

DIVAGACIONES SOBRE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Dr. JORGE FLÓREZ GACHARNÁ

Fecha de recepción: 23 de mayo de 2008 - Fecha de aceptación: 1 de julio de 2008

Resumen

El tema que se insinúa es el resultado de las reflexiones que, en la cátedra de la materia, ha planteado el autor.

Partese del pasado histórico de la figura como un instrumento no jurisdiccional sino político, no del recurso sino del instrumento protector de una norma legal " abstracta", expresión del legislador, desconocida por los jueces, ignorando la división de los llamados tres poderes, lo que conllevó a que la corte de casación no perteneciera al poder judicial sino al legislador , hasta llegar al momento actual, luego de haber sufrido un cambio radical cuando se incorporó al poder judicial, como recurso , para perseguir la eliminación de la injusticia, revisando la violación al caso concreto en los eventos de no aplicación, cuando era procedente hacerlo; por aplicarla al hecho, cuando no estaba regido por ella; por interpretar erróneamente su contenido. Al concebir el Estado como Social y Democrático, Participativo, pluralista y respetuoso de la dignidad humana, surgen propuestas para reducir al mínimo la técnica destinada a la formulación del recurso, que aún sigue siendo exagerada.

Se pretende que la casación esté a tono con los nuevos postulados Constitucionales que propenden por el carácter antropocéntrico de la legislación, orientada hacia la justicia como valor, uno de los fines esenciales del Estado, luego de hacer alusiones tanto a las posiciones jurisprudenciales y doctrinales como legislativas posteriores a la Constitución de 1991, para evitar las sentencias adversas a quien tiene la razón jurídica, por exceso de formalismos que conllevan a la injusticia.

Palabras Clave: *Doctrina legal probable, doctrina constitucional, jurisprudencia constitucional, función social de la casación, cosa juzgada implícita, precedente obligatorio, radicalismo liberal, racionalismo, escolástica, democrático, participativo, pluralista.*

Abstract

The topic that is insinuated is the result of the reflections that, in the class of the matter, the author has outlined.

Leave of the historical past of the figure like a non jurisdictional instrument but political, not of the resource but of the protective instrument of a legal abstract" norm, the legislator's expression, ignored by the judges, ignoring the division of the calls three powers, what bore to that the cassation court didn't belong to the judicial power but to the legislator, until arriving to the current moment, after having suffered a radical change when he/she incorporated to the judicial power, as resource, to

pursue the elimination of the injustice, revising the violation to the concrete case in the non application events, when it was reasonable to make it; to apply it to the fact, when it was not governed by her; to interpret its content erroneously. When conceiving the State as Social and Democratic, Participatory, pluralistic and respectful of the human dignity, proposals arise to reduce to the minimum the technique dedicated to the formulation of the resource that still continues being exaggerated.

It is sought that the cassation is to tone with the Constitutional new postulates that propenden for the anthropocentric character of the legislation, guided toward the justice like value, one of the essential ends of the State, after making allusions so much to the positions jurisprudenciales and doctrinal as legislative later to the Constitution of 1991, to avoid the adverse sentences to who has the artificial reason, for excess of formalisms that bear to the injustice.

Key Words: *Legal probable doctrine, constitutional doctrine, constitutional jurisprudence, social function of the cassation, judged implicit thing, obligatory precedent, liberal radicalism, rationalism, scholastic, democratic, participatory, pluralistic.*

1. INTRODUCCION

Con los alumnos de la Facultad de Derecho en la que he venido desempeñándome como orientador en la asignatura referida, hemos tenido oportunidad de analizar el significado político y jurídico del tránsito de un sistema procesal dominado por el **principio de legalidad**, inspirado en los **principios liberales de la revolución francesa** al sistema judicial inspirado en el **principio de constitucionalidad producto de los regímenes adoptados después de la segunda posguerra** y como producto de los llamados derechos humanos de segunda y tercera generación, pero muy especialmente de los llamados derechos fundamentales como derechos humanos positivizados y como norma jurídica.

