Samir Alberto Bonett Ortiz

EL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE COLOMBIA

Crisis, constitucionalidad y convencionalidad

Universidad Libre
Facultad de Derecho
Instituto de Posgrados
Doctorado en Derecho
Bogotá, D. C., Colombia
2020

Samir Alberto Bonett Ortiz

EL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE COLOMBIA
Crisis, constitucionalidad y convencionalidad

Tesis de grado

Luis-Andrés Cucarella Galiana
Director de tesis

Universidad Libre
Facultad de Derecho
Instituto de Posgrados
Doctorado en Derecho
Bogotá, D. C., Colombia
2020

UNIVERSIDAD LIBRE

Autoridades Nacionales y Seccionales

Presidente	Jorge Alarcón Niño
Vicepresidente	Jorge Gaviria Liévano
Rector Nacional	Fernando Dejanón Rodríguez
Secretario General	Floro Hermes Gómez Pineda
Censor Nacional	Ricardo Zopó Méndez
Director Nacional de Planeación	Alejandro Muñoz Ariza
Directora Nacional de Investigaciones	Elizabeth Villareal Correcha
Presidenta Seccional	Elizabeth García González
Rector Seccional	Fernando Arturo Salinas Suárez
Decano de la Facultad de Derecho	Luis Francisco Ramos Alfonso
Secretaria Académica	Ana Rocío Niño Pérez
Director del Centro de Investigaciones	Oscar Andrés López
Directora del Instituto de Posgrados	Nohora Elena Pardo Posada
Director del Doctorado en Derecho	Ricardo Sánchez Ángel

Luis-Andrés Cucarella Galiana

Director de tesis

Jurado:

Luis Armando Tolosa Villabona (presidente)

Lorenzo Mateo Bujosa Vadell

Carlos Alberto Colmenares Uribe

DEDICATORIA

A mi madre, Blanca

¡Por su infinito amor!

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Libre Seccional Cúcuta,
por la formación recibida en pregrado
y el apoyo para cursar el Doctorado

A la Universidad Libre (Bogotá),
por la formación recibida en el Doctorado,
a nuestros profesores por sus enseñanzas,
a nuestros compañeros por las experiencias,
a José María Peláez Mejía y
Diego Javier Barajas Conde, amigos

Al Prof. Luis-Andrés Cucarella Galiana,
por su confianza y apoyo como
Director de esta investigación

A las Bibliotecas de las Universidades Libre
(Cúcuta y Bogotá), Externado, Javeriana y
Biblioteca Luis Ángel Arango,
por el acceso a la información

A toda mi familia y amigos
A Ledy, ¡por su buen ejemplo!

«… yo no puedo resignarme a creer que el sistema de la Casación haya agotado su ciclo histórico; y estoy persuadido de que el adecuar el funcionamiento de la Casación a las nuevas exigencias de los tiempos que vivimos, que no consienten ya a la jurisprudencia aislarse en el empíreo de la lógica pura, depende no tanto de los dispositivos procesales, cuanto de los hombres que los administran. Y puesto que tengo confianza en estos hombres, confío también en que la Corte de casación terminará por ser, en el futuro, cada vez más próxima y sensible a las exigencias de la justicia sustancial».

Calamandrei (*Instituciones*, vol. III, p. 250).

"… la exigencia que se presenta de manera dramática no es la de reformar la Casación para convertirla en otra cosa, sino de permitirle desarrollar de modo eficaz las funciones que le son tradicionalmente asignadas por nuestro ordenamiento, es decir, el control y defensa de la legalidad y de unificación de la jurisprudencia. En efecto, lo que está en crisis no es tanto el «modelo de Casación», abstractamente considerado, sino el concreto funcionamiento de la Corte...,".

Taruffo (*El vértice ambiguo*, p. 238).

«… la Corte se maneja con *discrecionalidad*, lo que si bien facilita la creatividad en las respuestas, conlleva riesgos, obviamente, tal como lo hemos acotado de continuo, destacando las exigencias de un mayor nivel de objetividad y prudencia (*self restraint*), con la correlativa función controlante de la opinión pública y acrecentamiento de la responsabilidad social, consustanciales a la encarnadura y consolidación de la Democracia y al perfeccionamiento del Estado de Derecho».

Morello (*La Corte Suprema en acción*, p. 576).

RESUMEN

La investigación partió de esta *pregunta*: ¿Cuál es el papel del tribunal de casación colombiano frente a los nuevos paradigmas constitucional y convencional, y los retos en su labor, como la eficacia de sus funciones, sobrecarga de actividad, valor de sus decisiones, y diálogo judicial con los tribunales constitucional y supranacionales?

