión especializada y actualizada de los juristas más importantes de nuestro país (algunos de ellos incluso todavía vinculados a la rama), en torno a las problemáticas y el quehacer judicial propio de los procesos y acciones que se adelantan ante las máximas corporaciones de la rama judicial; esto es, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

Así, y en lo que atañe al capítulo dedicado a las acciones ante el Consejo de Estado (Tomo I), el lector podrá aproximarse a contenidos que, con estricto rigor jurídico y una profundidad que es propia de quienes conocen verdaderamente la materia, muestran de qué manera han evolucionado en nuestro ordenamiento jurídico conceptos tales como el derecho fundamental de acceso a la justicia, e igualmente cómo se viene ejerciendo control judicial a la acción administrativa o de la administración.

No está demás resaltar que a partir de esa visión jurisprudencial de avanzada (representada en cada una de las sentencias proferidas por este alto tribunal), ha sido posible materializar transformaciones legales de gran importancia para nuestro país, tales como la que precisamente dio lugar a la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 2080 de 2021.

Y qué decir de la labor que en esa misma materia, esto es, la administración de justicia, ha venido cumpliendo la Corte Suprema de Justicia (Tomo III); el aporte de sus decisiones en la resolución de conflictos de alta complejidad ha sido inconmensurable, no sólo por lo que representa para cada uno de los sujetos que interviene en los procesos (cuestión que de suyo es de por sí notable), sino, especialmente, por el impacto que cada una de ellas tiene de cara a la necesidad de preservar y garantizar el principio de seguridad jurídica, sobre el cual debe fundarse cualquier Estado que pretenda denominarse a sí mismo como “de derecho”.

Finalmente, mal podríamos dejar de lado, o por fuera, el ejercicio que se viene realizado desde la Corte Constitucional (Tomo II); esta corporación, desde sus inicios en 1991, se ha venido consolidando como la guardiana por excelencia de nuestra Constitución, y, adicionalmente, en la promotora de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

A partir de sus decisiones se han venido generando transformaciones en diferentes ámbitos de nuestra sociedad, que van desde la mera relación individual que surge entre un sujeto y otro por razón de un vínculo laboral, hasta aquellas otras que les dan piso y viabilidad a decisiones adoptadas por el Ejecutivo y el Legislativo.

Así, pues, esperamos puedan disfrutar cada capítulo, párrafo e historia descrita en esta obra; para nosotros, como gestores de un proyecto de avanzada como éste, nos queda la inmensa y excepcional satisfacción de haber logrado congregarnos, en un solo momento histórico, a lo más selecto de la justicia en nuestro país; a todos los magistrados y exmagistrados que participaron en el proyecto, nuestro profundo agradecimiento por su incondicional generosidad y colaboración, y, por supuesto, por el aporte que ahora hacen al país, a la academia y a la justicia.

INTRODUCCIÓN

LOS SISTEMAS JURÍDICOS, LAS ALTAS CORTES Y SUS COMPETENCIAS COMO ÓRGANOS DE CIERRE

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR*

Sumario: 1. LA TRADICIÓN ROMANO GERMÁNICA Y LOS SISTEMAS DE DERECHO COMÚN. 2. JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE JUDICIAL. 3. EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO. 4. LA COHERENCIA Y UNIDAD DEL SISTEMA. 5. LOS TRIBUNALES DE CIERRE. 5.1. LOS FINES DE LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. 5.1.1. *La finalidad nomofiláctica de la casación.* 5.1.2. *La fuerza vinculante de la casación.* 5.1.3. *La materialización de la función nomofiláctica.* 5.2. LA FUNCIÓN UNIFICADORA EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. 5.3. LA ACCIÓN DE TUTELA Y LA LABOR DE LOS ÓRGANOS DE CIERRE. 5.3.1. *La falta de “conciencia constitucional”.* 5.3.2. *La cuestión de inconstitucionalidad como consecuencia inmediata de la revaluación de las fuentes del derecho.* 5.3.3. *La cuestión constitucional como garantía de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el proceso judicial.* 6. LOS IMPACTOS DEL NEOCONTITUCIONALISMO EN

* Socio fundador de la Firma Arrubla Devis Asociados. Ejerció como magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia entre los años 2004 y 2012, es experto en Derecho Civil y Comercial, catedrático de las principales facultades de derecho del país y autor del tratado Contratos Mercantiles, en cuatro tomos. Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB) de Medellín, de la cual también es especialista en Derecho Civil y Comercial; Derecho Canónico; Relaciones Laborales y Magister en Derecho Privado. En 2014 recibió el título de Doctor en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca, con distinción Cum Laude, universidad en la cual también ha recibido el título de Magister en Estudios Avanzados en Derecho Privado. También se encuentra inscrito como árbitro de los centros de arbitraje de las cámaras de comercio de Bogotá y Medellín, en las cuales se ha desempeñado como árbitro en diferentes tribunales de arbitramento. En 1983 fue Secretario General de la Gobernación de Antioquia y luego Secretario Jurídico de la Presidencia de la República de Colombia, en 1998.

LOS SISTEMAS DE DERECHO PRIVADO Y LA FUNCIÓN JUDICIAL. 7. CONCLUSIÓN PRELIMINAR. 8. BIBLIOGRAFÍA.

En Colombia hemos venido construyendo un complejo sistema para la tutela de los derechos de las personas y la definición de sus conflictos, al punto que tenemos varios tribunales de cierre, con competencias que a veces se sobreponen, con lo cual se afecta su derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. Además, podría decirse que, en forma lenta y paulatina, a veces no muy consciente, hemos venido migrando de una tradición o cultura jurídica hacia otra, por el simple propósito de innovar, con las consecuencias favorables o desfavorable que el cambio implica. Hay que agregar el impacto del neoconstitucionalismo en los sistemas jurídicos y en el papel de los jueces en el Estado actual; la tutela de los derechos fundamentales, mal entendida, pone en el “filo de la navaja” el principio de la independencia judicial. Detengámonos a continuación en algunas de las anteriores premisas, que nos permitan dimensionar el estado en que se encuentra el sistema jurídico y el papel llamado a cumplir por las altas cortes en el momento actual.

1. LA TRADICIÓN ROMANO GERMÁNICA Y LOS SISTEMAS DE DERECHO COMÚN

Nuestro sistema jurídico se encuadra en lo que se conoce como la tradición romano germánica o sistemas de “derecho civil”, *civil law*, para oponerlos, por referir de alguna manera, a los que se conocen como estirpes de la tradición de “derecho común” o de *common law*; reconociendo que ambas tradiciones no han estado aisladas entre sí, sino por el contrario, engranadas o encajadas, en una historia y culturas comunes del mundo occidental¹.

Gran Bretaña, Canadá Inglesa, Australia, Nueva Zelandia, Estados Unidos y Australia, se dice que son países de *common law* y como tales de derecho no escrito; en consecuencia la legislación, que por supuesto existe, tiene un papel secundario², al menos

¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *La tradición jurídica Romano-Canónica*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 24

² WILLIAMS, Jorge N. *Interpretación de las leyes en el derecho Norte-Americano*. Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1959, p. 8.

diferente a los países que profesan el *civil law*. No obstante, el legislador frecuentemente es consultado para aclarar, rectificar, completar o modernizar el derecho común³. También es cierto que la importancia de la legislación ha venido creciendo en estos países a partir del Siglo XIX.

Por lo anterior, la actividad del juez y del jurista en los sistemas que conforman la tradición civil, derecho continental, o derecho escrito, no puede ser la misma que tienen los jueces del sistema no escrito, frente a la ley o *statute law*⁴.

No es dado apreciar la legislación como algo aislado o abstracto, porque forma parte de un todo en cada tradición, bien sea la de derecho común o la de derecho civil, unida a los rasgos que conforman el carácter de una nación y de una época. De esta manera las leyes adquieren sentido y justificación⁵.

2. JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE JUDICIAL

Los dos regímenes, angloamericano y continental, se desarrollan desde hace siglos en direcciones diferentes y los juristas están en el carácter de no iniciados del uno respecto al otro⁶; su formación y la cultura jurídica se ancla en principios y premisas diferentes, así exista una comunidad de propósitos.

Los dos sistemas, el codificado y el jurisprudencial, obedecen a dos claves básicas fundamentales diferentes; la que indaga el principio y la que se basa en los precedentes⁷. Para resolver un caso concreto, el sistema del derecho común consultará el precedente, como se han fallado casos anteriores; mientras que en el codificado, el caso particular debe ser resuelto encuadrándolo en la proposición general que le es aplicable⁸, especialmente contenida en la ley.

La ley (*statute law*) en el derecho inglés o norteamericano, se propone resumir o compendiar el derecho común, bien completando

³ WILLIAMS, Jorge N. Ob. Cit., p. 9.

⁴ WILLIAMS, Jorge N. Ob. Cit., p. 9.

⁵ WILLIAMS, Jorge N. Ob. Cit., p. 10.

⁶ WILLIAMS, Jorge N. Ob. Cit., p. 10.

⁷ WILLIAMS, JORGE N. Ob. Cit., p. 11.

⁸ WILLIAMS, Jorge N. Ob. Cit., p. 11.

en un punto particular cuando no hay (*statute*) para crear una nueva norma de derecho o para suprimir un directriz establecida por sentencia. La ley se interpreta en forma literal y restrictiva⁹.

Siendo el precedente jurisprudencial, la fuente principal del *common law*, los jueces siempre han interpretado de manera restrictiva la legislación (*statute law*), limitando al máximo su incidencia sobre el *common law*. “Esta restricción lleva al juez inglés a aplicar solamente cuando está inequívocamente expreso en el texto de la ley, según una técnica interpretativa que es fuertemente divergente de la usada en Europa continental”¹⁰. Por lo mismo, la redacción de las leyes difiere considerablemente en las dos tradiciones; mientras en la de derecho continental europeo, la ley pretende la expresión sintética, bajo la cual permite al juez subsumir el mayor número de casos concretos, el órgano legislativo inglés debe especificar hasta en sus particularidades los casos y las modalidades que pretende regular, conector de que la falta de indicación de un caso específico, no será integrado por el juez, quien observará en éste silencio legislativo, la razón técnica para no aplicarlo y mantener el *common law* para el caso concreto¹¹. De allí que el legislador anglo-americano deba prepararse estudiando millares de sentencias y su producción legislativa es extremadamente analítica y enumerativa¹².

El *common law* comienza y termina por la solución del caso particular; la ley se considera destinada a determinar una consecuencia de detalle para hacer frente a una situación de hecho particular, pero no es el punto de partida; la ley no está destinada a cambiar el *common law*, o al menos si hay cambio, sería el menor posible; así la ley es declaratoria y se interpreta restrictivamente¹³. Se interpreta restrictivamente porque se considera el *common law* como el fondo del derecho. Si la ley no se compadece con el mismo, se considera una excepción y debe ser interpretada restrictivamente¹⁴. El derecho esencial es el no escrito; el escrito es

⁹ WILLIAMS, Jorge N. Ob. Cit., p. 12.

¹⁰ LOSANO, Mario G. *Los Grandes Sistemas Jurídicos*. Madrid: Ed. Debate, 1982, p. 175.

¹¹ LOSANO, Mario G. Ob. Cit., p. 175.

¹² LOSANO, Mario G., p. 175.

¹³ WILLIAMS, Jorge N. Ob. Cit., p. 13. Citando a O.W. OLMES Y R. POUND.

¹⁴ WILLIAMS, Jorge N. Ob. Cit., p. 14.

accesorio¹⁵. No ha sido apto para aplicar leyes; su actitud tradicional se opone a considerar las leyes como un acto creador de derecho¹⁶.

La tradición de derecho civil en cambio, considera que el rol de la decisión judicial es dar una solución al caso basado en los códigos o textos legales¹⁷.

El sistema de derecho británico y el norteamericano sigue siendo un derecho esencialmente hecho por los jueces. La doctrina del precedente expresa el lazo que vincula al juez con las decisiones de sus antecesores hasta siglos lejanos. Los precedentes, decisiones de casos análogos, configuran el derecho vigente de manera no codificada; por ello se dice que el *common law* es un derecho no escrito¹⁸.

3. EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Colombia se encuadra en el conjunto de países que obedece a la tradición de derecho civil, sin dubitación alguna. Así lo establece el artículo 230 de la Constitución Nacional cuando advierte que los jueces y sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley.

En la polémica que se ha abierto en el país para darle alcance a la citada disposición, sea del caso advertir que, nos matriculamos en la línea que entiende la citada norma de la constitución atendiendo su tenor gramatical y no vemos aceptable la tesis que pretende entender, la expresión “imperio de la ley” como si se refiriera al derecho en general.

La Corte Constitucional ha revisado su tradicional jurisprudencia sobre el alcance del artículo 230, que presentaba la ley como fuente primigenia de nuestro sistema jurídico colombiano, para concluir que es necesario ampliar el criterio con el principio de igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Nacional, en la medida que dicho principio conlleva a aplicar la jurisprudencia a casos análogos, lo cual eleva el nivel jerárquico del “precedente judicial” y lo coloca al lado de la ley¹⁹. Bien curiosa

¹⁵ WILLIAMS, Jorge N., citando a Sir. J. Salmond. Ob. Cit., p. 14.

¹⁶ WILLIAMS, Jorge N. Ob. Cit., p. 15.

¹⁷ WILLIAMS, Jorge N. Ob. Cit., p. 15.

¹⁸ LOSANO, Mario G., pp. 176-177.

¹⁹ Sentencia C-836 de 2001.

la manera de introducir un principio que siempre ha estado en los sistemas de derecho civil como el de la igualdad, para ponerlo en función del sistema de fuentes. Esta interpretación del precepto anquilosa la jurisprudencia civil y la contenciosa e introduce un léxico foráneo que confunde la función de las altas cortes y la cultura jurídica en la cual abreva nuestro sistema. El único comentario que amerita por el momento la posición cambiante de la jurisprudencia constitucional sobre el sistema de fuentes, es que constituye la muestra inequívoca de que la jurisprudencia es dinámica y no puede anquilosarse, en los sistemas jurídicos de derecho civil. Ahora, bienvenido el mismo principio para salirnos del tal precedente; ¿si le está dado a la Corte Constitucional cambiar sus criterios para mejorar la jurisprudencia constitucional, porque no conceder el mismo derecho a los demás tribunales de cierre que deben hacer lo propio con sus disciplinas jurídicas?

Está de moda hablar del “precedente” en nuestro sistema; pero así utilicemos cada vez más el vocablo gramatical, tanto en leyes como en jurisprudencias, siempre será un “precedente a lo colombiano”, es decir, fincado en nuestra tradición jurídica, que no es otra cosa que la idea de unificación jurisprudencial y respeto por la decisión de la Corte de cierre, sin que ello modifique el sistema de fuentes adoptado por el artículo 230 de la C.N.

4. LA COHERENCIA Y UNIDAD DEL SISTEMA

El fin de unificar y dar coherencia al sistema, sin duda es un propósito común en ambas tradiciones, pero opera de manera diferente en cada una de ellas. Por supuesto que está estrechamente vinculado a la decisión judicial. En los sistemas de derecho civil, es más propio hablar de unificación de jurisprudencia y en el de derecho común del precedente judicial, aunque la cuestión no es tan simple, abarca toda una concepción sobre la tradición y el tema de fuentes del derecho e incluso sobre el papel de la ley en las diferentes tradiciones jurídicas. De otro lado, hay que considerar también los acercamientos que entre ambas familias se vienen dando desde hace varias décadas, bajo presión de la globalización del tráfico económico y la internacionalización de la economía.

Por más acercamientos que la globalización y la internacionalización provoque, la esencia de los sistemas, sigue estando diametralmente opuesta. De allí que la fuente primigenia en los sistemas de derecho civil sea la ley y la jurisprudencia indique la forma de aplicarla e interpretarla; mientras que los sistemas de derecho común la decisión judicial precedente marca una tradición que la ley no puede modificar ni desconocer, en principio.

5. LOS TRIBUNALES DE CIERRE

Se diría que el tema de los órganos de cierre en la rama jurisdiccional y la competencia de las distintas cortes, es un asunto superado en la misma constitución.

Es la misma Constitución la que le asigna a la Corte Suprema de Justicia la función como Tribunal de Casación. Una competencia constitucional que se combina además con ser el máximo Tribunal de la justicia ordinaria. En la comprensión de esta tarea constitucional encomendada a la Corte Suprema de Justicia por los artículos 234 y 235, es donde está el *quid* del problema.

Al Consejo de Estado por su parte, se le asigna por el artículo 237 de la C.N. la tarea de “Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley”. La forma como va a cumplir dicha tarea y la comprensión del alcance de la misma es también el problema que debe resolverse.

Adelante encontraremos los argumentos, precisamente en los fines que tiene la casación, las sentencias de unificación y otros instrumentos, para demostrar que, a través de estas funciones se complementa la argumentación para saber en cual tradición se ubica nuestro sistema, qué es un orden jurídico y cuál es la manera de mantener su coherencia y su unidad.

5.1. LOS FINES DE LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Revisemos qué es lo que debe pretenderse con la casación, es decir, si los fines clásicos siguen siendo válidos o si debemos reformularlos en un estado constitucional de derecho.

Es necesario distinguir entre fines, medios y consecuencias derivadas de la casación.

Para algunos la unificación de la jurisprudencia es uno de los fines primordiales de la casación. Ello no es así, es apenas una de las consecuencias obtenidas, un resultado inevitable. La labor principal de un tribunal supremo es la defensa del derecho, o mejor del ordenamiento jurídico. Sin embargo, de no existir una jurisprudencia uniforme, creada por el más alto tribunal de justicia, el resultado final sería anárquico, pues existirían tantas posibles soluciones como casos particulares se presentan a diario.

La unificación de la jurisprudencia no es por tanto el fin que se pretende con la casación, sino el medio mediante el cual se consigue o materializa su principal objetivo que es la defensa del ordenamiento jurídico.

5.1.1. *La finalidad nomofiláctica de la casación*

La palabra nomofilaquia viene del griego, *nomos*= ley o norma y *filake*= salvaguarda o defensa; que unidas significan la salvaguarda de la ley o defensa de la norma.

El motivo que justifica la casación, es la defensa de la norma violada mediante providencia judicial.

La casación es un instrumento que actúa en defensa del ordenamiento jurídico, tanto cuando el derecho es violado por providencia judicial, como, cuando sin existir dicha violación, la corte de casación se pronuncia sobre un determinado punto, para que sea la guía de futuros pronunciamientos judiciales. Entendiendo el ordenamiento jurídico en su concepción sistemática, comprensiva de todo tipo de normas, tanto las de orden constitucional, como las legales y reglamentarias y concebido como un todo coherente y pleno.

Además, entendemos el ordenamiento jurídico, en una concepción monista, compuesto por legislación y sentencia; esta última, la sentencia, entendida como parte de un todo que crea y aplica derecho al caso concreto. El juicio concreto del juez, ajustado o no a la ley, justo o injusto, es el único derecho indiscutible en el

caso individual. La función es jurisdiccional, en cuanto emiten una norma (la sentencia) para el caso concreto.

Sentencia y norma no son conceptos jurídicos antagónicos o enfrentados, sino complementarios, son vertientes del mismo propósito. Son conceptos no contrarios sino sucesivos, a manera de lo cóncavo y lo convexo, que pertenecen a la misma estructura del derecho.

5.1.2. *La fuerza vinculante de la casación*

Es indudable la fuerza vinculante o persuasiva de la sentencia emitida por la corte de casación. Los jueces y tribunales fundamentan sus decisiones apoyados en fallos del tribunal de casación. No solamente los jueces sino cualquier autoridad, buscan sobremanera, apoyar sus criterios en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Sus sentencias son argumentos de autoridad para justificar todo tipo de providencias, conceptos, dictámenes, etc. El propio legislador en sus exposiciones de motivos cita jurisprudencia de la Corte de casación.

Esto no significa que la jurisprudencia de la Corte Suprema sea plenamente vinculante o exclusivamente de su producción creativa.

El principio de la independencia judicial se mantiene; perfectamente un juez puede apartarse de decisiones de la Corte Suprema señalando las razones y motivos que justifiquen su posición y quizás sus criterios provoquen un cambio jurisprudencial. O puede tratarse de un punto que no ha tenido ningún desarrollo jurisprudencial y es la decisión del juez de instancia la que motive el pronunciamiento en casación.

Ahora, si el juez se revela sin razón ni fundamento, el control estará en la posibilidad de que esa sentencia llegue a la corte de casación y sea aniquilada en defensa del orden jurídico.

También la corte de casación puede apartarse de sus propios antecedentes cuando existan razones para el efecto, producidas por cambios sociales o de las costumbres de los pueblos.

Esta dinámica es la que evita el anquilosamiento de la jurisprudencia y del mismo orden jurídico, sin tener que llegar a

la obligatoriedad del “precedente”, ahora tan en boga en la teoría jurídica, que recorta la autonomía del juez y nos lleva a un sistema dogmático y cerrado, donde la evolución solamente puede venir de la cabeza a los pies, y no al contrario como debería de ser, pues es el juez de las instancias quien se encuentra en contacto directo con el caso, sus partes, la prueba, y quien por consiguiente, debe ser el motor del cambio que impulse la jurisprudencia.

“Nunca la deseada uniformidad jurisprudencial con la fijación de criterios inamovibles que en nada favorecerían la finalidad nomofiláctica que está llamada a cumplir la casación”²⁰.

La legalidad y el estado de derecho se defiende no solamente aplicando el criterio que se ha considerado tradicionalmente correcto, sino adaptando la interpretación de la norma a la realidad mutante y cambiante y ello solamente es posible con la autonomía del juzgador.

5.1.3. *La materialización de la función nomofiláctica*

Muchas son las maneras como cumple la casación su defensa del ordenamiento jurídico. Lo hace conformando, uniformando, actualizando, agilizando, etc.

Todos los jueces y operadores jurídicos, en sus providencias, realizan el derecho objetivo y en cierta forma efectúan una nomofilaxis en forma indirecta. Sin embargo, lo que hace la corte de cierre en casación es singular, precisamente por estar en la cúspide de los tribunales logrando la aglutinar la dispersión y la amalgama interpretativa de todos los que la preceden. Esto no sería posible si no estuviera en el punto más alto de la administración de justicia. No es pues la casación misma la que ejerce la nomofilaxis (todos los recursos podrían ejercer esta misma función), sino la circunstancia de encontrarse en la cima y que tal decisión no sea susceptible de recurso alguno. *“Con ello estaremos intentando hacer efectiva la necesaria unidad de criterio en las decisiones judiciales, y como corolario de ello, la coherencia exigible de todo ordenamiento jurídico”²¹.*

²⁰ BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro. *La casación civil*. Madrid: Dijusa, 2006, p. 165.

²¹ BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro. *Ob. Cit.*, p. 168.

a) Actualización de la ley

Desde su promulgación la ley empieza a envejecer. La labor de la jurisprudencia es mantener esa ley actualizada.

La función de la casación radica en mantener esa letra vigente con las exigencias cambiantes de la realidad social.

Ha sido clara la labor de la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Consejo de Estado en ese trabajo de actualización de la ley. Se podrían citar interminables ejemplos.

b) Labor creadora o integradora del ordenamiento jurídico

La jurisprudencia garantiza la plenitud hermética del ordenamiento jurídico. Debe suplir sus vacíos y llenar sus espacios cuando el legislador no lo ha hecho. No puede el Juez dejar de fallar pretextando silencio a falta de legislación. Al respecto señala el Artículo 48 de la ley 153 de 1887 lo siguiente:

“Los jueces y magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”.

Son innumerables los casos en los cuales la Corte Suprema en sus decisiones, al igual que el Consejo de Estado, han cumplido con esta finalidad.

c) Labor unificadora de criterios

Es el medio más importante con que cuenta la labor nomofiláctica de la casación. Incluso se le confunde con su labor esencial.

La sentencia casacional se convierte en un referente a seguir por los tribunales en sus futuras decisiones.

Si en un estado existiese un solo tribunal para dirimir todos los conflictos no habría problema alguno. La realidad es que son muchos y se produce discordancia en la aplicación de la ley. La casación logra esa coherencia y unidad del sistema.

El tribunal de cierre cumple una labor fundamental frente al sistema jurídico; de cómo se mantiene su unidad y su coherencia, a través de sus decisiones.

El instrumento que hace posible la coherencia y unidad de un sistema jurídico es la casación. *“Mediante la casación se traslada hacia la unicidad interpretativa la multiplicidad inicial de criterios de los órganos llamados a decidir. Con ello se canalizan y recogen todas las interpretaciones judiciales para concluir en una única y última definición. El recurso casacional sirve, pues, para intentar hacer realidad en el plano judicial aquella coherencia exigible en cualquier ámbito del Ordenamiento jurídico”*²².

Como se ha dicho, lo anterior no significa que la uniformidad jurisprudencial sea el fin de la casación, sino el medio para conseguirlo. La uniformidad no es sino el ropaje externo, de una finalidad interna y subyacente que es la defensa del ordenamiento jurídico.

No solamente cuando se presenta la disparidad de criterios cumple la jurisprudencia casacional su labor unificadora. También se cumple el mismo propósito cuando se adelanta a los hechos, fijando una posición sobre un tema nuevo, que no ha sido objeto de pronunciamientos, antes de que se produzcan las discrepancias. Para este propósito, el recurso debería ser lo suficientemente ágil y versátil, que pueda ocupar a la corte de casación del tema en forma oportuna y no cuando ya han pasado muchos años y se ha producido la disparidad de criterios. De allí la vital importancia de que los tiempos de definición del recurso sean oportunos. En estos casos la decisión será un modelo a seguir en casos análogos.

Incluso, la labor unificadora se realiza sin necesidad que se presente una violación al sistema legal, cuando la corte de casación considera ajustada la decisión de un tribunal y no la quiebra y ello se convierte en el referente a seguir por otros tribunales.

Se dice que al interior de la corte de cierre a veces pueden presentarse discrepancias que van en contra de la tarea unificadora. Puede suceder, pero el argumento, se convierte precisamente en estribo de defensa de la existencia de los tribunales de casación, pues si ello sucede en un tribunal único y de cierre, qué podría decirse si no existiera y cada tribunal fallara a su criterio, sin orientación de ninguna clase. Por ello se torna necesaria la existencia de un tribunal señero de unificación de criterios que procure evitar la

²² BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro. Ob. Cit., p. 195.

anarquía en la interpretación de la norma y consecuentemente, en la defensa del ordenamiento jurídico en su conjunto²³.

Ahora, ¿por qué concluir que la posición de la Corte Suprema como del tribunal de casación, que se privilegia prevalece sobre todos los demás tribunales, es la correcta, es decir, la que permite el sistema jurídico? El cuestionamiento parte de una concepción dualista entre ley y sentencia, entre legislación y jurisdicción, según la cual la sentencia es mera aplicación de la ley. Desde ese enfoque podría decirse en ciertos casos que la decisión del tribunal de casación no es la querida por la ley. Pero en una concepción monista, aceptada por la doctrina actual²⁴, según la cual la sentencia casacional no es otra cosa que el desarrollo de la norma (sentencia y norma pertenecen a la misma estructura), la objeción planteada carece de todo fundamento. Como indica TARUFFO, el Tribunal casacional como cualquiera otro órgano jurisdiccional, no se coloca frente a un enunciado normativo en una posición meramente cognoscitiva de identificar y aclarar el contenido de la ley, sino en una situación operativa, de quien, ante varios significados posibles, decide acoger uno y aplicarlo como válido, por considerarlo el más correcto o el más adecuado. En idéntico sentido FERRAJOLI, señala que el tribunal casacional, al ejercer su labor de denotación e interpretación en su labor jurisdiccional, no está desempeñando una labor meramente cognoscitiva, sino una labor que es siempre el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas alternativas. Luego la sentencia casacional, como todas las sentencias será creación y desarrollo de lo establecido en la norma y por tanto su contenido no podrá ser considerado contrario a la ley, sino fijación de aquella, eso sí con diferencia esencial respecto a otras sentencias, por ser la única y última, lo que la singulariza de todas las demás, en su tarea unificadora y en consecuencia nomofiláctica²⁵.

Partiendo de esa concepción monista del binomio legislación jurisdicción, en virtud de la cual se le permite a la sentencia cierta función creadora, tenemos que la finalidad de la jurisprudencia, no es tanto la información o unificación de jurisprudencia, como

²³ BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro. Ob. Cit., p. 198.

²⁴ BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro. Ob. Cit., p. 199.

²⁵ Citados por: BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro. Ob. Cit., p. 199

la defensa del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, si todos los tribunales estuvieran de acuerdo en una interpretación de la ley en un determinado asunto, que vulnera el ordenamiento, si la función fuera la uniformidad, no se justificaría la casación para ese caso, por no existir disparidad de criterios. En esos casos se justifica la intervención del tribunal de casación, precisamente porque la finalidad es la defensa del ordenamiento jurídico, pues aún en ausencia de contradicciones jurisprudenciales, se está produciendo una incoherencia en el ordenamiento jurídico, concretamente, en sus normas generales, (leyes) y sus normas particulares (sentencias), que claramente contravienen lo establecido por el legislador. La unidad y la coherencia, siempre necesarias para que podamos hablar de ordenamiento jurídico, se sacrifican en estos eventos.

La casación se convierte de esta manera en el instrumento procesal idóneo con el que se podrá combatir este tipo de incoherencias posteriores, es decir las que se producen en el terreno judicial como consecuencia de la interpretación de las normas realizada por los jueces, sin ella y sin la jurisprudencia uniformadora que dimane de las sentencias casacionales, difícilmente podremos hablar de un ordenamiento sistemático, e incluso hablar propiamente de ordenamiento jurídico.

Existen otros fines de la casación, como los que se relacionan con el *jus litigatoris*, que no entramos a analizar en esta ocasión.

5.2. LA FUNCIÓN UNIFICADORA EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Desde su restablecimiento en 1914, el Consejo de Estado ha mantenido su afán por la unificación de la jurisprudencia, como le es propio a todo tribunal de cierre.

La ley 11 de 1975 creó el recurso extraordinario de súplica con el que se pretendió tener un instrumento para la unificación de la jurisprudencia. Posteriormente, el Decreto 01 de 1984, trajo dos recursos extraordinarios, el de revisión y el de anulación, que mantenía la misma pretensión, mantener mecanismos de unificación. El artículo 268 derogó el recurso de súplica y la Corte Suprema lo declaró inexecutable y lo reestableció.

El Consejo de Estado, hasta hace poco, era tribunal de apelación, el máximo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, encargado de hacer la segunda instancia a las decisiones de los Tribunales Departamentales. Con la creación y puesta en marcha de los juzgados administrativos, sus funciones están llamadas a ser replanteadas.

Se presenta en el país la sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001, en estudio de la ley 169 de 1896, artículo 4, sobre el tema de doctrina probable y se hace extensivo a todas las altas Cortes.

El Consejo de Estado, frente al valor de la Jurisprudencia, ha dicho que no son camisas de fuerza y que por la autonomía judicial es admisible que el juez modifique sus interpretaciones con la condición de expresar sus razones y fundamentos. Pero advierte:

“Aunque los precedentes no tienen categoría de fuente formal de derecho, entrelazados con el derecho a la igualdad adquieren fuerza vinculante en la actividad judicial, pues donde existe la misma razón debe aplicarse la misma solución, o si se prefiere, ante la identidad de elementos de dos casos, es de esperarse que la solución sea igual”²⁶.

La misma corporación, advierte en el mismo sentido:

“Cada proceso brinda la posibilidad de estudiar a fondo los aspectos jurídicos que le incumben, con lo cual, en cada pronunciamiento se está ante la posibilidad de que el Juez reitere, modifique, adicione o cambie la interpretación de los conceptos jurídicos aplicables en cada materia, pues aunque esto resulte desconcertante para los usuarios de la administración de justicia, el concepto de justicia prefiere aceptar la modificación de las tesis jurisprudenciales, antes de reiterar posiciones contrarias a derecho”²⁷.

En el proyecto de lo que es hoy la ley 1285 de 2009, reformatoria de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, se había dispuesto que el Consejo de Estado también podía actuar como Corte de Casación Administrativa. Era una correcta manera de dar respuesta a la necesidad de reestructurar nuevas funciones para el máximo tribunal de lo Contencioso y de paso darle unidad y coherencia al sistema; además se unificaba el instrumento con el de la jurisdicción ordinaria para bien de los administrados. La

²⁶ Sentencia de septiembre 2 de 2004, exp: 3461.

²⁷ Sentencia de 30 de marzo de 2006, exp: 25662.

Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del proyecto (sentencia C-713 de 2008), no lo encontró constitucional, pues según la tradición jurídica nacional, se trata de un órgano consultivo del ejecutivo y como Tribunal Supremo encargado de dirimir las controversias en la que está involucrada la Administración Pública y no como una Corte de Casación, frustrando de esta manera la posibilidad de cumplir la tarea unificadora por la vía de la casación.

Creemos que la Corte Constitucional, en esa ocasión, se le fue la luz, se quedó en las formas y no entró a los contenidos; en nada contradice la constitución que la ley cree un recurso de casación en lo contencioso y que conozca del mismo el Consejo de Estado que es el tribunal de cierre de la jurisdicción contenciosa. Afortunadamente, tan estricta doctrina se aligera en posteriores pronunciamientos. Sin embargo, el daño quedó hecho, pues los dos grandes tribunales de cierre en Colombia, el de la justicia ordinaria y el de la contenciosa, tienen que buscar cumplir sus mismos fines, pero con recursos e instrumentos diferentes, al menos en lo semántico, para confusión de los administrados y para la complejidad del sistema.

La ley 1437 de 2011, intenta crear mecanismos con la finalidad de unificar la jurisprudencia. La sentencia C-180 de 2006 de la Corte Constitucional, advierte:

“La unificación de la jurisprudencia por parte de los altos tribunales tiene un papel muy importante en la interpretación y aplicación de las disposiciones jurídicas por parte de los jueces, en cuanto garantiza los principios de seguridad jurídica y de igualdad de las personas(...) Con el fin de lograr tales objetivos, en ejercicio de la mencionada libertad de configuración normativa, el legislador puede establecer mecanismos procesales de unificación de la jurisprudencia mediante recursos o trámites especiales ante las altas corporaciones judiciales” (Negrilla propia).

En el CPACA se introducen los mecanismos para hacer efectivo este propósito, como son las sentencias de unificación de Jurisprudencia, el recurso para la unificación de jurisprudencia y la extensión de las sentencias de unificación.

Las sentencias de unificación, son una nueva categoría de sentencias de unificación jurisprudencial orientadas a forjar la unidad de interpretación del ordenamiento, y pretenden evitar

posiciones contrarias respecto a un mismo problema jurídico, al interior del mismo Consejo, sus secciones y la jurisdicción²⁸. También pueden darse por la importancia jurídica o trascendencia económica o social y las proferidas al decidir recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en la ley 270 de 1996. Están consagradas en el artículo 270 del CPACA, declarado ajustado a la constitución por sentencia C-588 de 2012.

El *recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia* la da la posibilidad al Consejo de Estado de unificar el sistema y darle coherencia, como órgano de cierre de la jurisdicción. Remplaza al derogado recurso de súplica y al malogrado recurso de casación. Cumple similares propósitos y finalidades. Se consagra en el artículo 256 del CPACA, norma que señala los fines de este recurso: Asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros. Obsérvese que son finalidades similares a las que se pretenden con el recurso extraordinario de casación.

El mecanismo de *extensión de jurisprudencia* es una nueva institución del derecho colombiano, garantista de los derechos ciudadanos, con similitudes en sistemas de la familia de tradición civil como el español, donde se contempla la extensión de los efectos de una sentencia en firme a otros interesados que se encuentren en la misma situación jurídica que los favorecidos con la decisión judicial (artículo 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa).

En Colombia, los artículos 10, 102 del CPACA, disponen que las autoridades administrativas deben extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Para ello, el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado.

La reforma aprobada el 15 de diciembre de 2020 al CPACA, contenida en la ley 2080 de 2021, trae como uno de los ejes temáticos,

²⁸ IREGUI PARA, Paola Marcela. *El precedente judicial en el contencioso administrativo*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2016, p. 94.

el fortalecimiento de la función unificadora del Consejo de Estado como tribunal de cierre de lo contencioso administrativo.

5.3. LA ACCIÓN DE TUTELA Y LA LABOR DE LOS ÓRGANOS DE CIERRE

No se pone en duda de las grandes bondades de la acción de tutela, como instrumento de amparo de los derechos fundamentales y la gran revolución que ha motivado para acercar la justicia al ciudadano. La acción de tutela se encausa en el país gracias a la labor que realizan principalmente todos los jueces que componen la justicia ordinaria y contenciosa.

Pero tampoco cabe duda que tratándose de tutela contra sentencias y decisiones de órgano límite, en uso de la atribución de revisión que compete a la Corte Constitucional y bajo el epígrafe de “unificar la jurisprudencia constitucional”, el tema pone a temblar en el “filo de la navaja” el principio de independencia del poder judicial.

Pero no se trata de que miremos como otras cortes y jurisdicciones se quieren entrometer en las funciones de la justicia ordinaria y en la contenciosa, si tienen o no fundamento y si la competencia para introducirse en otras competencias la pueden derivar del consabido principio de la guarda íntegra de la constitución que les justifique la ruptura de las especialidades, incluyendo el proceso mismo y que las lleve hoy a querer introducir en el sistema jurídico una supra jurisdicción constitucional.

Se trata más de examinar que es lo que ha pasado en la justicia ordinaria, que viene cediendo espacios que le son propios frente a otras autoridades judiciales extrañas a la misma.

5.3.1. *La falta de “conciencia constitucional”*

En el mundo entero se ha criticado a los jueces de la jurisdicción ordinaria de una falta de “conciencia constitucional”. Existe la necesidad de que el juez penetre más en la interpretación constitucional y que el proceso se vuelva permeable a la garantía del derecho fundamental.

MORELLO insiste en el deber de los jueces de las instancias ordinarias para a) asumir el tratamiento de las cuestiones cons-

titucionales que matizan los litigios; b) que en las motivaciones aparezcan consideraciones de ese linaje cuando sea necesario o conveniente; y c) de que el juicio de admisibilidad pronunciado en el recurso extraordinario sea profundo y cabal.

La relativa “desconstitucionalización” del servicio de justicia ordinaria se traduce en una cierta restricción de competencia en materia constitucional.

No deben los jueces ceder su competencia como jueces constitucionales dentro del proceso, ni tampoco permitir que el examen de la constitucionalidad se realice al margen de la actuación procesal.

El proceso es la máxima garantía para la tutela de los derechos fundamentales. Si no está cumpliendo su función, debe cambiarse el proceso, volverse permeable al examen de constitucionalidad, pero de ninguna manera puede tolerarse que se imponga un tercero para que realice el examen constitucional por encima del proceso, afectando gravemente el sentido de especialidad; ello equivaldría a socavar la competencia del juez y restarle autonomía e independencia a la decisión judicial.

Mientras más demoremos en asumir la conciencia constitucional e involucrarla al proceso, será mayor el espacio cedido de la competencia de los jueces, en aras de la incursión extraña en la actividad procesal.

5.3.2. *La cuestión de inconstitucionalidad como consecuencia inmediata de la reevaluación de las fuentes del derecho*

La constitución es una norma jurídica. El sometimiento del Juez es a la constitución y a la ley en ese orden de ideas, a pesar de la no especificidad del artículo 230 de la C.N., que refiere en términos genéricos al imperio de la ley.

Debe tenerse por tanto por ley, no solamente esta categoría formal de fuente de producción del derecho, sino también la norma constitucional²⁹.

²⁹ MARIN PAGEO, Encarnación. *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1989, p. 65.

La constitución es la cúspide del ordenamiento, “la norma normarum, la fuente de fuentes” y el problema de la obligatoriedad de la norma jurídica, en opinión de ZAGREBELSKY, no es otro que el de la existencia de mecanismos de reacción eficaces para el caso de su violación.

Ahora, el paso siguiente es aplicar los preceptos constitucionales, dentro del sistema de fuentes. Los preceptos y principios constitucionales tienen una dualidad de funciones: como fuentes directas y como criterios hermenéuticos. El sometimiento a la constitución implica su observancia en los límites y en el contenido que ella misma establece y tendrá que aplicarse como norma jurídica suprema cuando así lo prescriba o como criterio hermenéutico para la interpretación del ordenamiento cuando así lo disponga.

5.3.3. *La cuestión constitucional como garantía de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el proceso judicial*

Sujetar al poder judicial a la constitución, es sujetar a los ciudadanos y a los poderes públicos³⁰. La función judicial al sentir de CHIOVENDA, tiene la cualidad de ser una función sustitutiva, en el sentido que mediante ella se realiza aquello que debía haber hecho motu proprio otro sujeto y que por no haberlo hecho, el Estado, lo sustituye a ruego de otro.

Todo instrumento jurisdiccional que pretende el cumplimiento de la legalidad, sirve mediatamente al cumplimiento de la constitución. Como la ley debe ser conforme con aquella, los jueces cumplen la constitución cuando actúan las leyes procesales, penales, civiles, laborales, etc.

El poder judicial cumple la constitución aplicando la ley en cualquier clase de procesos, aunque la protección de la constitución tiene dos ópticas: una, proteger la constitución como norma jurídica, tutelando su prevalencia respecto de las demás fuentes de derecho, otra, protegiendo las relaciones jurídicas que la dinámica de la constitución en el ordenamiento jurídico genera.

³⁰ MARIN PAGEO, Encarnación. Ob. Cit., p. 71.

Puesto que toda ley debe ser conforme a la constitución, la defensa de esa ley coadyuva a la defensa de la constitución. El poder judicial es el máximo garante de la constitución; en el supuesto que las leyes que aplique sean conformes con la misma. Si las normas que tiene que aplicar van en contra de la constitución, también el poder judicial sería uno de sus mayores trasgresores.

En consecuencia, afirmar que existe el control de la constitucionalidad de las leyes, sin afirmar que ese control es jurisdiccional y le compete a la justicia ordinaria, carece completamente de sentido.

Como dijera CALAMANDREI, la jurisdicción es la necesaria prosecución de la legalidad, esa ayuda que la legalidad necesita de la jurisdicción, debe conllevar el control de la constitucionalidad de la legalidad a fin de que el sistema sea perfecto.

Por más que cueste trabajo entender, cualquier clase de limitación que se establezca en detrimento de un poder representativamente legítimo, sobre todo si la limitación se establece en beneficio de otro poder, así sea dentro de los otros órganos de la misma rama –me refiero concretamente a la Corte Constitucional en su revisión de decisiones de tutela contra providencias judiciales y a las actuaciones del Consejo Superior de la Judicatura en su extinta sala disciplinaria–, compromete el principio de la independencia judicial. Tan importantes efectos implica la sujeción del poder judicial a la constitución, que aunque no se hubiere creado la Corte Constitucional, con base en el deber de observancia de la constitución por el poder judicial, se podría afirmar que existe el control de la constitucionalidad. No se olvide que así nació el control, si una norma es contraria a la constitución o un procedimiento, el órgano judicial debe solucionar la contradicción para poder decidir el proceso que está conociendo.

Si la norma es contraria a la constitución el órgano judicial sabe que debe hacer. Ese interrogante y su respuesta, es el fundamento del control constitucional, que nació cuando en Estados Unidos de Norte América el Juez MARSHALL en el caso MARBURY U. MADISON se encontró con la disyuntiva de tener que inaplicar la ley Federal por contrariar a la constitución. Es el origen del *judicial review* o revisión judicial de normas.

De allí podemos afirmar en materia de control a la constitución, que nuestro sistema es mixto, en el que alterna el control abstracto con el control concreto. El poder judicial, por tanto, hoy no solamente es el vocero de la ley, sino que además de aplicarla y respetarla y la controla.

Hay que concluir con CALAMANDREI, que la jurisdicción ordinaria es la necesaria prosecución de la legislación, el corolario indispensable de la juridicidad de la Constitución., es el control de la constitucionalidad.

6. LOS IMPACTOS DEL NEOCONTITUCIONALISMO EN LOS SISTEMAS DE DERECHO PRIVADO Y LA FUNCIÓN JUDICIAL

La constitución es la norma jurídica suprema. El sometimiento del Juez es a la constitución y a la ley en ese orden de ideas, a pesar de la no especificidad del artículo 230 de la C.N., que refiere en términos genéricos al imperio de la ley. Debe tenerse por tanto por ley, no solamente esta categoría formal de fuente de producción del derecho, sino también la norma constitucional³¹.

La constitución es la cúspide del ordenamiento, “la norma *normarum*, la fuente de fuentes” y el problema de la obligatoriedad de la norma jurídica, en opinión de ZAGREBELSKY, no es otro que el de la existencia de mecanismos de reacción eficaces para el caso de su violación.

Ahora, el paso siguiente es aplicar los preceptos constitucionales, dentro del sistema de fuentes. Los preceptos y principios constitucionales tienen una dualidad de funciones: como fuentes directas y como criterios hermenéuticos. El sometimiento a la constitución implica su observancia en los límites y en el contenido que ella misma establece y tendrá que aplicarse como norma jurídica suprema cuando así lo prescriba o como criterio hermenéutico para la interpretación del ordenamiento cuando así lo disponga.

³¹ MARIN PAGEO, Encarnación. *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1989, p. 65.

Nuestra constitución aparecida en las postrimerías del siglo XX marca el tránsito del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional, o mejor, en opinión de FERRAJOLI, el paso del Estado de Derecho “débil” al estado de Derecho “fuerte”. Los jueces, a partir de esta constitución, ya no estarán limitados a ser “la boca inanimada de la ley”, sino que se les reclamará, que asuman la constitución. El control constitucional jurisdiccional no será lo que KELSEN llamó el legislador negativo, sino que se dinamizará sobre el contenido material o sustancial de las leyes y los principios generales contenidos en ella.

Se presentan grandes cambios en la teoría jurídica siguiendo los desarrollos europeos, en virtud de lo que se denomina la constitucionalización del derecho, destacándose ante todo la ruptura de las convicciones iuspositivistas, para ofrecer visiones de un sistema, más realista, con propuestas más acordes con los nuevos lineamientos de la constitución, la cual desborda a los constitucionalistas y se refleja en todos los juristas, a quienes llena de inquietudes y perplejidades con nuevas propuestas para una teoría del derecho. Es lo que se ha dado en llamar el neoconstitucionalismo, como una nueva teoría del derecho encargada de respaldar el proceso de constitucionalización del derecho vigente, dejando rezagado el *ius* positivismo o estado débil del derecho, que servía de sostén al viejo sistema, anclado en la concepción liberal de la sociedad decimonónica.

Como rasgos centrales del neoconstitucionalismo³² que impactan el sistema jurídico colombiano podemos señalar el empoderamiento y el nuevo papel a que están llamados los jueces:

- El derecho deja de ser un conjunto sistemático de normas para comprender valores y principios, que se encuentran disponibles para las respuestas jurídicas que deben dar los jueces.
- Respecto a la epistemología jurídica, ya no se defiende un saber meramente descriptivo y sistematizador, que reclama ponderación y valoración por el operador judicial.

³² VIGO, Rodolfo Luis. *El neoconstitucionalismo y la función judicial: Límites, Riesgos y perspectivas. La Protección de los Derechos Fundamentales y La jurisdicción Ordinaria*. Autores Varios. Bogotá: Ed. Corte Suprema de Justicia, 2007, pp. 187-188.

- El derecho se judicializa en cierta medida superando la distinción entre la creación y la aplicación.
- El examen de la validez de las normas, incluidas las legales, se amplía a los contenidos constitucionales, que potencian al papel del poder judicial
- Se quiebra la distinción entre moral y derecho y el juez debe afrontar exigencias de moral crítica en sus decisiones.

Ahora, se trata de analizar fríamente la necesidad de tal proceso, y de cuáles deben ser sus avances necesarios y por el contrario, preservar lo que no tiene necesidad de ser modificado. Con el afán desmedido de innovar se pierde la *sindéresis* y se cae en la trivialización de lo científico por un discurso constitucional gaseoso y superficial, que es lo que algunos han dado en llamar “el nuevo derecho”.

Es de esperarse que el sistema legal que comprende los códigos de derecho privado y leyes que los desarrollan y complementan, se encuentre acorde con la constitución, como norma superior y fundamental y que precisamente, esos códigos y leyes tienen como función primordial realizar la constitución. De otro lado, la interpretación de ese derecho positivo vigente debe hacerse de acuerdo con los cánones constitucionales.

A veces se le otorga un especial énfasis a la constitucionalización, con un afán arrollador de someter todos los cánones del derecho a ciertos dictados que aparecen novedosos en la nueva constitución, sin detenerse en el análisis de que tales fundamentos campean soberbios por las mismas instituciones de derecho privado o público o lo que es peor, que la falta de especialidad del juez constitucional, lo hace ignorante de la razón de ser de la institución jurídica especializada, para llevarlo a conclusiones equivocadas.

Por todo ello, se previene sobre serios problemas que puede plantear el proceso de constitucionalización y del neo constitucionalismo.

Compartimos muchas de las tesis neo constitucionalistas y somos partidarios del proceso de constitucionalización del derecho en general, pero no podemos dejar de advertir de algunos peligros potenciales y reales que se vienen presentando en el

mundo entero a consecuencia de este proceso³³ que impactan en forma considerable los sistemas de derecho privado. Observemos algunos de ellos³⁴:

1) *Sobre interpretación de la constitución*. Ya hemos advertido que el proceso de constitucionalización del orden jurídico supone reconocer el efecto de irradiación de la constitución sobre todo el orden jurídico y por ende, el derecho queda impregnado del aroma de aquella; la sobre interpretación, es pretender que en la constitución están todas las soluciones jurídicas y se impone su aplicación, sin dejar lugar para la aplicación de otras normas, incluso los códigos de derecho privado. El mismo ALEXYS advierte sobre el peligro que puede significar una infra constitucionalización o sobre constitucionalización y propone mejor llegar a un constitucionalismo moderado³⁵.

2) *El debilitamiento del poder legislativo y de la ley*. La revolución francesa acuñó un modelo de estado que le reconoce un papel preponderante a la ley y al poder legislativo, que son producto de la soberanía popular. Se decía en la época que solo a la ley le debe el hombre la justicia y la libertad. Es evidente que en el marco de un estado constitucional entran en crisis la ley y el órgano que la produce y es el mismo KELSEN quien se expresa crítico a una constitución cargada de valores indeterminados pues genera el riesgo de desbalancear al juego de poderes a favor del Tribunal Constitucional.

3) *El nuevo iuspositivismo ideológico constitucional*. BOBBIO incluía el *iuspositivismo* ideológico como aquella verdad que se predica en todo juicio axiológico favorable de toda norma jurídica positiva que conlleva al operador a entenderla dogmáticamente sin realizar sobre ella ninguna reflexión crítica sobre los valores que la misma contiene, es decir, se aceptaba como justo y razonable lo que la ley disponía. El neoconstitucionalismo encierra otro peligro, que es tener como bueno o justo todo lo que señala la norma constitucional; es decir, la "presunción del legislador racional" que se critica a la ley ahora se predica del constituyente, de tal manera que se advierte que todo lo dispuesto por este, es coherente, justo,

³³ VIGO, Rodolfo. Ob. Cit., p. 190.

³⁴ VIGO, Rodolfo. Ob. Cit., p. 190. El Profesor añade varios peligros adicionales.

³⁵ Citado por VIGO, Ob. Cit., p. 188.

útil, completo, etc. Es lo que ARAGÓN refiere como el “fetichismo constitucional”, la palabra del constituyente es una palabra revelada y todos los jueces constitucionales, son los encargados de administrar la palabra y oficiar el culto en que deben creer todos los juristas, independientemente de la especialidad que tengan. Es en opinión de ZAGREBELSKY, el paso de la “soberanía de los estados” a la “soberanía de la constitución”³⁶.

4). *La des-normalización del derecho.* Es incuestionable labor del neoconstitucionalismo la potencialización de los principios generales que contienen las constituciones contemporáneas. Le da vía libre a la propuesta de DWORKIN de pasar del modelo de reglas hartiano al modelo de principios. ZAGREBELSKY advierte que distinguir los principios de las reglas, equivale a distinguir la constitución de las leyes³⁷. Ello era necesario, pero tanto entusiasmo y devoción por los principios, puede conllevar a arrinconar las normas y si el jurista se limita a ello, cada vez sabrá menos derecho y tendrá menos capacidad crítica sobre ellas. El proceso de desnormalización se aúna al de descodificación y la principalización del derecho; volvemos al particularismo jurídico que desesperó a los humanistas del siglo XVIII y defendieron como un derecho elemental del ser humano, el poder conocer en forma clara y precisa el derecho que debían respetar.

5). *La pérdida de la seguridad jurídica.* Este valor decimonónico desaparece o se diluye en el neoconstitucionalismo, pues pasa a ser desplazado por el principio de la equidad. Se confía en el operador judicial como capaz de armonizar los principios y valores en tensión y de lograr la armonización que conducen a la correcta solución judicial del caso; se confía en la razón justa del juzgador por encima de la seguridad jurídica.

6). *El problema de fuentes.* Se desenvuelve este tema dentro del debate planteado a partir de la constitución de 1991, que mejor se podría llamar crisis del sistema de fuentes en el derecho colombiano. A lo anterior se agrega la tensión que el proceso de adaptación produce en la sociedad misma y en las relaciones entre los poderes públicos y entre las mismas cortes del sistema de justicia nacional. Para muchos neoconstitucionalistas en la

³⁶ Citados por VIGO. Ob. Cit., p. 188.

³⁷ Citado por VIGO. Ob. Cit., p. 188.

constitución está todo el derecho y la jurisprudencia constitucional es la primigenia fuente del derecho, las demás fuentes son apenas proyectos de derecho, condicionadas a la confirmación o corrección que efectúen los jueces constitucionales.

7. CONCLUSIÓN PRELIMINAR

Como ha podido verse, nuestro sistema jurídico y el papel de los jueces y los tribunales de cierre, están incurso en una maraña de problemas de no fácil solución. Digamos que con el paso del tiempo se ha dado cierto reacomodo que coloca a cada corte de cierre en su lugar, sin embargo, persisten muchas confusiones que colocan a los ciudadanos y a las empresas en una inseguridad jurídica inadmisibles que hay que combatir. Se impone la necesidad de una reforma a la justicia que comience a poner en claro muchos de los dilemas que ha traído el devenir de los tiempos y los cambios en la ciencia del derecho.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro. *La casación civil*. Madrid: Dijusa, 2006.
- IREGUI PARA, Paola Marcela. *El precedente judicial en el contencioso administrativo*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2016.
- LOSANO, Mario G. *Los Grandes Sistemas Jurídicos*. Madrid: Ed. Debate, 1982.
- MARIN PAGEO, Encarnación. *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1989.
- MERRYMAN, JOHN HENRY; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *La tradición jurídica Romano-Canónica*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2017.
- Sentencia C-836 de 2001.
- Sentencia de 30 de marzo de 2006, exp: 25662.
- Sentencia de septiembre 2 de 2004, exp: 3461.
- VIGO, Rodolfo Luis. *El neoconstitucionalismo y la función judicial: Límites, Riesgos y perspectivas. La Protección de los Derechos Fundamentales y La jurisdicción Ordinaria*. Autores Varios. Bogotá: Ed. Corte Suprema de Justicia, 2007.
- WILLIAMS, Jorge N. *Interpretación de las leyes en el derecho Norte-Americano*. Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1959.

CAPÍTULO I

REFLEXIONES GENERALES EN TORNO A LA CASACIÓN CIVIL EN EL DERECHO COLOMBIANO

CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.*

“El derecho es demasiado humano para pretender lo absoluto de la línea recta (JEAN CARBONNIER)”

Sumario: 1. AGRADECIMIENTO. 2. PROPÓSITO PANORÁMICO Y ALCANCE DEL PRESENTE ESCRITO. 3. APROXIMACIÓN AL ORIGEN ETIMOLÓGICO E HISTÓRICO DE LA CASACIÓN. SU ADOPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO Y COLOMBIANO. 3.1. APROXIMACIÓN A SU ORIGEN ETIMOLÓGICO. 3.2. APROXIMACIÓN A SU ORIGEN HISTÓRICO. 3.3. APROXIMACIÓN AL DERECHO COLOMBIANO. 4. LA REFORMA A LA CASACIÓN EN EL MARCO DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. BREVE ENUNCIADO. 5. ALGUNAS NOTAS SOBRESALIENTES DEL RECURSO DE CASACIÓN. SOMERA MENCIÓN A SUS RASGOS TRADICIONALES Y A LOS CONTEMPORÁNEOS. *VETERA Y NOVA*. 6. FINALIDADES U OBJETIVOS PRIMORDIALES DEL RECURSO DE CASACIÓN. 7. LA UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMO ENCOMIABLE Y TRASCEDENTE MISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN. SU NATURALEZA, JUSTIFICACIÓN Y CARACTERIZACIÓN GENERAL. 8. EL CARÁCTER EXTRAORDINARIO, DISPOSITIVO Y ‘FORMAL’ DEL RECURSO DE CASACIÓN EN LA ACTUALIDAD. SIGNIFICADO GENERAL, Y SU CONVENIENTE ATENUACIÓN. 9. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN. 10. CAUSALES ESPECÍFICAS DEL RECURSO DE CASACIÓN. 11.

* Profesor, miembro del Grupo de Investigación en Derecho Privado y Ex Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana. Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Arbitro nacional e internacional. Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, del Instituto Colombiano y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, IUDICIUM.

LA CASACIÓN OFICIOSA Y EL NUEVO RUMBO DEL RECURSO
EN MATERIA CIVIL. 12. CUANTÍA DEL INTERÉS PARA
RECURRIR EN CASACIÓN. 13. BIBLIOGRAFÍA.

1. AGRADECIMIENTO

Agradecemos, de manera especial, la generosa invitación formulada por la prestigiosa Corporación Excelencia en la Justicia, y por mi querida *alma mater*, la Pontificia Universidad Javeriana, en particular por su Presidente, el Dr. HERNANDO HERRERA MERCADO, y por la Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Dra. CAROLINA OLARTE BACARES, uno y otra, dueños de mi respeto y antigua estimación y admiración.

Sin duda, en lo personal y en lo académico, constituye un insoslayable honor participar en esta publicación colectiva, ciertamente de la mayor valía y actualidad, no sólo por las temáticas abordadas, sino también por la pléyade de juristas y académicos de singular relevancia, desde luego nosotros excluidos-, iniciativa que merece todo nuestro acompañamiento y reconocimiento, pues engalanará la ciencia del Derecho, en dos aniversarios dignos de exaltación.

Nos referimos a los veinticinco años de la modélica Corporación Excelencia en la Justicia, y a los noventa del restablecimiento de nuestra Facultad, feliz coincidencia que, justificadamente, sirvió de estribo a esta nueva obra que, sin duda, será valorada y aprovechada por la crítica y por la academia nacional e internacional.

Ojalá que, en el futuro institucional, la Corporación y la Universidad Javeriana, en asocio de otras aquilatadas casas de estudio, lleven a cabo fecundas empresas como esta, en pro de la ciencia del Derecho, en particular de abogados, jueces, magistrados, profesores, estudiantes y, en general, de los interesados en el estudio de tan nobilísima disciplina.

2. PROPÓSITO PANORÁMICO Y ALCANCE DEL
PRESENTE ESCRITO

Expresado lo que antecede, sin más preámbulos, derechamente importa poner de manifiesto que el propósito medular que en

esta oportunidad nos asiste, es el de pasarle revista a algunos de los aspectos centrales del recurso extraordinario de casación en el Derecho nacional, el que con motivo de la profunda reforma procesal del año 2012, instrumentada por en el nuevo Código General del Proceso (CGP), experimentó relevantes y nucleares cambios, necesarios como toda obra codicística responsablemente lo reclama, no siendo la excepción la codificación procesal, y con ella, *in concreto*, el recurso en comento, titular de nuestro confeso afecto y respeto, por nada diferente del grandilocuente papel jurídico-político que, en un Estado social y democrático de derecho, de antaño tiene reservado, rectamente entendido.

Y lo anterior es así, con mayor razón, en los tiempos que corren en los que, en lo sustantivo y en lo procesal, se enseñoorea un 'nuevo orden', una 'nueva cultura' y, por ende, una renovada cosmovisión, hija de la posmodernidad, de acendrada inspiración neo-humanista, realidad a la que, por técnica y rigurosa que aún sea la casación, no puede ser ajena, ni menos indiferente.

Todo lo contrario, ella debe ser permeable a los justificados y loables cambios registrados en el contexto social, cultural y jurídico, toda vez que, *stricto sensu*, no obstante el trayecto recorrido y el alcance de las modificaciones realizadas en los últimos años, creemos que es posible continuar con el proceso de 'rehumanización' ya iniciado (visión neo-humanista), no sólo predicable de ella, sino del Derecho sustancial y procesal, si es que genuina y convenientemente podemos seguir estimulando una *summa divisio*, a nuestro juicio no sólo 'porosa', sino inconveniente por lo tajante que se formula, como si fueran dos universos, cuando en puridad forman parte de uno sólo, muy especialmente tratándose de las disciplinas civil y procesal civil, urgidas de mayor unicidad y diálogo, como *in globo* acontece con otras, en veces sometidas a una exagerada 'nano-especialización', y correlativamente a un estéril proceso minimalista, que conspira con una lectura más envolvente, integral, maximalista y auténtica del Derecho.

Por lo tanto, pese a que deseáramos examinar más detalladamente el recurso extraordinario en mención, en esta oportunidad nos concentrarnos en puntuales aspectos suyos, por de pronto los más reveladores e indicativos de la reforma en materia casacional, aún objeto de sereno y maduro escrutinio,

como quiera que ciertos de tales cambios, tan sólo hasta ahora se están asimilando de mejor manera, tanto más cuanto que las normas, en especial cuando entrañen *novitas*, ameritan decantación y reestudio, *a fortiori* si algunas suponen un apreciable giro, como precisamente tuvo lugar con la apellidada ‘casación oficiosa’, conforme se evidenciará, entre otras aportaciones.

En suma, nos aproximaremos al tema propuesto sin pretender ni exhaustividad, ni completitud, procurando su aproximación en términos sucintos, amén de esquemáticos, a partir de la selección de las modificaciones y ajustes más visibles y también trascendentes en la esfera casacional patria, en sede civil, únicamente, porque a ella se circunscribirán estos folios, en testimonio de mi renovada devoción por la academia y por el laborío judicial, mis dos querencias –aparte de los míos–.

3. APROXIMACIÓN AL ORIGEN ETIMOLÓGICO E HISTÓRICO DE LA CASACIÓN. SU ADOPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO Y COLOMBIANO

3.1. APROXIMACIÓN A SU ORIGEN ETIMOLÓGICO

El término casación, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, significa “Acción de casar o anular”, y de acuerdo con el Diccionario Panispánico del Español Jurídico de la misma Academia, la casación es el “Recurso planteado ante cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo, según su especialidad, para que case o invalide las sentencias dictadas por los Tribunales inferiores”.

Aun cuando la expresión casar, derivado del latín ‘casa’, tiene varias acepciones que denotan un significado bien diverso al atribuido en la órbita jurídica, *ad exemplum*, “1. Contraer matrimonio. 2. Dicho de dos o más cosas Corresponden, conformarse, cuadrar...5. Unir, juntar o hacer coincidir algo con otra cosa...”, lo cierto es que equivale a todo lo contrario a unión, a correspondencia, o coincidencia, menos a un matrimonio bien avenido, por cuanto denota rompimiento, separación, anulación. De ahí que el mismo Diccionario, refiera al vocablo en mención en un segundo apartado, desde una perspectiva diferente

(jurídica), y lo haga en los siguientes términos: ‘casar’, del latín “... tardío *cassāre*, y este der. del lat. *Cassus* ‘vano’ ‘nulo’... Der. Anular, abrogar, derogar una sentencia”.

Y ‘abrogar’, ‘derogar’ y ‘anular’, en efecto, son expresiones indicativas de la secuela terminal que emerge de una sentencia en el campo casacional, en la medida que cuando ella es casada por el órgano respectivo (Tribunal Superior, Corte Suprema, Corte de Casación, etc.), cesa la presunción de legalidad y acierto que la escoltaba, en cuyo caso deja de producir efectos en Derecho. Es justamente en este sentido que en la lengua francesa, originaria del recurso de casación propiamente dicho, ‘casar’ quiere decir ‘romper’, ‘quebrar’, ‘demoler’, puesto que el fallo de instancia se ‘rompe’, en virtud de la prosperidad del recurso, desapareciendo entonces del cosmos *iuris*¹.

No obstante, es de observar que, en análoga dirección, de vieja data –y al margen del recurso de casación en sí mismo considerado–, se empleaba el término ‘casar’, toda vez que fue “...la expresión que por siglos se utilizó en el lenguaje forense y en las leyes para hacer referencia al acto de borrar, derogar o abrogar lo que padece de vicio radical de nulidad. No otro significado tuvieron los vocablos romances ‘casar la cuenta’, ‘casar la escritura’. Ni otra fue la idea que animó a los Reyes Católicos, al redactar la ley 1 de las de Toro (1501), y a los autores de la Ley de Enjuiciamiento Civil española...”, a juicio de la doctrinante argentina, Gladis E. DE MIDÓN².

3.2. APROXIMACIÓN A SU ORIGEN HISTÓRICO

Ahora bien, en lo dice relación con su dimensión histórica, brevemente lo registramos, hay que coincidir con lo afirmado por el conspicuo profesor Alvaro PÉREZ VIVES, quien asevera, no sin razón, que “Los primeros orígenes del recurso extraordinario de

¹ “La palabra casación”, lo confirma el destacado profesor Hernando MORALES MOLINA, “proviene de la voz francesa ‘casser’, a su turno derivada del latín ‘cassus’ (desprovisto de valor), que quiere decir romper, quebrar, anular”. *Técnica de casación*, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2014, p. 35.

² DE MIDÓN, Gladis E. *La casación*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 37.

casación son harto discutidos y embrollados”³, aunque es cierto que un importante sector autoral no desconoce que, en forma más remota, y hasta embrionaria o primaria, pueden encontrarse en sede del legendario y enriquecido Derecho romano, dicientes antecedentes o eslabones, sin que ello signifique, apodíctica y exclusivamente, que fue Roma la cuna indiscutida de la casación, esto es en el más estricto y recto sentido histórico, lo que no le resta valor a tales antecedentes, a los que sucintamente nos referiremos a continuación.

Es así como se suele traer a colación la *apellatio*, la *consultatio*, la *supplicatio* y la *restitutio*, muy especialmente los tres últimos, que, en esencia, permitieron al Emperador fungir como Juez supremo, y asumir el conocimiento de cualquier controversia judicial y, por esta vía, unificar el derecho imperante⁴.

También, y con especial énfasis, *a posteriori* se menciona a la *querella nulitatis*, institución más propia de la época del esplendente renacimiento del Derecho romano en Italia (segunda vida, tardo-Medioevo, siglos XII y s.s.), que si bien en principio habilitó la impugnación sólo de las sentencias nulas, posteriormente contempló la posibilidad de su cuestionamiento por vulneración del derecho sustancial (el romano, el canónico y el estatutario), recurso éste al que se reconoce, en lo pertinente, una ‘cercanía’ con la casación actual, tanto que, en opinión del célebre medievalista italiano, Francesco CALASSO, “La creación de los medios impugnaticios y sobre todo el concepto de su necesidad, fue obra del derecho intermedio, en el que puede encontrarse el germen del moderno juicio de casación, pero este es un proceso evolutivo lentísimo, en el cual veremos confluir principios y experiencias de mundos diversos...”⁵.

En consecuencia, sin soslayar el aporte primigenio romano, hay que reconocer que, conforme lo tienen decantado la mayoría de historiadores y analistas jurídicos, el surgimiento del recurso extraordinario de casación, tal y como hoy por hoy está perfilado y estructurado en un buen número de naciones, se remonta más

³ PÉREZ VIVES, Alvaro. *Recurso de casación*. Bogotá: Librería Americana, 1946, p. 9.