Se tiene por averiguado que pasada la revolución de 1789, las discusiones entre juristas y políticos franceses conllevaron a que la Asamblea Constituyente creara un organismo sustitutivo del **Conseil des Parties**, reservado al soberano, que no podía seguir siendo tal con la incompatibilidad de la doctrina de **Montesquieu** quien consideró que el **legislador era un mundo y el juez un grano de arena**, reforzado con el pensamiento de **Robespierre**, para quién la jurisprudencia de los tribunales no era otra cosa que la ley. Así surgió el tribunal de casación cuya función esencial era anular los procedimientos en los cuales las formas hubieran sido violadas y los fallos que contuvieran una contravención expresa al texto de la ley.

La independencia de la Corte de casación frente al legislativo y al ejecutivo ocurrió hacia 1894, destacándose el rompimiento del vínculo entre Corte y Legislativo por norma constitucional que prohibió al legislador anular los fallos del Tribunal de casación, en tanto que el código civil estableció que el juez que rehusara juzgar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podía ser sancionado como culpable de denegación de justicia.

Frente al poder de control del derecho, entonces, se plantearon tres manifestaciones de la Corte:

- a) Como guardiana de la ley (función nomofilachia) inspirada en la institución griega referida a la especie de magistrados encargados de asistir a las asambleas populares para impedir toda proposición contraria de la ley.
- b) Como institución ultrastoriográfica, es decir con un poder creador de derecho.
- c) Como instrumento de control de la coherencia de la motivación de los fallos.

Como anota el profesor Jorge Fábrega ², con frecuencia se afirma en las obras de derecho que el fin primordial de este recurso es el de la defensa pura de la ley, es decir el de la nomofilachia y la uniformidad de la jurisprudencia, en tanto que se mira como fin secundario, el de servir de medio de desagravio a las partes por los errores en que hubieren incurrido las sentencias de segunda instancia.

En los sistemas hispanos la finalidad del recurso ha sido servir de solución a las partes contra los errores en que incurren los tribunales de instancia evolucionando como recurso extraordinario pero no como medio de defensa pura de la ley.

La realidad de nuestro tiempo nos muestra que el fin principal de la casación sea el ius constitutiones ³.

En el pasado, la ley era igual a la certeza y se asimiló a la seguridad jurídica y ésta al Estado de Derecho ; de ahí que el juez del siglo XVIII cuando aplicaba la ley, se decía, hacía lo justo, razón por la que no podía decir algo que no estuviera afirmado en la norma .

Los Tribunales especiales creados para interpretar la Constitución tuvieron como punto de partida que sus componentes debían ser jueces capacitados para ello y fue objetivo central fortalecer los derechos de las personas , continuando la línea impuesta por el código civil de Napoleón , el individualismo y la filosofía liberal ⁴.

Afirma Zagrebelsky que en el espíritu de la revolución Francesa la proclamación de los derechos operaba como legitimación de una potestad legislativa que, en su ámbito de renovación, era soberana, vale decir, capaz de vencer los obstáculos del pasado.

Los estatutos procesales al recoger tales criterios, respondieron en América con esquemas adaptados a las leyes de enjuiciamiento Españolas de 1855 y 1851 lo cual, culturalmente, no dejó de ser incongruente por lo que muchas de sus instituciones y principios no compatibilizaron con aquella. En Europa la jurisdicción estaba dividida entre jueces comunes, Tribunales

Constitucionales y justicia administrativa mientras para América Latina la ley de enjuiciamiento nos sirvió para resolver todo tipo de asunto.

1. DEL DEBIDO PROCESO LEGAL AL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL.

Este concepto, dentro del constitucionalismo colombiano, se estructuró con criterio formal acerca de la manera como debe sustanciarse un requerimiento, pese a reconocerse su naturaleza sustancial de carácter Constitucional.

Cierto es que tiene otra fuente en el derecho anglosajón con presupuestos diferentes porque en tanto tuvo un valor fundamental en la carta magna Inglesa de 1215, como derecho de los varones normandos ante el rey **Juan Sin Tierra**, la primera idea fue evitar el castigo arbitrario, las violaciones a la libertad individual y a la libertad privada, señalando a los jueces pautas para un juicio justo.

