



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ
Magistrado Ponente

AC2870-2016

Radicación n° 11001-31-03-029-2010-00757-01

(Aprobado en sesión de treinta de marzo de dos mil dieciséis)

Bogotá D. C., doce (12) de mayo de dos mil dieciséis
(2016).

Se decide la reposición formulada por la sociedad Ruíz Montes Ltda. en Liquidación frente al auto de 11 de noviembre de 2015, que inadmitió el libelo y declaró desierto el recurso de casación que interpuso respecto de la sentencia de 31 de octubre de 2013, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario de responsabilidad que promovió contra Sigma Ingeniería y Consultoría Ltda.

ANTECEDENTES

1.- La demandante persigue que le indemnicen los daños materiales causados por la convocada con la excavación negligente en las colindancias de una casa de su propiedad (18 feb. 2008).

2.- El Tribunal confirmó la desestimación de las pretensiones porque los detrimentos fueron reparados en su integridad, pues, la enjuiciada realizó las refacciones necesarias, y mientras perduraron los trabajos, entre febrero y julio de 2008, cubrió el alquiler que percibía la gestora; asimismo, en 2010 volvió a realizar arreglos en el predio.

Además, no hay prueba de que la recurrente incurrió en gastos por refacciones o de la depreciación del bien raíz, ni de que actualmente exista «*daño estructural*». Finalmente, el «*lucro cesante*» a partir de julio de 2008 carece de relación causal con la obra y sólo puede imputársele a las inquilinas.

3.- La recurrente en casación formuló un único ataque, con base en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por la violación indirecta de los artículos 1613 y 2349 del Código Civil, y 2°, 58 y 229 de la Constitución Política, derivada de los siguientes errores de hecho en la apreciación de las pruebas:

(i) No se valoró el testimonio de Ángel Antonio Martínez Trujillo, quien presenció el estado «*calamitoso*» y advirtió que sus «*daños estructurales*» impedían el funcionamiento de los establecimientos. De haberse sopesado ese relato, el fallo del juzgado habría sido revocado.

(ii) Tampoco se tuvo en cuenta un recorte de prensa sobre lo ocurrido, que narraba la dimensión del «*estropicio*».

(iii) No se observó el estudio de «*control de plomos en edificaciones adyacentes*», donde se menciona que la peluquería y el jardín infantil funcionaban dentro del bien, lo cual muestra el nexo entre el agrietamiento y el impago de la renta.

(iv) Se omitió que el Diagnóstico Técnico n° 3605 del DPAE también revela la existencia del «*daño estructural*».

(v) Dejó de apreciarse que en el «*acta de verificación de daños*», sentada por los representantes legales de las partes, se registró la inmediata evacuación de los negocios, por lo que las empresarias entraron en crisis y dejaron de pagar.

(vi) Se pasó que las actas judiciales de entrega de los locales resaltan que a raíz de las contingencias la actividad mercantil allí desarrollada no volvió a ser rentable.

(vii) El Tribunal acudió a indicios para deducir que las arrendatarias llegaron en julio de 2008, pero los «*medios probatorios directos*» denotan que lo hicieron en febrero de 2008 (folios 24 y 25).

2.- En el proveído discutido se concluyó que el cargo adolecía defectos de forma porque (folios 35 al 62):

a.-) El artículo 1613 del Código Civil no tiene naturaleza sustancial, dado que no declara, crea, modifica ni extingue relaciones jurídicas, sino que simplemente enumera los elementos que comprende el concepto de perjuicio.

b.-) Aunque el 2349 *ejusdem* si tiene esa índole, no fue citado como soporte de las pretensiones, ni en la contestación, los alegatos o las sentencias se entendió que sobre el gravitara el caso, y no se explicó cómo resultó quebrantado. En cambio, el Tribunal elaboró su análisis alrededor del artículo 2356 *ibídem* y nada se discutió al respecto.

c.-) Es insuficiente enunciar los preceptos de la Carta Política, pues, son el referente sobre el cual el legislador desarrolla y consagra los derechos subjetivos, por lo que la infracción debe aludir a las leyes, no al texto superior.

d.-) Aunque se ignorasen esas falencias, la censura deviene incompleta. No controvierte que el *ad-quem* justificó la negativa al resarcimiento, en que previamente hubo «*indemnización integral*, recibándose las reparaciones a satisfacción.

e.-) No se demostró la equivocación del juzgador ni su «*trascendencia*». Dejó de realizarse un parangón entre lo que éste concluyó y lo que objetivamente informaban los medios de prueba. Puntualmente, no se indicó la forma en que

dichos elementos permitían verificar la existencia del perjuicio:

(i) De la nota de periódico solamente se dice que los medios de comunicación le dieron importancia al hecho.

(ii) El «*estudio de control de plomos*» no refleja que los establecimientos de comercio estuvieren funcionando y, de cualquier modo, no acredita la causalidad entre el hecho dañoso y la mora de éstos en el arriendo.

(iii) El acta de «*verificación de daños*» no refiere que sean de extrema gravedad y tampoco prueba que esos detrimentos causaron la quiebra de los negocios.

(iv) Las constancias de desalojo no patentizan un menoscabo «*colateral*» en la productividad de los locales.

(v) Del diagnóstico del DPAE sólo se transcribe el aparte que menciona el daño estructural, para embarcarse en conjeturas sobre lo sucedido.

(vi) No se dice en qué manera se alteraron las pruebas para establecer que las arrendatarias permanecieron en el inmueble entre julio de 2008 y enero 2010, pese al supuesto deterioro de la edificación.

3.- La inconforme acude en reposición, con los argumentos que se resumen así:

a.-) El artículo 1613 del Código Civil si crea una relación jurídica concreta, al otorgar el derecho a una persona para reclamar un perjuicio por los conceptos allí enlistados. Además, debe unificarse la jurisprudencia al respecto.

b.-) No sólo se limitó a citar normas constitucionales, pues, lo hizo por la defectuosa apreciación probatoria.

c.-) Sus fundamentos de derecho fueron el «*artículo 2341 y ss del C.C.*», que necesariamente incluía el 2349, atinente al pleito, según se mostró a lo largo del proceso.

d.-) La noticia impresa muestra la trascendencia del suceso «*para la sociedad*».

e.-) Como el «*control de plomos*» enuncia los locales, por lógica operaban el día del siniestro.

f.-) La orden de desalojo del DPAE alejó los clientes de sus arrendatarias y provocó la mora. Estos son «*hechos notorios que conllevan perjuicios igualmente notorios que no requieren prueba*». El informe de esa entidad también comprueba el «*daño estructural*».

g.-) Nada se dijo respecto de las actas de entrega de los locales, la indebida estructuración del indicio y la declaración de Ángel Antonio Martínez Trujillo, en cuyo relato es fácil advertir que hubo «*daño estructural*».

h.-) Que el acta de verificación no indique que los menoscabos sean de «*extrema gravedad*», tampoco descarta lo contrario.

4.- La Secretaría dio al escrito el trámite de rigor, y en el traslado la contraparte pidió modificar la decisión para imponerle a la recurrente una condena en costas ejemplar (folio 71).

CONSIDERACIONES

1.- De conformidad con el artículo 1° del Acuerdo PSAA15-10392 del Consejo Superior de la Judicatura, el Código General del Proceso entró «*en vigencia en todos los distritos judiciales del país el día 1° de enero de 2016, íntegramente*».

Sin embargo, en virtud del tránsito de legislación y de conformidad con el numeral 5° del artículo 625 de ese mismo compendio,

(...) los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

En consecuencia, en esta oportunidad se tendrán en cuenta las normas del Código de Procedimiento Civil en relación con el «*recurso extraordinario de casación*», por ser las aplicables al momento en que se instauró.

2.- Dispone el artículo 348 del C. de P. C., al regular lo concerniente al medio de contradicción propuesto, que «*[s]alvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del Magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se revoquen o reformen*», circunstancia esta última dentro de la cual encuadra la presente situación.

3.- Los argumentos para desatender el cargo aluden a que el artículo 1613 del Código Civil no tiene estirpe sustancial; que las normas constitucionales no pueden ser invocadas a ese efecto; que el litigio no giró en torno al artículo 2349 *ejusdem* ni se explicó en que consiste su infracción; que el embate no abarcó todos los planteamientos que soportan el fallo del Tribunal y no se comprobó el error de hecho, en la medida que no se expuso con claridad cuáles conclusiones evidentes dejó de extraer el juzgador acerca de las pruebas, ni la trascendencia de las supuestas omisiones o tergiversaciones.

4.- No prospera la reposición interpuesta por las siguientes razones:

a.-) Siguiendo las previsiones del numeral 3° del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, cuando acude a la causal primera, por la vía indirecta, el casacionista asume la exigente tarea de hacer manifiesta, latente, la equivocación que imputa al juzgador y los motivos por lo que es de tal magnitud que da lugar a quebrar el fallo. Con ese propósito, dicta el precepto, «se señalarán las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas», indicándose la relevancia que tienen en la controversia y, más importante aún, debe ponerse de presente la manera como el sentenciador la transgredió. El inconforme ni siquiera cumplió este primer lugar paso.

Se insiste en que tiene esa naturaleza el artículo 1613 del Código Civil, a cuyo tenor la *«indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente»*.

Sin embargo, la Corte ha enfatizado que ese precepto

(...) tan solo se limita a precisar las dos clásicas modalidades de perjuicios materiales en que se ha solido clasificar la indemnización de perjuicios y la causa contractual de donde estas pueden provenir. No es, en palabras que la Corte con insistencia ha venido reiterando, una norma que en razón de una situación fáctica concreta, declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas también concretas entre las personas

implicadas en tal situación. Y no tienen tal calidad aquellas que “sin embargo de encontrarse en los códigos sustantivos, se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a describir los elementos integrantes de estos, o a hacer enumeraciones o enunciaciones, como tampoco la tienen las disposiciones ordinativas o reguladoras de la actividad in procedendo» (CSJ, AC7118-2014, 21 nov., rad. 2008-00147, criterio reiterado en AC7879-2014, 18 dic., rad. 2008-00267, AC 30 may. 2011, rad. 1999-03339, AC 13 mar. 2008, rad. 2000-05547, AC 2 feb. 2005, rad. 1998-00155, entre otros).

b.-) Tampoco se manifestó de qué forma el Tribunal traspasó el contenido material del artículo 2349 de la codificación civil. Además, desde un principio no se afirmó que efectivamente regule el conflicto surgido entre las partes y el juzgador de segunda instancia tampoco lo entendió así, máxima cuando la simple indicación en el libelo sustentatorio a los artículos 2341 y subsiguientes no conlleva ninguna alusión expresa a esa disposición.