⁴ Vid. LUZZATTO, Giuseppe I. “Corte di cassazione (Diritto romano)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, 1962, pp. 790 y ss.

⁵ CALASSO, Francesco. “Corte di cassazione (Diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, Vol. X, 1962, p. 792.

al Derecho revolucionario galo, aunque es cierto que, rectamente examinado, trasciende una sola –y exclusiva– nación, pues diversos elementos y raíces son las que lo han formado y enriquecido.

La revolución francesa, bien se sabe, efectivamente condujo al cambio del régimen absolutista, ejercido por la monarquía, al del ‘Estado Liberal de Derecho’, que supuso la preponderancia y el respeto irrestricto de la ley y, en armonía con ella, la democrática separación de los poderes públicos. Siendo ello así, se tradujo en acentuada preocupación de los nuevos reformadores, la gestación de un sistema que asegurara frente a todos, en particular de las autoridades, cualquiera fuere su especialidad o jerarquía, la pureza y quintaesencia de la ley misma.

Con dicho propósito, entre otros cometidos, luego se creó el *Tribunal de Cassation* y se encomendó a él el referido y plausible deber. Por ello, en sus orígenes, ese cuerpo colegiado se ocupó de invalidar las sentencias contrarias a la normatividad positiva, sin darle cabida a otra argumentación distinta, por lo menos en sus inicios.

Ello explica que, en rigor, a diferencia de lo que pudiere pensarse, la casación francesa tuvo una etiología harto singular, en razón de que como lo corrobora el Ex Magistrado del Tribunal Supremo Español, profesor Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA, “El recurso de casación”, como hoy lo conocemos, con sus ulteriores y naturales cambios, “es obra de los revolucionarios franceses, con la curiosidad de que no nace como institución procesal, sino de Derecho público y como freno, precisamente, de un poder que no estaba sometido al control de los demás poderes del Estado: como freno a la actuación del Poder Judicial. Y es creada por los componentes de la Asamblea, a imitación de una institución antigua, *Le Conseils de Parties*, que fue establecido por la Monarquía francesa para luchar contra el poder omnímodo que se arrogó el Parlamento de París, y más tarde los otros Parlamentos; claro es que con signo completamente contrario”.

“Con esta significación política de velar por el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, crearon la casación como control del Poder Legislativo sobre el Judicial, en evitación de posibles violaciones del referido principio. Y así nace la casación y se crea el tribunal que se entiende de ella, como institución y órgano

del Poder Legislativo vigilante del Judicial, no con la función de fallar, sino de ‘casar’, anular la sentencia recurrida, que una vez casada es remitida de nuevo para un nuevo fallo a un Tribunal de la misma categoría de aquél cuyo fallo ha sido anulado...” (reenvío)⁶.

Llama entonces la atención que, en sus orígenes, la casación francesa aflora como guardiana del cuerpo de las leyes (*garde su corps des lois*), pero al lado del poder legislativo (“El Tribunal de casación será único y sedentario al lado del Cuerpo legislativo”, Decreto del 27 de noviembre de 1790), para asegurar, y preservar su laborío, y no en el poder judicial, garantizando el imperio de ley, obra del legislador y no del juez, visión de hondo contenido político, que como explica el profesor JACQUES BORÉ, en su momento, “...parecía lógico que la autoridad que interpretaba la ley fuera próxima a la que la hacía”⁷.

Tal visión, en aras de afianzar la separación e independencia de los poderes públicos, luego cambiaría, al adquirir dicho órgano plena autonomía como Corte de Casación (*Court de Cassation*), la que ha gozado de autoridad y gran prestigio a lo largo de su historia, tanto que, los profesores A. COLIN y H. CAPITANT, orgullosamente no dudaron en afirmar que, “La obra maestra de la organización francesa actual, nacida de la Revolución, es el Tribunal [Corte] de Casación”⁸.

Y lo propio igualmente tendría lugar después en otras naciones, *verbi gratia* con la Corte de Casación belga y la italiana, y las Cortes Supremas alemana, holandesa, la de Luxemburgo, la de Grecia, y los Tribunales Supremos de España y Portugal.

De igual modo, en este esbozo histórico, importa memorar el Derecho español, como quiera que, en lo medular, en él hunden las raíces –más directas– del recurso en nuestro Derecho positivo patrio. Ello justifica que nos refiramos a dos antecedentes: de un

⁶ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *La nueva casación civil*. Madrid: Civitas, 1993, p. 45.

⁷ BORÉ, Jacques. *La cassation en matiere civile*. Paris: Dalloz, 1997, p. 7.

⁸ A. COLIN y H. CAPITANT. *Curso de derecho civil*, T.I. Madrid: Reus, 1922. En forma análoga, el autor español Sergi GUASCH FERNÁNDEZ, observa que, “Sin duda, la casación es una de las creaciones más emblemáticas de la Revolución Francesa... Es común aceptar este período como origen de la casación desde una posición puramente política y desde el dogma ilustrado de la separación de poderes”. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 32.

lado, al Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, que por primera vez asignó al Tribunal Supremo Español una función protectora o defensora de la ley, y al Real Decreto de 20 de junio de 1852, que si bien se limitó a los procedimientos encaminados a la represión del contrabando y a castigar la defraudación de la denominada hacienda pública, se refirió al “recurso de casación” respecto de las sentencias contrarias a la ley y a las reglas de procedimiento.

Por su parte, cumple registrar que en territorio ibérico se posibilitó dicho recurso ‘en interés de ley’, el que facultó al Ministerio Fiscal para promoverlo de oficio, sólo con el propósito, más abstracto, de la elaboración y consolidación jurisprudencial, de suerte que su eventual prosperidad no incidiría en el caso concreto, pues la decisión de instancia no sería alterada, o ‘casada’, en rigor.

Así las cosas, con sujeción a estos simplificados antecedentes, conviene destacar que el régimen casacional instaurado entonces en Francia y España –sin perjuicio de la agregación de otros que omitimos en obsequio a la brevedad–⁹, más allá de las diferentes circunstancias políticas que otrora motivaron su formulación preceptiva, tuvo como clara finalidad la guarda y el respeto de la ley, de manera que, para su inequívoca consecución, se optó por el establecimiento del mencionado recurso extraordinario, encomendándose su conocimiento y decisión a un Tribunal Supremo único (o autoridad judicial cúspide), independiente y autónomo, que debía ocuparse de la invalidación –o anulación– de los fallos de instancia violatorios del ordenamiento jurídico.

3.3. APROXIMACIÓN AL DERECHO COLOMBIANO

Y finalmente, en lo que atañe al Derecho colombiano, sin perjuicio de una puntual referencia que haremos en torno a la evolución del recurso patrio respecto al escrutinio legislativo de los fines y propósitos primordiales del mismo, someramente

⁹ Con todo, bien pueden tenerse en cuenta, en adición a los antecedentes romanos, franceses y españoles ya pincelados, los antecedentes italianos de la casación, de especial resonancia y antigüedad, a lo que suma el prestigio ininterrumpido de la Corte de Casación italiana, una de las más analíticas, vertebradas y profundas. Véase con provecho otro estudio del consagrado procesalista italiano, profesor SATTI, Salvatore. “Corte di cassazione (dir. proc.civ)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, Vol. X, 1962, pp. 797 y ss.

podemos decir que, en la Constitución de 1886, en forma expresa, en su artículo 151 y por primera vez en la lozana República, se asignó a la Corte Suprema de Justicia la potestad de conocer de los recursos de casación conforme a las leyes, previsión ésta que, en lo esencial, se conservó por parte de la Constitución de 1991, en la que en su artículo 235, se señaló que la Corte Suprema actuaría como ‘Tribunal de Casación’.

Con el objeto de desarrollar el artículo 151 de la extinta Constitución de 1886, se expidieron por el Congreso Nacional las leyes 61 de 1886 (artículos 36 a 52), 153 de 1887 (artículo 239), 135 de 1888 (artículo 19), 105 de 1890 (artículos 338 y 336 a 395), 100 de 1892 (artículos 49 a 62 y 87), 169 de 1896 (artículos 1 a 4º), 104 de 1923 y 105 de 1931 (artículos 519 a 541), las cuales, ora total, ora parcialmente, se refirieron al recurso extraordinario en cita.

El artículo 36 de la mencionada ley 61 de 1886, la primera en el campo casacional propiamente dicha (en aplicación de la Constitución del mismo año), fue el encargado de prohijar el recurso de casación en la República: “Se concede recurso de casación, para ante la Corte Suprema, contra las sentencias definitivas dictadas en asuntos civiles por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, con el fin primordial de uniformar la jurisprudencia y con el de enmendar el agravio inferido por ellas...”.

Y en materia codicística, cumple recordar al Código Judicial de 1931, y al Código de Procedimiento Civil, uno y otro, continentes del recurso en referencia, al que se agrega, en la contemporaneidad, del Código General del Proceso, un código posconstitucional, y en tal virtud sintonizado con las coordenadas y derroteros que informan la Constitución Política –y su jurisprudencia–, en especial en lo que referente a la protección de la persona, y a su dignidad.

Posteriormente a la expedición del Código de Procedimiento Civil de 1971, en el plano normativo, se expidieron diversos Decretos encaminados a modificar aspectos concretos y específicos del recurso, sin alterar, en lo nuclear, su arquitectura, tales como el Decreto 2282 de 1989 y el Decreto 2651 de 1991.

Lo mismo tuvo lugar con la reforma a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (ley 270 de 1996), promovida por la ley 1285 de 2009, la que en lo tocante con la casación, incorporó dos

mecanismos que se encuentran vigentes, en sí mismos de la mayor valía y utilidad, que podrían ser empleados con más frecuencia, y que explícitamente refrendaron su condición de instrumentos de protección de ‘derechos fundamentales constitucionales’.

Nos referimos, en primer término, a la posibilidad de seleccionar “...sentencias objeto de su pronunciamiento, para los fines de la unificación de la jurisprudencia”, entre otros más. Sobre el particular, expresa el nuevo artículo 16 de la Ley Estatutaria: “La Corte Suprema de Justicia cumplirá sus funciones por medio de cinco salas...la Sala de Casación Civil y Agraria, integrada por siete Magistrados...Las Salas de Casación Civil y Agraria Laboral y Penal, actuarán según su especialidad como Tribunal de Casación, *pudiendo seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento, para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos...*” (se destaca).

Y en segundo término, a la consagración normativa de la viabilidad de que las Salas Civil, Laboral y Penal del Corte, a partir de la granada y fértil experiencia de la Sala de Casación Civil de comienzos del nuevo milenio, pudieran establecer un orden determinado de índole temática para el examen de los proyectos de sentencia respectivos, lo que en su momento no sólo permitió poner prácticamente ‘al día’ la Sala –lo que le mereció justamente el reconocimiento de la comunidad y de la propia Corporación Excelencia en la Justicia–, sino también de fijar líneas jurisprudenciales robustas en temas de singular trascendencia jurídico-social, por vía de ejemplo en los campos del Derecho de Familia, de Personas, de la posesión, del derecho de propiedad, y de la responsabilidad civil de los profesionales, etc.

El mencionado artículo 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, efectivamente reza: “Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas o las Secciones del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura...*podrán determinar un orden de carácter temático para la elaboración y estudio preferente de los proyectos de sentencia;* para el efecto, mediante acuerdo, fijarán periódicamente los temas bajo los cuales se agruparán los procesos y señalarán, mediante aviso, las fechas de las sesiones de la Sala en las que se asumirá el respectivo estudio” (se destaca).

4. LA REFORMA A LA CASACIÓN EN EL MARCO DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. BREVE ENUNCIADO

Luego de transcurridos más de cuarenta años de vigencia del Código de Procedimiento Civil –y de sus puntuales reformas–, de la evolución de la jurisprudencia, y de su propia práctica, se hizo evidente la conveniencia de reformar, con un carácter más sistemático, algunos aspectos concretos de la casación en materia civil, tal y como ya había sucedido en Colombia respecto a otras disciplinas, específicamente la penal (ley 906 de 2004), reforma que, con insistencia, se sugería desde el foro, la academia y la propia judicatura, interesadas en que se realizaran ajustes y cambios trascendentes, fruto de la experiencia y de la cotidianidad casacionales.

De ahí que las propuestas de los Magistrados de la Sala Civil –muy valoradas y tendidas en cuenta–, de los Ex Magistrados, de los abogados, de los jueces, de los profesores y demás especialistas encaminadas a su modernización y a dorarla de instrumentos que, de mejor manera, permitieran cumplir su grandilocuente misión, tuvieron eco, en general, creándose la conciencia de un cambio, que se estimó necesario –e incluso más profundo y de fondo–, tarea en la que el Instituto Colombiano de Derecho procesal ocupó un protagónico y destacado papel, pues promovió la reforma del precitado Código de Procedimiento Civil, proponiendo su recambio y, en su reemplazo, la adopción de un nuevo código estructurado con arreglo a los directrices y coordinadas que informaban e informan el moderno Derecho procesal en la órbita internacional y comparada.

Fue así entonces como tan prestigioso Instituto, de la mano de su connotado Presidente, Profesor JAIRO PARRA QUIJANO y de los reputados miembros de la Comisión revisora del Código, se dieron a la ardua pero fecunda tarea de redactar un proyecto que, luego de las discusiones y deliberaciones en el Congreso de la República –por lo demás numerosas, constructivas y algunas de ellas ‘acaloradas’– vio la luz en el año 2012 (ley 1564), el que gradualmente entró a regir con el rótulo de ‘Código General del Proceso’.

Dicha Comisión, integrada por más de diez comisionados, en asocio de especialistas en la esfera casacional (Magistrados y

Ex Magistrados de la Sala Civil), estructuraron el citado proyecto que, convertido en la ley 1564, en lo tocante con la casación, rigió a partir del 1 de enero de 2014, salvo el artículo 351 del CGP relativo a la ‘acumulación de fallos’ que lo hizo el 1 de octubre de 2002¹⁰.

En este orden de cosas, con motivo de la amplia discusión y deliberación en el país en torno al contenido del nuevo código que, en materia tan neurálgica como la procesal, debía regir los destinos patrios, algunas voces se alzaron en Colombia (abogados y académicos, fundamentalmente), con el propósito de formular diversas iniciativas, una de ellas, *in toto*, enderezada a la eliminación del recurso extraordinario de casación y otras menos radicales y acompañadas por el buen juicio y la razonabilidad, orientadas a su conveniente modernización y actualización, muy especialmente de cara a los postulados vertebrales que, en el plano constitucional, informaban la Carta Política y con los cuales, inexorablemente, debía sintonizarse la casación vernácula, así como con las realidades y necesidades del tráfico contemporáneo, cada vez menos formalistas y rígidas.

Por consiguiente, cuando se inició la difícil empresa de reformar el Código de Procedimiento Civil, se estimó que era aconsejable repensar el modelo casacional colombiano, como ya expresamos, no muy acreditado en la comunidad, en general, es cierto, no siempre en forma justa, lo que explica que, en esta materia, han pululado críticas de variada naturaleza, catadura y emotividad, en veces más por el desconocimiento de la genuina filosofía del recurso no sólo en Colombia sino en el concierto comparado que, por ser extraordinario, y no ordinario, ello es medular, no puede asimilarse a una tercera instancia, como abiertamente se ha propuesto por algunos.

De allí que, con buen juicio, y criterio, así lo creemos, los redactores del nuevo Código finalmente concluyeron, de un lado, que era menester conservar el recurso –además que expresamente con su condición de ‘recurso extraordinario’– y, del otro, que dicha conservación no suponía preservar rabiosamente lo preexistente

¹⁰ “Artículo 351. A juicio de la Sala de Casación, podrán acumularse y ser decididos en una misma sentencia varios asuntos. De ello se dejará constancia en la respectiva sentencia, cuyo texto será incorporado en cada uno de los procesos”.

y, en tal virtud, reproducir la misma normatividad, como si la casación fuera refractaria a cualquier ajuste, metamorfosis, enmienda, o reorientación.

Hizo bien pues el legislador al haber concluido que el recurso debía modernizarse, actualizarse, y hasta redefinirse (teleología), en lo pertinente, conclusión de la mayor relevancia y adoptada en la dirección correcta, indicativa de que en esta temática, con potísima razón, no se puede demandar un *status quo*, como quiera que es evolutiva y, por contera, cambiante, moldeable a través del tiempo y de las necesidades razonables que periódicamente se evidencian en el tráfico jurídico-social.

Abogar por la cosificación, por la petrificación casacional, por el rechazo al cambio equilibrado y prudencial, no fue la respuesta del nuevo Código General del Proceso, actitud que antes que censurar, hay que avalar, en el entendido de que esta dinámica debe continuar, toda vez que la casación amerita ‘conservación’, sí, pero más y sustantivos cambios encaminados a su flexibilización y a despojarlo, aún con mayor determinación, de ciertas formalidades que lo eclipsan y que, de paso, lo tornan ‘incomprensible’ para buena parte de los justiciables, en cuyo caso acercarlo más a la comunidad, resultaría aconsejable, amén de benéfico y, por ende, bienvenido.

Así las cosas, aun cuando queda un camino por recorrer, no puede desconocerse que las reformas realizadas por el Código General del Proceso a lo largo de los dieciocho artículos que desarrollan el consabido recurso de casación (artículos 333 a 351), fueron –y son– de importancia, interés y también necesarias, y no meramente cosméticas, algunas, incluso, de hondo calado, como se examinará en este escrito, en especial en el ámbito de la denominada ‘casación oficiosa’ y en el campo del diálogo casacional con los principios y valores constitucionales reconocidos por la Carta (axiología constitucional), aproximación ésta que, bien entendida y efectuada, debe asegurarle a la casación trascendentes, sostenidos y significativos cambios futuros, algunos de ellos aún en vías de afianzamiento y comprensible maduración, por cuanto la implementación de una reforma de envergadura tarda un tiempo razonable –no siempre perceptible, pero viva, latente–.

Es el caso, entre otros más, de atribuirle a determinados preceptos constitucionales –ya no de manera tan infrecuente y

restringida— el carácter de normas jurídicas sustanciales (numeral 1, artículo 336, CGP), posibilidad ciertamente muy limitada a la sazón, en la inteligencia, bien se anotó, que “...los preceptos de la Carta que consagran derechos, sobre todo los que establecen prerrogativas fundamentales inherentes a las personas, ostentan categoría sustancial en tanto que de su aplicación pueden surgir situaciones jurídicas específicas atinentes a la creación, modificación o extinción de derechos” (AC661 del 21 de marzo de 2021).

Y también el de permitir que a través de la casación, se pueda “lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno” (art. 333), fin este que, en la reglamentación anterior (Código de Procedimiento Civil de 1971), no estaba establecido, pero que a raíz del advenimiento de la Constitución de 1991, en armonía con lo señalado por la Corte Constitucional (bloque de constitucionalidad), resultaba conveniente contemplar expresamente en la reforma del CGP, entre otras cosas, por cuanto en el pasado la Corte Suprema entendió que “...la confrontación de las normas acusadas...puede ser hecha con las disposiciones...y nunca con las normas de derecho internacional...”(sentencia del 10 de diciembre de 1988)¹¹.

E incluso, el de autorizar, de conformidad con el supraindicado artículo 351 del CGP que, “A juicio de la Sala de Casación, podrán acumularse y ser decididos en una misma sentencia varios asuntos. De ello se dejará constancia en la respectiva sentencia, cuyo texto será incorporado en cada uno de los procesos”, norma esta que no existía en la regulación previa del Código de Procedimiento Civil, y que puede, oportuna y sistemáticamente aplicada, ser de gran utilidad y provecho (economía procesal, impulso célere y eslabonado de determinados asuntos que puedan revestir alguna conexidad o afinidad, etc.), con mayor razón cuando la acumulación *sub examine*, que no está sujeta a individuales, precisas y expresas pautas en el ámbito casacional, se realizará a juicio de la Sala de Casación, facultad ésta que, cabal y razonablemente ejercida, podría generar visibles frutos.

¹¹ De igual modo, en sentencia del 26 de septiembre de 2005, la Sala Civil precisó que, los “...preceptos constitucionales no dan base por sí solos, a lo menos en principio, para fundar un ataque en casación por la causal primera....”.

Y de la misma forma, sólo para traer a colación un renovado precepto que, con plausible propósito –digno de ser preservado y aún ensanchado–, hunde sus raíces en la idea de ‘desformalizar’ y, por contera, de tornar menos rigurosa la ‘técnica de casación’ –en otros momentos exacerbada y hasta ‘asfijante’– y, por esa vía, acercar más el recurso a la comunidad jurídica, precepto que, en el pasado, es cierto, no se avenía bien con su concepción, morfología y práctica, acendradamente más formal.

Aludimos al artículo 344 del G.G.P., concerniente a los ‘requisitos de la demanda’ de casación, los que lucen menos rigurosos respecto a la legislación anterior originaria (1971) y a su jurisprudencia, toda vez que, en buena hora, desapareció la exigencia formulada por el Código de Procedimiento Civil de acreditar, con base en la arraigada concepción trimembre de la violación de una norma de Derecho sustancial: una ‘falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea’, exigencia que, otrora, supuso que naufragaran innúmeras demandas, habida cuenta de la dificultad real de realizar, en todos los casos, una inequívoca y certera escisión de cada uno de estos tres supuestos, en oportunidades harto exigente, controversial y porosa.

De igual manera, en último término, es de alabar el contenido del párrafo segundo del anunciado artículo 344 del CGP, fruto del recurrente deseo de ‘desformalizar’ el recurso, lo reiteramos, por cuanto algunas de las falencias que, en lo atinente a la formulación de los cargos por el recurrente, pueden presentarse en la *praxis*, pero sin que ocasionen su irremediable inadmisión, tanto que, aún oficiosamente, pueden ser enmendadas por la Corte, previsión ésta que apunta en la dirección correcta, en la medida en que, todo lo que razonablemente se pueda hacer para que la Sala Civil se pronuncie de fondo, resulta encomiable, con miras a superar el umbral de la ritualidad –en exceso–.

Dicho precepto estatuye pues que, “Cuando se trate de cargos formulados por la causal primera de casación, que contengan distintas acusaciones y la Corte considere que han debido presentarse en forma separada, deberá decidir sobre ellos como si se hubieran invocado en distintos cargos. En el mismo evento, si se formulan acusaciones en distintos cargos y la Corte considera que

han debido proponerse a través de uno solo, de oficio los integrará y resolverá sobre el conjunto, según corresponda”.

En análogo sentido al registrado, con fundamento en lo expresado por la Corte Constitucional, con ocasión del juicio de exequibilidad realizado frente a específicos aspectos del recurso de casación objeto de cuestionamiento, *“A pesar de que la naturaleza del recurso de casación civil se ha conservado en las diferentes regulaciones sobre la materia, la contenida en el Código General del Proceso, y de la cual hace parte la disposición demandada, evidencia varios cambios que sugieren una comprensión diferente de asuntos históricamente nucleares de este medio de impugnación. De hecho en la exposición de motivos del proyecto presentado al Congreso de la República se indicaba que en el nuevo régimen “se incluyen trascendentales reformas a la casación para que sea más accesible (...). Tal circunstancia le exige a la Corte referir, preliminarmente, algunas de las modificaciones a efectos de caracterizar el contexto general en el que se inscribe la acusación que ahora examina...”* (sentencia C-213 de 2017).

En compendio, sin perjuicio de que la casación debe seguir evolucionando conforme ya lo expresamos –ojalá en forma más acelerada y sostenida–, y que, por tanto, es de esperar nuevos y determinantes cambios en el Derecho colombiano y comparado, hay que reconocer que el balance legislativo y preliminar alrededor de la reforma instrumentada por el Código General del Proceso en más de un lustro (vigente, en general, a partir del 1 de enero de 2014, se reitera), es positivo –y bienhechor–, de acuerdo a como lo constata la doctrina patria que del tema se ha ocupado, entre otros, el profesor GILBERTO BLANCO Z., quien es de la opinión de que, *“Los avances legislativos que ha tenido el instituto [de la casación] impulsan un nuevo entendimiento de su función haciendo que ésta casi se haya reinventado, poniéndose más en sintonía con la de un instrumento más en defensa de los derechos fundamentales; entregando por ejemplo poderes oficiosos al alto Tribunal, disminuyendo los ritos, haciendo en veces abstracción de problemas de técnica para realizar la justicia material del caso concreto, entre otros...”*¹².

¹² BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto. *La casación civil*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019, pp. 417 y 418, autor que concluyó expresando que, *“La regulación que advino con la casación permite que el ciudadano de a pie crea nuevamente en nuestro derecho,*

5. ALGUNAS NOTAS SOBRESALIENTES DEL RECURSO DE CASACIÓN. SOMERA MENCIÓN A SUS RASGOS TRADICIONALES Y A LOS CONTEMPORÁNEOS. *VETERA Y NOVA*

Sin perjuicio del análisis esquemático que luego haremos de algunas de las notas más reveladoras del recurso de casación, o si se prefiere de sus rasgos más típicos y neurálgicos, tanto desde una perspectiva clásica o tradicional (*vetera*), como posmoderna y actual (*nova*), *grosso modo* podemos señalar algunos (seis), desde luego con un propósito meramente panorámico –y enunciativo–, no sólo porque se analizarán ciertos de ellos a lo largo de estas deshilvanadas páginas, se reitera, sino también por cuanto efectuar este examen con un carácter más exhaustivo y detallado, desbordaría el cometido académico que hoy nos asiste, acorde, por lo demás, con la entendible limitación de espacio existente en las publicaciones u obras colectivas.

a) Aclarado ello, a vuelapluma, digamos que el recurso de Casación, en primer lugar, es un recurso que tiene reserva constitucional y legal, como quiera que el único órgano, o corporación judicial llamado a conocerlo, es la Corte Suprema de Justicia –o el Tribunal que haga sus veces, *verbi gratia* el Tribunal Supremo Español, o la Corte de Casación francesa o Italiana–.

En Colombia ello tiene lugar, en consideración a que la propia Constitución, en su artículo 235, dispone: “Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 1. *Actuar como tribunal de casación*” (se destaca), a lo que se suma el tratamiento que, bajo el rótulo de ‘casación’, expresamente efectúan los códigos que de ella se ocupan, por vía de ejemplificación el Código General del Proceso, y los Códigos de Procedimiento Penal, y Procesal del Trabajo.

b) En segundo lugar, expresemos que el recurso de casación no es un recurso más en sede procesal, uno de los que invisten el

y subsecuentemente en el sistema judicial a través de diligencias transparentes, rápidas, económicas, utilizando los nuevos medios electrónicos, pero de una manera horizontal. El instituto casatorio esta vez, como nunca había ocurrido, se socializó con la academia, profesores, Cámaras de Comercio, el ejecutivo en varios de sus niveles, Jueces y Magistrados, siendo lo más importante que se puso a tono con el Estado Social de Derecho...” (p. 418).

carácter de ordinarios, por vía de ejemplo, el recurso de reposición, o el de apelación que, *in situ*, se surten para que sean conocidos y resueltos por el mismo funcionario que los profirió, o por su superior, según fuere el caso.

Por eso, se tiene decantado que, la casación, según tradicionalmente ha sucedido con otros recursos como el de revisión y el de anulación, es un arquetípico recurso extraordinario, y no ordinario, lo que apareja una serie de consecuencias de inocultable trascendencia, según lo evidenciaremos en este escrito, entre otras, que la Corte Suprema no podrá examinar libremente el asunto sometido a su escrutinio, en razón de que sólo podrá hacerlo siguiendo el cauce de las acusaciones formuladas por el recurrente, así como observando únicamente las causales o los motivos por él esgrimidos.

De lo anterior se sigue que el juez de casación, por la extraordinariedad en comento, no podrá entonces actuar *ex officio*, inicialmente –sin perjuicio de anotación ulterior–, por cuanto hacerlo supondría un ostensible desafío constitucional, legal y jurisprudencial y, de paso, una paladina extralimitación judicial.

c) En tercer lugar, a tono con lo indicado en precedencia, la casación no es una tercera instancia, como con frecuencia se expresa –o se piensa–, toda vez que, en puridad, las instancias son las previas al arribo del asunto a la Corte Suprema, la que no puede auscultarlo a la manera en que lo haría un juez de conocimiento, con sus prerrogativas y con un amplio campo de acción, vedado en la casación, de suyo restricta, y acotada, conforme se señalará.

En tal virtud, en el espacio casacional no se puedan practicar nuevas pruebas, ni solicitar medidas cautelares propiamente dichas, ni se alega de conclusión por las partes, ni tienen lugar audiencias como la de conciliación, y un largo etcétera que evidencia que la casación, *in radice*, no es una tercera instancia, y que su función es muy otra a la de conocer y juzgar la causa.

De hecho, por expresa exigencia normativa actual, reflejo de una regla de aquilatado y ancestral valor casacional, se tiene establecido que en la casación, por no ser justamente una instancia *ex novo*, no tienen cabida los denominados ‘medios nuevos’, es decir, entre otras manifestaciones más, aquellos que no fueron objeto

del litigio, *verbi gratia* los “...hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubieran sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa” (sentencia del 1 de marzo de 1955, reiterada el 19 de noviembre de 2001).

En este último sentido, el artículo 344 del CGP, dispone que, “En caso de que la acusación se haga por violación indirecta, no podrán plantarse aspectos fácticos que no fueron debatidos en las instancias” (se destaca). Y el artículo 346 del CGP., a su vez impera, que “La demanda de casación será inadmisibile en los siguientes casos: ...2. Cuando en la demanda se planteen cuestiones de hecho o de derecho que no fueron invocadas en las instancias”.

Al fin y al cabo, como tantas veces lo ha expresado la jurisprudencia y la doctrina, a través del recurso de casación se enjuicia una sentencia determinada (proferida *ex ante*), motivo por el cual, *ab initio*, no se somete al estudio de la Corte una controversia, un caso, o un litigio. No es pues el proceso judicial el que, a modo de instancia, puede revisar, sino la sentencia de un Tribunal Superior a la que debe circunscribir su análisis, únicamente de la mano de la censura o censuras efectuadas, como lo expresamos.

d) En cuarto lugar, igualmente en diáfana consonancia con lo anotado, el recurso de casación es formal, a la vez que restricto, habida cuenta que está precedido de la observancia de una técnica y de unas pautas estrictas –que no injustas– que lo diferencian de los citados recursos ordinarios, según se expresó, lo que no se opone a que, en concordancia con la evolución que él ha registrado en los últimos años, se constate una conveniente atenuación del conocido rigor de antaño, tanto más en los tiempos que corren en los que forma, las formalidades, ya no tienen el significado que antes tenían, y en los que la protección y tutela de una serie de valores y garantías superiores justificadamente se imponen.

De allí que el recurrente no pueda, por vía de ejemplo, formular cargos que no estén inequívocamente tipificados por la ley, pues en esta materia no hay libertad plena. Hay que ceñirse, por el contrario, a los motivos que, expresamente, ha reconocido y autorizado el legislador previamente, en el caso colombiano cinco (causales), por fuera de los cuales no cabe trazar ninguna censura o reproche (*numerus clausus* y no *numerus apertus*).

Ni que tampoco sea de recibo amalgamar o mixturar los cargos, en atención a que son causales autónomas las que se enlistan en el artículo 336 del Código General del Proceso, o que el casacionista, sin mayor o ningún esfuerzo argumentativo y probatorio, sólo enuncie los yerros que le endilga al sentenciador de segundo grado (Tribunal), sin preocuparse de su acreditación, como si fuera deber de la Corte ocuparse de su concreción y del establecimiento de su trascendencia, cargas que son pues de incumbencia del recurrente.

e) En quinto lugar, refrendando que la casación es un espacio extraordinario, dispositivo, excepcional, y no ordinario o corriente, no todos los errores de los jueces colegiados (segunda instancia) son susceptibles de ser enmendados por la vía del quiebre de la sentencia en casación, como quiera que, en lo pertinente, tratándose del llamado ‘error de hecho’, lo serán aquellos que luzcan ‘manifiestos’, según lo exige perentoriamente el segundo numeral del citado art. 336 del CGP, a cuyo tenor “Son causales del recuso extraordinario de casación:...3. La violación indirecta de la ley sustancial como consecuencia de ...*error de hecho manifiesto y trascendente* en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba” (se destaca).

A *contrario sensu*, los yerros que no afloren de bulto, que no resplandezcan, que no afloren sin especial esfuerzo, que no refuljan, que no sean catedralicios, y que correlativamente no aparezcan de plano o al rompe, y que además nos sean trascendentes, entre otras manifestaciones de su mayúscula entidad, no son pasibles de ser denunciados en casación, y si de facto lo son, no podrá abrirse paso el recurso, el que, por tanto, devendrá frustráneo.

Del mismo modo, en sintonía con el descrito carácter, como otra de sus manifestaciones –o aplicaciones–, es de destacar que la casación no procede contra todo tipo de sentencias, como pudiera creerse *prima facie*, sino sólo respecto a unas de ellas, como lo tiene establecido la ley, y la jurisprudencia también.

Sentencias pronunciadas en procesos ejecutivos, que son ‘muchedumbre’ –como diría la propia Corte–, no son susceptibles de ser sometidas a su conocimiento regular, salvo por la vía de la tutela, pero no por la de la casación, restringida de nuevo. Por eso, en positivo, el artículo 334 del C.G.P, atingente a la ‘Procedencia

del recurso de casación', señala taxativamente las sentencias habilitadas para el efecto, las que examinaremos en numeral separado, por vía de ilustración las "...dictadas en toda clase de procesos declarativos".

De igual manera, para darle cabida a la última nota que deseamos resaltar del recurso, vale la pena tener en cuenta que a la Corte Suprema, así se trate de sentencias expresamente autorizadas en casación (art. 334, CGP), no pueden arribar válidamente con prescindencia de su expresión cuantitativa, es decir de su cuantía, en consideración a que existe un piso mínimo para ello, cuando se trate de "...pretensiones...esencialmente económicas" (art. 338, CGP), equivalente a más de "...mil salarios mínimos legales mensuales vigentes", excepción hecha de "...las acciones populares y de grupo, y las que versen sobre el estado civil" (*idem*).

f) En sexto y último lugar, para no extendernos en esta descripción general, vale la pena aludir a una de las más llamativas novedades del recurso de casación, concretamente entre nosotros, la que contrasta con algunos de los rasgos tradicionales ya indicados (*vetera*), en prueba de la evolución del recurso, que según lo expresamos no es, no puede ser pétreo, ni puede 'endiosarse', o elevarse a 'dogma', como si fuera fruto de rancio procedimiento cerrado y prácticamente inexpugnable, muy alejado del ciudadano y de la comunidad, ávida de apertura y de justicia efectiva y no retórica.

Nos referimos a la apellidada casación oficiosa civil, reconocida y desarrollada expresamente por el artículo 336 del C.G.P, a emulación de lo sucedido en el campo penal, en particular con el inciso 3 del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004), el que prescribe: "*En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los efectos de la demanda para decidir de fondo*".

Dicho artículo 333 del Código General del Proceso, en su último inciso, es del siguiente tenor: "La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Sin embargo, podrá casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete

gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales” (se destaca).

Acerca de esta novísima temática, tendremos ocasión de retornar más en detalle, lo que explica que le dedicaremos un numeral sustantivo a la casación oficiosa en materia civil, sin duda constitutiva de un conveniente giro de ciento ochenta grados, según lo diremos expresamente, propio de una cosmovisión más humana del recurso (neo-humanismo jurídico), la que tanto le hacía –y hace falta en lo pertinente–, como corolario de una nueva y más envolvente mirada del Derecho, en general, y del Procesal en particular, al que no puede escapar la casación, en su calidad de recurso extraordinario enmarcado en su universo (artículos 333 a 351, CGP).

Y también, como consecuencia de la necesaria conexión del recurso de casación con la protección de derechos y garantías constitucionales, tan caras a la persona y a su dignidad, las que están en el centro del Derecho (centralidad jurídica), y no en su periferia.

6. FINALIDADES U OBJETIVOS PRIMORDIALES DEL RECURSO DE CASACIÓN

Aludir a las finalidades –u objetivos– de la casación, a su teleología propiamente dicha (*finalitas*), es uno de los aspectos de mayor importancia en la temática casacional, puesto que son los fines, efectivamente, los que tienen la misión de identificar y describir su auténtica razón de ser, de una u otra forma su misma justificación. Si el célebre pasaje bíblico elocuentemente señala que “por sus frutos los conoceréis”, *mutatis mutandis*, podríamos decir que ‘por sus fines conoceréis’ la casación, o si se prefiere por sus objetivos.

De ahí que de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, el vocablo ‘finalidad’ se defina como “Fin con que o por que se hace algo”, luego referirse a las finalidades, en nuestro caso, supone entender el porqué y, de paso, el para qué la casación. Si ellos son lo suficientemente diáfanos, diáfano, a su vez, será el sujeto referencial, en esta hipótesis de nuevo el recurso extraordinario de casación.

Se constata entonces que no es de poca monta referir a sus finalidades –o aún objetivos, *lato sensu*–, motivo por el cual

seguidamente los abordaremos, aunque de manera general y esquemática, y lo haremos en plural, como quiera que la casación no tiene un fin, privativamente, sino varios, lo que confirma su riqueza, con más veras después de la reforma patrocinada por el Código General del Proceso, el que los amplió no sólo cuantitativamente, sino también cualitativamente, en sintonía con el moderno Derecho procesal, que a su turno ha renovado sus finalidades.

En tal virtud, mal haría la casación en no evolucionar, conforme lo pusimos de presente con anterioridad, en orden a que no es un instituto aislado, una ínsula con autogobierno, o una especie de 'Robinson Crusoe' en el universo del proceso.

En dicha dirección, el artículo 333, que por lo demás es el primero de los preceptos que gobiernan la casación en Colombia, literalmente expresa: "*Fines del recurso de casación*. El recurso extraordinario de casación tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida".

Como se observa, desde una perspectiva numérica, son seis los fines del recurso, número que contrasta con el correspondiente al artículo 365 del Código de Procedimiento Civil anterior, en el que eran tres, a cuyo tenor: "El recurso de casación tiene por fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida".

Así las cosas, en estricto sentido, es decir más allá de lo numérico, son dos los nuevos fines a los que, *ministerio legis*, se le reconoce carta de naturaleza, en concreto los relativos a "...lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno", y a "proteger los derechos constitucionales", pues en estrictez los restantes, con una redacción diversa, son los mismos que, aparte de la unificación de la jurisprudencia, estaban reconocidos por el Código anterior: "...proveer a la realización del

derecho objetivo en los respectivos procesos”, y “reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida”, los reiteramos.

Podría, empero, subsistir la duda para algunos frente a la finalidad encaminada a “...controlar la legalidad de los fallos”, que expresamente no estaba en la nómina de fines del artículo anterior, aunque, en principio, desde una perspectiva más amplia, podría entenderse subsumido en el primero y en el último del nuevo precepto: “El recurso extraordinario de casación tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico...y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida”. De hecho, para concluir si la sentencia ha o no originado agravios, directa o indirectamente, se ejerce un control de legalidad de cara a la sentencia enjuiciada.

De igual manera, bien conceptualizado, “...defender la unidad e integridad del ‘ordenamiento jurídico’, de cierto modo también supone abrazar y referir a la ‘jurisprudencia’, en particular los fallos calificados que emergen de los jueces, dado que el alcance del ‘ordenamiento legal’, *per se*, es muy diferente al del ‘ordenamiento jurídico’, este último más envolvente y omnicomprensivo, así como objeto de referencia directa en el artículo 333 del CGP.

Con todo, si ello no fuera de ese tenor, y realmente el primero de los mencionados fines en el nuevo precepto casacional revistiera la condición –plena– de autonómico, y en tal virtud se estimara desligado del último de ellos, consecuentemente se entendería aún más dilatado el radio de acción del recurso, aunque creemos, respetuosamente, que este ‘fin’ es producto de la redacción obsequiosa de la norma, más que de la creación, consciente y deliberada, de una auténtica, indiscutida y sustantiva finalidad, pero si fue así, en gracia de discusión, nuestros parabienes. Entre tanto, la Corte Suprema tiene la palabra.

Por consiguiente, como lo corrobora el reputado profesor y Ex Magistrado, Dr. José Alejandro BONIVENTO FERNÁNDEZ, hoy los “...fines del recurso de casación tienen un espectro más amplio, pues conservando la primera parte de la misión unificadora de la jurisprudencia, de la provisión a la realización del derecho objetivo y de la reparación de los agravios inferidos o irrogados a las partes por la sentencia impugnada, incorpora aspectos

relacionados con la eficacia de los instrumentos internacionales y la protección de la Constitución Política, dando alcance a lo que la doctrina jurisprudencial había considerado en torno a la casación, tales como las normas aprobatorias de los tratados y los preceptos constitucionales contentivos de derechos objetivos...”.

“Como se puede apreciar, también se presentan cambios en la redacción en ciertos pasajes del nuevo texto normativo respecto de los fines, en cierta medida innecesarios, cuando en vez de proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos, como sostiene el CPC, en el Código General de Proceso se reemplaza con la de defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico. Del mismo, se sustituye agravios inferidos por agravios irrogados y sentencia recurrida por providencia recurrida”¹³.

Si bien es cierto que todas las finalidades revisten nominalmente la misma trascendencia, y que unas de ellas se inscriben en la dimensión privada del recurso, y otras en la pública, tampoco es menos cierto que, por tradición –y por convicción–, sin soslayar su raigambre y reconocimiento de útil instrumento tuitivo de derechos y garantías constitucionales, la más socorrida es la que concierne a la unificación de la jurisprudencia, vital en un Estado social y democrático de Derecho, en el que la unidad en comento adquiere una insospechada relevancia, y con potísima razón.

Tanto es así que, con algunas entendibles discrepancias de carácter histórico-doctrinal, a nivel internacional también se suele concebir a la unificación de la jurisprudencia como una de las finalidades cardinales del recurso en cuestión, hasta el punto de que, algunos especialistas, sin ambages, abogan por privilegiar este cometido, reservándole un sitial preferencial, o por lo menos, de singular importancia. No en vano, como dato normativo, ya lo anticipamos, nuestro Código de Procedimiento Civil de 1971, se refería a la unificación de la jurisprudencia como el primero de sus fines.

¹³ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. “Breves apuntes sobre el recurso de casación en el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) con vista en el Código de Procedimiento Civil”. En: *Estudios sobre el Código General del Proceso*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2014, p. 111.

Y ello es del descrito tenor, porque como tendremos ocasión de precisar más a espacio, si bien los motivos que directa o indirectamente impulsaron el establecimiento y la regulación del recurso de casación, coinciden con su conocida funciones nomofiláctica, y unificadora –aunque la primera entendida con algo más de amplitud–, esto es, sin circunscribirla únicamente a la ley, en sentido restringido, sino extendida al concepto del ‘ordenamiento jurídico’¹⁴, no puede desconocerse la atracción de la dogmática en torno a la referida unificación, pudiéndose reafirmar que para un robusto sector esta última es la finalidad primaria, primordial o capital de este medio impugnatorio, se itera, como nosotros igualmente lo estimamos, obviamente respetando otros pareceres.

Lo anterior explica, incluso con prescindencia de su jerarquía y primacía, que en este específico campo finalístico, tradicional y convencionalmente se le atribuyan a la casación dos finalidades centrales, a partir de la vigencia y desenvolvimiento histórico de este instituto, de las que se desprenden otras más. Tales finalidades centrales, de singular nombradía, son “La protección del *ius constitutionis*, desdoblada en las funciones de nomofilaxis y uniformidad jurisprudencial, y la protección del *ius litigatoris*, según construcción debida al genial procesalista florentino, profesor PIERO CALAMENDREI...”¹⁵, a las cuales es menester agregar, lo memoramos, la protección de los derechos fundamentales, la que se ha abierto paso en consideración a la importancia que, en general, y con razón, ha adquirido la protección constitucional en los últimos decenios.

No en vano, y sin vacilación, el Derecho debe ser leído en clave constitucional (art. 4, Constitución Política), y la casación no es, no puede ser la excepción, y con ella, claro está, el Derecho procesal, *in complexu*.

Por consiguiente, así sea necesario un espacio sustancialmente más amplio para su cabal desarrollo, es imperioso refrendar que la casación en Colombia, a la par que en el Derecho comparado, también cumple un basilar objetivo en sede constitucional –según

¹⁴ BUENDÍA CANOVAS, Alejandro. *La casación civil. Estudio doctrinal sobre los fines casacionales*. Dijusa, 2006, p. 113.

¹⁵ VICENTE GUZMÁN. *El recurso de casación civil*. Tirant lo Blanch, 1996, p. 24.

hemos pincelado—, al punto que la protección de los derechos fundamentales, no de ahora, se constituye en uno de sus fines o finalidades primordiales, pues no puede desconocerse que su tutela se asegura a través del proceso, en general (el más garantista y ancestral de los instrumentos jurídicos), así como mediante la resolución del recurso de casación, individualmente estimado.

No es fortuito entonces que expresamente en la reforma realizada por el Código General del Proceso, en su artículo 333, se hubiera explicitado y positivizado dicha finalidad, lo cual corrobora que la casación dialoga con la axiología constitucional, y que no es, no puede ser refractaria a los valores y principios que informan la Constitución Política, por lo demás muy presentes en el nuevo ordenamiento procesal¹⁶.

Es así como lo revela categóricamente su artículo 11 (CGP), de acuerdo con el cual: *“Interpretación de las normas procesales. 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. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales...”* (se destaca), precepto éste que, como es natural, se predica de la casación, que como hemos expresado hace parte del entramado procesal patrio, a modo de recurso extraordinario, no siendo una ínsula, o una república independiente, razón por la cual, además, debe compartir su cosmovisión y sus nuevas coordenadas.

¹⁶ En la órbita penal, a su turno, es elocuente el contenido de los artículos 180 y 181 de la ley 906 de 2004 (de carácter post-constitucional), a cuyo tenor: (artículo 180. Finalidad) *“El recurso [de casación] pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia”*. (artículo 181. Procedencia). *“El recurso como control constitucional y legal procede contra sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afecten derechos o garantías fundamentales por: 1. Falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma o bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso”* (se destaca).

7. LA UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMO ENCOMIABLE Y TRASCEDENTE MISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN. SU NATURALEZA, JUSTIFICACIÓN Y CARACTERIZACIÓN GENERAL

Dado el papel encomiable y protagónico asignado a la unificación de la jurisprudencia en el orden democrático y estatal, según se comprobó en líneas que anteceden, y sin mayores pretensiones, hemos preferido examinar esta labor misional con mayor detenimiento, justamente por lo que ella significa entre nosotros, y en el Derecho comparado, tarea que, en la actualidad, aun cuando es propia del recurso extraordinario de casación, hoy otros órganos judiciales igualmente acuden a ella: la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en lo pertinente, prueba inequívoca de su significado jurídico-político, y jurídico-institucional.

Sin embargo, teniendo en cuenta que estas páginas abordan la casación desde la perspectiva netamente civil, a ella nos limitaremos, aunque es claro que existen vasos comunicantes y puntos de contacto en la función o en la labor de unificar la jurisprudencia entre todas las jurisdicciones.

En efecto, a partir de una puntual aproximación histórica, conveniente es memorar que en Colombia, el artículo 151 de la Constitución Política de 1886 –gestora del soberano poder casacional que hoy conserva la Corporación–, *expressis verbis*, le atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la facultad de conocer de los recursos de casación, conforme a las leyes, previsión que, en lo toral, no varió en la carta de 1991, en cuyo artículo 235 se estableció que la Corte actuaría como ‘Tribunal de Casación’.

En desarrollo de tal asignación normativa, no exenta de consecuencias jurídicas que, a menudo, no son cabalmente dimensionadas, se expidieron por el Congreso Nacional las leyes 61 de 1886 (artículos 36 a 52), 153 de 1887 (artículos 239), 135 de 1888 (artículo 19), 105 de 1890 (artículos 338 y 336 a 395), 100 de 1892 (artículos 49 a 62 y 87), 169 de 1896 (artículos 1 a 4^o), 104 de 1923 y 105 de 1931 (artículos 519 a 541), las cuales, ora total, ora parcialmente, se refirieron al recurso extraordinario en cita.

La última de ellas, relativa del Código Judicial, que rigió hasta la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1971, en su artículo 519, señaló que el fin principal del recurso de casación era “unificar la jurisprudencia nacional”. Y aunque *ex lege* no se mencionaba otra finalidad expresa, la Corte, con buen criterio, entendió que la casación tenía otra más, signada por el “*fin secundario de reparar el agravio que se haya cometido contra una de las partes con una interpretación equivocada de la ley*” (LIX, 707), vale decir que aparte de refrendar el carácter unificador de la jurisprudencia, comprendido en la categoría más amplia del denominado ‘*ius constitutionem*’ –al lado de la función nomofiláctica, propiamente dicha–, también amparó el derecho de los justiciables a que se les ausculte en su caso y situación individual, a fin de conjurar el pretendido daño irrogado por la sentencia censurada, o sea el llamado ‘*ius litigatoris*’, categorías que, a su turno, son expresión de la visión publicista o privatista de este instituto casacional, o si se prefiere, del énfasis que se le pretenda dar en función de su catalogación como recurso de raigambre o interés público o privado.

El Código de Procedimiento Civil del año 1971, no obstante las sustanciales e incidentes modificaciones introducidas en los años 1989 y 2003, mantuvo la misma finalidad unificadora, pero, en forma expresa, agregó la de “proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos”, y la de procurar “reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida” (artículos 365), como ya habíamos anticipado.

Quiere decir lo anterior que el legislador vernáculo, al amparo de lo establecido por la propia Corte Suprema, y de los dictados de la doctrina nacional e internacional, plasmó en el mencionado precepto los fines –u objetivos– comúnmente asignados a la casación, debidamente comprendidos en las señaladas categorías generales: *ius constitutionis* y *ius litigatoris*.

Lo propio, en un orden diverso, hizo el legislador en el siglo XXI, en concreto en el citado y examinado artículo 333 del Código General del Proceso (numeral anterior), en el que consagró seis finalidades del recurso, inmersas, en lo correspondiente, en una u otra de las referidas categorías (binomio casacional), lo memoramos.

No obstante, debe aclararse que el reconocimiento *–ope legis–* del *ius litigatoris, per se*, no desdibuja que, en Colombia, la función unificadora y la nomofiláctica *–enderezada esta última a la defensa o salvaguarda del derecho objetivo, en sí mismas consideradas–*, se inscriban en el marco de un diáfano interés público, lo que no significa que no se le otorgue también *exequátur*, en lo pertinente, a un interés individual y legítimo, el cual se concreta en el restablecimiento del derecho particular controvertido y supuestamente vulnerado en la respectiva *litis* (segunda instancia).

En ese mismo sentido, haciendo eco de una autorizada bifurcación o bipartición realizada por la dogmática internacional especializada, se ha pronunciado versada doctrina nacional, al reconocer un inequívoco “fin público” y uno “privado”, observando que “la casación tiene dos fines perfectamente diferenciables: un fin principal, que, por consistir en la tutela de la ley y en la unificación de su interpretación, reviste carácter de eminente interés público; y un fin secundario, que mira al que concretamente persigue el recurrente y que, por lo tanto, se funda en un interés privado o particular”¹⁷, el cual, así no esté impregnado por elementos publicistas, no deja de tener relevancia, o lo que es lo mismo, no por privado, puede ser menospreciado o estimado como deleznable, habida cuenta que la misma doctrina invocada se encarga de aclarar que, “No obstante su carácter secundario, el interés privado del recurrente es indispensable para que la casación opere...”¹⁸.

¹⁷ MURCIA BALLÉN, Humberto. *Recurso de Casación Civil*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 80.

¹⁸ MURCIA BALLÉN, Humberto. *Recurso de Casación Civil, op. cit.*, p. 80. Vehemente defensa del *ius litigatoris* hace el doctrinante español, JORDI NIEVA FENOLL, quien observa que “Personalmente también he defendido que el fin principal de la casación sea el *ius constitutionis*. Pero, jamás se me ha ocurrido pensar que el *ius litigatoris* no sea un fin, siquiera mediato, de la casación... Por ello, mantengo que los Tribunales de casación deben hacerse cargo del derecho del recurrente, porque si no se ocuparan de ese derecho no podrían cumplir la función nomofiláctica”, opinión que, luego de defender la valía de esta finalidad, constata con la siguiente inquietud, encaminada a demostrar que en casación no es posible desentenderse de la causa del litigante: “¿Para qué queremos un Tribunal de casación, concebido para proteger el ordenamiento jurídico, que en realidad no protege a aquellas partes de dicho ordenamiento que son más próximas al ciudadano?”. “La relevancia social de la casación: La importancia del *ius litigatoris*”, en “Memorias del XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal”, Bogotá, 2006, p. 592.

Es claro entonces que en el ámbito casacional, ambos intereses convergen, a la par que perviven en armonía, en razón a que uno y otro hacen presencia vital, pues desconocer su vigencia, sería no sólo contrario a la etiología, a la teleología y a la evolución de este recurso extraordinario, sino que iría en contravía de la significación de los mismos.

Una visión unívoca, amén que excluyente del otro propósito (binomio), no se concibe entonces en la actualidad, así los doctrinantes o legisladores, prefieran unos frente a otros, y que opten por enlistarlos en un orden diverso, el que no debe hacernos pensar que ello, forzosamente, es indicativo de primacía absoluta, o de mayor jerarquía y linaje.

Todos, en lo suyo, tienen pues un rol, que se complementa en la pluralidad y que, *in complexu*, explican el recurso en la posmodernidad, evidenciando su consustancial evolución, lo que no impide reconocer la valía de los fines que se entronizan en la dimensión pública en referencia, muy a tono con el acusado carácter social o colectivo, brújula de todo Estado social de Derecho, en el que campean acrisolados axiomas, tales como la seguridad y la estabilidad jurídicas y la igualdad no siempre respetados, en su justa dimensión, y el respeto por la persona y su dignidad.

Obviamente que lo manifestado, en manera alguna, significa que se desconozca la trascendencia genética y funcional del apellidado *ius litigatoris*, ya que se torna determinante, máxime después de su confirmación –y afinamiento– por parte del Código General del Proceso (artículo 333), lo que luce ampliamente justificado.

Lo cierto es que, con independencia de la primacía de uno respecto al otro, en últimas, ambos se complementan e interrelacionan, por lo que se torna ‘falsa’ la contraposición entre ‘*ius litigatoris* y *ius constitutionis*’, con fundamento en lo afirmado, con sensatez, en algunos círculos autorales¹⁹. En esta materia, como

¹⁹ Así lo pone de presente el autor ALEJANDRO BUENDÍA CANÓVAS, al señalar que “...considero de interés aclarar lo que con frecuencia la doctrina presenta como dos intereses contrapuestos cuando ello no es así. Nos estamos refiriendo al falso antagonismo entre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*, o lo que es lo mismo, el interés público defendido en casación, frente al interés privado postulado por el recurrente, cuando la realidad nos demuestra que ambos fines o intereses en casación no se presentan como contrapuestos, sino como complementarios: no es posible afirmar

en tantas otras, importa más la suma que la resta, o sea la inclusión y no la exclusión.

Ahora bien, esbozado lo que precede, y retornando de nuevo a la finalidad unificatoria en cuestión, reiteremos que la unificación de la jurisprudencia, por antonomasia, es la tarea asignada a las Cortes o Tribunales Supremos en la esfera internacional, como da cuenta el Derecho y la doctrina comparadas, desde luego con las excepciones de rigor, lo que no supone desconocer la concurrencia de otras finalidades, como ya lo delineamos.

Por tanto, el citado *rol* unificador, en principio, es el que realiza el laborío que, en la *praxis*, efectúa un órgano u ente casacional, tanto en Colombia, como en otras latitudes. Es, por lo demás, en nuestro modesto parecer –respetando otros–, el que mejor se acompasa con su genuina teleología, como quiera que, en puridad, en el marco de las dos instancias precedentes, los justiciables tienen toda la posibilidad de hacer valer sus derechos y prerrogativas sustanciales y procesales, y los jueces naturales, por su parte, hacer respetar el debido proceso y la tutela judicial efectiva, es decir realizar el juzgamiento propiamente dicho, tarea que, en sí, no lleva a cabo la Corte como Tribunal de casación, por no ser una instancia, según lo observado.

Es que como agudamente lo puso de relieve el celeberrimo profesor PIERO CALAMENDREI al momento de examinar la problemática de la ‘finalidad de la Casación’ y de este ‘órgano de control jurídico’, “...la Corte de casación sirve a una finalidad diferente de aquella a la que sirven todos los otros órganos jurisdiccionales..., puesto que el bien que el Estado se propone alcanzar a través de la Casación no es igual al bien que el Estado se propone alcanzar a través de los otros tribunales”²⁰.

En consecuencia, *stricto sensu*, como la unificación de la jurisprudencia no puede ser efectuada en las instancias por jueces y magistrados de los Tribunales Superiores, le corresponde tan elevada misión a un órgano nacional –que no regional– que,

que aquello que interesa al Estado no interesa también al particular y viceversa”. *La casación civil. Estudio doctrinal sobre los fines casacionales*, op. cit., p. 208.

²⁰ CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*, T.II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 29 y 40.

desde sus predios y autonomía, funcionalmente pueda hacerlo con *auctoritas e imperium*, y con propósito de unidad.

Al respecto, magistralmente anotó el afamado Ex Magistrado del Tribunal Supremo Español, MANUEL DE LA PLAZA –en su aplaudida obra acerca de la casación–, que “...como ahora y como siempre, el Estado necesita de un órgano que en su calidad de Juez supremo, colocado en la cima de las organizaciones judiciales, mantuviese su cohesión, su disciplina y hasta su independencia; pero entonces, como ahora, precisaba también, como garantía positiva de certidumbre jurídica, que ante el evento, más posible, de multiplicidad de interpretaciones, un órgano singularmente capacitado para esa función, imprimiese una dirección única a las interpretaciones de las normas jurídicas, cualesquiera que fuese su rango; cuidase de evitar que no se aplicasen o fuesen indebidamente aplicadas y procurase, al par, que a pretexto de interpretarlas, no se desnaturalizase por error, su alcance y sentido, de tal modo, que, en el fondo, y por uno u otro concepto, quedasen infringidas”²¹.

En tales condiciones, por consiguiente, entre nosotros a la Corte Suprema le corresponde velar por la fijación de los criterios rectores llamados a ser aplicados homogéneamente por los jueces ordinarios y por la comunidad en general, ávida de reglas uniformes (unidad) que le garanticen, de antemano, la resolución igualitaria de su litigio, en función de principios o cánones análogos, pero ante todo del aquilatado derecho a la igualdad, tan celosamente protegido por la Constitución Política (artículo 13), y el plano infra-constitucional por el Código General del Proceso (artículos 4 y 11).

Efectivamente, una de las más preciadas garantías ciudadanas, estriba en la aplicación igualitaria de la ley –en sentido muy lato–, en Colombia de rango constitucional (artículo 13, Constitución Política), conforme ya se señaló, motivo por el cual es legítimo esperar que de cara a hipótesis simétricas o análogas, las disposiciones jurídicas sean leídas e interpretadas de igual forma, lo cual supone, en aras de la seguridad y estabilidad jurídicas, que se fijen unas pautas comunes, fijación que justamente es efectuada

²¹ DE LA PLAZA, Manuel. *La casación civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, pp. 10 y 11.

por un órgano cúspide, *a fuer* que único y nacional²², se reitera, en orden a que su *dictum*, por regla, sirva de fiable guía para los jueces, para las partes y, en fin, para todos aquellos interesados en obtener una determinada respuesta jurídica, *in futurum*.

En esa última dirección, en sentido amplio, se alude a una ‘predictibilidad decisional’, toda vez que, con observancia del adamantino criterio de la razonabilidad, de tanta incidencia judicial en la contemporaneidad, pueda ser posible y sensato esperar un resultado judicial muy aproximado que, en consonancia con la tarea de unificar la jurisprudencia, resulte de recibo, todo en aras de las precitadas seguridad y certidumbre jurídicas, tan necesarias –y maltrechas– en ocasiones.

Expresado de otro modo, la importancia de la unificación sube de tono, si se tiene en cuenta que la hermenéutica efectuada por la Corte a partir de la unificación en comentario, inicialmente vinculante para los jueces de la República (precedente judicial razonablemente vinculante) y, claro está, para ella misma, en lo pertinente²³, deberá iluminar otros asuntos y procesos, generándose un efecto –de– ‘cascada’, en función del cual será sensato confiar en que se tendrá en cuenta su jurisprudencia y, por ende, la reiteración de su línea jurisprudencial, a partir de la cual se tornaría ‘predecible’, mejor esperable, una determinada conclusión, justamente por la condición de ‘espejo’ de la jurisprudencia unificada, naturalmente con el respeto del caso individual, en lo que corresponda (*casus*).

¿Qué sería de un sistema jurídico en el que pulularán las interpretaciones y las aplicaciones jurídicas más diversas; en el que,

²² Como lo confirma el Ex Magistrado Francisco DE A. CONDOMINES VALLS, “... el principio de seguridad jurídica exige que la norma se interprete recta y uniformemente...la unificación no se logra, sino la impone un Tribunal único, que pueda pronunciar la última palabra y que por las garantías que ofrece su composición y modo de funcionar está revestido de una autoridad que engendra respeto y acatamiento”. *El recurso de casación en materia civil*. Barcelona: Bosch, 1978, pp. 35 y 36.

²³ Vid. JARAMILLO J., Carlos Ignacio. “Hacia una jurisprudencia racional y relativamente vinculante. Observaciones y reparos al ‘precedente obligatorio’ “. En: *El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*, en coautoría con el profesor Javier TAMAYO JARAMILLO. Bogotá: Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 205 y ss.

por igual, reinarán todas a la vez, sin que en el plano jerárquico, al mismo tiempo que especializado –ello es neurálgico–, imperara un criterio rector, por subjetivo que pareciera?: sin duda el caos, una galopante inseguridad jurídica, en el que gobernaría la tiranía del desconcierto, la duda, la vacilación, la inseguridad y la contradicción, con todo lo que ello negativamente supone en un ordenamiento jurídico, y en un Estado social de Derecho.

De ahí la grandilocuencia y justificación del rol unificador en mención, enderezado a dotarlo de mayor certeza y seguridad jurídicas, tanto presente, como ‘futura’, a juzgar por la razonable previsibilidad que, en principio, puede esperarse de una Corte en aplicación de su reiterada jurisprudencia, como lo anotamos. Ello es coherencia, *a fuer* que congruencia, y orden.

Como bien lo memoraron los juristas franceses A. COLIN y H. CAPITANT refiriendo al modelo francés casacional, “...no bastaba instituir en Francia la unidad de legislación, era preciso, además, asegurar en este país la unidad de la jurisprudencia”²⁴, en prueba diamantina del papel unificador que la casación reviste.

Papel que, por su parte, en la esfera nacional, es reconocido cabalmente por el profesor HERNÁN FABIO LÓPEZ, al puntualizar –con su experiencia y conocimiento–, que la unificación de la jurisprudencia tiene “...una misión central porque si bien es cierto y así se ha destacado con anterioridad, cada juez es autónomo en dar a la ley la interpretación que sus conocimientos y sentido jurídico le indiquen, no lo es menos que buscan la guía orientadora que frente a la normatividad existente han realizado sus superiores, máxime cuando se sabe que en últimas el proceso puede llegar a ellos, quienes posiblemente decidirán de acuerdo con el sentido que en los precedentes han dado al alcance de las diversas disposiciones”.

“La jurisprudencia es un factor de paz social y contribuye al orden, a erradicar la litigiosidad porque al señalar derroteros claros, permanentes y adecuados al alcance de la ley, evita que se acuda al litigio con sentido de aventura, con la esperanza de lograr una interpretación que contrarié el sistema. Y es que una jurisprudencia reiterada en mucho ayuda a fijar criterios de certeza y, por sobre

²⁴ A. COLIN y H. CAPITANT. *Curso de derecho civil, op. cit.*

todo, a permitir la evaluación de lo pertinente o no que resulta en un concreto caso litigar”²⁵.

No se equivoca entonces el autor ibérico Sergi GUASCH F, al corroborar alrededor de la seguridad jurídica y de su importancia en la casación, *in extenso*, que ella “...tiene su fundamento en la legalidad pues, es el propio principio de legalidad el que engendra seguridad. En este sentido, puede afirmarse que el efecto instantáneo de la legalidad es la seguridad, desde el momento mismo en que la primera vela por la ausencia de arbitrariedades que puedan constituir inseguridades jurídicas...”.

“La seguridad es un valor que exige hacer referencia, forzosamente, a la igualdad, pues supone una línea argumental en la aplicación de las normas jurídicas para la solución de supuestos iguales. La imposibilidad de una interpretación única de las normas jurídicas, la relatividad del juicio jurisdiccional, la ineficacia de los procedimientos y, en general, la falta de credibilidad que la sociedad mantiene de los órganos jurisdiccionales hace dudar que el actual ordenamiento jurídico sea capaz de proporcionar una cierta seguridad. Para ello, una institución como la casación es esencial para su acercamiento práctico y diario a la realidad social”²⁶.

Por todo ello, la ‘ley del más fuerte’, en un Estado social de Derecho, repugna en grado sumo, y eso es lo que se pretende evitar con la creación de un órgano unitario, cuya misión sea legarle uniformidad a las decisiones judiciales, las que, por diversas circunstancias, pueden ser enteramente diversas, mejor aún opuestas y, no en pocas ocasiones, ayunas de *sindéresis* y unidad.

En una ‘selva’ de opiniones, por eruditas que sean, inicialmente con la misma o similar jerarquía, se hace indispensable la presencia de un órgano judicial que, por su especialidad, se encargue de inyectar uniformidad y ‘orden’, lo cual contribuye a la obtención

²⁵ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código general del proceso. Parte general*. Bogotá: Dupre Editores, 2019, pp. 843 y 844.

²⁶ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. *El hecho y el derecho en la casación civil*, *op. cit.*, pp. 168 y 171. Cfr. Vicente C. GUZMÁN FLUJA, de acuerdo con el cual “...la primordial finalidad que debe acometer y satisfacer el recurso de casación en la actualidad es la de uniformar la jurisprudencia, con el objeto de salvaguardar el principio de igualdad ante la (aplicación e interpretación de la) ley, así como los principios de seguridad y certidumbre jurídica”. *El recurso de casación civil*, *op. cit.*, p. 25.

de seguridad, certeza y estabilidad, como ya se acotó, de suyo ‘valores’ de marcada relevancia, máxime en los tiempos que corren estereotipados por la profusión e inconexión legislativa –a menudo comparada con un proceso de inflación, hiperinflación, o hemorragia normativa²⁷.

Desde esta última perspectiva, no le falta razón de nuevo al maestro P. CALAMANDREI, al expresar en su célebre obra sobre ‘la casación civil’, que “Si la jurisprudencia es el medio práctico en el cual el derecho positivo se precisa y se perfecciona, al revelarse, en el continuo esfuerzo de adaptación a la realidad, en aspectos siempre nuevos que en su primitiva expresión estaban contenidos sólo potencialmente, y si la Corte de casación viene a constituir, por necesidades de su función, el vértice de la jurisprudencia, se comprende que la Corte de casación haya sido acertadamente considerada en el Estado moderno como el centro del desarrollo del derecho. ‘Además de las modificaciones que sucesivamente aportan en cada caso singular a los errores de las magistraturas inferiores –escribe MORTARA a propósito de las decisiones de la Casación– sus sentencias son fuentes de enseñanza continua para éstas, abriendo las vías correctas de la interpretación de la ley; son desarrollo vivo y fecundo del derecho nacional en todas sus múltiples manifestaciones, en todas sus beneficiosas adaptaciones a las necesidades de la civilidad y de la convivencia social’”²⁸.

En sentido análogo, el recordado profesor, Hernando MORALES M., opina que “El fin primordial del instituto [la casación] es, pues, contener a los tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley...Debe destacarse que la unidad jurisprudencial, que es una de las finalidades propias del recurso, consigue igualmente que no se viole la ley, fenómeno que se presentaría al interpretarla en contra de su verdadero sentido, de manera que los aspectos dichos se compenentran y combinan. El Estado requiere un órgano que controle la observancia de la ley y su interpretación uniforme a fin de que no se desnaturalice, so pretexto de buscarle su sentido. En esta forma se enmienda el abuso o exceso de los tribunales en

²⁷ Vid. JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *La modernización del Derecho privado en Colombia. Codificación, dispersión legislativa, descodificación y recodificación del Derecho Civil y Comercial*, Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2020, pp. 41 y ss.