Tal concepto, fue llevado, con el transcurrir del tiempo, al plano legal y a las Constituciones políticas. La Constitución Colombiana de 1886 se caracterizó por el enfrentamiento de dos visiones del mundo que definían concepciones opuestas, especialmente en las relacionadas con el origen del poder y la estructura del Estado, en lo relativo a las

relaciones entre la potestad espiritual y la potestad temporal, y, en cuanto hace referencia a la soberanía y a la autonomía de la persona, dado que la situación de ésta frente a su autonomía, careció de definición unitaria que propiciara el desarrollo de la autonomía trascendental por cuanto que el desarrollo educativo dirigido por la Iglesia Católica estuvo encaminado a mantener la conciencia individual en los parámetros de la sumisión, definida y estructurada por la política colonialista y que los pocos años del desarrollo de la conciencia ilustrada no logró eliminar, por las contradicciones que desarrollaron las constituciones liberales, especialmente entre la universalidad abstracta y la realidad concreta de la sociedad Colombiana. El **radicalismo liberal** quiso imponer el mundo de la abstracción y la universalidad, pero olvidó a la persona en su realidad impregnada de dominación económica e ideológica. El individuo aprendió a proclamar su libertad pero no a vivir como hombre libre de ahí que frente a la ley el hombre se apartara para observarla como un elemento extraño a él, que no lo tocara, no lo comprometiera y no lo obligara, mientras el Estado concibió su presencia autoritaria para imponer su voluntad soberana, legislando con autoridad unilateral, desde la dimensión de la realidad abstracta. A ese mundo no llegó el individuo con su interés y con sus necesidades, sino el individuo de la conciencia sumisa, mientras el Estado si exigió del individuo conciencia responsable para aceptarla y cumplirla hasta llegar a incoherencias como la de creer que el individuo recibía la autoridad de la ley como instrumento de su propia realización, en tanto que éste concebía su libertad aparte de la ley, lejos de la autoridad del Estado, porque esta se convirtió en obstáculo de su proyecto, lo que conllevó a la idea de pensar un hombre como síntesis del **racionalismo y la escolástica**, para crear un orden político e institucional a partir de la unión nacional, pero que llevó a un distanciamiento hasta llegar al olvido mutuo de los fines propios de la vida social, individual e institucional⁵.

Ahora, en esta nueva fase de la historia de Colombia, la constitución de 1991, la proyecta como un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, **democrática, participativa y pluralista**, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Se observa entonces que la fórmula clásica del Estado Liberal, en relación con la delimitación de los derechos fundamentales, que consistía en establecer una lista de derechos pertenecientes a esa categoría, llegó a un punto de crisis en la segunda mitad del siglo XX hasta expresar que de nada servía una buena lista de derechos sino se contaba con instrumentos de aplicación.

De esta manera la nueva Carta Política señaló una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales determinando una coherencia y sabiduría en la interpretación de los derechos introduciendo un cambio trascendental en relación con la Constitución anterior, generando una especial relación entre los derechos fundamentales y los jueces encaminada al logro de la eficacia de los derechos, otorgándole de manera prioritaria al juzgador, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de su eficacia⁶ en cumplimiento de los atributos de los arts. 4 y 243 C.P.

Simultáneamente, se estructuraba el llamado **Debido Proceso Constitucional**, como se desprende del art. 29 de la Constitución Política de 1991, permitiendo un avance con respecto a la tradición jurisprudencial anglo- Norteamericana , que entre nosotros equivale a la razonabilidad de las leyes y otras normas, a **toda clase de actuaciones judiciales y administrativas**.

Se pretende resaltar que las leyes, las normas y los actos de autoridad requieren para su validez, no solo haber sido expedidos por los respectivos órganos y mediante los debidos procedimientos, **sino también concordar con las normas, principios y valores supremos de la constitución como son la paz, la seguridad, la justicia, la libertad**, etc, que se presentan como patrones de razonabilidad, es decir, fundados y justificados conforme a la **ideología constitucional** 7

Con todo, es indudable que el sistema de fuentes del derecho constituye un recurso político importante al interior del ESTADO.