La *hipótesis* consistió en que el tribunal de casación colombiano soporta tres crisis respecto a su identidad, funcionamiento y autoridad, a partir del derecho comparado. La de identidad consistiría en la confusión de sus atribuciones de casación e instancia, que lo ubicaría más cerca de la tercera instancia; la crisis de funcionamiento se evidenciaría en la sobrecarga de actividad de la Corte Suprema de Justicia, que implicaría un problema de congestión y, más relevante dogmáticamente, la desviación de la finalidad de la casación y; la de autoridad se reflejaría en la regulación de la doctrina probable, criterio que conviene revisar en relación con la finalidad y naturaleza jurídica de la institución.

Las principales *conclusiones* son que la Corte no presenta la crisis de identidad, aunque se replantea la adopción de nuevos fines como efecto de la constitucionalidad y convencionalidad; sí soporta las crisis de funcionamiento y de autoridad y, como respuesta, se propone en su orden, la consolidación de la selección reglada de los recursos a decidir y la supresión de la doctrina probable y, en su lugar, la aceptación del precedente, resaltando la relevancia del diálogo judicial con los tribunales constitucional y supranacionales en el marco de la globalización judicial.

PALABRAS CLAVE

Tribunal de casación, Corte Suprema de Justicia, crisis del tribunal, constitucionalidad, convencionalidad, diálogo judicial.

ABSTRACT

This researching began with this *question*: What is the role of the Colombian court of cassation according to the new constitutional and conventional paradigms, and the challenges in its work, such as the effectiveness of its functions, overload of work, value of its decisions, and judicial dialogue with the constitutional and supranational courts?

The *hypothesis* was about the Colombian court of cassation has three crises regarding its identity, functioning and authority, based on comparative law. Identity would consist of the confusion of its cassation power and its instance, which would take place closer to the third instance; the operational crisis would be evidenced in the overload of activity of the Supreme Court of Justice, which would imply a congestion problem. More dogmatically relevant, the digression of the purpose cassation. Authority would be reflected in the regulation of probable doctrine, a criterion that should be reviewed in relation to the purpose and legal nature of the institution.

The main *conclusions* are that the Court does not mean the identity crisis, although the adoption of new purposes is reconsidered as an effect of constitutionality and conventionality; it does withstand operational and authority crises and, as a response, it is proposed in their order, the consolidation of the regulated selection of resources to decide and the suppression of the probable doctrine and, instead, the acceptance of the precedent, highlighting the relevance of judicial dialogue with the constitutional and supranational courts in the framework of judicial globalization.

KEYWORDS

Court of cassation, Supreme Court of Justice, crisis of the court, constitutionality, conventionality, judicial dialogue.

CONTENIDO

pág.

Lista de tablas 16
Lista de abreviaturas y siglas 17

INTRODUCCIÓN 18
1. Investigación 18
2. Problema, hipótesis, objetivos y justificación 20
3. Marco de referencia 27
4. Marco metodológico 31
5. Plan de exposición 36

PARTE I

FUNDAMENTOS PRELIMINARES

CAPÍTULO I

TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA, DERECHO AL RECURSO Y MODELOS DE TRIBUNALES SUPREMOS EN OCCIDENTE

INTRODUCCIÓN 44
1. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA 45
   1.1 Consagración y desarrollo normativo 46
   1.2 Desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 48
   1.3 Desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional 51
   1.4 Consolidación a partir del derecho de acción 55
2. DERECHO AL RECURSO 58
   2.1 Contenido del derecho al recurso 60

2.2 Tensión entre el derecho al recurso y la selección del tribunal de casación …….. 62
3. MODELOS DE TRIBUNALES SUPREMOS EN OCCIDENTE …….. 65
3.1 Modelo *appeal* anglosajón ……..... 66
3.2 Modelo de la revisión alemana ……..... 71
3.3 Modelo de la casación francesa, italiana y española ……..... 73
3.3.1 Casación francesa e italiana ……..... 74
3.3.2 Casación española ……... 78
3.3.3 Diversidad de tipos de casación ……..... 81
REFLEXIONES DEL CAPÍTULO ……... 82

PARTE II

CASACIÓN

DIVISIÓN …… 84

CAPÍTULO II

ORIGEN Y FINALIDAD DE LA CASACIÓN

INTRODUCCIÓN …… 85
1. ORIGEN Y RECEPCIÓN EN COLOMBIA …….. 88
1.1 Origen de la casación …….. 89
1.2 Recepción en Colombia …….. 93
2. FINALIDAD ……. 99
2.1 Enunciación de la finalidad clásica de la casación ……..... 100
2.2 Crítica de la doctrina a la finalidad clásica de la casación …….. 103
2.3 Defensa de la finalidad clásica de la casación ……. 109
2.4 Fin de defensa del ordenamiento jurídico ……. 111
2.4.1 Justificación de la finalidad …….. 112
2.4.2 Forma de violación del ordenamiento jurídico por los jueces de instancia …….. 114
2.4.3 Objeto de la finalidad …… 119