²⁸ CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*, T. II, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

la aplicación legislativa, lo que constituye un agravio del inferior a las normas que rigen la vida social”²⁹.

Y tampoco le falta razón al distinguido Ex Magistrado y profesor, Dr. Jaime ALBERTO ARRUBLA P. –quien prefiere entender que la unificación es más un medio que un fin–, al anotar que, “La sentencia casacional se convierte en un referente a seguir por las futuras decisiones de los tribunales. Si en un Estado existiese un solo tribunal para dirimir todos los conflictos no habría problema alguno. La realidad es que son muchos y se produce discordancia en la aplicación de la ley. La casación logra esa coherencia del sistema...”.

“El instrumento que hace posible la coherencia y unidad de un sistema jurídico es la casación. ‘Mediante la casación se traslada hacia la unicidad interpretativa la multiplicidad inicial de criterios de los órganos llamados a decidir. Con ello se canalizan y recogen todas las interpretaciones judiciales para concluir en una única y última definición. El recurso casacional sirve, pues, para intentar hacer realidad en el plano judicial aquella coherencia exigible en cualquier ámbito del Ordenamiento jurídico’”³⁰.

Tal será pues la trascendencia del precitado cometido unificador, que la propia Corte Suprema, sabedora de la responsabilidad a ella confiada, que de tiempo atrás elocuentemente recordó que, su jurisprudencia, “...tiene una misión que rebasa los marcos de la gramática y de la indagación histórica: el de lograr que el derecho viva, se remoce y se ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente, por encima de la inmovilidad de los textos, que no han de tomarse para obstaculizar el progreso, sino ponerse a su servicio, permitiendo así una evolución jurídica sosegada y firme, a todas luces provechosa” (CXXIV, 160).

De la misma manera, la Corte Constitucional, más recientemente, reafirmó que, “...en el Estado Social de Derecho, el recurso extraordinario de casación, no es sólo un mecanismo procesal de control de validez de las providencias judiciales, sino que se constituye en un elemento esencial en la aplicación igualitaria de la ley, en la defensa de la legalidad y en la garantía de la vigencia de la Constitución, incluidos los derechos fundamentales”(sentencia C-213 de 2017).

²⁹ MORALES MOLINA, Hernando. *Técnica de casación*, op. cit., p. 50.

³⁰ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “Presente y futuro de la casación civil”. En: *Revista de la Corte Suprema de Justicia*, Bogotá, 2006.

Así las cosas, es tanta la fuerza intrínseca que justificadamente se le asigna a la función uniformadora en referencia, que no resultaría de recibo despojar a la casación de la misma, como quiera que sin ella, no se concibe este bienhechor recurso, así comparta sitial con otras finalidades, objetivos o misiones, según lo observado. Sería tanto como arrancarle a un océano su componente salino; como eliminar del fluido sanguíneo su característico y ancestral color rojizo. Lisa y llanamente, ello sería como vaciar de contenido este medio impugnatorio, librarlo de su *anima*, y dejarlo –menos que– medio: debilitado y raquítrico.

8. EL CARÁCTER EXTRAORDINARIO, DISPOSITIVO Y 'FORMAL' DEL RECURSO DE CASACIÓN EN LA ACTUALIDAD. SIGNIFICADO GENERAL, Y SU CONVENIENTE ATENUACIÓN

Una las notas más salientes de la casación, según lo pusimos de presente con antelación, estriba en su confeso carácter extraordinario, del cual se derivan importantes secuelas, dignas de ser tenidas en cuenta, en aras de perfilar y de entender mejor su *ratio*, su esencia, sus limitaciones connaturales, su propio funcionamiento, y su atenuación en los últimos tiempos –que no desaparición–.

Es extraordinario el recurso de casación, por oposición a los recursos ordinarios: revocación y apelación, toda vez que él obedece a una lógica y a una dinámica enteramente diversa, en la medida en que está circunscrito al escrutinio de puntuales controversias, y a motivos o razones muy concretas, que lo tornan más excepcional y restringido, a diferencia de los ordinarios, de por sí más amplios, flexibles, menos formalistas y omnicomprendivos de variopintas censuras.

Además, está estructurado con fundamento en una arquitectura distinta de los recursos ordinarios, por cuanto los extraordinarios, como el de casación, se ventila por fuera de las instancias (origen), lo que evidencia que no sea una tercera de ellas, como se tiene decantado. En este sentido, de acuerdo con la Corte Constitucional, el recurso de casación “*Es extraordinario, por cuanto se surte por fuera de las instancias en tanto no plantea una nueva consideración de lo que fue objeto de debate en ellas, sino un juicio*

de valor contra la sentencia que puso fin al proceso por haberse proferido con violación de la ley" (sentencia 590 de 2005).

A juicio del consagrado profesor español, JAIME GUASP, los recursos ordinarios tienen "...cierto carácter de normalidad en el ordenamiento procesal", al paso que los extraordinarios se "...configuran de un modo más particular y limitado"³¹, que es precisamente lo que acontece con la casación.

Igualmente, conforme lo corrobora con precisión el también autor español, MANUEL DE PLAZA, el recurso de casación puede "... ser calificado de extraordinario..., porque en relación con los demás, sólo se autoriza por motivos preestablecidos, que, como veremos en su sazón, constituyen un *numerus clausus*, y que no pueden ser ampliados ni extendidos por interpretación analógica; y porque, además, y también en contraste con los recursos ordinarios, limita los poderes del Tribunal [Supremo], obligado a decidir dentro del círculo que el recurso le traza y que no es posible rebasar"³².

Esta denominación de extraordinario para el recurso de casación, a diferencia del régimen procesal anterior, pese a que gozaba –y goza– de gran aceptación, hoy, *expressis verbis*, es acogida por el Código General del Proceso. Es así, sólo para citar uno de varios ejemplos, que el artículo inaugural de la casación, el 333, dispone: "*Fines del recurso de casación. El recurso extraordinario de casación tiene como fin...*" (se destaca).

Siendo pues la casación un indiscutido recurso extraordinario, de acuerdo con lo ya esbozado, apodícticamente se tiene establecido, como corolario lógico de este carácter, que la casación no es puridad una tercera instancia, así en el medio jurídico, y en el foro coloquialmente se exprese lo contrario con alguna frecuencia, dándole a la expresión 'instancia' más el significado de última oportunidad (órgano de cierre).

Sin embargo, bien examinada esta temática, vale decir de la mano de su condición de recurso extraordinario como se manifestó, la casación no es una prototípica tercera instancia, una

³¹ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*, T.II, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 808.

³² DE LA PLAZA, Manuel. *La casación civil*, *op. cit.*, p. 35.

prolongación del mismo e idéntico proceso que afloró en la primera, y que luego continuó en la segunda (recurso vertical convencional), con unidad de propósito y con análoga estructura y arquitectura, en lo vertebral.

De ahí que, lo que se enjuicia en casación, en estrictez, es una sentencia judicial, y no la *litis* y su desenvolvimiento (*posterius*), a lo que se suma que la competencia de la Corte, como tribunal casacional, no es amplia o ensanchada, sino acotada en función del contenido de la sentencia en mención, y de la demanda formulada (cargos), entre otros factores.

Bien ha expresado la Corte Suprema de Justicia, que *“...ante todo, la casación no es una instancia más del proceso, a la cual pueda llegarse a debatir las cuestiones fácticas y jurídicas propias del proceso en términos similares a los que son utilizables ante el Tribunal o ante el Juzgado respectivo. Más exactamente, la casación, por su propia esencia, tiene que cumplir un papel diferente del que es propio de los recursos ordinarios, en particular del de apelación. De no ser así, casación y apelación se llegarían a confundir en sus proyecciones prácticas. De ahí que, al trazar la distinción entre la casación como recurso excepcional, y la apelación como recurso ordinario, se haya dicho que mientras que en ésta su materia propia es el proceso como *thema decidendum*, la de la casación es la sentencia como *thema decisum*”* (sentencia del 7 de marzo de 1994).

Otro tanto había manifestado con antelación la Corte, al puntualizar que, *“El recurso de casación no tiene por objeto, como si se tratara de una tercera instancia, revisar libremente el pleito o las cuestiones debatidas en los dos grados, promoviendo un nuevo análisis de las pruebas para deducir su poder de convicción judicial. La Corte como tribunal de casación no se ocupa directamente del fondo mismo de los negocios, y su misión no es la de enmendar libremente cualquier irregularidad o deficiencia en que incurran los tribunales superiores, sino la de examinar la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley, y dentro de los temas que proponga la demanda fundamental”* (LXII, 467).

Y lo propio ha corroborado la doctrina vernácula, en concreto el ilustre profesor José Alejandro BONIVENTO FERNÁNDEZ, al señalar que *“El carácter extraordinario proviene, en pocas palabras, en cuanto no es abierta la impugnación, sino limitada a determinados*

motivos o causales, de suerte que solamente se puede acusar una sentencia de segunda instancia en procesos particulares que, por cierto, la nueva ley amplió considerablemente, como se expondrá más adelante, y además se cumplan otros supuestos especiales, como el interés para recurrir y la cuantía”³³.

Y también la doctrina internacional, puesto que, aparte de las opiniones colacionadas, diáfana y sintéticamente se ha recordado que, a diferencia de la apelación, y de las instancias, la casación no es un *“novum iudicium, o una ‘revisio prioris instantiae’*”³⁴.

A tono con esta realidad procesal, consustancial a la morfología del recurso de casación, se tiene igualmente decantado que la actuación del recurrente, de ningún modo, puede asimilarse a un alegato de instancia, en el que, con olvido de la técnica y de las directrices que lo informan, se dedica a formular alegaciones y reflexiones propias de una instancia, o a reproducir ante la Corte lo allí acontecido, como si el espacio casacional fuera una elongación de ellas (las instancias).

Bien ha anotado la Corte, que *“...la formalidad de la claridad y precisión impone al censor sustentar cada acusación, no de cualquier manera ‘y, menos, de una que se asimile a un alegato de instancia, sino explicando y demostrando las específicas trasgresiones de la ley –sustancial o procesal– en que incurrió el sentenciador al proferir el fallo controvertido, de donde los argumentos que se esgriman no pueden quedarse en meras generalizaciones, o afianzarse en la totalidad de lo acontecido en el litigio, o aludir globalmente a lo probado en el proceso, o reprochar de forma abstracta las decisiones adoptadas, actitudes todas que harán inadmisibles la acusación que en tales condiciones se formule, puesto que ‘...el recurrente, como acusador que es de la sentencia, está obligado a proponer cada cargo en forma concreta, completa y exacta para que la Corte, situada dentro de los límites que demarca la censura, pueda decidir el recurso sin tener que moverse oficiosamente a completar la acusación planteada, por impedirle el carácter eminentemente dispositivo de la casación. (G.J. t. CXLVIII, p. 221)”* (Auto AC791-2020 del 6 de marzo de 2020).

³³ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. *Breves apuntes sobre el recurso de casación en el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) con vista en el Código de Procedimiento Civil, op. cit.*

³⁴ SALVATORE SATTA. *“Cassazione”*. En: *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VI, 1960, p. 458.

Estrechamente vinculado con el precitado carácter extraordinario del recurso de casación, se tiene establecido que, además de tal, es dispositivo y formal, en atención a que es al recurrente al que le corresponde efectuar la censura respectiva, a la par que delimitarla suficiente y cabalmente, de conformidad con las pautas señaladas legal o jurisprudencialmente para el efecto, por manera que, como se ha expresado, la demanda de casación, de factura del actor que recurre en casación, es la hoja de ruta, la carta de navegación con base en la cual actuará la Corte, el sendero por el que transitará, toda vez que a ella deberá plegarse, no pudiendo alterar su ser, o soslayar inicialmente su materialidad, por estarle vedado ancestralmente, lo que ha corroborado su condición de recurso dispositivo y formalista, rectamente entendido, amén que exigente en la realidad, en la inteligencia de que pesa sobre el recurrente en cita una elevada carga, cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso, tiene asignadas incidentes secuelas.

Y decimos inicialmente, porque esos rasgos centrales de la casación: extraordinario y dispositivo, a raíz de la reforma promovida por el Código General del Proceso, fueron atenuados en forma apreciable, con motivo de la entronización de la casación oficiosa en sede civil, tema que, aunque se bosquejó al comienzo del presente escrito, según se anunció, será objeto de ulterior, aunque somero análisis.

Entre tanto, es comprensible el esmero y el cuidado que deben ser empleados al momento de trazarle el camino a la Corte, en orden a que, en línea de gran principio rector –a partir de la morigeración de estos caracteres: la casación oficiosa, se itera–, su actuación se vea limitada por el contenido y orientación de la demanda, importante en todo proceso, es cierto, pero cardinal y nuclear en el espacio casacional, de por sí extraordinario, restricto, reglado, dispositivo y formal como hemos indicado, y como lo ha puesto de presente la jurisprudencia nacional e internacional, una y otra vez.

Así, recientemente –y con precisión–, la H. Sala Civil constató, que *“El recurso de casación tiene la condición de ser un medio de impugnación extraordinario, formal y de carácter dispositivo, en tanto que el recurrente debe sujetarse a los requisitos previstos en la ley, los que unidos a su precisión doctrinaria y jurisprudencial dan lugar a lo que se ha dado en denominar técnica de casación, la que desprovista en buena*

parte de su rigor, por obra del decreto 2651 de 1991, hoy por artículo 344 del CGP, brindan los parámetros al recurrente para la formulación del recurso” (Auto AC791-2020 del 6 de marzo de 2020).

En tal virtud, al amparo de este postulado informador de la casación tradicional –y aún hoy en día, con matices y morigeraciones–, es claro que el juez de casación, salvo en la hipótesis prevista por el nuevo Código General del Proceso (casación oficiosa), *motu proprio* no puede intervenir de ninguna manera: directa o indirectamente, puesto que esta sido una de sus notas dominantes, a tono con su morfología y teleología clásica, así refulja un yerro catedralicio que se pasee por el expediente, inobservado por el recurrente, u observado pero no exteriorizado en debida manera, porque como se ha reiterado por la Corte no basta con denunciar un yerro, sin demostrarlo, o evidenciarlo con entidad y pertinencia³⁵.

De ahí entonces que toda actuación oficiosa, en principio, se entienda vedada, proscrita, e improcedente, por ser ese el alcance del postulado *sub examine* (dispositivo)³⁶, excepción hecha del supuesto consignado en el art. 344, parágrafo segundo del CGP., según ya lo indicamos (‘requisitos de la demanda’, facultad de integrar ‘de oficio’ los cargos en ‘uno solo’).

Ese, por centurias, fue pues el consustancial entendimiento del recurso en el pasado, aun cuando no en la actualidad, lo reiteramos, conforme se expone más en detalle seguidamente, por ser una

³⁵ Ha dicho la Corte, ciertamente, que “...toda acusación o cargo debe trascender de la simple enunciación, al campo de la demostración, haciéndose patentes los desaciertos, no como contraste de pareceres, o de interpretaciones, ni de meras disputas conceptuales o procesales, sino de la verificación concluyente de lo contrario y absurdo, de modo que haga rodar al piso la resolución combatida. (CSJ. AC. Ene. 12 de 2016. Rad. 1995-00229-01).

³⁶ Como lo recuerda el Dr. SAMIR ALBERTO BONETT ORTIZ, de la mano del profesor LINO ENRIQUE PALACIO “Llámase principio dispositivo a aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez. La vigencia de este principio se manifiesta en los siguientes aspectos: iniciativa, disponibilidad del derecho material, impulso procesal, delimitación del *thema decidendum*, aportación de los hechos y aportación de la prueba” (cursiva del texto). Llevado el principio dispositivo a la casación, significa que la Corte o Tribunal de Casación no puede actuar de oficio, sino que está limitada por la demanda de Casación”. “El principio dispositivo de la casación”. En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, No 39, Bogotá, 2013, p. 290.

de las más grandilocuentes modificaciones experimentadas por la casación nacional hace escasos años, incluida la civil, hoy menos formal, y más próxima a los justiciables.

9. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

En concordancia con lo expresado –y por expresar en la materia–, rasgo sobresaliente de la casación es su carácter limitado o restricto, por oposición a los recursos de stirpe ordinaria, limitación que se refleja en diversos ámbitos, uno de ellos, el atingente a la procedencia del recurso que, en tal virtud, es restringida, y de ninguna manera abierta, o amplia.

Muy por el contrario, circunscrito a precisos –y prefijados– supuestos *ex lege*, en la actualidad inmersos en el artículo 334 del CGP, con arreglo al cual: “El recurso extraordinario de casación procede contra las siguientes sentencias, cuando son proferidas por los tribunales superiores en segunda instancia:

1. Las dictadas en toda clase de procesos declarativos.
2. Las dictadas en las acciones de grupo cuya competencia corresponda a la jurisdicción ordinaria.
3. Las dictadas para liquidar una condena en concreto.

Parágrafo. Tratándose de asuntos relativos al estado civil sólo serán susceptibles de casación las sentencias sobre impugnación o reclamación de estado y la declaración de uniones maritales de hecho”.

No obstante lo anterior, aun cuando la procedencia del recurso está sujeta a puntuales fronteras, como se anticipó, lo que es comprensible tratándose de un recurso extraordinario, además de ajeno a una instancia propiamente dicha –conforme lo hemos subrayado–, hay que reconocer que la reforma promovida por el Código General del Proceso amplió y precisó su espectro, lo que es positivo, puesto que, en línea de principio, o sea sin distorsionar su extraordinariedad –en lo nuclear–, y lo que ella implica, su amplificación es bienvenida, toda vez que, sin aspirar al ‘maximalismo’, la actuación de la Corte tampoco es conveniente que se aproxime al ‘minimalismo’, a sabiendas de que el universo

judicial es muy dilatado y que su intervención en el sistema judicial colombiano es bienhechora, con mayor razón en la hora de ahora cuando se han ensanchado y enriquecido sus fines, como se reseñará, y cuando ha continuado su tránsito por la senda de la desmitificación y de la ‘des-dogmatización’ del recurso, igualmente bienvenida, a lo que se suma su ‘constitucionalización’, lo que no se logra de un momento para otro (*in promptu*), puesto que es un proceso, como tal evolutivo, reflexivo y eslabonado.

Y decimos que su procedencia se ha ensanchado expresa y formalmente, por dos razones. La primera, porque hay nuevas hipótesis de conocimiento y escrutinio casacional. Y la segunda, en atención a que el nuevo CGP, positivizó, o elevó a rango legal, supuestos que, sin estar consignados literalmente en el Código de Procedimiento Civil –y disposiciones complementarias–, fueron admitidos por la Sala Civil, merced a la razonable interpretación suya de algunos de sus preceptos.

Es así, por vía de ilustración, como en la actualidad algunas sentencias que en el pasado no formaban parte del elenco casacional, hoy pueden ser objeto del recurso en cuestión, habida cuenta que el numeral 1 del artículo 334 del CGP, es más omnicompreensivo que el derogado, pues autoriza que sea formulado de cara a las sentencias “...dictadas en *toda* clase de *procesos declarativos*” (se destaca), ‘totalidad’ que confirma lo manifestado.

En esta orientación, el respetado profesor Hernán Fabio LÓPEZ, no se equivoca al afirmar que, “...ante lo general de la norma referida [art. 334) a ‘toda clase de procesos declarativos’ tendrán, de cumplirse los requisitos exigidos por la ley, la posibilidad del recurso todas las sentencias de segunda instancia proferidas en los diversos procesos verbales, tales como restitución de inmueble arrendado, pertenencia, rendición de cuentas, posesorios, entrega del tradente al adquirente, al igual que las de los procesos declarativos especiales como lo son el de expropiación, deslinde y amojonamiento y divisorio y las que resuelven en tribunales superiores, la segunda instancia de procesos verbales adelantados ante autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales”³⁷

³⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código general del proceso. Parte general, op. cit.*, pp. 845 y 846.

De igual manera, a diferencia de lo que otrora acontecía, en los tiempos que corren y de cara a las acciones de raigambre constitucional –a modo de extensión de la Carta Política, en lo pertinente (art. 88)–, es viable recurrir las sentencias “...dictadas en las acciones de grupo cuya competencia corresponda a la jurisdicción ordinaria”, ampliación a su turno conveniente, por la valía que este tipo de acciones reviste, y por el tipo de decisiones que por esta vía suelen adoptarse, de especial resonancia y significación, en asocio con las acciones populares, “...orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo o de un número plural de personas...que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas” (artículos 1 y 3, ley 472 de 1998).

Por su parte, en el parágrafo del artículo 334, se hace claridad en torno a que en relación con los “...asuntos relativos al estado civil sólo serán susceptibles de casación las sentencias sobre impugnación o reclamación de estado y la declaración de uniones maritales de hecho”, segmento normativo que confirma qué tipos de sentencias son susceptibles de ser impugnadas en la esfera del estado civil de las personas, incluida la temática de las uniones maritales, no contempladas en sede del Código de Procedimiento Civil anterior, previo, en su origen, al reconocimiento jurídico-normativo de este tipo de uniones, objeto de especial protección (ley 54 de 1990).

En resumen, frente a la procedencia del recurso de casación, o si se prefiere de las sentencias pasibles de impugnarse a través suyo, el connotado Ex Magistrado, Dr. José Alejandro BONIVENTO FERNÁNDEZ, reitera que, “Sin duda, la procedencia del recurso de casación encuentra en el CGP una ampliación de las providencias susceptibles de impugnarse extraordinariamente, al reemplazarse la expresión sentencias dictadas en procesos ordinarios o que asuman ese carácter, como dice el CPC, por sentencias dictadas en toda clase de procesos declarativos. Y es sencilla esta conclusión: si bien es cierto que el CPC permite la casación tanto en los procesos ordinarios o los que asumieran el carácter contencioso, tales como las sentencias aprobatorias de particiones, de nulidad de sociedades, el CGP, al disponer la procedencia en toda clase de proceso declarativo,

abarca también, por la regulación que este ordenamiento adjetivo formula, los procesos: *verbales*: resolución de compraventa de los artículos 1947 y 1944 del Código Civil, declaración de pertenencia, servidumbres, posesorios, entrega de la cosa del tradente al adquirente, rendición provocada y espontánea de cuentas, pago por consignación, declaración de bienes vacantes y mostrencos, restitución de inmuebles arrendados, otros procesos de restitución de tenencia, investigación o impugnación de la paternidad o maternidad, nulidad o divorcio de matrimonio civil; *verbales sumarios*: lanzamiento por ocupación de hecho de predios rurales, prestación, mejora y relevo de cauciones y cesantías, privación, suspensión, rehabilitación de la patria potestad, remoción del guardador y privación de la administración de los bienes del hijo, inhabilitación y rehabilitación de persona en situación de discapacidad mental relativa, alimentos a favor del mayor y menor de edad, cancelación, reposición y reivindicación de títulos valores; *declarativos especiales*: deslinde y amojonamiento; *divisorio*; *monitorio*³⁸.

Por último, importa recordar que la apellidada casación *per saltum*, es decir el recurso que, no obstante referir a una sentencia de primera y no de segunda instancia, se habilitaba para ser conocido en este espacio procesal, no fue refrendada por parte del CGP, como quiera que, pese a la existencia de la norma que excepcionaba el requisito de que las sentencias impugnables eran solamente de las de segunda instancia (artículo 367, C.P.C)³⁹, ella no tuvo aplicación en la *praxis*, lo que sirvió de estribo para no incluirla en la norma que consagró la procedencia del recurso en mención, casación *per saltum* que, si bien no tuvo la acogida esperada, es cierto, no por ello era indefectible su supresión, toda vez que la sola posibilidad de materializarse, así lo pensamos, era suficiente para su conservación, tanto más cuanto no representaba ninguna amenaza, ni sus efectos eran disvaliosos, o lesivos.

³⁸ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. "Breves apuntes sobre el recurso de casación en el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) con vista en el Código de Procedimiento Civil", *op. cit.*, p. 113.

³⁹ El artículo 367 en mención, disponía: "Casación *per saltum*. Procede igualmente el recurso de casación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces de circuito...cuando las partes manifiesten dentro del término de ejecutoria su acuerdo de prescindir de la apelación. En este caso el recurso sólo podrá fundarse en la primera de las causales de casación".

De hecho, de haberse estimulado su procedencia (pedagogía institucional y académica), hubiera podido ser un útil mecanismo para que, las partes, derechamente, y sin más dilaciones (segunda instancia), acudieran a la Corte, una vez proferido la sentencia de primera instancia, práctica llamada a contribuir, entre varios beneficios, a la descongestión judicial, y a la celeridad de las decisiones, si ese era el genuino deseo del demandante y demandado.

10. CAUSALES ESPECÍFICAS DEL RECURSO DE CASACIÓN

En el campo de las causales, de las razones admisibles por parte del legislador para que el recurso pueda válidamente ser formulado, a tono con lo ya señalado, hay que recordar que la casación inviste un carácter 'extraordinario', en cuyo caso es un medio de impugnación sujeto a precisas reglas, a la par que limitaciones –y restricciones– consustanciales a su extraordinariedad, de lo que se colige que su procedencia está condicionada a que se encauce por las rutas previamente seleccionadas y señaladas *ministerio legis*, descartándose, en línea de principio por lo que mencionaremos luego (casación oficiosa), que se pueda canalizar el recurso por otras vías o causales diferentes a las reconocidas *ex lege*.

De ahí que, acorde con la restrictividad inmanente en comentario, la que emerge de su condición de recurso extraordinario, rija en la materia la taxatividad (*numerus clausus*), no siendo entonces viable acudir a otras causales, por relevantes que luzcan en un momento determinado (*numerus apertus*), so pena de su inadmisión, ni tampoco, *pari passu*, a la analogía, o la interpretación extensiva de la ley (*ius strictum*), como se pinceló, lo que confirma que, en los terrenos de la motivación casacional, sea de recibo una interpretación restrictiva, y en manera alguna una amplia, o lata.

Al respecto, en providencia del 29 de agosto de 1985, señaló la Corte Suprema de Justicia, que "...el carácter extraordinario del recurso de casación se proyecta en la práctica, en las precisas limitaciones dentro de las cuales la ley lo regula, y referente no sólo a los motivos o causales para su procedencia sino también a la clase de providencias susceptibles de impugnarse".

En esta dirección, el artículo 336 del Código General del Proceso, establece pues cinco causales autónomas y con autogobierno propio, y lo hace en los siguientes términos:

“Artículo 336. Causales de casación. Son causales del recurso extraordinario de casación:

1. La violación directa de una norma jurídica sustancial.
2. La violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba.
3. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio.
4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación del apelante único.
5. Haberse dictado sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados”.

En términos resumidos, en el Derecho colombiano, aún antes de la reforma del Código General del Proceso, los cinco motivos con arreglo a los cuales puede impugnarse una sentencia de conocimiento casacional, atañen, en primer lugar, a la violación directa de una norma jurídica sustancial; en segundo lugar, a la violación indirecta de una norma sustancial; en tercer lugar a la incongruencia de la sentencia respectiva; en cuarto lugar a la presencia de decisiones más gravosas para el apelante único (*reformatio in pejus*), y en último lugar por haberse proferido la sentencia en un juicio viciado de nulidad, elenco que atestigua, en puridad, que en esta temática el sistema actual y el precedente, son muy próximos, obviamente dejando de la lado la casación oficiosa, piedra angular del profundo cambio experimentado en la materia⁴⁰.

⁴⁰ En opinión de la Corte Constitucional, “Las causales que hacen posible la presentación del recurso son, en buena medida, coincidentes”, respecto del régimen anterior. Por ello, salvo en lo tocante con la consabida casación oficiosa, hay una “...notable similitud de las causales” (sentencia C-213/17).

Como se observa, son pues cinco motivos enteramente diversos y autonómicos, en su inmensa mayoría relacionados con la floración de errores judiciales *in procedendo*, o de ‘vicios de actividad’, aun cuando igualmente se cobijan yerros *in judicando*, relacionados con ‘vicios de juicio’ (o de ‘juzgamiento’), predicables de los jueces de segunda instancia, errores que igualmente tienen una fisonomía especial, que no permite su confusión o equiparación, como quiera que tienen una etiología y una proyección disímil. Unos atañen a la actividad funcional –instrumental o procedimental– del *iudex*, y otros al juzgamiento propiamente dicho (ejercicio de logicidad y razonabilidad).

Acerca de este binomio, de suyo medular en sede casacional, la Corte Suprema de Justicia esclareció que, “...si el interés del recurrente se orienta a demostrar que el juzgador incurrió en un vicio de actividad, el error que debe imputarse es ‘*in procedendo*’, el que presupone el quebrantamiento de alguna de las normas que disciplinan el gobierno del proceso. Por el contrario, si lo que se pretende es denunciar la transgresión de algún precepto que determine la forma como el fallador debió juzgar el asunto, y no la manera como debió obrar dentro de la causa, el error por el que debe dolerse ha de ser de los denominados ‘*in judicando*’...” (G.J, t. CCXLIX, 1997, Vol. II).

Así las cosas, haciendo eco de esta bipartición entre errores *in judicando* y errores *in procedendo*, ampliamente extendida en el Derecho nacional y comparado, podemos entender que son yerros de juzgamiento, o de juicio: *in judicando*, los mencionados en las causales primera y cuarta –esta última con algunas reservas por un sector de la doctrina–, y típicamente de procedimiento, o *in procedendo*, por referirse a aspectos más instrumentales y formales que sustantivos, los motivos enlistados en las causales segunda, tercera, y quinta⁴¹.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el Código General del Proceso conservó la precitada dimensión binaria en el terreno de los errores denunciabiles en casación, vale la pena expresar

⁴¹ El art. 344 del CGP, es diáfano al distinguir que la vía directa (causal primera), hunde sus raíces en cuestiones de índole netamente jurídicas, y la indirecta (la segunda), en cambio, si puede cimentarse en consideraciones de naturaleza probatoria. Expresa la norma que, “Tratándose de violación directa, el cargo se circunscribirá a la cuestión jurídica sin comprender ni extenderse a la materia probatoria”.

que en el Derecho colombiano no fue consagrado el sistema puro de casación –como tiene lugar en otras latitudes–, es decir aquél que pregona la procedencia casacional única y exclusivamente en punto al escrutinio de asuntos de ‘puro derecho’, quedando por fuera y, por contera marginados, la consecuente auscultación y ponderación de hechos, o de cuestiones fácticas, por manera que, como en Colombia, esto sí es viable, debemos aludir a un sistema mixto o dual, en sí mismo más amplio y dilatado, aun cuando más alejado de su prístina misión, lo cual puede ser cierto desde el más estricto purismo y ortodoxia etiológica, pero entendible y, en nuestro humilde parecer, conveniente, sin estar por ello abogando por la abolición de la casación, a pretexto de tornar el espacio procesal a ella asignado en una tercera y arquetípica instancia, como ya se mencionó.

Razones jurídicas, muy ligadas al genuino concepto de debido proceso, y atendida la fundamentación del procedimiento civil contemporáneo, cada vez más proclive a la búsqueda de la justicia material, y a la atenuación de concepciones acendradamente técnicas y formalistas (dogmas), en veces alejadas de la realidad y necesidades de los justiciables, son las que entonces sirven de estribo a esta mirada dual o mixta, que combina en casación las cuestiones privativamente de ‘derecho’ (‘puro derecho’) y las fácticas y probatorias, desde luego en forma separada, conforme se anotó, así en no pocas oportunidades estén estrechamente asociadas o imbricadas, de una u otra manera. Hechos y Derecho, no son antagónicos, sino generalmente complementarios y enlazados, en lo esencial⁴².

Quizá por ello, en la práctica, es que en otros países se ha ampliado el espectro del recurso, morigerándose el anunciado ‘purismo’, máxime si no debe forzar, ahogar y cosificar un instituto jurídico, que justamente por ser jurídico, y anidarse en el Derecho, por definición social, interesa a la comunidad, y no sólo a un sector, o segmento.

⁴² Bien anota el profesor Vicente GUZMÁN FLUJA, que tratándose de la calificación de los hechos, habitualmente “...confluyen hecho y derecho en un encuentro directo que pone de manifiesto la dificultad existente en ciertas ocasiones para efectuar una separación nítida entre ambas cuestiones, debido al fuerte entronque entre ellas”. *El recurso de casación civil, op. cit.*, p. 167.

Evolución y casación, no son opuestos, sino parte de una misma realidad, que el legislador no debe desoír, y que exige ajustes, cambios, transformaciones periódicas, según ya lo comentamos, las que no deben extrañar, *per se*, como si el recurso fuera un ‘monumento’, siendo, por el contrario, un instituto y un instrumento vivo, y ‘sintiente’, susceptible de evolucionar responsablemente al ritmo del Derecho, en general, diverso al de otros estadios, lo cual debemos reconocer antes que pretender adherirnos férreamente al pasado, siempre y cuando, claro está, estén debidamente sustentados y cabalmente desarrollados –idea ésta ya bosquejada en diferentes partes del presente ensayo–.

Finalmente, habida cuenta de la autonomía que revisten las cinco causales en referencia, es menester tener presente dos aspectos adicionales de singular relevancia:

El primero, atinente a que cada una de dichas causales es independiente, razón por la cual tienen vida propia, no pudiéndose, *ad libitum*, amalgamar, mixturar o conjuntar en un mismo cargo (hibridismo), sin perjuicio de que en la misma demanda de casación, separada y delimitadamente, se pueda acusar a una sentencia por diferentes motivos o causales que no devengan incompatibles entre sí, por vía de ejemplo la denuncia de quebranto directo de una norma jurídica sustancial (juicio netamente jurídico), y a la vez, aunque en forma escindida y razonada, la violación indirecta de una norma sustancial “...por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba” (error de actividad).

Es en este sentido que el artículo 344 del CGP, en su numeral segundo dispone: “*Requisitos de la demanda.* La demanda de casación deberá contener: ...2. La formulación, por separado, de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara, precisa y completa...”.

Ha manifestado la Corte Suprema, igualmente, que “*Si el ataque se enfila por una causal específica, trátase de una de carácter in judicando o bien in procedendo, resulta ineluctable siempre al impugnador situarse exclusivamente en este motivo de casación, evitando a toda costa refundir los fundamentos que al mismo le dan piso con otros propios de diferente causal, por cuanto mixturas en este ámbito hieren sin ambages la claridad y*

la precisión, tanto más si en la cuenta se tiene que tratándose de conceptos en cierta forma antagónicos, mal pueden entremezclarse e invocarse a un tiempo, pues en esas condiciones no puede ni debe la Corte tomar partido por una u otra vía” (Auto de 28 de junio de 2012).

Y el segundo aspecto, concerniente a que en el espacio casacional, a diferencia de lo acontecido en el trámite de las instancias ordinarias, no se deben formular cargos subsidiarios, o en forma subsidiaria, por cuanto ello atentaría contra la principalidad e independencia de los motivos que, ante todo, son eso: principales, no cabiendo entonces la subsidiaridad, en puridad, práctica que, aún así, no es del todo infrecuente en el foro.

Por ello es que la Corte, en más de una oportunidad, ha expresado que, *“Por lo que respecta a los cargos formulados en forma subsidiaria, es pertinente reiterar la doctrina consistente en que esta manera de acusación es improcedente en casación, ya que su examen no depende de ninguna condición como sucede con las peticiones eventuales acumuladas en la demanda. En este recurso extraordinario es deber de la Corte estudiar todos los cargos propuestos cuando no prospere ninguno de ellos, o cuando su éxito sólo determine la información parcial del fallo recurrido...” (sentencia del 18 de mayo de 1972).*

Y a su vez que, *“...en el recurso extraordinario que ocupa su atención, es improcedente plantear cargos de manera subsidiaria, ya que compete a esta Corporación el estudio de la integralidad de las de las acusaciones formuladas cuando no prospere ninguna de ellas, o cuando su éxito solo determina la infracción parcial del fallo impugnado...” (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de noviembre de 2001).*

11. LA CASACIÓN OFICIOSA Y EL NUEVO RUMBO DEL RECURSO EN MATERIA CIVIL

Íntimamente ligado con la temática que antecede, aflora la apellida casación oficiosa, uno de los grandes cambios registrados en la reforma del Código General del Proceso, si no el más sobresaliente y profundo, por lo que significa y significará en el horizonte casacional, tanto que puede entenderse como un giro copernicano, en sí mismo radical, de ciento ochenta grados que, en otro estadio, hubiera sido estimado de herejía, y de insensatez

mayúscula, a la vez que de engendro o leviatán –o de *frankenstein iuris*–, o si se prefiere de ‘pecado mortal’ –y no venial–.

Expresado de otro modo, era tan natural, tan diáfano que el juez de casación no podía actuar de manera diversa a la mencionada, es decir en forma oficiosa, que esperar otra respuesta era absolutamente impensable, por estar, *ab initio*, en franca contravía con los dictados seculares de este recurso extraordinario, refractario al laborio *ex officio*, así fuera cierto, como efectivamente lo es, que en las instancias este tipo de actuación no esté proscrito, sino que inclusive goce de franca aceptación *ex lege* y judicial –pese a una que otra voz disidente–.

Y ello era del descrito tenor, habida consideración que la doctrina y jurisprudencia, a la sazón, elevaron –y elevamos– a regla de oro tal restricción⁴³, incluso con visos de ‘dogma’, signado por su absolutez, intangibilidad y rotundidad.

No en vano, hace algunos años expresó el docto Ex Magistrado de la Corte Suprema y cultor y abanderado de la casación patria, Dr. Humberto MURCIA BALLEEN, que “...la limitación de la actividad jurisdiccional de Tribunal de Casación es una de las notas más sobresalientes del carácter extraordinario del recurso, puesto que al decidirlo tiene que ceñirse a las lindes que, tanto en las causales invocadas, como en los aspectos jurídicos alegados como fundamento de la censura, esgrima el recurrente en su demanda, sin que le sea permisible, sin rebasar sus poderes jurisdiccionales, examinar de oficio los demás aspectos que, no obstante contener la sentencia, no han sido denunciados como motivo de ataque”.

“La limitación de los poderes del juez de casación se traduce, en suma, en que a éste le está vedado revisar la sentencia recurrida por causales no invocadas, ni por fundamentos que la impugnación no trae, ni por errores que el recurrente no ha denunciado; y, en fin, que en su misión no le es dado alterar o modificar los hechos que como *causa petendi* de su específica y determinada pretensión

⁴³ En sentencia del 28 de octubre de 2005, la Corte Suprema de Justicia –con Ponencia nuestra–, concluyó que no era posible abordar asuntos no recreados en el recurso respectivo, dado “... el carácter eminentemente dispositivo que estereotipa el recurso de casación”.

impugnativa precisa y concreta el censor en su demanda, y sobre la cual el opositor al recurso ha ejercitado su defensa”⁴⁴.

Y también manifestó la Corte Suprema –en sentencia del 28 de agosto de 1974 que memora el Dr. MURCIA–, que la misma, perentoriamente, “...no puede examinar de oficio defectos de la sentencia que no hayan sido denunciados formalmente por el recurrente, y decidir la invalidación del fallo por errores no invocados en la demanda de casación...”.

Y lo mismo hizo años antes la propia Corte, al enfatizar que, “La Corte no puede examinar de oficio defectos de la sentencia que no hayan sido denunciados formalmente por el recurrente, y decidir la invalidación del fallo por errores no invocados en la demanda de casación” (sentencia, LXXXI, 426).

De hecho, en lo toral, esta misma idea estaba muy presente desde los mismos inicios de la Corte Suprema de Justicia colombiana como Tribunal casacional. Tanto que, en sentencia del 2 de julio de 1898, la Corte señaló que, “No le es dado a la Corte Suprema, en casación, hacer supuestos acerca de agravios inferidos a las partes por una sentencia, cuando tales agravios no se han alegado por las mismas partes”, postura que, en lo cardinal, refrendó a comienzos del siglo XX, al poner de presente que, “Al Tribunal de casación está atribuida la facultad de resolver los problemas pertinentes que se planteen sobre la debida inteligencia e interpretación de la ley, pero a él no le corresponde proponerlos; de manera que resolver sobre cuestiones que no se le han propuesto envolvería extralimitación de facultades” (sentencia del 20 de octubre de 1903).

Sin embargo, como felizmente todo no es ‘eterno en el mundo’, ni esculpido en piedra *per secula seculorum*, esta concepción, recalcitrantemente rígida y acartonada, en ocasiones constitutiva de una especie de ‘denegación de justicia’ material generada por el sistema imperante –aunque no por los administradores de justicia, individual o colectivamente considerados por estar sujetos a un marco que regula su actuación reglada–, cambió y, por ende, se generó el viraje anunciado, por cierto no de poca monta, se insiste en ello, en el sentido de que, de cara a precisas circunstancias, el juez de casación civil –a emulación del juez penal en el pasado

⁴⁴ MURCIA BALLEEN, Humberto. *Recurso de casación civil*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1999, pp. 55 y 56.

reciente–, puede actuar de oficio, mejor debe hacerlo, en guarda de aquilatadas razones dignas de consideración, detonantes, en buena hora, de la profunda metamorfosis registrada, aun objeto de asimilación y análisis.

Metamorfosis, efectivamente, que no tuvo lugar por generación espontánea, sino como resultado de un largo proceso y de arduas discusiones en los predios de la judicatura, de la academia y del foro, las que se trasladaron a la granada Comisión encargada de revisar el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, la que se inclinó, finalmente, por su consagración en el consabido artículo 336 del CGP, se reitera, a emulación de lo sucedido en lo penal.

Dicho artículo, en su apartado final, es del siguiente tenor: “La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Sin embargo, podrá casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales”.

Consagra pues este texto dos coordenadas, una de carácter más general, y una especial, y exceptiva. La primera, reiterando el postulado dispositivo que tradicionalmente ha escoltado el recurso, en particular, el que inhibe a la Corte de “...tener en cuenta causales distintas...” a las “...expresamente alegadas” que, de no ser por la apostilla del segmento normativo en cita, sería absoluto, como lo fue por decenios, y hoy justificadamente atenuado –o morigerado–.

Y la segunda coordenada, alusiva a la excepción –y confirmación– a la prenombrada regla, que es la que abre, permite o posibilita la actuación oficiosa de la Corte Suprema, que justamente se inicia con la expresión ‘*sin embargo*’, indicativa de una salvedad, en el caso que detiene nuestra atención, de la procedencia, de la licitud y de la legitimidad de actuar *ex officio*, no hace mucho un despropósito, una sinrazón, una típica ‘vía de hecho’, según lo revelamos.

Evidenciar un error mayúsculo, confirmar, *in pectore*, su indiscutida y desestabilizadora presencia, sin poder hacer nada diferente a contemplar su entidad y significado en forma meramente pasiva, a modo de simples espectadores, se traducía en fuente sistemática de frustración, no sólo para los justiciables,

sino para los propios magistrados que, impotentes, con las manos atadas, no podían actuar en dirección diferente.

Tal situación, en gran medida, propició entendibles sinsabores y rechazos del foro, de la academia y de la comunidad, en general, y favoreció, por su parte, una lectura más radical y formalista del recurso, contrastada con otros recursos y acciones, *verbi gratia* la acción de tutela, con carta de ciudadanía hace treinta años, la antítesis de la formalidad, aunque son dos escenarios enteramente diversos: el casacional y el tutelar, que no se deben equiparar, en estricto sentido, lo que no se opone, empero, a la constante búsqueda de un recurso de casación más amplio, menos formal, y más célere u oportuno en su resolución, según lo hemos indicado y remarcado. Ese ha sido un *desideratum* generalizado, que justifica la adopción razonable y prudencial de instrumentos útiles a dicho propósito, como lo es la novísima casación de oficio, dotada de insoslayable y tozuda realidad.

Muy seguramente en pocos años, esta facultad oficiosa será contemplada como algo natural, o propio de la casación en la posmodernidad, sin mayores anotaciones, sobresaltos, y reflexiones especiales, pues será asimilada y admitida como tantas novedades *ex lege* que, *a posteriori*, se convirtieron en la cotidianidad, en la normalidad temáticas, y correlativamente en indiscutida *realitas*.

Al fin y al cabo, conforme sabiamente lo expresó el profesor LUIS JOSSEMAND, “La verdad de ayer no es la de hoy, la que deberá, a su turno, ceder el lugar a la de mañana”. El Derecho, es pues un constante devenir.

Empero, en mayúsculas, por la lozanía del cambio en comentario, hoy sí ameritan ser destacadas y resaltadas por su impacto y significación, con más veras cuando la Corte recientemente ha comenzado a ser uso más sostenido de esta nueva facultad, ciertamente ‘revolucionaria’ para quienes nos formamos al amparo de principios y derroteros casacionales enteramente diversos, signados por su rigor y estrictez –que es diversa a injusticia–, no por ello necesariamente mejores, o más plausibles, y sobre todo, más ‘justos’ y convenientes, lo que no impide, desde luego *ex abundante cautela*, darle la bienvenida, por situarse en la dirección correcta, e inscribirse en una dimensión más humanista

y personalista del Derecho, en general, en especial del Derecho procesal civil, urgido de aproximaciones menos almidonadas, *a fuer* que radicales y terminales, y también sintonizadas con caros valores y principios superiores, en su inmensa mayoría de raigambre constitucional, los que no son un adorno, ni tampoco un estorbo. Por el contrario, imperativos que, en la posmodernidad, hay que observar y acatar, en procura de una más adecuada protección de los intereses de la persona, de su proyecto de vida, y de su dignidad.

Sobre este particular, en la esfera de la casación oficiosa penal, aun cuando predicable de la casación civil, espejo suya en lo aplicable –como se anunció–, la Corte Constitucional avaló la existencia de un nuevo orden procesal más tuitivo, de una nueva realidad casacional patria y de su indiscutida relevancia constitucional, al indicar que, *“...aunque la Corte ha señalado que la casación no es una tercera instancia, ha resaltado el valor que tiene como instrumento para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, toda vez que constituye un instrumento para que el órgano de cierre realice –como ya se dijo– un control material a las sentencias judiciales y unifique la jurisprudencia como forma de asegurar el mandato constitucional de igualdad ante la ley. Es por eso que, en un Estado Social de Derecho como el colombiano, el control de legalidad de las sentencias a cargo de la Corte Suprema de Justicia debe concebirse en una dimensión amplia, de modo que involucre la integración de principios y valores constitucionales y, por lo tanto, la protección de los derechos constitucionales que de ellos se derivan. Esto implica que las formas procesales de la casación, aunque importantes, no pueden constituirse en un obstáculo o en el único requisito para su acceso, pues ya no se trata solamente de un mecanismo para proteger la aplicación formal de la ley sino para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas. En otras palabras, el principio de supremacía del derecho sustancial sobre el procesal tiene en los fines de la casación una de sus manifestaciones más claras”* (sentencia C-880 de 2014).

Y en sentencia C-213 de 2017, la misma Corte Constitucional manifestó que, *“...más allá de su regulación legislativa, una perspectiva constitucional de la casación en general, y de la civil en particular, le impone, sin perjuicio de decisiones complementarias del legislador, múltiples funciones: de unificación de la jurisprudencia, de protección del principio de legalidad, de reparación de perjuicios y de*

constitucionalización del ordenamiento jurídico, asegurando la eficacia de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares. En reciente providencia se indicó “que en el Estado Social de Derecho, el recurso extraordinario de casación, no es sólo un mecanismo procesal de control de validez de las providencias judiciales, sino que se constituye en un elemento esencial en la aplicación igualitaria de la ley, en la defensa de la legalidad y en la garantía de la vigencia de la Constitución, incluidos los derechos fundamentales”.

En sentido análogo al ya referido por nosotros, un sector de la doctrina nacional, consciente del citado viraje, ha entendido que este cambio, transformación y nueva visión no es insustancial, trivial o rutinaria. En esta orientación, concretamente, el Dr. CAMILO VALENZUELA, en torno al contenido de la parte final del artículo 336 del CGP, ha puesto de relieve que, “Indudablemente esta disposición, desafía la concepción tradicional de la casación, que ha sido entendida como un recurso eminentemente dispositivo y de carácter extraordinario. La nueva casación, en cambio, propone un esquema absolutamente novedoso en el ámbito civil. Los poderes inquisitivos de casación así como los amplios motivos que habilitan dichos poderes ponen completamente en entredicho el papel de la casación en el ordenamiento jurídico colombiano. Razón por la cual esta institución será de máximo interés...”⁴⁵.

Otro tanto, con énfasis, ha expresado el distinguido profesor y Ex Magistrado de la Sala de Casación Civil, Dr. Edgardo VILLAMIL PORTILLA, de acuerdo con el cual, “Esta norma seguramente ocupará a espacio la doctrina y la jurisprudencia vernácula, pues rompe la canónica del recurso de casación. En la ortodoxia, el *nomen iuris* que hemos elegido en este ensayo es un oxímoron, pues la casación civil excluye la oficiosidad. El proceso civil es manifiestamente dispositivo, pero en materia de recursos ordinarios la dispositividad aumenta en grado importante, de modo que todo aquello que no es objeto de protesta por el recurrente queda excluido de la competencia del superior, como nítidamente ha explicado a espacio la jurisprudencia y queda ahora previsto legalmente a propósito del recurso de apelación. Pero cuando se trata del recurso de casación

⁴⁵ VALENZUELA BERNAL, Camilo. “La oficiosidad en la nueva casación civil”. En: Memorias del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Pereira, 2015.

y en general de los recursos extraordinarios, la discrecionalidad de la Corte desaparece de modo que su competencia está delimitada estrictamente por el contenido del recurso”.

“A pesar de la dispositividad supremamente marcada del recurso de casación, el legislador en el Código General del Proceso rompió todos los moldes para consagrar la casación oficiosa”, lo que explica “...que el modelo de casación previsto en el último inciso del artículo 336 del CGP es enteramente distinto de la institucional secular, y que por lo mismo no se puede acudir sin más a las categorías tradicionales del recurso de casación para explicar esta nueva modalidad”⁴⁶.

Y lo mismo ha hecho el Dr. Gilberto BLANCO Z., en su reciente obra de casación, al subrayar que, “La casación oficiosa es una apuesta por morigerar y atenuar el principio dispositivo que opera en sede de este particular medio impugnativo”, porque “... como ya se ha anunciado..., el advenimiento del Estado Social de Derecho reformuló la manera de entender los sistemas positivos fundamentalmente los ordenamientos adjetivos o de enjuiciamiento. Por su puesto que, el recurso de casación, formalista en su concepción primigenia, a pesar de mantener enhiesta esa tendencia, morigeró su rito para ponerse en sintonía como un instrumento más de defensa de los derechos fundamentales... Tal orientación, se patentizó en la disminución de formalidades, el surgimiento de nuevas causales que garanticen la realización de los fines del Estado Democrático, y en los poderes que se ponen al alcance del Juez de casación...”⁴⁷.

En este orden de ideas, en la ahora de ahora, gracias a la atenuación o dulcificación razonables del carácter extraordinario y dispositivo atribuidos al recurso de casación centenariamente, la Corte Suprema de Justicia, *ex novo*, tiene pues asignadas facultades oficiosas para casar la sentencia, facultades que, en todo caso, no son ilimitadas y, por tanto, irrestrictas, porque están circunscritas a precisas exigencias que, por su restrictividad, será necesario observar cuidadosamente, so pena de infringir el espíritu y el

⁴⁶ VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. “Algunas modificaciones a los recursos en el Código General del Proceso”. En: *Código General del Proceso, ley 1564 de 2012 Comentado*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2012, p. 338.

⁴⁷ BLANCO ZUÑIGA, Gilberto. *La casación civil, op. cit.*, p. 161.

contenido de la reforma que, aun cuando progresista, personalista –es decir centrada en la persona– y bien intencionada, no puede desconocerse, conoce plausibles fronteras.

A tono con las anunciadas restricciones, y con su carácter excepcional, son entonces dos los supuestos con arreglo a los cuales puede casarse oficiosamente una sentencia en la órbita casacional, consignados expresamente en el último inciso del citado artículo 336. Ellos son, en primer lugar, “...cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público”, y en segundo lugar, cuando la sentencia proferida y conocida por la Corte, “...atenta contra los derechos y garantías constitucionales”.

Ambas hipótesis, refrendan la importancia que reviste la casación en la posmodernidad, en razón de que no se circunscribe a la tutela de intereses típica y excluyentemente privados: los de las partes en contienda, sino que, sin eclipsarlos, los trasciende y enriquece, por cuanto reconoce que también en ella milita un inequívoco ‘interés general’, muy presente en el proceso contemporáneo (doble dimensión: pública y privada), conforme lo anticipamos al momento de examinar las finalidades primordiales del recurso, hoy por hoy.

La concreta y elocuente mención al ‘orden público’ y al ‘patrimonio público’, afianzan esta nueva realidad, acorde con la existencia y funcionamiento de un Estado social de Derecho y del correlativo paradigma protectorio, no sólo aplicable a la persona, a su dignidad y a otros valores supremos (axiología constitucional), sino también al ‘patrimonio público’. Lo mismo sucede tratándose de la referencia que explícitamente se hace de cara a los “...derechos y garantías constitucionales”, como objeto de salvaguarda o protección (bien jurídico tutelado).

En esta última dirección, la Corte Suprema de Justicia, recientemente, señaló que, *“Al disponer que esta Corporación “(...) podrá casar la sentencia, aún de oficio (...)”, está comprometiéndola “in radice” a la Corte de Casación con la construcción del Estado Social de Derecho, para cumplir las finalidades del recurso, autorizando quebrar la sentencia al margen de la prosperidad técnica de las causales esgrimidas por el recurrente cuando al momento de fallar, en su tarea de control constitucional y legal atribuida por el legislador, como derecho propio*

en el ámbito casacional, se hallen en juego valores, principios y derechos supremos, y en forma patente y paladina aparezcan comprometidos: 1. El orden público, 2. El patrimonio público, o 3. Se atente gravemente contra los derechos y garantías constitucionales” (sentencia del 5 de febrero de 2016, SC1131-2016).

Será pues la jurisprudencia vernácula, la que tenga la elevada responsabilidad de precisar el alcance del trinomio ‘orden público’, ‘patrimonio público’, y ‘derechos y garantías constitucionales’, arquetípicos conceptos jurídicos indeterminados, o de textura abierta, que demandan concreción en el caso particular, sin perjuicio de la contribución que, para el efecto, pueden realizar la jurisprudencia civil, la constitucional y la administrativa.

Es el caso, por vía de ilustración, de la noción de ‘orden público’, ciertamente amplia –y por excelencia inespecífica e indeterminada–, a la que la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, han dedicado especial atención, las que habitualmente se refieren a la bipartición: ‘orden público de protección’, y ‘orden público de dirección’, a la par que a un ‘orden público tradicional’ –o ‘político’–, y a un orden público económico, entre otras aproximaciones.

Otro tanto tiene lugar en punto tocante con la noción de ‘patrimonio público’, materia de escrutinio por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, primordialmente.

Por último, antes de concluir con este punto, dos breves acotaciones –o apostillas– podemos realizar en relación con la casación oficiosa.

La primera, consistente en validar que, bien examinada la regulación del recurso en el nuevo Código General del Proceso, en particular su artículo 336, la casación oficiosa, *stricto sensu*, no es una causal de casación adicional: la ‘sexta’, con fisonomía y *corpus* propio, pues es una habilitación excepcional que, opera no a manera de genuino motivo casacional, sino de vía excepcional –y residual– para evitar que se comprometa gravemente el orden público o el patrimonio público, o se conculquen derechos y garantías superiores (constitucionales).

Por eso, el apartado final de esta norma, es preciso en señalar, luego de haber indicado las cinco causales respectivas, que

“La Corte *no podrá tener en cuenta causales de casación distintas...*” (se destaca). Otra cosa, es que a continuación, después de tan terminante prohibición, habilite la casación oficiosa en las descritas y excepcionales circunstancias, las que no se pueden presumir, ni menos colegir, o establecer sin una previa, criteriosa y razonable valoración y ponderación.

De lo contrario, lo excepcional, en efecto, perdería su condición de tal, y se tornaría en regla generalizada y erosiva de los postulados medulares del recurso que, aun cuando matizados y relativizados, es cierto, no han sido diluidos, o pulverizados. Atenuación sí, bienvenida según lo expresamos, pero no desaparición, o abolición de los mismos, porque de ese modo la casación se desvirtuaría de plano, y se distorsionaría, pasando a ser un recurso ordinario y, de paso, una tercera instancia, y sabido es que ella no lo ha sido, y que no lo es. Ese día, de llegar, dejaría la casación de ser tal, por haber sido ‘casada’, y a su vez ‘cazada’.

Tiene razón entonces la Sala Civil de la Corte Suprema al haber recientemente aclarado respecto de la casación oficiosa que, “...esta posibilidad no puede asumirse como una causal autónoma de casación, a la que pueda aferrarse el recurrente cuando sus alegaciones resulten insuficientes para quebrar la sentencia del *ad quem*, sino que constituye una herramienta para superar los requerimientos formales propios de todo recurso extraordinario, en orden a impedir que un fallo abiertamente contrario al ordenamiento produzca efectos” (sentencia del 19 de noviembre de 2019, SC4901-2019).

La segunda acotación –mejor refrendación–, referente a que la procedencia de la casación *ex officio*, por excepcional, es igualmente restrictiva –y no irrestricta–, a la par que sujeta a la observancia de inequívocos requisitos, porque el artículo 336, inciso final, es preciso en clarificar que la Corte “...podrá casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea *ostensible* que la misma compromete *gravemente* el orden o el patrimonio público...” (se destaca).

Por lo tanto, no es cualquier compromiso, incidencia, impacto o eco de la sentencia el exigido, puesto que expresamente se condiciona a que sea ‘ostensible’ y que, además, lo sea en forma ‘grave’, adjetivos que constatan que estas dos exigencias deben cumplirse cabalmente, dejándose de lado compromisos

o repercusiones que, aun cuando formalmente existentes, no revistan tales calidades específicas, las que deberán verificarse diáfananamente en cada caso, bajo apremio de extralimitación o incumplimiento del juez de la casación.

En esta misma orientación, en la sentencia anteriormente citada, la propia Corte Suprema concluyó que, “... *justamente para no alterar la naturaleza de la casación como remedio extraordinario, a la comentada facultad solo puede acudir excepcionalmente, y ante la inequívoca evidencia de la lesión que el fallo recurrido irroga al orden o el patrimonio público, los derechos o las garantías constitucionales*” (sentencia del 19 de noviembre de 2019).

Y ahora si para concluir este apartado, y al hilo de la doctrina nacional, de una parte, hay que destacar de esta nueva figura, hoy una realidad, y sin perjuicio de ulteriores reflexiones y exploraciones en la medida en que se afiance más, que “...lo que justifica la casación oficiosa como un recurso importante en nuestro ordenamiento jurídico puede resumirse en tres razones: 1. La nueva concepción del proceso civil, como un proceso de interés general y dirigido a la satisfacción de toda la sociedad; 2. La necesidad de dotar a las partes con mecanismos procesales que aseguren la eficacia de sus derechos y garantías constitucionales; y 3. Ofrecer a los jueces ordinarios escenarios propicios para desarrollar y ejercer su función como garantes del orden constitucional”⁴⁸.

Y de la otra parte, de la mano de la Corte Constitucional, debemos sublimar su acendrado significado jurídico-político por lo que la casación oficiosa supone –y seguramente supondrá– en el Derecho colombiano, un paso impensable en el pasado, aún relativamente reciente, según ya lo indicamos, toda vez que “*Se trata de un instrumento de significativa relevancia que además de limitar la naturaleza marcadamente dispositiva que ha caracterizado el recurso de casación –con impactos negativos importantes en la prevalencia del derecho sustancial–, contribuye en plena armonía con los nuevos fines que lo inspiran, a promover el influjo directo de contenidos constitucionales en la comprensión e interpretación de los asuntos civiles, comerciales, agrarios y de familia. Tiene la Corte Suprema de Justicia, por expresa disposición del legislador procesal, el deber de transformar cualitativamente el significado*

⁴⁸ VALENZUELA BERNAL, Camilo. *La oficiosidad en la nueva casación civil*, op. cit., p. 431.

del recurso. En el ámbito de sus atribuciones, la Corte Suprema debe asegurar que las normas de la Constitución adquieran real vigencia y efectividad en el derecho ordinario. Es a la luz de estas consideraciones que ese Tribunal deberá interpretar esta nueva institución. El legislador ya ha dado un paso, el siguiente le corresponde a la Corte” (sentencia C-213 de 2017).

12. CUANTÍA DEL INTERÉS PARA RECURRIR EN CASACIÓN

Otro de los factores que corroboran el carácter extraordinario, y también excepcional y limitado del recurso de casación, estriba en su expresión o dimensión económica (piso patrimonial), en razón de que, como es sabido, no todas las sentencias, sólo por el hecho de haber sido proferidas en segunda instancia, *per se*, son susceptibles de ser masivamente impugnadas para que arriben al conocimiento efectivo de la Sala Civil, integrada por siete magistrados, lo que humanamente tornaría inviable su análisis.

Sólo serán impugnables, comprensiblemente, las que estén autorizadas en forma expresa, según se examinó con antelación, y aquellas que, además, en principio, cumplan con el presupuesto referente a la observancia de una precisa cuantía que obra como mínimo para dicho efecto, en la actualidad, y desde hace algunos lustros, expresada en salarios mínimos, lo cual asegura la preservación del poder indicativo de la moneda a través del tiempo, lo que no sucedía cuando ello se hacía en valores absolutos, que se desactualizaban prontamente, en especial frente a sostenidos procesos inflacionarios –para nada infrecuentes en el pasado, ora en Colombia, ora fuera de ella–.

El artículo 338 del CGP, al respecto prescribe: *“Cuantía del interés para recurrir. Cuando las pretensiones sean esencialmente económicas, el recurso procede cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea superior a un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000 smlmv). Se excluye la cuantía del interés para recurrir cuando se trate de sentencias dictadas dentro de las acciones populares y de grupo, y las que versen sobre el estado civil”* (se destaca).

Sin embargo, y ello está bien, el mismo artículo 338 es claro en exceptuar del requisito de carácter cuantitativo *sub examine*, en relación con las sentencias que se profieran en sede de una acción popular, y las que atañen a las sentencias referentes al estado civil de las personas, previsión ésta enteramente razonable, justamente por la naturaleza y contenido, a la par que por la tipología de intereses que estereotipan este tipo de acciones y pronunciamientos judiciales, merecedores de especial protección, so pena de que se vulneraren caros valores y prerrogativas sustanciales y procesales.

Además de lo anterior, vale la pena tener muy presente que, de acuerdo con los fines del recurso de casación, tanto los definidos otrora, como los redefinidos por el nuevo Código General del Proceso, la unificación de la jurisprudencia ocupa un sitio de preferencia, finalidad que, por su linaje y valía, no puede encadenarse inexorable, forzosa y obligatoriamente a una específica cuantía, porque por esa vía, confesa y generalizadamente, se estaría 'patrimonializando' la casación, dueña de un sinnúmero de valores (axiología casacional), los que trascienden la dimensión patrimonial, anidándose entonces en una visión extra-patrimonial (*extra commercium*), en sí misma privativamente jurídica, indispensable y sublime: dotar a la jurisprudencia nacional de unidad.

Finalmente, en lo que concierne a la cuantía en referencia, desde luego cuando ella resulte procedente, vale la pena memorar que el CGP promovió un significativo incremento, pues se pasó de cuatrocientos veinticinco (425) salarios mínimos mensuales vigentes (régimen anterior) a mil (1000), lo que implicó un aumento del orden del ciento treinta y cinco por ciento, aumento que, a la sazón, se estimó elevado, y también ayuno de constitucionalidad por un sector. Anecdóticamente, recordemos que en el año 1886, la cuantía en cita, era de cinco (5) mil pesos.

Luego de demandada dicha norma ante la H. Corte Constitucional, en el año 2017, ella corroboró su constitucionalidad, no accediendo judicialmente a lo solicitado en su momento.

En lo toral, sobre el particular, expresó la Corte Constitucional, que "*La Corte constata que, en efecto, el incremento de la cuantía del interés para recurrir en casación establecido en el Código General del Proceso resulta significativo. Sin embargo, tal circunstancia no constituye*

—en sí misma— una razón para considerar la regla demandada contraria al mandato de igualdad material. Ello por las razones que a continuación se sintetizan:

28.1. El precedente vigente en materia de recurso de casación civil, que se desprende de las sentencias C-596 de 2000 y C-1046 de 2001, indica que la fijación de la cuantía del recurso de casación a partir del perjuicio irrogado al recurrente en la decisión judicial que se impugna, puede calificarse como un criterio constitucionalmente permitido al amparo de la competencia del legislador para diseñar un recurso extraordinario que, como se sabe, no da lugar a la activación de una tercera instancia. La decisión constituyente de erigir a la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación comporta, al mismo tiempo, una habilitación legislativa para identificar su alcance. No obstante que establecer requisitos mínimos para acceder a un recurso supone naturalmente la selección de grupos de casos, de ello no se desprende una violación del mandato de igualdad material, siempre y cuando con dicha selección no se pretenda instrumentar una discriminación o la profundización de la marginación social”.

“En el caso de la regulación adoptada, el legislador procesal optó por un modelo de acceso al recurso extraordinario de casación que, al tiempo que amplía los supuestos en los que es procedente y elimina el requerimiento de la cuantía en las sentencias resultantes de acciones de notable interés para la comunidad —tal y como ocurre en las acciones de grupo y populares—, incrementa la cuantía del interés, a efectos de armonizar esta ampliación de la competencia del tribunal de casación con la obligación de que el ejercicio de su actividad sea eficiente...”.

“28.3. El establecimiento de una cuantía mínima de la resolución desfavorable como condición de acceso al recurso de casación no tiene como efecto privar a las personas en situación de debilidad económica de la protección estatal. En efecto, si bien la casación tiene entre sus objetivos la protección de los derechos constitucionales y la reparación de los agravios irrogados a las partes, ello no supone que quienes no tienen la posibilidad de acudir a este instrumento extraordinario de impugnación, queden desprovistos de protección. En efecto, la salvaguarda de sus derechos se encuentra garantizada no sólo por la posibilidad que tienen todos los ciudadanos de acudir ante la jurisdicción civil a fin de que sus controversias sean tramitadas y decididas en las instancias ordinarias que se hubieran previsto, sino también por el reconocimiento de la posibilidad de acudir a la acción de tutela en aquellos casos en los cuales agotados los recursos

judiciales a su disposición, consideren que sus derechos fundamentales han sido vulnerados por la actuación de las autoridades judiciales”.

“28.4. La nueva regulación, a pesar de que incrementa la cuantía del interés para recurrir cuando se trate de pretensiones esencialmente económicas, excluye de ese requerimiento no sólo a las sentencias que se pronuncien sobre pretensiones que no lo sean, sino también a aquéllas que resultan de las acciones de grupo, acciones populares y las correspondientes al estado civil. De manera que el legislador, insiste la Corte, extendió a otros casos la procedencia del recurso con el objetivo de hacer posible que la Corte Suprema pueda pronunciarse sin límite alguno de cuantía” (sentencia C-213 de 2017)⁴⁹.

13. BIBLIOGRAFÍA

- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “Presente y futuro de la casación civil”, en *Revista de la Corte Suprema de Justicia*, Bogotá, 2006.
- BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto. *La casación civil*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019.
- BONETT ORTIZ, Samir Alberto; LINO ENRIQUE, Palacio. “El principio dispositivo de la casación”. En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, No 39, Bogotá, 2013.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. “Breves apuntes sobre el recurso de casación en el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) con vista en el Código de Procedimiento Civil”. En: *Estudios sobre el Código General del Proceso*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014.
- BORÉ, Jacques. *La cassation en matiere civile*, Dalloz, Paris, 1997.
- BUENDÍA CANOVAS, Alejandro. *La casación civil. Estudio doctrinal sobre los fines casacionales*. Dijusa, 2006.
- CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*, T.II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- CALASSO, Francesco. “Corte di cassazione (Diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, Vol. X, 1962.
- COLIN, A. y CAPITANT, H. *Curso de derecho civil*, T.I. Madrid: Reus, 1922.