Respecto de que es inexorable cumplir esos «*requisitos de forma*», esta Corporación en AC de 12 de mayo de 2009, rad. 2001-00922-01, citado en AC3046-2015, expuso que

Desde los mismos inicios del recurso extraordinario de casación en Colombia (1886) hasta la fecha, La Corte Suprema de Justicia, con fundamento, desde luego, en la Constitución y la ley, como en la facultad y las atribuciones que le corresponden como máximo órgano judicial ordinario, ha asentado claras reglas en torno a los requisitos, tanto de forma como de técnica, que debe cumplir este excepcional mecanismo de impugnación. Por ello, a partir de su naturaleza y características, así como de lo previsto

en los Decretos 522 de 1988 y 2651 de 1991; de leyes como la 446 de 1998 y, claro está, de lo regulado en el Código de Procedimiento Civil, ha habido una constante línea jurisprudencial sobre la labor que debe acometer el recurrente para lograr que su reproche sea considerado en el fondo del asunto (...) Así, como es sabido, al momento de su sustentación, su promotor debe cumplir un mínimo de formalidades tal cual lo demandan los artículos 374 del Código de Procedimiento Civil y 51 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, exigencias respecto de las cuales estableció diversas pautas encaminadas a fijar el alcance de las disposiciones evocadas. Esa orientación, precisamente, determina que el escrito a través del cual se pretende fundamentar el recurso, debe observar, de manera ineludible, dichos requerimientos, pues es palpable que apartarse de ellos, tal cual ha sido establecido, genera la deserción de la censura (...) En síntesis, la Corte inadmitirá la demanda de casación por ausencia de requisitos formales, cual lo regula el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

c.-) La mención del recurrente acerca de que adujo la trasgresión de la Constitución por la «defectuosa apreciación de las pruebas», no controvierte que mayoritariamente la Sala ha considerado que la invocación de la Carta Política, por sí sola, es insuficiente como sustento de la causal primera de casación.

No se trata de que la Corte se aferre a criterios legalistas del pasado que pugnan con los más recientes del denominado «derecho civil constitucional», ni que desconozca su papel como garante de las prerrogativas fundamentales o que los mandatos superiores tienen aplicación directa.

El asunto es que a pesar de su contenido material, la constitución regula en abstracto las relaciones de los individuos con el Estado y, eventualmente, entre aquéllos. Empero, el constituyente, prevenido de que semejante tarea desbordaría sus propósitos e incluso sus capacidades, no entró en minucias y dejó en manos del legislador la tarea, inacabada por demás, de reglamentar la casuística. Por ende, el texto constitucional, en general, está desprovisto del carácter específico de las normas de menor jerarquía.

Es esto, y no meras razones dogmáticas como las que otros quisieran ver, lo que ha llevado a la Corporación a reiterar que citar solamente los preceptos constitucionales resulta insuficiente a la hora de estructurar una acusación por la causal primera, pues, en rigor, no están encaminados a crear, modificar o extinguir una «*relación jurídica concreta*», que son las notas definitorias del concepto de «*norma sustancial*».

Sobre el punto importa recordar que,

(...) el quebranto del orden jurídico en que puede incurrir el sentenciador (...) no puede referirse sino a las normas de carácter sustancial. Descártese así aquellas disposiciones que no tienen por fin señalar, en esencia, los verdaderos derechos subjetivos de las personas. Se ha entendido que las normas a que hace referencia dicha disposición son las que «... en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean o extinguen relaciones jurídicas también concretas» (CSJ, S-326 de 29 ago. 1988; se subrayó).

Desde luego esto no supone que el respeto de la Constitución esté al margen del recurso de casación, ni que se ignore su aplicación directa. En realidad no hay cómo imaginar que la función nomofiláctica se reduzca a los preceptos de rango legal. A efectos de cumplir la función uniformadora de la jurisprudencia confiada a esta Corte, jamás podría prescindirse de la «*norma de normas*» que a la vez es marco de referencia obligado en cualquier ponderación judicial. Por ende, en el escenario casacional resulta viable e imperativo proteger el orden constitucional, pero, insístase, con base en las reglas que lo desarrollan, especifican y delimitan para situaciones concretas.

La anterior explicación no se ha quedado en el campo de la simple retórica, pues, la jurisprudencia de esta Sala ha conjugado efectivamente la hermenéutica de disposiciones de carácter legal con las de linaje constitucional. Por ejemplo, en la sentencia S-097 de 10 de septiembre de 2003, no encontró ajustada a los «*principios y valores constitucionales*» la prohibición de conformar unión marital de hecho para las personas que tuvieran sociedad conyugal disuelta pero sin liquidar, incluida en el literal b) del artículo 2° de la Ley 54 de 1990. En ese caso, aunque se protegieron, ante todo, los derechos fundamentales a la igualdad y la familia, el cargo estudiado y el análisis subsecuente, sin perder ese norte, se desarrollaron alrededor de la infracción directa de aquella norma legal por su «*indebida aplicación*».

No pasa desapercibido para la Corte que en materia de fines de la casación, el artículo 7° de la Ley 1285 de 2009, que modificó el 16 de la 270 de 1996, previó, entre otros, la protección de los derechos constitucionales.

Sin embargo, lo así dispuesto debe interpretarse armónicamente con los requisitos ínsitos al recurso de casación, como el relativo a que *“si se trata de la causal primera, se señalarán las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas”* (art. 374 del C. de P. C.).

En ese orden de ideas, la cita de una norma constitucional como precepto infringido servirá de referente para analizar el cargo, si atañe a lo debatido en el juicio y siempre y cuando se acompañe del canon legal que circunscribe su contenido y efectos.

d.-) La recurrente no se ocupó de hacer una acusación cabal, es decir, tendiente a socavar todos los fundamentos del fallo cuestionado.

Ningún embate, en efecto, ni siquiera los concernientes a la supuesta inobservancia del testimonio de Ángel Antonio Martínez Trujillo, donde presuntamente hay constancia del *«daño estructural»* y de las actas de entrega de los locales, que comprueban la mora en los cánones, no desmienten que para el Tribunal la demandada reparó previamente el daño e incluso corrió con las rentas durante el tiempo que tardó en rehabilitar el inmueble.

Así las cosas, al dejar de contradecir todos los fundamentos del pronunciamiento, el cargo se queda corto, puesto que manteniéndose en firme uno sólo de esos planteamientos que soportan la determinación el recurso fracasa, al no estar completamente desvirtuada la presunción de acierto que arroja la sentencia.

Al respecto se ha reiterado que,

«(...) dicha exigencia se entronca con la simetría o “relación” que debe existir entre la “sentencia y el ataque que se le formula”, así como con la “plenitud” del mismo, porque si el recurrente levanta su acusación sobre cuestiones que no fueron pilares o que son ajenas a la decisión, esto relevaría el estudio de fondo (...) En el evento del embate incompleto, puesto que si cada uno de los varios fundamentos expuestos tiene la virtud de mantener el fallo impugnado, al soslayarse uno cualquiera de ellos, los demás soportes controvertidos caerían en el vacío, así fueren infirmados, pues el otro la seguiría sosteniendo” (auto del 4 de octubre de 2011, exp. 2006-00385)» (CSJ AC 6 jun. 2013, rad. 2007-00641-01, más recientemente en AC4016-2014, 18 jul., rad.2009-00258-01).

e.-) Como se dijo en el auto impugnado, las anteriores razones por sí mismas son suficientes para concluir que la demanda casacional carece de los requisitos técnicos que le son propios. No obstante, en gracia discusión, se precisa que ninguno de los reparos en torno a la evaluación de las pruebas satisface la rigurosidad y especificidad de este remedio excepcional.

La resonancia mediática que pudo tener en su momento el suceso no echa a pique las conclusiones del *ad-quem*, tampoco lo hace la mención de los locales en el estudio de plomos, puesto que nada de eso demuestra la relación causal que la actora pretende ver entre los asentamientos y agrietamientos de su edificio y la mora de sus inquilinas.

Tampoco cabe presumir el surgimiento de aquel lucro cesante de la orden de desalojo del FOPAE –que, insístase, para el tribunal lo cubrió la constructora-, puesto que cualquier condena en perjuicios exige la comprobación del menoscabo y la certeza de que es producto de la conducta de quien habrá de resarcirlo, por lo que en sede de casación resultaba ineludible comprobar que el juez ignoró las pruebas fehacientes de lo anterior.

Esto por cuanto el ataque no puede venir cimentado en conjeturas o suposiciones, lo que excluye que pueda ser de recibo una acusación tan vaga como la que se hace alrededor del «*acta de verificación*», apuntalada en la fácil imaginación de que si allí no mencionó un daño grave, tampoco quiere decir que no los allá. Bajo ese entendido no sólo la casación, sino toda la actividad judicial, estaría reducida a un silogismo básico, según el cual, como la falta de prueba de un hecho no repela la posibilidad de que sea cierto, debe convenirse en que así es. En esa hipótesis, cualquiera podría resultar condenado a indemnizar todo tipo de daño aunque no exista prueba de que lo causó,

pues, tampoco la hay de lo contrario. El argumento se cae de su peso.

La impugnante, además, ignoró que en el auto atacado la Corte señaló los motivos puntuales porque el reproche acerca de la supuesta valoración indiciaria se quedó corto, mostrándose que aquélla ni siquiera dejó al descubierto cuál fue el «hecho base» que en su opinión fue incorrectamente deducido y muchos menos se encargó de mostrar la equivocación, así como su trascendencia (folios 60 y 61 de este cuaderno).

Sus razonamientos, en síntesis, se quedan en apreciaciones subjetivas que no revelan ninguna distorsión en la lectura del libelo por la Sala y la dispensa, por tanto, de reconsiderar su posición.

Como lo advirtió la Corte en AC2310-2014

(...) si el quejoso se hubiese detenido a analizar la acerada jurisprudencia de la Corporación –soporte de la decisión debatida- habría advertido que las falencias contenidas en la demanda de casación atentan contra las exigencias de claridad y precisión que el legislador patrio ha establecido como requisitos de la demanda en sede extraordinaria, o lo que es igual, riñen abiertamente con el contenido del artículo 374 ibídem –norma imperativa que disciplina el contenido del libelo impugnativo- (...) Al punto, memórase que el numeral 3° de la norma en comento prescribe que la demanda debe exponer “los fundamentos de cada acusación, en forma clara y precisa”, so pena de su inadmisión y la consecuente declaratoria de deserción del recurso en los términos del inciso 4° del artículo 373 ejusdem,

según el cual, “presentada en tiempo la demanda, se examinará si reúne los requisitos formales sin calificar el mérito de los cargos y en caso negativo se declarará desierto el recurso” (subrayas fuera de texto)... Así las cosas, cuando el cargo es impreciso, esto es, cuando no es exacto ni riguroso, no indica “la vía y la clase de yerro que se atribuye al ad quem y [abandona] en su desarrollo el camino escogido” (auto de 19 de febrero de 2010, reiterado en providencia de 8 de julio del mismo año, exp. 03455); o mezcla en su estructuración las distintas causales, el yerro fáctico con el jurídico (auto de 18 de diciembre de 2009, exp. 07634) u omite contemplar todas las bases de la sentencia cuestionada, su admisión a trámite está vedada, tal como aconteció con el libelo que dio origen a la decisión que aquí se pretende discutir (...) Confrontado lo expuesto con la decisión impugnada, se tiene que en ella jamás se analizó el fondo del cargo propuesto, ni se excedieron los parámetros establecidos por el legislador en el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil para la admisión de la demanda, toda vez que la inadmisión del libelo se fundamentó en la ausencia de claridad y precisión por parte del casacionista, así como la ausencia de demostración de error alguno en la labor del fallador de instancia.