2.4.4 El hecho en casación …… 124
2.4.4.1 Crítica de la doctrina a la distinción entre hecho y derecho 126
2.4.4.2 Defensa de la distinción entre hecho y derecho …… 129
2.5 Fin de unificación de la jurisprudencia …….. 136
2.5.1 ¿Exacta interpretación o una de varias interpretaciones posibles? 138
2.5.2 Unificación de la jurisprudencia en el espacio y tiempo ……..... 139
2.5.3 Alcance de la interpretación jurisprudencial unificada ……. 141
2.5.4 Crítica de la doctrina al fin de unificación de la jurisprudencia …… 142
2.5.5 Defensa del fin de unificación de la jurisprudencia …….. 143
2.5.6 Unificación de la jurisprudencia en Colombia ……... 144
2.6 Fin privado ……..... 146
2.7 Fines en la ciencia procesal contemporánea ……... 153
2.7.1 Protección de los derechos constitucionales …… 155
2.7.2 Forma de protección de los derechos constitucionales ……... 157
2.7.3 Experiencia de la casación civil española ……. 159
2.7.4 Expectativa de la casación civil colombiana ……. 161
REFLEXIONES DEL CAPÍTULO ……... 163

CAPÍTULO III

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CASACIÓN

1. NATURALEZA JURÍDICA ……. 166
1.1 La casación tiene una finalidad distinta, en cuanto al fin público, a la de los demás órganos jurisdiccionales ……. 170
1.2 La casación no es tercera instancia ……... 172
1.3 La casación es un recurso extraordinario ……. 175
1.3.1 Limitación del poder de decisión del tribunal de casación. Carácter dispositivo de la casación …….. 185
1.3.2 Rigor formal o técnica de casación ……. 187
REFLEXIONES DEL CAPÍTULO ……... 203

CAPÍTULO IV

TRIBUNAL DE CASACIÓN

1. FUNCIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN …… 205

1.1 Funciones del tribunal de casación francés e italiano ……..... 205

1.2 Funciones del tribunal de casación español ……. 208

1.3 Funciones del tribunal de casación colombiano …….. 212

2. FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN, EN ESPECIAL DEL TRIBUNAL …….. 215

2.1 Fundamento histórico …….. 216

2.2 Fundamento político ……..... 218

2.3 Fundamento filosófico ……. 224

2.4 Fundamento sociológico ……..... 226

3. RELACIÓN ENTRE LA FINALIDAD DE LA CASACIÓN Y LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN …… 229

3.1 ¿Adecuación del binomio finalidad-funciones? 230

3.2 Caso colombiano ……. 232

4. RELACIÓN ENTRE LA FINALIDAD DE LA CASACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN …… 232

4.1 ¿Adecuación del binomio finalidad-funcionamiento frente a la defensa del ordenamiento jurídico? …… 233

4.2 ¿Adecuación del binomio finalidad-funcionamiento frente a la unificación de la jurisprudencia? …….. 237

5. LIMITACIÓN DEL PODER DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN A PARTIR DE CHIOVENDA Y CALAMANDREI ……... 239

5.1 FUNDAMENTO HISTÓRICO-DOGMÁTICO A PARTIR DE CHIOVENDA Y CALAMANDREI …….. 243

5.2 Crítica ……..... 244

5.3 Facultad de actuación de oficio del tribunal de casación …… 245

REFLEXIONES DEL CAPÍTULO ……... 248

PARTE III

CRISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE COLOMBIA Y PROPUESTAS

DIVISIÓN 251

CAPÍTULO V

CRISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE COLOMBIA

1. CRISIS DE IDENTIDAD: LA EFICACIA DE SUS FUNCIONES 252
1.1 ¿Tribunal de casación o tribunal de tercera instancia? 255
1.1.1 Instancia procesal 258
1.1.2 Instancias en la estructura del proceso 259
1.1.3 Casación en la estructura del proceso 260
1.2 Coherencia entre la finalidad de la casación y las funciones de la Corte Suprema de Justicia 261
2. CRISIS DE FUNCIONAMIENTO: LA SOBRECARGA DE ACTIVIDAD 263
2.1 Problema 264
2.1.1 Sobrecarga de actividad de la Corte Suprema di Cassazione italiana a partir de la estadística 266
2.1.2 Sobrecarga de actividad de la Cour de Cassation francesa a partir de la estadística 269
2.1.3 Sobrecarga de actividad del Tribunal Supremo español a partir de la estadística 271
2.2 Medidas propuestas por CALAMANDREI y la doctrina posterior 274
2.2.1 Medidas tendientes a aumentar la potencialidad de decisión del órgano juzgador 274
2.2.2 Medidas tendientes a disminuir el número de las causas a decidir 275
2.2.3 Selección de los asuntos 276
2.2.3.1 Selección de los asuntos en el derecho comparado 279
2.3 Caso colombiano 282
2.3.1 Amplia competencia de la Corte Suprema de Justicia 289
2.3.2 Caso especial de la Corte Constitucional 294

