



**CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL A PARTIR DE
LOS REQUISITOS DE LA CASACIÓN**

CASO DE ESTUDIO

Presentado por:

IVÁN DARÍO PAREDES SUÁREZ

NURY MOSCOSO MENA

ELVIA MARINA OLAVE DÍAZ

LUZ AYDA GUERRERO ALZATE

Director de Trabajo de Grado:

Doctor FERNANDO GANDINI

Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho

UNIVERSIDAD ICESI

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO

SANTIAGO DE CALI

2017

CONTENIDO

RESUMEN.....	3
INTRODUCCIÓN.....	5
1. SÍNTESIS DEL CASO. HECHOS RELEVANTES	9
2. RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN: GENERALIDADES Y EFECTOS.....	12
2.1. DEFINICIÓN	12
2.2. ANTECEDENTE HISTÓRICO	13
2.3. OBJETO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.....	13
2.4. FINES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.....	14
2.5. PROCEDENCIA.....	15
2.6. CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.....	16
3. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL	18
4. LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO POR LA VÍA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO	24
4.1. DEL CONCEPTO DEL DEBIDO PROCESO Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL....	24
4.2. ALCANCE DEL DEBIDO PROCESO DESDE LA RITUALIDAD DE LA CASACIÓN.....	25
5. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: HERRAMIENTA DE DEFENSA PARA DECISIONES JUDICIALES QUE RECAEN EN DEFECTOS PROCESALES EN LA CASACIÓN	30
BIBLIOGRAFÍA	35
JURISPRUDENCIA	36
NORMATIVIDAD.....	36
WEBGRAFÍA.....	36

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL A PARTIR DE LOS REQUISITOS DE LA CASACIÓN

CASO DE ESTUDIO

Por: **IVÁN DARÍO PAREDES SUÁREZ¹**

NURY MOSCOSO MENA²

ELVIA MARINA OLAVE DÍAZ³

LUZ AYDA GUERRERO ALZATE⁴

RESUMEN

La presente investigación se enfoca en estudiar el recurso extraordinario de casación, sus fines y la evolución de estos en el ordenamiento jurídico colombiano, profundizando en el estudio del debido proceso y la rigurosidad de los requisitos para poder acceder al mencionado recurso frente a la prevalencia del derecho sustancial, entendiendo por este no solo las leyes sino también la Constitución, y por tanto la tutela judicial efectiva.

Por otra parte se analizará el concepto del derecho fundamental a la tutela

¹ Abogado de la Universidad del Cauca, Actualmente se desempeña como Coordinador de Depositarios de la Regional Suroccidente de la Sociedad de Activos Especiales – SAE S.A.S. Contacto: ivandaparedes@gmail.com

² Abogada de la Universidad de la Sabana. Actualmente se desempeña como Gerente Regional Suroccidente de la Sociedad de Activos Especiales – SAE S.A.S. Contacto: nurymome@hotmail.com

³ Abogada de la Universidad San Buenaventura Cali. Actualmente se desempeña como Abogada en el sector financiero. Contacto: olavediaz@gmail.com

⁴ Abogada de la Universidad Santiago de Cali. Actualmente se desempeña como Juez Once Civil Municipal de Oralidad de Cali (Valle). Contacto: guerrerolulu4@hotmail.com

judicial efectiva; su nacimiento histórico y su impacto en el derecho procesal constitucional, el cual encuentra asidero en lo consagrado en el artículo 229 Superior, y el derecho fundamental al debido proceso. Para el caso que nos ocupa aplicaremos este concepto a la decisión tomada por la Alta Corte en instancia de casación.

Estudiaremos los requisitos que deben existir para la invocación correcta de esta acción; sus alcances y límites, y un estudio detallado del concepto elaborado por la jurisprudencia, el cual ha sido bautizado como defecto procedimental en acciones judiciales, punto clave de discusión debido a que la Corte Suprema de Justicia se aparta de manera evidente de aspectos procedimentales dentro del rito, y con ello determinaremos si dicho defecto procedimental se considera absoluto, o por exceso ritual manifiesto, y cuáles son sus consecuencias.

Palabras clave: Constitucionalización, Casación, rigurosidad del recurso extraordinario, Debido Proceso, Tutela Judicial efectiva

ABSTRACT

The present investigation focuses on studying the extraordinary appeal of cassation, its purposes and the evolution of these in the Colombian legal system, deepening the study of due process and the rigor of the requirements for access to said resource against the prevalence of Substantive law, understanding not only the laws but also the Constitution, and therefore effective judicial protection.

On the other hand, the concept of the fundamental right to effective judicial protection will be analyzed; Its historical birth and its impact on constitutional procedural law, which finds support in what is enshrined in Article 229 Superior, and the fundamental right to due process. In this case, we will apply this concept to the decision taken by the High Court in an appeal.

We will study the requirements that must exist for the correct invocation of this action; Its scope and limits, and a detailed study of the concept developed by the jurisprudence, which has been baptized as a procedural defect in judicial actions, a key point of discussion because the Supreme Court of Justice departs evidently from procedural aspects within the Rite, and with it we will determine if said procedural defect is considered absolute, or by manifest ritual excess, and what are its consequences.

Keywords : Constitutionalisation, Cassation, rigorousness of extraordinary appeal, Due Process, Effective Judicial Protection

INTRODUCCIÓN

La CORTE CONSTITUCIONAL (2001) ha conceptualizado el recurso extraordinario de casación, así:

“(…) La finalidad del recurso extraordinario de casación se encuadra dentro del mandato contenido en el artículo 2º de la Constitución Política, en el que se le impone al Estado el deber de «asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo», razón por la cual es un instituto procesal que no sólo persigue garantizar los derechos y las libertades de los particulares en una causa litigiosa, sino también la consecución de unos propósitos de interés público. De ahí, que el artículo 230 del Texto Fundamental le otorga

a la jurisprudencia el alcance de criterio auxiliar de la actividad judicial, en concordancia con el artículo 4º de la Ley 169 de 1899, que le confiere a las decisiones de casación la fuerza de doctrina probable susceptible de ser aplicada en casos análogos” (Sentencia SU-1185).