⁴⁹ La Corte Constitucional, en esta misma providencia, a modo de síntesis, igualmente concluyó “La regla acusada no desconoce el derecho de acceder a la administración de justicia (art. 229). En efecto, el precedente que se sigue de las sentencias C-596 de 2000 y C-1046 de 2001 indica que la fijación de una cuantía asociada al perjuicio irrogado al recurrente por una sentencia, como condición de procedencia del recurso de casación es un criterio objetivo que toma nota de la competencia del legislador y del margen de apreciación que tiene para diseñar un recurso extraordinario”.

- DE LA PLAZA, MANUEL. *La casación civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.
- DE MIDÓN, GLADIS E. *La casación*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2001.
- CONDOMINES VALLS, FRANCISCO DE A. *El recurso de casación en materia civil*. Barcelona: Bosch, 1978.
- GUASCH FERNÁNDEZ, SERGI. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona: Bosch, 1998.
- GUASP, JAIME. *Derecho procesal civil*, T.II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- GUZMÁN FLUJA, VICENTE C. *El recurso de casación civil*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 1996.
- JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO. "Hacia una jurisprudencia racional y relativamente vinculante. Observaciones y reparos al 'precedente obligatorio'". En: *El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*, en coautoría con el profesor Javier TAMAYO JARAMILLO. Bogotá: Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO. *La modernización del Derecho privado en Colombia. Codificación, dispersión legislativa, descodificación y recodificación del Derecho Civil y Comercial*. Bogotá: Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2020.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Código general del proceso. Parte general*. Bogotá: Dupre Editores, 2019.
- LUZZATTO, GIUSEPPE I. "Corte di cassazione (Diritto romano)". En: *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, 1962.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, LUIS. *La nueva casación civil*, Madrid: Civitas, 1993.
- MORALES MOLINA, HERNANDO. *Técnica de casación*. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2014.
- MURCIA BALLEEN, HUMBERTO. *Recurso de casación civil*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.
- MURCIA BALLÉN, HUMBERTO. *Recurso de Casación Civil*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- NIEVA FENOLL, JORDI. "La relevancia social de la casación: La importancia del *ius litigatoris*". En: *Memorias del XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, 2006.
- PÉREZ VIVES, ÁLVARO. *Recurso de casación*. Bogotá: Librería Americana, 1946.
- SATTA, SALVATORE. "Cassazione". En: *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VI, 1960.
- SATTA, SALVATORE. "Corte di cassazione (dir. proc.civ)". En: *Enciclopedia del Diritto*, Vol. X, 1962.
- VALENZUELA BERNAL, CAMILO. "La oficiosidad en la nueva casación civil". En: *Memorias del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Pereira, 2015.

VICENTE GUZMÁN. *El recurso de casación civil*. Tirant lo Blanch, 1996.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. "Algunas modificaciones a los recursos en el Código General del Proceso". En: *Código General del Proceso, ley 1564 de 2012 Comentado*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2012.

CAPÍTULO II

EL DESARROLLO DEL CONCEPTO
DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES,
EL ROL DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA
Y EL PRINCIPIO DE DOBLE CONFORMIDAD
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA (SALA PENAL)*

JAIME ENRIQUE GRANADOS PEÑA**

Sumario: 1. LA CATEGORÍA DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 2. EL ROL DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA DE CARA AL JUICIO ORAL. 3. EL PRINCIPIO DE DOBLE CONFORMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SALA PENAL). 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

* Agradezco especialmente la muy activa contribución del Dr. (c) Simón Moratto en la investigación y construcción del presente texto.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana con sede en Bogotá, DC. Consultor y litigante con más de 20 años de experiencia en el área de derecho penal. Miembro de la Comisión Preparatoria del Proyecto de Acto Legislativo No. 03 de 2002 y de la Comisión Constitucional de Reforma al Sistema Penal Colombiano. Representante de la academia en la Comisión Constitucional, para la redacción de los cuerpos normativos del nuevo Sistema Acusatorio en Colombia, actividades realizadas gracias a su amplia experiencia como consultor en entidades nacionales y organismos internacionales. Asesor de la Presidencia de la República, para la reforma constitucional de 1991, del Ministerio de Justicia, de la Fiscalía General de la Nación, de la corporación Excelencia en la Justicia, del Programa de Modernización de la Justicia Penal, USAID (Departamento de Justicia Federal de Estados Unidos). Consultor para la redacción del proyecto de un nuevo Estatuto Nacional de Estupezaficientes y del Proyecto de Apoyo Investigativo para la Reforma del Sistema Procesal Penal Colombiano, para la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, CSJ. Miembro de la Subcomisión Jurídica Asesora del Gobierno Nacional, para el establecimiento de la Corte Penal Internacional, CPI y de la Comisión Preparatoria de la Reforma a las Instituciones de Justicia Penal. Fue Coordinador del Plan Nacional de Capacitación de la Fiscalía General de la Nación, que fortaleció los conocimientos y habilidades de diez mil funcionarios del cuerpo judicial.

1. LA CATEGORÍA DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

El establecimiento claro de los hechos jurídicamente relevantes en un proceso penal es de evidente importancia dado que, a partir de allí, se estructura toda la estrategia de la Defensa, tanto si lo que se quiere es la reafirmación de la inocencia, o el allanamiento a los cargos en cualquiera de las oportunidades que nuestra legislación prevé para ello.

Así los expresó ya la Corte en sentencia de 27 de julio de 2007, en la cual indicó que en modo alguno es posible aceptar los hechos por los que se le acusa a un indiciado si la imputación es abstracta, ambigua o vacía¹.

Es por esas mismas razones que, ha señalado la Corte, son inaceptables las imputaciones tácitas o implícitas. Por el contrario, lo que debe hacer el fiscal es establecer un parangón entre lo fáctico y su entidad típica, resaltando todas las características del injusto penal².

Ahora bien, es importante recordar que la Defensa en el juicio oral pone a prueba la consistencia de la acusación efectuada por el ente persecutor, por lo que no se puede variar la calificación de los hechos en desmedro del procesado. Si se pretende un cambio de tipicidad, la Corte exige que ese cambio guarde identidad con el núcleo fáctico de la imputación³. De no ser así, se sorprendería a la Defensa, lo que haría inoperante el ejercicio del contradictorio. Con esto lo que se quiere eludir es aquello que se conoce en el *common law* como *Trial by Ambush*.

Posteriormente, y siguiendo esa misma línea, la Corte resaltó que la formulación de imputación singulariza el supuesto fáctico, esto es, aquello que constituye el eje central de la conducta, la cual debe ser simétrica con la acusación, aunque el fiscal puede precisar circunstancias que delimiten y definen el comportamiento siempre que no se modifique el núcleo esencial de la imputación

¹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 27 de julio de 2007, M.P. Alfredo Gómez Quintero, radicado No. 26.468.

² *Ibidem*

³ *Ibidem*

fáctica⁴. De esta manera, el alto tribunal reiteró que la formulación de la imputación condiciona fácticamente la acusación, por lo que los hechos serán inmodificables y la acusación no podrá abarcar supuestos fácticos nuevos y, repite, la calificación jurídica puede variar siempre que “(i) la nueva imputación corresponda a una conducta del mismo género (ii) se trate de un delito de menor entidad, y (iii), la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, entre otros presupuestos”⁵. Sin embargo, en el evento de surgir nuevas aristas fácticas, lo que puede hacerse es ampliar la formulación de la imputación o practicar otra diligencia de esa índole.

Con posterioridad a los pronunciamientos citados de manera previa, surge la sentencia más importante en materia a propósito del concepto de los hechos jurídicamente relevantes, esta es, la del 8 de marzo de 2017, cuya M.P. es Patricia Salazar Cuéllar.

Esta sentencia señala que la relevancia jurídica de un hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal⁶, por eso debe analizarse a la luz de los verbos rectores descritos en los respectivos injustos penales, sin perjuicio del análisis que corresponde en sede de antijuridicidad y culpabilidad.

De esta manera, los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden con el supuesto fáctico establecido por el legislador. Igualmente, señala nuestro máximo tribunal de la justicia ordinaria que “*la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como supuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera*”⁷.

Es por lo anterior que la Fiscalía, al estructurar la hipótesis, debe tener en cuenta aspectos como: “(i) delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal; (iv) analizar los aspectos atinentes

⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 28 de mayo de 2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier, radicado No. 42.357

⁵ *Ibidem*

⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 44.599

⁷ *Ibidem*

a la antijuridicidad y la culpabilidad, entre otros. Para tales efectos es imperioso que considere las circunstancias de agravación o atenuación, las de mayor o menor punibilidad, etcétera”⁸.

Por otra parte, se indica en esta sentencia que los parámetros de la Fiscalía en la determinación de la hipótesis de los hechos jurídicamente relevantes son i) el referente obligado a la ley penal; ii) la constatación de la información que sirve de soporte a los hechos jurídicamente relevantes fue conseguida de manera lícita y legal; iii) el fiscal debe asegurarse de que se cumple con el estándar probatorio requerido para la imputación y la acusación y; iv) debe actuar con objetividad.

Finalmente, concluye la Corte que: “la determinación de los elementos estructurales del tipo penal que se atribuye al imputado o acusado, se erige fundamental y trascendente, no solo porque gobierna la esencia y finalidad de las diligencias de imputación y acusación, sino en virtud de que este conocimiento básico es indispensable para que el procesado y su defensor puedan adelantar su tarea investigativa o de contradicción, a más que irradia la pertinencia de las pruebas posibles de solicitar en la audiencia preparatoria”⁹.

En esa línea, debe decirse que el tema de prueba se define a partir de la estructura de los hechos jurídicamente relevantes efectuada por la Fiscalía, y por las hipótesis alternativas que propone la Defensa¹⁰, los cuales no deben ser confundidos con los hechos indicadores y, mucho menos, con los medios de prueba¹¹.

De manera más concreta, en sentencia de 3 de julio de 2019, la magistrada Patricia Salazar Cuéllar afirmó que señalar los hechos jurídicamente relevantes implica i) no mezclar aspectos factuales con hechos indicadores ni medios de prueba; ii) indicar que el referente factual para cada uno de los imputados; iii) en caso de coparticipación, relacionar los hechos a partir de los cuales se

⁸ *Ibidem*

⁹ *Ibidem*

¹⁰ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 15 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 48.175

¹¹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 11 de julio de 2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 50.637

infiere esa coparticipación. Si no se cumple con estos requisitos, no se cumple con los fines de la imputación¹².

Ahora bien, pueden existir ocasiones en que, si se incurre en el error de entremezclar los hechos jurídicamente relevantes con hechos indicadores o medios de prueba y el fiscal elige presentar argumentos referentes al juicio de imputación, a pesar de que esa labor no puede ser controlada materialmente por el juez, ni rebatida por la Defensa, se debe evaluar si el acto comunicacional cumplió con sus fines. De esta manera, el no distinguir entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba en la imputación, no invalida *per se* ese acto comunicativo.

Por otra parte, y siguiendo esa tarea de concreción, señaló la Corte que, por ejemplo, en el caso de delitos imprudentes, la imputación requiere la delimitación de cómo se incrementó el riesgo, cuál fue la omisión o negligencia en el cumplimiento de las normas y cómo esa infracción condujo al daño. Aquí, lo que hace la Corte es resaltar la importancia de llevar a cabo un análisis desde la teoría de la imputación objetiva con la finalidad de determinar la correspondencia entre los hechos que se pretenden imputar y la descripción de la conducta típica hecha por el legislador. Al respecto, prescribió que “si el acto de comunicación carece de esa pesquisa y tan solo menciona que ocurrió una colisión, que el implicado conducía un vehículo y que no tomó las previsiones legales de tránsito, sin definir las, es clara la entelequia de los hechos jurídicamente relevantes, y ello, sin duda, afecta la estructura del debido proceso”¹³.

Igualmente, a manera de ejemplo y de manera específica, ha indicado la Corte que frente a los hechos jurídicamente relevantes en el delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales es necesario: i) especificar las normas que regulan la actividad desarrollada en cada caso; ii) señalar en qué sentido fueron vulneradas esas normas; iii) no es admisible mencionar violaciones genéricas de los principios que rigen la contratación administrativa; iv) se requiere valorar si se trata o no de requisitos esenciales y;

¹² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 3 de julio de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 52.967

¹³ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 17 de septiembre de 2019, M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicado No. 53.264.

v) debe diferenciarse este delito de otras conductas relacionadas como el interés indebido en la celebración de contratos¹⁴.

Ahora bien, el último gran avance de la jurisprudencia de la Corte en esta materia se puede hallar en la sentencia de 9 de septiembre de 2020, el cual consiste en que, debido a las exigencias de claridad, precisión y univocidad de los hechos jurídicamente relevantes, la Fiscalía no puede imputar “cargos alternativos” pues este actuar resulta abiertamente contrario a los fines de la imputación y puede afectar gravemente el derecho de defensa. En este sentido, la Corte ha entendido por cargos alternativos la coexistencia de hipótesis diferentes frente a unos mismos hechos. Esto se da cuando, por ejemplo, se establece que el apoderamiento de un dinero constituye hurto o estafa (es un fenómeno distinto a la imputación de concurso de conductas punibles, pues aquí lo que se denota es la dubitación de la Fiscalía en la estructuración de la hipótesis de los hechos jurídicamente relevantes)”¹⁵.

Para concluir, si bien es cierto que la jurisprudencia ha avanzado mucho en la precisión y en la importancia de los hechos jurídicamente relevantes como fundamento de la imputación y la acusación, no es menos cierto que la dicotomía entre imputación y acusación abre un espacio que permite la dinamización o progresividad de los hechos jurídicamente relevantes y que puede resultar contradictoria con la finalidad misma de la institución. En esa lógica, lo ideal sería tener un solo referente conceptual que sea la acusación, ergo, la imputación debería ceder espacio a una acusación en donde realmente se configure el plenario de las garantías que se pretende salvaguardar con la precisión de los hechos jurídicamente relevantes.

2. EL ROL DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA DE CARA AL JUICIO ORAL

La audiencia preparatoria está innegablemente vinculada al ámbito probatorio. En ese orden de ideas, ha señalado la Corte que

¹⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 2 de octubre de 2019. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 53.440.

¹⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 9 de septiembre de 2020, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 52.901

ese es un escenario de licitud, legalidad, conducencia y pertinencia que permite, dentro de los principios de inmediación, celeridad e imparcialidad del juez, que a la audiencia del juicio oral se llegue a discutir sólo aspectos trascendentes y propios del objeto de la persecución penal¹⁶. Esta consideración de la jurisprudencia cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que el proceso penal es, ante todo, un diálogo entre dos partes mediante el cual se decanta la responsabilidad penal de una persona, conversación que no podrá llevarse a cabo de manera satisfactoria y eficiente si en el juicio se discuten ámbitos insulsos que desvíen el debate sobre lo jurídicopenalmente relevante.

Asimismo, y como de su nombre se desprende, ha dicho la Corte que los objetivos de la audiencia preparatoria están relacionados con el aprestamiento del juicio oral como un escenario de construcción de conocimiento, esto teniendo en cuenta que el juicio es concebido como un espacio de disputa epistemológica¹⁷. Allí, se alista la controversia que se celebrará en un juicio público, por lo que se ocupa de todos los temas relacionados con la inclusión de la prueba en juicio.

En esa misma línea, en sentencia de 18 de junio de 2014, indicó la Corte que el propósito de esta audiencia es la depuración probatoria, para lo cual se han dispuesto distintas etapas, estas son, el descubrimiento, la enunciación, la estipulación y la solicitud.

Esta secuencia, además de desligar los roles de juez y parte, contribuye en la aproximación racional a la verdad¹⁸. En este sentido, indicó la Corte que el cometido de la audiencia preparatoria es que las pruebas que se decreten para ser practicadas en juicio oral sean las que lleven al juez al conocimiento más allá de toda duda

¹⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 25 de abril de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, radicado No. 26.381

¹⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 13 de junio de 2012, M.P. José Leónidas Bustos Martínez, radicado No. 36.562

¹⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 18 de junio de 2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier, radicado No. 43.554. También ver Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 06 de septiembre de 2017, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya

razonable en relación con los hechos, la conducta que se investiga y la responsabilidad del autor o partícipe¹⁹.

Esta ordenación de etapas tiene un carácter lógico y razonable, según la Corte, en tanto que “el descubrimiento precede a la enunciación con el fin de evitar sorprender a la parte oponente y a su vez, la enunciación antecede a la estipulación, esencialmente, para conocer qué hechos y circunstancias pueden darse como probados y por ende exceptuados del debate en el juicio”²⁰.

Ahora bien, el escenario de la audiencia preparatoria también es el idóneo para decidir sobre la inadmisión, rechazo y exclusión de medios de prueba “–salvo casos excepcionales relacionados con la aplicación del inciso final del artículo 344 de la ley 906 de 2004 o las vicisitudes de la prueba de refutación-, de suerte que, al inicio del debate probatorio en la audiencia de juzgamiento, ya esté superada cualquier discusión en torno de su práctica”²¹.

De otro lado, ha señalado el máximo tribunal de la justicia ordinaria que la prohibición a la posibilidad de proponer nulidades sobre las pruebas autorizadas con posterioridad a la audiencia preparatoria y antes de que se dicte sentencia, se justifica en razón a la necesidad de cristalizar una justicia pronta, sin dilaciones, en donde las decisiones judiciales encarnen el principio de eficiencia en la justicia y den prevalencia al derecho sustancial, fines que se verían gravemente vulnerados con trámites que posponen en el tiempo lo que se debe resolver en la providencia que ponga fin al proceso²².

Para finalizar, es importante mencionar que, como la experiencia lo ha evidenciado, la audiencia preparatoria se ha convertido en una anticipación del juicio oral, situación que puede llevar a la contaminación del juez de conocimiento y una toma de posición que, finalmente, marcará lo que será el juicio oral. De esta manera, a pesar de que la audiencia preparatoria es ahora muy técnica, en

¹⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto de 05 de junio de 2019, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicado No. 55.212

²⁰ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 17 de octubre de 2018, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, radicado No. 53.895

²¹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 17 de julio de 2019, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicado No. 55.136

²² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto de 06 de agosto de 2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier, radicado No. 55.652

el fondo entraña esos peligros, por lo que, es esta la invitación que se hace desde este texto, conviene estudiar a fondo una alternativa que procure la simplificación de la audiencia preparatoria y que dinamice al máximo el juicio oral, en el que se haga un control sobre la conducencia, pertinencia y utilidad que venga de un riguroso escrutinio efectuado por las partes, pues no hay un mejor control que aquel que ejercen ellas mismas frente a sus adversarios.

3. EL PRINCIPIO DE DOBLE CONFORMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SALA PENAL)

A partir de la sentencia C-792 de 2014, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia empezó a proferir múltiples fallos en los que negaba la garantía de doble instancia. Ello, pues, lo referente aún no se encontraba regulado por el legislador colombiano, lo cual le impedía admitir y pronunciarse sobre todas aquellas solicitudes de impugnación especial. Ante esto, remitió dicho conocimiento al Congreso para que regulara la materia.

En consecuencia, mientras el legislador conocía de este tópico, la Corte rechazaba por improcedentes²³ las solicitudes ante ellos elevadas, dejando, incluso, en algunos de sus fallos, precisiones y conceptualizaciones que ayudarían en la construcción de la regulación de este principio de doble conformidad y, así, superar aquella omisión legislativa.

Para el año 2017, la Corte Suprema de Justicia conoció²⁴ del recurso de queja interpuesto en contra de la decisión de inadmisión de un recurso de alzada contra primera sentencia condenatoria adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, fundamentada esta bajo los preceptos de la sentencia C-792/2014 y arguyendo la imposibilidad del recurso de casación por cuanto carece de fin impugnatorio. Ante ello, la Corte precisó que el recurso de queja era improcedente debido a que la sentencia de segundo

²³ Al respecto ver Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 03 de diciembre de 2014, magistrado ponente, Fernando Alberto Castro Caballero, radicado N° 34.282

²⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 03 de mayo de 2017, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, radicado No. 50.167

grado no admite recurso de apelación, como equivocadamente lo deducía el peticionario haciendo referencia a la sentencia C-792/2014. Esto, pues, la misma Corporación ha sostenido que, contra un auto proferido en el trámite de segunda instancia que niega el derecho a la impugnación contra la sentencia que condena por primera vez, sólo procedía el recurso de reposición.

Posteriormente, la Corporación²⁵ hizo énfasis en que, a pesar de que el Acto Legislativo 01/2018 creó al interior de la Corte Suprema de Justicia las Salas Especiales de Instrucción y Juzgamiento para aforados, encargándole a la Sala de Casación Penal la resolución de los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones de la Sala Especial de Juzgamiento de primera instancia, debían la Sala de Casación Penal seguir conociendo sobre la instrucción y juzgamiento de los procesos en contra de los aforados constitucionales. Lo anterior teniendo en cuenta que a pesar de que el acto legislativo se expidió conforme al procedimiento propio para su creación, este carece de una regla de transición que implemente de manera inmediata la creación de dichas Salas Especiales. Por lo tanto, no resultaba admisible suspender la función de administrar justicia mientras los respectivos poderes públicos crearan estos nuevos organismos debido a los extensos trámites administrativos y judiciales que conllevan su creación.

Tal postura, fue retomada y confirmada en el proceso seguido en contra de Luis Alfredo Ramos Botero, identificado con el radicado N° 35.691 del 4 de abril de 2018. En este caso fue rechazada la solicitud de remisión de dicho proceso ante la Sala Especial de Primera Instancia, la cual –para esa época– no existía. Aquí, la Corporación retomando los planteamientos anteriormente expuestos, hizo especial énfasis en que hasta tanto no se creen las nombradas Salas Especiales, la Sala de Casación Penal mantiene su competencia para tramitar estos procesos, toda vez que el ejercicio de la administración de justicia no puede ser suspendido.

Para finales del año 2018, la Corte conoció de la acción de tutela presentada en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior del

²⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 21 de febrero de 2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 51.142

Distrito Judicial de Pereira²⁶. El accionante consideraba vulnerado su derecho de acceso a la administración de justicia, toda vez que la parte accionada se abstuvo de conceder el recurso de apelación contra el fallo condenatorio dictado por primera vez en segunda instancia. Ante esto, la Corte precisó que, a pesar de que el accionante alegó dar cumplimiento al Acto Legislativo N° 01 de 2018, el cual reguló el derecho a la doble conformidad, y a las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, estas disposiciones no consignaron el procedimiento ni las condiciones dentro de las cuales puede ejercerse dicho derecho de impugnación, únicamente se pronunciaron sobre el factor de competencia. Por lo tanto, si lo que se quiere es que un superior jerárquico conozca de la decisión recurrida, esto debería hacerse a través del recurso extraordinario de casación, mediante el cual se pueden agotar los errores de naturaleza jurídica, probatoria, procesal y de garantías fundamentales.

De manera sorprendente, un mes después, la Corte Suprema de Justicia²⁷ hizo especial referencia acerca de la procedencia de impugnación especial para garantizar la doble conformidad de la primera condena impuesta en sede de casación. Aquí, mencionó que el Acto Legislativo No. 01/2018 no sólo creó las bases fundamentales dentro del procedimiento penal para los aforados constitucionales, sino que adicionalmente lo elevó a categoría de garantía fundamental en cabeza de toda persona declarada responsable penalmente para que así sea corroborada dicha decisión, reforzando con esto el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Seguidamente, manifestó la Corte que, ante la ausencia de regulación de procedimiento legal para la activación de este mecanismo especial de impugnación, cuando el fallo condenatorio es proferido por primera vez en sede del recurso extraordinario de casación, de acuerdo al acto legislativo en mención, se habilita la aplicación transitoria del numeral 7° del art. 235 de la Constitución, es decir ***“Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble***

²⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 10 de octubre de 2018, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, radicado No. 100.470

²⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 14 de noviembre de 2018, M.P. Patricia Salazar Cuellar, radicado No. 48.820

conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares”. (Énfasis propio). Refiere entonces esto que, cuando la primera condena se profiera con ocasión de la interposición de este recurso extraordinario, la Sala de Casación Penal ha de integrarse dejando a tres (3) de sus magistrados por fuera de conocimiento para que, si llegase a impugnar dicha decisión, quedarán habilitados estos para pronunciarse sobre la doble conformidad en caso de ser solicitada por la defensa.

Posteriormente, en el año 2019, la Corte Suprema de Justicia, precisando²⁸ el ámbito de acción del principio de doble conformidad indicó que:

- i) La doble conformidad, está orientada a que todo aquel que sea condenado tenga derecho a una segunda opinión al respecto, por lo general, a cargo del superior funcional de quien emitió la sentencia adversa, sin importar que sea conocido a través de la Corte Suprema de Justicia cuando resuelva la inadmisibilidad de la demanda, o cumplido el trámite de insistencia, o en la sentencia que resuelve el recurso de casación o en el fallo de segunda instancia que profiera al desatar la apelación contra la decisión de primer grado dictada por la Sala de Juzgamiento de primera instancia de la Corporación.
- ii) Su fin es evitar que el procesado quede condenado de manera definitiva por la decisión de una sola autoridad judicial, cualquiera sea su jerarquía, sin que exista la posibilidad de cuestionar dicha sentencia a través de recursos ordinarios o extraordinarios, en los eventos en que se haya rogado la doble conformidad por el procesado.
- iii) La doble conformidad se entiende garantizada cuando la normatividad contiene mecanismos procesales de impugnación, a través de los cuales se tenga acceso real a que otra autoridad judicial diferente, estudie la sentencia y la declare ajustada a derecho, si a ello hubiere lugar.

²⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, auto de 27 de febrero de 2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier, radicado No. 54.582

- iv) Cuando el condenado tiene oportunidad procesal de acceder a recursos ordinarios o extraordinarios, si los interpone, éstos deben ser resueltos por la autoridad competente y si el objeto es una primera condena. Si no quedan otros medios de impugnación, deben revisarse los fundamentos de la declaratoria de responsabilidad para que en el caso la doble conformidad judicial tenga lugar.

En ese mismo año, al persistir la omisión frente al procedimiento que debe llevarse a cabo para asegurar la garantía de la doble conformidad frente a la primera sentencia condenatoria en segunda instancia (términos y recursos), la Corte adoptó por primera vez medidas provisionales orientadas a garantizar de mejor forma la interposición de dicho recurso de impugnación frente a la primera condena emitida en segunda instancia por los Tribunales superiores. Estas medidas fueron:

- “(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.
- (ii) Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.
- (iii) La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.
- (iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.
- (v) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso –600 de 2000 o 906 de 2004–, para el recurso de casación.

- (vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.
- (vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.
- (viii) Si se inadmite la demanda y –tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004– el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.
- (ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría –según sea ley 906 o ley 600–, procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.
- (x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial **no procede casación**.
 Ello porque ese fallo correspondiente se asimila a una decisión de segunda instancia y, tal como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe casación (cfr., entre otros pronunciamientos, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 1996, rad. 9579).
- (xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad²⁹.

²⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 3 de abril de 2019, M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicado No. 54.215

Finalmente, el último gran avance en esta materia tuvo lugar en el año 2020. La Corte Constitucional, en sede de tutela, conoció³⁰ sobre el complejo caso de Andrés Felipe Arias Leiva, ante su solicitud de impugnar su sentencia condenatoria proferida por la Corte Suprema de Justicia en un proceso de única instancia el día 16 de julio de 2014. (Antes del Acto Legislativo No. 01/2018 y de la sentencia C-792 de 2014) En esta providencia, el recurrente alegó que se trata de un derecho de aplicación inmediata, el cual carece de pronunciamiento integral por parte del constituyente primario a pesar de sus múltiples remisiones para que se pronuncie sobre la impugnación especial. Igualmente, hizo referencia a la aplicación del Acto Legislativo No. 01/2018 y a la abstinencia de pronunciamiento de aquellos magistrados que ya conocieron sobre el asunto, para que así se materializara su derecho a la cosa juzgada. Ante esto, la Corporación llegó a varias conclusiones, las cuales resultaron de recibo para múltiples personas que no pudieron ejercer su derecho de impugnación frente a decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia. Esas conclusiones son:

- Las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en procesos de única instancia contra aforados constitucionales, antes de la expedición del Acto Legislativo No. 01/2018, son intangibles y legítimas al haberse expedido bajo el procedimiento constitucional y legal vigente en el momento en que se profirieron, avalado expresamente por la propia Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad. Por lo tanto, la sentencia condenatoria del 16 de julio de 2014 se encuentra ejecutoriada y goza de la fuerza de cosa juzgada.

- El negarle la Corte Suprema de Justicia la posibilidad al demandante de impugnar su sentencia condenatoria ante el superior jerárquico, violó, para la Corte Constitucional, los artículos 29, 85, y 93 de la Constitución Política, 14.5 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 8.2 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque, encontrándose acreditados los requisitos para amparar el derecho fundamental, omitió su eficacia directa.

³⁰ Colombia, Corte Constitucional, sentencia SU-146 de 21 de mayo de 2020, M.P. Diana Fajardo Rivera

- El estándar de protección del derecho a impugnar la sentencia condenatoria contra aforados constitucionales condenados en procesos de única instancia, anteriores al Acto Legislativo 01 de 2018, resulta exigible para el Tribunal constitucional desde el 30 de enero de 2014. Ello, pues, en esta fecha la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, dictaminó que esa nación vulneró el derecho del demandante a impugnar ante un superior funcional la primera condena dictada en su contra.

Dicho parámetro internacional se fijó de la siguiente manera:

- La última decisión de control abstracto de constitucionalidad sobre el sistema de investigación y juzgamiento de aforados constitucionales en única instancia, anterior a la sentencia C 792 de 2014, fue la sentencia C 934 de 2006, donde mencionó los artículos 8.2.h. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *“integraron el parámetro del juicio de constitucionalidad para comprender el derecho previsto en el artículo 29 de la Carta”*.
- En esta sentencia de 2006, la Corte muestra que en la materia tratada *“era un imperativo acudir, por virtud del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, a los citados artículos de la Convención y del Pacto. Esto no es, en consecuencia, algo que solo ocurrió con la sentencia C-792 de 2014 o con el Acto Legislativo 01 de 2018”*.
- Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 17 de noviembre de 2009 (caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*) y del 30 de enero de 2014 (caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*), *“determinaron la comprensión del derecho previsto en el artículo 8.2.h. de la Convención, respecto del juzgamiento de aforados constitucionales”*. Y *“funcionaron”* esos fallos, *“como una herramienta de interpretación para establecer la lectura de un derecho convencional”*.
- Posteriormente, al decantarse internacionalmente el alcance del derecho de impugnación de la primera sentencia condenatoria respecto de los aforados constitucionales, dicho estándar se vio reflejado en el país

mediante la sentencia C-792 de 2014 y el Acto Legislativo 01 de 2018.

- Bajo las precisiones anteriores –adujo la Corte Constitucional– una perspectiva que solo tenga en cuenta la cosa juzgada y la seguridad jurídica *“llevaría a considerar que todas las condenas penales proferidas antes de que el ordenamiento interno actualizara su lectura, son intocables”*. Una posición que anula la garantía procesal de la doble conformidad, *“su naturaleza y la extensión de sus efectos en el tiempo, sacrificio que es injustificado en el orden constitucional”*.
- Para la Corte Constitucional, frente al caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam le resulta *“definitiva para afirmar que en dicho sistema regional existe una verdadera posición de derecho que se adscribe al artículo 8.2.h. de la Convención, según la cual se exige un mecanismo amplio e integral como garantía del bien fundamental a impugnar la sentencia condenatoria en materia penal”*. **La misma se emitió antes de que la Corte Suprema de Justicia condenara al ex ministro Arias Leiva el 16 de julio de 2014 y se emitió respecto de una persona que, en circunstancias “similares” a las del demandante en tutela, “fue juzgado por la máxima instancia de su país sin derecho a impugnar su fallo condenatorio”**.
- En razón a lo anterior, la Corte Constitucional el día 30 de enero de 2014 manifestó que *“existía certeza en el sistema convencional que, en garantía del derecho previsto en el artículo 8.2.h., los aforados constitucionales, juzgados por las máximas instancias de sus países, tenían derecho a que otro juez valorara amplia e integralmente su fallo”*, por lo que el caso de Liakat Ali Alibux constituye un referente importante, toda vez que contiene un pronunciamiento expreso sobre el caso de un funcionario juzgado en única instancia en un país también vinculado a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y por la importancia que esta resulta en ejercicio de una competencia contenciosa aceptada por Colombia.
- Por ello, la Honorable Corporación ordenó a todas las personas condenadas en Colombia en única instancia o con primera sentencia condenatoria entre el 30 de enero

de 2014 y el 17 de enero de 2018 y que no pudieron ejercer los derechos a la impugnación y la doble conformidad, tendrán la oportunidad de impugnar sus condenas hasta el viernes 20 de noviembre de 2020 a las 5 de la tarde.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia, hizo un recuento jurisprudencial de ambas cortes, donde hizo énfasis en la multiplicidad de conceptos emitidos frente a la garantía de impugnación especial. Sin embargo, a pesar de estos, la Sala de Casación Penal siempre ha optado por aplicar la interpretación vigente esgrimida por la Corte Constitucional. Seguidamente, y cumpliendo lo preceptuado en la sentencia SU-146/2020 de la Corte Constitucional, extendió los efectos de esta sentencia a todas las personas sin fuero constitucional condenadas desde el 30 de enero de 2014 por la Corte Suprema de Justicia, por primera vez en segunda instancia o dentro del marco del recurso de casación, así como también por los Tribunales Superiores de Distrito y Militares. Lo anterior cumpliendo las siguientes reglas:

“Bajo los mismos razonamientos anotados, con un fuerte acento en el derecho a la igualdad, cuya aplicación franca y sin condiciones discriminatorias desvanece la idea de favorecimiento judicial al alguien en particular o a una parte privilegiada de ciudadanos, la Sala extenderá los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional a todas la personas sin fuero constitucional que resultaron condenadas desde el 30 de enero de 2014 por la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia o en el marco del recurso extraordinario de casación.

Igualmente se extenderán los efectos de ese fallo de la Corte Constitucional a los ciudadanos sin fuero constitucional que hayan sido condenados, por primera vez en segunda instancia, desde el 30 de enero de 2014, por los Tribunales Superiores de Distrito y el Tribunal Superior Militar, bajo las siguientes reglas:

a) Debieron haber interpuesto el recurso de casación, que era el medio de impugnación en ese momento disponible para discutir sobre el trámite procesal, las garantías procesales y los aspectos probatorios y jurídicos de la condena.

(...)

b) Si se interpuso el recurso extraordinario de casación y la Sala de Casación Penal lo inadmitió, claramente se deduce en esa hipótesis del ejercicio del derecho a impugnar la primera condena y la imposibilidad de

acceso a una segunda opinión judicial respecto de la responsabilidad penal, por defectos técnicos de la demanda. La persona condenada en segunda instancia por el Tribunal, en ese caso, tiene derecho a la impugnación con fundamento en la sentencia SU-146 de 2020.

*c) Si la Corte Suprema de Justicia admitió la demanda de casación presentada contra la primera sentencia condenatoria del Tribunal y se pronunció de fondo en la sentencia de casación, quedó satisfecha la doble conformidad judicial y no cabe una nueva impugnación*³¹. (Énfasis propio)

Para terminar, no se puede dejar pasar esta oportunidad para resaltar que es absolutamente insatisfactoria aquella decisión de la Corte Suprema de Justicia conforme a la cual se puede satisfacer el principio de doble conformidad mediante la interposición del recurso de casación. Lo anterior por cuanto la naturaleza técnica de la casación limita las posibilidades que se tienen en esa impugnación para buscar la doble conformidad. Adicionalmente, pretender que de oficio la Corte pueda suplir esa demanda implica desnaturalizar lo que debe ser una actuación de parte. La invitación concreta hacia el futuro es a que se investigue este aspecto con mayor detenimiento, de manera coherente y acorde a la filosofía que inspira la doble conformidad.

4. CONCLUSIONES

1. El establecimiento claro de los hechos jurídicamente relevantes es fundamental para la estructuración de una estrategia defensiva eficaz, tanto si lo que se quiere es un allanamiento a los cargos, como la reafirmación de la inocencia. Teniendo en cuenta lo anterior, para la Corte Suprema de justicia son inaceptables las imputaciones tácitas o implícitas.
2. Con la finalidad de evitar un juicio por emboscada la Corte no permite la variación del núcleo fáctico de la imputación, aunque, bajo ciertas condiciones, la variación de la calificación jurídica sí es procedente.
3. La relevancia jurídica de un hecho está supeditada a su correspondencia con el tipo penal descrito por el legislador.

³¹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 3 de septiembre de 2020, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicado No. 34.017

De ahí que la Fiscalía debe tener en cuenta aspectos como la delimitación de la conducta que se le atribuye al indiciado, el establecimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la constatación de todos los elementos del tipo penal y el análisis de los aspectos concernientes a las antijuridicidad y culpabilidad.

4. Los hechos jurídicamente relevantes propuestos por Fiscalía y Defensa conforman lo que será el tema de prueba.
5. La fiscalía no puede imputar “cargos alternativos” pues contraría los fines de la imputación y afecta de manera grave el derecho de defensa.
6. La audiencia preparatoria está innegablemente vinculada al ámbito probatorio y sus objetivos se orientan al aprestamiento del juicio oral. Concretamente, persigue la depuración probatoria, para lo cual se han dispuesto las etapas de descubrimiento, enunciación, estipulación y solicitud.
7. Esta secuencia de etapas, la cual tiene un orden lógico y razonable, separa los roles de juez y partes y contribuye en la aproximación racional a la verdad. La audiencia preparatoria, con esto, busca que se lleve al juez al conocimiento más allá de toda duda razonable en relación con los hechos, la conducta y la responsabilidad del procesado.
8. El principio de doble conformidad empezó a tener un desarrollo notable a partir de la sentencia C-792 de 2014. En principio la Corte Suprema de Justicia declaraba improcedentes las solicitudes de impugnación con base en la ausencia de legislación aplicable a aquellos casos que se decidían en única instancia.
9. Posteriormente, aunque el acto legislativo 01 de 2018 creó las Salas Especiales de Instrucción y Juzgamiento para aforados, no se había establecido un régimen de transición que implementara de manera inmediata esa creación, por lo que la Sala de Casación Penal mantuvo su competencia en relación con los aforados.
10. En octubre del año 2018, sostenía la Corte Suprema de Justicia que era el recurso extraordinario de casación el idóneo para satisfacer la necesidad consistente en que un superior jerárquico conociera las decisiones recurridas en única instancia que se ventilaran ante los Tribunales Superiores. Un mes después de esa decisión, la Corte Suprema de Justicia

señaló que era la impugnación especial el mecanismo óptimo para garantizar la doble instancia de la primera condena impuesta en sede de casación.

11. En el año 2019, la Corte precisó el ámbito de aplicación de la doble conformidad, haciendo referencia a sus objetivos, prerrogativas que pretende salvaguardar y satisfacción de la garantía. Asimismo, adoptó medidas provisionales orientadas a garantizar la mejor manera de interponer el recurso de impugnación frente a la primera condena emitida en segunda instancia por los Tribunales Superiores.
12. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia extendió los efectos de la sentencia SU-146 de 2020 a todas las personas sin fuero constitucional que fueron condenadas desde el 30 de enero de 2014 por la Sala Penal de esa corporación, por primera vez en segunda instancia o dentro del marco del recurso de casación, y también por los Tribunales Superiores de Distrito y Militares.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Colombia, Corte Constitucional, sentencia SU-146 de 21 de mayo de 2020, M.P. Diana Fajardo Rivera.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 03 de mayo de 2017, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, radicado No. 50.167.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 05 de junio de 2019, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicado No. 55.212.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 06 de agosto de 2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier, radicado No. 55.652.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 06 de septiembre de 2017, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 17 de julio de 2019, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicado No. 55.136.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 17 de octubre de 2018, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, radicado No. 53.895.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 3 de abril de 2019, M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicado No. 54.215.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 3 de septiembre de 2020, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicado No. 34.017.

- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 10 de octubre de 2018, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, radicado No. 100.470.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 11 de julio de 2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 50.637.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 13 de junio de 2012, M.P. José Leónidas Bustos Martínez, radicado No. 36.562.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 15 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 48.175.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 17 de septiembre de 2019, M.P. Eyder Patiño Cabrera, radicado No. 53.264.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 18 de junio de 2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier, radicado No. 43.554.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 2 de octubre de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 53.440.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 21 de febrero de 2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 51.142.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 25 de abril de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, radicado No. 26.381.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 27 de julio de 2007, M.P. Alfredo Gómez Quintero, radicado No. 26.468.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 28 de mayo de 2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier, radicado No. 42.357.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 3 de julio de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 52.967.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 8 de marzo de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 44.599.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 9 de septiembre de 2020, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 52.901.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 14 de noviembre de 2018, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, radicado No. 48.820
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 27 de febrero de 2019, AP699-2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier, radicado No. 54.582
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 03 de diciembre de 2014, AP 7427-2014, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, radicado N° 34.282.

CAPÍTULO III

EL RECURSO

EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN LABORAL

JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA*

Sumario: 1. ORIGEN DE LA CASACIÓN LABORAL EN COLOMBIA. 2. SENTENCIAS SUSCEPTIBLES DE RECURSO. 3. FINALIDAD Y TÉCNICA DEL RECURSO. 4. CAUSALES . 5. VÍAS DE LA VIOLACIÓN DE LA LEY SUSTANCIAL. 5.1. VÍA DIRECTA. 5.2 VÍA INDIRECTA. 5.2.1. *Error de derecho*. 5.3 VIOLACIÓN MEDIO. 6. LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. 7. PROPOSICIÓN JURÍDICA. 8. CONCLUSIONES

1. ORIGEN DE LA CASACIÓN LABORAL EN COLOMBIA

En los albores de los procesos sobre controversias laborales en Colombia, no tenía cabida el recurso de casación por cuanto con arreglo a los artículos 18 de la ley 10 de 1934 y 1º de la ley 45 de 1939, estos conflictos jurídicos se rituaban conforme al procedimiento verbal especial de los artículos 1208 y siguientes del

* Magister en Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Universidad del Rosario (Colombia); Diplomado en Seguridad Social OISS (España). Profesor universitario durante muchos años. Actualmente de las universidades Rosario y Javeriana. Ha sido Secretario General de la Procuraduría General de la Nación; Conjuez del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional; Presidente de la Asociación Colombiana de Seguridad Social; Gobernador del Colegio de Abogados del Trabajo; Magistrado y Presidente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Profesor Emérito y honorario de la Universidad del Rosario. Presidente del Club de Abogados. Es coautor de varios libros en materia laboral y actualmente es Árbitro clase A de Tribunales de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá. Primer Vicepresidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Conjuez de la Corte Suprema de Justicia y Director del Área de Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad del Rosario.

Código Judicial, porque el artículo 1213 *ibidem* excluía del recurso extraordinario las sentencias proferidas en tales litigios.

La Corte Suprema del Trabajo, así se denominaba el órgano supremo en la jurisdicción laboral, en providencia del 29 de marzo de 1946 precisó que la sola creación, por virtud de la ley 6ª de 1945, de dicha Corporación instalada formalmente el 1o de septiembre del mismo año, no abría las puertas automáticamente a dicho medio de impugnación, pues se requería norma especial que lo consagrara y regulara su procedencia, las sentencias susceptibles del mismo, el interés jurídico y los motivos de casación.

Pocos meses después, el recurso de casación laboral adquiere carta de naturaleza, el 21 de diciembre de 1945, con la ley 75 de ese año, cuyo artículo 3º -ordinal 6º- lo instituye respecto de sentencias proferidas por Tribunales Seccionales del Trabajo, en juicios cuya cuantía exceda de mil pesos. Igualmente, contra las sentencias proferidas por esos Tribunales *“en todos los juicios”*, cuando la decisión *“implique cuestiones fundamentales de principios en el derecho del trabajo”*, y atribuyó a dicha Corte hacer tal calificación.

El 27 de marzo de 1946 se dictó el Decreto 969, en cuyo artículo 68 señaló como finalidad del recurso: unificar la jurisprudencia del trabajo respecto de las sentencias previstas en la ley 75 de 1945. También reguló las causales de casación y el trámite del recurso. Infortunadamente este Decreto, bien intencionado pero carente de respaldo legal, tuvo vigencia efímera pues fue primero suspendido por el Consejo de Estado el 13 de julio de 1946 y posteriormente anulado por la misma Corporación. Sin embargo sus luces fueron guía importante para la regulación ulterior contenida en los artículos 86 a 89 del Código Procesal del Trabajo, adoptado por el Decreto Legislativo 2158 del 24 de junio de 1948.

2. SENTENCIAS SUSCEPTIBLES DE RECURSO

Para la procedencia del recurso la legislación casacional primigenia estatuyó dos requisitos respecto de: (i) la naturaleza de la sentencia y (ii) la cuantía. Las primeras manifestaciones legislativas extendieron su procedencia a la plenitud de las sentencias de los Tribunales Seccionales, las ulteriores las limitaron a las proferidas en procesos ordinarios, persiguiendo la celeridad

ideal de las controversias laborales, mas esta limitante a ese tipo de juicios algunas voces calificadas la han echado de menos en los juicios de fuero sindical.

En la versión del Decreto 2350 de 1944, todo asunto, independientemente de su cuantía, era susceptible del recurso con tal de que fuera interpuesto por sindicatos de trabajadores o de patronos o por un inspector de trabajo, siempre que no mediara doctrina probable del Tribunal Supremo. Diversas reformas elevaron sucesivamente la cuantía para recurrir, inicialmente fue fijada en \$1.000, luego \$3.000 (C.P.L.), \$10.000, \$30.000, \$50.000, \$150.000, \$300.000, 50 salarios mínimos legales mensuales, 100 SMLM, hasta llegar a la actual de 120 SMLM. De la postura inicial legislativa que se refirió a la cuantía del litigio, se pasó a la de cuantía del interés para recurrir (para cuando ese aspecto fuese relevante para la pertinencia del recurso), lo que comporta un criterio móvil en función del agravio irrogado por el proveído impugnado, dependiendo de la posición de conformidad o inconformidad del potencial apelante respecto del fallo de primer grado.

Como regla general, la pertinencia del recurso se reservó a las sentencias de segunda instancia, pero apartándose de la tradición española, siguiendo las orientaciones de la alemana y la italiana e inspirado nuestro legislador en el noble pero ilusorio propósito de pronta resolución de los litigios laborales, consagró la casación *per saltum*, que habilitaba el recurso respecto de la primera causal, de cara a los fallos de primera instancia y por avenimiento de las partes. Esta innovación revolucionaria, generadora de tantas expectativas, se quedó en la letra de la ley y no se tradujo a la realidad entre otras razones por la litigiosidad proverbial inherente a la idiosincrasia colombiana, pues la parte vencida en el juzgado aspira mejorar su posición ante el Tribunal, y principalmente, si la acusación es por errores de hecho *manifestos*, es evidente que es precaria la posición del apelante y por ende difícil su aspiración de desquiciar el fallo desfavorable. No conocen los expertos en la historia de este instituto más de diez casos, por lo que el mérito de su necesaria eliminación simplemente equivaldría a "*matar un muerto*".

El estatuto procesal de 1948 circunscribió el recurso a la sentencia definitiva. La entendió la Corte Suprema del Trabajo en providencia del 17 de julio de 1953, "*aquella que extinguen la acción*

y que puede dar lugar a que se configure la excepción de cosa juzgada si transcurre el término de la ejecutoria sin que contra ella se interponga ningún recurso". Criterio inopinado, generalizado e inapropiado, rechazado más tarde por el propio Tribunal. El jurista Blas Herrera Anzoátegui asentaba que tal calificativo debía estar destinado a diferenciar las sentencias estimatorias o desestimatorias que ponen fin al pleito de aquellas que solo tienen un aspecto formal y que en algunas ocasiones vienen a resolver cuestiones procesales como, por ejemplo, las relativas a excepciones dilatorias. Aclarando la admisibilidad del recurso respecto de las que declaran probadas excepciones de petición antes de tiempo o de modo indebido, denominadas por algunos, perentorias del juicio o perentorias temporales, en el evento de que para decidir las el juzgador haya partido de consideraciones fácticas o jurídicas erróneas. Así lo aceptó posteriormente la jurisprudencia casacional en decisiones del 19 de noviembre de 1955 y del 4 de mayo de 1960. La confusión producida por la limitación a las sentencias "*definitivas*" llegó a tal extremo que el Decreto 528 de 1964, suprimió tal expresión (art. 59), de modo que a partir de su vigencia son susceptibles del recurso todas las sentencias dictadas por Tribunales superiores en procesos ordinarios laborales, con las precisiones hechas en cuanto a la casación *per saltum*.

Una nueva e interesante inquietud surge con la importante innovación al proceso laboral introducida por la ley 712 de 2001, en cuanto permitió que ciertas excepciones perentorias, antaño exclusivamente materia de resolución en la sentencia de mérito, pudiesen ser decididas en la primera audiencia de trámite y recurribles en apelación. Como la resolución de estas cuestiones formalmente reviste el carácter de "*auto*" y no de sentencia, conviene que se permita que revista esta última naturaleza para que sea procedente la casación, ya que la simple consideración exegética no puede llevar al traste con el elevado propósito de uniformidad de la jurisprudencia nacional del trabajo sobre temas de tanta trascendencia, como la prescripción y la cosa juzgada. La jurisprudencia ha hecho un culto exagerado a la exégesis tan contrario a la lógica y a la finalidad de la norma. Naturalmente, si el recurso es pertinente aún respecto de sentencias inhibitorias, a *fortiori* de cara a providencias que impiden el nacimiento o la constitución del derecho litigado, o lo extinguen si alguna vez

existió, así se resuelvan en autos, porque sin duda mediante ellos se decide con carácter desestimatorio definitivo el mérito de la *litis*.

3. FINALIDAD Y TÉCNICA DEL RECURSO

Con el recurso extraordinario de casación se persigue enjuiciar la sentencia impugnada para establecer si, al pronunciarla, el Tribunal observó los preceptos jurídicos que estaba obligado a aplicar, toda vez que uno de los fines del recurso es garantizar el imperio e integridad del ordenamiento jurídico y proteger los derechos constitucionales de las partes, confrontando directa o indirectamente, las normas pertinentes al caso con la sentencia.

Con el fin de cumplir los objetivos del recurso extraordinario, la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que *“la demanda de casación no puede plantearse aduciendo razones, a lo sumo admisibles en un alegato de instancia, en el cual es posible argüirlas libremente, pues es deber del recurrente realizar un planteamiento y desarrollo lógicos, con el que se cumpla con la carga de demostrar la ilegalidad de la providencia acusada, la dialéctica del recurso extraordinario, no reside en desplegar razones opuestas a las del juez de alzada”* (SL209-2021).

Por lo anterior, es labor del recurrente, identificar los soportes del fallo recurrido y encauzar el ataque por la senda fáctica o jurídica, según el asidero de lo que se impugna, o por ambas, en cargos separados, si es que el fundamento de la decisión es mixto.

En sentencia del 27 febrero de 2013, rad. 43132, recordó la Corte que *“la confrontación de una sentencia, en la intención de lograr su derrumbamiento en el estadio procesal de la casación, comporta para el recurrente una labor persuasiva y dialéctica, que ha de comenzar por la identificación de los verdaderos pilares argumentativos de que se valió el juzgador para edificar su fallo; pasar por la determinación de si los argumentos utilizados constituyen razonamientos jurídicos o fácticos; y culminar, con estribo en tal precisión, en la selección de la senda adecuada de ataque: la directa, si la cuestión permanece en un plano eminentemente jurídico; la indirecta, si se está en una dimensión fáctica o probatoria”*.

La demanda de casación debe ceñirse a los mínimos lineamientos legales y jurisprudenciales exigidos para que se habilite su estudio de fondo, los que deben ser atendidos por quien persiga el quebrantamiento de la sentencia de segunda instancia, dado el

carácter dispositivo y extraordinario de este medio de impugnación. No obstante, hace más de 5 lustros la Sala Laboral de la Corte excusa a quienes formalmente diseñan una impugnación por una vía pero desarrollan su ataque integralmente por la contraria.

De análoga manera, el Decreto 2651 de 1991 (artículo 51) flexibilizó notoriamente el recurso de casación al señalar que si un cargo contiene acusaciones que la Corte estima han debido formularse separadamente, no obstante la independencia de los cargos y de las vías de ataque, deberá decidir sobre ellas como si se hubieran invocado en distintos cargos. Por tanto, si el impugnante entremezcla en un cargo reparos de tipo fáctico con argumentaciones jurídicas, que dentro de la técnica casacional son excluyentes, la Corte debe darles respuesta como si se hubieron propuesto en dos cargos independientes.

4. CAUSALES

Los objetivos del recurso han estado inextricablemente ligados con la causal primera de casación laboral. Habiendo sido en sus inicios la nomofilaquia o defensa de la legalidad y posteriormente la uniformidad jurisprudencial nacional, es elemental que esta causal haya consistido en la violación de la "*Ley sustancial*", en sus diversas modalidades. Mas, tal no fue la expresión adoptada por el estatuto adjetivo del trabajo, que la bautizó "*Ley sustantiva*", siguiendo las huellas del artículo 520 del código judicial, lo que naturalmente comporta una visión formal, recortada y equivocada, porque a través de este medio de impugnación se trata de garantizar la uniforme hermenéutica y la pureza en la aplicación del derecho objetivo que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas, independientemente de su ubicación normativa, como en forma reiterada lo precisó la jurisprudencia, como de la misma forma aclaró que para estos efectos el concepto de Ley no es el meramente formal de la norma general, abstracta e impersonal expedida por el Congreso sino del precepto de alcance nacional en su acepción material, al margen de la autoridad de la que emane.

Conviene agregar que durante muchos años consideró la Corte Suprema que con excepción de las establecidas en el título III sobre derechos y garantías sociales de la Constitución de 1986, las

disposiciones constitucionales, por su carácter abstracto y genérico, por no estatuir derechos concretos ni establecer obligaciones específicas, por carecer de aplicabilidad inmediata, en principio no son denunciables por sí solas, sino las normas que las desarrollan y que verdaderamente establecen unos u otras (Sent. Del 29 de octubre de 1955. Derecho del trabajo, volumen XXIII, núms. 133-135). Sin embargo, ante la constitucionalización de normas laborales y de seguridad social, ante una carta constitucional como la de 1991, atributiva de tantos derechos, ante la importancia superlativa de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, se ha modificado esa jurisprudencia para permitir que un precepto constitucional violado por un fallo sea invocado como fundamento de la denuncia normativa.

Ahora bien, en la práctica es excepcional un derecho contemplado exclusivamente en el ordenamiento *supra* legal y sin representación directa y concreta en el legal, que se presume exequible, a menos que la Corte Constitucional lo retire del mundo jurídico. Y no siendo lógico el divorcio entre ley declarada avenida a la Constitución y ésta, cuando el derecho o la obligación en discusión es desarrollado por la ley que no ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Constitucional, necesariamente el control a través de la casación debe ser ejercido sobre la norma legal.

Diferente sería si se encuentra que están en abierta pugna, hipótesis en la cual siendo este recurso extraordinario también constitucional, debe dar prevalencia a la norma de la carta fundamental denunciada por el impugnante, lesionada por la sentencia recurrida, como corresponde a la sana tendencia jurisprudencial de los últimos tiempos.

La segunda causal de casación, configurada por hacer la sentencia recurrida más gravosa la situación de la parte que apela o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta, difiere del fallo *extra petita*, pues conforme a sentencia de 6 de octubre de 1952, (Proceso de Eduardo García Gress contra Banco Comercial Antioqueño) la primera consiste en la extralimitación de la jurisdicción determinada por el recurso interpuesto por el único apelante, al paso que en la segunda se produce el desbordamiento de la misma litis; la primera es violatoria del alcance del recurso, en la segunda el Tribunal emplea una facultad exclusiva del juez de primer grado, hoy se agregaría del de única instancia; la primera

es una garantía del único apelante, la segunda puede configurarse aún si ambas partes son apelantes; la condenación *extra petita* por parte del Tribunal a favor del único apelante no es *reformatio in peius*, ni puede acusarse por la causal segunda sino por la primera. En síntesis, no en toda condena *extra petita* del Tribunal, hay reforma en perjuicio para la parte apelante.

Sobre esta causal la Corte ha explicado que:

“... este defecto procedimental se materializa cuando el juez de la alzada genera mayores cargas o propicia una desmejora de lo obtenido, en perspectiva de las determinaciones adoptadas por el a quo (CSJ SL2583-2020). En ese orden, tal restricción representa un límite al poder jurisdiccional del juez de segundo nivel, como garantía del derecho al debido proceso” (CSJ SL5596-2019).

5. VÍAS DE LA VIOLACIÓN DE LA LEY SUSTANCIAL

La jurisprudencia desarrolló dos vías de vulneración normativa: la directa y la indirecta. En la primera debe haber coincidencia entre recurrente y tribunal sobre las conclusiones fácticas, sobre la verdad reflejada en los medios instrumentales; y en la segunda, precisamente se plantea la divergencia manifiesta sobre el asunto. Pero también se instituyó en la vía indirecta el mal denominado “*error de derecho*” al que se hará alusión más adelante. La omisión de la mención del sendero no deviene desestimable *per se* el recurso, si se advierte a través del desarrollo de la acusación.

5.1. VÍA DIRECTA

Cuando se acude a la senda de puro derecho, se reitera, la sustentación del cargo debe ser estrictamente jurídica, en la medida que la acusación debe concentrarse a esta clase de razonamiento para controvertir los que de esta misma naturaleza haya realizado el juzgador, dejando al margen las conclusiones fácticas a las que arribó el juez de apelaciones.

5.2 VÍA INDIRECTA

Es cierto que el sendero directo –vicio de juicio– es el que más se identifica con el origen, la naturaleza y designios del recurso. No

obstante, en nuestro medio, en un altísimo porcentaje las acusaciones versan sobre los aspectos meramente fácticos, aceptando sin beneficio de inventario el legado español que *ab initio* la consagró como motivo específico de casación –no obstante los principios de inmediación y de libre apreciación de la prueba por parte de juzgadores de instancia–, a condición de que fuese “manifiesto”.

Inicialmente estuvo reservado al documento auténtico, posteriormente al dictamen pericial, pero pronto la jurisprudencia del Tribunal Supremo precisó que si el sentenciador se había basado en un conjunto probatorio, debían atacarse todos los medios de convicción base esencial del fallo.

Ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL12298-2017, que *“las acusaciones exiguas o parciales son insuficientes para quebrar una sentencia en el ámbito de la casación del trabajo y de la seguridad social, por cuanto dejan subsistiendo sus fundamentos sustanciales y, por tanto, nada consigue el censor si se ocupa de combatir razones distintas a las aducidas por el juzgador o cuando no ataca todos los pilares, porque, en tal caso, así tenga razón en la crítica que formula, la decisión sigue soportada en las inferencias que dejó libres de ataque. Lo anterior, conlleva a que con independencia del acierto del recurrente y de que la Sala comparta o no sus deducciones, se mantenga la decisión de segundo grado”*.

El artículo 23 de la ley 16 de 1968, en forma absurda circunscribió la fuente del desatino a la falta de apreciación de un documento auténtico, lo que restringió demasiado la vía indirecta haciéndola casi inexistente. Esta reforma solo tuvo explicación en el clamor de la Sala Laboral de la Corte debido al abrumador volumen de negocios que se encontraba sin decisión. Por fortuna tan equivocada limitante fue morigerada por el artículo 7º de la ley 16 de 1969, que amplió la fuente del error de hecho a la falta de apreciación o estimación errónea de las siguientes pruebas calificadas: el documento auténtico, la confesión judicial y la inspección judicial. Con buen tino, pronto la jurisprudencia juzgó que cuando el fallo recurrido se halla soportado tanto en pruebas aptas para la configuración del desacierto fáctico, como en no idóneas, es deber del censor, previa la demostración del dislate fáctico con pruebas aptas, acusar la violación de las no calificadas

valoradas por el *ad quem*, pues de lo contrario éstas seguirán soportando la sentencia.

Conforme a lo expuesto, la ley exige que el recurrente precise cuáles fueron los errores de hecho en que incurrió el juzgador en el fallo atacado y que, obviamente, indique su fuente y proceda a su demostración. Al incumplir cualquiera de los anteriores requerimientos, el cuestionamiento resulta desestimable, pues, si no se indican los desaciertos el ataque queda vacío de contenido; si no se indican los medios de prueba, el presunto error apenas tendrá la condición de una afirmación; y si no se demuestran los errores fácticos endilgados, el cargo no será más que una mera alegación intrascendente.

En relación con la exigencia de “manifiesto” del error de hecho, en sentencia SL17468-2014 la Corte recordó lo que de antaño ha enseñado:

“... no es cualquier desatino del juzgador el que da al traste con su proveído, sino únicamente aquél que tenga la connotación de manifiesto, evidente u ostensible. Ese carácter surge frente a transgresiones fácticas patentes, provenientes de dislates en el examen de los elementos de juicio que conforman el haz probatorio, ya bien por haberlos apreciado equivocadamente, ora por no haberlos estimado. No basta, en consecuencia, que el recurrente dé explicaciones así sean razonables sobre las eventuales conclusiones erróneas del fallador, o que se limite a enfrentar las suyas con las de aquel, sino que además de identificar y demostrar el desacierto de hecho ostensible, debe acreditar, con base en el contenido de las pruebas, qué es lo que ellas en verdad acreditan y su incidencia en la equivocada resolución judicial.

“...el error de hecho, [...] se presenta, según el caso, cuando el sentenciador hace decir al medio probatorio algo que ostensiblemente no indica o le niega la evidencia que tiene, o cuando deja de apreciarlo, y por cualquiera de esos medios da por demostrado un hecho sin estarlo, o no lo da por demostrado estándolo, con incidencia de ese yerro en la ley sustancial que de ese modo resulta infringida» (CSJ SL, 11 febrero 1994, radicación 6043, reiterada en CSJ SL5988-2016 y en CSJ SL4032-2017).

Además, es indispensable que la argumentación esté acompañada de razones que lo demuestren, y que su existencia aparezca notoria, protuberante y manifiesta (CSJ SL18164-2016), dada la presunción de legalidad y acierto que ampara la sentencia,

de allí que esta clase de error sea inversamente proporcional a una excesiva argumentación, en otras palabras, entre mayor sea la necesidad de sustentarlo, el desacierto luce menos evidente.

En esa dirección la Corte ha indicado que cuando el ataque se plantea por la vía indirecta, los razonamientos *“deberán enderezarse a demostrar que el desacierto fue garrafal, de modo que se imponga a la mente sin necesidad de conjeturas, suposiciones, razonamientos o, en general, interpretaciones de la prueba que mediante raciocinios permitan inferir algo distinto a lo que en sí misma de manera evidente ella acredita, sin que para ello importe que lo conjeturado resulte más o menos razonable”*(sentencia CSJ SL, 3 marzo 2009, radicado 33552)

De otro lado, extrapolando la casación civil donde sí hay norma expresa que lo habilita, la Casación Laboral ha admitido acusar la valoración o inestimación de piezas procesales como la demanda, su contestación, la apelación, como generadoras del desacierto de hecho.

Ahora, ha precisado la Corte, que solo estructuran yerro, cuando el juzgador tergiversa la voluntad expuesta en ellas (CSJ SL, 5 ag. 1996, rad. 8616, reiterada entre otras, en las decisiones CSL SL, 21 jul. 2004, rad. 22386 y CSJ SL2052-2014); o cuando contienen confesión, entendida esta como la manifestación que hace una parte sobre hechos que pueden producirle consecuencias adversas que a su vez, favorezcan a la parte contraria. Por lo tanto, no hay confesión si los hechos narrados, no le causan perjuicio a ella o le producen beneficio a la contraparte.

En el recurso de casación laboral la prueba testimonial no es apta para estructurar el yerro fáctico, pero su estudio es posible si previamente se demuestra error manifiesto con alguna de las pruebas hábiles. (CSJ SL 2 jun. 2009, rad. 34390).

La restricción de la posibilidad de circunscribir a las pruebas calificadas la estructuración del error de hecho en la casación laboral, consagrada por el artículo 7 de la ley 16 de 1969, fue declarada avenida con la Carta Fundamental por la Corte Constitucional en sentencia C-140 de 1995 del 29 de marzo de 1995, y se fundamenta en la naturaleza misma del proceso laboral y en especial en la consagración de los principios de oralidad, inmediación y libre apreciación probatoria en los juicios de trabajo, situación ésta que

difiere sustancialmente de los asuntos esenciales y propios de los procesos civil y penal.

Al margen del eventual defecto científico achacado a la limitante de la acusación con base sólo en pruebas calificadas, lo cierto es que en realidad, además de la razonable soberanía de valoración probatoria de que gozan en principio los juzgadores de instancia, la restricción del error de hecho a aquellas pruebas, ha sido uno de los factores que ha impedido que la casación laboral tenga la excesiva congestión de la civil, donde en la práctica, por lo demás, son escasísimos los casos de infirmación de sentencias apoyadas en testimonios, cuando los hay de ambas partes, o en dictámenes periciales o indicios.

Por lo demás, no es conveniente erradicar de nuestra tradición jurídica la vía indirecta teniendo en cuenta los frecuentes errores garrafales de juzgadores acerca del contenido de la prueba calificada, con grave impacto en el derecho sustancial. Ciertamente el uso indebido de la soberanía probatoria del juzgador de instancia, corre el riesgo de devenir en un peligroso libertinaje que debe ser controlado por el tribunal de casación, con mayor razón si se analiza en conjunto nuestra realidad judicial. La simple congestión de la Sala especializada de la Corte no amerita su eliminación, pues hay formas más idóneas de combatirla. Aún más, con las tesis en boga sobre tutela contra providencias judiciales sería una gran ingenuidad abolir la segunda parte de la primera causal, y claudicar a favor de tan nociva injerencia, en especial en procesos que versen sobre derechos fundamentales del trabajo, tales como reintegro, maternidad, indemnización moratoria y pensión.

5.2.1. *Error de derecho*

El artículo 60 del Decreto 528 de 1964 importó, deformándola, esta curiosa modalidad de la casación laboral española original, más propia de un sistema de tarifa legal, y por tanto extraño al proceso del trabajo donde ella es excepcional en extremo. Defectuosa es su denominación legal de "*error de derecho*" porque también es un error de hecho, pero sólo surge cuando se da por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la Ley, por exigir ésta al efecto una solemnidad para la validez del acto, o cuando

deja de apreciarse una prueba de esta especial naturaleza, siendo el caso de hacerlo. Quedó así aberrantemente estructurado el error de derecho en forma innecesariamente diferente a la casación civil, donde en esencia comporta la violación de una regla probatoria. Ninguna razón de peso justifica la permanencia del llamado “error de derecho” –por demás de rarísima ocurrencia– en la forma regulada en nuestra casación del trabajo.

5.3 VIOLACIÓN MEDIO

En principio los meros desaciertos *in procedendo* no son enjuiciables en la casación del trabajo y la infracción de normas procesales no está consagrada taxativamente como causal. No obstante, desde el Tribunal Supremo del Trabajo, se admitió que el ataque por transgresión de normas adjetivas es procedente cuando se señalan como infringidas disposiciones sustantivas laborales, como consecuencia de aquella violación. Es decir, la primera violación es de medio, pues el verdadero y efectivo quebranto normativo final recae sobre la norma laboral sustancial. (Gaceta del trabajo, núm. 5 a 16, p. 267).

Así mismo, la Sala Laboral de la Corte en sentencia del 5 de agosto de 1958 (G. del T. LXXXVIII, núms. 2199, 2200, pp. 894 y 895) precisó que cuando la infracción de la norma procesal incide sobre una de carácter sustantivo, hace impugnabile la sentencia, porque el señalamiento de la primera constituye la premisa de la violación de la segunda, ya que por este medio el error *in procedendo* se convierte en el presupuesto inseparable del error *in iudicando*.