3. CRISIS DE AUTORIDAD: EL VALOR DE SUS DECISIONES 298
3.1 Valor de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia 303
3.2 Doctrina probable 307
3.2.1 ¿Diferencia entre doctrina probable y precedente? 308
3.3 Precedente 312
3.3.1 Precedente en la jurisdicción constitucional 313
3.3.2 Precedente en la jurisdicción contencioso-administrativa 323
3.3.3 Precedente en la jurisdicción ordinaria 323
4. DIÁLOGO JUDICIAL DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN CON LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONAL Y SUPRANACIONALES 325
4.1 Diálogo judicial con el tribunal constitucional 328
4.1.1 Conflictos 329
4.2 Diálogo judicial con los tribunales supranacionales 332
4.2.1 Recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 336
4.2.2 Condiciones que promueven y facilitan el diálogo judicial 338
REFLEXIONES DEL CAPÍTULO 340

CAPÍTULO VI

PROPUESTAS A LAS CRISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE COLOMBIA

1. TRIBUNAL DE CASACIÓN, NO DE TERCERA INSTANCIA, COMO RESPUESTA A LA CRISIS DE IDENTIDAD 343
1.1 Tribunal de casación y la purificación de su labor 344
1.2 Mecanismos para alcanzar una eventual purificación 345
2. SELECCIÓN REGLADA COMO RESPUESTA A LA CRISIS DE FUNCIONAMIENTO 348
2.1 Selección reglada en Colombia 353
2.2 Revisión de la competencia de la Corte Suprema de Justicia 355
3. PRECEDENTE COMO RESPUESTA A LA CRISIS DE AUTORIDAD 357
3.1 Supresión de la doctrina probable en Colombia 357
3.2 Adopción del precedente en el tribunal de casación 359
4. DIÁLOGO JUDICIAL 361

REFLEXIONES DEL CAPÍTULO 361

RESULTADOS Y CONCLUSIONES 364

BIBLIOGRAFÍA 373

LISTA DE TABLAS

		pág.
Tabla I	Recurso de casación civil. Evolución de la causal de violación de ley sustancial (1886-1923) ……...	201
Tabla II	Recurso de casación civil. Evolución de la causal de violación de ley sustancial (1931-2012) ……...	202
Tabla III	Estadística de la Corte Suprema di Cassazione italiana (2010-2019) ……...	267
Tabla IV	Organización del personal de la magistratura de la Corte Suprema di Cassazione por Sezioni al 31 de diciembre de 2019	268
Tabla V	Estadística de la Cour de Cassation francesa (2010-2019) ……	270
Tabla VI	Estadística del Tribunal Supremo español (casación civil y penal) (2010-2019) ……	272
Tabla VII	Estadística del Tribunal Supremo español (casación contencioso-administrativa y social) (2010-2019) ……..	272
Tabla VIII	Estadística comparada de la casación civil en Italia, Francia y España (2015-2019) …….	274
Tabla IX	Estadística de la Corte Suprema de Justicia colombiana (casación civil, 2017) ……	284
Tabla X	Estadística de la Corte Suprema de Justicia colombiana (casación laboral, 2017) ……...	287
Tabla XI	Estadística de la Corte Constitucional colombiana sobre revisión de sentencias de tutela (1992-2019) ……..	296

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

art.	Artículo
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
cap.	Capítulo
CC	Corte Constitucional
CE	Consejo de Estado
CGP	Código General del Proceso (2012)
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CJ	Código Judicial (1931)
CP	Constitución Política de Colombia (1991)
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2011)
CPC	Código de Procedimiento Civil (1970)
CPP/2000	Código de Procedimiento Penal (Ley 600/00)
CPP/2004	Código de Procedimiento Penal (Ley 906/04)
CPTSS	Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (1948)
CP/1886	Constitución Política de Colombia (1886)
CSJ	Corte Suprema de Justicia
ICONTEC	Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación
LEC/1855	Ley de Enjuiciamiento Civil española (1855)
LEC/1881	Ley de Enjuiciamiento Civil española (1881)
LEC o LEC/2000	Ley de Enjuiciamiento Civil española (2000)
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal española (1882)
MP	Magistrado ponente
NCPC	Nouveau Code de procédure civile francés (1976)
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
sec.	Sección
TC	Tribunal Constitucional español
TS	Tribunal Supremo español
tít.	Título
ZPO	Zivilprozessordnung (Código Procesal Civil alemán) (1877)

INTRODUCCIÓN

1. INVESTIGACIÓN

A partir de la evolución del derecho, en especial, el procesal[1] se considera que la función jurisdiccional es una de las principales atribuciones del Estado[2]. Esta función ha sido confiada al poder o rama judicial, a través de la organización judicial, por medio de órganos competentes y de la ordenación legal del proceso como instrumento al servicio del Estado y los justiciables para la administración de justicia.

Tradicionalmente nuestro sistema ha establecido un modelo jerárquico de organización judicial, que pone a disposición de las partes los medios de impugnación con la finalidad de controlar las decisiones judiciales, en general, por otro juez. La justificación parte de la falibilidad de los jueces y, en todo caso, de la garantía de revisión de esas resoluciones[3]. El máximo órgano jurisdiccional que ha cumplido esta misión es el tribunal de casación y el medio el recurso de casación[4], con el propósito de lograr la finalidad institucional atribuida por el Estado.