4.- Consecuentemente, se mantendrá el proveído atacado.

5.- Finalmente, no se accederá a la petición de la contraparte de añadir una condena en costas, puesto que la misma es improcedente, acorde con lo establecido en el artículo 373 *id*, en concordancia con el 392 *ib*. En efecto, tal carga sólo corre para los casos en los que no se presenta en tiempo la demanda, o a quien se le resuelve desfavorablemente el recurso.

Además, dicha petición debió ventilarse como «adición», en el término de ejecutoria, según el artículo 311, *in fine*, del Código de Procedimiento Civil.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, **NO REPONE** el auto mediante el cual se declaró inadmisibile la demanda y, consecuentemente, desierto el recurso de casación dentro del asunto de la referencia y **NIEGA** la adición de condena en costas.

Notifíquese


MARGARITA CABELLO BLANCO


FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ


ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Con aclaración de voto


LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
aclaro voto.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 11001-31-03-029-2010-00757-01

Estoy de acuerdo con la decisión adoptada, sin embargo, disiento sin ambages de la motivación tocante con el predicado de insustancialidad de las disposiciones constitucionales. Tampoco comparto la negativa para aceptarlas como fuentes y pilares idóneos e inmediatos para la formulación de cargos en casación contra los errores judiciales que contengan las sentencias. Según esa equivocada e inadmisible doctrina, para estructurar la proposición jurídica en la acusación con soporte en preceptos de tal naturaleza se requiere de la invocación de las correspondientes disposiciones legales que los desarrollan; y, por consecuencia, toda norma constitucional demanda la existencia de cánones legales que la reglamenten, perfeccionen o concreten para su proposición como cargos eficaces para su estudio de fondo por parte de los jueces de casación. Expongo algunas de las razones:

1. **Se desconoce el tránsito del Estado legislativo al Estado Constitucional y social de derecho.** La tesis que defiende la ineptitud de las normas constitucionales para ser tenidas como cánones sustanciales eficientes y útiles para formular un cargo en casación, se halla a contrapelo con la estructura conceptual esencial del Estado Constitucional y social de derecho, del mismo modo desconoce la supremacía constitucional como principio medular y estándar básico de un Estado democrático. Desecha el giro copernicano del Estado de Derecho, que avanzó del Estado Legislativo

al Estado Constitucional y social de Derecho, modelo este último, que aboga y ubica las disposiciones constitucionales hegemonícamente como candil permanente para la actividad judicial, administrativa y legislativa. La antítesis engendra elementos obstructivos para el real imperio de la Constitución.

Al interior de una Carta existen normas de diferenciado talante:

1. Todas las de la parte orgánica o estructural del Estado, relacionadas con las que plasman el conjunto de poderes, órganos, autoridades o instituciones públicas que las componen, las cuales demandan vastos desarrollos legales y administrativos en sus respectivas competencias y principios, para definir, atribuir y materializar retos, fijar funciones y tareas, determinar en concreto la organización político administrativa, su regulación y funcionamiento.
2. Las concernientes a la parte dogmática o declarativa. Es la preceptiva filosófica y política, integrada por valores, principios y derechos, por el sistema de garantías individuales, y derechos fundamentales. Este segundo plexo se impone directamente en toda la actividad del Estado; y a él, están sujetas todas las autoridades y todas las personas que integran la Nación y *a fortiori*, todos los cometidos estatales.

A ese imperio no escapa la actividad judicial, incluyendo la de las Cortes. El esquema axiológico, principialístico y los derechos fundamentales, son el norte y base de todo el sistema; cobija la tutela judicial efectiva como un imperativo categórico que se difunde en forma inagotable en los recursos judiciales, los cuales por tanto, no son más que la expresión de una de sus aristas.

Este tinglado jurídico *iusfundamental* forma un entramado válido, inmediatamente aplicable que no demanda intermediación de otros preceptos ni desarrollos legales, administrativos o reglamentarios para obtener su eficacia. No es fórmula persuasiva, ni

preceptiva de tomar o dejar dada su esencialidad por constituir la base de la legitimación y la razón de ser de los poderes públicos y del propio Estado. No son preceptos optativos, supletivos o disponibles ni neutros para las autoridades, porque dada la supremacía constitucional de que están dotados, se imponen sin más, de modo que todos los poderes, incluyendo a los jueces, tienen como único remedio respetar, acatar y aplicarlos, haya o no legislación que los desarrolle, de tal modo que vinculan y obligan a todas las autoridades.

2. El recurso de casación es un medio de control constitucional y legal

Históricamente el recurso de casación desde el punto de vista político y jurisdiccional tiene una función de control legal y constitucional, de ahí, sus finalidades trascendentales y protagónicas en la construcción de la democracia contemporánea, consistentes en: 1. La protección de los derechos fundamentales y garantías, 2. La defensa del derecho objetivo y simultáneamente de los intereses subjetivos como función NOMOFILÁCTICA, 3. La labor unificadora de la jurisprudencia; y, 4. La reparación de los agravios inferidos que en concreto se irroguen a las partes.

Para cumplir tan magna y polifuncional faena, en el medio de impugnación, se han previsto unas causales que permiten atacar las sentencias en casación cuando violentan el orden jurídico constitucional y legal o cuando desconocen los derechos constitucionales, los principios y valores. Uno de los más importantes motivos, es el relacionado con la VIOLACIÓN DE LA LEY SUSTANCIAL, sea que la infracción se produzca en forma inmediata o mediata, directa o indirecta; y estéril sería la tarea del instituto casacional cuando se le atribuye la función de ser un recurso de control legal y constitucional.

Sería pueril desdeñar la naturaleza eminentemente sustantiva de los preceptos constitucionales relacionados con la parte dogmática o declarativa, y esencialmente todos aquéllos que consignan derechos en la propia Constitución o en el bloque de constitucionalidad.

3. La génesis y epistemología del concepto de “norma sustancial” en el ámbito del recurso de casación

Es necesario memorar que desde la génesis del recurso de casación en el marco internacional, pero esencialmente en el derecho nacional, la norma fundamento de la acusación cuando se trata de errores *iuris in iudicando* debe envolver carácter sustantivo. En efecto, el art. 38 de la Ley 61 de 1886, el gran Estatuto originario y central de este recurso extraordinario en nuestro país, en punto alusivo a la categoría “norma sustancial” señaló: “*Son causales de nulidad, para el efecto de interponer recurso de casación, los hechos siguientes: 1o. Ser la sentencia, en su parte dispositiva, violatoria de ley sustantiva o de doctrina legal o fundarse en una interpretación errónea de la una o de la otra*” (subrayas *ex texto*). Ese axioma luego lo reiteró el art. 2 de la Ley 169 de 1896, y desde esa fecha, a nuestros días, en forma indeclinable todas las disposiciones de los diferentes estatutos alusivos a las causales para impetrar la acusación casacional apuntan a la sustancialidad de los preceptos motivo de la acusación.

En la recopilación, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* colombiana, de 1886 a 1898, obra publicada en el año 1900, en la introducción que precede a los extractos que realizaron los primeros relatores, Antonio José Uribe, en un estudio sobre el recurso de casación, explicando el significado de ley sustantiva, eruditamente afirma que la causal primera corresponde a la violación de alguna de las leyes que “(...) *determinan el derecho entre las partes* (...)”¹, para

¹ URIBE, José Antonio. *Estudio sobre el recurso de casación*, inserto en la Introducción que precede a la Jurisprudencia de la Corte extractada y concordada

luego aclarar: *“Difícil es a veces hacer la distinción necesaria entre leyes sustantivas y leyes adjetivas: el modo más seguro para conocer las primeras es ver si la ley que se dice violada es alguna de las que establecen los derechos o las obligaciones entre las partes. Entre aquéllas están la mayor parte de las disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio, algunas de la Constitución, varios artículos del Código Penal, especialmente los que se refieren a la indemnización de perjuicios por los delitos y culpas, y otras muchas (...).*

“Las leyes adjetivas o de procedimiento son las que determinan la tramitación de los juicios o el modo de hacer efectivo el derecho por medio del Poder Judicial (...)”².

Con relación al concepto de ley sustantiva, Alberto Goenaga, en una sucinta tesis, enfrentando teóricamente el análisis del recurso de casación en Colombia, en uno de los primeros estudios sistemáticos de este medio de impugnación, elaborado en el año 1912, en referencia al concepto de ley “sustantiva” inserto en la tradicional causal primera de casación, la entendía como todo precepto *“(…) aplicable a la controversia y capaz de determinar derechos entre los litigantes”³* (s.n.). Así mismo, añadía y postulaba en forma puntual, cuáles eran las disposiciones que podían fundar y autorizar la formulación del recurso de casación por violación de la ley sustancial; sobre el particular enunciaba: *“(…) comprende la Constitución, los Códigos, los Tratados diplomáticos, los Decretos de carácter legislativo y todas las disposiciones del Poder Ejecutivo que constitucionalmente tengan fuerza de leyes, en su parte sustantiva, esto es, en aquellas partes que conceden, niegan o declaran derechos.*

del primer Tomo, en la obra, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1886 1898*, Tomo I. Bogotá: Imprenta Nacional, 1900, p. XL

² Ibid. p. XLII.

³ GOENAGA, Alberto. *Recurso de casación*. Tesis de grado, Universidad Nacional. Bogotá: Casa Tipográfica Fénix, 1912 p. 111.

“En consecuencia, no hay lugar a casación contra la sentencia violatoria de una ley procedimental, o una ley extranjera o un principio de jurisprudencia, o un uso o costumbre en general”⁴ (s.n.).

Posteriormente, el mismo autor, aclara: *“Las leyes de procedimiento o adjetivas son, como lo dice su nombre, de un carácter modal; indican el modo de ser la ley sustantiva, determinan la manera de hacer efectivo el derecho que ésta crea o confiere”⁵*, porque el fin principal de la casación es uniformar la jurisprudencia, al mismo tiempo *“(…) que dar a los asociados una garantía extraordinaria de sus derechos; lo cual no puede efectuarse sino con respecto de las leyes que establecen esos derechos, o sean las leyes sustantivas”⁶.*

Lo sustancial es un adjetivo que significa *“(…) lo esencial y más importante de algo”⁷*, derivado del sustantivo sustancia, entendida como *“ser, esencia o naturaleza de algo (...) parte que permanece en algo que cambia (...) lo más importante de algo (...) realidad que existe por sí misma y es soporte de sus cualidades y accidentes (...)”⁸*, es decir, se trata de aquello que funda y da estabilidad porque es lo esencial y lo más importante de algo.

La norma sustancial, en consecuencia en términos jurídicos, es un precepto que se caracteriza porque en su *sustratum* contiene la atribución o la declaración de un interés subjetivo que involucra y expresa derechos y obligaciones, relaciones y situaciones jurídico materiales atributivas o declarativas de derechos, y en consecuencia, alude al contenido mismo del derecho material, de modo que cuando

⁴ GOENAGA, Alberto. *Recurso de casación*. Tesis de grado, Universidad Nacional. Bogotá: Casa Tipográfica Fénix, 1912 p. 111.