Es notoria la evolución que ha tenido el recurso de casación, pues el artículo 333 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012)⁵ consagra los fines del recurso de casación, entre los cuales se encuentra el de proteger los derechos constitucionales; difiere del anterior Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 365 contemplaba que este tenía 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”*.

Cuando se habla del recurso extraordinario de casación es muy frecuente encontrar una serie de requerimientos que lo caracterizan por ser sumamente rígido y formalista, con unas precisas exigencias de la indicación correcta tanto de los fundamentos como de las causales invocadas en las que soporta sus pretensiones. Este no es otra instancia del proceso, sino que es un recurso extraordinario de relevancia impactante, ya que como lo indica el artículo 333 del CGP su finalidad es defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, proteger la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida.

Teniendo en cuenta la formalidad y rigurosidad que enviste a la casación en

⁵ **“Artículo 333. 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”.

su procedencia, causas y características, es importante revisar la conveniencia de centrar los argumentos en los aspectos formales y procedimentales, o hacer énfasis en los derechos que se vulneren por la indebida aplicación del rito que se debe llevar en cada caso.

Si bien no puede desconocerse que debe existir limitantes para no incurrir en lo que en el argot popular se denomina la “tercera instancia”, esto *per se* no significa que por el respeto de las formalidades que envisten el recurso no puedan cuestionarse los agravios que se presenten. Se trata entonces de abandonar la idea de que el recurso de casación constituye solo una cuestión de técnica y rescatar, desde la lectura de la decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil⁶, que dicha corporación no es ajena a la realidad social que requiere de la protección de unos derechos impregnados no solo de normatividad, sino de constitucionalidad.

Como bien lo señaló TOLOSA VILLABONA (2008):

“Ciertamente, las acciones, los recursos y las decisiones judiciales tienen una lógica formal, pero el derecho es, ante todo, el ejercicio de una disciplina valorativa y política, donde la verdad no depende tanto de la coherencia lógica sino de los valores materiales planteados, discutidos y objeto de decisión, donde las verdades jurídicas, más que verdades formales, son verdades axiológicas y políticas mediadas por el concepto de lo justo y de lo humano, que han de imponerse sobre lo instrumental y lo deshumanizado”.

Obsérvese que el nuevo ordenamiento promueve una mayor injerencia constitucional, conduciéndolo a un espacio en el que efectivamente se

⁶ Recurso de Casación, Sentencia 451-2017 de enero 26 de 2017. Rad. N° 11001-31-03-015-2011-00605-01. M. P.: Fernando Giraldo Gutiérrez.

garantice la tutela efectiva de los derechos, así como su debido proceso, dándole un alcance mayor a la definición estipulada en el Código de Procedimiento anterior.

En este orden de ideas, con este artículo se pretende analizar la perspectiva desde la cual la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil) estudia, analiza y disgrega tanto el aspecto procedimental como sustancial en un caso concreto en el que se invoque trámite inadecuado del proceso, bajo la ritualidad de los artículos 140 del Código de Procedimiento Civil y 333 del actual Código General del Proceso, a la luz de los postulados de la Constitución, y como esta se aparta de los tecnicismos procesales.

De ahí la importancia de destacar el impacto que tendrá este proyecto frente a la formulación del problema jurídico: ¿Dentro del recurso extraordinario de casación es viable que la Corte Suprema de Justicia se aparte de la aplicación de normas procesales a fin de garantizar la protección de una norma de orden sustancial?

Partimos primeramente por recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de toda persona a ser parte en un proceso, y a desplegar toda su actividad jurisdiccional para que un juez natural sea quien, en pronunciamiento judicial, decida sobre las pretensiones que lo llevaron a activar el aparato judicial.

A su vez, el debido proceso goza de un carácter de supraconstitucional, por ser reconocido a nivel universal como un derecho inherente a las personas, proviniendo de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no solo las entidades judiciales, sino también las administrativas,

bien sean públicas o privadas, en la definición de los derechos del individuo, por consiguiente el debido proceso comprende tanto la observancia de la ritualidad que la Ley impone a los procesos judiciales, como a los procesos de trámite administrativo, por ser un conjunto de garantías que protege a las personas, a efecto de asegurar una pronta y cumplida justicia.

También revisaremos si con este fallo es posible hablar de la constitucionalización del derecho procesal para salvaguardar el derecho que las normas protegen, incluso por encima del formalismo y tecnicismo del recurso extraordinario de casación.

Bajo estas premisas estudiaremos si en efecto la Corte Suprema de Justicia defiende esos postulados de la Constitución, o si por el contrario aún se sostiene en ese rigorismo que alguna vez predicó.

1. SÍNTESIS DEL CASO. HECHOS RELEVANTES

Entre la sociedad Granos Piraquive S.A. en liquidación (vendedora) y la sociedad Inversiones Brothers Smith Hej Ltda. (compradora) se suscribió contrato de compraventa de bien inmueble mediante la Escritura Pública N° 2236 de septiembre 20 de 2005, otorgada en la Notaría Treinta y Seis de Bogotá, pero con ocasión del incumplimiento en el pago del precio pactado por parte de la compradora, la sociedad Granos Piraquive S.A., en liquidación, instauró demanda ordinaria contra la sociedad Inversiones Brothers Smith Hej Ltda. y el Banco GNB Sudameris S.A., para que se declarara la **simulación** por apariencia del acto plasmado del referido contrato de compraventa –al

corresponder en verdad a una donación, la cual se encuentra viciada de nulidad absoluta por omisión de las formalidades legales–, y como pretensión subsidiaria la resolución del contrato de compraventa, o en su defecto la nulidad absoluta del negocio por causa ilícita, y en consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones se ordene la cancelación de la protocolización y la hipoteca que hizo la nueva dueña del bien inmueble, a favor de la entidad bancaria, con la devolución de los frutos dejados de percibir.

La demanda fue admitida por el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá, bajo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía previsto en el Código de Procedimiento Civil, en el cual una vez notificada la parte demanda del auto admisorio se presentó oposición a las pretensiones y se propusieron las excepciones denominadas “Completa validez del contrato de compraventa”, “inexistencia de la causal de nulidad”, “buena fe del comprador”, ausencia de poder del apoderado de la parte demandante”, “prescripción de la acción”, “ausencia de requisitos para configurar la simulación relativa”, “inexistencia de donación”, “falta de capacidad para ser parte”, e “inexistencia de pruebas de lo que se afirma y se pide”.