---

[1] Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil. vol. II*. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. pp. 1-4; Calamandrei, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil. Según el nuevo código. vol. I*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. pp. 173-191; Devis Echandía, Hernando. *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. t. I. Generalidades*. Bogotá: Temis, 1961. pp. 77-83.

[2] Entre los instrumentos internacionales de derechos humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 8.°) y CADH (art. 25). En Colombia, Constitución de 1991 (arts. 228 y 229).

[3] Kisch, Wilhelm. *Elementos de derecho procesal civil*. Traducción de la cuarta edición alemana y adiciones de derecho español por L. Prieto Castro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. p. 285.

[4] Según el *Diccionario de la lengua española*, *casación* significa «Acción de casar o anular». A su vez, *casar* expresa «Anular, abrogar, derogar una sentencia», y deriva del latín tardío ***cassāre***, y este del latín *cassus*, que es 'vano', 'nulo'. Las voces casación y casar citadas, respectivamente disponibles en: https://dle.rae.es/casaci%C3%B3n?m=form y https://dle.rae.es/casar

El papel del tribunal de casación[5] en Colombia es el objeto de la investigación, en concreto en relación con tres aspectos: la finalidad de la casación y las funciones asignadas al tribunal para cumplirla, el funcionamiento de este y el valor de sus decisiones. Calamandrei[6] sostiene que la casación es un instituto

[5] En Colombia, el tribunal de casación es la CSJ (CP, art. 235). A pesar de que los términos tribunal de casación y corte de casación son usados como sinónimos en el derecho comparado, se preferirá usar en la investigación la palabra *tribunal*, pues desde el punto de vista de la definición, *tribunal* se refiere más a la administración de justicia, mientras que *corte* a la monarquía, aunque en América es usada la expresión *corte* como tribunal de justicia, según el *Diccionario de la lengua española* (RAE). En todo caso, es una elección entre dos opciones aceptables.

También se resalta que la palabra *corte* se ha mantenido como tradición desde el nacimiento de la República, pues las Constituciones le dieron ese nombre, aunque inicialmente no fue un tribunal de casación (lo es desde 1886), como la Constitución de 1821, que creó la Alta Corte de Justicia (art. 140); la Constitución de 1830, la Alta Corte de Justicia (art. 109); la Constitución de 1843, la Corte Suprema de Justicia (art. 119); la Constitución de 1853, la Suprema Corte de la Nación (art. 41); la Constitución de 1858, la Corte Suprema (art. 47); la Constitución de 1863, la Corte Suprema Federal (art. 69); la Constitución de 1886, la Corte Suprema (art. 146), hasta la Constitución de 1991, la Corte Suprema de Justicia (art. 234).

En Francia el tribunal se llama Cour de Cassation; en Italia, Corte Suprema di Cassazione; en España, Tribunal Supremo. En Latinoamérica ha existido la tradición de llamar al tribunal por un nombre distinto, tal vez siguiendo el ejemplo norteamericano de la Supreme Court, que no es tribunal de casación, así p. ej., en Argentina y México, Corte Suprema de Justicia de la Nación; en Brasil, Supremo Tribunal Federal; en Perú, Corte Suprema de Justicia; en Uruguay, Suprema Corte de Justicia.

Un sector de la literatura contemporánea prefiere usar la expresión *tribunal* para referirse a los órganos jurisdiccionales supranacionales, constitucional y de casación, como algunas de las obras colectivas indicadas en esta Introducción, notas 19 a 25.

[6] Calamandrei, Piero. *La casación civil. t. I. vols. 1-2. Historia y legislaciones. t. II. Bosquejo general del instituto*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. En esta investigación se ha consultado la misma traducción en una reciente edición, en tres tomos (Buenos Aires: El Foro, 2007). La cita es del t. II, p. 26. También, *Casación civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1959. pp. 9-10.

La obra (t. I, vols. 1-2) es la traducción al español de la obra italiana *La Cassazione civile. vol. I. Storia e legislazioni*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1920. Contenida en *Opere Giuridiche di Piero Calamandrei* a cura di Mauro Cappelletti. Presentazione di Virgilio Andrioli. vol. VI. Napoli: Morano Editore, 1976. La edición de *Opere Giuridiche*, conformada por 10 vols., fue publicada entre 1965-1985. *Opere Giuridiche* ha sido reeditada por la Università degli Studi Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza. Riedizione a cura della Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, Istituzione del Comune di Montepulciano e della Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" – Roma. Roma: Roma TRE-Press, 2019. Disponible en: http://romatrepress.uniroma3.it/libro/opere-giuridiche-volume-vi-la-cassazione-civile-parte-prima/ En la traducción al español, el tomo I de la edición italiana se divide en dos volúmenes.