⁵ GOENAGA, Alberto. *Recurso de casación*. Tesis de grado, Universidad Nacional. Bogotá: Casa Tipográfica Fénix, 1912 p. 111.

⁶ GOENAGA, Alberto. *Recurso de casación*. Tesis de grado, Universidad Nacional. Bogotá: Casa Tipográfica Fénix, 1912 p. 111. Jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia. T.I, ap. Número 38: número 282.

⁷ RAE, *Diccionario esencial de la lengua española*, Madrid: Espasa, 2006, 1399 p.

⁸ RAE, P. 1399.

se somete al juicio de casación, utilizando la norma instrumental, adjetiva o procesal, procura obtener una declaración de certeza para la realización concreta del interés jurídicamente tutelado en abstracto en la respectiva disposición.

La norma sustancial siguiendo a Bentham es la que en forma permanente y sólida reconoce un derecho subjetivo. Se opone a la norma adjetiva, instrumental o procesal en el marco de la técnica casacional, por ello la doctrina de esta Corte, con maestría y claridad lo viene señalando hace más de una centuria: la disposición sustantiva engendra obligaciones y derechos, no es precepto instrumental.

Sin embargo, Goenaga y Uribe, simplemente infieren el concepto de ley sustancial a partir de la doctrina originaria de esta Corte. En la sentencia de casación del 18 de abril de 1894, ya se asentaba con toda claridad que las leyes de procedimiento o de los ritos no podían invocarse para casar un fallo, porque el recurso estaba concebido con el “(...) *fin principal de informar la jurisprudencia y otorgar a los particulares un remedio extraordinario para la mayor seguridad de sus derechos como lo expresa la ley que lo estableció, las disposiciones infringidas deben ser aquéllas que conceden, niegan o declaran derechos, esto es, las leyes sustantivas*”⁹. Ulteriormente en providencia del 19 de abril de 1896, con toda claridad pasa a contrastar las normas sustanciales con las procedimentales enseñando: “*El recurso de ha de referirse a las infracciones del derecho sustantivo del que se acoge a él para obtener la enmienda del agravio que se haya inferido. De aquí que la violación de las leyes adjetivas, que son las que determinan el orden de los juicios no de nunca lugar a interponerlo últimamente. Esas leyes son meramente formularias,*

⁹ CSJ. Casación del 18 de abril de 1894, T. IX p. 281.

regulan el procedimiento, y su infracción autoriza para interponer otros remedios legales (...) ¹⁰ pero no el de casación.

En la sentencia del 9 de junio de 1897, la narrativa se hace más precisa, acudiendo a casos concretos: *“Como se ve, los motivos alegados como fundamento de la primera causal se hacen consistir en que el Tribunal hizo caso omiso del precepto consignado en el artículo 837 del Código Judicial, y que dejó de aplicar la disposición del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que establece las circunstancias que deben concurrir para que la promesa de un contrato produzca obligación. El precepto del artículo 837 del Código Judicial, no es una disposición sustantiva, cuya violación dé lugar al recurso de casación, pues sólo contiene una regla general de procedimiento, y es doctrina sentada por la Corte, la de que no puede fundarse la primera causal de casación, en la violación de disposiciones procedimentales. La disposición del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que el recurrente cree que debió aplicar el Tribunal, se refiere como se ha dicho, a las circunstancias que deben concurrir en la promesa de un contrato para que ella produzca obligación; pero en el caso de que se trata, no tuvo el Tribunal para que tener en cuenta esa disposición, supuesto que estimó que, aún dando como legalmente traído a los autos el documento privado que indebidamente se copió por el Juez, en la sentencia de primera instancia, tal documento no contiene la promesa del contrato de compraventa, porque lo que se hizo constar en él fue que Ezequiel y Jesús Amaya vendían a Francisco Boada el terreno llamado potrero de El Pedregal” (...) ¹¹.*

Para esta Sala en la sentencia de Casación del 19 de mayo de 1937, en la memorada etapa de la década de los treinta, los preceptos sustantivos: *“(...) son aquéllos que establecen los derechos y obligaciones de las personas, y que están consagrados indistintamente*

¹⁰ CSJ. Casación del 19 de febrero de 1896, T. XIII, p. 266.

¹¹ COLOMBIA, CSJ. Sent. del 9 de junio de 1897. Gaceta Judicial Número 619, Bogotá: p.373.

en los diferentes códigos de la nación, y aún dentro del Código Judicial”¹² son los únicos susceptibles de generar casación, excluyendo del todo de este carácter a las leyes adjetivas, porque únicamente son medios para hacer valer los derechos abstractos o lleven a la violación directa o indirecta de las sustantivas y el hecho se denuncie en la demanda de casación; reiterando las sentencias del 16 de junio de 1932¹³.

Son sustanciales porque ostentan la posibilidad y la capacidad de declarar, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, esto es, atribuyen derechos o imponen obligaciones. Desde una perspectiva metodológica, se oponen a las procesales, que son las que consignan el derecho de tutela judicial efectiva, en cuanto fijan los procedimientos para exigir el cumplimiento de los derechos y obligaciones materiales.

De tal manera, en la taxonomía de las normas jurídicas, cuando nos referimos a las normas sustanciales, fundamento para la denuncia casacional y el consiguiente ejercicio de la función nomofiláctica del respectivo recurso, tal referencia normativa tiene que ver con los preceptos cuyo fin práctico consiste en plasmar en forma expresa una relación obligatoria, que al mismo tiempo que crea derechos, demanda el cumplimiento de deberes jurídicos; o que simplemente, en forma indistinta o separada, crea, modifica o extingue derechos u obligaciones.

Ello no es óbice, para notar que hay otras disposiciones que son meramente definitorias de fenómenos jurídicos o estrictamente

¹² CSJ. Sent. de casación del 19 de mayo de 1937, Mg. Pon. Arturo Tapias Pilonieta. Tomo XLV, Gaceta Judicial 1924, p. 119-120. Posteriormente encontramos la sentencia del 4 de mayo de 1949 destacando que el derecho procesal es medio de observancia del derecho sustancial; es norma de actividad como medio para que penetre en el proceso la norma sustancial, medio de comunicación. G. J. , Tomo LXVI, p. 42.

¹³ CSJ. Gaceta Judicial Tomo 40, pg. 157, columna segunda.

descriptivas, y también, muchas otras que enuncian proposiciones que exponen de manera unívoca el sentido de un término jurídico en un contexto normativo específico, las cuales, aunque corresponden a enunciados normativos sobre entidades jurídicas, no atribuyen o declaran derechos subjetivos; así por ejemplo:

“(...)Los artículos 66, 670, 2079 del C.C. contienen diversas definiciones, el primero del dominio, el segundo de la tradición y el tercero del contrato de sociedad; esta índole de preceptos no son susceptibles de quebranto directo para los fines de la casación porque la idea de ley sustancial obra sobre normas atributivas o declarativas de derecho, y no sobre lo que contengan la descripción legal de los fenómenos; mientras se otorgue a cada cual la protección que el derecho objetivo prevenga para las situaciones singulares, no hay transgresión de preceptos sustanciales aunque el juzgador haya discrepado y aun contradicho la noción de un acto, contrato o entidad jurídica que haya concebido el legislador.

“El recurrente cita, además, como violado el artículo 673 del C.C. en el cual se determinan los modos de adquirir el dominio, y a cuyo respecto son válidas las mismas observaciones que se dejan expresadas sobre los que acaban de mencionarse”¹⁴.

La anterior *ratio decidendi* del año 1947 de esta Sala, en su formulación vernácula, observando restrictamente la doctrina probable sobre el punto, permite conceptuar, cuanto siempre ha adoctrinado la Corte Suprema por canon sustancial, han sido las *“(...) normas atributivas o declarativas de derecho, y no [las] que contengan la descripción legal de los fenómenos (...)”¹⁵*; es decir, las que otorgan *“(...) a cada cual la protección que el derecho objetivo prevenga para las situaciones singulares (...)”¹⁶*. De tal suerte, las normas que mediante lenguaje descriptivo se refieran a los elementos definitorios de ciertos fenómenos jurídicos, no son sustanciales ni susceptibles de ser

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Bogotá, agosto 29 de 1947. M.P. Dr. Álvaro Leal Morales.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Bogotá, agosto 29 de 1947. M.P. Dr. Álvaro Leal Morales (resaltado, fuera de texto).

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Bogotá, agosto 29 de 1947. M.P. Dr. Álvaro Leal Morales (subrayas ex texto).

denunciadas en casación. Por ello en un precedente ulterior del año 1966, recordó la misma doctrina:

“(...) Con todo, la demanda de casación (...), se contrajo a acusar la sentencia por violación del art. 2469 del C. Civil, precepto que define lo que se entiende por transacción, que no da cuenta exacta de este fenómeno jurídico y que es simplemente descriptivo, o sea que no consagra un derecho subjetivo o que no contiene una proposición jurídica completa. La Corte tiene establecido que las normas que solo dan definiciones de fenómenos jurídicos, no son susceptibles de quebranto para los efectos de la casación, porque la idea de ley sustancial se refiere a aquellos preceptos que son atributivos o declarativos de derechos de naturaleza subjetiva y no las disposiciones legales que se reducen a describir los elementos integrantes de una familia jurídica”¹⁷ (s.n.).

En una providencia del 21 de junio de 1960, José J. Gómez, Magistrado de la Sala de Casación Civil de esta Corte, nuevamente diferencia los conceptos de ley sustancial y adjetiva. A continuación relaciona casación y “ley sustantiva” exponiendo, sin referenciar las fuentes que, por supuesto, en su oportunidad deben ser objeto de contrastación. En efecto, dice que “[a]sí viene de la Ordenanza de Luis XIV; así la conserva la Revolución; la recoge en sus artículos 1691 y 1692 la ley de Enjuiciamiento Civil española (1881); y de allí pasa en forma más concreta, porque se habla ya de ley sustantiva, a nuestra Ley 61 de 1886 (artículo 38.1); prosigue en las posteriores 105 de 1890 (artículo 368.1) y 169 de 1896 (artículo 2.1) y subsisten en el Código Judicial vigente (artículo 520.1)”¹⁸. Luego afirma: “[e]n sentencia fechada el 4 de mayo de 1949 (LXVI, 2073 y 2074, 48), la Corte expone la naturaleza y la razón de ser de ambas categorías de leyes, así como el papel que juega en el ejercicio de las acciones, en el proceso y en la casación”.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Bogotá, mayo 6 de 1966. M.P. Dr. Enrique López de la Pava. Sin embargo, si la equivocación se halla en la calificación o definición de una institución o contrato con incidencia en la parte resolutive de la decisión, no hay duda, un texto sustantivo definitorio, puede ser acusado en casación.

¹⁸ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de Casación del 21 de junio de 1960. Bogotá: Imprenta Nacional, G.J. Nos. 2225 y 2226, p. 958.