En síntesis, ciertamente el ataque por violación medio prioritariamente debe enderezarse por el sendero de puro derecho porque antes de incurrir el sentenciador en una equivocada valoración de los hechos, por suposición o preterición de la prueba, transgrede la legalidad procesal, pero no es menos verdadero que cuando para resolver el recurso resulte indispensable que la Corte examine hechos, no aceptados por el Tribunal, y por ende sea menester sumergirse en las pruebas o piezas procesales del juicio, sin duda el origen del vicio se hallará en éstas y por tanto será deber ineludible del impugnante, como cuestión preliminar, demostrar

el desacierto de facto manifiesto, como vehículo insustituible para alcanzar la infracción de los preceptos sustanciales.

Por lo anterior, cuando el ataque recae sobre normas de carácter procedimental, debe imputarse previamente la violación medio, demostrando cómo el juicio del Tribunal vulneró una norma adjetiva que comprometió, a su vez, un precepto sustancial. Es sabido que las disposiciones de estirpe procesal únicamente pueden acusarse por violación medio y en relación de causalidad con los de carácter sustancial, ya que la infracción de la ley en realidad se produce inicialmente sobre aquellos a través de los cuales se llega a éstos (CSJ SL, 7 diciembre 2010, radicado 39826).

6. LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN

En los claros términos del artículo 60 del Decreto ley 528 de 1964, que modificó el 87 del estatuto procesal de la especialidad, en materia laboral los únicos motivos de procedencia del recurso de casación son la “infracción directa”, la “aplicación indebida” y la “interpretación errónea” de la ley sustancial.

Cada uno de estos conceptos de violación normativa resulta excluyente respecto de una misma norma, por obedecer a razones diferentes de cuestionamiento.

Por sabido se tiene que en la mal denominada “infracción directa” el error jurídico en que incurre el fallador versa sobre la existencia o la validez en el tiempo o en el espacio de la norma, y se origina en lo que se denomina “premisa mayor” del silogismo. Se configura cuando el precepto aplicable es absolutamente claro y el fallo recurrido contiene resoluciones en abierta pugna con él (*error en thesi clarum*). Equivale a la falta de aplicación de la voluntad abstracta de la norma, por ignorancia o por rebeldía, respecto de hechos no discutidos y debidamente esclarecidos. Si bien en un principio se estructuraba adicionalmente cuando el Tribunal aplicaba la norma a un hecho inexistente, desde hace varios años la jurisprudencia encuadra este defecto como modalidad de aplicación indebida.

En el segundo motivo, la “aplicación indebida”, el error versa sobre la relación entre el hecho que hipotéticamente prevé la

norma y el específico y concreto hecho del caso litigado, y tiene su génesis por ello en la premisa menor del silogismo, y se estructura cuando el fallador entiende rectamente la norma pero la aplica a un hecho o situación que no es la regulada por ella, o también cuando le hace producir efectos distintos a los contemplados en la norma, extendiendo o cercenando las consecuencias jurídicas normativas. Esta clase de violación puede ocurrir con prescindencia de la cuestión fáctica debatida en el proceso, y se tratará entonces de una violación directa, o por error de valoración de las pruebas, siendo entonces indirecta la violación.

El tercer concepto de violación, la “interpretación errónea”, se produce siempre con total independencia de los hechos litigiosos y puede configurarse tanto en la premisa mayor del silogismo como en su conclusión, versa sobre el contenido de la norma aplicable, y no sobre su existencia o subsistencia. Es un vicio sobre el sentido de la norma.

También puede darse por desconocimiento del Tribunal de los principios interpretativos.

Cuando se trata de éste concepto de violación de la ley sustancial, el correcto planteamiento implica, en primer lugar, que el censor debe *“demostrar adecuadamente que el entendimiento dado por el juzgador de segunda instancia es equivocado y que por tal razón incurrió en un desatino interpretativo”* y en armonía con ello, en un segundo nivel de argumentación, *“para obtener ese cometido, debe el recurrente efectuar una comparación entre la comprensión que a la norma jurídica le dio el juzgador, con el recto sentido que surge de su texto, de suerte que al efectuar ese parangón surja el sentido incorrecto que se le otorgó”*, lo anterior, según las enseñanzas vertidas en la sentencia CSJ SL, 24 abr. 2003, rad. 19619, reiterada en la SL4754-2020.

La interpretación errónea y la infracción directa de la ley son modalidades de violación exclusivas de la vía directa, por lo tanto resulta inapropiado su demostración tomando como punto de partida la valoración errónea de las pruebas.

Sin embargo, si bien estos conceptos de violación son distintos y excluyentes, se ha admitido que la aplicación indebida de unas normas puede generar la falta de aplicación de otras, y en algunos casos al contrario; así como la interpretación errónea puede dar

lugar a una aplicación indebida, como lo reconoció el Tribunal Supremo en sentencia del 20 de octubre de 1954.

No obstante que el desacierto en el desarrollo de la demostración del vicio pertinente siempre fue motivo de desestimación de la acusación, como lo manda la ley, muy recientemente se han disculpado defectos de confusión en cuanto a aplicación indebida e interpretación errónea. En verdad la tendencia de la mayoría de los sistemas casacionales conduce a la abolición de esta severa exigencia formal, que no es de la esencia del recurso, pero la ley que disciplina la casación laboral colombiana actual proscribire los defectos en esta materia, por lo que mientras tales preceptos estén vigentes son de forzosa aplicación, lo que sin duda conduce a una metodología clara y lógica del desarrollo de un cargo.

Dentro de un enfoque de *lege ferenda* resulta conveniente suprimir la diferenciación y permitir la alegación de la simple infracción de la normativa pertinente, como después de un largo debate sucedió en España con la innovación introducida por el artículo 204 de la Ley de procedimiento laboral, siguiendo el sendero recorrido por la reforma a la Ley de enjuiciamiento civil.

7. PROPOSICIÓN JURÍDICA

De antaño la ley exigía conformar la denominada “proposición jurídica completa”, es decir, denunciar el quebranto de todas las disposiciones relacionadas con el derecho en litigio. Como se anotó en precedencia, el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991 dispuso que es suficiente con el señalamiento de *“cualquiera de las normas de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada”*, pero, a contrario sensu, la inobservancia de denunciar el quebranto de un precepto sustancial que constituya la base esencial del fallo, conduce inexorablemente a que no tenga ventura la reclamación sobre el respectivo derecho que consagra la norma omitida por incumplir los requisitos formales mínimos del recurso.

En efecto, el literal a) del numeral 5 del artículo 90 del CPTSS, ordena incluir el precepto legal sustantivo del orden nacional que se estime violado. Al respecto, se ha entendido que éste corresponde a la disposición legal que consagra derechos o establece obligaciones,

o dicho de otra forma, que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas individuales reclamadas en la controversia judicial. Tal requisito ha sido considerado por la jurisprudencia como indispensable e insoslayable, ya que su ausencia impide efectuar un estudio de fondo respecto del derecho específico reclamado (pensión, auxilio de cesantía, salario, indemnizaciones, etc.). Así se recordó en la sentencia CSJ SL12173-2015, reiterada en la SL4673-2020. Por lo anterior, no basta que en la proposición jurídica aparezcan relacionadas varias disposiciones, sino que es obligatorio que dentro de las incluidas se encuentre por lo menos una que constituya base esencial del fallo o que haya debido serlo.

8. CONCLUSIONES

- 8.1. La bondad e importancia del recurso de casación es indiscutible. Con excepción de los países que adoptan el sistema del *common law*, la casi totalidad de los sistemas jurídicos más evolucionados, de las más disímiles tendencias ideológicas, lo mantienen y refuerzan como herramienta fundamental para asegurar la recta aplicación del ordenamiento positivo y la unificación de la jurisprudencia y el respeto a los derechos fundamentales.
- 8.2. Las variaciones sustanciales al recurso de casación lo convierten en una tercera instancia y por ende lo desnaturalizan. Son muchísimos más graves los efectos perniciosos de esta tendencia que sus dudosas ventajas.
- 8.3. Aun cuando la esencia del recurso extraordinario debe mantenerse, son indispensables algunas reformas que lo pongan a tono con los sistemas casacionales modernos, con los derechos fundamentales y con el rumbo del mundo.
- 8.4. Es aconsejable que la jurisprudencia amplíe la posibilidad de quebrantamiento de preceptos constitucionales y de derechos fundamentales como causal de casación.
- 8.5. Se amerita traducir en ley, como causal expresa, la infracción medio de normas procesales que comporten violación del derecho de defensa o del debido proceso, de las normas que gobiernan los actos y garantías esenciales del juicio, dentro de un amplio listado que otorgue seguridad jurídica.

- 8.6. Debe eliminarse el concepto de violación como requisito de la demanda de casación, la casación *per saltum* y el “*error de derecho*”, en su concepción actual.
- 8.8. Mientras exista la jurisprudencia de tutela contra providencias judiciales, no debe eliminarse la vía indirecta, al menos en asuntos de pensiones, reintegros, indemnizaciones moratorias y protección a la maternidad.
- 8.9. Cuando se declaren probadas en primera audiencia las excepciones de prescripción y cosa juzgada debe proceder el recurso de casación, siempre que se reúnan los demás requisitos.
- 8.10. Es aconsejable asimilar la experiencia española acerca del recurso de casación en interés de la jurisprudencia, con el fin de remediar fallos contradictorios.
- 8.11. Es necesario racionalizar y simplificar el trámite del recurso en la Corte.

CAPÍTULO IV

DE LOS PROCESOS PENALES DE ÚNICA INSTANCIA A LA DOBLE INSTANCIA Y DOBLE CONFORMIDAD PARA AFORADOS CONSTITUCIONALES*

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ**

Sumario: INTRODUCCIÓN. 1. FUERO CONSTITUCIONAL Y PROCESOS DE ÚNICA INSTANCIA. 2. RECURSOS Y PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA. 3. SEPARACIÓN DE LAS FUNCIONES DE INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO RESPECTO DE LOS CONGRESISTAS. 4. POSIBILIDAD DE IMPUGNAR TODAS LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS. 5. IMPUGNACIÓN, DOBLE INSTANCIA Y DOBLE CONFORMIDAD. 6. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA GARANTÍA DE IMPUGNACIÓN Y DOBLE CONFORMIDAD. 7. CONCLUSIONES. 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

La competencia de la Corte Suprema de Justicia se encuentra regulada en el artículo 235 de la Constitución Política de Colombia de 1991. La consagración original de esta norma jurídica instituye

* Producto derivado del proyecto de investigación “*La dinámica inseparable del derecho penal sustancial y procesal*” (00009197).

** Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado, especialista y magister en Derecho Penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en Criminología y Ejecución Penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia. Autor de “El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento”. Contacto: norbertohernandezj@javeriana.edu.co

a esa Corporación como juez natural¹ para el juzgamiento del Jefe de Estado, de los magistrados de las altas Cortes y del Fiscal General de la Nación; también le encomienda la investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso de la República, así como el juzgamiento, previa acusación del Fiscal General de la Nación², de los altos funcionarios de la Rama Ejecutiva del poder público, de los entes de control, diplomáticos, altos mandos de la Fuerza Pública, entre otros (ver tabla No. 1 - *infra*).

De conformidad con lo anterior, en las diferentes legislaciones penales adjetivas –vigentes dentro de este marco constitucional–, se regularon procesos de única instancia³ en contra de esos sujetos procesales⁴ (aforados constitucionales), en los que por contera no era procedente la interposición de recursos de alzada contra las decisiones adoptadas por el máximo órgano de la Jurisdicción ordinaria en materia penal y por ende, estas carecían de control y

¹ “La garantía del <<juez natural>> indica esta normalidad, del régimen de competencias, preconstituida por la ley al juicio, entendiendo por competencia la <<medida de la jurisdicción>> de que cada juez es titular. Significa, precisamente, tres cosas distintas aunque relacionadas entre sí: la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido *post factum*; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de IBAÑEZ, Perfecto Andrés; RUIZ, Alfonso; BAYÓN, Juan Carlos, TERRADILLOS, Juan & CANTARERO, Rocio. Segunda edición, Madrid: Trotta, 1997, p. 590.

² Mediante el acto legislativo 6 de 2011 se amplió esta competencia al Vicefiscal General de la Nación y a los Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia.

³ Cfr. artículos 69 y 123 del Decreto 2700 de 1991, 75 y 118 de la ley 600 de 2000 y 32 de la ley 906 de 2004.

⁴ “Los sujetos procesales se clasifican entonces en: *titulares del poder jurisdiccional y partes*”. GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*. Bogotá: Temis, 1958, p. 75. Empero, GAITÁN, Bernardo. “Fuentes del derecho procesal penal”, 1966, *Vniversitas*, V.31, pp. 110-126, 170-171, diferenciaba sujetos procesales [personas que deben sufrir las consecuencias del proceso (procesado), personas que tienen derechos vinculados a las resultas del proceso, desde el punto de vista del daño causado (víctimas) y personas que están obligadas a tutelar esos derechos (Juez)] de sujetos de los actos procesales [intervienen transitoriamente dentro del proceso en el desarrollo de determinados actos procesales (peritos y testigos)].

Actualmente se habla de partes e intervinientes. “(...) en lo que concierne a los actores que integran la relación jurídico-procesal, el nuevo esquema procesal prevé expresamente las intervenciones (i) de las víctimas; (ii) del imputado; (iii) del fiscal; (iv) del juez de conocimiento; (v) del Ministerio Público; (vi) del juez de control de garantías y (vii) de los jurados, encargados de administrar justicia en forma transitoria, en los términos que señale la ley”. Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 31 de mayo de 2006 (C-425/06), M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Expediente D-6027.

contradicción ante un funcionario u organismo colegiado distinto, que pudiera evaluar su acierto y legalidad. Esto, se insiste, por cuanto no existe ningún funcionario o despacho judicial por encima de la Corte Suprema de Justicia (artículo 234 Constitucional), que pudiera resolver un eventual recurso de apelación o incluso el extraordinario de casación.

En este sentido, aunque en el numeral 6 del artículo 17⁵ del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia”, se intentó consagrar la posibilidad de concretar el derecho de impugnación contra las decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la tramitación del rito procesal penal en contra de los aforados constitucionales, esta norma fue declarada inexecutable⁶, atendiendo a que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia no es superior jerárquico de la Sala Casación Penal y la competencia para garantizar este derecho se había atribuido indebidamente a aquella.

Ahora bien, la regulación constitucional de los procesos penales en contra de los aforados constitucionales sufre una importante variación en el año 2018, con la promulgación del acto legislativo 1⁷, en donde se reconoce su derecho de impugnación y doble instancia. Así, en el artículo 234 Constitucional se advierte sobre la existencia de Salas especiales al interior de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en donde se garantice la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y

⁵ ARTICULO 17. DE LA SALA PLENA. La Sala Plena cumplirá las siguientes funciones: (...) 6. Resolver las impugnaciones y los recursos de apelación contra las sentencias, medidas cautelares, providencias y autos interlocutorios que profiera la Sala de Casación Penal en los procesos que trámite contra los funcionarios y servidores públicos con fuero constitucional de juzgamiento por los hechos punibles que se les imputen; y

⁶ Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 5 de febrero de 1996 (C-037/96), M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Expediente P.E.-008.

⁷ El acto legislativo 1 de 2018 es adoptado tras la exhortación que hizo la Corte Constitucional al Congreso de la República, como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos diferidos de varias normas procesales penales, relacionadas con el derecho de impugnación de las sentencias condenatorias. *Cfr.* Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 29 de octubre de 2014 (C-792/14), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Expediente D-10045.

el derecho a la impugnación de la primera condena y en el artículo 235 de la misma norma superior se incluye la competencia de la Sala de Casación Penal para conocer del recurso de apelación contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (numeral 6) y la solicitud de doble conformidad judicial de la primera sentencia condenatoria (numeral 7).

Con base en lo anterior, en este documento se hace un recorrido –preponderantemente descriptivo y sustentado jurisprudencialmente–, a través de la regulación de los procesos penales en contra de los aforados constitucionales, con ocasión del aniversario número 30 de nuestra Constitución Política, iniciando por el análisis de (i) los fueros y los procesos de única instancia. De manera subsiguiente se estudia (ii) el principio de doble instancia, como antesala para abordar (iii) la fluctuación de estos procesos penales con base en las decisiones de nuestro Tribunal Constitucional, así como (iv) la modificación de nuestra *norma de normas* por parte del legislador del año 2018, que elimina los procesos de única instancia en materia penal. Adicionalmente se ofrecen datos sobre el panorama actual tendiente a concretar la garantía de doble conformidad de los aforados constitucionales que fueron condenados en única instancia.

1. FUERO CONSTITUCIONAL Y PROCESOS DE ÚNICA INSTANCIA

La doctrina define el “fuerzo” como “la condición personal que se adquiere por el ejercicio de un cargo o el cumplimiento de determinadas funciones”⁸. La finalidad del fuero consagrado en el artículo 235 de la Constitución Política de Colombia de 1991, en relación con el enjuiciamiento de los más altos funcionarios del Estado, es un privilegio protector de la investidura (dignidad del cargo) y el funcionamiento equilibrado y adecuado del ejercicio del poder⁹. Desde esta última arista se permite asegurar la

⁸ BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. *El Proceso Penal. Estructura y garantías procesales*. Sexta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 170.

⁹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 21 de mayo de 2020 (SU-146/20), M.P. Diana Fajardo Rivera, Expediente T-7.567.662.

independencia, autonomía y funcionamiento judicial, disipando presiones o injerencias¹⁰.

Así, se entiende que la conformación de Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como órgano colegiado e integrado por profesionales que cuentan con las más altas calidades y experticia, genera un blindaje del que carecen los funcionarios judiciales de inferior jerarquía, que pueden sucumbir a eventuales apremios de las personas judicializadas o de terceros¹¹.

Frente a los aforados constitucionales elegidos popularmente, como es el caso del Presidente de la República, la Corte Constitucional agrega que con el fuero se busca “evitar que mediante el abuso del derecho de acceso a la justicia se pretenda paralizar ilegítimamente el discurrir normal de las funciones estatales y el ejercicio del poder por parte de quienes han sido elegidos democráticamente para regir los destinos de la Nación”¹².

A continuación, se tabulan los funcionarios cobijados por este fuero constitucional:

Tabla No. 1.
Funcionarios cobijados con fuero
constitucional y función de la Corte Suprema de Justicia (CSJ)

Función de la CSJ	Funcionario	Sustento normativo
Juzgamiento	Presidente de la República o quien haga sus veces	Numeral 2, artículo 235 Constitucional (original)

¹⁰ Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 28 de mayo de 2008 (C-545/08), M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Expediente D-6960.

¹¹ “El fuero opera desde dos perspectivas distintas: (1) como garantía del procesado, para que un funcionario de mayor jerarquía conozca de su causa; (2) como garantía para la sociedad y los fines del proceso, para que el resultado de la investigación y juzgamiento sea lo más ajustado al principio de justicia” BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. *El Proceso Penal. Estructura y garantías procesales*. Sexta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 170.

¹² Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 16 de mayo de 1996 (C-222/96), M.P. Fabio Morón Díaz, Expediente D-1221.

Función de la CSJ	Funcionario	Sustento normativo
	Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional	Remisión que se hace en el numeral 2 del artículo 235 Constitucional (original) al artículo 174 Constitucional
	Miembros del Consejo Superior de la Judicatura	
	Fiscal General de la Nación	
Investigación y juzgamiento	Senadores	Numeral 3, artículo 235 Constitucional (original)
	Representantes a la Cámara	
Juzgamiento [Previa acusación del Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal General de la Nación o los Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia estos últimos en virtud del el acto legislativo 6 de 2011).	Ministros del Despacho	Numeral 4, artículo 235 Constitucional (original)
	Procurador General de la Nación	
	Defensor del Pueblo	
	Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales	
	Directores de los Departamentos Administrativos	
	Contralor General de la República	
	Embajadores y jefes de misión diplomática o consular	
	Gobernadores	
	Magistrados de Tribunales	
	Generales y Almirantes de la Fuerza Pública	
	Vicepresidente de la República	Acto legislativo 2 de 2015

Fuente: Elaboración propia con base en lo normado en el artículo 235 Constitucional y la sentencia SU-146/20.

Importante mencionar que de conformidad con el párrafo del artículo 235 Constitucional, este fuero se mantiene incluso cuando estos funcionarios hayan cesado en el ejercicio de su cargo,

respecto de las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas. Al respecto, la Sala de Casación Penal ha sostenido que el fuero constitucional se extiende para el caso de los delitos propios¹³, esto es, donde hay sujeto activo calificado¹⁴ y en tratándose de delitos comunes¹⁵, se debe establecer si las conductas guardan relación con las funciones o existe alguna conexión con la conducta punible, por haber tenido origen en la actividad que desempeñaba el funcionario. De esta manera la conducta punible debe ser consecuencia del cargo desempeñado o realizada con abuso o desvío del ejercicio de las funciones¹⁶.

La regulación de los procesos penales en contra de estos aforados constitucionales consagraba procesos de única instancia ante la Sala de Casación Penal, los cuales eran justificados constitucionalmente como la “máxima garantía” o “la mayor aspiración de todo sindicado”. Además, se anotaban ventajas relacionadas con la (i) economía procesal, así como (ii) la evitación, a favor del aforado sometido al proceso penal, de los errores que pueden cometer los tribunales y juzgados de inferior jerarquía¹⁷.

Empero, esta regulación se corresponde con la jerarquía del funcionario y la importancia de la institución a la que pertenece, para lo cual se ofrece un órgano plural con conocimiento especializado sobre el tema¹⁸. Es decir, que al encontrarse posicionado su juez natural en el más alto nivel, *per se* era considerado como un beneficio a su favor¹⁹.

¹³ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencias del 29 de noviembre de 2000, M.P. Fernando Arboleda Ripoll. Radicación 11507 y del 15 de marzo de 2010, M.P. Alfredo Gómez Quintero. Radicación 33719.

¹⁴ POSADA, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá: Universidad de los Andes y Grupo Editorial Ibañez, 2019, p. 46.

¹⁵ “El delito puede ser realizado por cualquier persona, pues no se requiere verificar una calidad especial para ser el autor del injusto penal” POSADA, Ricardo. Ob. Cit., p. 45.

¹⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Instrucción, auto del 31 de agosto de 2020 (AEI-0179-2020), M.P. Cesar Augusto Reyes Medina. Radicación 52240.

¹⁷ Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 20 de abril de 1993 (C-142/93), M.P. Jorge Arango Mejía, Expediente D-089.

¹⁸ Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 15 de noviembre de 2006 (C-934/06), M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Expediente D-6214.

¹⁹ Sobre los inconvenientes de este fuero y los procesos de única instancia, ver GÓMEZ, Carlos Arturo & FARFAN, Francisco Javier. “El Fuero de investigación y juzgamiento

Contrario sensu, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰, el derecho a la impugnación de la sentencia condenatoria no admite excepción alguna y por ende, incluso en los procesos de única instancia, se debe concretar esta garantía. Así, específicamente para el caso de los aforados, en la sentencia del 17 de noviembre de 2009 (caso Barreto Leiva vs Venezuela), se advirtió:

“90. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo [se cita el caso Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica]. *El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (supra párr. 74). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio.* Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso”. (Cursiva fuera del texto).

Para cerrar este apartado es importante mencionar que de conformidad con el listado de aforados constitucionales condenados por la Sala de Casación Penal (publicado por la Corporación Excelencia para la Justicia²¹), 232 personas padecen fallos adversos de única instancia. Es decir que, con base en lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en estos procesos podría vislumbrarse una violación de los derechos reconocidos en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de

penal de altos funcionarios del estado. Problemas procesales”. *Derecho Penal y Criminología*, 2015, vol. 36, 101, pp. 87-132.

²⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 2 de julio de 2004 (caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica), sentencia del 17 de noviembre de 2009 (caso Barreto Leiva vs Venezuela), sentencia del 23 de noviembre de 2010 (caso Vélez Loo vs. Panamá), sentencia del 23 de noviembre de 2012 (caso Mohamed Vs. Argentina), sentencia del 14 de mayo de 2013 (caso Mendoza y otros vs. Argentina), sentencia del 30 de enero de 2014 (caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname), sentencia del 25 de abril de 2018 (caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica) y sentencia del 2 de septiembre de 2019 (caso Gorigoitia vs Argentina).

²¹ Cfr. <https://cej.org.co/destacados-home-page/listado-aforados-constitucionales-condenados-por-corte-suprema-de-justicia-desde-1991/>. **Fuente:** Respuesta a Derecho de Petición de la Corte Suprema de Justicia del 15 de mayo de 2019. Oficio 15271.

Derechos Humanos, “puesto que la condena provino de un tribunal que conoció el caso en única instancia y el sentenciado no dispuso, en consecuencia, de la posibilidad de impugnar el fallo”²².

Nótese que lo anterior no corresponde *per se* a un reproche en contra de la actuación de los juzgadores en única instancia, por razones relacionadas con visos de ilegalidad, corrupción²³, arbitrariedad o divergencias políticas, sino que se trata de “garantizar a todo el mundo un derecho humano universalmente reconocido”²⁴.

2. RECURSOS Y PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA

Los recursos están concebidos como un medio de defensa idóneo para que los sujetos procesales puedan hacer valer sus derechos y oponerse a las determinaciones contrarias a sus intereses. Algunos de estos recursos son horizontales, como la reposición²⁵, en donde se le brinda al mismo funcionario judicial la oportunidad de reconsiderar su decisión; otros son verticales, como la apelación y la casación²⁶. El recurso de apelación es considerado el “verdadero recurso”²⁷, siendo una prerrogativa que hace parte del bloque de constitucionalidad (artículos 8° y 25 de la

²² Sentencia del 17 de noviembre de 2009 (caso Barreto Leiva vs Venezuela).

²³ El paradigmático caso de corrupción al interior de la Corte Suprema de Justicia, conocido como el “cartel de la toga” implicaba la búsqueda de impunidad a favor de aforados constitucionales, a cambio de contraprestaciones económicas. Sobre el tema ver RAMÍREZ, Sandra & PEÑAFORT, Juan Sebastian. “El caso del cartel de la toga”, OLÁSULO, Hector; BUITRAGO, Esperanza; MANÉ, Carmen, & SÁNCHEZ, Andrés (Coordinadores). *Respuesta Nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción, Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 77-105.

²⁴ UPRIMNY, Rodrigo. “Doble instancia y doble conformidad” en *El Espectador*, Bogotá, 20 de septiembre de 2019. Recuperado a partir de: <https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/rodrigo-uprimny/doble-instancia-y-doble-conformidad-column-882192/>

²⁵ “Este recurso es viable para todas las decisiones diferentes de la sentencia”. MARTÍNEZ, Gilberto. *Procedimiento penal colombiano. Sistema penal acusatorio*. Decimotercera edición. Bogotá: Temis. 2006, p. 302.

²⁶ Importante advertir que la revisión no es un recurso, sino una acción y en consecuencia demanda para su procedencia, la ejecutoria de la sentencia. Es decir, que contra esta última, no procede ningún recurso. *Cfr.* Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 27 de febrero de 2019 (AP781-2019), M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, Radicación 52660.

²⁷ MARTÍNEZ, Gilberto. *Ob. Cit.*, p. 303.

Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8° de la Carta de Derechos Humanos) y a través de este se posibilita realizar un nuevo examen de las providencias de instancia por parte de un funcionario de superior jerarquía, garantizando una mayor certeza en las decisiones judiciales²⁸ dentro de los procesos que cuentan con doble instancia.

A su vez, establece el artículo 29 constitucional que el procesado tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria y el artículo 31 del mismo compendio normativo advierte que toda sentencia judicial puede ser apelada o consultada (salvo las excepciones legales), consagrando en el inciso segundo la prohibición de reforma peyorativa, en el entendido que el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único²⁹. Sobre esto último, si el sentenciado apela la condena en su contra, directamente o a través de su defensor y ni la Fiscalía, la víctima o el Ministerio Público impugnan dicha providencia, el superior jerárquico no podrá agravar la sanción; pero si alguno de estos últimos apela, se habilita la posibilidad de que el superior examine la misma, incluso en perjuicio del procesado, pero siempre sometido al imperio de la ley (artículo 230 Constitucional).

Empero, el principio de doble instancia permite preservar la legalidad y la integridad respecto a los criterios aplicables en derecho, ostentando una doble connotación: garantía de las partes e intervinientes³⁰ y mecanismo para remediar los errores por parte de la Judicatura. Todo esto aceptando que las decisiones judiciales no son infalibles y que los conocimientos y experiencia de un funcionario de mayor jerarquía, pueden conllevar a una decisión diferente a la inicialmente adoptada por el *a quo*.

²⁸ MARTÍNEZ, Gilberto. Ob. Cit., p. 27.

²⁹ “Debe recordarse que de conformidad con el artículo 20 de la ley 906 del 2004, la *reformatio in pejus* o la prohibición de agravación opera en todos los casos cuando se trate de recurrente único, y no solamente para la sentencia sino para todas las decisiones proferidas durante el proceso y que afecten derechos fundamentales de dicho recurrente”. BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. *El Proceso Penal. Estructura y garantías procesales*. Sexta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 957.

³⁰ “(...) garantiza el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, integrantes del debido proceso”. BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. *El Proceso Penal. Fundamentos constitucionales del sistema acusatorio*. Quinta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 375.

3. SEPARACIÓN DE LAS FUNCIONES DE INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO RESPECTO DE LOS CONGRESISTAS

Un antecedente importante, que afecta de manera positiva el núcleo que se expone en este trabajo, aunque no está directamente relacionado con el derecho de impugnación vertical a favor de los aforados constitucionales, es la separación de las funciones de investigación y juzgamiento³¹ de los miembros del Congreso de la República, radicada en cabeza de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (artículo 235-3 Constitucional), situación que se consolida una década después, con la creación de la Sala Especial de Instrucción (Acto legislativo 1 de 2018).

Así, aunque en la sentencia C-545 de 2008 se reitera el slogan que los procesos de única instancia son “*la mayor aspiración de todo sindicado*” (énfasis original) y las demás características que justificaban su existencia (*supra* 1.), nuestro Tribunal Constitucional se detiene a examinar el principio de imparcialidad objetiva y su eventual trasgresión por la conjunción, en un mismo funcionario o tribunal colegiado, de las funciones de investigación y juzgamiento.

Al respecto se señala:

“Entonces, lo que se busca con la amplificación de la imparcialidad también hacia su acepción objetiva es, en un cambio meramente procedimental, evitar que el funcionario que acopió los elementos necesarios en el adelantamiento de una actuación, que le llevó *verbi gratia* a proferir una resolución de acusación,—como en el presente evento correspondería según el procedimiento instituido en la ley 600 de 2000 (que por cierto sigue y seguirá rigiendo durante bastante tiempo en acciones penales que cursen contra procesados distintos a los Congresistas, por delitos perpetrados antes de empezar los años 2005, 2006, 2007 y 2008, según el Distrito Judicial del acaecimiento)—, al haber estado en contacto con las fuentes de las cuales procede su convicción, la mantenga, entendiblemente ligado por preconceptos que para él han resultado sólidos”³².

³¹ Esta es una garantía orgánica comprendida dentro de la misma exigencia de separación del juez con la acusación, como el elemento más importante del modelo teórico acusatorio. FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit., p. 567.

³² Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 28 de mayo de 2008 (C-545/08), M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Expediente D-6960.

Con base en lo anterior, se modificó el reglamento de la Corte Suprema de Justicia (Acuerdo 1 de 2009), distribuyendo las funciones al interior de la Sala de Casación Penal, y estableciendo la conformación de salas de instrucción (integradas por 3 magistrados) y juzgamiento (integradas por 6 magistrados). De esta manera, los magistrados que realizaban la investigación y acusaban, no participan en el juzgamiento.

En esa misma línea de imparcialidad objetiva, resultaba indispensable reflexionar sobre configuración de esta garantía en cabeza de los magistrados que condenaban en única instancia, con independencia de la posibilidad de concretar impedimentos y recusaciones en su contra³³, sin contar los aforados constitucionales con la posibilidad de censurar la sentencia condenatoria que permitiera ratificar su acierto y legalidad. Por eso, en el Acto legislativo 1 de 2018, no solo se crea una Sala Especial de Instrucción, sino también una Sala Especial de Primera Instancia.

4. POSIBILIDAD DE IMPUGNAR TODAS LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS

Mediante sentencia C-792 de 2014, la Corte Constitucional declaró la omisión normativa inconstitucional, al no preverse en el régimen procesal nacional un sistema recursivo que permita ejercer el derecho constitucional a la impugnación. En consecuencia, se fijaron dos reglas relacionadas con: (i) el derecho a controvertir el primer fallo condenatorio, incluidos aquellos dictados en procesos penales de única instancia y los que devienen de una decisión de segunda instancia que revoca una absolución y (ii) la obligación de garantizar los siguientes estándares en la impugnación:

- ✓ El examen efectuado por el juez de revisión debe tener una amplitud tal, que permita un nuevo escrutinio de todos los elementos normativos, fácticos y probatorios determinantes de la condena;

³³ Sobre la imparcialidad que debe cobijar la totalidad del sistema de enjuiciamiento penal y la posibilidad de concretarse impedimentos y recusaciones, ver HERNÁNDEZ, Norberto. "De los impedimentos y las recusaciones en el marco del sistema de enjuiciamiento penal colombiano". *Revista Diálogos de Saberes*, 2012, No. 36, pp. 157-172.

- ✓ El análisis del juez debe recaer primariamente sobre la controversia de base que dio origen al litigio judicial, y solo secundariamente, sobre el fallo judicial como tal;
- ✓ Debe existir un examen abierto de la decisión judicial recurrida, de modo que ésta pueda revocarse cuando del examen integral del caso se concluya que no hay lugar a la imposición de la condena, y no solo una revisión de la sentencia a luz de un conjunto cerrado de causales de procedencia del recurso.

Tras explicar porque estos estándares no se satisfacen con el recurso extraordinario de casación, ni con las acciones de tutela y revisión, tanto por aspectos técnicos como fácticos implícitos en su regulación y trámite, esta Corporación enfatizó que se requiere de un dispositivo procesal equivalente a la apelación, para garantizar el derecho de impugnación. Por lo anterior, declaró inconstitucionales, con efectos diferidos, las expresiones demandadas contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la ley 906 de 2004, en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, y exequible el contenido positivo de estas disposiciones.

Para adoptar esta decisión, nuestro Tribunal Constitucional tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (referenciada en la Nota al pie No. 22-*supra*), tendiendo en cuenta la interpretación autorizada de los instrumentos internacionales que conforman nuestra *norma de normas*, por vía del bloque de constitucionalidad³⁴.

Adicionalmente, se exhortó al Congreso de la República para que en el término de un año regulara el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias, so pena de hacer procedente este derecho ante el superior jerárquico o funcional, una vez transcurrido ese período. Aunque ese término venció el 24 de abril de 2016 y suscitó grandes controversias frente a las solicitudes de aplicación de este precedente por parte de la Corte Suprema de Justicia, el 18 de enero de 2018 se promulgó el Acto legislativo 1 de 2018 “Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y

³⁴ En la sentencia SU-146/20 (fundamento jurídico 3.4.2.), también se hace referencia a esta situación.

235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria”, eliminando por contera los procesos de única instancia, pero dejando latente el debate sobre los aforados constitucionales condenados con anterioridad a esa fecha, ya que la norma jurídica que reformó nuestra Constitución Política en este sentido, carece de efectos retroactivos.

5. IMPUGNACIÓN, DOBLE INSTANCIA Y DOBLE CONFORMIDAD

En un proceso penal, cuando el juez de primera instancia profiere una sentencia condenatoria, esta es susceptible de impugnación, activando una segunda instancia. El problema se presenta cuando la sentencia condenatoria emana por primera vez de un juez o tribunal de segunda/única instancia o de casación, debiendo concretarse la doble conformidad de esta decisión, conforme las exigencias del sistema interamericano de derechos humanos.

La doble instancia a diferencia de la doble conformidad, implica la existencia de un funcionario de superior jerarquía (*ad quem*) que revisará la decisión, así como la actuación surtida por el *a quo*, pudiendo confirmarla, revocarla o decretar una eventual nulidad. Estas potestades también se vislumbran en sede de doble conformidad, sin la exigencia de una relación jerarquía entre los funcionarios.

A continuación, algunas diferencias sobre el derecho de impugnación y el principio de doble instancia:

Tabla No. 2.
Diferencias impugnación y doble instancia

VARIANTES	DIFERENCIAS	
	IMPUGNACIÓN	DOBLE INSTANCIA
Fundamento normativo	Artículos 29 Constitucional, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP	Artículo 31 Constitucional

VARIANTES	DIFERENCIAS	
	IMPUGNACIÓN	DOBLE INSTANCIA
Status jurídico	Derecho subjetivo	Garantía procesal
Ámbito de acción	Proceso penal	Procesos judiciales
Contenido	Controvertir sentencia condenatoria con la participación de dos jueces distintos.	Fases procesales distintas e independientes
Objeto	Sentencia condenatoria	Proceso (con independencia de los fallos judiciales)
Finalidad	Doble conformidad (beneficio sujeto específico)	Existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad (objetivo impersonal de garantizar la corrección judicial)

Fuente: Elaboración propia con base en las sentencias C-792/14 y SU-146/20.

Ahora bien, en la sentencia SU-146 de 2020³⁵, que es posteriormente avalada en el auto AP2118-2020 de la Sala de Casación Penal (adoptado con fundamento en los artículos 29 y 93 de la Constitución Política de Colombia, 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)³⁶, se reconoce el derecho a la doble conformidad de un Ex-Ministro de Agricultura, condenado en única instancia, por hechos relacionados con los subsidios del programa Agro Ingreso Seguro.

³⁵ Para un análisis completo de esta providencia ver BOADA, Juan Camilo; DELGADO, Natalia & FLECHAS, Juan Pablo “Una mirada jurídica al caso Arias y a la doble conformidad. Comentarios a la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional”. *Nuevo Foro Penal*, 2020, 16(95), pp. 255-278. Recuperado a partir de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6812>

³⁶ Para un recuento cronológico de la garantía de doble conformidad ver HERNÁNDEZ, Norberto. “Comentario a la sentencia SP4125-2020 (Doble conformidad). Prevaricato sustentado en el acto de corrupción que le da origen y no en la manifiesta contrariedad de la decisión con el orden jurídico”, *Nuevo Foro Penal*, 2021, 17 (96), pp. 169-174. Recuperado a partir de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6986>

Para abordar el derecho a la doble conformidad y adoptar la decisión de fondo en sede de tutela, nuestro Tribunal Constitucional tuvo en cuenta la sentencia proferida el 30 de enero de 2014 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*) “como criterio determinante para establecer desde cuándo es exigible el actual estándar de protección del derecho a impugnar la sentencia condenatoria contra un aforado constitucional”. En esta decisión se determinó que el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, previsto en el artículo 8.2.h. de la Convención Americana de Derechos Humanos, también debía ser garantizado a quienes fueran juzgados, por razón de su fuero, por la máxima autoridad de justicia en materia penal.

En consecuencia, consideró nuestro Tribunal constitucional que puestos en una balanza los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, de un lado, y el derecho a impugnar la sentencia condenatoria a través de un mecanismo amplio e integral, del otro, el resultado se inclina hacia este último, con algunas precauciones, entre las cuales mantiene el efecto de cosa juzgada, cerrando la puerta a la eventual configuración del fenómeno de la prescripción penal³⁷ y la exigencia que el mecanismo de impugnación garantice el cuestionamiento amplio e integral de la sentencia condenatoria de única instancia, sin causales y en sus aspectos fácticos, probatorios y normativos.

Tras el amparo de los derechos del accionante en sede de tutela, mediante auto del 29 de julio de 2020 (AP-1864-2020, Radicación 37462), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concedió la impugnación presentada por aquel, estableciendo los lineamientos para conformar la respectiva Sala de Decisión y el trámite de la apelación conforme lo consagrado en la ley 906 de 2004.

³⁷ “El fenómeno de la prescripción tiene fundamento en que no es posible mantener latente la prosecución de un juicio, cuando ha transcurrido cierto tiempo, sin que por negligencia o dificultades de diverso orden haya podido la sociedad hacer efectiva esa acción, contra el delincuente; de la misma manera en el caso de la pena, cuando ésta no ha podido hacerse efectiva”. GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*. Bogotá: Temis, 1958, p.185.

6. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA GARANTÍA DE IMPUGNACIÓN Y DOBLE CONFORMIDAD

La Sala Plena de la Corte Constitucional estableció que el momento determinante para considerar la viabilidad del reconocimiento del derecho a la impugnación, a través de un mecanismo amplio e integral, debía ser el 30 de enero de 2014 (Fundamentos jurídicos Nos. 225 y 256, sentencia SU-146 de 2020). Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, había considerado prudente aplicar la garantía desde el 29 de octubre de 2014 (Fundamento jurídico No. 45, sentencia del 13 de julio de 2020, STC4344-2020 Radicación n.º 11001-02-03-000-2020-00921-00).

Ahora bien, el 3 de septiembre de 2020 (AP2118-2020, Radicación 34017) la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia concedió la impugnación presentada por un ExCongresista condenado en única instancia el 28 de octubre de 2014. En la parte resolutive de esta decisión se señaló que, en cumplimiento del derecho fundamental a la igualdad, la impugnación especial es procedente contra las sentencias de única instancia dictadas por la Sala de Casación Penal entre el 30 de enero de 2014 y el 17 de enero de 2018 (ámbito temporal de aplicación).

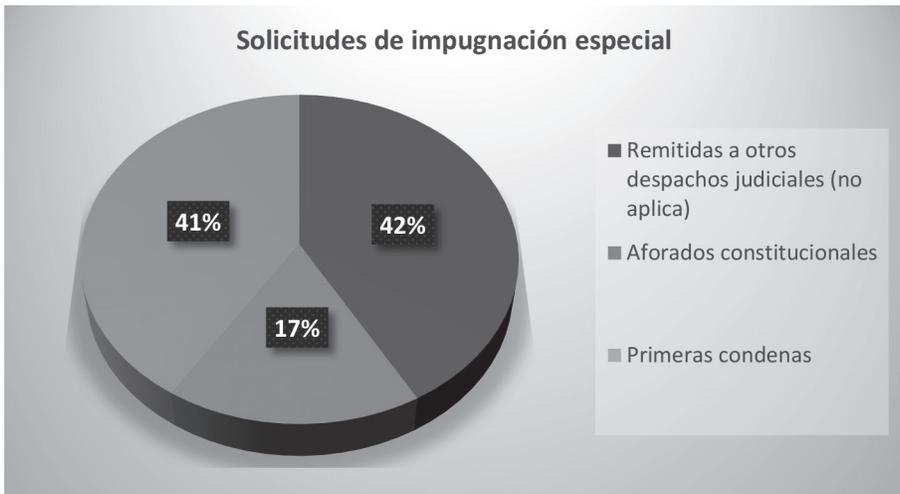
Con base en lo anterior, de los 232 aforados constitucionales condenados en única instancia por la Corte Suprema de Justicia, solo 39 personas podían beneficiarse de la solicitud de impugnación especial para reivindicar su derecho a la doble conformidad, por haberse proferido sus condenas con posterioridad al 30 de enero de 2014. Para este efecto debían cumplir con un requisito de oportunidad, consistente en que la impugnación debía interponerse antes del 20 de noviembre de 2020.

En ese plazo, la Corte Suprema de Justicia recibió 137 solicitudes al respecto, de las cuales 53 fueron remitidas a otros despachos judiciales³⁸. La diferencia de estas cifras obedece a que la interposición de este recurso no solo obedece a procesos de única

³⁸ Cfr. VITA, Laura. "La Corte Suprema de Justicia reveló que recibió 137 solicitudes de revisión de condena en segunda instancia". En: *Asuntos Legales*, Bogotá, 24 de noviembre de 2020. Recuperado a partir de: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-corte-suprema-de-justicia-revelo-que-recibio-137-solicitudes-de-revision-de-condena-en-segunda-instancia-3092739>.

instancia (solo 22 corresponden a aforados constitucionales³⁹), sino también frente a las primeras condenas proferidas por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en material penal, tanto al desatar los recursos de apelación contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como al resolver los recursos extraordinarios de casación, eventos en los cuales se debe reivindicar la garantía de doble conformidad, como lo había señalado de antaño la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁰. Importante advertir que estos últimos debieron interponer oportunamente el recurso de casación y el mismo no contar un pronunciamiento de fondo, en cuya ausencia se entiende su conformidad con la decisión condenatoria.

Gráfico No. 1.
Solicitudes de impugnación especial ante la CSJ



Fuente: Elaboración propia

Con base en el gráfico 1 podemos llegar a la conclusión que la decisión de la sentencia SU-146 de 2020, avalada y extendida

³⁹ Justicia "137 condenados presentaron impugnación ante la Corte contra su fallo" en El Tiempo, Bogotá, 23 de noviembre de 2020. Recuperado a partir de: <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/aforados-que-presentaron-impugnacion-contr-condena-en-la-corte-suprema-de-justicia-550575>

⁴⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 2 de julio de 2004 (Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica) y sentencia de 19 de diciembre de 2012 (caso Mohamed Vs. Argentina).

en sus efectos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante el Auto AP2118-2020, favoreció mayoritariamente a quienes habían sido condenados por primera vez por parte de esa Corporación y no a los aforados constitucionales, 17 de los cuales se encontraban dentro del ámbito temporal de aplicación y no aparece registrada la interposición de esta impugnación especial a su favor (desconociéndose el porqué de este proceder) y 193 que no se encuentran cobijados como consecuencia de las restricciones de estos pronunciamientos judiciales, pero que en todo caso tenían derecho convencional a recurrir el fallo adverso a sus intereses.

7. CONCLUSIONES

El constituyente del año 1991 consideró que la tramitación del rito procesal penal en contra de los aforados constitucionales debía adelantarse bajo la fórmula de procesos de única instancia. Esto acorde con la estructura de la Rama Judicial y el posicionamiento de la Corte Suprema de Justicia como el máximo órgano de la Jurisdicción ordinaria –a quien se encomendó esta tarea–, sin que existiese la posibilidad de apelar las sentencias condenatorias, por no existir ningún funcionario o Corporación por encima de esta. Esta situación imposibilitó concretar el derecho de impugnación consagrado en instrumentos internacionales y vinculados a nuestra Constitución Política por vía del bloque de constitucionalidad, lo que suscitó controversias al interior de nuestro Tribunal Constitucional, que debía velar por la satisfacción de los derechos de los ciudadanos y la aplicación de los estándares internacionales.

Para este efecto se inició con la separación de las funciones de investigación y juzgamiento en contra de los miembros del Congreso, lo que recibió una respuesta administrativa al interior de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con el objetivo de que los magistrados que participaran en la investigación y convocarán a juicio a estos aforados a través de su acusación, no intervinieran en su juzgamiento. Esta garantía orgánica se consolida desde el año 2018, con la modificación de nuestra Constitución Política, habilitando la doble instancia y la doble conformidad para los aforados constitucionales, lo que trajo aparejado la creación de dos Salas especiales al interior de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: (i) de Instrucción y (ii) de Primera Instancia.

Por su parte, para concretar las garantías de doble instancia y doble conformidad, respecto de quienes habían sido condenados en estas circunstancias con anterioridad, se habilitó la posibilidad de impugnar estas decisiones, siempre y cuando hubiesen sido adoptadas con posterioridad al 30 de enero de 2014, fecha en que se consolidó el estándar interamericano en este sentido.

Así, la consagración original de nuestra Constitución Política en torno a los fueros y el procedimiento penal a seguir en contra de los funcionarios cobijados por estos, ha evolucionado en estos 30 años con el objetivo de consolidar las garantías necesarias, que en el marco de la administración de justicia permitan concretar los fines del Estado.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. *El Proceso Penal. Estructura y garantías procesales*. Sexta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. *El Proceso Penal. Fundamentos constitucionales del sistema acusatorio*. Quinta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- BOADA, Juan Camilo; DELGADO, Natalia & FLECHAS, Juan Pablo. “Una mirada jurídica al caso Arias y a la doble conformidad. Comentarios a la sentencia SU-146 de 2020 de la Corte Constitucional”. *Nuevo Foro Penal*, 16(95), 2020, pp. 255-278. Recuperado a partir de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6812>
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de IBAÑEZ, Perfecto Andrés; RUIZ, Alfonso; BAYÓN, Juan Carlos; TERRADILLOS, Juan & CANTARERO, Rocio. Segunda edición, Madrid: Trotta, 1997.
- GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, Bogotá: Temis, 1958.
- GAITÁN, Bernardo. “Fuentes del derecho procesal penal”, *Vniversitas*, 1966, V.31.
- GÓMEZ, Carlos Arturo & FARFAN, Francisco Javier. “El Fuero de investigación y juzgamiento penal de altos Funcionarios del estado. Problemas procesales”. *Derecho Penal y Criminología*, 2015, vol. 36, 101.
- HERNÁNDEZ, Norberto. “Comentario a la sentencia SP4125-2020 (Doble conformidad). Prevaricato sustentado en el acto de corrupción que le da origen y no en la manifiesta contrariedad de la decisión con el orden jurídico”, *Nuevo Foro Penal*, 2021, 17 (96), pp. 169-174. Recuperado a partir de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6986>

HERNÁNDEZ, Norberto. “De los impedimentos y las recusaciones en el marco del sistema de enjuiciamiento penal colombiano”. *Revista Diálogos de Saberes*, No. 36, 2012.

MARTÍNEZ, Gilberto. *Procedimiento penal colombiano. Sistema penal acusatorio*. Decimotercera edición. Bogotá: Temis, 2006.

POSADA, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá: Universidad de los Andes y Grupo Editorial Ibañez, 2019.

RAMÍREZ, Sandra & PEÑAFORT, Juan Sebastian “El caso del cartel de la toga”, OLÁSULO, Hector; BUITRAGO, Esperanza; MANÉ, Carmen, & SÁNCHEZ, Andrés (Coordinadores). *Respuestas Nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción, Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

ARTÍCULOS DE PERIÓDICO

JUSTICIA “137 condenados presentaron impugnación ante la Corte contra su fallo” en El Tiempo, Bogotá, 23 de noviembre de 2020. Recuperado a partir de: <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/aforados-que-presentaron-impugnacion-contr-condena-en-la-corte-suprema-de-justicia-550575>

UPRIMNY, Rodrigo “Doble instancia y doble conformidad”. En: El Espectador, Bogotá, 20 de septiembre de 2019. Recuperado a partir de: <https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/rodrigo-uprimny/doble-instancia-y-doble-conformidad-column-882192/>

VITA, Laura “La Corte Suprema de Justicia reveló que recibió 137 solicitudes de revisión de condena en segunda instancia”. En: Asuntos Legales, Bogotá, 24 de noviembre de 2020. Recuperado a partir de: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-corte-suprema-de-justicia-revelo-que-recibio-137-solicitudes-de-revision-de-condena-en-segunda-instancia-3092739>.

LEGISLACIÓN

Colombia, Congreso de la República, acto legislativo 6 de 2011.

Colombia, Congreso de la República, acto legislativo 1 de 2018.

Colombia, Congreso de la República, decreto 2700 de 1991.

Colombia, Congreso de la República, ley 600 de 2000.

Colombia, Congreso de la República, ley 906 de 2004.

JURISPRUDENCIA

Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 20 de abril de 1993 (C-142/93), M.P. Jorge Arango Mejía, Expediente D-089.

- Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 5 de febrero de 1996 (C-037/96), M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Expediente P.E.-008.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 16 de mayo de 1996 (C-222/96), M.P. Fabio Morón Díaz, Expediente D-1221.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 31 de mayo de 2006 (C-425/06), M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Expediente D-6027.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 15 de noviembre de 2006 (C-934/06), M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Expediente D-6214.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 28 de mayo de 2008 (C-545/08), M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Expediente D-6960.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 29 de octubre de 2014 (C-792/14), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Expediente D-10045.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 21 de mayo de 202 (SU-146/20), M.P. Diana Fajardo Rivera, Expediente T-7.567.662.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 29 de noviembre de 2000, M.P. Fernando Arboleda Ripoll. Radicación 11507.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 15 de marzo de 2010, M.P. Alfredo Gómez Quintero. Radicación 33719.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 27 de febrero de 2019 (AP781-2019), M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, Radicación 52660.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Instrucción, auto del 31 de agosto de 2020 (AEI-0179-2020), M.P. Cesar Augusto Reyes Medina. Radicación 52240.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 2 de julio de 2004 (caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 17 de noviembre de 2009 (caso Barreto Leiva vs Venezuela).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 23 de noviembre de 2010 (caso Vélez Loor vs. Panamá).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 23 de noviembre de 2012 (caso Mohamed Vs. Argentina).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 14 de mayo de 2013 (caso Mendoza y otros vs. Argentina).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 30 de enero de 2014 (caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 25 de abril de 2018 (caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 2 de septiembre de 2019 (caso Gorioitía vs Argentina).

CAPÍTULO V

EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE
REVISIÓN CONTRA LAUDOS ARBITRALES
Y SENTENCIAS QUE RESUELVEN
RECURSOS DE ANULACIÓN

RAMIRO BEJARANO GUZMÁN*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN. 3. EL RECURSO DE REVISIÓN ANTE LOS TRÁMITES ARBITRALES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS. 4. DEL RECURSO DE REVISIÓN CONTRA LAUDOS ARBITRALES CIVILES Y COMERCIALES. 5. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN. 6. DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES SUPUESTAMENTE CONCLUCADOS EN LAUDOS ARBITRALES O EN SENTENCIAS QUE RESUELVEN EL RECURSO DE ANULACIÓN. 7. OPORTUNIDAD DEL RECURSO DE REVISIÓN CONTRA LAUDOS ARBITRALES Y SENTENCIAS QUE DECIDAN AL RECURSO DE ANULACIÓN. 8. PARTICULARIDADES DEL TRÁMITE Y CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN CONTRA LAUDOS ARBITRALES Y SENTENCIAS SOBRE ANULACIÓN. 9. CONCLUSIONES. 10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en derecho privado y con estudios en Panteón Sorbonna (Paris II). Director del Departamento de Derecho Procesal y profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia y profesor de la Universidad de Los Andes, ex profesor del Colegio Mayor del Rosario, de la Universidad Libre y de la Gran Colombia. Autor del libro “Los Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales”. Vicepresidente de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal (Regional). Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de la Asociación Mundial de Derecho Procesal. Columnista de El Espectador. Abogado litigante y asesor. Ha sido conjuer del Consejo de Estado.

1. INTRODUCCIÓN

El recurso extraordinario de revisión ha sido consagrado en nuestro ordenamiento jurídico como una medida para garantizar la justicia material que debe concretarse por medio del poder jurisdiccional. Ella es precisamente la razón que habilita a la revisión como recurso extraordinario, por medio del cual se exceptúan del principio de la cosa juzgada ciertas circunstancias, taxativamente contenidas en la ley que ameritan un nuevo pronunciamiento judicial, incluso después de existir una sentencia. Como lo señalaba el tratadista DEVIS ECHANDÍA, refiriéndose al recurso de revisión consagrado en el derogado Código Judicial:

“una verdadera excepción, general para toda clase de juicios y sentencias, está consagrada en el artículo 542 del Código Judicial: *cuando faltaron los elementos esenciales para la garantía de la justicia*. (...) Si un caso de estos se presenta, la ley permite que la sentencia sea revisada en el juicio contencioso. (...) No se trata de repetir el juicio, sino de un recurso especial para el mismo juicio, a pesar de la ejecutoria”¹. (Cursiva fuera del texto).

Por tanto, éste recurso extraordinario es un compromiso de justicia material, el cual reconoce que en circunstancias excepcionales y específicas las decisiones de la justicia pueden ser revisadas. La naturaleza e importancia de este mecanismo cobra mayor relevancia cuando se trata de laudos arbitrales, pues la habilitación de la jurisdicción arbitral, siempre temporal y originada en la voluntad de las partes, merece especial atención, la cual nos proponemos a dar en el presente texto.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Tanto el régimen procesal colombiano, como la jurisprudencia que lo ha interpretado, reconocen el recurso de revisión como limitación expresa y excepcional al principio de la cosa juzgada:

“Ha recordado la jurisprudencia que el recurso de revisión se instituyó ante la necesidad de limitar, en determinados casos, la fuerza de la cosa juzgada material (*res iudicata pro veritate habetur*),

¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Bogotá: Editorial Temis, 2009, p. 694.

para ofrecer a los afectados por la misma, la facultad de cuestionar la presunción de legalidad y acierto de las sentencias definitivas, pero *tan sólo para buscar la enmienda de una verdadera iniquidad judicial, eso sí bajo precisas causas determinadas previamente en la ley, y no de manera libre o indeterminada*². (Cursiva fuera del texto).

En Colombia el punto relacionado con la definición de la naturaleza jurídica de la revisión ha dado lugar a dos posturas doctrinarias que, a pesar de estar superadas hoy, conviene referir aquí en aras de construir un contexto que haga comprensible estas ideas. En efecto, el profesor Humberto MURCIA BALLÉN, en su muy autorizado texto *Recurso De Revisión Civil*³, da cuenta de que una primera tendencia doctrinaria niega a la revisión en materia civil, comercial y administrativa la naturaleza jurídica de recurso y lo considera como una demanda que contiene una pretensión impugnatoria diferente de la que fue considerada y decidida en el respectivo proceso; mientras que la segunda sí le reconoce esa categoría especial de recurso extraordinario.

Esta última vertiente del pensamiento procesalista es la mayoritaria entre nosotros, además porque la jurisprudencia también contempla esa consideración, por lo que es preciso delantadamente señalar que la revisión en materia civil, comercial, contencioso administrativo y de contera la arbitral, es un recurso extraordinario. Que sea un recurso extraordinario, en opinión de MURCIA BALLEEN se traduce en que:

“la ley lo reserva para impugnar con él ciertas y determinadas providencias, las sentencias que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada; solo se autoriza por los motivos o causales que en forma taxativa ha establecido el legislador al efecto; y, además, los poderes del juez llamado a decidirlo están igualmente limitados”⁴.

En la hora actual, el recurso extraordinario de revisión para asuntos civiles, mercantiles y de familia está previsto y regulado en el artículo 355 a 360 del Código General del Proceso (en adelante CGP) y el consagrado para asuntos contenciosos administrativos

² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 22 de octubre de 2018, M.P. Aroldo Quiroz Muñoz, Expediente 646590.

³ MURCIA BALLÉN, Humberto. *Recurso de revisión civil*. Bogotá: Editorial Librería el Foro de la Justicia, 1981, p. 115.

⁴ MURCIA BALLÉN, Humberto. *Recurso de revisión civil*. Bogotá: Editorial Librería el Foro de la Justicia, 1981, p. 125.

está previsto en los artículos 248 a 255 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), exceptuando cuando se trate de laudos arbitrales o de sentencias que resuelvan recursos de anulación, en cuyo evento el recurso de revisión en cuanto a causales y trámite lo regulan las normas del CGP.

Definido que la revisión de sentencias es un recurso extraordinario, es preciso adentrarse en cómo se desenvuelve este mecanismo en cada una de las jurisdicciones en Colombia entratándose de la justicia arbitral, por medio de la cual pueden tramitarse pedimentos civiles, comerciales y contencioso administrativos.

3. EL RECURSO DE REVISIÓN ANTE LOS TRÁMITES ARBITRALES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

Cuando se trata de laudos arbitrales proferidos en procesos en los que entidades públicas hubiesen intervenido como partes, el recurso de revisión contra el laudo se estudiará por la jurisdicción contencioso administrativa. Aunque el CPACA consagra causales⁵ y trámite propio para el recurso de revisión ante esta jurisdicción, como se explicará más adelante, cuando se trata de la revisión de laudos arbitrales o de sentencias que resuelvan la anulación el

⁵ “1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.

3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.

4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.

5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.

6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.

7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.

8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.

régimen aplicable para ambos asuntos es el estatuido en el CGP, sin importar la naturaleza –civil o contencioso administrativo– del trámite.

Por tanto, de su simple lectura se puede concluir que estas falencias que afecten el principio de la cosa juzgada, pueden también acaecer cuando se trata de un laudo arbitral, cuando por ejemplo el mismo se hubiese expedido con base en documentos falsos u otra de las circunstancias ahí señaladas. Esta posición ha sido también amplia y sistemáticamente recogida por la jurisprudencia del Consejo de Estado. El máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa ha concedido la posibilidad de formular recurso de revisión contra el laudo arbitral:

“Es conveniente resaltar la naturaleza extraordinaria del recurso de revisión, y el supuesto –aún más excepcional– que se presenta en los recursos extraordinarios contra los laudos arbitrales, por cuanto en estos últimos la jurisdicción competente para conocer el fondo de la controversia contractual se ha trasladado a los tribunales de arbitramento (sic) por virtud del pacto arbitral, según lo permite el artículo 116 de la Constitución Política. Frente al recurso extraordinario de revisión de los laudos arbitrales se reitera el principio de la taxatividad de las causales y la regla según la cual este recurso no consagra una nueva instancia, ni prevé oportunidades para que las partes subsanen conductas omisivas o negligentes en las que hubiesen podido incurrir durante el trámite del proceso arbitral”⁶. (Cursiva fuera del texto).

Como ocurre con los trámites ordinarios, la aplicación que ha dado el Consejo de Estado a este recurso es estricta y taxativa y no puede utilizarse para remediar “conductas omisivas o negligentes” en el juicio arbitral.

En el mismo sentido, se ha habilitado también el recurso extraordinario de revisión respecto de los fallos que deciden el recurso de anulación en contra de laudos arbitrales. El artículo 45 de la ley 1563 de 2012, estableció que:

“tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de

⁶ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Expediente 61519.

interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda”.

Con base en esta disposición es clarísimo que tanto el laudo arbitral como la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de anulación pueden ser cuestionados mediante el recurso extraordinario de revisión. En ambos eventos, las causales que pueden formularse son las que están contempladas en el artículo 355 del CGP, las que son calcadas de las previstas en el artículo 250 del CPACA.

Ahora bien, como quiera que la causal de indebida representación o falta de notificación, también lo es del recurso de anulación (Num. 4 artículo 41 ley 1563 de 2012) no podrá invocarla al amparo de la revisión quien pudo haberla interpuesto como motivo del recurso de anulación. En otros términos, si bien esta causal lo es de ambos recursos extraordinarios, ello no significa que el recurrente pueda escoger proponerla en uno u otro recurso, porque siempre deberá hacerla valer en el trámite de la anulación. En consecuencia, solo podrá hacer valer esta causal en recurso de revisión quien no hubiese actuado en el proceso arbitral y por esa razón no pudiese interponer el recurso de anulación.

Al respecto compartimos las apreciaciones del Consejero de Estado, Martín Bermúdez Muñoz, consignadas en su aclaración de voto en el caso del Grupo Empresarial Vías de Bogotá contra el IDU y Transmilenio⁷: al fallo proferido por la Subsección B de la Sección Tercera, así:

“2.- Los recursos de anulación y de revisión proceden por causales distintas, razón por la cual la interpretación que se hace de ellas debe ser restringida. Las partes no cuentan con dos recursos concurrentes contra los laudos arbitrales. Si bien es cierto que las causales previstas en los dos recursos corresponden a circunstancias constitutivas de violación al debido proceso, se trata de causales específicas para cada una de las formas de impugnación. Nótese que el artículo 45 de la ley 1563 de 2012 previó en relación con la causal de indebida representación o falta

⁷ Colombia, Consejo de Estado, Subsección B de la Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2021, aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez, Expediente 61301.

de notificación (que es la única causal coincidente en la anulación –numeral 4 del artículo 41 de la ley 1563 de 2012– y la revisión –numeral 7 del artículo 353 del CGP–), que no se podría interponer el recurso de revisión si se tuvo la oportunidad de interponer recurso de anulación, lo cual evidencia el carácter específico y excluyente de los dos recursos.

3.- *Las partes del proceso arbitral no pueden, discrecionalmente, determinar si interponen recurso de anulación o de revisión contra el laudo: la procedencia del recurso depende de la circunstancia específica constitutiva de la violación al debido proceso prevista en la ley.* Si la irregularidad configura una causal de anulación del laudo, sólo pueden interponer ese recurso cumpliendo los presupuestos que establece la ley para hacerlo (como el de haber interpuesto recurso de reposición contra la decisión mediante la cual el tribunal asumió competencia). Si no interpusieron oportunamente recurso de anulación, o no lo hicieron porque no habían cumplido dentro del proceso arbitral el requisito legal necesario para hacerlo, no pueden interponer el recurso extraordinario de revisión por el mismo motivo.

Ahora bien, es muy importante advertir también que cuando se presenta un vicio procesal en un proceso arbitral que el recurrente habría podido alegar al amparo de una de las causales de anulación, como por ejemplo la falta de jurisdicción o competencia, vencimiento del término para proferir el laudo su aclaración, adición o corrección, haberse fallado en conciencia o equidad debiendo ser en derecho, contener el laudo disposiciones contradictorias, o ser inconsonante extra o infra petita, no pueden ser alegadas como causales de revisión porque están consagradas como motivos de anulación, ni siquiera si tales irregularidades se presentaron en el laudo.

7.- En este caso es evidente que el recurrente propuso como causal de revisión circunstancias que solo podían constituir causal de anulación, por lo que estaba obligado a formular dicho recurso; y en el recurso interpuesto reiteró los mismos motivos que fundamentaron la causal de anulación. El recurso debió entonces rechazarse por improcedente.

8.- *No estoy de acuerdo en considerar que la violación al debido proceso pueda considerarse como causal de revisión de la sentencia o del laudo; si ello fuera así no sería necesario establecer las causales específicas que limitan su procedencia.* La causal de nulidad solo se configura cuando la sentencia o el laudo estén afectados de una causal de nulidad prevista como tal en la ley. No advertir lo anterior es lo que abre la puerta a que en el recurso de revisión se vuelvan a plantear los mismos argumentos de la anulación, como ocurrió en este caso.

9.- Cuando el recurso de revisión contra el laudo se fundamenta en una causal que debía alegarse en sede de anulación, o en una violación al debido proceso que no constituye ninguna de las causales del artículo 355 del CGP, debe ser inadmitido por no cumplir con el requisito del numeral 4 del artículo 357 del CGP y proceder a su rechazo en caso de que el recurrente no lo adecúe debidamente, dando aplicación a lo establecido en el artículo 358 del CGP⁸. (Cursiva fuera del texto).

Señalamos en cita extensa la posición sentada por el mencionado Consejero Bermúdez, pues consideramos que ella trae importantes reflexiones sobre el uso de recursos en contra de los laudos arbitrales. Ya es práctica común que, ante la ausencia de una segunda instancia en la jurisdicción arbitral, en sendas ocasiones se formule el recurso de anulación para volver a litigar aspectos ya saldados en el laudo, deformando el alcance y finalidad de este recurso también extraordinario. Esta práctica puede ser aún más dañina para el aparato judicial cuando se entremezclan indistintamente las causales de la anulación y la revisión, para elegir arbitrariamente cuándo se alega en uno y otro caso, sin observar que para estos mecanismos el ordenamiento jurídico ha sentado causales específicas, autónomas y diferentes entre sí.

Por tanto, aunque es claro que la ley habilita el uso de ambos recursos contra el laudo arbitral, para cada uno existen circunstancias específicas y muy distantes entre sí que lo habilitan. Mientras que el recurso de anulación se refiere a vicios procesales de importante entidad que puedan tener un efecto nocivo en la manera en cómo se condujo el juicio arbitral, la revisión extraordinaria del laudo o de la providencia que resuelve el recurso de anulación se refiere a elementos de hecho que, después de producida la sentencia, tienen la suficiente importancia como para destruir el principio de cosa juzgada. No es dado por esta razón la posibilidad de que los litigantes elijan el recurso, pues esa decisión corresponde al ejercicio silogístico de qué causales se alegan y cómo se encuadran al caso concreto.