A su vez, *La Cassazione civile. vol. II. Disegno generale dell'istituto*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1920. Contenida en *Opere Giuridiche di Piero Calamandrei* a cura di Mauro Cappelletti.

compuesto por dos elementos: uno de carácter judicial-político, que es el tribunal de casación y; otro procesal, que es el recurso de casación. En efecto, podría resultar más provechoso el estudio de la casación, no limitándose al recurso, sino comprendiendo toda la institución, incluido el tribunal que lo decide, porque así su examen puede ser más completo. De ahí que la investigación incluya los tres aspectos indicados (finalidad-funciones, funcionamiento y decisión) frente a los dos componentes fundamentales de la institución (tribunal y recurso), con el objeto de evaluar el papel del tribunal colombiano.

Como preámbulo al desarrollo del resultado de la investigación doctoral, se hará la descripción del camino metodológico recorrido para llegar al fin, específicamente sobre los siguientes puntos: *i)* problema, hipótesis, objetivos y justificación; *ii)* marco de referencia, *iii)* marco metodológico y, *iv)* plan de exposición.

2. PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN

El *problema* de la investigación surge del papel que está llamado a cumplir nuestro tribunal de casación, la CSJ, frente a las crisis que afronta en esa labor,

---

Presentazione di Mauro Cappelletti. vol. VII. Napoli: Morano Editore, 1976. Disponible en: http://romatrepress.uniroma3.it/libro/opere-giuridiche-volume-vii-la-cassazione-civile-parte-seconda/ También, *Casación civil*. ob. cit. Esta obra es la traducción al español de la obra italiana «Cassazione civile». En: *Nuovo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, UTET, 1937. Contenida en *Opere Giuridiche di Piero Calamandrei* a cura di Mauro Cappelletti. Presentazione di Giovanni Pugliese. vol. VIII. Napoli: Morano Editore, 1979. Disponible en: http://romatrepress.uniroma3.it/libro/opere-giuridiche-volume-viii-la-cassazione-civile-e-altri-studi-sui-vizi-della-sentenza-e-sulle-impugnazioni/

Esta visión de Calamandrei de la casación formada por dos elementos es seguida en nuestro país. Corte Constitucional. Sentencia C-252/01, de 28 de febrero de 2001, MP Carlos Gaviria Díaz. p. 45. Expresó la Corte: «El recurso de casación y la Corte Suprema de Justicia como tribunal de Casación están íntimamente relacionados, pues si no existiera el recurso no tendría sentido asignarle a un órgano especializado el monopolio de su resolución». A continuación, la Corte cita a Calamandrei.

como ha identificado Taruffo[7], así como los nuevos paradigmas constitucional y convencional que implican una adaptación, en ciertos aspectos, de la casación.

Siguiendo la fundamentación dogmática tradicional de la casación, en especial, aceptando en principio su finalidad y naturaleza jurídica, nuestro tribunal tiene como principales misiones las de garantizar la unidad e integridad del ordenamiento jurídico (antes defensa de la ley o función nomofiláctica) y la unificación de la jurisprudencia, así como reparar los agravios irrogados a las partes[8]. En principio, este aspecto, desde la teoría clásica y pura de la casación, puede considerarse que no ofrece mayor dificultad, pues gracias a los estudios históricos, especialmente la obra de Calamandrei[9], hoy la doctrina procesal[10], en general, acepta los fines de la casación indicados como recurso ante el tribunal[11].

El problema se manifiesta a partir de varias causas, que sería posible identificar desde tres puntos de vista: *i)* el entendimiento que de la casación se asume en cada país que la ha adoptado como modelo de tribunal supremo de la jurisdicción ordinaria (qué debe hacer el tribunal); *ii)* la regulación legal de sus funciones y la práctica judicial relacionada con su funcionamiento (cómo se regula y cumple su labor) y; *iii)* la efectividad de sus funciones (cuál es el valor de sus

---

[7] Taruffo, Michele. *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991. La obra fue traducida al español, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*. Traducción de Juan J. Monroy Palacios y Juan F. Monroy Gálvez. 1.ª reimpresión. Lima: Palestra, 2006.

[8] Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 2012. núm. 48.489, 12 de julio; art. 333.

[9] Calamandrei, *La casación civil. t. II*. ob. cit.; *Casación civil*, ob. cit.

[10] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., p. 238. En el derecho comparado iberoamericano, Vázquez Sotelo, José Luis. *La casación civil. (Revisión crítica)*. Barcelona: Ediser, 1979. pp. 14-40; Cuenca, Humberto. *Curso de casación civil*. 2.ª ed. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1974. pp. 28-30. En Colombia, Morales Molina, Hernando. *Técnica de casación civil*. Bogotá: Lerner, 1963. pp. 40-42 (antes, *Técnica de casación civil. Conferencias*. 2.ª ed. Edición privada. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1958); *Técnica de casación civil*. 2.ª ed. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1983. pp. 30-32; Murcia Ballén, Humberto. *Recurso de casación civil*. 2.ª ed. Bogotá: Temis, 1978. pp. 29-32; *Recurso de casación civil*. 5.ª ed. Bogotá: Ibáñez, 1999. pp. 76-80.