Empero, examinando esta sentencia del aludido profesor y magistrado, la misma desconoce la larga tradición conceptual del análisis de tan relevante categoría, porque desde el mismo origen de la casación en Colombia, la Corte lo ha venido ejecutando, tal cual aquí se explica, desplegando con claridad el significado, el sentido y el alcance de los conceptos “ley sustancial” y “ley instrumental o procesal” frente a la casación. Inclusive, ya había precisado, que la violación de la ley sustantiva es el ámbito principal del recurso, y que eventualmente podría plantearse en relación con normas instrumentales.

Por regla general, esas disposiciones sustanciales se hallan en los códigos sustantivos, sin embargo, bien pueden aparecer en compilaciones procesales, como normas que declaran o reconocen derechos subjetivos, cual acontecía con el precepto 595 del C. de P. C. de 1970, frente al cual la Sala dijo:

“Por cuanto al precitado artículo 595 del Código de Procedimiento Civil consagra derechos y obligaciones para los sujetos interesados, en la mortuoria, en materia de la administración de los bienes herenciales y de los de la sociedad conyugal, procede afirmar que es norma de naturaleza sustancial y, por ende que su violación da base para atacar en casación la sentencia de instancia con apoyo en la causal primera”¹⁹.

Son numerosísimos y reiterados los pronunciamientos, que han repetido tan decantada doctrina. En 1975 la Sala recalcó:

“Por sabido se tiene que las normas sustanciales, a cuyo quebranto se refiere precisa e invariablemente la causal primera de casación, son aquellas que, en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación”²⁰.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Bogotá, D.E., 05 de noviembre de 1973, M.P. Dr. Humberto Murcia Ballén.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos setenta y cinco (1975). MP. Humberto Murcia Ballén.

Repitió el punto, el 7 de octubre de 1985, señalando: *“En tratándose de la causal primera de casación ha entendido la jurisprudencia nacional que la norma cuya violación se alega en cada cargo, debe ser de naturaleza material, esto es, debe ser de las que en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación. Por consiguiente no tienen categoría de sustancial, y por ende no pueden fundar por si solas un cargo en casación con apoyo en la causal dicha, los preceptos legales que sin embargo de encontrarse en los códigos sustantivos se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a descubrir los elementos integrantes de estos, o hacer enumeraciones o enunciamientos, como tampoco la tienen las disposiciones ordenativas o reguladoras de la actividad in procedendo”*²¹.

Muchas otras providencias, cuya enumeración y citación se torna tortuosa, ha apuntalado con mayor rigor esa conceptualización: Providencia del 6 diciembre de 1989 que descartó como sustanciales *“(...) aquellas disposiciones que no tienen por fin señalar, en esencia, los verdaderos derechos subjetivos de las personas”*²², sino aquellas que *“(...) en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación”*²³, al tiempo que *“(...) constituyen la médula del litigio, en tanto que en ellas aparece consignado el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica que es objeto de debate (...)”*²⁴, de manera que *“(...) no cualquier norma de derecho sustancial*

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil siete (07) de octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1985). MP. Hernando Tapias Rocha.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil seis (06) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1975). MP. Humberto Murcia Ballén.

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Auto de 1º de abril de 2004. Exp. No. 08758-31-84-001-1999-00915-01

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Auto de 22 de noviembre de 2010, Exp. No. 11001-31-03-006-2000-00950-01.

*(...) debe denunciarse vulnerada, sino una que sea pertinente a lo decidido, bien con la pretensión o con la oposición (...)*²⁵.

4. Algunas aproximaciones de la doctrina al concepto de norma sustantiva

Para la doctrina la categoría “norma sustancial” no es ajena. Carnelutti, la caracteriza de esta forma: *“La norma sustancial regula las relaciones entre los individuos, por lo cual origina derechos y obligaciones mientras que la instrumental genera situaciones más complejas, como es el atribuir a la rama judicial la potestad de declarar el derecho sustancial y otorgar a los particulares los medios para concurrir ante el órgano correspondiente y obtener por conducto de estos la solución de litigio”*²⁶. Rocco no es lejano de esta conceptualización: *“Derecho material o sustancial es, pues, el derecho que determina el contenido, la materia, la sustancia, esto es, la finalidad de la actividad o función jurisdiccional”*²⁷.

Hernando Devis Echandía, examinando la cuestión diferenciadora entre la norma sustancial y la adjetiva, expone: *“(...) algunos (autores) sostienen que la línea de separación entre la ley material y la procesal está en su contenido (Wach); otros, que es la diversa finalidad de cada una (Chiovenda); o que es su objeto, ya que a la ley procesal le corresponde regular la tutela judicial de los derechos, y a la material, establecer si son o no fundados (Rosemberg y Prieto); otros más, que es el aspecto de las exigencias sociales que reglamentan, pues las normas procesales miran más a la forma que al contenido, y de ahí que se les llame formales”*²⁸.

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Auto de 13 de marzo de 2008, Exp. No. 11001-3103-034-2000-05547-01.

²⁶ CARNELUTTI, Francesco. Derecho procesal civil y penal. Ediciones jurídicas, Europa América, Buenos Aires, 1971, Instituciones del proceso civil. Buenos Aires, Editorial jurídica Europa América, 1973.

²⁷ ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1969, p. 194.

²⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*. Segunda edición. Ed. Temis, pág. 47

Luego de identificar la norma sustancial con el atributo principal de ser portadora de derechos materiales, afirma que la regla procesal *“(...) es la que se ocupa de regular el proceso y las relaciones que de él nacen (...)”*²⁹, habita en los códigos procesales, por regla general. Una vez muestra las diferentes categorías y texturas de normas procesales, puntualiza: *“(...) nos parece que no todas las normas procesales son formales, y que para distinguir esta clase de normas es mejor hablar de normas procesales y de normas materiales, según regulen el proceso y las relaciones que de él emanan, o los derechos y situaciones jurídico-materiales ajenos al proceso”*³⁰.

Pérez Vives, en su obra, *Recurso de casación* explica de manera completa la diferencia entre estos dos tipos de normas, precisando, *“(...) cuando el precepto o conjunto de reglas de derecho tutelan de modo definitivo y completo un determinado derecho subjetivo, estaremos en presencia de una proposición jurídica completa de derecho sustancial o material; en cambio, cuando el precepto sirva de simple vehículo a los derechos subjetivos para obtener su efectividad o dé reglas de conducta a los juzgadores para tutelar esos derechos, o se refiera a otras proposiciones, o necesite referirse a estas para tutelar los mencionados derechos, diremos que nos hallamos ante una proposición jurídica incompleta o ante una proposición de derecho formal, que por sí sola no sirve para tutelar eficazmente los derechos subjetivos”*³¹. Morales Molina, con idéntico criterio define la ley sustantiva *“(...) como la que atribuye o reconoce los derechos (...)”*³².

Hay una complementariedad entre la norma material y la procesal, porque la sustancial encuentra su efectividad mediante la procedimental o adjetiva, en cuanto esta señala el camino de la

²⁹ DEVIS ECHANDÍA. Op. Cit.

³⁰ *Ibidem*

³¹ PÉREZ VIVES, Álvaro. *Recurso de Casación en materias Civil, Penal y del Trabajo* pág. 98. Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá 1966.

³² MORALES MOLINA, Hernando. *Técnica de Casación Civil*, 2da edición. Bogotá: Ediciones Rosarista, 1983, p. 103.

aplicación del derecho objetivo. De tal forma que “(...) *al Estado le corresponde institucionalmente asegurar la actuación del derecho objetivo en los casos en que el mismo no sea voluntariamente observado por los coasociados. Cuando tal actuación tiene lugar a través de intervención del juez, órgano estatal, la ley habla de “tutela jurisdiccional de los derechos” consistente por eso en la actividad de determinados órganos estatales, los jueces, que en el ejercicio de su poder conferido por el Estado, ponen en práctica, en el caso singular, determinados remedios provistos por la ley, en forma de asegurar la observancia del derecho objetivo*”³³.

5. Criterio de la Corte Constitucional colombiana sobre el concepto de norma sustancial

La Corte Constitucional colombiana, en algunas oportunidades ha enfrentado en su laborio constitucional la naturaleza de esta categoría. Siguiendo el mismo criterio de la Corte Suprema ha precisado:

*“Cuando se habla de derecho **sustancial** o **material**, se piensa, por ejemplo, en el derecho civil o en el derecho penal, por oposición al derecho procesal, derecho formal o adjetivo. Estas denominaciones significan que el derecho sustancial consagra en abstracto los derechos, mientras que el derecho formal o adjetivo establece la forma de la actividad jurisdiccional cuya finalidad es la realización de tales derechos*”³⁴.

En otra oportunidad, tal cual lo comparte el Consejo de Estado colombiano, señaló a propósito del concepto:

“(...) [C]ualquier regla de derecho positivo que otorga derechos e impone obligaciones a favor de los administrados (...) aquellas que otorgan derechos o imponen obligaciones, por oposición a las normas

³³ MICHELLI, Gian Antonio, Curso de Derecho Procesal Civil, trad. De Santiago Sentis Melendro, Buenos Aires, E.J.E.A., 1970, t. I, págs. 3 y 4 citado por LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo I, Parte General. Undécima Edición. Dupre Editores, pág. 62. 2012, Bogotá D.C.

³⁴ CCONST. Sent. C-029 de 1995, Mg. Pon. Dr. Jorge Arango Mejía.

*procesales, que son las que establecen los procedimientos para hacer valer o exigir el cumplimiento de esos derechos y obligaciones*³⁵.

En consecuencia, las Altas Cortes colombianas, comparten un criterio similar sobre el concepto de norma sustancial, tal cual lo vino construyendo esta Corte hace más de 120 años.

6. La censura en casación de normas constitucionales en sede de casación. Tesis imperante

Con relación a la posibilidad de censurar normas constitucionales en vías de casación esta Corte ha dicho:

*“Respecto a la acusación por violación de disposiciones constitucionales la Corte ha sostenido la siguiente doctrina: “Las disposiciones de la constitución, en general, no son susceptibles de la violación que da origen y procedencia al recurso de casación por el motivo 1º del artículo 520 del Código Judicial, porque aun cuando es indudable su naturaleza fundamentalmente sustantiva, tales normas en su carácter de moldes jurídico supraestructurales, de ley de leyes (...) carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales, que pudiera hacerlas víctimas de quebranto en las sentencias, en el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación. De esto resulta que, por regla general, a la violación de los preceptos y principios de la Carta no puede llegarse sino a través de la violación de disposiciones de la ley, que no puede entenderse como desarrollo de las normas constitucionales”*³⁶.

Luego, en la providencia del 20 de octubre de 1995, expresó:

“No hizo, pues, cosa distinta el fallador que someterse al “imperio de la ley” (artículo 230 de la Constitución) cuya claridad y precisión repelen interpretaciones acomodaticias so pretexto de consultar los criterios auxiliares de la actividad judicial, entre los cuales cita el recurrente la equidad. De la misma manera, si el entendimiento y los alcances que el juzgador le dio a los preceptos que aplicó para decidir el asunto sometido a su consideración son los que a ellos corresponde, hizo

³⁵ Consejo de Estado, Sentencia S-231 de 27 de noviembre de 2000, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, citada por la Corte Constitucional en Sentencia T-222 de 2006

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil trece (13) de diciembre de mil novecientos setenta y uno (1971). MP. Humberto Murcia Ballén.

efectivos para el caso concreto los principios constitucionales -que por tener tal carácter no son normas sustanciales cuya supuesta infracción no puede alegarse en casación- contenidos en el preámbulo y los artículos 2, 4 y 228 de la Carta que por su naturaleza abstracta y universal, irradian la legislación nacional y por ende, las reglas legales aplicadas para resolver el litigio”³⁷.