⁸ Colombia, Consejo de Estado, Subsección B de la Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2021, aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez, Expediente 61301.

4. DEL RECURSO DE REVISIÓN CONTRA LAUDOS ARBITRALES CIVILES Y COMERCIALES

En primer término, las causales de revisión previstas en el CGP en el artículo 355, son las siguientes:

- “1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.
3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.
4. Haberse fundado la sentencia en dictamen de perito condenado penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.
5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.
6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente.
7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad.
8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.
9. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo, no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.

Como se aprecia las causales consagradas en el CGP son muy similares a las del CPACA, salvo en lo que tiene que ver con la causal 3ª del artículo 355 del CGP, de haberse fundado la sentencia en “declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas” que no está prevista en el CPACA,

como también respecto de la causal 7 del artículo 250 del CPACA, consistente en “no tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida”, la cual no hace parte del listado de las causales de revisión incluidas en el CGP.

5. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Como se ha venido definiendo, la competencia para conocer del recurso extraordinario de revisión contra laudos arbitrales y la providencia que resuelve el recurso de anulación se determina dependiendo si en el proceso intervienen solamente sujetos de derecho privado o si al menos interviene una entidad pública.

En efecto, si en el trámite arbitral fueron partes personas de derecho privado, el recurso deberá tramitarse ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; empero, si en el proceso arbitral una o ambas partes fueron entidades públicas y se definieron conflictos relativos a contratos celebrados por ellas o inclusive por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado, conocerá la Sección Tercera del Consejo de Estado (Num. 7 del artículo 104 del CPACA).

6. DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES SUPUESTAMENTE CONCLUCADOS EN LAUDOS ARBITRALES O EN SENTENCIAS QUE RESUELVEN EL RECURSO DE ANULACIÓN

Aspecto central que es preciso despejar, es el de definir si es posible promover la protección de los derechos fundamentales a través del recurso de revisión, o si estos solamente pueden ser salvaguardados por una acción de tutela.

El punto es trascendente tanto a la luz del examen del trámite de revisión, como del estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela, dado que esta solamente es posible de ser propuesta cuando no exista otro medio judicial idóneo para intentar la protección de los derechos fundamentales. Si bien es cierto que el recurso

extraordinario de revisión contra un laudo arbitral o la sentencia que resuelve el recurso de anulación son instrumentos judiciales capaces de aniquilar una decisión inclusive si la misma lesiona derechos fundamentales, no siempre es fácil al afectado establecer si procede la acción de tutela en presencia de la posibilidad de promover el recurso extraordinario de revisión y aun el de anulación. Ello ha sido reconocido por amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“la doctrina vigente es que en materia de laudos arbitrales, el recurso de extraordinario de revisión no siempre es idóneo y eficaz para proteger oportunamente los derechos fundamentales de la parte demandante, toda vez que las causales por las que procede son taxativas y de interpretación restringida. Como lo ha expresado esta Corporación, los mecanismos de control del procedimiento arbitral no fueron diseñados por el legislador para revisar integralmente la controversia resuelta por los árbitros, como podría ocurrir si se tratara de una segunda instancia en virtud del recurso de apelación”⁹. (Cursiva fuera del texto).

La jurisprudencia constitucional ha señalado como mayor limitante para la protección de derechos fundamentales del recurso de revisión contra laudos arbitrales, la naturaleza restringida y específica de las causales que lo habilitan:

“Además, si bien es cierto los laudos arbitrales son susceptibles del recurso de homologación en materia laboral, o del recurso de anulación en materia civil, comercial y contencioso administrativa, y contra la providencia que resuelve el recurso de anulación es procedente el recurso extraordinario de revisión, estos mecanismos no siempre son idóneos para garantizar los derechos fundamentales de las partes, debido a su naturaleza restringida”¹⁰. (Cursiva fuera del texto).

Aunque estas consideraciones en abstracto pueden tener algún sentido, pues las causas en las que se disputan afectaciones a garantías fundamentales necesitan de mayor libertad en la estructura argumentativa que la que proveen las causales estrictas de la revisión, en la práctica resulta difícil entender cómo se materializan, sin hacer un estudio caso a caso.

⁹ Colombia, Corte Constitucional, Auto 051 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-790 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Un criterio más objetivo para determinar la procedencia de la tutela antes de la formulación del recurso de revisión contra el laudo arbitral, es cuando se trata de la materialización de un perjuicio irremediable que, lamentablemente, por los tiempos que puede tomar el trámite del recurso extraordinario de revisión en la jurisdicción civil o contencioso administrativa, solo puede detenerse en tiempo en la constitucional:

“Asimismo, la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, a pesar de que existe otro medio de defensa: los recursos de anulación y el extraordinario de revisión. En ambos casos, el interesado debe demostrar que el laudo está viciado por algún defecto: sustantivo, orgánico, fáctico o procedimental. Por la naturaleza especial del arbitramento (sic), la verificación de los requisitos generales y específicos para la procedencia y prosperidad de la tutela contra las providencias judiciales debe ser más exigente, más rigurosa, pues, de lo contrario, el juez de tutela se convertiría en el permanente revisor de la actividad judicial de los árbitros, circunstancia que no solo no se compadece con el carácter especial del arbitramento, como función pública judicial al fin y al cabo, sino que desconocería el carácter excepcional de la acción de tutela y pondría en riesgo la seguridad jurídica, valor fundante de todo sistema judicial, incluido el que desempeña el arbitramento”¹¹. (Cursiva fuera del texto).

La precedente providencia esclarece el punto, pues el hecho de que se cuente con posibilidad de interponer el recurso extraordinario de anulación o revisión contra el laudo arbitral, por sí mismo, no cierra el camino a la interposición de la acción de tutela, en especial cuando ella puede detener la materialización de un perjuicio irremediable a una garantía inconstitucional.

Aun así, el Consejo de Estado también ha señalado que la causal de revisión por existir nulidad originada en la sentencia, puede ser invocada para la protección del derecho fundamental al debido proceso, lo cual representa un reto en su aplicación práctica y la subsidiariedad de acciones de tutela:

“27. Además, junto al criterio señalado supra se ha aceptado que, pueden existir otros motivos no señalados en los códigos procesales como causales de nulidad, pero que surgen de la vulneración del

¹¹ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 30 de marzo de 2016, consejero ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Radicado 11001-03-15-000-2015-01480-01(AC).

artículo 29 de la Constitución Política. Es decir, que *la violación al debido proceso constitucional en la sentencia puede ser causal de revisión*. En este último evento, corresponderá al juez determinar si el hecho que se dice contrario a este derecho, puede configurar la causal de revisión en comento¹². (Cursiva fuera del texto).

7. OPORTUNIDAD DEL RECURSO DE REVISIÓN CONTRA LAUDOS ARBITRALES Y SENTENCIAS QUE DECIDAN AL RECURSO DE ANULACIÓN

Dado que el artículo 45 del CGP remite a este estatuto el trámite del recurso de revisión, entonces es preciso consultar el artículo 356 del CGP el cual dispone diferentes escenarios de cómputo del término para interponer este recurso extraordinario, así:

- 7.1. Cuando se invoque alguna de las *causales de los numerales 1, 6, 8 y 9 del artículo 355 del CGP* el recurso “podrá interponerse dentro de los dos (2) años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia”.

En relación con este primer evento, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha sostenido lo que sigue:

“Para efectos de determinar la oportunidad del recurso extraordinario de revisión presentado contra laudos arbitrales, advierte la Sala que la ley 1563 de 2012 –contentiva del estatuto de arbitraje nacional e internacional– remitió de manera expresa al trámite del Código de Procedimiento Civil para el recurso de revisión contra laudos arbitrales, estatuto procesal que fue sustituido por el Código General del Proceso –ley 1564 de 2012– el cual fijó un término de dos años a partir de la ejecutoria de la sentencia para interponer el recurso de revisión, en su artículo 356, para el caso de las causales contenidas en los numerales 1, 6, 8 y 9 del artículo 355 del CGP. Así las cosas, *el término de dos años a partir de la ejecutoria de la sentencia se considera aplicable al recurso de revisión contra laudos arbitrales*, en

¹² Colombia, Consejo de Estado, Sala Segunda Especial de Decisión de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de abril de 2021, consejero ponente Hernando Sánchez Sánchez, Radicado 11001-03-15-000 2013-02043-00.

aquellos eventos en que empezó a correr en vigencia de la ley 1564 de 2012 contentiva del Código General del Proceso”¹³. (Cursiva fuera del texto).

- 7.2. Cuando se alegue la *causal del numeral 7 del artículo 356 del CGP*, también el término para interponer el recurso será de dos años, pero en este evento estos “comenzarán a correr desde el día en que la parte perjudicada con la sentencia o su representante haya tenido conocimiento de ella, con límite máximo de cinco años”. Es decir, el término máximo para proponer la causal de revisión de estar el recurrente en casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, será cinco años después de ejecutoriado el fallo. No obstante, cuando el fallo cuya revisión se pretende esté sujeto a inscripción en un registro público, los términos de dos o cinco años, según el caso, “solo comenzarán a correr a partir de la fecha de la inscripción”.
- 7.3. Cuando se trate de hacer valer las *causales de los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 355 del CGP*, en principio, el término para interponer el recurso de revisión será también de dos años contados a partir de la ejecutoria del fallo; empero, como se trata de que todos estos motivos giran en relación con una sentencia de naturaleza penal, si este último proceso no hubiere terminado “se suspenderá la sentencia de revisión hasta cuando se produzca la ejecutoria del fallo penal y se presente la copia respectiva”, pero esta suspensión no excederá de dos años.

8. PARTICULARIDADES DEL TRÁMITE Y CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN CONTRA LAUDOS ARBITRALES Y SENTENCIAS SOBRE ANULACIÓN

De acuerdo con lo previsto en el artículo 45 de la ley 1563 de 2012, las causales y el trámite del recurso extraordinario de revisión contra laudos arbitrales o las sentencias que resuelven el recurso

¹³ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Expediente 61519.

de anulación se someten a las disposiciones del código general del proceso (antes código de procedimiento civil).

Es decir, a pesar de que en los artículos 248 a 255 el CPACA está regulado el recurso extraordinario de revisión, este solo se puede proponer “contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de la Contencioso Administrativo, por los tribunales administrativos y por los jueces administrativos” no contra los laudos arbitrales ni las sentencias que resuelven el recurso de anulación. En efecto, existiendo norma expresa en el sentido de señalar que las causales y trámite del recurso extraordinario de revisión contra laudos arbitrales y la sentencia que resuelva el recurso de anulación se someten a lo previsto en los artículos 354 al 360 del CGP, aquí no tienen cabida ni aplicación los artículos 248 al 255 del CPACA.

De las causales que se pueden promover al amparo del recurso extraordinario de revisión ya hemos dado cuenta antes, por lo que resta referirse al trámite reglado en el CGP.

El recurso extraordinario de revisión debe proponerse a través de la formulación de una demanda que debe contener:

- “1. Nombre y domicilio del recurrente.
2. Nombre y domicilio de las personas que fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia para que con ellas se siga el procedimiento de revisión.
3. La designación del proceso en que se dictó la sentencia, con indicación de su fecha, el día en que quedó ejecutoriada y el despacho judicial en que se halla el expediente.
4. La expresión de la causal invocada y los hechos concretos que le sirven de fundamento.
5. La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer.

A la demanda deberán acompañarse las copias de que trata el artículo 89”.

Como se ve, la interposición y sustentación del recurso a través de una demanda en la que se piden pruebas, es lo más parecido a un proceso autónomo.

Interpuesta la demanda la Corte y en su caso el Consejo de Estado la examinará para definir si reúne los requisitos respecto de

la oportunidad para interponer el recurso y el contenido del escrito, y si los encuentra satisfechos solicitará la remisión del expediente al Centro de Arbitraje y/o al despacho donde se hubiere tramitado el recurso de anulación, según el caso. Una vez sea remitido el expediente se resolverá sobre la admisión de la demanda y las medidas cautelares que en ella se soliciten, sin que en ningún caso se suspenda el cumplimiento de la sentencia materia de revisión. Si se admite la demanda, de ella se dará traslado a los demandados por cinco (5) días, dentro de los cuales el o los demandados podrán contestarla sin que sea posible formular excepciones previas.

Si la demanda no reúne los requisitos legales se declarará inadmisibile y se concederá un término de cinco días para que se subsane so pena de rechazo; empero, cuando se presente en forma extemporánea o haya sido formulada por quien carece de legitimación para hacerlo, se rechazará de plano.

Bajo ninguna circunstancia el recurrente podrá reformar la demanda con base en la cual interpuso y sustentó el recurso extraordinario.

Una vez surtido el traslado de la demandada a los demandados, se decretarán las pruebas pedidas, las cuales se practicarán en la audiencia que con tal fin se señale. Recaudadas las pruebas se oirá también en audiencia a las partes para que presenten sus alegatos y se proferirá la sentencia respectiva.

De acuerdo con el parágrafo 2 del artículo 358 del CGP “podrán acumularse dos o más demandas de revisión una vez se haya notificado a los opositores” siempre que se reúna al menos uno de los requisitos para que proceda la acumulación de procesos previstos en el artículo 148 del CGP, así:

- “a) Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.
- b) Cuando se trate de pretensiones conexas y las partes sean demandantes y demandados recíprocos.
- c) Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones de mérito propuestas se fundamenten en los mismos hechos”.

Esta acumulación debe solicitarse y decretarse antes del pronunciamiento del decreto de pruebas, dado que en este trámite

no existe la convocatoria de la audiencia inicial regulada en el proceso verbal.

Practicadas las pruebas y oídos los alegatos de las partes se proferirá sentencia. De prosperar el recurso, el artículo 45 de la ley 1563 de 2012 de manera escueta manda que en ese evento “la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda”. Tal reglamentación supone que al prosperar el recurso la autoridad judicial no procede con base en lo que ordena el artículo 359 del CGP, sino que, sin importar cual sea la causal que prosperó, en todo caso proferirá una nueva sentencia que reemplace la que se quiebra como consecuencia de la prosperidad del recurso extraordinario de revisión.

Es decir, si la autoridad judicial, por ejemplo, encuentra próspera la causal 8 de revisión, consistente en “existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso” dictará el fallo de reemplazo, en vez de aplicar el artículo 359 del CGP, el cual prevé que en ese evento “declarará sin valor la sentencia y devolverá el proceso al tribunal o juzgado de origen para que la dicte de nuevo”. En efecto, se repite que siempre que prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial lo que ha de hacer es dictar la sentencia de reemplazo, cualquiera haya sido la causal que hubiese prosperado. De declararse infundado el recurso, se condenará en costas y perjuicios al recurrente.

Confirmando la proximidad del recurso extraordinario de revisión con el trámite de un proceso autónomo, el artículo 360 del CGP autoriza a solicitud de parte interesada el decreto y práctica de las medidas cautelares de la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles, sujetas al cumplimiento de los requisitos señalados para estas cautelas en el artículo 590 del CGP.

Finalmente, mención especial merece la interpretación que puede darse a ciertas causales del recurso extraordinario de revisión para laudos arbitrales, pues, aunque apliquen las que taxativamente prevé el CGP, en lo que resultan similares a las del CPACA, puede resultar ilustrativa la jurisprudencia del Consejo de Estado. Frente a la causal de existir nulidad originada en la sentencia –Num. 5 en el CPACA y 8 en el CGP– el máximo tribunal

del contencioso administrativo, al revisar un recurso extraordinario de revisión de Comunicación Celular S.A contra Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P señaló:

“cuando se refiere a la nulidad originada en sentencia se exige que el vicio se configure en el preciso momento procesal en que se profiere la decisión de fondo, “por desconocimiento grave o insaneable de alguna ritualidad sustantiva propia de esa actuación”.

26. En relación con las irregularidades sustanciales del procedimiento que pueden considerarse como nulidad originada en la sentencia, la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado ha sostenido que son, entre otras, las siguientes: *i) cuando se dicta sentencia, como única actuación, sin el previo trámite correspondiente; ii) cuando se condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente de la invocada en ésta; iii) cuando se condena a quien no ha sido parte en el proceso; iv) cuando el juez provee sobre aspectos respecto de los cuales carece de jurisdicción o competencia*¹⁴. (Cursiva fuera del texto).

Por tanto, aunque la causal de la nulidad originada en la sentencia puede tener una redacción amplia, el Consejo de Estado la ha dotado de contenido, para que no sea posible alegar cualquier yerro de naturaleza procesal.

Frente a la causal de ser la sentencia contraria a otra que constituye cosa juzgada –Núm. 9 en el CGP y 8 en el CPACA– también resultan relevantes y aplicables estas consideraciones del Consejo de Estado:

“29. Para que se configure la causal en mención, es necesario que la sentencia objeto de revisión sea contraria a una anterior que haya hecho tránsito a cosa juzgada, la cual conforme lo ha señalado esta Corporación, *está sujeta a dos límites: i) el objetivo, que refiere al objeto del debate y la causa petendi de la pretensión, y ii) el subjetivo, que guarda relación con las partes del proceso.*

30. Asimismo, para que se estructure la causal de revisión de desconocimiento de cosa juzgada, *el interesado deberá demostrar: i) que existen dos sentencias contradictorias; ii) que la sentencia contrariada constituye cosa juzgada entre las partes del proceso en que fue proferida y frente al segundo proceso “lo cual ocurre cuando éste involucra a las mismas partes de un proceso anterior, versa sobre el mismo objeto y se*

¹⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sala Segunda Especial de Decisión de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de abril de 2021, consejero ponente Hernando Sánchez Sánchez, Radicado 11001-03-15-000 2013-02043-00.

adelanta por la misma causa” y iii) que en el segundo proceso no se haya propuesto como excepción la cosa juzgada. La finalidad de esta causal de revisión es evitar decisiones contradictorias sobre un mismo asunto y entre las mismas partes”¹⁵. (Cursiva fuera del texto).

9. CONCLUSIONES

A manera de conclusión es posible reseñar que la revisión de sentencias es un recurso extraordinario que procede en contra de laudos arbitrales o de los fallos que revisan el recurso de anulación. En las causales que lo habilitan, la de indebida representación o falta de notificación solo podrán invocarla en contra del laudo quien no hubiese actuado en el proceso arbitral y por esa razón no pudiere interponer el recurso de anulación. Las causales para este mecanismo, consagradas en el CGP son muy similares a las del CPACA, salvo en lo que tiene que ver con la causal 3ª del artículo 355 del CGP, que no está prevista en el CPACA, como también la 7ª del artículo 250 del CPACA, la cual no hace parte del listado de las causales de revisión incluidas en el CGP. La competencia para conocer del recurso extraordinario de revisión contra laudos arbitrales se radica dependiendo si en el proceso intervienen solamente sujetos de derecho privado o si al menos interviene una entidad pública. La jurisprudencia constitucional ha señalado como mayor limitante para la protección de derechos fundamentales del recurso de revisión contra laudos arbitrales, la naturaleza restringida y específica de las causales que lo habilitan y la prevalencia de la tutela cuando se trata de evitar un perjuicio irremediable.

El recurso extraordinario de revisión, por los importantes principios universales del derecho que confronta –como la seguridad jurídica o la cosa juzgada– debe usarse de manera respetuosa en la práctica jurídica, con estricta observación de las causales que lo habilitan, en especial cuando se trata de laudos arbitrales, por las importantes causas de naturaleza económica, política y social que en esta jurisdicción se tramitan.

¹⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sala Segunda Especial de Decisión de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de abril de 2021, consejero ponente Hernando Sánchez Sánchez, Radicado 11001-03-15-000 2013-02043-00.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Expediente 61519.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 22 de octubre de 2018, M.P. Aroldo Quiroz Muñoz, Expediente 646590.

Colombia, Consejo de Estado, Subsección B de la Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2021, aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez, Expediente 61301.

Colombia, Corte Constitucional, Auto 051 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-790 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 30 de marzo de 2016, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 30 de marzo de 2016, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Radicado 11001-03-15-000-2015-01480-01(AC).

Colombia, Consejo de Estado, Sala Segunda Especial de Decisión de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de abril de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, Radicado 11001-03-15 000-2013-02043-00.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Expediente 61519.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Bogotá: Editorial Temis, 2009.

MURCIA BALLÉN, Humberto. *Recurso de revisión civil*. Bogotá: Editorial Librería el Foro de la Justicia, 1981.

CAPÍTULO VI

ACTUALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL

CGP y Decreto 806 de 2020

ULISES CANOSA SUÁREZ*

Sumario: 1. EL NUEVO PROCESO CIVIL. 2. LA PANDEMIA: UNA ÉPOCA DE RENOVACIÓN. 3. EL DECRETO 806 DE 2020. 4. LA SENTENCIA C-420/21 DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. 5. CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL NUEVO PROCESO CIVIL

Las relaciones entre los miembros de la sociedad generan conflictos que pueden ser resueltos: i) mediante la *autodefensa*, *autotutela* o reacción impositiva del más fuerte que hace justicia con mano propia; ii) con un arreglo directo o *autocomposición*; y iii) mediante la *heterocomposición*, o decisión imparcial del Estado con efectos obligatorios, adoptada en una sentencia dentro de un *proceso judicial*¹.

* Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro de la Junta Directiva de la Corporación Excelencia en la Justicia. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Colegio de Abogados Comercialistas y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Ha sido profesor en varias facultades de derecho y en cursos de especialización y maestría en las Universidades Externado, de los Andes, Libre y Nacional, entre otras. Recibió el premio a la Docencia de Excelencia Juan Agustín Uricochea y Navarro del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario en el 2005. Formó parte de la Comisión redactora del Código General del Proceso y de la Comisión del ICDP para el decreto 806 de 2020. Actualmente es Vicepresidente Ejecutivo Jurídico y Secretario General de BBVA Colombia. Las opiniones no comprometen a las entidades a las que se encuentra vinculado.

¹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición, Buenos Aires: Ediciones Depalma, Buenos Aires: 1981, pp. 9 y ss.

El *proceso judicial* debe constituir un instrumento para la realización de la justicia y el reconocimiento de los derechos sustanciales, con plena garantía de los derechos fundamentales. Está integrado por una secuencia o conjunto de actos ordenados y sucesivos² que son los *actos procesales* del juez y de las partes, entre ellos los de iniciación como la demanda, los de comunicación, publicidad o notificación, los de instrucción, documentación o probatorios, los de alegación, los de decisión que son las providencias (autos y sentencias), y, entre otros, los de impugnación o recursos. Todos estos actos procesales deben estar entrelazados en un orden lógico y equilibrado, rápido y fácil, moderno e innovador y, sobre todo, humano y justo.

La importancia del proceso judicial es superlativa al regular la soberanía del Estado aplicada a la función jurisdiccional que asegura la certeza de los derechos sustanciales, siempre con el debido respeto de los derechos constitucionales, características que permiten promover la armonía y el orden social³. Para alcanzar estas notables metas el proceso judicial debe ser moderno y eficiente y lo será en la medida que aplique progresivamente los avances tecnológicos.

Hasta el siglo XIX el proceso civil se desarrollaba fuera de audiencia, como algo privado, oscuro y misterioso, "*cosa de las partes*", sin la presencia del juez, quien, además, carecía de poderes de dirección e investigación⁴ y permanecía distante, alejado, como un espectador llamado para decidir al final de la actuación que no tenía término máximo de duración y se surtía en sagrada reverencia a lo que constaba en las actas, con tarifa legal en la valoración probatoria hecha por el legislador previamente y de manera abstracta, al estar codificadas las reglas de la experiencia.

No existía apoyo, ni utilización ninguna de la técnica o la ciencia, que poco habían evolucionado hasta entonces, por lo cual

² La palabra proceso proviene del latín *processus* que significa avanzar, ir hacia adelante. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de La Lengua Española*. Vigésima edición. Tomo V, Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1984, p. 1107.

³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal Civil*, Parte General. Bogotá: Editorial Temis, 1963, pp. 31 a 33.

⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Debido Proceso Versus Pruebas de Oficio*. Bogotá: Editorial Temis, 2004.

el juez se limitaba a verificar los estrictos y rígidos formalismos que las partes debían cumplir ciegamente. Los jueces leían, sin escuchar, los farragosos escritos, siempre físicos y autenticados, que los abogados, los únicos protagonistas, se habían “cambiado”⁵, en un escenario opaco de escaso reconocimiento y protección de los derechos.

En el Estado liberal clásico la libertad de los individuos se garantizó con un trato igualitario apenas formal, no real, con una ley “clarividente y ciega”, un conjunto de normas que se leían y debían entenderse exegéticamente, como algunos, con eco en el pasado siguen reclamando. Para la certeza del derecho no se permitió al juez interpretar la ley en función de la realidad social, ni hacer primar los principios sobre las reglas en los casos de penumbra, de duda, vacío o contradicción. En palabras de MONTESQUIEU, el juez era la “*bouche de la loi*” (la boca de la ley), un ser inanimado que no podía moderar su fuerza, ni su rigor⁶.

A partir del siglo XVIII, en el escenario de progreso de la primera Revolución Industrial y fruto de las transformaciones jurídicas posteriores a la Revolución Francesa de 1789, la doctrina inició un movimiento reformador de regreso del proceso civil a la oralidad y a la desformalización, con temporalidad de la actuación y constante búsqueda de la eficacia, donde las formas son dúctiles o flexibles y, lo más importante, están proscritos los excesos rituales que dificultan el reconocimiento de los derechos sustanciales y ofenden los derechos fundamentales, hoy objeto o plausible propósito de todo proceso judicial.

Ahora tenemos un juez que tiene conocimiento y experiencia y está siempre presente en la audiencia, engrandecido con mayores poderes de interpretación de las normas para hacer prevalecer los principios sobre las reglas. Por otra parte, un juez dotado de amplios poderes de averiguación de la verdad para dispensar justicia, luego de practicar las pruebas con plena inmediatez y de valorarlas de acuerdo con los postulados de la sana crítica, caso a caso, sistema

⁵ CAPPELLETTI, MAURO. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Breviarios de Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1973, pp. 47 y 48.

⁶ MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 20 y ss.

donde es el director del proceso y del debate probatorio quien aplica las reglas de la experiencia⁷.

Con el paso del tiempo y el avance de la técnica y la ciencia se transforman las culturas, la forma de hacer las cosas, de actuar y de comunicarse, las relaciones personales, familiares y comerciales, con impacto en los fenómenos sociales, económicos y políticos y también en los sistemas procesales civiles, que deben renovarse para responder a las necesidades del presente y del futuro.

En ese trasegar surgió la masificación de la segunda Revolución Industrial y la automatización de la tercera, que determinaron cambios en el proceso civil y en los códigos de procedimiento de Iberoamérica, orientadas por las transformaciones de las relaciones sociales y del perfil del Estado, consideradas para la redacción del Código General del Proceso colombiano CGP o ley 1564 de 2012, el cual vino a derogar el Código de Procedimiento Civil de 1970 que contaba con más de cuarenta años de vigencia y ya no se avenía con los progresos de los sistemas procesales y probatorios del derecho comparado y, en general, de la sociedad, ni de los progresos científicos y tecnológicos.

La comisión redactora que se integró en el año 2003 por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, bajo la egregia dirección del ahora Presidente Emérito Jairo Parra Quijano, redactó un código con las características universales que definen la tendencia de transformación supranacional de los procesos judiciales⁸: la constitucionalización para la realización de las garantías fundamentales, la oralidad con concentración e intermediación, valoración de las prueba en concreto según las reglas de la sana crítica, y desformalización para no complicar el acceso y conseguir rapidez y economía, aplicando en alguna medida, las tecnologías de la información y las comunicaciones TIC, con un Plan de Justicia Digital que debía facilitar la presentación de demandas y memoriales y permitir las actuaciones procesales y probatorias por medios digitales.

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 180.

⁸ TARUFFO, Michele. *Sobre las Fronteras, Escritos Sobre la Justicia Civil*. Bogotá: Editorial Temis, 2006, pp. 57 a 85.

El CGP procuró, sin duda, la innovación para la tutela judicial efectiva que comprende esencialmente la realización en el proceso de los derechos reconocidos por la ley sustancial, siempre con menor distancia entre la demanda y la sentencia, porque justicia tardía no es verdadera. La reforma integral del anterior CPC se estimó indispensable para garantizar un debido proceso que es presupuesto del bienestar, la equidad social y la paz que reclaman las nuevas generaciones de colombianos⁹.

Sin embargo, desde el año 2012 cuando entró en vigencia el CGP las transformaciones no se detuvieron, sino que, por el contrario, se aceleraron y profundizaron con el advenimiento de la digitalización propia de la cuarta Revolución Industrial y de la repentina aparición de la pandemia Covid-19, con situaciones jamás previstas en la redacción del CGP, especialmente el aislamiento social preventivo y obligatorio que produjo la paralización de la actividad en los despachos públicos, el cierre de sedes administrativas y judiciales, también de notarias y oficinas de abogados, que se fueron reactivando con la encomiable dedicación y las novedosas iniciativas de algunos esforzados visionarios.

2. LA PANDEMIA: UNA ÉPOCA DE RENOVACIÓN

El Covid-19 que apareció a finales del 2019, se recrudeció en el 2020 y continúa ocasionando estragos en el 2021, trajo a la humanidad enfermedad, muerte y separación, tristeza y preocupación, pero también innovación, porque las actividades y relaciones de todo tipo debieron ahondar y agilizar su transformación de la mano de la tecnología, de la virtualidad y del uso del Internet, prácticamente sin excepciones.

Los contactos personales, familiares, comerciales y empresariales, sentimentales, deportivos y académicos, entre muchos otros, tanto locales como internacionales, debieron migrar al mundo digital, hasta impactar también la administración

⁹ CANOSA SUÁREZ, Ulises. *Presentación del Código General del Proceso*, Libro Colectivo: ley 1564 de 2012 (julio 12) con decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, comentado con artículos explicativos de Miembros del ICDP", coord. Parra Quijano Jairo, Bogotá, 2014, pp. 7-15.

de justicia de muchos países. Los procesos judiciales debieron paralizarse en Colombia por precisar requisitos formales y papeles físicos autenticaciones, encuentros presenciales y notificaciones personales, circunstancia que hizo necesario explorar alternativas de utilización de las herramientas tecnológicas, con medidas revolucionarias que se incorporaron, en buena hora, en el decreto 806 de 2020.

Sin embargo, la oposición a la tecnificación del proceso no tardó. Se hizo patente que los avances tecnológicos pueden confundir, enojar o abrumar a los abogados. En los escenarios académicos, ante el Gobierno, en las Cortes y en las redes sociales, se escucharon voces que intentaron detener o demorar el indispensable paso hacia adelante que debe dar en esta era el derecho procesal y la administración de justicia.

La resistencia al cambio, a la innovación, a la modernización es antigua y se atribuye a muchas causas: a veces al capricho de algunos, en ocasiones a la indiferencia, negligencia, ignorancia o impericia; también, en no pocos casos, al temor de los seres humanos ante las cosas nuevas, recelo que Tito Livio, en la antigua Roma, describió afirmando que el miedo siempre está dispuesto a ver las cosas peor de lo que son. El filósofo inglés Thomas Hobbes, en el Siglo XVII, decía: el día que yo nací, mi madre parió dos gemelos, yo y el miedo¹⁰.

Los estudios sobre la resistencia al cambio la atribuyen también, en algunos eventos, al reprochable interés de provecho o dominación de quienes controlan o se sienten cómodos con los sistemas previos, pero no se sienten capaces de aprender y destacar en los nuevos que, además, permiten a muchos otros hacer lo que anteriormente solo ellos podían realizar. No deja de mencionarse igualmente como una probable causa de la obstinación al cambio el conflicto de interés por los beneficios que podría reportar mantener a otros en el pasado y, finalmente, también se sugiere como un motivo impeditivo la falta de decisión o de recursos para acoger las innovaciones de los avances de la técnica y la ciencia¹¹.

¹⁰ <https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-antigua/20201103/790783/miedo-tecnologia-escritura-5g.html>-Javier Martín García consulta de abril 2 de 2021

¹¹ DANS, Enrique. Todo va a cambiar en <https://www.todovaacambiar.com/capitulo-7-la-generacion-perdida-la-resistencia-a-la-tecnologia>

El psiquiatra Craig BROD afirma que la falta de habilidad para adaptarse a los cambios tecnológicos puede llegar a ser una enfermedad que denomina *tecnoestrés*, con connotaciones negativas para la salud de quien la padece y para la comunidad en que se desenvuelve¹².

Se cuenta que Platón llegó a oponerse a la expansión de la escritura al pensar que descuidaba la memoria propia de los sabios de verdad¹³. Se habla del síndrome de Trithemius como una enfermedad de resistencia a aceptar los cambios con argumentos irracionales, en referencia a un monje alemán que en el Siglo SXV realizó una ardiente defensa del manuscrito, con multitud de sinrazones que rechazaban la imprenta de Johannes Gutenberg, quien, en 1450, cambió el mundo al posibilitar con los libros la amplia difusión del saber¹⁴.

Como la imprenta facilitó la propagación de las ideas críticas contra los poderes del rey y de la religión y terminó con el monopolio de los frailes para reproducir los manuscritos a su antojo, TRITHEMIUS pregonó que el libro impreso estaba condenado al fracaso por hacer peligrar la profundidad de los pensamientos y la ética de los contenidos y por estar hecho de papel, y como papel que es -decía-, desaparecerá rápidamente, en tanto que los pergaminos, con su escritura manuscrita, garantizaban un mayor respeto y cuidado en la edición de los textos y producían una lectura más plácida, planteamiento similar al que ahora, cientos de años después, se expone a favor del libro o del expediente de papel y en contra del digital que en buena hora se está imponiendo y aceptando, además en adaptación de políticas de protección del medio ambiente y de sostenibilidad¹⁵.

¹² <https://www.copmadrid.org/wp/tecnoestres-origen-del-termino/> consulta de abril 5 de 2021

¹³ https://encyclopaedia.herdereditorial.com/wiki/Recurso:Plat%C3%B3n:_el_mito_de_Theuth. consulta de abril 5 de 2021

¹⁴ https://historia.nationalgeographic.com.es/a/gutenberg-inventor-que-cambio-mundo_11140 consulta de abril 5 de 2021

¹⁵ <http://palmeralbiblioteca.blogspot.com/2014/01/el-sindrome-de-trithemius.html> consulta de abril 5 de 2021

Uno de los términos que se utiliza para calificar a quien se resiste a las novedades tecnológicas es el de *ludita*¹⁶, inspirado en un joven tejedor de Leicestershire llamado Ned Ludd que en 1799 destrozó a martillazos dos telares porque la empresa donde trabajó lo despidió por baja productividad. Se conoce como *ludismo* al movimiento que se resiste al reemplazo del empleo artesanal por la industrialización. Por allá en 1811 los trabajadores textiles o tejedores de Nottinghamshire, guiados por el temor a perder sus empleos al carecer de las habilidades que la Revolución Industrial exigía, destrozaban las máquinas y quemaban las fábricas diciendo ser seguidores de un personaje mítico denominado General o Capitán Ludd o Rey Ludd, que se comentaba vivió en el bosque inglés de Sherwood¹⁷.

La electricidad, en sus primeros años, paradójicamente fue recibida con reservas. Los retratistas atacaron los daguerrotipos que permitieron capturar imágenes en vez de dibujarlas; el ferrocarril fue calificado por los carreteros como una máquina infernal y, como si fuera poco, la Academia de Ciencias de Lyon, en 1835, certificó que podía producir efectos mortales en las vías respiratorias por el brusco paso de los pasajeros de un clima a otro¹⁸; el teléfono fue criticado por los telegrafistas dizque por no dejar constancia escrita y no dar tiempo para reflexionar antes de hablar. El cine que apareció en 1895, inicialmente solo con movimiento y luego con sonido, en una de las primeras proyecciones de los hermanos Lumière en París, según una leyenda causó tanto temor que los

¹⁶ En el RAE no se reconoce este término. Se dice que el primer uso registrado del término *ludita* apareció en el Diccionario Inglés de Oxford en 1811 y que su acepción como tecnófobo es reciente, a raíz de algunas publicaciones en revistas y periódicos.

¹⁷ https://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/05/120423_movimiento_ludita_palabra_movimiento_aniversario. consulta de abril 5 de 2021. En el mismo artículo se aclara que algunos historiadores, entre ellos Emma Griffin, autora de *Una breve historia de la Revolución Industrial Británica* afirma que el término es producto de una tergiversación histórica, porque lo que preocupaba a los *luditas* era que la tecnología podría reducir sus salarios, por lo cual también son vistos desde la óptica sindical como héroes de la clase obrera.

¹⁸ Las personas temían además al ferrocarril por el riesgo de accidentes, pánico al que contribuyó en 1830 el accidente en que fue arrollado por una locomotora el parlamentario William Huskisson, en la publicitada ceremonia inaugural de la línea Liverpool-Mánchester. <https://www.britannica.com/biography/William-Huskisson> consulta de abril 1 de 2021

espectadores se levantaron aterrorizados al ver la locomotora aproximarse desenfrenadamente en la pantalla¹⁹.

Son numerosos los recientes ejemplos de resistencia a la tecnología, entre ellos el del llamado Unabomber, Theodore John Kaczynski, un genio terrorista, matemático y filósofo, denominado neoludita, nacido en 1942 y condenado a cadena perpetua en Estados Unidos, pena que aún cumple, porque luego de abandonar su meritoria carrera académica en prestigiosas universidades americanas, resolvió enviar, entre 1978 y 1995, dieciséis cartas o paquetes bomba a universidades y aerolíneas desde su refugio de ermitaño en las montañas de Montana, donde vivía sin luz y sin agua corriente, motivado por su confundida crítica y obstinada oposición a los efectos de la tecnología en la sociedad industrial contemporánea²⁰.

En 1977 Ken Olsen, fundador, CEO y Presidente de Digital Equipment Corp., afirmó que no existía ninguna razón por la cual una persona podría querer tener un ordenador en su casa. La grandilocuente realidad que vivimos hoy, donde el ordenador ya no está solo en la casa, sino que todos lo llevamos bajo el brazo o en la mano, demostró el tamaño de su equivocación que también pudo conducir a la desaparición de su empresa²¹.

Toda revolución, como la tecnológica que estamos viviendo en el proceso civil del Siglo XXI, tiene dificultades que deben superarse y, además, puede originar rechazos que deben reducirse mediante la reflexión, el diálogo y la concertación. La resistencia al cambio no es un fenómeno exclusivo de los abogados. Como se ha visto, los grandes avances de la historia siempre han tenido detractores y la intransigencia con la innovación, debemos saberlo, nunca triunfa, porque la tecnología que es beneficiosa es imparable y no se detiene ante las protestas o inconformidades.

Tan son las cosas así, que el 8 de marzo de 2021, a través de un documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social

¹⁹ <https://cinemaesencial.com/peliculas/llegada-del-tren-la-estaci%C3%B3n-de-la-ciotat> consulta de abril 4 de 2021

²⁰ https://historia.nationalgeographic.com.es/a/ted-kaczynski-unabomber_15749 consulta de abril 5 de 2021

²¹ <https://www.vix.com/es/btg/tech/13298/5-predicciones-tecnologicas-que-demonstraron-estar-equivocadas> consulta de abril 5 de 2021

(Conpes), el Gobierno aprobó el crédito externo que permitirá poner en marcha la transformación digital de la justicia, buscando más eficiencia en el desempeño de la Rama Judicial para fortalecer el acceso a través del expediente digital, proyecto en el que se invertirá un empréstito por 500 millones de dólares que facilitará el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y que empezará a ejecutarse en julio de 2021²².

3. EL DECRETO 806 DE 2020

La pandemia paralizó la administración de justicia. El decreto 806 de 2020 se concibió para innovar, modernizar e implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, reactivar el acceso y agilizar los procesos judiciales, además de flexibilizar la atención a los usuarios²³.

Fue expedido en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica y en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la ley 137 de 1994 y el decreto 637 de mayo de 2020, en la medida en que sobrevinieron hechos que constituyeron una grave calamidad pública y facultaron al Presidente de la República para dictar decretos destinados a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

No puede negarse que la crisis y las medidas de aislamiento obligatorio afligieron diversos sectores y, por lo tanto, multiplicaron los conflictos y dimensionaron la necesidad de justicia. Las medidas de protección para la vida y la salud de las personas naturalmente tuvieron efectos colaterales, entre ellos de restricción en la confianza, conmoción en el sistema económico, suspensión y discusiones en la ejecución de contratos y en la prestación de servicios, cierre temporal o definitivo de empresas de todo tipo, disminución de salarios, despidos individuales y colectivos y mayor

²² <https://www.minjusticia.gov.co/Noticias/ArtMID/5552/ArticleID/252/Gobierno-Nacional-aprueba-pr233stamo-del-BID-para-transformaci243n-digital-de-la-justicia> consulta de abril 4 de 2021

²³ El ICDP solicitó a todos sus miembros comentarios y sugerencias e integró una subcomisión con los profesores Ramiro Bejarano Guzmán, Martín Bermúdez Muñoz, Henry Sanabria Santos y Ulises Canosa Suárez para apoyar en la elaboración del proyecto de decreto.

desempleo, por lo cual debieron adoptarse medidas de prevención, contención y mitigación de más daños.

En este entorno resultaba indispensable garantizar a los ciudadanos sus posibilidades de acudir a la justicia para solicitar la intervención de los jueces, reclamar sus derechos o dirimir controversias, además de permitir a los abogados litigantes que pudieron continuar la labor profesional de la que derivaban su sustento.

Previamente a la expedición del decreto 806 se hicieron todos los esfuerzos posibles para alcanzar estos plausibles propósitos. Los decretos 417, 491 y 564 de 2020 adoptaron algunas medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Paralelamente el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales y progresivamente levantó la suspensión en ciertos asuntos, privilegiando la utilización de medios virtuales.

No obstante, los remedios resultaron insuficientes frente al grave impacto que en relación con la prestación del servicio de justicia produjo la prolongación de las medidas de aislamiento, situación que no podía ser solucionada integralmente por el Consejo Superior de la Judicatura al carecer de competencias legales para crear o modificar reglas del CGP, que no permitían plenamente la virtualidad en las actuaciones.

En este estado de emergencia sanitaria, de parálisis judicial y de caos social, en la segunda declaratoria de emergencia resultó ineludible optar por medidas adicionales para que se pudiera acudir a la justicia, reanudar los términos procesales y garantizar la continuidad. Además, porque, como siempre lo reconoció la Corte Constitucional, una de las actividades esenciales del funcionamiento del Estado Social de Derecho es la administración de justicia y, por otra parte, una de las recomendaciones de la OCDE para los tiempos de pandemia fue la de viabilizar el acceso a la administración de justicia con la implementación de la tecnología²⁴.

²⁴ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-420 del 2020 del 24 de septiembre de 2020, M.P. (E). Richard S. Ramírez Grisales, Expediente RE-333.

El decreto 806 de 2020 contiene dieciséis artículos, los tres primeros con normas rectoras que, con los artículos 1º a 14 del CGP, ayudan a disipar inquietudes que en los casos prácticos pueden resultar, llenar vacíos de aspectos no previstos por el legislador y superar eventuales contradicciones de las normas del 806 con otras disposiciones. El último artículo se ocupa de la vigencia, que se limitó a dos años a partir de su expedición.

El artículo 1º establece el objeto del decreto que consistió en implementar el uso de las TIC en las actuaciones, agilizar los trámites, flexibilizar la atención a los usuarios y contribuir a la reactivación de las actividades económicas. En un párrafo se aclaró que cuando no se cuenten con los medios tecnológicos o no sea necesario acudir a ellos, se prestará el servicio de forma presencial, si es posible.

El artículo 2º ordenó utilizar las TIC con el fin de facilitar el acceso a la justicia y proteger a las personas, con actuaciones a través de medios digitales, sin exigir y cumplir formalidades presenciales o similares que no sean estrictamente necesarias, tales como firmas manuscritas o digitales, presentaciones personales o autenticaciones.

Para el efecto, se dispuso que las autoridades judiciales deben dar a conocer en su página web los canales oficiales de comunicación e información, así como los mecanismos tecnológicos que emplearán. El decreto agrega que deben adoptarse todas las medidas para garantizar el debido proceso, la publicidad y la contradicción. En este mismo artículo se señaló que, en aplicación de los convenios y tratados internacionales, se debe prestar especial atención a las poblaciones rurales y remotas, así como a los grupos étnicos y personas con discapacidad que enfrentan barreras y, en esta dirección, que los municipios, personerías y otras entidades públicas facilitarán sus sedes para las actuaciones virtuales.

En el artículo 3º se erigió como deber de los sujetos procesales realizar sus actuaciones y asistir a las audiencias y diligencias a través de medios tecnológicos y se recordó el compromiso de enviar a las otras partes un ejemplar de los memoriales. El artículo 4º, por su parte, previó que cuando no se tenga acceso al expediente físico los sujetos procesales colaborarán proporcionando las piezas que se encuentren en su poder.

El artículo 5º facilitó conferir poderes mediante mensaje de datos con la sola antefirma y sin reconocimiento; el artículo 6º permitió presentar demandas en forma de mensaje de datos con el envío simultáneo a los demandados; el artículo 7º ordenó realizar audiencias utilizando medios tecnológicos; y los artículos 8º, 9º, 10º y 11º permitieron usar la tecnología para realizar notificaciones personales, por estado, traslados, emplazamientos, comunicaciones, oficios y despachos.

Los artículos 12 y 13 se ocuparon de la resolución de excepciones y la sentencia anticipada en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; el artículo 14 de la apelación de sentencias en materia civil y familia; y el 15 de la apelación en laboral.

4. LA SENTENCIA C-420/21 DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El 24 de septiembre de 2020 la Corte Constitucional realizó el control del decreto 806 del 4 de junio de 2020 y lo declaró exequible.

La Corte recibió sesenta escritos ciudadanos, de los cuales se destacan ocho peticiones de inexequibilidad total, diecisiete de inexequibilidad parcial, entre ellas la del Procurador General de la Nación, y doce de exequibilidad total, entre las cuales se encontraba la del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Quienes reclamaban la inexequibilidad, en resumen, sostuvieron que el decreto: a) No cumplía con el juicio de finalidad, porque sus medidas no resisten el juicio de identidad de los hechos constitutivos del estado de emergencia, ni el juicio de sobreviniencia, habida cuenta que el problema de la justicia es crónico y estructural; b) Excede las facultades del Gobierno al modificar el CGP y el CPACA; c) Es discriminatorio y atenta contra la igualdad, el debido proceso, la publicidad, la defensa y la contradicción; y d) Lesiona los principios de oralidad e inmediación, al estatuir algunas actuaciones escritas.

Por su parte, quienes acertadamente abogaron por la exequibilidad, en resumen sostuvieron que el decreto: a) Permite el acceso al servicio esencial de administración de justicia, protegiendo la vida y la salud de las personas; b) Es razonable

porque flexibiliza, además de proporcionado porque protege derechos fundamentales y está acorde con la gravedad de los hechos; c) No es discriminatorio, porque si no se cuenta con los medios digitales o no es necesario acceder a ellos, el servicio de administración de justicia igual se prestará de manera presencial, siempre que sea posible y, por otra parte, permite a las autoridades adoptar medidas razonables sobre los sujetos de especial protección constitucional; d) Es necesario, porque las competencias del Consejo Superior de la Judicatura son insuficientes para afrontar la crisis; y e) No excede las facultades del Gobierno

Evaluados ampliamente estos dos extremos la Corte resolvió²⁵: Primero. Rechazar por improcedente la solicitud de suspensión de términos; Segundo. Declarar exequible de manera condicionada el artículo 6 en el entendido de que en el evento en que el demandante desconozca la dirección electrónica de los peritos, testigos o cualquier tercero que deba ser citado al proceso, podrá indicarlo así en la demanda sin que ello implique su inadmisión; Tercero. Declarar exequible de manera condicionada el inciso 3 del artículo 8 y el parágrafo del artículo 9, en el entendido de que el término allí dispuesto empezará a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje; y Cuarto. Declarar exequibles las demás disposiciones.

Para el efecto la Corte Constitucional en la sentencia C-420/20 encontró cumplidas las exigencias formales porque el decreto: a) Está suscrito por el Presidente y todos sus Ministros; b) Fue dictado y promulgado en desarrollo del decreto 637 de 2020 que declaró la emergencia económica y fue declarado exequible en sentencia C-320; c) Está expedido el 4 de junio, dentro del término de vigencia de la emergencia; y d) Está debidamente motivado.

La Corte Constitucional revisó las exigencias materiales requeridas por la Carta Política, la ley estatutaria de los estados de excepción y la jurisprudencia constitucional, encontrando que las medidas del decreto 806²⁶:

²⁵ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-420 del 2020 del 24 de septiembre de 2020, M.P. (E). Richard S. Ramírez Grisales, Expediente RE-333

²⁶ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-420 del 2020 del 24 de septiembre de 2020, M.P. (E). Richard S. Ramírez Grisales, Expediente RE-333

a) Superan los juicios de finalidad, motivación suficiente, conexidad material, incompatibilidad y necesidad, por estar directa y específicamente relacionadas con el estado de emergencia y ser idóneas y necesarias para: i) Garantizar el servicio de justicia; ii) Proteger la salud de servidores y usuarios; iii) Agilizar el trámite y reducir congestión; iv) Reactivar el sector económico que depende de la justicia;

b) Satisfacen el juicio de no discriminación en la medida que: i) Hay tratamiento diferenciado con finalidad constitucional; ii) Promocionan y protegen la igualdad con ajustes razonables al presentarse barreras de acceso; iii) Se condicionan medidas si no se conocen direcciones;

c) Satisfacen juicios de no contradicción específica y proporcionalidad porque no contradicen la C.P., ni el marco de actuación del poder ejecutivo. Por el contrario, materializan el acceso, la publicidad, el debido proceso y son una respuesta razonable y proporcionada a las causas de la emergencia, en la medida que: i) No desconocen la función pública del poder judicial al imponer nuevas cargas procesales; ii) No son irrazonables o desproporcionadas al modificar el trámite de audiencias; iii) No desconocen garantías de publicidad, defensa y contradicción, salvo condicionantes;

d) Satisfacen los juicios de ausencia de arbitrariedad e intangibilidad porque: i) No suspenden el núcleo esencial de derechos y libertades fundamentales; ii) No interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder y de los órganos del Estado; iii) No suprimen, ni modifican los organismos básicos de la acusación y juzgamiento; iv) No implican afectación a los derechos humanos, ni a los mecanismos para su protección;

e) Finalmente, la vigencia se encontró razonable y proporcionada por la imprevisibilidad de la pandemia, la seguridad de los funcionarios y usuarios y la estabilidad de las normas.

5. CONCLUSIÓN

Al iniciar este análisis se afirmó que el proceso civil se encuentra hoy en constante evolución y, por lo tanto, merece especial atención y anticipación por parte del legislador, que

debe ocuparse de la necesaria actualización del CGP, a la par de los adelantos de la técnica y la ciencia, porque sin duda el uso masivo de la tecnología en la actuación contribuye eficazmente a incrementar el acceso, la publicidad, la eficiencia, la oportunidad, la economía y, lo que es más destacable, a fortalecer el debido proceso.

Como estos propósitos se alcanzaron con suficiencia con el decreto 806/20, pero el término de vigencia del decreto es de apenas dos años, de los cuales ya está por cumplirse el primero, ahora es preciso incorporar estas innovaciones como legislación permanente en el CGP.

No hay que llegar tarde a los *movimientos tectónicos que están transformando el mundo*²⁷. Hay que pensar y actuar como abogados del mañana²⁸, que ya empiezan a tener tribunales online²⁹ y contemplarán la inteligencia artificial en el proceso judicial³⁰. *En este mundo de hoy todo está cambiando y para siempre*³¹. Trayendo un emocionado mensaje de Mauro Cappelletti a esta época de inmensas novedades en el proceso civil, debemos afirmar con él que hay que darnos cuenta, y también estar orgullosos, que *una grandiosa transformación está en curso*; que de cuando en cuando vivimos épocas fascinantes de cambios, ahora de corte tecnológico, que tienen un formidable impacto jurídico y social, los cuales, *más allá de tener que preocuparnos, deberían encender nuestro espíritu de entusiasmo para aprovecharlos al máximo y tratar de construir, entre todos, una administración de justicia más accesible y una sociedad más igualitaria y justa*³².

²⁷ FRIEDMAN, Thomas L. *Gracias por llegar tarde. Cómo la tecnología, la globalización y el cambio climático van a transformar el mundo en los próximos años*. Barcelona: Deusto, Editorial Planeta, 2018.

²⁸ SUSSKIND, Ricard. *El Abogado del Mañana, Una introducción a tu futuro*, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid: La Ley, 2017

²⁹ SUSSKIND, Ricard. *Tribunales online y la Justicia del Futuro*, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid: La Ley, 2020

³⁰ NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial, Proceso y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

³¹ DANS, Enrique. "Todo va a cambiar". En: <https://www.todovaacambiar.com/capitulo-7-la-generacion-perdida-la-resistencia-a-la-tecnologia> consulta de abril 3 de 2021

³² MAURO CAPPELLETTI se refería en esa época a las renovaciones procesales necesarias para la especial protección de los intereses colectivos o difusos. Jornadas iberoamericanas de derecho procesal, México, 1993. www.bibliojuridica.org. consulta de julio 9 de 2005

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Debido Proceso Versus Pruebas de Oficio*. Bogotá: Editorial Temis, 2004.
- CANOSA SUÁREZ, Ulises. “Presentación del Código General del Proceso”. Libro Colectivo: *Ley 1564 de 2012 (julio 12) con decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad*, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, comentado con artículos explicativos de Miembros del ICDP”, coord. PARRA QUIJANO, Jairo, Bogotá: 2014.
- CAPPELETTI, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Breviarios de Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1973.
- CAPPELETTI, MAURO. *Jornadas iberoamericanas de derecho procesal*, México, 1993. www.bibliojuridica.org consulta de julio 9 de 2005.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-420 del 2020 del 24 de septiembre de 2020, M.P. (E). Richard S. Ramírez Grisales, Expediente RE-333.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-420 del 2020 del 24 de septiembre de 2020, M.P. (E). Richard S. Ramírez Grisales, Expediente RE-333.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-420 del 2020 del 24 de septiembre de 2020, M.P. (E). Richard S. Ramírez Grisales, Expediente RE-333.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.
- DANS, Enrique. “Todo va a cambiar”. En: <https://www.todovaacambiar.com/capitulo-7-la-generacion-perdida-la-resistencia-a-la-tecnologia>
- DANS, Enrique. “Todo va a cambiar”. En: <https://www.todovaacambiar.com/capitulo-7-la-generacion-perdida-la-resistencia-a-la-tecnologia> consulta de abril 3 de 2021.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal Civil*, Parte General. Bogotá: Editorial Temis, 1963.
- FRIEDMAN, Thomas L. *Gracias por llegar tarde. Cómo la tecnología, la globalización y el cambio climático van a transformar el mundo en los próximos años*. Barcelona: Deusto, Editorial Planeta, 2018.
- <http://palmeralbiblioteca.blogspot.com/2014/01/el-sindrome-de-trithemius.html> consulta de abril 5 de 2021.
- <https://cinemaesencial.com/peliculas/llegada-del-tren-la-estaci%C3%B3n-de-la-ciotat> consulta de abril 4 de 2021.
- https://encyclopaedia.herdereditorial.com/wiki/Recurso:Plat%C3%B3n:_el_mito_de_Theuth consulta de abril 5 de 2021.

https://historia.nationalgeographic.com.es/a/gutenberg-inventor-que-cambio-mundo_11140 consulta de abril 5 de 2021.

https://historia.nationalgeographic.com.es/a/ted-kaczynski-unabomber_15749 consulta de abril 5 de 2021.

https://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/05/120423_movimiento_ludita_palabra_movimiento_aniversario. consulta de abril 5 de 2021.

<https://www.britannica.com/biography/William-Huskisson> consulta de abril 1 de 2021.

<https://www.copmadrid.org/wp/tecnoestres-origen-del-termino/> consulta de abril 5 de 2021.

<https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-antigua/20201103/790783/miedo-tecnologia-escritura-5g.html>–Javier Martín García consulta de abril 2 de 2021.

<https://www.minjusticia.gov.co/Noticias/ArtMID/5552/ArticleID/252/Gobierno-Nacional-aprueba-pr233stamo-del-BID-para-transformaci243n-digital-de-la-justicia> consulta de abril 4 de 2021.

<https://www.vix.com/es/btg/tech/13298/5-predicciones-tecnologicas-que-demostraron-estar-equivocadas> consulta de abril 5 de 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. Lima: Palestra Editores, 2007.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial, Proceso y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de La Lengua Española*. Vigésima edición, Tomo V. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1984.

SUSSKIND, Ricard. *El Abogado del Mañana, Una introducción a tu futuro*, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid: La Ley, 2017.

SUSSKIND, Ricard. *Tribunales online y la Justicia del Futuro*, Wolters Kluwer España, S.A. Madrid: La Ley, 2020.

TARUFFO, Michele. *Sobre las Fronteras, Escritos Sobre la Justicia Civil*. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

CAPÍTULO VII

LA TUTELA ANTE LA SALA CIVIL
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
EN ASUNTOS DE FAMILIA*

YADIRA ELENA ALARCÓN PALACIO**
LUIS MIGUEL HOYOS ROJAS***

Sumario: INTRODUCCIÓN. 1. LA ACCIÓN DE TUTELA EN ASUNTOS DE FAMILIA: ORIGEN DE LA EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL. 2. EVOLUCIÓN JUDICIAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA: EL CREATIVISMO JUDICIAL DE LA SALA CIVIL EN LOS ASUNTOS DE FAMILIA. 3. EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE TUTELA DE LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: DOS NUEVOS PARADIGMAS EN LAS RELACIONES DE PAREJA. 3.1. NUEVA FUENTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO EN DERECHO DE FAMILIA. RESPONSABILIDAD CIVIL EN DIVORCIO CAUSADO POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. 3.2. ALCANCE DEL DERECHO DE ALIMENTOS EN LA TERMINACIÓN DEL VÍNCULO DE PAREJA. LA APLICACIÓN DE LA SOLIDARIDAD COMO FUENTE DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA PERPETÚA LAS RELACIONES ENTRE QUIENES FUERON PAREJA. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

* Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación "Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros". Financiado por PID2019-104226GB-I00 /AEI / 10.13039/501100011033 (Ministerio de Ciencia e Innovación/ Agencia Estatal de Investigación) de España en el cual Yadira Elena ALARCÓN PALACIO participa como coinvestigadora internacional en calidad de Profesora Titular de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

** Profesora Titular y Directora de la Especialización en Derecho de Familia de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana - Bogotá, Colombia. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Contacto: yalarcon@javeriana.edu.co.

*** Profesor de Derecho Constitucional, Teoría del Derecho Privado y Filosofía Política. Maestrías en Derecho del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España (CEPC) y la Universidad de Harvard. Doctorando en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. Contacto: hoyoslm@gmail.com.

INTRODUCCIÓN

Esta contribución pretende destacar el papel de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en materia de tutela, especialmente en el ámbito del Derecho de Familia. Para su desarrollo revisaremos en primer lugar cuál fue el origen de esta experiencia judicial en un contexto histórico. En segundo lugar nos detendremos en exponer cómo desde el enfoque teórico y metodológico la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado un creativismo judicial propio, que dista de otros métodos como el activismo judicial, más propio de la Corte Constitucional. Por último, demostraremos en un análisis de casos concretos, el alcance de este método en asuntos de familia y concretamente en las relaciones de pareja en dos temas fundamentales, la reparación del daño por violencia en casos de divorcio y el derecho de alimentos más allá de la terminación del vínculo.

1. LA ACCIÓN DE TUTELA EN ASUNTOS DE FAMILIA: ORIGEN DE LA EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL

América y Europa han superado el clásico paradigma –Civil y *Common Law*–, en la actualidad somos civilizaciones jurisprudenciales¹ donde la tutela judicial efectiva y la producción de derechos es garantizada por los jueces². Las sociedades constitucionales *weird*³ en la que también está incardinado el sistema constitucional colombiano, se han valido del –Método de la Hibridación Jurisprudencial⁴– para combinar tradiciones jurídicas

¹ THAYER, James. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”. *Harvard Law Review* 7, 1983, p. 129.

² Sobre este particular MANERO, Juan. *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990, pp. 94-95.

³ «Weird» acrónimo que describe a las sociedades donde se desarrollan sujetos occidentales, educados, industrializados, ricos, democráticos y feministas. En: VALCÁRCEL, Amelia. *Ahora Feminismo*. Madrid: Editorial Cátedra, 2019.

⁴ Los paradigmas de RAWLS, ALEXYS y HABERMAS y sus contribuciones al problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas, son trasplantes que presentaron nuevas perspectivas y realidades sociojurídicas. En: HOYOS ROJAS, Luis. *Neoconstitucionalismo Multinivel*. Bogotá: Editorial Temis, 2014 y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “El nuevo derecho en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?”, *Revista de Derecho*, Uninorte 29, 2008, pp. 289-330.

y dar existencia a todo aquello que no está positivado o reedificar lo que está escrito.

La «Hibridación» permite encajar el caso a una *ratio* que complementa al ordenamiento jurídico o lo actualiza normativamente. Esta experiencia jurídica ha dado origen al fenómeno de la –reedificación judicial– donde la sentencia es capaz de homologar o complementar una norma positiva. No obstante, en un lugar como Colombia, la anterior experiencia no siempre fue una tendencia aplicada y aceptada.

En América Latina las Cortes o Tribunales Supremos tuvieron (aún) «salas constitucionales» como sucedió en Colombia a partir 1886⁵. La sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia era una «sala de máquinas»⁶ epicentro de un –constitucionalismo empirista– cuyo análisis era la comprobación de los textos legales en el marco de los márgenes de movilidad del «método kelseniano»⁷.

Se puede afirmar así, porque los primeros tribunales supremos (salvo excepciones)⁸ fueron diseñados bajo la estructura del «positivismo» de COMTE que pasó al sistema anglosajón con JEREMY BENTHAM y JOHN AUSTIN y, al sistema continental con ADOLF MERKL, KARL BERGBOHM y HANS KELSEN⁹. Nuestra Corte Suprema de Justicia nació bajo el abecé del «positivismo jurídico comteano» y con el tiempo asumió la *perspectiva kelseniana* abrazando el paradigma del recelo a la creación judicial del derecho¹⁰.

Esta «ingeniería judicial positivista» comprendía la interpretación de los asuntos familiares desde un sentido normativista

⁵ CAJAS, Mario. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991: Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991*. Bogotá: Ediciones Universidad de los Andes, 2015.

⁶ GARGERELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Madrid, España: Marcial Pons, 2014.

⁷ MONROY, Marco Gerardo. *La Interpretación Constitucional*. Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá, 2002.

⁸ Sobre el particular, el caso de la Suprema Corte de los Estados Unidos. En: CORREA, Raúl (2000): *El Control de Constitucionalidad en Estados Unidos y Europa*. UEC, pp. 151-153.

⁹ BALLESTEROS, A. "Significado y función de la teoría fundamental del Derecho". En: *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, No. 15, 1975, p. 218.

¹⁰ GASCÓN, Marina. "Particularidades de la interpretación constitucional". En: *Argumentación*. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, 2014.

pero tal interpretación no estaba relacionada con en el marco garantista del hoy llamado «constitucionalismo civilista»¹¹. El triunvirato –asuntos de familia, principios constitucionales y tutela judicial efectiva– era poco habitual en la experiencia práctica de la sala civil, pues el positivismo clásico advertía sobre los peligros de distorsionar la interpretación al apelar a criterios no tradicionales y alejados de las bases romanistas del derecho privado¹².

Unido a lo anterior, no hay que olvidar que desde los albores de 1800 y hasta bien entrado el siglo XX, el constitucionalismo y los sistemas civiles eran separados compartimientos sin mixtura jurídica, es decir, sin las «epistemologías relacionales» que conectan hoy el derecho público y privado pues estas no surgieron hasta bien entrada la tercera ola del constitucionalismo global que inició después de la segunda guerra mundial¹³.

Así planteado, antes de la Constitución de 1991 no vamos a encontrar la incardinación de los asuntos familiares a la defensa y protección basada en la tutela, encontraremos los procesos de familia resueltos con arreglo a la «histórica romanista» y las leyes civiles preexistentes. Pero no una deriva de los asuntos familiares hacia un tipo de «garantismo» porque este no apareció hasta que entró en operación el constitucionalismo de la postguerra. Razón que justifica por qué la «ventana de intelección jurisprudencial» 1886-1980 muestra una interpretación de los asuntos familiares casi inexistente en los términos del garantismo de nuestra contemporaneidad¹⁴.

Ahora bien, es meritorio precisar que apelar a la «tradición romanista» sigue siendo un importantísimo mecanismo inter-

¹¹ DÍEZ-PICAZO, Luis (1973). *Experiencia Jurídica y Teoría del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.

¹² Como en su momento lo afirmaron Kelsen (1934); SHAVEL (1987); LANDES and POSNER (1987); COLEMAN (1988) y WEINRIB (1989).

¹³ El Constitucionalismo global ha pasado por tres olas: El Constitucionalismo Ilustrado (1700); El Constitucionalismo Liberal (1800) y el Constitucionalismo Social Progresista (1900). En: SMITHEY, Shannon e ISHIYAMA, Jhon. *Judicial Activism in Post-Communist Politics*, Law & Society Review, 2002, pp. 719-742.

¹⁴ GUTIÉRREZ, Francisco (2019). "El concepto de Familia en Colombia: una reflexión basada en los aportes de la antropóloga Virginia GUTIÉRREZ sobre la familia colombiana en el marco de la Doctrina Constitucional". *Revista Temas Socio Jurídicos* 38 (76), 2019, pp. 130-154.

pretativo, no obstante, este ha sido deflactado de formalismos¹⁵ por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional¹⁶. El efecto irradiador del constitucionalismo que inició en 1991 ha depurado a la tradición romanista de los sistemas de discriminaciones que se aceptaron como válidos en épocas donde el derecho romano era el máximo discurso de develación. La doctrina del «exceso ritual manifiesto» y el principio de la «sustancialidad sobre la formalidad» son ejemplo de la depuración de nuestra tradición romano-germánica.

Sin embargo, la recepción en Colombia de la tutela en los asuntos familiares fue un especial acomodo que nuestro ordenamiento jurídico hizo del giro epistémico que había realizado el sistema de derecho privado europeo a partir de los años 60's. El constitucionalismo alemán –*drittwirkung*–¹⁷ e italiano –*cláusula lelio basso*¹⁸– entre otras experiencias jurídicas, inspiraron algunos de los trasplantes normativos que vimos en nuestro proyecto constitucionalista iniciado en 1991. La Carta Política del 91 adoptó modelos y tendencias ensayadas en Europa que consintieron la renovación epistémica que permitiría la compatibilización de nuestra «ingeniería judicial positivista» con las acciones de protección y defensa de los derechos fundamentales.

Con la Constitución de 1991 nuestro modelo de justicia civil asume como parte de su razonamiento al –constitucionalismo de los principios–, pasando a incorporar dentro de sus códigos de interpretación a la «principalística constitucional» como

¹⁵ Manuel ATIENZA afirma que existen dos sentidos del formalismo jurídico. El neutral, que concibe que el Derecho debe estar estructurado por formas, reglas y normas que determinan un orden jurídico estructurado como punto de partida para la interpretación y la argumentación judicial. Por otro lado, el radical que tiene un sentido peyorativo, porque reduce el Derecho al texto de la norma y lo separa de otros elementos sociales sin importar las consecuencias y no tomar en cuenta los instrumentos teleológicos y valorativos de interpretación. Nuestro planteamiento formalista se evoca a la concepción neutral. En: ATIENZA, Manuel. "El Derecho como Argumentación", *Revista Isegoría*, 1999, p. 44.

¹⁶ CALDERÓN, Jacobo. *La constitucionalización del derecho privado: La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes, 2011.

¹⁷ Sobre la doctrina «*drittwirkung*» BILBAO UBILLOS, J.M. "La Consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*: Una visión de Conjunto". En: *AFDUAM* No. 21, Madrid, 2017.