De las excepciones propuestas se corrió traslado a la parte actora, conforme lo previsto en los artículos 108 y 399 del Código de Procedimiento Civil, y vencido el término de traslado el Juzgado convocó a las partes a la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, fecha en la que realizó la “audiencia inicial” que refiere el artículo 372 del Código General del Proceso, en la que se agotaron las etapas de la conciliación, control de legalidad, fijación del litigio, decisión sobre excepciones previas y decreto de pruebas.

Posteriormente, y durante varias sesiones, el Juzgado celebró la “audiencia

de instrucción y juzgamiento” del artículo 373 del Código General del Proceso para efectos de recibir testimonios, escuchar alegatos de conclusión de las partes y proferir sentencia, siendo esta última complementada el día 16 de agosto de 2013 negando las pretensiones de la demanda, providencia que fue apelada por la parte actora, lo cual fue atendido por el Juez del Circuito bajo los parámetros de los artículos 350 a 362 del C. de P.C., y decidida por el Tribunal, siendo revocada la sentencia parcialmente disponiendo en su lugar acceder a la pretensión subsidiaria y declarar la nulidad absoluta por objeto ilícito de la compraventa, ordenando la restitución del inmueble con los frutos dejados de percibir.

En atención a las decisiones proferidas por los referidos despachos judiciales, la parte demandante presentó recurso extraordinario de casación invocando la causal de nulidad prevista en el numeral 4º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil por trámite inadecuado, bajo los siguientes argumentos:

- a) Que el *a-quo* debió encausar las pretensiones por el proceso ordinario previsto en los artículos 396 a 405 del C. de P.C.
- b) Que a partir de la audiencia de que trata el artículo 101 *ejúsdem* aplicó el trámite del proceso verbal consagrado en el Código General del Proceso, sin que aún este se encontrara vigente.
- c) Que el numeral 6º del artículo 627 del C.G.P. determina la forma gradual en la que los despachos judiciales aplicarán el sistema oral y por audiencias, previa satisfacción de las necesidades de logística e infraestructura, las cuales no se habían implementado.
- d) Que los procesos ordinario y verbal son similares en algunas etapas, pero desde la fase de conciliación cambian los procedimientos impactando en el debido proceso, irregularidad que es insaneable, pues se trata de la sustitución de todo un procedimiento.

El anterior recurso fue resuelto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia argumentando que, pese a haberse adelantado el proceso bajo un trámite distinto, no se evidencia la vulneración de derecho alguno, por cuanto no hubo una sustitución íntegra del procedimiento, y que con la audiencia preliminar se agotaron todas las etapas previstas igualmente en el Código de Procedimiento Civil, tales como la conciliación, saneamiento, excepciones previas, fijación del litigio y práctica de pruebas.

Clarificados los sustentos fácticos del caso de estudio, y para efectos de resolver el problema jurídico planteado, el trabajo se ceñirá en las generalidades de la casación, la constitucionalización del derecho, la garantía del debido proceso y la tutela judicial efectiva.

2. RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN: GENERALIDADES Y EFECTOS

2.1. DEFINICIÓN

Casación es un vocablo que significa romper, quebrar o anular, y es un recurso extraordinario porque procede únicamente contra las sentencias dictadas en los procesos y las causales que de manera taxativa expresa la ley⁷.

Por su parte, la Corte Constitucional (2011) lo definió como un mecanismo procesal de control de validez de las providencias judiciales, que además 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,

⁷ Disponible en: <http://elderechodelderecho.blogspot.com.co/2011/08/2-recursos-extraordinarios.html>

incluidos los derechos fundamentales.

2.2. ANTECEDENTE HISTÓRICO

El origen del recurso de casación lo encontramos en el derecho francés a partir de la Revolución Francesa, aunque aparezca ya antes como una necesidad política del soberano, y después, dentro del orden de la separación de poderes.

Se denota que los principales fines de la casación en sus orígenes, igual que en la actualidad coinciden en que, a través del control de legalidad a las decisiones del juez, se buscaba la reparación del daño ocasionado a las partes en razón a la sentencia que se recurría.

En Colombia el recurso extraordinario de casación surge en la Constitución Política de 1886, con la creación de la Corte Suprema de Justicia, que en el artículo 151, numeral primero, señala que “Son atribuciones de la Corte Suprema: 1. Conocer de los recursos de casación, conforme a las leyes” (RODRÍGUEZ D., 2014).

2.3. OBJETO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

El objeto del recurso de casación es muy diferente al de las instancias del proceso, ya que mientras que en estas últimas el litigio o el asunto surgido entre las partes es lo que constituye la materia de la decisión, en el recurso de casación es precisamente la decisión del juez en su sentencia, y la forma en la que esta fue tomada, la que es objeto de examen (CORTE SUPREMA DE

JUSTICIA, 2000).

Tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, el recurso extraordinario de casación no es una instancia adicional al proceso. Su naturaleza especial obliga a señalar las normas violadas (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 1996).

2.4. FINES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN⁸

En este punto puede observarse claramente el impactante cambio que introduce al respecto el Nuevo Código General del Proceso, pues el artículo 365 del derogado Código de Procedimiento Civil establecía como fines de la casación:

- a) Unificar la jurisprudencia nacional.
- b) Proveer la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos.
- c) Reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida.

De conformidad con lo señalado en el artículo 333 del Código General del Proceso, el recurso extraordinario de casación tiene como fin:

- a) Defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico.
- b) Lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno.
- c) Proteger los derechos constitucionales.

⁸ Código General del Proceso, art. 334.

- d) Controlar la legalidad de los fallos.
- e) Unificar la jurisprudencia nacional.
- f) Reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida.

Es así como el derecho procesal acoge la concepción de Colombia como Estado social de derecho, protector y garante de los derechos fundamentales y la dignidad humana, al introducir dentro de los fines del recurso extraordinario de casación, entre otros, la protección de los derechos constitucionales.