Esa doctrina, en consecuencia, se convirtió en principio que hoy sigue invariable, según el cual, las normas constitucionales no pueden ser invocadas para formular cargos en casación con carácter autónomo, dado el perfil abstracto y principialístico que ostentan. De ese modo quedó asentado el criterio en forma inalterable en la siguiente providencia, luego de matizar la carencia de sustantividad de las normas procesales, en relación con preceptos constitucionales invocados como infringidos en los cargos de casación, expuso:

“Otro tanto acontece con los artículos 116 de la Constitución Política colombiana y al artículo 20 de la ley 23 de 1991, a los cuales, también de reojo, aludió el censor, reglas estas que, de cualquier modo, no constituyen normas sustanciales; toda vez que la primera hace mención a las autoridades que por mandato constitucional orgánica o funcionalmente administran justicia, al paso que la segunda, reformativa del artículo 252 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, atribuye a los funcionarios administrativos pertinentes la potestad de imponer en las resoluciones respectivas, la condena por los perjuicios causados en los accidentes de tránsito”³⁸.

Nuevamente en providencia del 26 de septiembre de 2005, advierte: *“Finalmente, cabe destacar de manera sucinta, la falta de pertinencia de la cita que el inconforme efectuara de los artículos 16 y 228 de la Carta política, porque los "preceptos constitucionales no dan base por sí solos, a lo menos en principio, para fundar un ataque en casación por la causal primera, no porque carezcan de rango sustancial, sino porque son normas cuyo molde jurídico están*

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).Rad. Expediente 4353.

³⁸ *Ibídem*

*generalmente desarrollados por la ley" (auto 217 de agosto 16 de 1995, exp. 5532), como sucede con los preceptos invocados*³⁹.

En la providencia del 05 de agosto de 2009, la Corte reitera el concepto de norma sustancia, como la que *"en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación"*, fincándose en recientes providencias de 1995, 1999 y 2004, pero aludiendo a las normas constitucionales matiza un poco el criterio, expresando:

"Es indiscutible que los preceptos de la Constitución Política que consagran derechos, como es el caso de aquéllos que establecen las prerrogativas fundamentales inherentes a las personas, ostentan, ciertamente, naturaleza sustancial, en tanto que de su aplicación y eficacia pueden surgir, modificarse o terminar situaciones jurídicas específicas.

"Empero ello no significa que el carácter sustancial de las normas constitucionales, particularmente cuando actúan en el contexto anteriormente mencionado, deba conducir necesariamente a que su invocación en un cargo en casación sea suficiente para colegir la aptitud del mismo, puesto que, por regla general, las mencionadas disposiciones superiores están llamadas a desarrollarse mediante la ley, caso en el cual serán los preceptos de ésta, y no los de la Carta Política, los que directamente se ocupen o hayan debido ocuparse de la problemática decidida en la sentencia recurrida, de lo que se infiere que, por regla de principio, las disposiciones que el juzgador de instancia pudo infringir son las legales que hizo actuar, inaplicó o interpretó erróneamente.

"Es, precisamente, lo que acontece en relación con el artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que, como ya lo señaló la Corte, pese a que "sienta algunos principios y derechos fundamentales, de por sí sustanciales, su carácter totalizador, su generalidad, sobre todo en lo que indican sus dos primeros párrafos (...) supone un necesario desarrollo legal que permita calificar de legal o ilegal un proceso, si en él se ha dado cumplimiento a las ritualidades previamente descritas en la ley" (Cas. Civ., auto del 30 de noviembre de 1998, expediente No.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. veintiséis (26) de septiembre de dos mil cinco (2005).-Referencia: Exp. 6600 1311 0002 1999 0137

7374), planteamiento reiterado en auto del 17 de febrero de 2005 (expediente No. 11001-31-10-015-2001-00805-01) reflexión que, por igual, es predicable respecto del artículo 229 ejúsdem invocado por el censor, atinente al derecho de las personas a acceder a la administración de justicia”⁴⁰.

En ese camino no ha claudicado, porque luego en providencia del 20 de mayo de 2011 expresó: “Además, huelga señalar que cuando se denuncia el quebrantamiento directo de normas constitucionales, en sede de casación, debe precisarse el precepto legal que las desarrolla, porque si bien es “indiscutible que los preceptos que integran la Constitución Política y que consagran derechos, como es el caso de aquellos que establecen las garantías fundamentales, ostentan naturaleza sustancial, en tanto que de su desarrollo práctico pueden surgir, alterarse o terminar situaciones jurídicas específicas (...)ello no significa que esa condición de sustanciales de las normas constitucionales, sea suficiente para considerar que su invocación en un cargo aducido en casación, conduzca indefectiblemente a colegir la aptitud del mismo, puesto que, por regla general, ellas están llamadas a desarrollarse mediante la ley, caso en el cual serán los preceptos de ésta, y no los de la Carta Política, los que directamente se ocupen de la problemática decidida en la sentencia recurrida, de lo que se infiere que, por regla de principio, las disposiciones que el juzgador de instancia pudo infringir, son las legales que hizo actuar, inaplicó o interpretó erróneamente (auto de 5 de agosto de 2009, Exp. 2004-00359-01)”⁴¹, denuncia que en este caso fue omitida por el censor y que conduce inexorablemente al fracaso del cargo.”⁴²

La providencia del 21 de febrero de 2012, menciona en forma concreta algunos preceptos sustanciales de la Carta, pero persiste en la tesis sentada en las anteriores providencias: “Los artículos 5, 13,

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de cinco (5) de agosto de dos mil nueve 2009).-Ref.: 13430-3103-002-2004-00359-01

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Auto de 20 de mayo de 2011. Exp. No. 11001-3103-007-2003-14142-01.

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil once (2011) REF.: 11001-31-10-003-2008-00146-01

42, 44 y 85 de la Constitución Nacional, alusivos a los derechos de la persona, la familia, la niñez, la igualdad y la aplicación inmediata de este último, contienen principios de estirpe superior, susceptibles de desarrollo legislativo, éste sí objeto de vulneración por vía recta y sin que aparezca relacionado de manera conexa en esta oportunidad”.

“(…).

“Frente al señalamiento de tales preceptos como soporte de la causal propuesta, tiene dicho la Corte: “es indiscutible que los preceptos de la Constitución Política que consagran derechos, como es el caso de aquéllos que establecen las prerrogativas fundamentales inherentes a las personas, ostentan, ciertamente, naturaleza sustancial, en tanto que de su aplicación y eficacia pueden surgir, modificarse o terminar situaciones jurídicas específicas. (...) Empero ello no significa que el carácter sustancial de las normas constitucionales, particularmente cuando actúan en el contexto anteriormente mencionado, deba conducir necesariamente a que su invocación en un cargo en casación sea suficiente para colegir la aptitud del mismo, puesto que, por regla general, las mencionadas disposiciones superiores están llamadas a desarrollarse mediante la ley, caso en el cual serán los preceptos de ésta, y no los de la Carta Política, los que directamente se ocupen o hayan debido ocuparse de la problemática decidida en la sentencia recurrida, de lo que se infiere que, por regla de principio, las disposiciones que el juzgador de instancia pudo infringir son las legales que hizo actuar, inaplicó o interpretó erróneamente”⁴³.

En la providencia del 29 de febrero de 2012, reiterando el auto de 9 de agosto de 2010, exp. 2002-00198-01, sigue la tesis, según la cual, los preceptos que integran la Constitución Política y que consagran derechos tienen naturaleza sustancial, pero añade que esa no es condición suficiente para que resulten aptas para formular el recurso, puesto que por su naturaleza, están llamadas a ser desarrolladas por la ley, cuyo precepto es finalmente el aplicable, por ser el que debe actuar, y por consecuencia, el único susceptible de ser transgredido. Por ello concluyó en esta decisión:

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012). Citando el Auto de 5 de agosto de 2009, reiterado en el de 9 de mayo de 2011, expedientes 2004-00359 y 2006-00164.

“En tal orden de ideas, en cuanto a controversias judiciales se refiere, la infracción de los preceptos constitucionales, en las circunstancias del caso, puede producirse en la medida en que en un determinado asunto se haya actuado con desconocimiento o en contravía de las normas legales que lo desarrollan, de lo que se desprende que mientras el quebranto de éstas últimas ocurre primero y directamente, el de aquellos se da solamente por rebote o como reflejo de esa inicial vulneración”⁴⁴.

Ese fue el mismo criterio que sostuvo en la providencia del 29 de marzo de 2012, reflexionando sobre una unión marital de hecho: *“(…) las normas supralegales no tienen, para el caso, el rango de derecho sustancial, porque no atribuyen derechos subjetivos, toda vez que ninguna se refieren a la prescripción de las acciones de disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, ni a la fecha de terminación de la unión marital de hecho, que son los puntos materia de controversia. Obsérvese, en efecto, cómo simplemente hacen alusión a los fines del Estado, a los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, al libre acceso a la administración de justicia y al imperio de la ley”⁴⁵.*

7. La deficiencia conceptual de la tesis imperante. Necesidad de reinterpretación conforme al Estado constitucional y social de derecho

7.1. Supremacía constitucional. No obstante, la persistencia con que se ha venido defendiendo ese razonamiento, disiento expresamente de esa doctrina porque desconoce el principio de supremacía constitucional, y ante todo, cuando nos encontramos con un texto viviente y dinámico, como la Constitución de 1991, portador de derechos, principios y valores; muchos de los cuales son de aplicación directa, sin necesidad de desarrollo legal.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012). Exp. 19001-3110-003-2009-00538-01

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012). Exp. C-1100131100162007-00935-01.

El tránsito del Estado legislativo al Estado Constitucional y Social de derecho, marca una ruptura teórica que incide directamente en el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, y por lo tanto, en la práctica y en la teoría de los recursos judiciales, demandando del juez de la casación un rol proactivo e intrépido que enfrente la solución de casos con una finalidad garantista y protectora de los derechos fundamentales, a tono con la naturaleza del recurso, hoy medio de control legal y constitucional.

7.2. Las exigencias del C. de P. C. y del C. G. del P. En el derecho nacional, el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil que preceptuaba: *“El recurso de casación tiene por fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida”*⁴⁶, ya permitía la vigencia y aplicación directa de la Constitución, por tratarse la respectiva normativa del primero y más importante catálogo jurídico que atribuía e impone proveer la realización del derecho objetivo y de los derechos subjetivos. Por ello con acierto, en el marco jurídico regeneracionista del siglo XIX, el título tercero de la Carta de 1886 se incorporó al C.C.