Empero, la jurisprudencia que ha sido considerada como fuente secundaria o auxiliar del ordenamiento jurídico ha tenido algunas variantes por virtud del texto del art. 230 C.P. En nuestro ámbito jurídico las tesis de la “**Doctrina legal probable**” y de la “**Doctrina Constitucional**” producto de la ley 153 de 1887, norma de interpretación de la carta de 1886, y la ley 169 de 1896 , art. 4, (subrogatorio del art. 10º de la primera) la transforma en **doctrina probable** teniendo como presupuesto la existencia de tres sentencias uniformes, como Tribunal de Casación, de la Corte Suprema de justicia, sobre un mismo punto de derecho, mientras los art. 4 y 8 de la primera robustese la **doctrina constitucional** dándole **fuerza integradora e interpretativa** en casos de lagunas o ambigüedades normativas.

Con la nueva Constitución se han producido numerosas sentencias (C-113 de 1993, C- 130 de 1993. C. 083 de 1995), de la Corte Constitucional, a través de las cuales ha querido mantener el tradicionalismo de fuentes pero apoyándose en el **principio de separación de poderes y autonomía judicial**, ejerciendo la libertad de **determinar por si misma el efecto de sus sentencias**, introduciendo la teoría de la **modulación de las sentencias tipo C**, y dando vida a la denominada **cosa juzgada implícita** para referirse a los apartes de las motivaciones o consideraciones que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia bajo la denominación de **ratio decidendi** , en tanto que el resto de la motivación, con valor indicativo o auxiliar , de conformidad al tradicionalismo de fuentes, los denomina **obitur dicta** .

Como lo delimitado del tema que tratamos nos impide profundizar sobre este punto, solo destacaré la vigencia del concepto de **Doctrina Constitucional** con base en la creación de la Corte Constitucional, respecto de la cual se predica su carácter de **fuerza obligatoria** por considerar que **las sentencias por ella proferidas son parte de la Constitución** misma por virtud del mandato del art. 241 de la C. P., dada su incidencia en las sentencias de casación, sin matización adicional alguna, llamando la atención que mediante sentencia T-123 de 1995, destacó un aumento del valor de la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, sin perjuicio de su atributo de criterio auxiliar, pero determinando que en aras del principio de igualdad, en aplicación de la ley , los jueces y funcionarios que consideren

autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por estos, lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, porque de lo contrario infringen el principio de igualdad.

Lo anterior nos permite afirmar que el concepto del debido proceso ha recorrido como mínimo tres espacios: a) **Debido Proceso legal** como **sinónimo de reserva de ley y conformidad con ella en lo procesal**; b) **Debido Proceso Constitucional** como **sinónimo de proceso justo**; c) **Debido Proceso Sustantivo** como **sinónimo de concordante con todas las leyes y normas de diversa categoría y contenido y de los actos de servidores públicos con las normas, principios y valores previstos en la Carta Política**.

El tratamiento de los derechos humanos implica un derecho a tener jueces, a ser oído y a tener un proceso con todas las garantías, lo cual constituye un paso importante del proceso legal al proceso constitucional con el ingrediente de los principios como presupuesto para desarrollar los derechos fundamentales, por lo cual es de deducir que a la vez que permite ejercer los derechos materiales, también constituye una garantía esencial para los derechos humanos ^s.