2.5. PROCEDENCIA⁹

El artículo 334 de la Ley 1564 de 2012 establece las condiciones para que proceda el recurso extraordinario de casación es el siguiente:

- ✓ procede contra sentencias
- ✓ proferidas por los tribunales superiores en segunda instancia, que:
 - a) Hayan sido dictadas en toda clase de procesos declarativos.
 - b) Hayan sido dictadas en las acciones de grupo cuya competencia corresponda a la jurisdicción ordinaria.
 - c) Hayan sido dictadas para liquidar una condena en concreto.

En consonancia con lo anterior, puede observarse cómo la CORTE

⁹ Código General del Proceso, arts. 333 y ss.

CONSTITUCIONAL (2001), señaló:

“(…) la presente doctrina constitucional mantiene la especificidad de la casación, pues no establece que la Corte Suprema deba revisar, en forma oficiosa e integral, si la sentencia atacada vulnera o no derechos fundamentales, lo cual podría desdibujar la naturaleza extraordinaria y dispositiva de la casación. La labor de la Corte Suprema sigue limitada al examen de los cargos del recurrente. Por consiguiente, la casación sigue siendo (i) un recurso extraordinario que no está abierto a todas las sentencias sino exclusivamente a algunas de ellas, y por las causales señaladas por la ley. La casación mantiene su (ii) carácter dispositivo pues la Corte Suprema sigue centrada en el examen de los cargos del recurrente. Igualmente, la casación (iii) preserva su función esencialmente sistémica de unificación jurisprudencial, más que de corrección de cualquier yerro judicial, y como consecuencia de esas tres características, (iv) el debate probatorio y la discusión jurídica en casación siguen siendo limitados”¹⁰

Es claro entonces que el recurso de casación continúa siendo un trámite procesal de carácter extraordinario, goza de exclusividad para algunas sentencias, examina los cargos del recurrente, es unificador de jurisprudencias, y limita las pruebas y la discusión jurídica sin perjuicio de haberse constituido en garante de los principios constitucionales.

2.6. CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

Las causas que dan lugar a que opere el recurso extraordinario de casación son:

¹⁰ Aclaración de voto Magistrado Rodrigo Uprimny Yepes.

- a) La violación directa de una norma jurídica sustancial.
- b) 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.
- c) No estar la sentencia en consonancia con los hechos, las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado, o que el juez ha debido reconocer de oficio.
- d) Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación del apelante único.
- e) 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.

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, aun de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales. (subrayado fuera de texto).

Al respecto la CORTE CONSTITUCIONAL (2001), en aclaración de voto, manifestó:

“Sin embargo, con el fin de armonizar la casación con los principios constitucionales, la presente doctrina constitucional únicamente prevé que si la Corte Suprema, al examinar los cargos del recurrente, constata que la sentencia atacada vulneró, de manera evidente, un derecho fundamental, entonces su decisión no puede ignorar ese hecho, únicamente porque la demanda incurrió en algún error de técnica. En tales situaciones, si la vulneración del derecho fundamental se hace evidente a partir del estudio de

los cargos del recurrente, aunque éstos tengan problemas de técnica procesal, la aplicación preferente de la Constitución y la prevalencia del derecho sustancial y de los derechos fundamentales (C.P., arts. 4º, 5º y 228), exigen que el juez de casación ampare ese derecho fundamental, pues es el último recurso con que cuenta la persona”.

Es nuevamente en las causales del recurso extraordinario de casación donde claramente se ve la influencia del concepto de Estado social el derecho en un procedimiento cuyo objetivo primario era la unificación de la jurisprudencia, la verificación del principio de legalidad en las decisiones del juez, y el resarcimiento de perjuicios causados a las partes, cuando abre la posibilidad de casar la sentencia en el evento en que esta atente contra derechos o garantías constitucionales.

3. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL

Como se pudo observar el recurso extraordinario de casación es un trámite, que como todo derecho en Colombia ha tenido una constitucionalización, para lo cual resulta necesario precisar en qué consiste.

Se puede decir que la constitucionalización consiste en analizar o aplicar todas las normas a la luz de la Constitución, de sus principios, toda vez que sus normas permean todo el ordenamiento jurídico tomando una dimensión ideológica y no solo un conjunto de normas rígidas o restricciones; así mismo la jurisprudencia y la doctrina refleja este proceso.

Este proceso denota un fenómeno hermenéutico, es decir le asigna un significado mayor al que inicialmente se le otorgó a un enunciado normativo, por la interpretación que realizan los operadores judiciales y los doctrinantes,

más concretamente la Corte Constitucional, y estas teorías empiezan a ser aplicadas a otras ramas del derecho.

Cuando se habla de la constitucionalización del Derecho Procesal debemos tener en cuenta el fin, un objetivo, como es lograr la justicia, por medio de la aplicación de las normas, reglas y la ponderación de los principios constitucionales, dejando de lado la rigurosidad o formalismo del derecho procesal, para realmente satisfacer el derecho pretendido, por medio de esas normas procesales.

Para realizar esta ponderación se debe iniciar con la subsunción de la norma procesal, teniendo mucho cuidado de no transgredir el artículo 29 del Estatuto Superior, que trae todo lo concerniente al debido proceso, tema que se profundizará en el siguiente aparte, con el artículo 228 *ibídem*, que trae todo lo relativo a la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal.

La CORTE CONSTITUCIONAL (1992) expone una nueva forma de ver e interpretar el derecho, así:

“Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos (...).

”5. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y

material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. En el Estado intervencionista se desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley”.

De lo anterior se colige que la Corte Constitucional desde hace ya varios años tiene claro que las normas se deben analizar desde el punto de vista constitucional, es decir que se deben interpretar las normas invocadas desde la efectividad de la guarda de los derechos constitucionales, que es uno de los pilares sobre los cuales descansa los fines del Estado; en esta sentencia se puede ver el origen de la constitucionalización del derecho en Colombia, aunque tímidamente se tuvo algunos casos en la Constitución anterior.

Ahora bien, con respecto a sacrificar el principio de seguridad jurídica se puede decir que no todos los actores del derecho están de acuerdo, por cuanto los litigantes manifiestan que no es claro y que ello puede llevar a nuevas formas de litigio, que es un asunto que se debe examinar en la jurisdicción ordinaria con sujeción a lo dispuesto en la Ley, lo que conlleva necesariamente a una argumentación mayor por parte del operador judicial, respecto de la aplicación o no de normas procesales, que como bien sabemos son de derecho público, es decir de obligatorio cumplimiento.