No puede olvidarse que las pautas y los derechos insertos en los textos constitucionales tienen la doble connotación de derechos subjetivos y de derecho objetivo, que por las vías del recurso de casación se tornan en auténticos medios para unificar la jurisprudencia, aquilatar el principio de igualdad, salvaguardar la seguridad jurídica y la confianza legítima, reparan los agravios inferidos a las partes y realizar el derecho.

Refiriéndose a la jurisdicción ordinaria, el art. 7 de la Ley 1285 de 2009, al modificar el art. 16 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de

⁴⁶ Código de Procedimiento Civil.

la Administración de Justicia dispuso, apuntando hacia la configuración constitucional de la Casación: *“Salas. La Corte Suprema de Justicia cumplirá sus funciones por medio de cinco salas, integradas así: La Sala Plena, por todos los Magistrados de la Corporación; la Sala de Gobierno, integrada por el Presidente, el Vicepresidente y los Presidentes de cada una de las Salas especializadas; la Sala de Casación Civil y Agraria, integrada por siete Magistrados; la Sala de Casación Laboral, integrada por siete Magistrados y la Sala de Casación Penal, integrada por nueve Magistrados.*

“Las Salas de Casación Civil y Agraria Laboral y Penal, actuarán según su especialidad como Tribunal de Casación, pudiendo seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento, para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos “(...)”⁴⁷.

En la perspectiva del C. G. del Proceso, el artículo 333 dispone:

“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”⁴⁸ (s. n.).

En este nuevo ordenamiento procesal, el interés del legislador representa un salto cualitativo, porque reconoce expresamente que uno de los pilares fundantes del recurso de casación es justamente, la protección de los derechos constitucionales. Por esa razón, en un artículo posterior, el 336 *ibídem* en el inciso final preceptúa *“La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Sin embargo, podrá*

⁴⁷ La sentencia C-713 declaró exequible el inciso segundo, en el entendido de que la decisión de no selección adoptada en el pódico del recurso ante la Corte, debe ser motivada y tramitada conforme a las reglas y requisitos específicos que establezca la ley, admitiendo acción de tutela contra la sentencia objeto del recurso, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente el recurso de casación.

⁴⁸ Código General del Proceso

casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales” (subrayas *ex texto*). Se trata de una apuesta sin reticencias del ordenamiento procesal, para que el recurso de casación encarne la justicia material que pregona la Carta en procura de una protección integral de los derechos y garantías constitucionales.

Es el mismo legislador quien ahora asigna a la Corporación no solo la obligación de admitir la demanda que contenga el recurso extraordinario de casación cuando se acusa una sentencia judicial por violar una norma sustancial de rango constitucional, cuando satisfaga los otros requisitos que exige el ordenamiento para la formulación del recurso. Además, autoriza casar la sentencia *ex officio* cuando la misma contrarie los postulados Superiores o los derechos y garantías de raigambre constitucional.

7.3. La sustantividad de las normas constitucionales. Tal como lo he sostenido en múltiples providencias, inclusive con aclaración de voto, las normas constitucionales contienen un sinnúmero de preceptos que constituyen perentorias normas de estirpe sustancial. Lo he planteado en forma expresa, radical y razonada, explicando los motivos para tenerlas como sustanciales así como su aptitud jurídica para edificar sin necesidad de desarrollos legales, cargos en casación, en la obra, *Teoría y Técnica de la Casación*⁴⁹.

Pero el órgano de cierre de lo constitucional, en decantada doctrina, también lo ha sostenido, cuando asienta: “*El concepto de ley sustancial no solamente se predica o limita a las normas de rango simplemente legal. Este comprende por consiguiente las normas*

⁴⁹ TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. *Teoría y técnica del recurso de casación*. 2da edición. Bogotá: Doctrina y ley, 2008.

constitucionales que reconocen los derechos fundamentales de la persona, y aun aquellas normas de las cuales pueda derivarse la existencia de un precepto específico, por regular de manera precisa y completa una determinada situación.

“Lo anterior implica que es posible fundar un cargo en casación por violación de normas de la Constitución.

“Pero es más, 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 éstos, aun cuando el actor no formule un cargo específico en relación con dicha vulneración”⁵⁰.

7.4. Las finalidades del recurso de casación en el Estado contemporáneo y las disposiciones sustanciales. El punto, no puede tener objeción en los tiempos que hoy corren, porque el Estado Social de Derecho impone una nueva perspectiva de un recurso, cuya tarea es ser hoy, medio de control constitucional y legal, como finalidad suprema para que pueda cumplir los cometidos que históricamente le corresponden en un sistema democrático y constitucional: 1. Garantizar la protección de los derechos fundamentales, 2. Unificar la jurisprudencia nacional, 3. Velar por la realización del derecho objetivo en procesos judiciales, cumpliendo su tarea nomofiláctica, y 4. Reparar los agravios ocasionados a las partes por la sentencia recurrida.

Excluir del campo del recurso extraordinario la invocación de un precepto constitucional aplicable al caso, entraña un análisis restrictivo del rol prevalente y fundante de la Carta, como objeto y fin del derecho positivo en pos de la protección de los intereses subjetivos y de los derechos de las personas y de la propia comunidad para hacer una democracia justa e incluyente. Si la cuestión se observa en

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-596/00 MP: Antonio Barrera Carbonell

su aspecto puramente formal, en principio⁵¹, desde la tesis de Hans Kelsen, visto el ordenamiento en este contexto, como un sistema de normas en el cual la Constitución es la cúspide, se concluirá que el debate a partir de las mismas reglas que la integran, se legitima como *última ratio*, que “(...) *no se remonta más allá, porque ella misma es el último fundamento lógico de validez para las normas que son subordinadas, así que sólo puede ser presupuesta como válida*”⁵².

Sin embargo, visto ese menosprecio por la sustantividad constitucional y su correspondiente eficacia y aplicación directa en cada caso concreto, desde el aspecto material de la Carta, resulta errado el criterio, porque aparece desconocer el papel efectivo y determinante de cualquier Constitución como fuente inmediata y necesaria de la producción jurídica que apalanca en forma permanente la totalidad de las acciones y recursos judiciales, y específicamente el recurso de casación, como instrumento idóneo y útil; caracterizado hoy por constituir un recurso de control constitucional y legal en contra de las decisiones ilegales o inconstitucionales de los jueces en los casos concretos. Del mismo modo, involucra preterir tajantemente las finalidades del recurso de casación ligadas en un todo con lo constitucional.

Desconocer que es motivo de casación en forma inmediata la violación de normas constitucionales que ostenten la condición de normas sustanciales, y sin el apoyo de preceptos legales que las desarrollen cuando revisten el carácter de máximas que contienen

⁵¹ Digo en principio, porque en la construcción teórica de Hans Kelsen, la norma fundamental se explica por sí misma como *última ratio iuris* que soporta el sistema, algo así como autopoyéticamente (autoreproduciéndose), erigida en fundamento de validez; todo lo cual representa una visión estrictamente lógica, normativista, estática e ideal frente a la realidad y al sistema jurídico, que por consecuencia, resulta incapaz de explicar fenómenos como la revolución, el cambio de constitución o su alteración por fenómenos políticos, religiosos o económicos; y en general con desconocimiento radical de los elementos extrasistémicos que informan y determinan el derecho y las diferentes posturas jurídicas.

⁵² WALTER, Robert. Kelsen, la Teoría Pura del Derecho y el problema de la justicia. Pág. 79. Universidad Externado de Colombia, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Bogotá, 1997.

derechos y obligaciones, es tesis inaceptable en el Estado Constitucional, porque aniquila las finalidades metajurídicas, políticas y axiológicas del recurso de casación ligadas directamente con el nacimiento de la nación contemporánea, como categoría e institución jurídica, y como instrumento procesal idóneo para construir un Estado democrático y social de derecho, en el cual imperen, los derechos, los valores y los principios de naturaleza constitucional.

En este contexto, la Constitución con relación a todo el sistema jurídico (así se le quiera ver en términos estructuralistas, funcionalistas o autopoieticos⁵³ –que se autoreproduce-), se erige en un elemento dinámico, en el cual la norma de normas subordina e inspira las demás disposiciones legales, y por supuesto, la textura de las causales de casación.

La norma Superior en la legislación contemporánea, además de ser el lineamiento fundante, es imperativa para toda autoridad, no solamente hoy, particularmente en Colombia desde donde hace más de 120 años (art. 5 de la Ley 57 de 1887⁵⁴), constituye obligación para todas las autoridades, y con mayor rigor para los jueces someterse a la Carta, en su condición de conjunto de normas jurídicas con carácter vinculante y con eficacia directa, tal cual, dispone el artículo cuarto de la C. N. de 1991: *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*⁵⁵.

⁵³ Vista la *autopoiesis*, en términos del sociólogo Niklas Luhmann en su obra, *Teoría de los Sistemas*, entendido sistema *autopoyético* o *autopoietico*, como aquel que se “auto-reproduce” y “designa la realización de la perpetua auto-afirmación factual del sistema ante su entorno. (...) No se trata ni de una propiedad ni de un conjunto de elementos que cierra el sistema y traza sus límites, sino de una cadena de operaciones. Los elementos están pensados como efectos del sistema”: URTEAGA, Eguzki. La Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann. Universidad del País Vasco Departamento de Sociología 1. Pág. 305.

⁵⁴ COLOMBIA, *Diario Oficial*: Bogotá, Número 7019 del miércoles 20 de abril de 1887, Año XXIII.

⁵⁵ Constitución Política de Colombia, 1991.

Toda la Constitución y especialmente las normas de resorte material relacionadas con los derechos, principios y valores, cumplen una función hermenéutica, axiológica, finalista, y prospectiva frente al sistema jurídico, de tal forma, que no es posible interpretar o aplicar la ley, una institución o un instrumento procesal como la casación por fuera de los contenidos materiales plasmados en la carta.

La norma superior es punto de partida del legislador en su destino de creación y producción legal; delimita, guía e irradia la tarea legislativa, judicial y política, cuestión que ya advertía Kelsen: *“La constitución en sentido material, puede determinar no solamente los órganos del poder legislativo, sino también, hasta cierto grado, el contenido de las leyes futuras”*⁵⁶.

7.5. Viabilidad de la aplicación directa de la constitución en casación. Procedencia de la invocación de un precepto superior para acusar a una providencia judicial al ser violatoria de la Carta.

La aplicación de la norma constitucional de manera directa, bajo la concepción del Estado Social de Derecho resulta patente y necesaria, porque la preceptiva constitucional goza de la prerrogativa de sustantividad, ante todo, cuando se trata de la infracción a los derechos constitucionales, tal como lo entendió la Corte Constitucional en Sentencia T-406 de 1992 cuando expuso: *“hay unos derechos que son de aplicación inmediata, que no requieren la intermediación de la norma legal para que ellos tengan vigencia y por lo tanto permiten la utilización inmediata de los elementos de protección de los derechos”*⁵⁷ haciendo referencia a los derechos fundamentales. Posteriormente en Sentencia C-067 de 2003 explicó que los preceptos clasificados dentro del bloque de constitucionalidad gozan de similar

⁵⁶ KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. Universidad Nacional Autónoma de México, 1988 pág. 148

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-406/92

privilegio, así puntuó: *“Esta particular visión del conflicto constituye un punto de conciliación entre el carácter prevalente de la normatividad superior con la aplicación subsidiaria de la misma, pues permite entender que frente a un vacío legal es posible dar aplicación directa a las normas del bloque de constitucionalidad, sin que por ello se entienda que su aplicación es innecesaria cuando dicho vacío no existe”*⁵⁸.