¹⁸ SEGADO, FRANCISCO. "La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Doctrina Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, 1993.

complementaria a la tradición hermenéutica de las leyes 57¹⁹ y 153²⁰ de 1887. El derecho civil colombiano asume la «autocrítica deconstructivista» de Estados Unidos que explicó Duncan KENNEDY²¹ y que le ha posibilitado hasta hoy iniciar su propio camino de modulación y adaptación de sus principales instituciones al constitucionalismo vigente.

El camino de modulación y adaptación ha venido siendo recorrido por la sala civil de la Corte Suprema de Justicia usando como vehículo una robusta teoría jurídica del discurso, que por Robert ALEXY conocemos como «teoría de la argumentación»²², experiencia jurídica que también ha permitido a la Corte desarrollar su «sistema de precedente»²³. Pues en efecto, hay que precisar que la teoría de la argumentación no es exclusivamente constitucionalista o principalística también es civilista e incardinada al orden legal.

Todos estos cambios permitieron un «giro jurídico» que posibilitó no solo la competencia para asumir el conocimiento de la tutela en los asuntos familiares, pues tal facultad general está fijada en los decretos 2591/1991, 306/1992, 1983/2017 y 1069/2015 modificado por el 333/2021. El giro consistió en la posibilidad de que la sala incorporara a su práctica el «modelo híbrido» que permitiría que la magistratura combinara su dominio formal de ley civil con la nueva protección de los derechos fundamentales que llegó con la Constitución de 1991.

Este cambio produjo lo que María José FARIÑAS llamó la «reedificación judicial» y significa que, al asumir la competencia de la defensa y protección de los derechos fundamentales en sede de tutela, la más alta magistratura civil logró reedificar su campo interpretativo y los asuntos familiares fueron vistos desde

¹⁹ Colombia, Código Civil de la República de Colombia, ley 84 de 1873. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html.

²⁰ Ley por la cual se adicionan y reforman los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

²¹ KENNEDY, Duncan. *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. AFAR, Cambridge, 1975.

²² PAVLAKOS, George. *The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford/Portland Hart, 2007, p. 236.

²³ TAMAYO, Javier y JARAMILLO, Carlos. *El precedente judicial en Colombia*. Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 11.

la tradición romanista y también desde el espíritu del artículo 42 (entre otros) del texto constitucional vigente.

Esta reedificación que experimentan los asuntos familiares y gran parte del derecho civil ha sido llamada por algunos tratadistas como «humanización o re-humanización del derecho privado», pero en términos estrictos de la filosofía moral²⁴ no se trata de un proceso de humanización jurídica, sino de un especial acomodo que el «método del derecho civil» ha hecho siempre.

La teoría explicativa del derecho civil se acompasa siempre a la teoría política que sea contemporánea, aspecto que genera cambios discursivos y enfoques en el método del derecho privado. Hoy la teoría política es la «constitucionalista» y exige situar el –antropocentrismo jurídico²⁵– como médula del ordenamiento legal, este aspecto situado en el derecho civil se traduce en libertad, autonomía y dignidad nuevos principios sobre los que nuclea las relaciones entre particulares del siglo XXI. De ahí que constatemos la incardinación de los asuntos civiles y de familia a la «dignificación» de la que también ha surgido el llamado «método de la dignidad en el derecho privado»²⁶.

En tal sentido, asistimos a la incardinación del derecho privado a un paradigma, –el constitucionalista–, pero esto no es un cambio en su conciencia civilizatoria para hacerlo más humano, pues el derecho privado es el reflejo de las más elementales relaciones humanas que por concurso del constitucionalismo vigente hoy tienen que ser igualitarias y autónomas. Por esta razón siempre deberá precisarse que una cosa es la «reedificación del derecho» y otra su «rehumanización civilizatoria». La tutela en la sala civil con relación a los asuntos familiares refuerza la primera perspectiva en Colombia.

²⁴ Sobre el particular HEGEL en: *La Fenomenología del Espíritu y la Filosofía del Derecho*.

²⁵ FERRAJOLI, LUIGI e IBÁÑEZ, Perfecto. *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el estado constitucional*, Trotta, 2019, p. 22.

²⁶ HOYOS ROJAS, LUIS. “El Método Neoconstitucional de la Dignidad en el Derecho Privado: una aproximación a la igualdad de género en el ámbito de las relaciones familiares homoparentales”. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2012.

Tratándose de los asuntos civiles, la recepción de la tutela generó dos grandes enfoques de protección de los derechos fundamentales, uno de ellos es la tendencia en los asuntos de familia en la sala civil de la Corte Suprema de Justicia.

2. EVOLUCIÓN JUDICIAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA: EL CREATIVISMO JUDICIAL DE LA SALA CIVIL EN LOS ASUNTOS DE FAMILIA

La inicial expedición de los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 amparados en el artículo 86 de la Constitución, institucionalizaron a la acción de tutela como medio idóneo para la protección de derechos fundamentales²⁷. Así mismo, tal institucionalización con el tiempo, dio origen a una «ingeniería judicial» integrada por dos enfoques²⁸ de protección jurisdiccional y dos métodos de producción de la decisión judicial.

Los «enfoques» de protección son el «enfoque constitucionalista nomoárquico» o principialista cuyo ámbito de competencia abarca a la jurisdicción y justicia constitucional teniendo como máximo órgano a la Corte Constitucional y, el «enfoque de la legalidad constitucional» que abarca a la jurisdicción ordinaria teniendo como órgano de cierre a la Corte Suprema de Justicia. Para el caso que nos compete, este último enfoque es el que acentúa el garantismo constitucionalista en las relaciones entre particulares.

Así mismo, los enfoques han posibilitado el uso de dos «métodos para la producción de la decisión legal», a la sazón, el método del –activismo judicial– que construye respuestas a la sucesión de hechos socio-políticos deflactando judicialmente al

²⁷ El análisis sobre las tutelas contra sentencias–TCS, nace temprano en el constitucionalismo colombiano con la sentencia C-543 de 1992, en la cual se declara inexecutable el término de caducidad de un año fijado en el artículo 11 del Decreto 2591/1991 para la interposición de las mismas. En: HIGUERA JIMÉNEZ, Diego. “Acción de Tutela contra providencias judiciales: elementos, condiciones y crítica”. *Revista Academia & Derecho*, 2018, pp. 275-334.

²⁸ La profesora Carolina DEIK afirma la existencia de un tercer enfoque de protección desarrollado por el Consejo de Estado en: El precedente contencioso administrativo: Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado. Marcial Pons, Bogotá.

ordenamiento, el planteamiento activista es ampliamente conocido pues hizo su entrada práctica con la Corte Constitucional, el otro método es el –creativismo judicial–, técnica que permite al juez innovar o crear el «derecho implícito»²⁹ a partir del ordenamiento de base sin necesidad de suplantar la *interpositio legislatoris* que el activismo judicial en ocasiones asume para indexar el derecho a la realidad.

El creativismo judicial obliga al juez a considerar que el ordenamiento preexistente es la red originaria de su información jurídica –el «sistema autopoietico» según LUHMANN³⁰– de manera que, la realidad social no es la fuente máxima de respuesta sino un criterio que advierte de los contextos que necesita la interpretación para lograr el encuadramiento de la *Litis* a la dimensión formal del derecho y no para crear el contenido del derecho a partir de la realidad política³¹.

El «activismo judicial» parte de una interpretación subjetiva, tiene como fuente inmediata la generalidad de la principalística constitucional y la perfectibilidad democrática, fuentes desde las que se construye *ex nihilo* los nuevos derechos; el «creativismo judicial» parte de una interpretación objetiva porque la dimensión de las reglas en la que se mueve contribuye a la objetivación de la interpretación. Por tal razón la «innovación judicial creativa» es constatable principalmente por el sistema de reglas y no exclusivamente por la realidad social o principalística como sucede en el activismo judicial³².

En el ámbito de los asuntos familiares la sala civil en nuestra opinión, ha venido desarrollando una tendencia «creativista», hay un patrón de evidencia que prueba que la tutela no se asume como

²⁹ LAPORTA, FRANCISCO. “La creación judicial y el concepto de derecho implícito”, *Revista Jurídica* 6, 2002, p. 149.

³⁰ LUHMANN, NIKLAS. *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*. *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992, pp. 1419-1441.

³¹ HAURIÓ, ANDRÉ. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Ariel, 1971, p. 48.

³² Afirma Manuel ATIENZA “donde no se reconoce la autoridad del Derecho, como sucede con la moral no heterónoma del activismo judicial, la necesidad de la interpretación legal desaparece”, se anula el ejercicio creativo del Juez para que logre diseñar respuestas a partir del ordenamiento, y surge la creación como forma de interpretación. EN: ATIENZA, Manuel. *Siete tesis sobre el activismo judicial*. Publicada en la Universidad de Alicante, 2004.

un instrumento para transformar judicialmente a las instituciones que regulan los asuntos familiares, sino que la tutela es incardinada a un «modelo propio» que posibilita una protección judicial efectiva relacionada con la *litis* y la probabilidad de que el órgano de cierre haga un control de los derechos fundamentales que pudieron haber sido conculcados.

A diferencia de la Corte Constitucional, la principialista constitucional en el método creativista no busca –según la experiencia de la sala civil–, moldear el ordenamiento aplicable a los asuntos familiares y tampoco pretende ampliarlo desde una interpretación sociológica (sin descartarla). Los principios constitucionales orientan el caso objeto de tutela a la «constitucionalidad del derecho civil» en su dimensión formal, a diferencia de la Corte Constitucional que en sede de tutela incardina el caso a la «constitucionalidad de la ciudadanía democráticamente perfectible».

La forma de protección e interpretación «creativa» del derecho fundamental interpreta el caso sin generar sustituciones a modo de enmienda jurídico-política³³, porque el «constitucionalismo civilista» que ejercen la justicia civil, no es reformista y tampoco tiene como objetivo la paliación de las lagunas jurídico-políticas como el «constitucionalismo principialista», pero sí asume el control de la decisión para garantizar la legalidad constitucional del derecho civil³⁴.

El creativismo judicial asume los límites de la legalidad que la justicia civil habilita, pues los márgenes de movilidad interpretativa del código civil y las reglas de interpretación de la ley son directamente aplicables y también son constitucionales como lo advirtió Jean CARBONNIER³⁵. Por tal razón, *activismo* y *creativismo* son métodos judiciales imposibles de comparar, aunque cumplen la misma función: la protección de los derechos fundamentales en el escenario legal o constitucional por medio de la acción de tutela.

³³ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional* (Trad. Pedro Cruz Villalón, Miguel Azpitarte), Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 55.

³⁴ PERLINGIERI, Pietro. *El Derecho civil en la legalidad constitucional: Según el sistema italo-comunitario de las fuentes*. Madrid: Editorial Dykinson, 2008.

³⁵ En: *Derecho Flexible: para una sociología no rigurosa del Derecho*. Prólogo de Luis DIEZ-PICAZO. Madrid: Editorial Tecnos, 1974.

El creativismo judicial es una práctica cierta en los casos STC9996-2020³⁶, STC6677-2020³⁷ y STC5594-2020³⁸ por poner algunos ejemplos. Estos constatan la protección de un derecho fundamental posibilitado por el orden constitucional pero la respuesta está incardinada a la dimensión formal de los asuntos de familia y no a la superación de las lagunas jurídico-políticas existentes, cuya competencia de subsanación corresponde al legislador democrático y al intérprete judicial de la Constitución. Así mismo, se identifica en la praxis de la sala civil interpretaciones innovadoras, creativas e incluso antes inexistentes construidas desde un planteamiento creativo con arreglo a las normas del derecho privado o derecho común.

Así, por ejemplo, la STC15548-2019³⁹ presenta una nueva explicación sobre la vulneración del derecho constitucional al debido proceso en el proceso declarativo, conceptualizó que, al no darle validez a la notificación del auto admisorio de la demanda efectuada por los demandantes a través de correo electrónico, se puede incurrir en una causal de violación al derecho fundamental al debido proceso. Esta tesis fue construida «creativamente» a partir del ordenamiento jurídico preexistente, en el caso no hubo una inversión de las fuentes del derecho para encontrar en la narrativa socio-política la razón de la decisión. La sala civil construyó

³⁶ “Cuando petición de herencia la ejerza un niño, niña o adolescente, tiene efecto “suspensión de prescripción” a su favor, pues ostentan “protección reforzada” hasta tanto adquieran posibilidad de obrar directamente o por ministerio de la ley”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC9996-2020, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/11/STC9996-2020.pdf>.

³⁷ Derecho al debido proceso.–Proceso de disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes: razonabilidad de las decisiones que incluyen y excluyen activos o pasivos de la sociedad patrimonial de hecho. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC6677-2020, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/09/STC6677-2020.pdf>.

³⁸ “Los hijos de crianza pueden ejercer acción judicial para esclarecer sus vínculos de filiación familiar”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC5594-2020, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/08/STC5594-2020.pdf>.

³⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC15548-2019, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/04/STC15548-2019-1.pdf>.

una prohibición jurídica «no explícita» en la Ley y a partir de la elucidación del propio sistema protegió un derecho constitucional.

La SC26828-2005⁴⁰, en sede de Casación, es otro ejemplo creativo, en esta se juridificó una nueva teoría legal de la retrospección de la ley aplicable a una unión marital de hecho ocurrida antes de la expedición de la ley 54 de 1990. La sala civil asumió como parámetro interpretativo el artículo 58 de la Constitución, pero incardinado a la dimensión formal de los efectos de la ley 153 de 1887. La interpretación del caso fijó una «tesis» que precisa que en los casos de anomia jurídica no hay derechos consolidados y que por tanto los criterios hermenéuticos de la irretroactividad y la eficacia de la ley deben tener una aplicación inmediata para proteger el derecho constitucional a la propiedad privada del artículo 58 de la Carta. Esta tesis tampoco existía y claramente es una nueva regla, que, en efecto, viene a complementar el marco jurídico existente y defiende al mismo tiempo, la calidad de sujetos de derechos que el constitucionalismo reconoce a los titulares de la propiedad privada en Colombia.

Este tipo de decisiones constatan que la sala civil en materia de tutelas y en general tratándose de asuntos de familia, ha venido construyendo una «ingeniería judicial creativista» distinta de la «ingeniería judicial activista» y, que, desde su nivel legítimo de diferencia con la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia ha logrado constituir un propio modelo de protección de los derechos fundamentales paralelo al modelo activista.

Esta experiencia jurisprudencial es distinta al clásico enfoque positivista pues el triunvirato jurídico –asuntos de familia, principios constitucionales y tutela judicial efectiva–, es común y además es un rostro de la dimensión formal que tienen los derechos fundamentales desde donde también son protegidos, dando origen a nuevos paradigmas que cada vez más logran juridificar un «nuevo derecho de familia» en Colombia.

⁴⁰ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC26828-2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/02/0800131100042000-00591-01-SC-268-2005.doc>.

3. EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE TUTELA DE LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: DOS NUEVOS PARADIGMAS EN LAS RELACIONES DE PAREJA

Como muestra de lo que venimos denominando «ingeniería judicial creativa» de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, pasamos a abordar algunos de los desarrollos de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de tutela que han abierto la discusión sobre algunas nuevas temáticas del Derecho de Familia. Como se ha señalado los casos son resueltos en un ejercicio de hermenéutica constitucional, desde el cual el estudio del Derecho de familia se transforma bajo una óptica de protección de los Derechos Fundamentales. Por los límites de la presente obra, hemos escogido algunos fallos que atañen a las relaciones de pareja, en los que se han producido *hitos* del derecho de familia que dan cuenta de dichos avances y que muestran una clara postura garantista del Alto Tribunal.

3.1. NUEVA FUENTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO EN DERECHO DE FAMILIA. RESPONSABILIDAD CIVIL EN DIVORCIO CAUSADO POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Hemos escogido el Caso CONTO vs ALBÁN como paradigmático, a pesar de que termina resolviéndose en sede de revisión de la Corte Constitucional, mediante la sentencia SU080 de 2020⁴¹, pero cuya parte resolutive termina confirmando parcialmente lo dispuesto de fondo por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC10829 de 2017, Magistrado Ponente, Luis Armando Tolosa.

El caso inició cuando la demandante instauró el proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio religioso. Lo hace por varias de las causales del art. 154 del Código Civil, modificado por la ley 25 de 1992. El juzgado de instancia decreta la terminación del vínculo y de la sociedad conyugal respectiva, declarando probada la causal segunda, el grave e injustificado incumplimiento

⁴¹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SU080-2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU080-20.htm>

de los deberes de esposo y padre. Dentro de las pretensiones de la demanda se encontraba la solicitud de una condena en alimentos por los perjuicios causados, dada la culpa del demandado (art 414, numeral 4º). El juzgado de conocimiento niega su procedencia al no demostrarse la necesidad de la demandante que se requiere para ser acreedora alimentaria, pues sus ingresos eran altos en virtud de su labor como Magistrada del Consejo de Estado.

La actora recurre la sentencia solicitando la inclusión de la causal tercera de divorcio, ultrajes, trato cruel y maltratamiento de obra, e insiste en la condena en alimentos periódicos en contra del demandado. La sala de apelación adiciona dicha causal tercera, en el entendido de que estaba demostrada la “violencia psicológica” sufrida por la querellante a mano de su expareja, pero se mantiene en la negativa de la fijación de alimentos por no quedar demostrada la necesidad de la demandante.

La afectada interpuso acción de Tutela en contra de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sede de tutela cuestiona los fallos, implorando su derecho fundamental a ser resarcida en los términos del literal g) del artículo 7 de la Convención Belém do Pará (...) [y] del literal d) del artículo 4 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas (...)” y, en consecuencia, “(...) se disponga la reparación de perjuicios prevista en el numeral 4º del artículo 411 del Código Civil, bajo la forma de prestación alimentaria periódica (...)”⁴².

Conoce de la Tutela la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, por tratarse de una demanda contra providencia judicial del Tribunal Superior. La sala se pronuncia, en primer lugar, confirmando la improcedencia de los alimentos por no darse los elementos constitutivos de dicha prestación. En segundo lugar la sala pasa a recordar la proscripción de los actos de violencia de género y de violencia intrafamiliar, para lo cual trae a colación las normas internacionales, tales como la declaración sobre la

⁴² Un examen más detallado sobre este y otros temas de responsabilidad Civil en asuntos familiares puede verse en: ALARCÓN PALACIO, Yadira Elena. “Tendencias de la jurisprudencia sobre el reconocimiento de la responsabilidad civil en asuntos familiares en Colombia”. En: *Nuevos retos del Derecho de Daños en Iberoamérica*, 2020, pp. 745-764.

eliminación de la violencia contra la mujer (art. 4º, literal d) y la Convención Interamericana para sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem Do Pará, art. 7º, literal g). Así mismo cita la Constitución Política de 1991, respecto a los derechos a la igualdad, a la familia, la homogeneidad entre hombre y mujer y la protección reforzada de los niños, adolescentes y personas de la tercera edad.

Considera que el *ad quem* ha debido aplicar el enfoque de género y haber hecho uso de las facultades *ultra* y *extra petita* que la ley les otorga a los jueces de familia⁴³, para condenar la violencia al interior del seno familiar, y hacer uso de ellas para establecer medidas indemnizatorias en procesos de divorcio⁴⁴. La Sala Civil, afirma que si el matrimonio termina por causas de violencia física o moral o por el menoscabo personal, económico o familiar, causando perjuicios de diversa índole a uno de los cónyuges, este puede pedir una indemnización, es decir acudiendo a la aplicación de los fundamentos teóricos de la responsabilidad civil en sentido clásico⁴⁵. Encuentra probada una vía de hecho en el fallo, concede la tutela y por tanto lo revoca, ordenando al Tribunal dejar sin efecto la sentencia de primera instancia y que vuelva a asumir conocimiento de la apelación en el sentido expuesto⁴⁶.

El afectado interpuso demanda de impugnación al fallo de tutela, avocando conocimiento la Sala Laboral de la Corte Suprema

⁴³ Colombia, Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, artículo 281, parágrafo 1º. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html.

⁴⁴ Ver. RUEDA VALLEJO, Natalia Margarita “La violencia intrafamiliar como fuente de daño resarcible en Colombia”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPB*, Vol. 48, No. 128, pp.193-217, Medellín, Colombia, enero-junio 2018.

⁴⁵ El derecho colombiano aún no ha afrontado de manera sistemática el problema de la indemnización de los daños en las relaciones familiares, esto es, cuando quien causa el daño y la víctima pertenecen a la misma familia. Para examinar las posibles interferencias entre la responsabilidad civil y el derecho de familia en un contexto privado de reglas que excluyan la indemnización de este tipo de daños, o de precedentes que permitan identificar la naturaleza del daño o las reglas para su reparación, véase. La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad : un estudio comparado entre Italia y Colombia.

⁴⁶ En salvamento de voto, el Magistrado Álvaro García, se aparta de la mayoría para sentar que no comparte el fallo en la medida en que no sé probó el perjuicio y sosteniendo que las facultades *extra* y *ultra petita* no permiten condenar a lo no probado. Así mismo encuentra que la demandante podía haber acudido a otra vía por la justicia ordinaria en posterior ocasión para entrar a demostrar los perjuicios causados y conseguir la reparación integral.

de Justicia en sentencia STL16300 de 2017⁴⁷, M.P. Fernando Castillo Cadena, en la que se revisan los hechos ya narrados y se concluye, respecto de los alimentos, que es razonable la absolución al ser estos alimentos demandados por vía de resarcimiento y no bajo los presupuestos de necesidad y capacidad propias de la obligación alimentaria. Sostiene el fallador, que al pretender consecuencias indemnizatorias originadas en responsabilidad contractual o extracontractual ha debido expresarse en las pretensiones de la demanda, lo cual no ocurrió. En relación con las facultades *ultra* y *extra petita* considera que estas proceden derivadas de lo que resulte probado en el juicio, en aras del derecho a la defensa y el debido proceso. Y concluye que si bien se demostró en el caso un maltrato psicológico, no se probó el valor de los perjuicios ocasionados a efectos de tasar la eventual indemnización, ello por cuanto ni siquiera fueron estimados por la tutelante. Para el fallador de la impugnación queda abierta la posibilidad de acudir a otras causas procesales en procura del resarcimiento, lo cual no constituye el desconocimiento de los derechos fundamentales de la actora en materia de género contra la mujer⁴⁸.

El caso finalmente, como se señaló, se resuelve por la Corte Constitucional en sede de revisión, en la cual el alto Tribunal, otorga razón a la Sala Civil de la Corte Suprema, concediendo el amparo de los derechos fundamentales de la señora Conto, teniendo en cuenta que en el caso concreto no existía duda de la violencia de la que fue víctima la actora, y que tampoco existía duda de que, a causa de esa violencia, se estimó probada la causal de cesación de efectos civiles del matrimonio católico. Dictamina que lo que debía subseguir, entonces, sería demostrar la existencia del daño, su valuación, tasación y orden de reparación. Y reconociendo que, en derecho colombiano, el citado procedimiento no está habilitado para ello en el marco de un divorcio, ordena se realice mediante

⁴⁷ Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia STL16300-2017, M.P. Fernando Castillo Cadena. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20NOV2017/STL16300-2017.doc>.

⁴⁸ La Magistrada Claudia Cecilia Dueña, salva su voto, apartándose de la mayoría, por considerar que ha debido acatarse los estándares legales de protección de la mujer en Colombia, que se encuentran resumidos en la sentencia T-967/2014 de la Corte Constitucional, lo que obligaba a incluir en el fallo el enfoque de género y procurar la reparación de los perjuicios dentro del mismo trámite de divorcio para evitar una revictimización.

*incidente de reparación*⁴⁹. En la actualidad lo relacionado con el trámite incidental es de conocimiento de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá.

3.2. ALCANCE DEL DERECHO DE ALIMENTOS EN LA TERMINACIÓN DEL VÍNCULO DE PAREJA. LA APLICACIÓN DE LA SOLIDARIDAD COMO FUENTE DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA PERPETÚA LAS RELACIONES ENTRE QUIENES FUERON PAREJA

En Colombia, bajo el sistema causal del divorcio, ordinariamente se han venido decidiendo los casos bajo causas de tipo remedio o de tipo sanción⁵⁰. El efecto más importante y que marcaba una diferencia en los tipos de causales alegadas era la posibilidad de reclamar alimentos derivados de la *culpa* de uno de los cónyuges, que abría la posibilidad de una condena en alimentos en favor del cónyuge afectado y en estado de necesidad alimentaria. En sentido contrario, cuando mediaban las causales objetivas, no se habría paso a la revisión de la posible condena en alimentos. Dentro de estas últimas, la doctrina mayoritariamente ha ubicado a la separación de cuerpos de hecho por más de dos años⁵¹, que fue introducida en nuestra normativa por la ley 25 de 1992, en su artículo 6º, al

⁴⁹ La Corte Constitucional también exhorta al Congreso de la República, para que, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, regule ampliamente el derecho fundamental a acceder a una reparación integral en los casos de violencia intrafamiliar, por medio de un mecanismo judicial justo y eficaz que respete los parámetros de debido proceso, plazo razonable y prohibición de revictimización. Así mismo exhortó al Consejo Superior de la Judicatura, para que planee y ejecute jornadas de capacitación a las y los jueces de familia del país, para procurar poner de presente la necesidad de analizar la temática de la violencia contra la mujer y la urgencia de su prevención y de respuesta efectiva en términos de reparación integral, conforme a un dilatado corpus normativo internacional, el cual le vincula y puede llegar incluso a ser fuente de necesaria aplicación-bloque de constitucionalidad.

⁵⁰ Cf. PARRA BENÍTEZ. *Derecho de Familia*, segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 2017, pp. 278 y ss.

⁵¹ “En los debates que antecedieron la expedición de la ley 25 de 1992, se conocieron controversias sobre el particular, que sirven de base a los que sostienen esta tesis. Así, LÓPEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 66; VALENCIA ZEA y ORTÍZ MONSALVE, *op. cit.*, p. 259, porque, dicen, se trata de un divorcio-remedio: CAÑÓN RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 229. El Tribunal de Medellín ha apuntado en muchas ocasiones a la tesis objetiva, pero ha admitido que la separación de hecho de la pareja debe ser absoluta. Otros tribunales han aplicado una tesis subjetiva. Por ejemplo, el Tribunal de Popayán, en sent. de 11 de marzo de 1994”. En: PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Derecho de Familia*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 2017, p. 297.

modificar el artículo 154 del Código Civil. Ciertamente no ha sido un tema pacífico, dadas las posturas que tradicionalmente han defendido que para poder reclamar el divorcio, conforme al artículo 156 del Código Civil, se requiere ser inocente frente al incumplimiento de los deberes conyugales⁵², argumento que afianza la posibilidad de que aún existiendo una separación de cuerpos por más de dos años (elemento subjetivo), en el proceso de divorcio se entre a analizar las causas de la separación (elemento subjetivo), lo que podría derivar en una condena de alimentos incluso por separaciones de hecho. Sin embargo, la misma Corte Constitucional, se ha pronunciado aclarando la distinción de los dos tipos de causales, estableciendo que en las objetivas⁵³ las causales pueden ser invocadas en cualquier tiempo por cualquiera de los cónyuges, y el juez que conoce de la demanda no requiere valorar la conducta alegada; debe respetar el deseo de uno o los dos cónyuges de disolver el vínculo matrimonial, y señala entre las mismas la causal 8ª.

⁵² “El divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan...”. Colombia, Código Civil de la República de Colombia, ley 84 de 1873, art. 156. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html.

⁵³ “Las causales del divorcio han sido clasificadas por la jurisprudencia y la doctrina en objetivas y subjetivas: Las causales objetivas se relacionan con la ruptura de los lazos afectivos que motivan el matrimonio, lo que conduce al divorcio “(...) como mejor remedio para las situaciones vividas”. Por ello al divorcio que surge de esta causales suele denominársele “divorcio remedio”. Las causales pueden ser invocadas en cualquier tiempo por cualquiera de los cónyuges, y el juez que conoce de la demanda no requiere valorar la conducta alegada; debe respetar el deseo de uno o los dos cónyuges de disolver el vínculo matrimonial. A este grupo pertenecen las causales de los numerales 6, 8 y 9 *ibidem*. Por otra parte, las causales subjetivas se relacionan con el incumplimiento de los deberes conyugales y por ello pueden ser invocadas solamente por el cónyuge inocente dentro del término de caducidad previsto por el artículo 156 del Código Civil –modificado por el artículo 10 de la Ley 25 de 1992, con el fin de obtener el divorcio a modo de censura; por estas razones el divorcio al que dan lugar estas causales se denomina “divorcio sanción”. La ocurrencia de estas causales debe ser demostrada ante la jurisdicción y el cónyuge en contra de quien se invocan puede ejercer su derecho de defensa y demostrar que los hechos alegados no ocurrieron o que no fue el gestor de la conducta. Además de la disolución del vínculo marital, otras de las consecuencias de este tipo de divorcio son la posibilidad (i) de que el juez imponga al cónyuge culpable la obligación de pagar alimentos al cónyuge inocente –artículo 411-4 del Código Civil; y (ii) de que el cónyuge inocente revoque las donaciones que con ocasión del matrimonio haya hecho al cónyuge culpable –artículo 162 del Código Civil. Pertenecen a esta categoría las causales descritas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo citado”. Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-985/2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-985-10.htm>.

La tendencia jurisprudencial a partir de las acciones de tutela, que en la materia ha conocido la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, apuntan a una generalización del derecho de alimentos en todos los casos de divorcio en los que exista necesidad demostrada de una de las partes y capacidad de la otra, lo cual es un reflejo de cómo se extienden las relaciones entre cónyuges más allá del divorcio, a usanza de los efectos tradicionales que producía el divorcio no vincular o simple separación de cuerpos, sólo que hoy su fundamento predominante no es la permanencia de existencia del vínculo hasta la muerte, sino la aplicación del principio de solidaridad. También muestran una equiparación en el derecho de alimentos haciéndolo extensivo a la unión marital de hecho después de la separación de los compañeros permanentes⁵⁴.

Para demostrar esta tendencia podemos citar tres casos paradigmáticos. El primero de ellos es la sentencia STC442 de 2019⁵⁵, en el que la Sala civil de la Corte Suprema le correspondió establecer si dentro del pleito nº 2017-00530, la corporación convocada vulneró las prerrogativas fundamentales del demandante por haber confirmado la imposición de cuota alimentaria a favor de su ex cónyuge, al establecer «culpabilidad en la ruptura de la unidad matrimonial», pese a que la causal por él invocada fue de carácter objetivo y la demandada no propuso demanda de reconvencción que conllevara tal pretensión, o si por el contrario, tal decisión denota razonabilidad que impida la intervención del auxilio implorado. La Corte niega el recurso de amparo o tutela, dejando en firme la condena en alimentos, entre otros argumentos por lo dispuesto en la sentencia C-1495 de 2000⁵⁶, mediante la cual se declaró «EXEQUIBLE la expresión “o de hecho” contenida en el numeral

⁵⁴ La posibilidad de materialización de los alimentos entre compañeros permanentes, a pesar del reconocimiento de su procedencia mediante sentencia C-1033 de 2002, ha sido cuestionada por la doctrina en el entendido de que la condición de compañero o compañera permanente era requisito *sine qua non* para su procedencia y por tanto la viabilidad de su aplicación quedaba en manos del demandado quien con una simple separación desaparecía la causa de la misma. En este sentido MEDINA PABÓN, Juan Enrique. *Derecho Civil. Derecho de familia*, tercera edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011, p. 580.

⁵⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC442-2019, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁵⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia C-1495/2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1495-00.htm>.

8° del artículo 6° de la ley 25 de 1992 que reformó el artículo 154 del Código Civil», en la que la Corte Constitucional advirtió que: «(...) el hecho de que uno de los cónyuges, en ejercicio de su derecho a la intimidad, invoque una causal objetiva para acceder al divorcio, no lo faculta para disponer de los efectos patrimoniales de la disolución, de tal manera que, cuando el demandado lo solicita, el juez debe evaluar la responsabilidad de las partes en el resquebrajamiento de la vida en común, con miras a establecer las consecuencias patrimoniales». Esta posición fue ratificada mediante sentencia T-559 de 2017⁵⁷.

El segundo de los casos es el que conoce la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC6975 de 2019⁵⁸, correspondió establecer si dentro del pleito n° 2018-00168, la corporación convocada vulneró las prerrogativas fundamentales de la demandada al revocar el fallo de primera instancia que impuso a la parte demandante el pago de una cuota de alimentos en favor de su ex compañera permanente, por lo cual debe resolver si procede el derecho de alimentos en favor de la antigua compañera permanente, quien alegó padecer episodios psiquiátricos que requieren de la atención médica brindada por la EPS a la que se encuentra afiliada como beneficiaria del demandante.

La Sala Civil de la Corte Suprema, actuando como juez de tutela, y después de un amplio desarrollo de la igualdad de los modelos familiares y del principio de solidaridad, sostiene que: “...tratándose de compañeros o de cónyuges al margen de la culpabilidad o del elemento subjetivo que puede imputarse a su conducta para efectos de la terminación de su vida de pareja, así esa extinción se surta con respecto al vínculo solemne o meramente consensual; sin duda, pueden reclamarse alimentos entre sí, cuando uno de los compañeros o cónyuges se encuentre en necesidad demostrada, salvo las limitaciones que imponen los casos de “injuria grave o atroz”. De tal forma que los alimentos postruptura conyugal, marital, conviviente; postdivorcio o postcesación matrimonial para la pareja que sin distingos de raza,

⁵⁷ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-559 de 2017, M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-559-17.htm>.

⁵⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC6975 de 2019, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/prensa/11001020300020190059100.pdf>.

color, sexo, religión, constituyó una familia, corresponden a un régimen excepcional, el cual de ningún modo puede ser ajeno el juez en el Estado de Derecho Constitucional y Social. Por supuesto, que en el caso, de las uniones de hecho, ante las intermitencias y veleidades de algunas de ellas, el juez debe analizar los tiempos de permanencia de la convivencia (por ejemplo, la del caso concreto superó los veinte años), esto es, su duración; los roles de la pareja, la situación patrimonial, el estado de salud o enfermedades graves, la edad de las partes, las posibilidades de acceso al mercado laboral del necesitado, la colaboración prestada a las actividades del otro, las responsabilidades en la economía del hogar, etc. Se trata también de la solidaridad postterminación, que mediante juicios de inferencia analiza en cada situación de hecho el juez, sin que se trate de una indemnización por daños o de enriquecimiento injusto, o de la construcción de un régimen sancionatorio o culpabilístico, como consecuencia de actos antijurídicos, como los tocantes con la regla 411 del numeral 4 del C.C. colombiano vigente”.

En otras palabras, en el sentir de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la obligación de alimentos entre quienes fueron pareja hoy depende de la observancia de ciertos elementos tales como: la posibilidad de la reinserción laboral del cónyuge o compañera alimentario, su edad, el número de hijos, la calificación laboral que se posea, la dignidad humana, acorde con las condiciones que se tenían antes de la ruptura o terminación de la unión; y la capacidad económica del obligado y sus propias necesidades y obligaciones alimentarias frente a quienes dependen de él. Es decir, se separan de la relación inocencia-culpabilidad tradicionalmente entendida como aplicativa de la causal 4a. del artículo 411 del Código Civil.

Finalmente, bajo una perspectiva de género en protección de la mujer y realizando un análisis interseccional de aspectos como salud y condición económica, el fallador infiere que el tribunal accionado profirió un trato discriminatorio al accionante al negarle alimentos, limitándose a establecer su improcedencia por no ajustarse a la causal 1a. del art. 411 del Código Civil, motivos todos que permiten la concesión de la tutela solicitada por la parte autora⁵⁹.

⁵⁹ El magistrado Ariel Salazar Ramírez aclaró el voto, estableciendo que compartía el criterio expuesto por la Sala en la sentencia emitida en el asunto objeto de estudio,

Nuestro tercer y último caso en mención, ratifica la tendencia proteccionista de la Sala Civil de la Corte Suprema, en materia de alimentos para ex compañeros permanentes, al corresponderle establecer si dentro del pleito nº 2019-00033, la corporación demandada vulneró las prerrogativas fundamentales del demandante al no conceder la exoneración de la obligación alimentaria fijada en favor de su ex compañera permanente, desconociendo que la misma tenía la capacidad de sufragar lo necesario para su propia subsistencia. La Sala Civil, como juez constitucional niega el amparo solicitado, al entender que el tutelante estaba disconforme con el fallo del juez ordinario y no distaba de ser una diferencia de criterio en torno a la forma en que la funcionaria judicial requerida rehusó acceder a su pedimento de exoneración, con sustento en que pese a ser la allá demandada titular del derecho de dominio (junto con aquel) sobre un inmueble, él incumplió con la carga de demostrar la falta de necesidad de su excompañera respecto a la cuota de alimentos disputada; para la Sala Civil tal discrepancia deviene insuficiente para inmiscuirse en lo ya decidido.

4. CONCLUSIONES

La tutela en los asuntos de familia en Colombia tomó como referentes a la tradición europea y estadounidense. Parte de aquella fue jurídicamente trasplantada y hasta nuestros días posibilita la combinación de la ley civil con la protección de los derechos fundamentales.

La evolución jurisprudencial de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia relacionada con las acciones de tutela en asuntos familiares, señala la existencia de un modelo propio de protección e identificación de derechos fundamentales que se diferencia del modelo de la Corte Constitucional y que muestra una clara tendencia hacia

en cuanto a la procedencia del amparo constitucional rogado por la tutelante, pero no por las razones que allí se expusieron, sino porque en el proceso de declaración de unión marital de hecho donde se origina la queja, la autoridad judicial accionada no valoró adecuadamente las pruebas que acreditaban su necesidad de recibir alimentos de parte de su ex compañero permanente, cuya capacidad económica para brindárselos también se demostró y, en virtud del principio de solidaridad, era necesario proteger a la reclamante.

Los desarrollos jurisprudenciales derivados de la acción de tutela de competencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia han producido importantes transformaciones en materia de divorcio, al abrir el camino a la reparación de los daños provenientes de la violencia intrafamiliar, generando un pronunciamiento de la Corte Constitucional que crea el incidente de reparación integral permitiendo que el juez natural conozca también de la valuación, tasación y orden de reparación de las víctimas de violencia de género contra la mujer, en atención a las obligaciones internacionales y constitucionales.

En materia de alimentos, mediante la jurisprudencia de tutela se rompe una tradición basada en su procedencia sólo en casos de divorcio por culpa, y se amplían las excepciones ya existentes logradas por vía de interpretación constitucional en sede de la Corte Constitucional, al irradiar el principio de solidaridad familiar a todos los casos de terminación del vínculo de pareja, trátese de matrimonio o de unión marital de hecho, siempre que se demuestren los elementos propios de la obligación alimentaria en torno a la necesidad y la capacidad de las partes.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN PALACIO, Yadira Elena. "Tendencias de la jurisprudencia sobre el reconocimiento de la responsabilidad civil en asuntos familiares en Colombia". En: *Nuevos retos del Derecho de Daños en Iberoamérica*, Madrid-España: Editorial Tirant lo Blanch, 2020.
- ATIENZA, Manuel. "El Derecho como Argumentación", *Revista Isegoría*, 1999.
- ATIENZA, Manuel. *Siete tesis sobre el activismo judicial*, Universidad de Alicante, 2004.
- BALLESTEROS, A. "Significado y función de la teoría fundamental del Derecho". En: *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, No. 15, 1975.
- BILBAO UBILLOS, J.M. "La Consolidación dogmática y jurisprudencial de la Drittwirkung: Una visión de Conjunto". *AFDUAM*, No. 21, Madrid, 2017.
- CAJAS, Mario. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991: Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991*. Bogotá: Ediciones Universidad de los Andes, 2015.
- CALDERÓN, Jacobo. *La constitucionalización del derecho privado: La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes, 2011.

- CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Prólogo de Luis DIEZ-PICAZO; Madrid: ed. Tecnos, 1974.
- CORREA, Raúl. *El Control de Constitucionalidad en Estados Unidos y Europa*, UEC, 2000.
- DEIK, Carolina. *El precedente contencioso administrativo: Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*, Bogotá: Marcial Pons.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencia Jurídica y Teoría del Derecho*, Barcelona: Editorial Ariel, 1973.
- FERRAJOLI, Luigi e IBÁÑEZ, Perfecto. *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el estado constitucional*, Trotta, 2019.
- GARGERELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Madrid-España: Marcial Pons, 2014.
- GASCÓN, Marina. "Particularidades de la interpretación constitucional". En: *Argumentación*. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, 2014.
- GUTIÉRREZ, Francisco. "El concepto de Familia en Colombia: una reflexión basada en los aportes de la antropóloga Virginia Gutiérrez sobre la familia colombiana en el marco de la Doctrina Constitucional", *Revista Temas Socio Jurídicos* 38 (76), 2019.
- HAURIÓ, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Ariel, 1971.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional* (Trad. Pedro Cruz Villalón, Miguel Azpitarte). Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- HIGUERA JIMÉNEZ, Diego. "Acción de Tutela contra providencias judiciales: elementos, condiciones y crítica", *Revista Academia & Derecho*, 2018.
- HOYOS ROJAS, Luis. "El Método Neoconstitucional de la Dignidad en el Derecho Privado: una aproximación a la igualdad de género en el ámbito de las relaciones familiares homoparentales", *Revista de Derecho Privado*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2012.
- HOYOS ROJAS, Luis. *Neoconstitucionalismo Multinivel*. Bogotá: Editorial Temis, 2014.
- JARCIA JARAMILLO, Leonardo. "El nuevo derecho en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?", *Revista de Derecho*, Uninorte 29, 2008.
- KENNEDY, Duncan. *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. AFAR, Cambridge, 1975.
- LAPORTA, Francisco. "La creación judicial y el concepto de derecho implícito", *Revista Jurídica* 6, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992.
- MANERO, Juan. *Jurisdicción y normas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990.

- MEDINA PABÓN, Juan Enrique. *Derecho Civil. Derecho de familia*. Tercera edición, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario,, 2011.
- MONROY, Marco Gerardo. “La Interpretación Constitucional”. Bogotá: Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2002.
- PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Derecho de Familia*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 2017.
- PAVLAKOS, George. *The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford/Portland Hart, 2007.
- PERLINGIERI, Pietro. “El Derecho civil en la legalidad constitucional: Según el sistema italo-comunitario de las fuentes”. Madrid: Editorial Dykinson, 2008.
- SEGADO, Francisco. “La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Doctrina Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1993.
- SMITHEY, Shannon e ISHIYAMA, Jhon. “Judicial Activism in Post-Communist Politics”, *Law & Society Review*, 2002.
- RUEDA VALLEJO, Natalia Margarita. “La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad : un estudio comparado entre Italia y Colombia”. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2020.
- RUEDA VALLEJO, Natalia Margarita. “La violencia intrafamiliar como fuente de daño resarcible en Colombia”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPB*, Vol. 48, No. 128, Medellín, Colombia, enero–junio 2018.
- TAMAYO, Javier y JARAMILLO, Carlos. *El precedente judicial en Colombia*. Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
- THAYER, James. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Harvard Law Review 7, 1983.
- VALCÁRCEL, Amelia. *Ahora, Feminismo*. Madrid: Editorial Cátedra, 2019.

JURISPRUDENCIA

- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-985/2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-985-10.htm>.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-559/17, M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-559-17.htm>.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC9996-2020, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/11/STC9996-2020.pdf>.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC6677-2020, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/09/STC6677-2020.pdf>.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC5594-2020, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/08/STC5594-2020.pdf>.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC3750-2020, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Disponible en: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/06/13001-22-13-000-2020-00012-01-1.pdf>.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC15548-2019, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/04/STC15548-2019-1.pdf>.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC26828-2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/02/0800131100042000-00591-01-SC-268-2005.doc>.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SU080-2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU080-20.htm>.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC442-2019, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia C-1495/2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1495-00.htm>.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC6975-2019, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/prensa/11001020300020190059100.pdf>

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia STL16300-2017, M.P. Fernando Castillo Cadena. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20NOV2017/STL16300-2017.doc>.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1033/02, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-1033-02.htm>.

NORMATIVIDAD

Colombia, Código Civil de la República de Colombia, ley 84 de 1873, art. 156. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html.

Colombia, Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, artículo 281, parágrafo 1º. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html.

CAPÍTULO VIII

LA INTERPRETACIÓN
PREJUDICIAL EN LA COMUNIDAD
ANDINA Y LAS OBLIGACIONES DEL
“JUEZ NACIONAL” EN COLOMBIA

ALFREDO FUENTES HERNÁNDEZ*

Sumario: INTRODUCCIÓN. 1. EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN EN LA COMUNIDAD ANDINA Y CARACTERÍSTICAS DE SU ORDENAMIENTO JURÍDICO. A. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA. B. LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y LA COOPERACIÓN DE LOS JUECES NACIONALES. 2. ANTECEDENTES Y ALCANCES DE LA COMPETENCIA PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. A. ALGUNOS ANTECEDENTES EN LA INTEGRACIÓN EUROPEA. B. ANTECEDENTES Y ALCANCES EN EL ACUERDO DE CARTAGENA. 3. EL CONCEPTO DE “JUEZ NACIONAL” A EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL. A. INCLUSIÓN DE FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS QUE EJERCEN FUNCIONES JURISDICCIONALES EN EL CONCEPTO DE “JUEZ NACIONAL”. B. INCLUSIÓN DE LOS ÁRBITROS COMO “JUECES NACIONALES”. 4. IMPLICACIONES DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ÁRBITROS DE SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL. A. LA OBLIGACIÓN DE “SOLICITAR” DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA. B. LA OBLIGACIÓN DE “ADOPTAR” LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL LAUDO ARBITRAL. 5. BIBLIOGRAFÍA.

* Doctor en Derecho de la Universidad de Los Andes, Master of Laws–Harvard Law School, Master in Economics–Boston University. Se ha desempeñado como Secretario General de la Comunidad Andina, y Director General Jurídico de la Secretaría. Arbitro de los Centros de Arbitraje y Conciliación de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín y Santa Marta. Miembro del Comité Colombiano de Arbitraje. Socio fundador de Fuentes Hernández Asesores SAS, Abogados. afuentes@fuenteshernandez.com

INTRODUCCIÓN

En procura de la interpretación uniforme de las normas supranacionales de derecho comunitario que deban aplicarse o se controvertan en los procesos judiciales internos de los Países Miembros, se estableció la denominada *interpretación prejudicial* (IP) como una competencia exclusiva del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), actualmente regulada en los artículos 32 a 36 de su Tratado de Creación en 1996. Esta competencia se ha erigido en la más representativa del Tribunal comunitario, en la medida en que, desde su creación, ha representado cerca del 95% de su carga de trabajo.

El Tratado establece que los jueces de los cuatro Países Miembros están obligados a consultar al TJCA sobre la interpretación de dichas normas en aquellos procesos internos, de única o última instancia, en los que deban aplicarse o se controvertan normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. La jurisprudencia del TJCA se ha encargado de dar alcance al término “jueces nacionales” en forma tal que, además de los funcionarios de las ramas judiciales de los poderes públicos, las reglas de la interpretación prejudicial deben ser también observadas por autoridades administrativas de los países que ejercen funciones jurisdiccionales, así como por árbitros habilitados por las partes para impartir justicia en derecho en relación con un conflicto concreto.

En la primera sección de este artículo se ubica el tema del derecho de la interpretación prejudicial dentro de las características del denominado ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, y se ponen de presente los principales efectos de este ordenamiento en los derechos y obligaciones de los países y de los particulares, personas naturales o jurídicas, bajo el ordenamiento supranacional. Se resumen igualmente las competencias del Tribunal establecidas en su Tratado de Creación, entre ellas, la interpretación prejudicial, las cuales también han sido objeto de reglamentación en el Estatuto del Tribunal.

La segunda sección esboza algunos antecedentes de la cuestión prejudicial en la integración europea, y resume el origen

y evolución de la IP en el Acuerdo de Cartagena y posteriormente luego de la creación de la Comunidad Andina, incluyendo una caracterización de su naturaleza jurídica, de los procedimientos aplicables, y de las obligaciones que asumen los jueces nacionales, al igual que las consecuencias de su incumplimiento.

La tercera parte ilustra cómo los funcionarios legitimados para hacer la consulta, es decir los “jueces nacionales” a que se refiere el artículo 33 del Tratado del Tribunal, se han ampliado en el tiempo en la jurisprudencia del TJCA. Por un lado, en cuanto se refiere a funcionarios administrativos de entidades que ejercen funciones jurisdiccionales de conformidad con las condiciones establecidas por las leyes internas. Por otro lado, en cuanto a los árbitros que ejercen funciones jurisdiccionales en derecho de acuerdo con la Constitución y las leyes de los Países Miembros.

La cuarta sección desarrolla lo referente a las implicaciones del cumplimiento de las obligaciones de la interpretación prejudicial por parte de los árbitros en Colombia, específicamente: (i) la obligación de “solicitar” la interpretación prejudicial en el curso de un proceso arbitral, y (ii) la obligación de “adoptar” la interpretación prejudicial en el laudo arbitral. Se examinan las consecuencias del posible incumplimiento de estas obligaciones en cuanto a la acción de incumplimiento regulada por el Tratado; y en cuanto a nulidad del laudo arbitral según la jurisprudencia del TJCA y del Consejo de Estado. Se pone de presente que por vía jurisprudencial se adicionó una nueva causal al recurso extraordinario de anulación regulado por el artículo 41 de la ley 1563 de 2012

La última parte de artículo aborda el examen de algunos interrogantes que deben evaluar los árbitros en Colombia al momento de solicitar, o no solicitar la interpretación prejudicial en un proceso arbitral, y las implicaciones que podrían desprenderse en materia del recurso extraordinario de anulación. Igualmente se incluyen breves consideraciones sobre cómo podría abordarse la situación derivada del tiempo que insume dictar sentencias de interpretación prejudicial y sus implicaciones en la celeridad que el legislador colombiano ha querido imprimir a los procesos arbitrales.

1. EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN EN LA COMUNIDAD ANDINA Y CARACTERÍSTICAS DE SU ORDENAMIENTO JURÍDICO

A. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Los gobiernos de los Países Miembros (PM) del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), desde su adopción en 1969, acordaron que para alcanzar los objetivos de la integración subregional era preciso contar con un derecho comunitario que garantizara el cumplimiento de las decisiones adoptadas en todo el territorio de todos los PM, en relación con aquellas materias cuyas competencias de regulación se transfirieron a órganos comunitarios.

En 1996, con la adopción del Protocolo de Trujillo que reformó el Acuerdo de Cartagena y creó la Comunidad Andina (CAN), y del Protocolo de Cochabamba¹ que aprobó el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) como su órgano jurisdiccional, los Países Miembros precisaron los alcances del denominado *Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina*², y erigieron un sistema jurídico comunitario caracterizado por gozar de una posición de jerarquía en determinadas materias respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Países Miembros.

La jurisprudencia del TJCA ha consagrado como principio fundamental de este ordenamiento la denominada *Primacía del Derecho Comunitario Andino*, que se asienta, a su vez, en otros principios

¹ El Protocolo de Cochabamba modificó el "*Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*", precisó los alcances del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, creó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y reguló sus competencias. Ver Tratado en www.tribunalandino.org.ec.

² De acuerdo con el artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA, *el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende*: a) el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) las normas del propio Tratado y sus Protocolos Modificatorios; c) las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; d) las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y, e) los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

como el de *Aplicabilidad Inmediata*, y el de *Eficacia Directa*³. La *Primacía* o preeminencia implica que las normas de dicho ordenamiento prevalecen sobre las normas nacionales, e incluso sobre otros ordenamientos jurídicos internacionales a los que pertenezcan los países andinos, sin que actos jurídicos unilaterales de los PM puedan oponerse a ellas. Los miembros de la CAN están *obligados a adoptar* en el derecho nacional las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino; e igualmente *obligados a no adoptar* ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación (artículo 4 del Tratado del TJCA)⁴.

La *Aplicabilidad Inmediata* se traduce en que las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de la Comunidad Andina obligan a los Estados andinos “desde la fecha en que sean aprobadas” (artículo 2 Tratado del TJCA). Y la *Eficacia Directa* tiene por efecto que las referidas Decisiones, así como las Resoluciones de la Secretaría General, son “directamente aplicables” en los Países Miembros a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo (artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA) garantizándose así que tengan la

³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia Interpretación Prejudicial, PROCESO 120-IP-2012.p. 5. 6 de febrero de 2013

⁴ Esta posición de jerarquía del Ordenamiento Jurídico andino se manifiesta en que goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros e incluso respecto de las normas de derecho internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. Ver Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial, Proceso 111-IP-2014. Quito, 23 de septiembre de 2014.p. 5. La jurisprudencia del TJCA ha reiterado estos planteamientos en procesos tales como los siguientes: 118-AI-2003. Sentencia de 14 de abril de 2005, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1206, de 13 de junio de 2005; Proceso 117-AI-2003. Sentencia de 14 de abril de 2005, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1156, de 10 de mayo de 2005; Proceso 43-AI-2000. sentencia de 10 de marzo de 2004, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1079, de 7 de junio de 2004; Proceso 34-AI-2001. Sentencia de 21 de agosto de 2002, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 839, de 25 de septiembre de 2002; Proceso 7-AI-98. Sentencia de 21 de julio de 1999, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 490, de 4 de octubre de 1999; Proceso 2-IP-90. Interpretación Prejudicial de 20 de septiembre de 1990, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 69, de 11 de octubre de 1990; Proceso 2-IP-88. Interpretación Prejudicial de 25 de mayo de 1988, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 33, de 26 de junio de 1998; Proceso 02-AN-86. Sentencia de 16 de abril de 1986, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 21, de 15 de julio de 1987.

publicidad requerida para que los particulares puedan conocer y cumplir estas normativas.

De esta manera, ciertas decisiones adoptadas por órganos comunitarios del Acuerdo crean un derecho secundario que pasa a formar parte del ordenamiento de cada uno de los países andinos sin requerir instancias intermedias -ni legislativas, ni ejecutivas, ni judiciales-, con lo cual surten el efecto de generar derechos y obligaciones para todos los habitantes de la Comunidad, tanto en sus interrelaciones como particulares, como con los Estados y los órganos de la Comunidad, en el ámbito de las materias reguladas por el derecho comunitario⁵.

El ordenamiento jurídico comunitario se constituye así en un verdadero sistema jurídico con características de coherencia y unidad, con principios y reglas derivadas del Tratado constitutivo de la CAN y del de creación de su órgano jurisdiccional. Estas características guardan consistencia con la Constitución Política de Colombia que dispone el compromiso de impulsar la integración de la comunidad latinoamericana (Preámbulo); orientar de la política exterior hacia la integración con los países de Latinoamérica y el Caribe (artículo 9); y promover la integración -económica, social y política-, con los países de América Latina y el Caribe mediante la celebración de tratados que, sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen *organismos supranacionales* (artículo 227). La Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad de la ley 323 de 1996 que aprobó el Protocolo de Trujillo, con el cual se creó la Comunidad Andina, señaló en sentencia C-231 de 1997:

“Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales”⁶.

⁵ KAUNE ARTEAGA, Walter. *La necesidad de la integración y el orden y el ordenamiento jurídico comunitario*. Publicado en TJCA, “Testimonio Comunitario”. Quito, agosto de 2004, p. 67.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-231 de 1997. Revisión de la ley 323 de 1996 “Por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo modificador del Acuerdo de Cartagena

En la misma sentencia, la Corte subrayó las características supranacionales del derecho derivado de la integración andina, adoptado por ciertos órganos que, en virtud de un Tratado internacional, recibieron la competencia de legislar o regular ciertas materias de manera uniforme en todos los países miembros:

“(...) esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) –dentro del efecto conocido como preemption– a la norma nacional”⁷.

Al estudiar la constitucionalidad de la ley 457 de 1998, aprobatoria del Protocolo de Cochabamba, la Corte, en sentencia C-227 de 1999, analizó más específicamente los efectos de referidos artículos 2, 3 y 4 del Estatuto del Tribunal, que constituyen pilares básicos de la supranacionalidad en la CAN, destacando cómo el cuarto consagra el principio *pacta sunt servanda*, el cual, en el contexto de la supranacionalidad, supone que el orden jurídico de la Comunidad Andina tiene prevalencia sobre el derecho interno en los asuntos que fueron delegados a los órganos comunitarios⁸.

B. LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y LA COOPERACIÓN DE LOS JUECES NACIONALES

El Tratado de Creación del TJCA determina que ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de normas

suscrito en Trujillo el 10 de marzo de 1996. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, mayo 15 de 1997.

⁷ Ibid. En este caso la Corte cita lo dicho en la sentencia C-137 de 1996.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-227 de 1999. Revisión de la ley 457 de 1998 “Por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena’”, suscrito en la ciudad de Cochabamba (Bolivia) a los veintiocho (28) días del mes de mayo de 1996. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá abril 14 de 1999. Ello no significa, ha precisado la Corte, que el Derecho comunitario andino “prevalzca en el orden interno” en el sentido indicado por el artículo 93 de la CP, en la medida que por sus contenidos no integra el “*bloque de constitucionalidad*”. Corte Constitucional. Sentencia C-256 de 1998. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Ref. Expediente D-1884.

que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN, podrá ser sometida por los países a ningún tribunal o procedimiento distinto de los contenidos en dicho Tratado. Dicho Tratado estableció seis competencias del Tribunal para atender la solución de controversias, las que fueron objeto de reglamentación en el denominado *Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, (Decisión 500 de 2001). Dichas competencias son la Acción de Nulidad, la Acción de Incumplimiento, La Interpretación Prejudicial, el Recurso por Omisión o Inactividad, la Función Arbitral, y la jurisdicción laboral⁹.

Los procedimientos aplicables en cada caso ponen de presente que la responsabilidad de garantizar la primacía del derecho de la integración no solo le corresponde al Tribunal comunitario, sino, dependiendo de la competencia de que se trate, corresponde igualmente a los *jueces nacionales* de cada país. Se trata de un “sistema de administración de justicia comunitaria descentralizado” donde los particulares, los PM, e incluso los propios los órganos de la Comunidad, dependiendo de establecido para cada competencia, pueden exigir judicialmente ante el TJCA y ante los jueces nacionales el cumplimiento de obligaciones y el restablecimiento de derechos consagrados en el ordenamiento andino eventualmente conculcados¹⁰.

En el caso de la *Acción de Nulidad*, por ejemplo, la competencia de ejercer el control de legalidad de la adopción de las normas del ordenamiento andino -dictadas con posible violación de dicho ordenamiento-, está exclusivamente a cargo del TJCA. En la *Acción de Incumplimiento* la competencia de verificar si un País Miembro ha incumplido obligaciones comunitarias está a cargo del TJCA, como también de los jueces nacionales¹¹. Y en cuanto a la *Interpretación Prejudicial*¹², se trata de una competencia atribuida exclusivamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con la cooperación de los jueces nacionales, que en este caso actúan como “Juez Comunitario” y deben suspender un proceso nacional hasta tanto el TJCA de su interpretación sobre determinadas normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que

⁹ Artículos 17 a 40 del Tratado del TJCA, y artículo 101 a 139 de su Estatuto.

¹⁰ BALDEÓN, Genaro. “La Competencia de Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. Publicado en Universidad de Margarita, JORNADA SOBRE DERECHO SUBREGIONAL ANDINO, octubre de 2003. Colección Eventus.

¹¹ Artículos 31 y 30 del Tratado del TJCA y 109 de su Estatuto.

¹² Artículos 32 a 35 del Tratado del TJCA.

deban aplicarse o se controviertan en dicho proceso, interpretación que deberá adoptarse en la sentencia del juez consultante¹³.

2. ANTECEDENTES Y ALCANCES DE LA COMPETENCIA PREJUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

A. ALGUNOS ANTECEDENTES EN LA INTEGRACIÓN EUROPEA

El Tratado Constitutivo del Mercado Común de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, CECA, en abril de 1951, asignó a una de sus instituciones comunes –el Tribunal de Justicia–, la competencia de pronunciarse, “*con carácter prejudicial*” sobre los acuerdos de la Comisión y del Consejo, en caso de que, en un litigio ante un Tribunal nacional, se cuestionara su *validez*¹⁴. Posteriormente, en 1957 la cuestión prejudicial se reguló en el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE), con modificaciones que contribuyeron a transformar esta competencia “*en la pieza más importante del sistema de control jurisdiccional establecido por el derecho comunitario*”¹⁵. En dicho artículo se atribuyó al Tribunal de Justicia europeo no solo la competencia para pronunciarse sobre la *validez* de los actos adoptados por las instituciones de la CEE, sino sobre *la interpretación* de dichos actos, y del propio Tratado. Se determinó que plantear “la cuestión prejudicial” en la Comunidad era obligatorio para los jueces y tribunales de los Estados Miembros cuando éstos tuviesen que adoptar providencias no susceptibles de ulterior recurso judicial.

Al adoptarse el Tratado de Maastricht de 1992, fundacional de la Unión Europea, el denominado “*reenvío prejudicial*” se reguló en el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, momento en el cual se reiteró el doble ámbito de esta competencia del Tribunal. Por un lado, la posibilidad que un juez nacional consultara Tribunal

¹³ Artículo 32 del Tratado del TJCA.

¹⁴ *Artículo 41 del Tratado de la CECA*: Sólo el Tribunal será competente para **pronunciarse**, con carácter prejudicial, **sobre la validez de los acuerdos de la Comisión y del Consejo**, en caso de que se cuestione tal validez en un litigio ante un Tribunal nacional.

¹⁵ MANGAS, ARACELLI Y LIÑAN, Diego. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Editorial Tecnos, Quinta Edición, 2005, p. 476

sobre la *interpretación* del Tratado y de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad; y por otro, sobre la *validez* de los actos adoptados por las referidas instituciones. Los órganos jurisdiccionales nacionales, se reiteró, quedaron obligados a someter la cuestión prejudicial al Tribunal, siempre que su decisión no fuere susceptible de ulterior recurso judicial.

Finalmente, el Tratado de Lisboa de 2009 reguló la cuestión prejudicial en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en el artículo 19.3.b) del Tratado de la Unión.¹⁶ Bajo el régimen vigente, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial: (a) sobre la interpretación de los Tratados; y (b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. En estos casos, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, podrá pedir al Tribunal un pronunciamiento para emitir su fallo¹⁷. Y si éste no es susceptible de ulterior recurso judicial, el órgano está obligado consultar¹⁸.

B. ANTECEDENTES Y ALCANCES EN EL ACUERDO DE CARTAGENA

El artículo 177 del Tratado de la CEE fue adoptado como modelo para consagrar inicialmente la interpretación prejudicial en el Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en 1979, con miras a asegurar la aplicación uniforme de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.¹⁹ En contraste con el derecho comunitario europeo, la IP se estableció exclusivamente con respecto a la **interpretación** de normas del

¹⁶ La regulación de la cuestión prejudicial se completó con los artículos 93 y siguientes del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Zaera Espinós, Salvador, *La cuestión prejudicial europea en la teoría y en la práctica: sentencias To-rresi, K y A, y programa OMT*". Universidad Complutense de Madrid. Texto presentado en el *EU Law Workshop* celebrado en la Facultad de Derecho en enero de 2016. Disponible en internet.

¹⁷ CIENFUEGOS MATEO, Manuel. "*La cuestión prejudicial comunitaria*". Miami European Union Center, University of Miami. The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series. Vol 14, No. 1. February 2014.p. 5.

¹⁸ El artículo 267 señala finalmente que cuando se plantee una cuestión en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

¹⁹ Artículos 28 a 31 del Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

ordenamiento subregional. La solicitud de interpretación se consagró como *facultativa* si la sentencia a emitir por el juez nacional era susceptible de recursos en derecho interno; y como *obligatoria* si era de última instancia. El Tribunal debía limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas andinas, y su interpretación era obligatoria.

La primera interpretación prejudicial proferida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en diciembre de 1987, destacó lo siguiente²⁰:

“Se ha establecido un esquema de división del trabajo o colaboración armónica entre los jueces nacionales encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, ... y por supuesto las del derecho interno, en su caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino, al que le compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, sin pronunciarse sobre los hechos y absteniéndose de interpretar el derecho nacional o interno, para no interferir con la tarea que es de exclusiva competencia del juez nacional”.

Al aprobarse Protocolo de Cochabamba, la competencia prejudicial fue reglada con mayor detalle, tanto en el Tratado del Tribunal (artículos 32 a 36), como en su Estatuto (artículos 121 a 128). Se mantuvieron, en esencia, los mismos alcances de la competencia asignada al anterior Tribunal del Acuerdo de Cartagena.

El reciente Reglamento de la Interpretación Prejudicial adoptado por el TJCA nos permite sistematizar sus actuales alcances²¹:

1. *Naturaleza jurídica*

• ***La interpretación prejudicial que emita el TJCA constituye una sentencia emitida en un proceso judicial de carácter no***

²⁰ Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, sentencia 1-IP-87. Interpretación prejudicial de los artículos 58, 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre propiedad industrial, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia. Actor: Sociedad VOLVO. Quito, 3 de diciembre de 1987.

²¹ Ver Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ACUERDO 08/2017: “REGLAMENTO QUE REGULA ASPECTOS VINCULADOS CON LA SOLICITUD Y EMISIÓN DE INTERPRETACIONES PREJUDICIALES”. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XXXIV – Número 3146. Lima, 29 de noviembre de 2017.

contencioso:²² No se trata de una acción judicial, sino de un *incidente procesal* de carácter no contencioso que permite un diálogo entre el juez nacional y el juez comunitario en aras de asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina en el territorio de los Países Miembros, en casos en que deban ser *aplicadas o se controviertan* dichas normas en un proceso nacional.

- **La interpretación prejudicial no es ni puede asimilarse a una prueba, tampoco es la simple absolución de un cuestionario, ni un concepto o informe de expertos, o una opinión jurídica de tipo doctrinal:** El incidente procesal cumple la función de precisar el alcance jurídico de la norma comunitaria consultada, función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, que corresponde exclusivamente al juez nacional dentro de su competencia²³.

2. Interpretación facultativa u obligatoria

- **Consulta facultativa (artículos 33 del Tratado y 122 del Estatuto):** Si la sentencia –o laudo– a emitir en el derecho nacional de un PM fuere susceptible de impugnación, el *juez nacional podrá solicitar la interpretación*. Está legitimado para consultar, pero podría no hacerlo. Si optara por solicitar la interpretación y llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que se hubiere producido la interpretación solicitada del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso²⁴.

- **Consulta obligatoria (artículos 33 del Tratado y 123 y 124 del Estatuto):** Si la sentencia no fuere susceptible de *recursos en derecho interno*, el juez nacional está obligado a solicitar la interpretación, de oficio o a petición de parte. En estos casos el juez “suspenderá el

²² Ibid. Artículo 3.

²³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “NOTA INFORMATIVA SOBRE EL PLANTEAMIENTO DE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES NACIONALES”. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XVIII – Número 694. Lima, agosto de 2001. El Acuerdo 08/2017 se refiere a esta NOTA señalando su vigencia en lo que no se oponga al REGLAMENTO adoptado por dicho Acuerdo.

²⁴ Excepcionalmente, si la legislación interna lo permite, el Juez nacional podrá suspender el procedimiento interno si considera estima pertinente aguardar el pronunciamiento del TJCA antes de emitir su sentencia. TJCA. Acuerdo 08/2017, artículo 2 c). En este caso el Tribunal establece este lineamiento de conformidad con lo establecido en el Proceso 458-IP-2015 de 13 de junio de 2017.

procedimiento” y solicitará la IP, sea de oficio o a petición de parte, hasta tanto se reciba la interpretación. La referencia a “recursos en el derecho interno” corresponde a *recursos ordinarios*. Es decir, debe tratarse de *recursos en derecho interno* que no permitan cuestionar la decisión del juez por errores de juzgamiento o *in iudicando* en razón a posibles violaciones sustantivas a disposiciones del derecho nacional o del derecho comunitario que hayan sido controvertidas o aplicadas en el proceso.