Las normas procesales ahora son vistas de una manera diferente tanto de interpretación como de textura abierta, aplicando el principio que le subyace para alcanzar los fines de la Constitución, y no como se solía hacer, como textura cerrada, de manera exegética y aislada del resto del ordenamiento, premisas que se ven plasmadas en el Código de Procedimiento administrativo, en su artículo 103 inciso segundo, que reza que *“En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal”*.

Nótese cómo en la redacción de esta norma, que es del año 2011, se consigna primero que la interpretación de las normas debe realizarse inicialmente con los principios constitucionales, y como segunda opción, no menos importante, los principios del derecho procesal.

Igualmente podemos revisar qué dice la Doctrina al respecto.

CALDERÓN (2005), plantea que existen cinco formas de constitucionalización.

a) **Sistema Suave:** que hace referencia a la activación con ocasión de la solución de un caso concreto y tiene los siguientes rasgos:

- La autoridad que conoce del asunto, lo hace en su condición de juez ordinario.
- El trámite procesal que se sigue a efectos de definir la cuestión es de aquellos regulados por el ordenamiento procesal civil o arbitral.
- La construcción de argumentos constitucionales, no necesariamente explícita, tiene por objeto fundamentar la competencia para decidir el asunto y determinar las fuentes del derecho aplicables.

b) **Sistema Estricto:** tiene como características:

- Que le corresponde a la jurisdicción constitucional conocer inicialmente la controversia planteada.
- El instrumento procesal empleado para discutir el asunto es la

acción de tutela.

- Es posible constatar el predominio de argumentos constitucionales en la construcción del fundamento de la decisión.

c) **Sistema excepcional intermedio:** se asimila en sus dos primeras características al sistema suave, sin embargo tiene dos diferencias; la solución dada por el juez ordinario se considera inconstitucional como consecuencia de la omisión de una consideración constitucional fundamental (violación directa de la Constitución), o de la concreción en su contenido, de un defecto sustantivo, circunstancia que activa la competencia excepcional de la jurisdicción constitucional.

En este sistema se ocupa fundamentalmente de valorar la corrección constitucional de la argumentación de la autoridad judicial, y establecer la existencia o no de defectos sustantivos en la decisión del juez ordinario.

d) **Sistema Ordinario intermedio:** al igual que el anterior, tiene las dos primeras características del sistema suave sin embargo, además de apoyarse en el texto constitucional con los mismos propósitos, acude al mismo a efectos de construir un argumento que le permita soportándose en el artículo 4° de la Constitución y proceder a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, respecto de una norma de derecho privado, *prima facie* aplicable.

e) **Sistema abstracto:** se activa con ocasión de la presentación de acciones orientadas a que se declare la inconstitucionalidad de una norma relevante para el derecho privado y tiene lugar:

- Con ocasión de la actuación de la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, según sea el caso.
- Su trámite es el propio de la acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad.
- Existe *prima facie* un predominio de argumentación constitucional abstracta.

Con estos sistemas que ilustra el tratadista (CALDERÓN, 2005) se infiere que existe una técnica o sistemas, dependiendo del caso que se analice, de cómo aplicar la constitucionalización del derecho, en este caso que estudiamos el procesal.

Para el caso analizado, de acuerdo a las clasificaciones vistas anteriormente, estamos frente a la constitucionalización del derecho procesal mediante un sistema suave, toda vez que lo hace un juez ordinario, como es la Corte Suprema de Justicia, resolviendo un recurso de casación, cumpliendo los requisitos del procedimiento civil.

Igualmente es pertinente describir los beneficios que pueden observarse de este proceso de constitucionalización:

- a) La Constitución, como es sabido, es la Norma de Normas y tiene consagrados unos derechos fundamentales y principios constitucionales que se deben tener en cuenta al momento de desarrollar todas las otras normas.
- b) Con la constitucionalización del derecho, en este caso el procesal, realmente se logra una justicia efectiva al revisar cada caso, a la luz de los derechos y principios constitucionales.
- c) La constitucionalización del derecho procesal no se aplica de manera

absoluta, es decir se debe revisar cada caso en concreto, pues no es posible determinar qué principio es “más importante que otro”.

- d) Con la constitucionalización, según la doctrina constitucional, se ha buscado suavizar un poco el exceso de rigor manifiesto que en algunos casos desdibuja el objetivo de los derechos sustanciales.

También encontramos algunas opiniones en contra, así:

- a) Con la constitucionalización del derecho se vulnera el principio de la seguridad jurídica.
- b) Igualmente la legalidad, pues no es factible determinar un resultado por vulneración de una norma procesal.

Al final podemos concluir que, dependiendo del punto de vista, es decir demandante o demandado, pueden resultar convenientes las decisiones de este tipo, con base en argumentos constitucionales de la certeza de no vulneración de derechos sustanciales, para lo cual vamos a revisar en el siguiente acápite el derecho fundamental, como es el debido proceso.

4. LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO POR LA VÍA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

4.1. DEL CONCEPTO DEL DEBIDO PROCESO Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Adentrándose en el estudio del “debido proceso” es preciso recordar que este concepto tuvo auge en nuestro país con la expedición de la Constitución de 1991, norma cuyo principal aporte fue el de la consolidación de un Estado con amplias garantías tanto políticas como sociales, con la implementación de

figuras como la tutela, la democracia participativa y el desarrollo de los derechos fundamentales, entre otros.

A partir de tal inclusión el debido proceso se ha calificado como un principio para garantizar a todas las personas el derecho de defensa y de las formas procesales, dado que en un principio y bajo la tradición occidental se juzgaba a la persona bajo una creencia e ideología distinta en la que se utilizaba la ordalía¹¹ como método de prueba, sustituida posteriormente por otros medios que igualmente fueron cuestionados a lo largo de la historia, para finalmente preguntarse: ¿qué ocurriría de no existir un procedimiento establecido para juzgar?

En materia jurisprudencial la CORTE CONSTITUCIONAL (2014) ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través del cual se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia, haciendo como parte de tales garantías el derecho a la jurisdicción, el derecho al juez natural, el derecho a la defensa, el derecho a un proceso público, el derecho a la independencia del juez, y el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario”.