[11] A partir de los nuevos paradigmas constitucional y convencional, se han asignado nuevos fines a la casación, como en Colombia hace el CGP, al atribuir al tribunal la función de «proteger los derechos constitucionales» y «lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia» (art. 333).

decisiones). Estas situaciones encajan, en general, en lo que Taruffo[12] identifica en el caso italiano como las tres crisis de la casación: de identidad, de funcionamiento y de autoridad.

La crisis de identidad se relaciona con el rol que el ordenamiento jurídico le asigna al tribunal, presentando su principal faceta en la confusión de su papel como tribunal de casación frente a uno de tercera instancia. ¿Cuál es su función? A pesar de que normativamente se establece la función como tribunal de casación y de que simultáneamente se consagra la garantía de doble instancia, no la tercera, esta claridad se puede empezar a desvanecer, en parte, cuando en la ordenación concreta se asigna un papel como tribunal de tercera instancia, ajeno a la naturaleza jurídica de la casación.

Esta crisis produce como efecto que el tribunal cumpla un rol en el ejercicio de su función institucional diferente al llamado a desempeñar, al menos desde la teoría clásica de la casación. Esto resulta inconveniente en la medida en que termina convirtiéndose de un juez de legitimidad (que juzga la legalidad de la sentencia) a un juez de mérito (que juzga la controversia entre las partes), labor propia de los jueces de instancia.

De otra parte, la crisis de funcionamiento, en gran medida, se debe a la sobrecarga de actividad que soporta el tribunal de casación, problema que, según Calamandrei, Taruffo, Carpi, Vázquez Sotelo, Nieva Fenoll, entre otros, en sus estudios que serán citados en el desarrollo de la investigación, es común en los países que siguen el modelo de casación. En parte, esta situación se presenta porque, en ocasiones, el legislador no desarrolla la institución dentro de los límites que marcan principalmente su finalidad y naturaleza jurídica, admitiendo la procedencia del recurso por motivos que no se ajustan a la esencia de la institución y conducen al tribunal a un camino que no debiera ser su destino. Adicional, en Colombia, como se evidenciará (cap. V, núm. 2.3), siendo justos, la congestión no corresponde a la casación de manera exclusiva, sino a otras competencias, en

[12] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 221-261.

especial la relativa a la decisión en primera y segunda instancia de la acción de tutela[13].

Esta crisis tiene como consecuencia que el tribunal, primero, conoce de asuntos que, en teoría, no debiera decidir y; segundo, está atiborrado de expedientes de toda clase, lo que impide disponer del tiempo necesario para el estudio reflexivo de los casos que sí tienden al cumplimiento de la finalidad de la institución, en particular con el propósito de unificar la interpretación jurisprudencial, para así garantizar el principio constitucional de igualdad de los justiciables ante la jurisdicción, así como la seguridad jurídica, certeza del derecho y previsibilidad de la decisión judicial.

La crisis de autoridad, que en parte deriva de las anteriores, consiste en el nivel de respeto de sus decisiones judiciales por los jueces de instancia, en el sentido de aplicar la interpretación jurisprudencial uniformada por el tribunal en desarrollo de unas de las facetas del fin público de la casación. Y es que si la casación tiene como uno de sus propósitos principales alcanzar la unificación de la jurisprudencia y si el tribunal de casación tiene la misión de garantizar dicho objetivo, es razonable que los jueces de instancia tengan en consideración en sus decisiones dichos criterios o parámetros jurisprudenciales orientadores como parte de la motivación. Se esperaría que estos criterios hayan sido producto de estudios cuidadosamente elaborados y discutidos bajo distintas reflexiones jurídicas razonables, hasta el punto de adoptar la más adecuada por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria. Frente a esta justificación está la independencia judicial.

Esta finalidad tiene como efecto, primero, desde el interior de la administración de justicia, la unidad del derecho y la seguridad jurídica y; desde el exterior, el respeto por la igualdad de los justiciables que tienen el derecho a que casos de similares circunstancias, ajustados al sentido de la interpretación de la disposición aplicable, sean decididos de igual forma.

[13] Debido a la congestión y con el «fin de racionalizar» su conocimiento, por medio del Decreto 1983/17 se modificaron las reglas de reparto de la acción de tutela. A pesar de esto, la CSJ continúa con la mayor carga de trabajo representada por la acción de tutela.

Ante estos problemas de nuestro modelo de casación –porque las dificultades no son exclusivas de nuestro tribunal, sino también de la regulación del recurso y de su práctica judicial–, se hace necesario el examen en Colombia de dichas crisis, para abordar el análisis de algunas propuestas al respecto.