Dirigiendo nuestra mirada y nuestro interés al tema que ocupa nuestra atención podemos señalar algunas reglas que aún se mantienen en el recurso de casación: a) están legitimados para interponerlo sólo quienes han sido parte, para determinado tipo de procesos; b) en materia civil y laboral (como la parte civil en lo penal) es determinante la cuantía del interés para recurrir, lo cual, en nuestro sentir no satisface su interés de pura defensa de la ley; c) La corte no puede quebrar un fallo por causal no invocada. Si la Corte encuentra justificada una causal no debe examinar las demás; todo lo anterior muestra una orientación eminentemente privatista; d) La corte puede casar una sentencia que viole el derecho extranjero; el recurrente traza los parámetros del fallo pero no puede reconocer causales de oficio, ni puede tomar en cuenta violaciones a la ley que no han sido señaladas expresamente. Con todo, la ley 906 de 2004, , nuevo estatuto procesal penal, prevé el recurso como control Constitucional y legal contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales, por falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de Constitucionalidad, Constitucional o legal llamada a regular el caso; f) la casación permite el desistimiento y la deserción. Si se tratara de pura defensa de la ley o la constitución, no habría esta posibilidad. Según la ley Colombiana solo son susceptibles de casación las sentencias de segunda instancia, a pesar que otras no recurribles por tal medio, contengan graves violaciones a la ley, lo que ha abierto el espacio a la acción de Tutela, con los inconvenientes que ha originado la tesis de la improcedibilidad de la figura contra providencias judiciales. g) La jurisprudencia y la legislación prevén la doctrina de “ los medios nuevos “ para no plantear en casación cuestiones que no fueron tema en la segunda instancia. Esto muestra también el carácter privatista del recurso; h) destacase la importancia de la forma, el interés directo de las partes con el pretexto de depurar el proceso y como supuesta garantía del debido proceso . La circunstancia de que se pueda proponer el recurso por vicios procesales debe resolverse inicialmente.

Con anterioridad a entrar en vigencia la Constitución de 1991 y dentro del marco de las **V jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal**, que tuvieron lugar en la ciudad de Valencia, Venezuela, en el mes de agosto de 1978, el autor de estas líneas tuvo oportunidad de escuchar y participar en los debates de las ponencias sobre **el presente y el futuro de la casación**, siendo uno de los trabajos mas importantes el presentado por el ex presidente del Instituto Iberoamericano, profesor **HERNANDO DEVIS ECHANDIA**, cuando planteó algunas propuestas que, a nuestro entender, guardan vigencia, al expresar la conveniencia de que los legisladores y las propias cortes establecieran las reformas que el instituto requiere para perfeccionar su procedimiento, hacerlo mas rápido y obtener plenamente los fines que con él se persiguen en la actualidad; afirmó que las sentencias adversas a quién tiene la razón jurídica, por deficiencias procesales y especialmente por exceso de formalismos, son inaceptables por la injusticia que encierran y el interés público que existe en que haya en todos los casos una correcta aplicación de las normas jurídicas, tanto en materia penal como laboral y civil. Concebía para el futuro, y con miras a una efectiva aceleración de la justicia judicial y su real democratización, eliminar el sistema de reservar los mejores jueces para los asuntos mas valiosos, que son los de ricos y poderosos, la supresión de una instancia, elevando la primera a la categoría que tiene actualmente la segunda para los mas importantes asuntos, pero conservando la casación, mas amplia inclusive que la actual, en cuanto al número de procesos y asuntos en los cuales sea procedente; tambien recalcó que la tutela procesal del derecho en general del ordenamiento jurídico de cada país, del interés público en su acatamiento de la libertad, la dignidad y los derechos subjetivos fundamentales en la persona humana, seguiría encontrando en la casación, un instrumento mas eficaz y una justicia mas justa, reclamando un sistema de **amparo judicial** como un mecanismo de jurisdicción Constitucional para los casos de infracción a las normas de la Constitución, independientes de los medios existentes para invalidar leyes y decretos.

En el estado actual de cosas cuando las cartas Constitucionales Latinoamericanas han introducido pactos y convenciones sobre derechos humanos, se han colocado en posición privilegiada tales disposiciones, provocando reacciones con la interpretación de aquellos, cuando se afirma que **sólo se trata de simples programas de acción, por parte de unos, en tanto que otros afirman su carácter operativo directo**. Desde la génesis de, los derechos humanos en la modernidad a su actual significación, que se desprende de la declaración de la ONU⁹, la universalidad es un rasgo decisivo para definir estos derechos. Sin tal calidad podemos hablar solo de derechos de los grupos, de las etnias, de los estamentos, de entes colectivos más o menos numerosos pero no de derechos humanos.