4.2. ALCANCE DEL DEBIDO PROCESO DESDE LA RITUALIDAD DE LA CASACIÓN

¹¹ La ordalía o Juicio de Dios era una institución jurídica vigente hasta finales de la Edad Media en Europa, que consistían en “invocar y en interpretar el juicio de la divinidad a través de mecanismos ritualizados y sensibles, de cuyo resultado se infería la inocencia o la culpabilidad del acusado”. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Ordal%C3%ADa>.

Es preciso recordar que nuestro sistema legal cuenta con el grado de la segunda instancia, en virtud del cual determinadas controversias pueden ser reexaminadas mediante el recurso de apelación, y que el recurso extraordinario de casación no pretende un nuevo reexamen, como si se tratase de una tercera instancia, sino que cumple otros fines, entre los cuales está, como se mencionó anteriormente, el de la unificación de jurisprudencia, desde la revisión de los argumentos expuestos por el recurrente en los que motive que el Juez de la apelación ha incurrido en error de interpretación.

Bajo esa arista el recurrente no está motivado por una interpretación exacta de la Ley, sino que sus argumentos recaen en que se anule una sentencia que considera le es injusta o contraria a sus pretensiones, pero que atendiendo el carácter extraordinario del recurso de casación, construido para que se utilice con un fin público dicha unificación jurisprudencial, esa reclamación particular se convierte en un compilado de argumentos jurídicos por los cuales se aprueba o desaprueba la interpretación dada en la sentencia recurrida, que bien podrían ser atendidos por los jueces en adelante, dado su valor persuasivo y ejemplar¹², ello claro está, siempre y cuando la decisión de ese Juez de apartarse del precedente se encuentre debidamente motivada y fundamentada.

Al respecto CALAMANDREI (1959)¹³ consignó que:

¹² Este autor señala que las decisiones de la Corte de casación no tienen el valor de “precedentes” jurídicamente obligatorios para todos los casos similares, sino un valor meramente *persuasivo y ejemplar*, puesto que ese trabajo de selección de la jurisprudencia, queda dentro de los límites de la interpretación judicial, sin irrumpir en el campo de la interpretación auténtica.

¹³ Jurista y político italiano, considerado como uno de los padres de la constitución de 1948 y fue uno de los principales inspiradores del Código de Procedimiento Civil de 1940.

“(…) la unificación de la Jurisprudencia no significa, como tantas veces lo hemos advertido, inmutabilidad de la interpretación judicial, que querría decir *paralización del derecho*: unificación de la jurisprudencia significa tendencia a la uniformidad de la interpretación judicial *en el espacio* (de modo que en un cierto momento la misma norma jurídica sea interpretada del mismo modo en todo el territorio del estado), pero *no en el tiempo* (de manera que no se excluya la evolución jurisprudencial del derecho, esto es, la posibilidad de sustituir en un momento posterior, siempre que se lo haga de manera uniforme para todo el Estado, una nueva interpretación, socialmente más adecuada al espíritu de la época, a la precedentemente acogida y que se demuestre superada)” (p. 215).

Ahora, visto este recurso desde un enfoque más garantista y atendiendo que nuestro nuevo ordenamiento procesal civil (Ley 1564 de 2012) adhirió como otro fin de la casación¹⁴ el de proteger los derechos constitucionales, entre los cuales se encuentra el debido proceso, frente a este último concepto enfocaremos este acápite para resaltar cómo se evidencia una “constitucionalización de la casación”, concepto relevante a la hora de hablar de una efectiva protección del derecho sustancial frente a interpretaciones meramente formalistas.

La CORTE CONSTITUCIONAL (2014), en demanda de inconstitucionalidad de los artículos 184 (parcial) de la Ley 906 de 2004 y 347 (parcial) de la Ley 1564 de 2012, presentada con el argumento que se vulnera el principio de legalidad puesto que al equiparar el umbral argumentativo de la casación al que existía en legislaciones anteriores para el recurso excepcional o discrecional dificulta el acceso, dado que una reflexión de esa naturaleza se erigiría como un verdadero prejuzgamiento, y que la discrecionalidad para la selección de procesos de casación es el resultado de una ponderación equivocada entre la

¹⁴ Código General del Proceso, art. 334.

eficacia en la administración de justicia y los derechos a la igualdad y debido proceso de quienes intervienen en ellos, que por no ser motivada conllevan a una limitación inconstitucional al acceso a la justicia, toda vez que la Constitución establece como elemento del debido proceso el derecho a impugnar las sentencias condenatorias, siendo necesario conocer las razones y argumentos utilizados por los jueces en sus decisiones, reseñó lo siguiente:

“(…) la norma demandada que incorpora las finalidades de la casación como parámetro de selección de dichos recursos en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no vulnera el derecho a la dignidad humana (artículo 1º) a la igualdad (artículo 13), el respeto al debido proceso (artículo 29) y la limitación de la función pública (artículo 123) consagrados en la Constitución. Este artículo es el resultado de un ejercicio razonable de la libertad de configuración legislativa del Congreso. Los fines de la casación, en el nuevo régimen constitucional, son una garantía sustancial para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ese sentido, se justifica la diferencia entre las peticiones de los ciudadanos que cumplen con los requisitos de admisión y las que no lo hacen. Por lo demás, se advierte que con el cumplimiento de alguna de las finalidades bastaría para la admisión del recurso por lo que cualquier caso donde se hayan vulnerado los derechos fundamentales de un ciudadano tendrá que ser revisado en sede de casación por la Corte Suprema de Justicia”.

“(…) Aceptar, por ejemplo, que un recurso de casación deba ser admitido por el solo cumplimiento de los requisitos formales desconoce el lugar privilegiado que tienen los derechos fundamentales en el nuevo orden constitucional y la obligación de los jueces de garantizar su efectividad material”.

Así entonces se evidencia que, si bien el legislador cuenta con libertad de configuración legislativa, tales decisiones deben observar tanto la prevalencia del derecho sustancial como la protección de las garantías derivadas del

debido proceso, y del acceso oportuno y eficiente a la justicia, por tanto, de ser necesario imponer unos limitantes para el ejercicio del recurso extraordinario de casación, estos no pueden ir en contravía de tales principios.