Aceptar que se invoque un precepto constitucional como norma sustantiva, sin necesidad de descender al plano de una disposición de jerarquía inferior, como causal primera de casación significa que los jueces *“(...) aseguran la vigencia de los diversos intereses fundamentales en todos aquellos ámbitos relevantes para el derecho”*⁵⁹, y construyen Estado democrático e incluyente, al estar aplicando directamente la norma fundamental.

Si una de las finalidades de la Casación es su función nomofiláctica como defensa y guardianía de la norma, tal cual se materializa con las causales de casación que sirven de fundamento para formular la demanda de casación, el recurso forzosamente debe observar como tarea prelativa salvaguardar las normas fundantes del ordenamiento jurídico por su raigambre definitivamente sustantivo. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional:

“El concepto de ley sustancial no solamente se predica o limita a las normas de rango simplemente legal. Este comprende por consiguiente las normas constitucionales que reconocen los derechos fundamentales de la persona, y aun aquellas normas de las cuales pueda derivarse la existencia de un precepto específico, por regular de manera precisa y completa una determinada situación.

“Lo anterior implica que es posible fundar un cargo en casación por violación de normas de la Constitución.

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-067/03

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-347/97

“Pero es mas, 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 éstos, aun cuando el actor no formule un cargo específico en relación con dicha vulneración”⁶⁰(subrayas ex texto).

Siendo la tesis de esta Corporación, excluyente en el estadio de la casación de las sentencias acusadas de violar un precepto constitucional, cuando no ostenten un desarrollo legal, la postura jurídica resulta inaceptable y equivocada porque limita el alcance del Estado Constitucional y social de derecho.

En efecto, esa posición habitual de la Sala, según la cual, la acusación de una disposición constitucional como infringida debe acompañarse, como condición necesaria para analizar el cargo, “(...) *del canon legal que circunscribe su contenido y efectos* (...)”⁶¹, se apoya en una errada conceptualización de indeterminación fáctica de los preceptos de la Constitución Política⁶²; vale decir, por no corresponder éstos al esquema tradicional de las normas con estructura de regla⁶³, cuyo arquetipo descriptivo, originario del modelo civilista francés

⁶⁰ Ver sentencia C-596/00, M.P. Antonio Barrera Carbonell (En esta sentencia se estudiaba la constitucionalidad de las normas penales y laborales que establecían requisitos de la demanda de casación. En este fallo de constitucionalidad, **la Corte no diferencia en ningún momento que ese deber de protección de derechos fundamentales corresponda a unas salas de casación en particular, sino que extiende tal deber a todas las que conforman la Corte Suprema de Justicia**)

⁶¹ CSJ. AC, 20 de May. 2011, rad. n.º 14144.

⁶² El apartado dogmático de la Carta se halla redactado en forma de principios, definidos por Robert Alexy en la “*Teoría de los Derechos Fundamentales*” como “(...) *mandatos de optimización* (...)”, vale decir, como normas que carecen de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, pues simplemente ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, atendiendo a sus posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy Robert, “*Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*”, trad. C. Bernal Pulido, Revista Española de Derecho Constitucional, 66, 2002, págs. 13-64, aquí pág. 26).

⁶³ En éste tópico reside una de las discrepancias más relevantes entre el positivismo teórico y el constitucionalismo contemporáneo, pues aquél tiene una concepción de la norma jurídica que gira en torno a su estructura lógico-formal (se itera: supuesto de hecho y consecuencia jurídica), siendo antagónica con la manera en que se hallan redactadas las disposiciones constitucionales, caracterizadas por la ausencia de determinación fáctica. Ello ha sido motivo de señalar a este tipo de preceptos de poco jurídicos y carentes de justiciabilidad, negándoles su eficacia por no tener desarrollo en otras disposiciones, particularmente legales. (Luis Prieto, Sanchís, “*Constitucionalismo y Positivismo*”, México D.F., Fontamara, 1997, págs. 29-34).

decimonónico, comprende dos troncos claramente evidentes: una hipótesis o un supuesto de hecho, y una consecuencia jurídica.

En punto de las normas constitucionales, muchas veces es necesario diferenciar y advertir que para efectos de configurar la casuística que le es propia al recurso de casación, resulta pertinente la relación concreta, inmediata y explícita a los preceptos legales desde la dogmática jurídica, en su doble condición, esto es, compuestos de dos troncos, el supuesto de hecho y el de derecho, pues corresponden a normas que consagran derechos y obligaciones.

No obstante, no puede ocurrir lo mismo con las normas constitucionales, por cuanto las más de las veces, dado su carácter superestructural y la primacía que ostentan en el sistema jurídico contienen con frecuencia una indeterminación fáctica, que a primera vista las haría inaplicables a los casos concretos, pero tal inferencia resulta deleznable del todo, y contraria al Estado constitucional, cuando a pesar de su abstracción, se relacionan directamente con lo debatido en el juicio y con el *thema decidendum* del fallo de segundo grado impugnado en casación, porque reclaman gobierno directo en cada situación de facto, y en nuestro caso, como deber - obligación prevista en las reglas 228, 229 y 230 de la Carta.

Esta última apreciación, no puede implicar, *prima facie*, que el recurso de casación deba restarle eficacia material a la Carta Política, y por ende, desconocer su valor jerárquico dentro del sistema de fuentes colombiano⁶⁴; por el contrario, ello da vigor epistemológico y ético al laborio judicial en casación y potencia el gobierno de los preceptos de la Carta, tal como lo muestran las recientes

⁶⁴ Al respecto, señala el artículo 333 del Código General del Proceso: “(...) 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 (...)” (se resalta).

transformaciones legislativas⁶⁵ y jurisprudenciales⁶⁶, las que han revitalizado y vigorizado⁶⁷ su carácter normativo en esta sede extraordinaria.

Sin embargo, en aras con la lealtad y del reconocimiento histórico que se debe a la Corporación, debo señalar, que su ideario constitucional en el punto debatido, no fue del todo ortodoxo y obcecado. Toda la doctrina citada refundió y prácticamente inhumó un revolucionario antecedente de 1942, dónde aleccionó con toda claridad y luminosidad: *“Pero en tratándose de las disposiciones que integran el Título III de la C. N. “Sobre derechos civiles y garantías sociales”, sí es posible que sirvan de base a la casación porque una disposición expresa ha bajado, por decirlo así, tales reglas de la superestructura constitucional a la zona de la simple legalidad y por ese aspecto las normas de tal Título está dicho en el artículo 7 de la Ley 153 de 1887, dictado en desarrollo y cumplimiento del artículo 49 de la Carta”*⁶⁸.

Se debe reconocer sin reticencias, la Constitución ocupa una posición preeminente frente al resto del *plexo* jurídico, según se advirtió antes, y en Colombia, haciendo la correspondiente pesquisa histórica, desde la preceptiva del art. 5 de la Ley 57 de 1887, según la cual: *“Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla”*, abonada ésta con la regla 9 de la 153 de 1887 *“La Constitución es ley reformatoria y derogatoria*

⁶⁵ Ley 906 de 2004, Ley 1564 de 2012, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 1285 de 2009, etc.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-372 de 2011.

⁶⁷ El valor normativo de la Constitución colombiana fue incorporado por primera vez en el Acto Legislativo 03 de 1910. De ese modo, con anterioridad a esa data la ley tenía un poder demasiado amplio puesto que era ella la que modificaba la Constitución; no obstante, con la reforma de 1910 se otorgó en aquélla ocasión el control y la guarda de la Carta a la Corte Suprema de Justicia, lo que infiere que esa Corporación debía realizar el control de constitucionalidad de las leyes y los decretos, dando así un giro radical al nivel jerárquico de las fuentes, ya que ahora es la ley quien debe respetar los postulados constitucionales. (Sierra Porto, Humberto *“Concepto y tipos de ley en la Constitución Política”* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pág. 67).

⁶⁸ CSJ. Casación del 29 de mayo de 1942, G. J. No. 1989, p. 110.

*de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente*⁶⁹, fundamentos remotos de una de las más originales instituciones en el derecho constitucional, como es la regla de la excepción inconstitucionalidad, y apoyados también de la historia legislativa patria de ayer y de hoy (art. 4. C.N. de 1991). Si ello es de ese tenor significa y traduce expresamente que las disposiciones supralegales y del bloque de constitucionalidad prevalecen en relación con las normas que se encuentren en otras fuentes.

El efecto dinamizador y abrasivo de la Constitución con relación a la legislación ordinaria en el derecho colombiano, se descubre también en la voluntad de los delegatarios mentores de la Constitución de 1886, cuando dispusieron en el artículo 52, que el título III de esa Constitución y consagradorio de los “derechos civiles y garantías sociales” debían formar parte del Título preliminar del C.C.: *“Las disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil como Título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la Constitución”*⁷⁰.

Son variadas las hipótesis, en las cuales al margen de toda discusión compete al juez aplicar directamente en casación las normas constitucionales, sin necesidad de desarrollo legal alguno, en la solución de un litigio, siempre y cuando sean pertinentes a la cuestión debatida, y por supuesto, no haya precepto legal y de carácter especial que gobierne el caso; por ejemplo, cuando el juzgador i) haya preterido la interpretación de una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional o con una norma

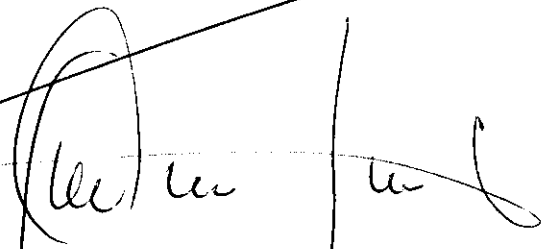
⁶⁹ COLOMBIA, DIARIO OFICIAL 7151 y 7152 del 28 de agosto de 1998. Bogotá: Imprenta Nacional.

⁷⁰ Este artículo fue desarrollado por el 4 de la Ley 57 de 1887, en la siguiente forma: *“Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (art. 19 – 52) de la misma Constitución”*.

constitucional adecuada al caso⁷¹; ii) ignore una prerrogativa fundamental cuya vinculación resulte forzosa o necesaria al asunto en concreto, por ejemplo, al violentar una garantía procesal; y iii) soslaye el principio de interpretación conforme a la Carta, al bloque de constitucionalidad y al derecho internacional humanitario, descartando que el juez debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad⁷². La lista de hipótesis es interminable; apenas comienza.

En los anteriores términos, dejo consignada mi anunciada aclaración.

Bogotá, D.C., *ut supra*.



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado

⁷¹ Al respecto, ver entre otras, las Sentencia T – 199 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-590 de 2009 y SU-198 DE 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, y T-809 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷² Al respecto, ver Sentencia SU-198 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.