El art. 93 de la Constitución Colombiana expresa que los tratados y convenciones Internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estado de excepción, prevalecen en el orden interno, agregando que los derechos y deberes consagrados en la carta se interpretarán de conformidad con los tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La Corte Constitucional al lado de esta disposición ha definido en diversas oportunidades el sentido que tienen en tales términos, **el llamado bloque de Constitucionalidad** ¹⁰, **definiéndolo como una unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto Constitucional, son utilizados como parámetros del control de Constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.**

Así las cosas no solo la Carta Constitucional, sino todos los tratados bilaterales y multilaterales que ha suscrito Colombia y que se deben entender como parte de la carta obligan al Estado y lo vincula, dando un amplísimo poder de interpretación a los jueces.

Estos principios, derechos y deberes deben aplicarse como obligación categórica por las diversas autoridades siendo de aplicación inmediata los contemplados en el art. 85 de la carta, por el funcionario judicial por encima de las normas que se le opongan entre las cuales está el **debido proceso Constitucional que implica su control a través de la casación.**

3. DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL Y LA CASACION. CONCLUSIONES.

Con fundamento en los anteriores elementos de juicio nos atrevemos a plantear las siguientes conclusiones:

1. Existen loables intentos legales y jurisprudenciales destinados a transformar el recurso de casación como se observa del decreto 2651 de 1991 según el cual, sin perjuicio de lo dispuesto en los respectivos códigos procesales acerca de los requisitos formales, cuando mediante las demandas de casación se invoque la infracción de normas de derecho sustancial se señalan unas pautas como la de considerar suficiente 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, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa; autorizar que si un cargo contiene acusaciones que la Corte estime que ha debido formularse separadamente, se decida sobre ellas como si se hubieran invocado en distintos cargos; que si formulan acusaciones en distintos cargos y la corte considera que han debido proponerse a través de uno solo, debe integrarlos de oficio y resolver sobre el conjunto, haciendo la salvedad de que no son admisibles cargos incompatibles entre sí, pero previendo que si ello ocurre, la Corte debe tomar en consideración los que, atendidos los fines propios del recurso por violación de la ley, guarden adecuada relación con la sentencia impugnada. sobre el punto, y específicamente sobre la proposición jurídica completa, la Corte Suprema hizo énfasis en que ella no se refiere a los casos de señalamiento de normas de índole probatorio cuando ellas han sido infringidas como normas medio 11.

2. De otra parte y en relación con los **derechos fundamentales** la propia Corte Constitucional ha señalado la obligatoriedad de que la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, se pronuncie de oficio. Al respecto ha expresado el alto tribunal que con respecto a la exigencia procesal de que cuando la acusación contra la sentencia se funda en la violación de la ley sustancial, este concepto no se predica solamente de las normas de rango simplemente legal, sino también de las normas Constitucionales que reconocen los derechos fundamentales de la persona, y aún aquellas normas de las cuales pueda derivarse la existencia de un precepto específico, por regular de manera precisa y completa una determinada situación, concluyendo, como consecuencia, que **es posible fundar un cargo por violación de normas de la Constitución y que en razón de la primacía que se reconoce a los derechos Constitucionales fundamentales es obligatorio para el tribunal de casación pronunciarse oficiosamente sobre la violación de estos, aun cuando el autor no formule un cargo específico en relación con dicha vulneración.** ¹²
3. Con todo, las posiciones de los demás altos Tribunales han sido contrarias, a tal punto que **habiendo el justiciable acudido a la acción de tutela por posibles vulneraciones a los derechos fundamentales en sede de casación, han sido denegadas por considerar extravagantes las decisiones de la Corte Constitucional, afirmando que constitucionalmente no está obligada a cumplir ordenes de esta última, o a llevar a cabo un nuevo examen** ¹³, en tanto que la Corte Constitucional ha sostenido la existencia de **vía de hecho en las sentencias de casación por exceso ritual manifiesto que es, según esta corporación, aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales, convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material** ¹⁴. En este caso la Corte Constitucional consideró que la Corte Suprema de justicia **había incurrido en vía de hecho, porque no obstante haber afirmado que un trabajador si debería a gozar del derecho a pensión, según la propia jurisprudencia de la sala laboral de la Corte, según sentencia 10803 de julio 29 de 1998, M.P. JOSE ROBERTO HERRERA, no casó la sentencia objeto del recurso por falta de técnica de casación, desconociendo el principio de prelación del derecho sustancial.**
con dicha vulneración. ¹²
4. Se observa en la doctrina igualmente bastantes inquietudes, especialmente en el campo del proceso penal con ocasión de la introducción de la denominada casación excepcional a partir del decreto 2700 de 1991, con la cual se facultó a la sala de casación penal para admitir procedencias