Para cerrar este aparte es preciso concluir que el desarrollo legislativo se encuentra sujeto a la defensa de la legalidad material¹⁵, pero esta no puede exigir cargas que vulneren derechos fundamentales o que impidan el acceso a la justicia, tema que corresponde al capítulo subsiguiente.

Respecto a la sentencia objeto de estudio (SC 451/17), se atisba que la Corte Suprema de Justicia, no encontró vulnerado el derecho al debido proceso, destacando que pese a haberse dado el trámite del proceso verbal consagrado en el Código General del Proceso que (según lo manifestado por el recurrente en casación, no se encontraba en vigencia aún), el procedimiento surtido no afectó la defensa y contradicción de alguna de las partes intervinientes, máxime que la nulidad invocada por trámite inadecuado “se configura en el evento de una suplantación integral o radical del procedimiento pertinente, y no por la modificación o preterición de alguna de sus parcelas”.

Es decir que si bien el juez anticipó la aplicación de una ley procesal no vigente, su aplicación no trocó los estadios de la tramitación del proceso ordinario que se invocó inicialmente por el demandante, sino un segmento de este, como lo fue el decreto de pruebas, la presentación de los alegatos de conclusión y la sentencia, que se hicieron por audiencia y no por el medio

¹⁵ La legalidad en sentido material implica una serie de exigencias, como la reserva legal y la taxatividad de la ley, que a su vez soporta ciertas consecuencias como la prohibición de la retroactividad de las leyes penales, excepto cuando sean más favorables para el reo, la prohibición de que el poder ejecutivo o la administración dicte normas penales, o la prohibición de la analogía en materia penal. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_legalidad

escritural. Los demás actos se surtieron de la manera prevista en el ordenamiento anterior, pues aunque estos también fueron por audiencia, tal trámite ya se encontraba reglado en el estatuto procesal anterior, señalado como “audiencia preliminar”.

5. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: HERRAMIENTA DE DEFENSA PARA DECISIONES JUDICIALES QUE RECAEN EN DEFECTOS PROCESALES EN LA CASACIÓN

Descendiendo en el tema, tal como se mencionó anteriormente, se encuentra que el principio de legalidad procesal y su ineludible relación con el derecho fundamental al debido proceso se alzan como estandartes dentro del derecho procesal, los cuales proclaman una protección férrea a la seguridad jurídica dentro de cualquier litigio, por tanto es preciso señalar lo que la CORTE CONSTITUCIONAL (2013) ha definido como tutela judicial efectiva en donde dijo:

“El derecho a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, se ha definido como «la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes»”.

Lo anterior quiere decir que el derecho fundamental de tutela judicial efectiva se levanta como un medio que busca la protección de las reglas definidas dentro de la normativa procesal, y con mayor razón inquirir su defensa dentro

del recurso extraordinario de casación, que como bien se ha explicado es un recurso que se caracteriza por su estricto rigor a normas de orden procesal (TOSCANO L., 2017), por lo que ante la vulneración al derecho fundamental del debido proceso, y que sea producido por la decisión de un órgano judicial, surge el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el cual ha sido creado por la jurisprudencia y catalogado por la Corte Constitucional como una necesidad inherente a la condición humana (Sentencias T-476 de 1998 y C-426 de 2002)¹⁶ y “pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado social de derecho” (Sentencia T-125 de 2010).

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene el alcance de hacer parte del bloque de constitucionalidad (Sentencia C-337 de 2016), y de uno de los límites generales para el operador judicial al momento de ejercer u omitir la aplicación de una norma o proceso dentro del litigio.

Ahora bien, en el caso en estudio se puede observar que de manera sorpresiva la Corte Suprema de Justicia se aparta del rigor procesal del recurso extraordinario de casación, casando un proceso que claramente estaba viciado por un trámite inadecuado, en el cual se realizó de manera equivocada actos procesales del Código General del Proceso y no del Código de Procedimiento Civil, norma vigente para ese entonces.

Estas actuaciones procesales inadecuadas se han denominado por parte de la jurisprudencia y la doctrina como defectos procedimentales, que según la

¹⁶ “El acceso a la administración de justicia se constituye para el individuo en una necesidad inherente a su condición y naturaleza, sin él los sujetos y la sociedad misma no podrían desarrollarse y carecerían de un instrumento esencial para garantizar su convivencia armónica, como es la aplicación oportuna y eficaz del ordenamiento jurídico que rige a la sociedad, y se daría paso a la primacía del interés particular sobre el general, contrariando postulados básicos del modelo de organización jurídica-política por el cual optó el Constituyente de 1991”.

CORTE CONSTITUCIONAL (2010) ha sido definido como:

“un defecto de naturaleza cualificada, pues demanda que el trámite judicial «[...] se haya surtido **bajo la plena inobservancia de las reglas de procedimiento que le eran aplicables**, lo que ocasiona que la decisión adoptada responde únicamente al capricho y la arbitrariedad del funcionario judicial». **Además, la desviación del procedimiento debe ser de tal magnitud que afecte los derechos fundamentales de las partes, en especial el derecho al debido proceso**”.

El defecto procedimental puede ser de dos clases:

- a) **Defecto procedimental absoluto.** El defecto procedimental absoluto se configura cuando un juez se aparta completamente, de manera errónea o arbitraria¹⁷ (CORTE CONSTITUCIONAL, 2005), del procedimiento reglado para determinado proceso dentro del ordenamiento jurídico vigente. Frente a lo anterior, la jurisprudencia de manera reiterativa ha sostenido que:

“(...) De esta manera, en aquellos casos en que un juez resuelve, en forma arbitraria, desconocer los procedimientos y las formas establecidas para el desarrollo de los juicios, vulnera no sólo los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, relacionados con los derechos a la defensa y contradicción que le asiste a las partes en el marco de un proceso judicial o de un procedimiento activo. En realidad, con esta omisión, el juez natural pone en peligro la protección y efectividad de

¹⁷ Defecto procedimental, el cual dependiendo de las garantías procesales que involucre puede ser de dos tipos: (i) de carácter absoluto, que se presenta cuando el funcionario judicial se aparta del proceso legalmente establecido, ya sea porque sigue un proceso ajeno al autorizado o porque omite una etapa sustancial de este, caso en el cual afecta directamente el derecho al debido proceso, **o cuando escoge arbitrariamente las normas procesales aplicables a un caso concreto.**

los derechos subjetivos de las partes en el referido trámite, lo cual supone una afectación de carácter sustancial, si se tiene en cuenta que los procedimientos están concebidos para asegurar la efectividad de dichos derechos sustanciales”.