Así, tratándose por ejemplo de *recursos extraordinarios* como el de revisión, o el de nulidad, o la acción de tutela, cuya finalidad se orienta a cuestionar la decisión judicial por errores *in procedendo* o *vulneración de garantías fundamentales* como el derecho de defensa y el debido proceso, no se considera que la “sentencia es susceptible de recursos en derecho interno”, a los efectos del artículo 33 del Tratado del Tribunal, y la consulta será obligatoria²⁵. De igual manera, el recurso extraordinario casación, ha señalado el TJCA, no podría considerarse una “instancia adicional” a los efectos de darle a la interpretación prejudicial el carácter de “facultativa”²⁶.

La obligación de hacer la consulta se mantiene en todos los casos, incluso cuando exista pronunciamiento anterior del Tribunal sobre la misma materia debatida²⁷, o sobre casos similares análogos²⁸. Así, la interpretación debe solicitarse y emitirse *para*

²⁵ Véase Secretaría General de la CAN, Resolución 771.- Dictamen 06-2003: Incumplimiento por parte de la República del Perú relativo a la obligación de solicitar la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XX - No. 988. Lima, 23 de setiembre de 2003. Igualmente, ver TJCA, sentencia Proceso 076-IP-2009. Interpretación prejudicial de oficio de los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del artículo 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Consulta formulada la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Quito, 28 de agosto de 2009.

²⁶ TJCA, sentencia Proceso 076-IP-2009. Interpretación prejudicial de oficio de los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del artículo 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Consulta formulada la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Quito, 28 de agosto de 2009.

²⁷ Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (TJAC), sentencia de Proceso 7-IP-89. 24 de noviembre de 1989.

²⁸ TJAC, sentencia de Proceso 1-IP-87. 3 de diciembre de 1987.

cada caso concreto, por lo que “la teoría de acto claro” no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino²⁹.

3. *Formulación de la consulta*

- ***La decisión de solicitar la IP corresponde al juez nacional y no a las partes:*** Si cualquiera de las partes en la controversia solicita al juez que eleve una IP al TJCA, es a éste quien corresponde decidir si dicho trámite procede, dependiendo de la controversia y de si la sentencia es facultativa u obligatoria, así como de la consideración de los criterios del artículo 33 del Tratado del Tribunal (aplicabilidad de las normas andinas y controversia sobre la mismas)³⁰.

- ***Con el fin de que la sentencia de IP resulte útil para el juez nacional, la formulación de la consulta debe contener, entre otros requisitos:*** (artículo 125 del Estatuto):

- *Relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se solicita. Se podrán formular preguntas relacionadas con el contenido y alcances de la norma andina a ser interpretada. La pertinencia de preguntas formuladas por las partes será verificada y decidida por el juez nacional*³¹.

- *Identificación de la causa o cuestión controvertida que origine la solicitud*³².

- *Informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para facilitar la interpretación*³³.

²⁹ TJAC, sentencia 4-IP-94. 7 de agosto de 1995. NOTA INFORMATIVA. *Op. Cit.*, TJCA, sentencia Proceso 076-IP-2009. *Op. Cit.* Se cita en esta providencia la sentencia del Proceso 03-IP-93.

³⁰ Sentencia Proceso 02-IP-91 de 18 de marzo de 1991.

³¹ ACUERDO 08/2017, artículos 6 y 5.

³² El REGLAMENTO del Tribunal define la “*cuestión controvertida*”, así: “*el asunto o materia que la solicitud administrativa o jurisdiccional correspondiente debe dilucidar para resolver la controversia contenida en el procedimiento o en el proceso interno*”. *Ibid.*

³³ Artículo 7 del REGLAMENTO. Por otra parte, el término “*síntesis de los hechos relevantes*” se define así: “*resumen de las causas o circunstancias que originaron el procedimiento administrativo o proceso judicial o arbitral en sede nacional, así como los argumentos principales de las partes involucradas en el proceso interno*”. *Ibid.*

- *Copia de los documentos necesarios* sobre hechos y disposiciones nacionales aplicables, con el fin de facilitar al Tribunal enfocar la interpretación al caso³⁴.

• ***La consulta prejudicial puede presentarse en cualquier tiempo antes de dictar sentencia:*** Se indica que es deseable presentarla después de haber oído a las partes, de modo que el Juez nacional tenga los elementos de juicio necesarios para resumir el marco fáctico y jurídico de proceso³⁵.

4. *Contenidos de la interpretación prejudicial*

• ***El Tribunal en su sentencia deberá limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad andina referidas al caso (artículos 34 del Tratado y 126 del Estatuto)***³⁶:

- La IP contendrá una *síntesis de los hechos* relevantes y de los argumentos principales de las partes.

- Precizará el *contenido y alcance de las normas andinas* indicadas por el consultante, y de aquellas derivadas de las preguntas formuladas. No obstante, el TJCA podrá *adicionar o restringir las normas pertinentes a ser interpretadas*, según lo advierta de la materia controvertida. Y podrá absolver la consulta en el orden de prelación que estime conducente³⁷.

- *No podrá interpretarse el contenido y alcance del derecho nacional, ni calificarse los hechos materia del proceso*³⁸. Sin embargo, podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación.

³⁴ NOTA INTERPRETATIVA. *Op. Cit.* Ver también TJCA, sentencia del Proceso 30-IP-99, septiembre de 1999.

³⁵ Ibid. Ver también artículo 8 del REGLAMENTO.

³⁶ ACUERDO 08/2017, artículo 10.

³⁷ NOTA INTERPRETATIVA. *Op. Cit.*, Ver igualmente sentencia del TJCA en el Proceso 1-IP-94, de 11 de octubre de 1994.

³⁸ El ACUERDO 08/2017, artículo 2, define el término "**calificar los hechos**", así: "*valorar los hechos como acordes o contrarios a derecho, o subsumidos a una norma específica*". Ibid. El límite de "abstenerse de valorar los hechos" implica que el TJCA no puede valorar las pruebas, ni "calificar" si un hecho se ha o no verificado, pero si debe determinar si los hechos materia del proceso interno -determinados por la jurisdicción interna- se encuentran dentro de los alcances normativos del ordenamiento jurídico andino y

5. *Obligaciones derivadas de la interpretación prejudicial y consecuencias de su incumplimiento*

• ***El incumplimiento de las obligaciones concernientes a la interpretación prejudicial se configura en dos casos (artículo 128 del Estatuto):***

- *Cuando el juez nacional obligado a consultar se abstenga de hacerlo.*
- *Cuando efectuada la consulta y notificada al juez nacional, éste aplique en sus sentencia interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.*

• ***De incumplirse cualquiera de estas obligaciones por el juez nacional, los Países Miembros y los particulares podrán acudir al TJCA en ejercicio de la acción de incumplimiento: (artículo 128 del Estatuto)***³⁹. La sentencia de incumplimiento que al respecto dictare el Tribunal constituirá título legal y suficiente para que un particular afectado en sus derechos acuda ante un juez nacional para solicitar la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere (artículo 30 del Tratado).

El TJCA ha reiterado, por otra parte, que estos incumplimientos por parte del juez nacional podrían derivar en vulneraciones al debido proceso que darían lugar a que la sentencia pueda ser revisada o anulada por el órgano de la función judicial que corresponda, según los recursos previstos en el ordenamiento nacional de cada País Miembro⁴⁰.

3. EL CONCEPTO DE “JUEZ NACIONAL” A EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

La interpretación jurisprudencial del TJCA sobre el concepto de “*jueces nacionales*” contenido en el artículo 33 del Tratado del

cuál es la respuesta que el derecho comunitario andino ofrece ante una determinada situación de hecho. Baldeón, Genaro, “*La competencia (...)*”. *Op. Cit.*, p. 269.

³⁹ TJCA, sentencia 01-AI-2015. *Op. Cit.*, p. 30.

⁴⁰ NOTA INFORMATIVA, *Ibid.* Ver sentencia 01-AI-2015 de 7 de julio de 2017. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, No. XXXIV, No. 3100. Lima 25 de septiembre de 2017.p. 25. Se citan al respecto las sentencias del TJCA 6-IP-99 de 18 de junio de 1996; 10-IP-94 de 17 de marzo de 1995; y 11-IP-96 de 29 de agosto de 1997. Ver también TJCA sentencia Proceso 076-IP-2009. *Op. Cit.*,

TJCA contrasta con el denominado *enfoque orgánico* que el Tribunal de Justicia ha adoptado en la Unión Europea, a efectos de definir quienes son los funcionarios legitimados y eventualmente obligados a solicitar la consulta prejudicial, como se explica a continuación⁴¹.

A. INCLUSIÓN DE FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS QUE EJERCEN FUNCIONES JURISDICCIONALES EN EL CONCEPTO DE “JUEZ NACIONAL”

En providencia del TJCA emitida respecto de la consulta formulada por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial, INDECOPI, de 9 de diciembre de 1993⁴², el órgano jurisdiccional modificó la posición que había sostenido en cuanto a que la legitimación para solicitar al Tribunal la interpretación prejudicial. Inicialmente estaba reconocida en cabeza de los jueces de las ramas judiciales de los Países Miembros⁴³. En este caso, advirtió el TJCA, si bien era indiscutible la competencia de las autoridades jurisdiccionales permanentes, le correspondía al Tribunal la facultad de apreciar y definir la calidad de órgano judicial, por cuanto podrían darse casos de organismos a los cuales las leyes nacionales encargan definir, en materias especializadas, algunas controversias específicas, con funciones contencioso administrativas⁴⁴.

Desde entonces, el TJCA ha sostenido que el término “juez nacional” puede comprender cuerpos administrativos con funciones de naturaleza jurisdiccional a efectos de plantear la

⁴¹ En un reciente y riguroso trabajo de derecho comparado sobre la competencia prejudicial en la CAN y en la Unión Europea se explican las diferencias entre el concepto de “juez nacional” poniendo de presente, entre otros aspectos, las razones por las cuales los árbitros en la U.E. no se incluyen en el concepto “orgánico” de juez nacional obligado a efectuar la consulta prejudicial. Quindimil Lopez, Jorge Antonio. “*El árbitro como juez nacional a la luz de los tribunales de justicia de la Comunidad Andina y de la Unión Europea*”. En TREMOLADA, Eric (Ed.): CONJUNTOS GEOPOLÍTICOS, REGIONALIZACIÓN Y PROCESOS DE INTEGRACIÓN. Colección IUS COGENS-Derecho Internacional e Integración #8. Universidad de Colombia 2020.

⁴² Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año X, No. 146. Lima 31 de enero de 1994. INDECOPI es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú.

⁴³ Esta posición se encuentra en Providencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena respecto a la consulta formuladas por la Dra. Angela Vivas Martínez, de fecha 25 de abril de 1989.

⁴⁴ Ibid.

interpretación prejudicial. Así lo confirman Procesos como el 149-IP-2007 (Tecnoquímicas Vs. Pfizer), donde la solicitud de interpretación fue presentada por el área de competencia desleal de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia,⁴⁵ o el 130-IP-2007 (Yanbal Vs. Bel-Star) donde la solicitud de interpretación fue presentada por la misma Superintendencia. En éste, el TJCA amplió en su sentencia el alcance del concepto de juez nacional a todas las entidades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales, señalando:

“en la actualidad para clasificar la naturaleza de los actos ya no es suficiente el criterio orgánico y, en consecuencia, para analizar la naturaleza de los actos judiciales no debe circunscribirse sólo a los que emanan de los Jueces de la República”(…) Como la finalidad de la interpretación prejudicial es la aplicación uniforme de la normativa comunitaria por parte de los Jueces Nacionales, los organismos a los cuales el País Miembro ha otorgado funciones judiciales deben acceder a la interpretación prejudicial para cumplir con la filosofía de la misma”⁴⁶.

El referido Reglamento de la Interpretación Prejudicial de 2017 precisa que los *órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales* para efectos de la interpretación prejudicial son aquellos que llenan los siguientes requisitos:

- i) *Creado por norma constitucional o legal*
- ii) *De naturaleza permanente*
- iii) *El carácter obligatorio de sus competencias*
- iv) *Aplica normas comunitarias andinas en el ejercicio de sus competencias.*

⁴⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. sentencia Proceso 19-IP-2007 que requirió la interpretación prejudicial de varios artículos de la Decisión 486 de 2000, en un caso de competencia desleal, sobre la base de lo solicitado por la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia. Actor: sociedad TECNOQUÍMICAS S.A. Proceso Interno N° 04-13661. Quito, 23 de noviembre de 2007.

⁴⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, PROCESO 130-IP-2007. Caso de competencia desleal que requirió la interpretación prejudicial de varias normas de la Decisión 486 de 2000. Actor: YANBAL DE COLOMBIA S.A. Expediente Interno N° 04-102822. Quito, 17 de octubre de 2007. Ver también sentencia del proceso 14-IP-2007.

- v) *El carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo; esto es, que resuelve un conflicto entre dos partes con intereses opuestos.*
- vi) *Que en el trámite se respete el debido procedimiento.*
- vii) *Decisiones motivadas.*
- viii) *Independencia (autonomía funcional) e imparcialidad⁴⁷.*

B. INCLUSIÓN DE LOS ÁRBITROS COMO “JUECES NACIONALES”

El fundamento constitucional en Colombia del arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos permite, por acuerdo de partes, la habilitación de árbitros para impartir justicia en relación con un conflicto concreto⁴⁸, quienes gozan de los mismos poderes procesales básicos de los jueces, entre otros, la posibilidad de resolver la controversia mediante laudo con efectos vinculantes para las partes y que hace tránsito a cosa juzgada⁴⁹.

Respecto a la función judicial que cumplen los árbitros, y su obligación de solicitar la interpretación prejudicial en procesos de arbitraje en derecho, en la sentencia del Proceso 03-AI-2010, el TJCA se señaló lo siguiente⁵⁰:

“(...) si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia (...) para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales”.

⁴⁷ Acuerdo 08 de 2017, artículo 2 d). *Op. Cit.*,

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-330 de 2012. Ref. Expediente D-8677. M.P. Humberto Sierra Porto. Bogotá, 9 de mayo de 2012, p. 1 y 35.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-058 de 2009. Referencia: expediente T-1960031. M.P. Humberto Sierra Porto. Bogotá, 2 de febrero de 2009.p. 30.

⁵⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia en Proceso 03-AI-2010. Acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, (ETB S.A. E.S.P.) contra la República de Colombia -Sección Tercera del Consejo de Estado-, por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar interpretación prejudicial obligatoria prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Quito, 26 de agosto de dos mil once.

En el Reglamento de la Interpretación Prejudicial, la definición de “**órgano jurisdiccional**” incorpora a los “*árbitros y tribunales arbitrales o de arbitramento*” dentro del concepto de “juez nacional”, así⁵¹:

*e) **Órgano jurisdiccional**: los órganos judiciales, los árbitros y tribunales arbitrales o de arbitramento y aquellos que ejercen funciones jurisdiccionales conforme a la legislación interna de cada País Miembro de la Comunidad Andina”.*

4. IMPLICACIONES DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ÁRBITROS DE SOLICITAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

A. LA OBLIGACIÓN DE “SOLICITAR” DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA

En desarrollo de la interpretación de “jueces nacionales” del TJCA, en un proceso arbitral en derecho regido por las normas de la ley 1563 de 2012, los árbitros que profieran laudos en derecho deben estar atentos a la posibilidad de actuar como jueces comunitarios solicitando al TJCA, cuando corresponda, la interpretación de normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, según lo establece el inciso segundo del artículo 33 del Tratado del Tribunal.

En nuestro ordenamiento legal el proceso arbitral es de única instancia, de manera que emitido y ejecutoriado el laudo no puede ser modificado, ni someterse a un nuevo escrutinio judicial, ya sea ante los jueces ordinarios o contencioso administrativos, ni ante otro tribunal de arbitramento⁵². Por ello, se ha considerado que “*no es susceptible de recursos en derecho interno*”.

La posibilidad de *aclaración, corrección y adición del laudo* (artículo 39 ley 1563 de 2012) no constituye recurso contra el laudo que deba tramitarse en otra instancia, sino debe ser atendida por los mismos árbitros, de acuerdo con su investidura temporal, ya sea

⁵¹ Acuerdo 08 de 2017, artículo 2 e). *Op. Cit.*,

⁵² GAMBOA MORALES, Luis Carlos. “*El Pleito Pendiente y la Cosa Juzgada*”. Publicado en La Práctica del Litigio Arbitral. Tomo II Volumen I: Aspectos Contractuales y Procesales. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá-Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

de oficio o a petición de parte. El *recurso extraordinario de anulación del laudo* previsto en los artículos 40 a 44 de la ley 1563 de 2012 no puede considerarse como un “*recurso en derecho interno*” relevante para que la interpretación prejudicial pueda ser considerada como “*facultativa*” dentro de un proceso arbitral. La finalidad de este recurso es estudiar yerros de orden procesal –*errores in iudicando*– y no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso⁵³. Y el **recurso extraordinario de revisión del laudo** a que se refiere el artículo 45 de la ley 1563 de 2012 tampoco puede ser considerado como un “*recurso en derecho interno*” a efectos de determinar si la interpretación prejudicial es “*facultativa*”. Se trata de un recurso “*contra sentencias ejecutoriadas*” por causales previstas en la ley⁵⁴, cuyo trámite extraordinario no resulta incompatible con la fuerza de cosa juzgada, y cuya la finalidad apunta que puedan retirarse del ordenamiento jurídico sentencias que, aunque cobijadas con dicho manto de la cosa juzgada, hubieran sido obtenidas con ilicitud, o con desconocimiento del derecho de defensa, o vulneración de la propia cosa juzgada anterior⁵⁵.

En desarrollo del Tratado del TJCA y de su Estatuto (artículo 128) la jurisprudencia del TJCA y del Consejo de Estado han reiterado que el incumplimiento por los árbitros: (i) de la obligación de solicitar la IP, o (ii) de la obligación de adoptar dicha interpretación en el laudo, tendría por efecto, de una parte, la posibilidad de iniciar una acción de incumplimiento por cualquier País Miembro o particular afectado en sus derechos (artículos 24 y 25 del Tratado) y, por otra parte, que el laudo adolezca de nulidad en el derecho interno. Así, por vía jurisprudencial, se ha añadido una nueva causal de nulidad de laudos a las previstas por el legislador en la normativa nacional⁵⁶.

⁵³ Consejo de Estado, sentencia agosto 9 de 2012. **Radicación:** 11 001 03 26 000 2012 00020 00 (43281) **Actor:** COMCEL S.A. **Demandado:** Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá - E.T.B. S.A., p. 89.

⁵⁴ artículos 354 y 355 C.G.P.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No. 11001-02-03-000-2002-00116-01. M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo. Bogotá 13 de octubre de 2004. sentencia citada en *Ibid*, p. 288.

⁵⁶ TJCA, sentencia Proceso 57-IP-2012. Interpretación prejudicial, de oficio, de los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad

En cuanto a la acción de incumplimiento por no solicitar la IP, el TJCA ha dicho⁵⁷:

“(...) este Tribunal considera pertinente señalar que, el hecho que el juez de un País Miembro no solicite interpretación prejudicial cuando ésta es obligatoria, constituye un incumplimiento por parte del País Miembro respecto de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, siendo este incumplimiento susceptible de ser perseguido mediante la denominada “acción de incumplimiento”, la cual es regulada en los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación de este Tribunal.

Los citados artículos del Tratado de Creación del TJCA disponen que la acción de incumplimiento en el que incurra alguno de los Países Miembros respecto a las obligaciones que imponen las normas comunitarias (entre ellas, conforme se ha visto, el que los jueces nacionales soliciten interpretación prejudicial cuando actúan como última instancia) puede ser promovida por la Secretaría General, por cualquier País Miembro o por cualquier persona afectada en sus derechos por el incumplimiento vía el procedimiento previsto en el artículo 24 del Tratado. La sentencia de incumplimiento constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que corresponda”. (El énfasis y cursiva es nuestro).

Colombia fue objeto de demanda en acción de incumplimiento ante el TJCA instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB), en la cual se argumentó que la Sección 3ª del Consejo de Estado *no había solicitado la interpretación prejudicial* al decidir sobre el recurso de anulación interpuesto contra tres laudos emitidos inicialmente en la Cámara de Comercio de Bogotá, en cuyos procesos, se había alegado que los árbitros no habían efectuado la consulta obligatoria de normas andinas en materia de telecomunicaciones.

Andina, y 122 y 123 de la Decisión 500 de 22 de junio de con fundamento en la consulta solicitada por la Sección Tercera del Consejo de Estado de la República de Colombia. Expediente Interno N°. 2010-00056. Actor: COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. Interpretación Prejudicial en trámite de recurso extraordinario de anulación. Quito, julio de 2012

⁵⁷ Ver interpretación prejudicial en el proceso 106-IP-2009 de 21 de abril de 2010. Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en sentencias de los procesos 01-IP-2010 de 19 de mayo de 2010, y 57-IP-2012 de 11 de julio de 2012

La demanda fue dirimida en sentencia del Proceso 03-AI-2010 de agosto de 2011, en la cual el TJCA declaró el incumplimiento de Colombia por la actuación de la Sección Tercera del Consejo de Estado al no haber solicitado la interpretación prejudicial dentro del proceso de anulación de los tres laudos⁵⁸. Señaló el TJCA:

*“(...) Por lo tanto, el Consejo de Estado no incurrió en una falla al no solicitar la interpretación prejudicial por el vicio in procedendo de competencia, ni al no solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias objeto de los laudos arbitrales, sino, **el incumplimiento del Consejo de Estado de la República de Colombia surgió por no solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial al verificar que no se solicitó dicha interpretación en el proceso arbitral, es decir el Consejo de Estado de la República de Colombia debió aplicar los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes de su Estatuto, teniendo en cuenta que en este ámbito su papel era de juez comunitario andino y no simplemente de juez nacional.** (El énfasis es nuestro).*

No bastaba, según el TJCA, que el Consejo de Estado argumentara que las causales de nulidad del laudo fuesen taxativas y que su función en el trámite de anulación tenía como límite dichas normas, sino que debió solicitar al Tribunal la interpretación respecto a:

- (i) Si el Tribunal de Arbitramento al conocer la controversia y advertir de la existencia de normas comunitarias aplicables a los casos en cuestión (de oficio o a pedido de parte), debió solicitar la IP para resolver los laudos arbitrales y así agotar el debido proceso; y

⁵⁸ TJCA, sentencia en Proceso 03-AI-2010 de 26 de agosto de 2011. *Op. Cit.*, Las iniciales controversias arbitrales entre las empresas Comcel, Ocel y Celcaribe y la ETB se tradujeron en la emisión de tres laudos con fecha 15 de diciembre de 2006, sobre los cuales se inició proceso de anulación instaurado por la ETB ante la Sección 3ª del Consejo de Estado, solicitando que elevara una interpretación prejudicial en el proceso de anulación. En este caso la sentencia que decidió sobre la anulación se profirió sin que el Consejo de Estado hiciera la consulta solicitada de las normas del ordenamiento jurídico andino. Las normas andinas controvertidas de estos procesos están contenidas en la Decisión 462 de 1999 y la Resolución 432 de la Secretaría General.

(ii) Si la falta de solicitud de interpretación prejudicial generaría una nulidad procesal, por vulneración al debido proceso”⁵⁹.

La citada sentencia 03-AI-2010 observó igualmente lo siguiente respecto al requisito procesal de solicitar la IP: “Este “requisito previo” debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo, pues tratándose de un tema regulado por una norma supranacional es imperiosa su aplicación en todo procedimiento nacional de los Países Miembros de esta Comunidad Andina y cuyo incumplimiento es una violación flagrante al debido proceso”⁶⁰.

Posteriormente, al decidir las peticiones de enmienda y aclaración de su sentencia 03-AI-2011, el TJCA precisó que el Consejo de Estado debía adelantar las siguientes acciones: (i) declarar infundadas las providencias que habían denegado inicialmente los recursos de anulación, y (ii) proceder resolver sobre la anulación de los tres laudos arbitrales, de conformidad con las previsiones del derecho procesal interno colombiano.

De esta manera, el Consejo de Estado adoptó en agosto de 2012 tres providencias uniformes en su estructura y contenido, referidas a los laudos arbitrales emitidos en la Cámara de Comercio de Bogotá, y a los tres fallos que inicialmente había emitido el propio Consejo de Estado donde había rechazado el recurso de anulación interpuesto contra ellos, con las siguientes decisiones⁶¹:

(i) Dejar sin efecto las sentencias inicialmente proferidas por el propio Consejo de Estado mediante las cuales se había declarado infundado el recurso de anulación impetrado los laudos; ello con base a que el Consejo de Estado en el trámite de la anulación no había efectuado la solicitud de IP al Tribunal, consultándole si los tribunales arbitrales estuvieron obligados a solicitar la IP en sus procesos.

⁵⁹ Ibid, p. 26. Y al no solicitar la I.P. concluye el TJCA que el Consejo de Estado dejó de actuar “como un verdadero juez comunitario” y se configuró entonces un incumplimiento flagrante de la norma comunitaria andina, en especial de los artículos 32 y siguientes del Tratado del TJCA y 121 y siguientes de su Estatuto.

⁶⁰ Ibid, p. 24.

⁶¹ Ver, entre otras, la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia radicación: 110010326000 2012 00020 00 (43281). Actor: Comcel S.A.; Demandado: ETB S.A ESP. M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, 9 de agosto de 2012, p. 97. Sentencia referida a la controversia entre la ETB y Comcel., pp. 105 y ss.

(ii) **Declarar la nulidad de los laudos arbitrales** inicialmente proferidos por los tribunales de arbitramento, también con fundamento en la causal de anulación derivada de la inobservancia de la obligación de los árbitros de consultar.

(iii) **Confirmar que: “al catálogo de causales en las cuales puede sustentarse la formulación del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales debe añadirse aquella consistente en la omisión del deber de solicitar la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso, por parte del Tribunal de Arbitramento que tenga conocimiento del mismo”.**

(iv) **Devolver el asunto al Tribunal de Arbitramento que debió solicitar la consulta prejudicial, con el fin de que, de conformidad con los mecanismos procesales aplicables, subsanara su omisión y emita un nuevo laudo**, acogiendo, para tal fin, la providencia que expidiera, en su momento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Respecto a la “*devolución del asunto*” al Tribunal de arbitramento, en la referida providencia el Consejo de Estado destacó que la competencia temporal de los árbitros les impedía “emitir un nuevo laudo” y correspondía iniciar una nueva actuación procesal que tuviese en cuenta las exigencias de las normas comunitarias en materia de la I.P.⁶² Este criterio se reiteró en 2015 al resolver el recurso de anulación de un laudo arbitral en la Cámara de Comercio de Bogotá⁶³.

Así, entonces, las citadas sentencias del TJCA y del Consejo de Estado no solo añaden una causal al catálogo de causales taxativas del recurso extraordinario de anulación del artículo 41 de la ley 1563 de 2012, sino abren la posibilidad de que en el estudio del recurso se pueda decretar “*de oficio*” la nulidad de un laudo. Considera el Consejo de Estado que el incumplimiento de solicitar

⁶² El Consejo de Estado destacó por otra parte que la forma de cumplir con las decisiones del TJCA no era a través del trámite del recurso extraordinario de revisión. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia radicación: 110010326000 2012 00020 00 (43281). *Op. Cit.*, Páginas 114 y 115. Bogotá 9 de agosto de 2012.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia N° 11001-03-26-000-2015-00018-00(53054). Actor COMCEL S.A.; Demandado: ETB S.A. E.S.P. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, 23 de septiembre de 2015.

la IP constituye un vicio procedimental que afecta la validez del laudo y abre las puertas a su declaratoria de nulidad durante el trámite del recurso de anulación, *ora a solicitud del impugnante, ora de oficio por parte del Juez del recurso de anulación*⁶⁴.

El TJCA, por su parte, también ha afirmado la posibilidad de identificación, *de oficio*, de un vicio de nulidad del laudo, independientemente que haya sido alegado en la interposición del recurso. En el proceso 57-IP-2012, al absolver una consulta prejudicial de la Sección 3a del Consejo de Estado, indicó⁶⁵:

“El Consejo de Estado, independientemente de las causales que haya esgrimido el recurrente, está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario y, por lo tanto, su primera función es examinar si el juez de última o única instancia, en este caso el Tribunal de Arbitramento, cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. (El énfasis y cursiva es nuestro).

B. LA OBLIGACIÓN DE “ADOPTAR” LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN EL LAUDO ARBITRAL

Al decidir el recurso extraordinario de anulación de un laudo producto de las diferencias en un contrato de interconexión entre ETB y COMCEL, el Consejo de Estado lo declaró fundado por no haberse adoptado la interpretación prejudicial en el laudo⁶⁶. Los árbitros solicitaron en este caso la interpretación al TJCA, y éste señaló en su sentencia que en materia de contratos de interconexión el único competente para resolver las controversias relacionadas con ese tipo de contratos era la autoridad de telecomunicaciones. El Tribunal arbitral, en decisión del 29 de mayo de 2015, determinó que no podía acoger la interpretación del TJCA, argumentando que se consideraba competente para decidir sobre la demanda que dio origen al proceso arbitral, por tratarse de una controversia de alcance eminentemente contractual.

⁶⁴ Ibid, p. 97.

⁶⁵ TJCA, sentencia Proceso 57-IP-2012. Op. Cit., pp. 12-16.

⁶⁶ Consejo de Estado, sentencia Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00136-00(55094)A. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Demandante COMCEL S.A. Demandado ETB S.A. E.S.P. Bogotá 13 de junio de 2016.

Concluyó el Consejo de Estado que el laudo desconoció la primacía del derecho comunitario y los parámetros fijados en relación con la resolución de litigios en materia de interconexión, puesto que, según la IP del Tribunal, era la Comisión de Regulación de Comunicaciones y no un Tribunal de Arbitramento la competente para conocer de dichas materias. Consideró que no podía desconocerse la fuerza vinculante que tiene la Interpretación Prejudicial, y que ello configuraba una causal de nulidad.

También, en sentencia de 24 de noviembre de 2016, al anular laudo emitido el 21 de octubre de 2014 consideró el Consejo de Estado que no se había acogido el contenido de la interpretación del TJCA a haber decidido que la ETB había incumplido el Contrato de Interconexión con COMCEL en cuanto al pago del precio convenido. En la anulación se fijaron los siguientes criterios⁶⁷:

i) El Juez Nacional debe acatar integralmente y aplicar la interpretación prejudicial en su sentencia, de acuerdo con el artículo 35 del Tratado del TJCA.

ii) La causal de anulación de falta de competencia se configura porque el derecho comunitario andino (Decisión 462 y Resolución 432), enuncia que la competencia en materia de conflictos de interconexión es “exclusiva y excluyente” de la autoridad de telecomunicaciones del país miembro, en este caso la CRC.

iii) Es causal de nulidad del laudo arbitral, no solo no haber solicitado interpretación prejudicial de las normas comunitarias, sino también solicitar la interpretación prejudicial y no adoptarla en la decisión.

iv) La jurisprudencia no ha dado cabida a la doctrina del “acto aclarado” y ha reafirmado el deber de interpretar cada asunto, por razones de seguridad jurídica.

De otro lado, en fallo de agosto de 2016, el Consejo de Estado negó la anulación de un laudo por considerar que en el respectivo

⁶⁷ Consejo de Estado. Sentencia Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00015-00 (52992). Recurso de anulación interpuesto por ETB y el Ministerio Público alegando las causales de falta de competencia y por haberse procedido contra providencia del TJCA, cuando éste determinó que la controversia no era susceptible de definición arbitral, correspondiéndole ello a la Comisión de Regulación de Comunicaciones M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá 24 de noviembre de 2016.

proceso los árbitros *sí se habían ceñido a la interpretación prejudicial dictada por el TJCA*. Concluyó que el Tribunal de arbitramento no podía apartarse de la interpretación prejudicial No. 079-IP-2014 pues ello implicaría considerar que dicho pronunciamiento estaba equivocado al atribuir la competencia funcional sobre la materia a la CRC⁶⁸.

5. ALGUNOS INTERROGANTES SOBRE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL Y SUS IMPLICACIONES EN ARBITRAJE NACIONAL

Dadas las consecuencias indicadas de la obligatoriedad de la IP en sede arbitral y los vicios procesales e implicaciones que se derivarían de no consultar al TJCA, o de no adoptar la sentencia interpretativa, cabe plantearse a continuación algunos interrogantes sobre la actuación de los árbitros, en circunstancias en las cuales la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, entre ellos, los siguientes:

(i) ¿ En todos los trámites arbitrales en que se ponga de presente una o más disposiciones del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deben necesariamente los árbitros hacer la consulta al juez comunitario?

⁶⁸ Sentencia del Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00089-00(54315). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, 3 de agosto de 2016. Resuelve la nulidad del laudo arbitral proferido el 2 de marzo de 2015 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias originadas entre Comcel y Une con fundamento en la causal prevista en el numeral 9º del artículo 41 de la ley 1563 de 2012. Señala el Consejo de Estado que tratándose de controversias suscitadas en la ejecución del contrato de acceso, uso e interconexión entre las partes, conforme a lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y según el numeral 9º del artículo 22 de la ley 1341 de 2009, éstas son de competencia exclusiva y excluyente de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, razón por la cual mal puede afirmarse que el Tribunal de Arbitramento sí era competente para resolver el litigio sometido a su decisión. No obstante, cabe anotar que en reciente sentencia 366-IP-2015 de fecha 12 de junio de 2017, el TJCA moduló su jurisprudencia anterior señalando que si en la relación contractual de esta modalidad de contratos surgen controversias relacionadas con derechos disponibles o de libre disponibilidad, estas podrán resolverse mediante mecanismos de solución de controversias como el arbitraje. No así cuando se trata de materias de orden público. TJCA, sentencia 366-IP-2015. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Año XXXIII, No. 3108. Lima 16 de octubre de 2017.

De las normas comunitarias se desprende que, no obstante cualquiera de las partes solicite al tribunal arbitral elevar una consulta prejudicial, o que en el proceso se haya hecho mención a normas del ordenamiento andino, corresponde *exclusivamente a los árbitros* evaluar y decidir si hay lugar a dicho trámite, dependiendo de la controversia normativa planteada por las partes y de si en esta resulta previsible que dichas normas deben aplicarse en el laudo. Ha señalado el TJCA:

“El juez nacional es quien debe determinar si se requiere o no la interpretación prejudicial, pero tal determinación no es arbitraria y debe hacerse con pleno conocimiento de causa, ya que según se desprende del artículo 29 [actual artículo 33] del Tratado del Tribunal, sería improcedente la solicitud de interpretación de normas comunitarias cuya aplicación no resulte necesaria, según los términos en que se haya planteado la litis”. (El énfasis y cursiva es nuestro)⁶⁹.

Cabe observar que bajo el artículo 29 del Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena *consulta obligatoria* era procedente en procesos en los cuales debía *“aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico”* andino. En el nuevo Tratado de Cochabamba que crea el TJCA (artículo 33) se añade al anterior criterio la apreciación del juez nacional sobre si *“se controvierte”* alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad. Estos criterios del Tratado, hoy vigentes, deben evaluarse en cada caso por los árbitros, quienes finalmente decidirán si corresponde presentar la solicitud de interpretación al TJCA. Ha señalado el TJCA⁷⁰:

“(…) se puede verificar que las normas andinas si bien fueron invocadas por una de las empresas intervinientes en el proceso nacional, no fueron controvertidas y menos aplicadas para la decisión final de la sentencia, por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal, para que proceda la interpretación prejudicial de alguna disposición del ordenamiento comunitario andino, no es necesario que las partes invoquen la norma o soliciten su interpretación, sino que el consultante detecte que se ha controvertido alguna norma

⁶⁹ TJAC, sentencia Proceso 02-IP-91 de 18 de marzo de 1991. *Op. Cit.*

⁷⁰ TJAC, sentencia Proceso 01-AI-2015. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. *Op. Cit.* Quito, 7 de julio de 2017.p. 27.

andina y, sobre todo, que para resolver la causa se deba aplicar y aplique dicha norma". (El énfasis y cursiva es nuestro).

Así, con los elementos allegados por las partes, o de oficio, consideramos fundamental que los árbitros evalúen si resulta previsible que *deban aplicarse* normas comunitarias para decidir el asunto de controversia, y si únicamente se trata de aplicar disposiciones del ordenamiento jurídico andino claras y aplicables que no requieran de criterios interpretativos al ser aplicadas en el laudo o, si es preciso que el tribunal arbitral asuma un rol interpretativo o adopte criterios jurídicos sobre el alcance de dichas normas para resolver la controversia, lo que ameritaría en este último caso presentar la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal.

Consideramos, igualmente, que los árbitros podrán evaluar la procedencia de solicitar la interpretación tomando en consideración el otro criterio que proporciona el Tratado del Tribunal de si "*se controvierte alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina*". La jurisprudencia del TJCA pone de presente al respecto que la sola referencia a ciertas normas andinas en un proceso no es suficiente para que los árbitros de la causa queden obligados a formular la interpretación⁷¹:

*"Lo esencial para que se requiera dicha interpretación –se reitera– es que las normas andinas, habiendo sido o no invocadas por las partes procesales, sean controvertidas en el caso concreto, entendiéndose por ello que haya existido una discusión extensa y detenida con opiniones contrapuestas, sobre tales normas; o que el juez nacional deba necesariamente aplicar dichas normas comunitarias para resolver el caso"*⁷². (El énfasis y cursiva es nuestro).

De esta manera, si los árbitros consideran que no es procedente hacer la consulta, ello no significa necesariamente vulnerar la competencia del TJCA de interpretar de manera uniforme las normas comunitarias. Los árbitros, en función de los hechos y fundamentos de derecho allegados al proceso son competentes para decidir si cabe, o no cabe, la aplicación de tales normas, y en caso de ser aplicables, si se trata de disposiciones comunitarias claras que no demandan el establecimiento de un criterio jurídico

⁷¹ Ver consideraciones al respecto en sentencia Proceso 02-IP-91. Ibid.

⁷² TJAC, sentencia Proceso 01-AI-2015. *Op. Cit.*, p. 28.

interpretativo al ser referidas en la decisión. Para este último efecto, el Tribunal comunitario plantea en su jurisprudencia tener en cuenta si ha existido una discusión extensa y detenida *con opiniones contrapuestas*, sobre tales normas.

En todo caso, dependiendo de cada controversia y previendo la posibilidad de que alguna de las partes pudiese alegar nulidad del laudo bajo las vías procesales internas por no haberse solicitado la IP, los árbitros podrían señalar en su decisión las razones por las cuales consideran que no era procedente acudir a la interpretación de disposiciones comunitarias.

El examen del alcance de la controversia específica planteada por las partes y de la relevancia, o no, de aplicar normas del ordenamiento andino resulta esencial no solo al momento de adoptar el laudo sino con ocasión del trámite de un eventual recurso de anulación del laudo. Algunos analistas ponen de presente los riesgos de que en el conocimiento de este recurso extraordinario –en el cual no le corresponde a la autoridad judicial competente pronunciarse sobre el fondo de la controversia, ni calificar o modificar los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral–, no se tomen en debida consideración los criterios del tribunal arbitral para decidir que no había lugar a la aplicación de normas andinas o que éstas, de ser aplicables, no demandaban interpretación prejudicial ni eran esenciales para resolver el fondo de la controversia⁷³:

*“Pueden acontecer situaciones donde el problema jurídico de la controversia solo tangencialmente está relacionado con las normas sustantivas de la propiedad intelectual v. gracia: el incumplimiento de un contrato de licencia de marca o de uso de una obra. En esos casos la discusión central seguramente no girará en torno a la propiedad intelectual en sentido estricto; **el tema central será el comportamiento contractual de las partes**. Sin embargo, surge la pregunta: ¿en esos casos también será necesaria la interpretación prejudicial ante el TJCA?*

⁷³ RÍOS PINZÓN, Yesid y LANDAETA CHINCHILLA, Stefanía (2018). *La interpretación prejudicial en el arbitraje de propiedad intelectual en Colombia*. Documento presentado en la Mesa de Arbitraje y Conciliación de la Comisión de Propiedad Intelectual de la ICC, Capítulo Colombia, pp. 28-29.

También puede suceder que la controversia sometida a los árbitros se regule por las normas internas en virtud de una remisión expresa de las normas comunitarias, como acontece en varios casos del derecho de autor y de la propiedad industrial. ¿Será que en esos casos también es necesaria la interpretación prejudicial? Una respuesta afirmativa parece exagerada.

*No se trata de un riesgo meramente hipotético, ya hay pronunciamientos que evidencian una sobreestimación a la interpretación prejudicial: es el caso de la sentencia del Consejo de Estado del 10 de noviembre de 2016⁷⁴ que anuló un laudo arbitral por no haberse solicitado la interpretación prejudicial en un caso donde: (i) la discusión era eminentemente contractual (giraba en torno a la interpretación, aplicación y posible incumplimiento de una cláusula de opción preferente de transmisión de eventos deportivos); (ii) la norma comunitaria que supuestamente se omitió interpretar prejudicialmente (el artículo 30 de la Decisión Andina 351 de 1993⁷⁵) no agregaba ni quitaba nada al caso; (iii) Esa misma disposición comunitaria es una norma que remite a la legislación interna; (iv) Incluso muchas dudas surgen sobre si esa controversia era una discusión propiedad intelectual en estricto sentido, específicamente de derechos conexos; ya que **lo que se discutía era el cumplimiento o no de un contrato de transmisión de eventos deportivos y, técnicamente, un evento deportivo no es un bien protegido por el derecho de autor o por los derechos conexos, pues el bien protegido por los derechos conexos, para el caso de los organismos de radiodifusión, es la emisión de radio o televisión de dichos eventos, pero no el evento como tal**". (El énfasis es nuestro)*

A este respecto, la jurisprudencia reciente del Tribunal ha comenzado a aportar elementos de juicio contribuyen a restringir el margen decisorio en sede de anulación. Cabe referirse a la

⁷⁴ Consejo de Estado, sentencia de 10 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00063-00 (56845). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. El conflicto se centraba en determinar si una parte (la Dimayor) había incumplido una cláusula de opción preferente, que permitía a la otra parte (Telmex y EPM) continuar transmitiendo, en calidad de licenciatarios, los partidos de la División Mayor del Fútbol Colombiano. Frente al laudo arbitral la Dimayor formuló recurso de anulación con fundamento, entre otras causales, en la omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso.

⁷⁵ Decisión andina 351 de 1993, artículo 30: "Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros".

interpretación del Proceso 560-IP-2016, sobre conflictos derivados contratos de acceso, uso e interconexión entre operadores de telefonía, en la cual se desarrolla el principio del “*complemento indispensable*” que hace posible que la normativa nacional de cada país andino regule temas contemplados por la normativa comunitaria, en la medida en que ello contribuya a la correcta aplicación de esta última. Esta jurisprudencia modula anteriores criterios del Tribunal al reconocer que si bien la autoridad nacional competente para resolver conflictos de interconexión de telecomunicaciones era la Comisión de Regulación, si se tratara de una *relación contractual* de la cual surjan controversias relacionadas con derechos disponibles, dichas controversias pueden ser resueltas conforme a la voluntad de las partes mediante los mecanismos de solución de controversias previstos contractualmente, salvo que se trate de materias de orden público⁷⁶.

(ii) ¿Si en el proceso arbitral las partes no aducen ni controvierten en el proceso disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario y, además, éstas no son aplicadas en el laudo, qué connotaciones tendría que alguna de las partes invoque, luego de emitido el laudo, la causal de anulación por no haberse solicitado la interpretación?

Emitido un laudo arbitral con base en los hechos, pruebas y fundamentos de derecho allegados por las partes y debatidos en el proceso, y otros que pueda aplicar el Tribunal arbitral con prescindencia de los invocados por las partes (principio *iura novit curia*), consideramos, en primer lugar, que la interposición de un recurso extraordinario de anulación basada en que “*el tribunal arbitral no solicitó la interpretación prejudicial*” no se enmarca, dentro de los criterios del artículo 33 del Tratado del TJCA para solicitar la interpretación. El accionante en nulidad tendría indiscutible responsabilidad en la generación de la causal de nulidad que ahora alega basado en la presunta vulneración de la obligación de los árbitros de efectuar la consulta. Ello, al guardar silencio sobre tales disposiciones, no proponer su consideración o debate oportuno en

⁷⁶ TJCA, Proceso 560-IP-2016. Consultante: Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado República de Colombia. Referencia: Conflictos derivados del contrato de acceso, uso e interconexión entre operadores de telefonía. En Gaceta Oficial Acuerdo Cartagena XXXIII 3108, 16 octubre 2017, pp. 17-20

el curso del proceso, y luego alegar en su favor su propio descuido u omisión para intentar modificar un fallo adverso (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Con ocasión del cumplimiento de los deberes de los árbitros “realizar el control de legalidad de la actuación procesal una vez agotada cada etapa del proceso”⁷⁷, las partes tienen además indiscutible oportunidad de manifestar ante el tribunal arbitral la presencia de un posible vicio procesal por no haberse presentado la solicitud de interpretación prejudicial. Si las partes guardan silencio al respecto, anular un laudo luego de emitida la decisión arbitral ampararía el descuido o la omisión de quien invoca el recurso, al no haber manifestado a los árbitros en las oportunidades que le permite el proceso, la necesidad y los fundamentos de presentar la consulta según el artículo 33 del Tratado.

La eventual anulación de un laudo en estas circunstancias conllevaría la afectación de la lealtad procesal al pretender hacer valer un supuesto vicio o yerro “*in procedendo*” sobre el cual se guardó silencio durante el trámite arbitral. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterada en cuanto a que el recurso extraordinario de anulación no puede ser utilizado como una segunda instancia en la que se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del litigio, en este caso, alegando que una norma del ordenamiento jurídico andino era la aplicable o relevante de interpretar para poder dictar el laudo. El recurso de anulación evidentemente no entraña además el estudio de los razonamientos realizados por el tribunal arbitral en cuanto a la aplicación de la ley sustancial⁷⁸.

En aclaración de voto de la sentencia del Consejo de Estado de noviembre de 2016, en la cual se anuló un laudo arbitral dictado el 3 de diciembre de 2015, que dirimió las controversias surgidas entre TV Cable y EPM Vs. Dimayor, con base en la causal de “*omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso*” se plantean, en aclaración de voto, observaciones e inquietudes muy pertinentes derivadas de la

⁷⁷ Artículo 42, numeral 12 del Código General del Proceso.

⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera (2018), sentencia de 3 de diciembre 2018. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Radicación 11001-03-26-000-2018-00054-00 (61335), p. 3.

circunstancia de que tales normas no habían sido invocadas ante el Tribunal antes que dictar el laudo⁷⁹:

“2. El entendimiento de la “causal” de anulación contraviene la naturaleza del recurso de anulación de laudo arbitral.

“(…) El proceso de raciocinio que lleva a sostener que en un caso son aplicables normas comunitarias, sin que tal circunstancia fuera debatida en el proceso arbitral, supone la definición del derecho aplicable al litigio, aspecto que tiene que ver con asuntos sustanciales de la controversia.

“Esta “causal” desconoce, entonces, los estrictos y precisos términos del recurso anulación de laudos arbitrales, pues impone al juez del recurso extraordinario definir primero el derecho aplicable, para, de allí, derivar el yerro que justifica la anulación, esto es, su no consulta al Tribunal Andino de Justicia.

“Así, aun cuando las características del recurso de anulación de laudos arbitrales exigen al Consejo de Estado limitarse a aspectos in procedendo, la aplicación de esta “causal” amplía el restringido ámbito de acción del juez del recurso, en cuanto funda su procedencia en errores in iudicando.

(…) ¿Las consideraciones contenidas en la interpretación prejudicial 57-IP-2012, emitida en el trámite de una consulta en un proceso particular, constituye “precedente” obligatorio para exigir, de manera generalizada, la anulación de un laudo arbitral en cuyo trámite no se consulte la aplicación de normas andinas?

¿Las decisiones proferidas por el Tribunal Andino de Justicia, permiten afirmar que le asiste competencia al juez arbitral para, de oficio, anular un laudo arbitral si no se procedió a la consulta ante el Tribunal Andino de Justicia, en casos como este, en los cuales ni siquiera se discutió en el proceso arbitral la aplicación de una norma de naturaleza comunitaria?” (El énfasis y cursiva es nuestro).

Al momento en que el legislador nacional incorpore, como corresponde, la procedencia de la causal del recurso de anulación por omisión de la consulta prejudicial obligatoria que la

⁷⁹ Consejo de Estado, sentencia de 10 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00063-00 (56845). Aclaración de voto del Magistrado Guillermo Sánchez Luque. *Op. Cit.*, p. 71.

jurisprudencia ha añadido al artículo 41 de la ley 1563 de 2012, sería del caso precisar que *no podrá ser alegada en anulación si el recurrente no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento durante el proceso arbitral*”, como sucede con otra de las causales del artículo 41 de la ley 1563 de 2012 [# 6].

En todo caso, como se ha explicado en este artículo, el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (artículo 128 del Estatuto del Tribunal) permite que cualquier País Miembro y los particulares que se consideren afectados en sus derechos cuando consideren que *“el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal”*, pueden acudir ante el Tribunal comunitario en ejercicio de la *acción de incumplimiento*. En ejercicio de esta acción, una declaratoria de incumplimiento de la obligación de los árbitros de consultar, en este caso mediante sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina –investido de autoridad en el Tratado para interpretar las normas del ordenamiento andino– sí podría dar lugar a que las autoridades judiciales competentes estudien la procedencia de recursos extraordinarios como el de anulación o el de revisión.

(iii) ¿Cuáles serían los posibles alcances de decidir anular *de oficio* un laudo arbitral por causal no alegada por el recurrente en cuanto al incumplimiento de las obligaciones de la interpretación prejudicial?

Como se ha señalado, la jurisprudencia del TJCA y del Consejo de Estado han coincidido en la posibilidad de que, *independientemente de las causales que esgrima el recurrente en anulación*, la autoridad que estudia el recurso está investida de todas las prerrogativas para examinar si el Tribunal de arbitramento cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al TJCA. La sentencia 57-IP-2012, señala que, ya sea que el recurso de anulación se haya sustentado en la falta de consulta prejudicial, o *no habiéndose alegado dicha falta* si en la anulación el juez competente aprecia que de acuerdo con la naturaleza del asunto se debían aplicar normas andinas, deberá declarar la nulidad.⁸⁰ Se afirma en esta sentencia que para salvaguardar el orden supranacional y comunitario, el juez de la anulación tiene como *“su primera función*

⁸⁰ TJCA, sentencia Proceso 57-IP-2012. Op. Cit., pp. 12-13.

(...) examinar si el juez de última o única instancia, en este caso el Tribunal de Arbitramento cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”⁸¹.

Proferir “*de oficio*” una sentencia de anulación del laudo por no haberse efectuado la solicitud de interpretación al Tribunal, consideramos que igualmente desvirtúa el alcance de un recurso por naturaleza extraordinario y restrictivo. La Corte Constitucional ha puesto de presente que los laudos gozan de estabilidad jurídica y que los recursos consagrados en la legislación para controvertirlos son “*extraordinarios y restrictivos en sus causales de procedencia*”; así mismo, los jueces de anulación deben restringir su estudio a las causales *específicamente invocadas* por los recurrentes “*dentro del marco restrictivo fijado por el legislador*”⁸². El juez de anulación está obligado a restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes, y hacerlo dentro del marco fijado por la ley.

La identificación, de oficio, de una causal de nulidad de un determinado laudo por un supuesto vicio de falta de consulta prejudicial, implica que el juez de anulación no se limite a verificar un acontecimiento, meramente formal, de si se presentó, o no se presentó, un escrito al Tribunal de la Comunidad Andina solicitando la interpretación de ciertas normas. Al ejercer esta facultad *de oficio*, la autoridad de anulación está abocada a ejercer una competencia calificada, no meramente dirigida a identificar un posible defecto procedimental, sino sería preciso que adopte definiciones “*in iudicando*” que requieren abordar la revisión *in integrum* del expediente para valorar los criterios que establecen el artículo 33 del Tratado y 123 de su Estatuto, en cuanto a si “*debían aplicarse*” en el laudo una o más normas sustantivas del ordenamiento jurídico andino, y decidir, en consecuencia, *sin que las partes se lo hayan solicitado*, que eran aplicables tales normas, para desencadenar de esta manera, en la práctica, una segunda instancia con el alcance de una jurisdicción adicional y paralela a cargo de evaluar la aplicabilidad sustantiva de tales normas, lo que negaría la característica de única instancia del proceso arbitral.

⁸¹ Ibid.

⁸² Sentencia SU-174 de 14 de marzo de 2007. Expediente T-980611. M.P. Manuel José Cepeda.

Tal actuación *de oficio* no puede eludir la valoración sustantiva de la litis, incluyendo el análisis los hechos, de las pretensiones, del alcance de la relación jurídica entre las partes, de las excepciones y los fundamentos de derecho invocados por las partes, así como de las normas jurídicas invocadas por los árbitros en su decisión, para finalmente plasmar en la sentencia el criterio del juez de anulación sobre la “aplicabilidad” de ciertas disposiciones jurídicas andinas que fundamenten la posible nulidad por omisión de la interpretación.

En este contexto, el juez de anulación estaría también asumiendo en la práctica funciones de interpretación prejudicial de disposiciones del ordenamiento jurídico andino y adoptando decisiones sobre cuál debió ser el criterio jurídico que árbitros debieron plasmar en su laudo en cuanto a su aplicabilidad. Estas funciones, conforme al Tratado del TJCA, no corresponden a los jueces de anulación de los Países Miembros, sino al Tribunal comunitario. La facultad de anular *de oficio* los laudos arbitrales por parte de los jueces nacionales, podría llevar a situaciones en que se anula determinado laudo arbitral “*por omisión de la consulta prejudicial obligatoria*”, y posteriormente, luego de integrarse un nuevo tribunal arbitral que haga la consulta prejudicial al TJCA, la sentencia de interpretación “autorizada” de las normas andinas que emita este órgano comunitario, podría no coincidir con la interpretación que hizo el juez nacional de anulación, dejando sin fundamento la supuesta causal de vulneración del debido proceso que había llevado a decretar la nulidad del laudo.

El Consejo de Estado se ha referido a los alcances sustantivos del concepto de “*aplicación*” de una norma andina para efectos de su posible interpretación:

“5.27.- De lo expuesto, la Sala entiende que el concepto de aplicación dice relación con la observancia directa y concreta (no hipotética o eventual) de las normas comunitarias en la resolución del caso planteado, lo cual reconduce, indefectiblemente a tomar en consideración la base fáctica sobre la que se planteó el litigio, lo pretendido y lo excepcionado por los sujetos procesales que intervienen en la causa, haciendo énfasis que tales posiciones jurídicas deben ser valoradas no a partir de un criterio formal (si se citó o no normas comunitarias en el pleito) sino sustancial, esto es, atendiendo a si tales disposiciones comunitarias deberían (o no) integrar

uno de los problemas o sub-problemas jurídicos que debe desentrañar el Juez Nacional a la hora de sentenciar la causa. Si del resultado de tal examen se sigue que una o varias disposiciones comunitarias emergen como relevantes para el caso o, cuanto menos, plantean al operador jurídico una duda objetiva y razonable sobre su aplicación, habrá lugar a predicar el deber de solicitar la consulta prejudicial”⁸³ (El énfasis es nuestro).

Tales criterios relevantes para evaluar la *aplicación* de una disposición andina y eventualmente solicitar la IP en una determinada controversia están enraizados en la actuación del “juez nacional” a cargo del trámite de última instancia, en este caso en los árbitros que disponen de todos los poderes y deberes procesales de los jueces de la República para evaluar el derecho aplicable y si cabe solicitar o no la interpretación prejudicial de normas comunitarias. No es a través de decisiones adoptadas *de oficio* en el marco de un recurso extraordinario de anulación que deben explorarse criterios interpretativos sobre la aplicabilidad del derecho comunitario al caso, con lo cual, como se señalaba anteriormente, el juez de anulación, en este caso *sin que medie solicitud de las partes*, se arroga funciones de interpretación sobre la aplicación de disposiciones del ordenamiento andino que le competen al TJCA.

Lo anterior, como lo hemos señalado, no significa que si una parte se considera afectada en sus derechos por un laudo arbitral en el cual no se hayan aplicado determinadas normas andinas que ameritarían de interpretación prejudicial, quede sin posibilidad de invocar sus derechos bajo el ordenamiento jurídico de la CAN. En este caso podría iniciarse una *acción de incumplimiento* de las obligaciones previstas en el artículo 138 del Estatuto del TJCA. El Tribunal comunitario decidiría si el laudo en derecho proferido por el tribunal arbitral nacional se tradujo, o no, en un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el País Miembro en el marco del ordenamiento jurídico andino y las razones jurídicas por las cuales se incumplieron o no las obligaciones en materia de interpretación prejudicial.

⁸³ Consejo de Estado, sentencia de 10 de noviembre de 2016. *Op. Cit.*, p. 63.

(iv) ¿La duración del trámite de la interpretación prejudicial afecta la celeridad que el legislador colombiano le imprimió a los procesos arbitrales?

De conformidad con el Estatuto de Arbitraje Nacional, si el pacto arbitral guarda silencio sobre la duración del proceso arbitral, su término máximo de duración será de seis meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, en la cual, una vez integrado el contradictorio, se resuelve sobre la competencia de los árbitros y se decretan las pruebas⁸⁴. No obstante, las partes o sus apoderados podrán solicitar prórrogas de dicho término sin que estas excedan de seis meses. La ley arbitral prevé la posibilidad de adicionar al término del proceso los días de “interrupción por causas legales”⁸⁵. Así, el período de suspensión ordenado por el artículo 33 del Tratado en los casos de interpretación prejudicial obligatoria, es previsible que pueda adicionarse al término del proceso.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 126 del Estatuto del TJCA implicaría que la suspensión por el motivo indicado permitiría adicionar treinta días al término del proceso arbitral, considerando que el artículo 126 del Estatuto del TJCA establece que *“dentro del término de treinta días siguientes al de admisión de la solicitud por el Tribunal, este dictará sentencia”*. Sin embargo, este plazo en la práctica se está excediendo notoriamente como lo ilustra una muestra de sentencias de interpretación entre 2012 y marzo de 2018 emitidas a solicitud de 12 tribunales, que arroja un promedio superior a 6 meses en fallar una solicitud de IP presentada por un Tribunal arbitral, lo cual, según dicha evaluación *“afecta uno de los valores más apetecidos del arbitraje: una pronta decisión de los casos que se someten al mismo”*⁸⁶.

La dilación en los tiempos procesales bien puede ser el reflejo de la creciente carga procesal del TJCA y los insuficientes recursos

⁸⁴ Artículo 10 ley 1563 de 2012.

⁸⁵ Artículo 11 ley 1563 de 2012.

⁸⁶ 239-IP-2014: 1 año y 6 días (371 días); 385-IP-2015: 5 meses y 21 días (171 días); 322-IP-2014: 5 meses y 1 día (151 días); 146-IP-2014: 5 meses y 24 días (174 días); 261-IP-2013: 5 meses y 24 días (174 días); 79-IP-2014: 2 meses y 19 días (79 días); 204-IP-2013: 11 meses y 5 días (335 días); 255-IP-2013: 6 meses y 9 días (189 días); 14-IP-2014: 2 meses y 25 días (85 días); 181-IP-2013: 7 meses y 27 días (237 días); 262-IP-2013: 2 meses y 28 días (88 días); 385-IP-2015: 5 meses y 21 días (171 días). Ríos Pinzón, Yecid y otros. *Op. Cit.*

que los países miembros asignan a su presupuesto anual⁸⁷. La actividad resolutoria del TJCA se ha incrementado notablemente en los últimos años. En 2014, por ejemplo, se resolvieron 182 causas judiciales, y luego de un crecimiento anual constante se alcanzó la cifra de 734 causas resueltas en 2019, es decir, se cuadruplicó la carga procesal. De estas 734 causas, el 99%, es decir, 728 correspondió a interpretaciones prejudiciales. El TJCA se ha constituido en la tercera corte internacional más activa, y en la más antigua y exitosa entre once cortes que han “trasplantado” el modelo de la Corte Europea de Justicia, con desarrollos muy significativos en materia de la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual, que han constituido la base de la mayoría de las sentencias de interpretación prejudicial⁸⁸. No obstante, el presupuesto del TJCA se ha mantenido congelado en los últimos 12 años, desde 2008, lo que ha evidentemente trastocado su operación y su capacidad de respuesta en los tiempos previstos.

Además del apoyo presupuestal requerido por el Tribunal comunitario, cabe considerar la necesidad de racionalizar la demanda por interpretaciones prejudiciales, que se ha visto incrementada por el rol de las oficinas administrativas con funciones jurisdiccionales y de las solicitudes de los tribunales arbitrales de los países miembros. Ello a partir de un esfuerzo creciente de sistematización y difusión de la reconocida y valiosa jurisprudencia del TJCA, y a través de la adopción de criterios y directrices jurisprudenciales en diversas materias, principalmente en aquellas en las que suelen concentrarse las demandas de interpretación⁸⁹. El establecimiento de tales criterios y precedentes de observancia obligatoria por los “jueces nacionales” contribuiría a optimizar la demanda por interpretaciones y

⁸⁷ Estadísticas contenidas en TJCA, Oficio No.36-P-TJCA de 6 de agosto de 2020. Dirigido a Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y Comisión de la Comunidad Andina. Asunto: Preocupación frente al proceso dilatado e inconcluso sobre la reingeniería del sistema andino de solución de controversia y la situación del Tribunal Andino de Solución de Controversias.

⁸⁸ ALTER, Karen J. and HELFER, Laurence R. *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*. Oxford University Press, 2017, p. xi

⁸⁹ Entre otras, por ejemplo, las referentes a la propiedad intelectual, la propiedad industrial, la promoción de la libre competencia; y las concernientes a medidas armonizadas, políticas comunes y obstáculos que inciden en la liberalización de los intercambios de bienes y servicios en la subregión.

propiciaría además una mayor difusión y aplicación del derecho comunitario en la Comunidad Andina.

En este contexto, recibida una solicitud de consulta, el TJCA comunitario tendría en todo caso la posibilidad de dictar sentencia dentro de los treinta días que determina su Estatuto, e igualmente, si así lo considera, dentro del plazo señalado y mediante los procedimientos internos que determine este órgano jurisdiccional, podría remitir a los árbitros o jueces nacionales consultantes la jurisprudencia o criterios jurisprudenciales del Tribunal que considere relevantes para absolver la consulta. Este procedimiento no requeriría reforma del Tratado, sino previsiblemente ajustes en su Estatuto mediante Decisión correspondiente a los órganos competentes de la Comunidad Andina.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALTER, Karen J. and HELFER Laurence R. *Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*. New York, Oxford University Press, 2017.
- BALDEÓN, Genaro. "La Competencia de Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina". En: *Jornada sobre Derecho Subregional Andino*. Universidad de Margarita, Isla Margarita. Colección Eventus, 2003.
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel. "La cuestión prejudicial comunitaria (artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)". *The Jean Monnet/ Robert Schuman Paper Series*. Miami-Florida European Union Center of Excellence, University of Miami. Vol. 14 No.1. http://aei.pitt.edu/63608/1/Cienfuegos_PrejudicialComunitariaEU_rev.pdf, 2014.
- FUENTES HERNÁNDEZ, Alfredo y ALEGRETT SALAZAR, Adriana. "Comunidad Andina: bases jurídico-institucionales y funcionamiento de su sistema de solución de controversias". En *¿Integración suramericana a través del Derecho?: Un análisis interdisciplinario y multifocal*". VON BOGDANDY, A., LANDA ARROYO, C. y MORALES ANTONIAZZI, M. (eds.). *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Instituto Max-Planck. Madrid: Colección Cuadernos y Debates No. 197, 2009.
- GAMBOA MORALES, Luis Carlos. "El Pleito Pendiente y la Cosa Juzgada". En: *La Práctica del Litigio Arbitral*. Tomo II Volumen I: Aspectos Contractuales y Procesales. HERRERA MERCADO, H. y MANTILLA ESPINOSA, F. (eds.). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá–Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
- HERRERA MERCADO, Hernando. "La Interpretación Prejudicial Andina y el Arbitraje". En: *La Práctica del Litigio Arbitral*. Tomo II Volumen II: Estructura del Proceso y Estrategia del Litigio. HERRERA MERCADO, H. y MANTILLA ESPINOSA, F. (eds.). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá - Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

- KAUNE ARTEAGA, Walter. "La necesidad de la integración y el orden y el ordenamiento jurídico comunitario". En: *Testimonio Comunitario*. Quito Primera Edición. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004.
- MANGAS, Aracelli y LIÑAN NOGUERAS, Diego. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Quinta Edición. Madrid: Editorial Tecnos. 2005.
- POLANCO PUGA, Guillermo M. *La Cuestión Prejudicial en el proceso de construcción del Derecho de la Unión Europea*. Tesis Doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Disponible en <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/14923>, 2015.
- QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge A. *Informe jurídico sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 26 de agosto de 2011 (Proceso 3-AI-2010)*. Facultad de Derecho, Universidad de La Coruña. No publicado.
- QUINDIMIL LOPEZ, Jorge A. "El árbitro como juez nacional a la luz de los tribunales de justicia de la Comunidad Andina y de la Unión Europea". En: TREMOLADA, Eric (Ed.). *Conjuntos geopolíticos, regionalización y procesos de integración*. Colección IUS CCOGENS-Derecho Internacional e Integración #8. Universidad de Colombia 2020.
- ZAERA ESPINÓS, Salvador. "La cuestión prejudicial europea en la teoría y en la práctica: sentencias Torresi, K y A, y programa OMT". En: *EU Law Workshop. Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid*. (No publicado). Disponible en: <http://eprints.ucm.es/39963/>, 2016.
- RÍOS PINZÓN, Yecid y LANDAETA CHINCHILLA, Stefania. *La interpretación prejudicial en el arbitraje de propiedad intelectual en Colombia*. Documento presentado en la Mesa de Arbitraje y Conciliación de la Comisión de Propiedad Intelectual de la Cámara de Comercio Internacional, CCI, Capítulo Colombia. <https://www.ccb.org/La-Camara-CCB/Camara-de-Comercio-Internacional-ICC/articulos-sobre-propiedad-intelectual-Colombia>, 2018.

Esta obra se terminó de imprimir
el 16 de noviembre de 2021
en los Talleres Gráficos de
GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur.
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá D.C. - Colombia

NOTA

La publicación que tenemos el honor de presentar fue diseñada no solo como un estudio histórico sino más bien para influir en la conformación del pensamiento jurídico de Colombia y Latinoamérica. Para lograrlo, la nómina de sus ponentes y contenidos fue escogida cuidadosamente entre magistrados y exmagistrados de las Altas Cortes Colombianas, y destacados litigantes ante ellas precisamente porque se quería presentar una visión práctica sobre como operan esos tribunales a partir de la expedición de la Constitución de 1991. A todos los autores y autoras les presentamos un especial agradecimiento por los esfuerzos realizados para la redacción, edición, compilación y publicación de esta obra.

La misma se compone de 3 tomos, cada uno de ellos se ocupa de una de las Altas Cortes colombianas en su respectivo orden: Consejo de Estado, Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia. Cada una de ellas ha trabajado en el desarrollo de nuevas líneas jurisprudenciales inspiradas en la Constitución de 1991 y las reformas legales que han seguido sus mandatos. La constitución colombiana es maximalista, y ha realizado una fuerte transformación de la realidad jurídica colombiana durante sus tres décadas de vigencia.

Cada tomo se encarga de compilar los temas que las instituciones patrocinadoras consideraron más relevantes sobre la práctica de cada corporación en el ejercicio de sus funciones. Los temas son tan diversos como las mismas Altas Cortes; tratan desde la contratación estatal hasta el derecho de familia, pasando por el derecho procesal general, el procesal civil y penal, el procedimiento contencioso administrativo, el procesal constitucional, el probatorio, el sustancial administrativo, el constitucional, el civil, el comercial, y el laboral.



"Sello de la compañía de Jesús"