excepcionales del recurso, **expresando la corporación que la discrecionalidad para aceptarla no se extiende a situaciones comunes, repetitivas o meramente contingentes, sino a la necesidad del desarrollo doctrinario con miras a la unificación de la jurisprudencia nacional, exigiendo que el recurrente se adentre en señalar todos los aspectos errátiles, oscuros o carentes de un debido desarrollo, cuando no las consecuencias de agravio o de injusticia que una interpretación primera haya podido suscitar, todo lo cual implica la necesidad de indicar con toda claridad y precisión en qué consiste el pronunciamiento o las variaciones a las cuales aspira** ¹⁵. Reciente pronunciamiento de la Corte en sede de casación penal, al inadmitir una demanda de casación que en criterio de la corte, no cumplía con las anteriores exigencias según lo expresado *supra* -a pesar de que el actor formuló la demanda señalando como violadas normas de derecho Constitucional fundamental-, con el criterio de que solo contaba con la alternativa discrecional o excepcional y que tenía la obligación de plantear las razones por las cuales debía intervenir la Corte para proveer un pronunciamiento respecto de una determinada temática con el fin de desarrollar la jurisprudencia o para procurar la garantía de derechos fundamentales ¹⁶.

5. Algún sector de la doctrina ¹⁷ considera que la casación penal debe ser un control de Constitucionalidad y por ende de legalidad formal y sustancial para efectivizar lo **que denominan el derecho-principio-garantía de prevalencia del derecho sustancial en cuya comprensión se interconectan derechos-principios-garantías de incidencia sustancial, como derechos-principios-garantías de incidencia procesal, superando el concepto técnico formal.**

6. De lo que se ha señalado se prevé la necesidad de una transformación de los contenidos de las causales, en los diversos procedimientos con énfasis en la relación del derecho sustancial dado que el formulismo de la técnica se sigue exigiendo exageradamente y se sacrifica en el altar de esa especie de “Dios Procesal”, la tutela del orden jurídico ¹⁸, y el interés público. Debe recordarse que la casación se creó en Francia como instrumento no jurisdiccional, sino político, que no constituía un recurso o impugnación, contra la injusticia concreta que lesionaba derechos particulares, sino como tutela de la norma legal “abstracta”, en cuanto representaba la voluntad del legislativo, que desconocían los jueces, significando una invasión de aquel con desconocimiento de la separación de los tres poderes públicos y que por consiguiente se perseguía era la tutela del orden jurídico abstracto por la amenaza de los jueces, por cuya razón no se consideraba a la casación como un recurso ni a la Corte de casación como órgano del poder judicial sino vinculado al legislativo. Hoy, el rol y la función de los jueces se ha transformado y su primer deber es el de hacer efectivo los derechos fundamentales de los ciudadanos.