- b) **Defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto.** El defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto consiste en que el operador judicial sacrifica de manera directa la aplicación de un derecho sustancial en aras de dar cumplimiento extremo a las normas procesales, es decir que desnaturaliza la función misma de las normas procesales, ya que están constituidas para ser un medio que lleve a la verdad jurídica, protegiendo la norma sustancial.

Posteriormente la CORTE CONSTITUCIONAL (2003) amparó los derechos fundamentales del accionante al debido proceso, y de acceso a la administración de justicia, en armonía con los principios constitucionales de celeridad procesal y de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, al concluir que el juez (i) al ignorar manifiesta y ostensiblemente una prueba, cuya valoración tenía la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo, y (ii) al hacer una interpretación incorrecta y desproporcionada de las normas aplicables al caso y otorgarle a la oponibilidad mercantil un efecto sancionatorio no previsto en el ordenamiento procesal, había incurrido en una vía de hecho “en la interpretación judicial”, en desmedro de los derechos sustantivos en litigio, por tanto en esta definición se cumple uno de los principios constitucionales en materia procesal, cuya máxima ha definido que ninguna norma de orden procesal puede estar por encima del respeto y protección de normas sustanciales, ya que el rigorismo procesal no puede en ningún caso afectar el derecho que le asiste al ciudadano, más aún si es de

orden fundamental¹⁸.

Sin embargo, para el caso en concreto, se configura el defecto procedimental absoluto, en donde se puede evidenciar que la Corte Suprema de manera arbitraria se aparta del ordenamiento procesal, es decir existe un acto arbitrario que de ningún modo se puede ver como un mecanismo para garantizar la debida protección del derecho sustancial en litigio, antes bien, es una vulneración al principio de legalidad para quien se vio sometido a unas reglas procesales que aún no estaban vigentes, afectando el debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, al configurarse el defecto procedimental absoluto, no existe otro camino que ordenar al operador judicial que se aplique la nulidad del proceso adelantado y se reinicie el litigio con plena observancia de las garantías procesales, en aras de proteger de manera incólume el debido proceso (CORTE CONSTITUCIONAL, 2007).

Ahora bien, se reconoce que ningún error de técnica dentro del recurso extraordinario de casación puede sacrificar derechos fundamentales, pero cuando en la *litis* solo existe una controversia sobre intereses privados y que los derechos fundamentales de las partes no se encuentren en riesgo, el procedimiento a aplicar deberá ajustarse al más estricto rigor, ya que una de

¹⁸ El procedimiento no es, en principio, ni debe llegar, a ser impedimento para la efectividad del derecho sustancial, sino que debe tender a la realización de los derechos sustanciales al suministrar una vía para la solución de controversias sobre los mismos. Cuando surge un conflicto respecto de un derecho subjetivo es el derecho procesal el que entra a servir como pauta válida y necesaria de solución de la diferencia entre las partes. Se debe tener siempre presente que la norma procesal se debe a la búsqueda de la garantía del derecho sustancial. Teniendo en claro la prevalencia que en la administración de justicia debía tener el derecho sustancial, el constituyente de 1991 lo estableció como principio de la administración de justicia en el artículo 228, al consagrar que en las actuaciones de la administración de justicia “prevalecerá el derecho sustancial”. La Constitución consagra el respeto de los derechos fundamentales, lo cual implica que esta protección debe prevalecer sobre normas procesales que de ser aplicadas conducirían a la negación de los mismos.

las labores de la Corte Suprema de Justicia en el recurso extraordinario de la casación es el ceñirse al estudio acucioso de los cargos impetrados por el recurrente¹⁹ (CORTE CONSTITUCIONAL, 2001), por tanto se concluye que no toda primacía de norma sustancial puede sacrificar una norma procesal; con ello el operador judicial deberá ser cuidadoso al momento de apartarse de la aplicación de una norma procesal, ya que el hacerlo de manera errónea producirá un defecto procedimental dentro de su decisión, y esto con mayor razón en un rito tan reglado como es el recurso extraordinario de casación, cuya consecuencia jurídica es la nulidad del proceso.

BIBLIOGRAFÍA

CALAMANDREI, P. (1959). *Casación Civil*. Traducción Sentís Melendo y Ayerra Redin. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

CALDERÓN, J.J. (2006). *La Constitucionalización del Derecho Privado*. Bogotá: Editorial Temis LTDA.

MORALES M., H. (2014). *Técnica de Casación Civil*. Bogotá D.C, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia.

MURCIA B., H. (2005). *Recurso de Casación Civil*. Bogotá D.C, Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda.

TOLOSA V., L.A. (2008). *Teoría y Técnica de la Casación*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

¹⁹ En tales situaciones, si la vulneración del derecho fundamental se hace evidente a partir del estudio de los cargos del recurrente, aunque estos tengan problemas de técnica procesal, la aplicación preferente de la Constitución y la prevalencia del derecho sustancial y de los derechos fundamentales exigen que el juez de casación ampare ese derecho fundamental, pues es el último recurso con que cuenta la persona.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL (2014). Sentencia C-341. M.P.: Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL (2014). Sentencia C-880. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

CORTE CONSTITUCIONAL (1992). Sentencia T-406. M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón.

NORMATIVIDAD

Código de Procedimiento Administrativo (2011).

Código General del Proceso (2012).

Constitución Política de Colombia (1991).

WEBGRAFÍA

CARDONA J., J.E. (s.f.). "Modelo Hermenéutico del Debido Proceso en Colombia". Disponible en: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/14147/12507>

RODRÍGUEZ D., H.A. (2014). "Constitucionalización del recurso extraordinario de casación laboral. Flexibilización de la técnica". Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Disponible en: <http://elderechodelderecho.blogspot.com.co/2011/08/2-recursos-extraordinarios.html>

TARUFFO M. (s.f.). "El Vértice Ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil". Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-diaz-canton-el-vertice-ambiguo.pdf>