7. Comoquiera que la costumbre de desestimar las demandas, a pesar de que se encuentre que evidentemente existe violación de la ley determinante de la decisión de instancia y aunque el recurrente haya explicado cuál era esa violación del contenido de la norma jurídica, porque no citó la norma o porque habiéndola citado se equivocó en el concepto de violación, falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea o porque tratándose de violación en que nada tuvo que ver el error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas se la calificó de indirecta o porque habiéndose alegado la violación directa la fundamentó en algún error en la apreciación de las pruebas, lo que a nuestro entender constituye un formalismo y formulismo exagerado, y contrario a los fines del Estado Social de Derecho, además de las normas reguladas por el decreto 2651 de 1991, entre las modificaciones de los contenidos de las causales que se sugieren, proponemos que al exigir que la Corte de Casación pueda **suplir de oficio la omitida denuncia del recurrente, cuando se trata de violación de derechos fundamentales**¹⁹, la primera causal se redacte así: “ **violación de norma de derecho sustancial, constitucional o legal, sea o no como consecuencia de errores de derecho o manifiestos de hecho en la apreciación de medios de prueba**”, con lo cual se da cabida a todo tipo de violación, como lo aceptan las mas avanzadas jurisprudencias, y al examen del elemento probatorio, como resultado de error de hecho en la apreciación de las pruebas, cuando sean manifiesto o sea protuberante, y contraevidente.²⁰ dando así plena vigencia al nuevo orden jurídico constitucional procesal y procesal constitucional.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. Code civil Francais . París. Editorial Dayos 1978- 1979
2. FABREGA PONCE, JORGE, “*La falacia de la función nomofiláctica de la casación*”, memorias XXV, congreso Colombiano de Derecho Procesal. Vol. 1 2004-Bogotá Ed. U. Libre pag.745.
3. NIEVA FENOLL, JORDI “*La relevancia social de la casación: la importancia del ius litigatoris*”. memorias XXVII congreso Colombiano de Derecho Procesal. Vol. 1 2006. Ed. U. libre pág. 587
4. ZAGREBELSKI, GUSTAVO, *EL DERECHO DUCTIL*, IV edición. Trotta, Madrid 2002.
5. GALVIS ORTIZ, LIGIA *FILOSOFIA DE LA CONSTITUCION COLOMBIANA DE 1886*, primera edición 1986. Lito Camargo Ltda. Bogotá. Pág. 232. MOLINA, GERARDO “*IDEAS LIBERALES EN COLOMBIA*” División divulgación cultural. 1970. Universidad Nacional. pág 67 y siguientes.
6. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-406 junio 5 de 1992. M.P. CIRO ANGARITA.
7. FLOREZ GACHARNA, JORGE “*INTRODUCCION AL DERECHO PROCESAL DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL*”. *Revista No. 31 de 2005 del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Pág. 153 y siguientes
8. FLOREZ GACHARNA, JORGE Ob.cit.. en la nota 7.
9. PEREZ LUÑO, ENRIQUE “*LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS y EL ESTADO CONSTITUCIONAL*”. Serie Teoría y Filosofía del Derecho. U. Externado. No. 23. Pág. 47. 2002.
10. Colombia, Corte Constitucional Sentencia C-067 de 2003.
11. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Auto marzo 7 de 1993. M.P. HECTOR MARIN.
12. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-596 Mayo 24 de 2000 M. P. ANTONIO BARRERA CARBONEL.
13. Colombia, Corte Suprema de Justicia. Casación Laboral. Auto marzo 19 de 2002. M.P. LUIS GONZALEZ TORO
14. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T 1306 diciembre 6 de 2001. M. P. MARCO GERARDO MONROY.
15. Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, Auto, Marzo 18 1994. M. P. JUAN MANUEL TORRES.
16. Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, Auto febrero 29 de 2008. M. P. MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ LEMOS.
17. PABON, GERMAN “*De la casación y la revisión penal en el Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*” 2ª edición. Doctrina y ley. 2003. Pag 27.
18. DEVIS ECHANDIA, HERNANDO “*ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL*”. TOMO I EDITORIAL ABC. 1979 pág 9.
19. CALAMANDREI, PIERO “*LA CASACION CIVIL*” Buenos Aires, 1945, tomo I, volumen I, pags 35 a 113 . DE LA PLAZA MANUEL. “*La casación Civil*”, Madrid 1974, pags. Nos 43-57.
20. DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. ob.cit. Nota 18