Este planteamiento del problema se formula con la siguiente *pregunta*: ¿Cuál es el papel del tribunal de casación colombiano frente a los nuevos paradigmas constitucional y convencional, y los retos en su labor, como la eficacia de sus funciones, sobrecarga de actividad, valor de sus decisiones, y diálogo judicial con los tribunales constitucional y supranacionales?

La *hipótesis* de la investigación consiste en que nuestro tribunal, CSJ, soporta las crisis de identidad, de funcionamiento y de autoridad indicadas, así como que la casación está siendo impactada por los paradigmas constitucional y convencional, lo que necesariamente conduce a un diálogo judicial activo con los tribunales constitucional y supranacionales.

De la pregunta planteada deriva el *objetivo general*, que es evaluar el papel del tribunal de casación colombiano frente a los nuevos paradigmas constitucional y convencional, y las crisis en su labor, como la eficacia de sus funciones, sobrecarga de actividad, valor de sus decisiones, y relación con los tribunales constitucional y supranacionales, que desarrollados uno por uno, constituyen los objetivos específicos de la investigación.

La *justificación* de la investigación se basa en tres aspectos principales: *i)* la existencia de los problemas actuales y, en algunos casos, de tiempo atrás, de nuestro tribunal de casación que, en el desarrollo de esta tesis doctoral, siguiendo a Taruffo[14], se identifican como las crisis de identidad, de funcionamiento y de autoridad; *ii)* la necesidad de identificar estas crisis, analizar sus causas y efectos y, proponer soluciones y; *iii)* la ausencia de propuestas en este sentido en la academia y ciencia procesal colombianas[15], lo que permite contribuir en el aporte

[14] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 221-261.

[15] En Colombia, según la tradición, la doctrina se ha dedicado al estudio de la regulación legal de la casación a través de diferentes obras, como las de Pérez Vives, Morales Molina y Murcia Ballén

de elementos teóricos fundamentados en los actuales debates científicos sobre los retos de la casación y el papel del tribunal, con especial referencia a las crisis planteadas, sumadas a la adaptación a la constitucionalidad y convencionalidad.

Por supuesto, a pesar de la evolución y de la amplitud y profundidad de los estudios críticos sobre la casación, en especial, en el derecho comparado, el tribunal y el recurso continúan presentando problemas, algunos desde el origen de la institución, como la sobrecarga de actividad. Esto justifica una investigación con el propósito de hacer nuevos planteamientos sobre la base de una visión de la institución desde otro lugar, sin desconocer el admirable aporte que a los estudios de la materia han realizado grandes procesalistas de diferentes épocas y países, como toda la doctrina que será consultada en la investigación, de derecho comparado y nacional.

Por último, a manera de delimitación del objeto de estudio y fijar sus límites, es conveniente resaltar aquello sobre lo que no recae:

i) No es un estudio histórico-político en sentido estricto, sino como se ha descrito, un examen dogmático, aunque contiene elementos históricos y políticos (cap. II, núm. 2.1; cap. IV, núms. 2.1 y 2.2).

ii) Tiene por objeto solo la casación, excluyendo todos los demás asuntos de conocimiento del tribunal de casación, como los recursos de revisión o anulación, debido a que la casación es su principal competencia y la que define su finalidad y naturaleza jurídica, pero se hará una breve reseña de su competencia general (cap. V, núm. 2.3), necesaria para una propuesta final a manera *de lege ferenda* (cap. VI, núm. 2.2). También, como se notará, el énfasis es en la casación civil, pues es en esta materia en la que se han realizado los principales aportes de la doctrina, sin desconocer la importancia de la doctrina de las casaciones penal y laboral, pero la

en materia civil, otras en materia penal y pocas en materia laboral. De otra parte, recién se han realizado estudios de tipo histórico-político, como el de Cajas Sarria, pero hasta ahora no se ha abordado el examen de los fundamentos dogmáticos de la casación a partir de los debates contemporáneos que muestra el derecho comparado.

mayoría de la doctrina, incluso consultada en estas dos materias, proviene de la civil.

iii) No es un análisis general del recurso de casación civil, laboral o penal, ni en particular de ciertos elementos como las causales o motivos de casación, ni el procedimiento o trámite ante el tribunal. Aun así, se tratarán algunos puntos, como los motivos, y en ocasiones se hará la comparación de la ordenación legal de la casación civil, laboral y penal para advertir diferencias, en principio, injustificadas, lo que conducirá a una propuesta final (Conclusión segunda).

iv) A pesar de que se cuestionan algunos aspectos de la institución, como el rigor formal o técnica de casación y que se concluirá en que no es inherente a la institución y se propondrá su supresión (Conclusión primera), no está destinada específicamente a presentar un estudio del desarrollo jurisprudencial de la técnica.

v) No es un estudio de casos concretos de jurisprudencia civil, laboral o penal, ni una compilación de doctrina probable o precedente.

vi) Tiene por objeto la revisión crítica expuesta en los objetivos general y específicos, que conducirá a replantear algunos aspectos de la casación regulados y aceptados por la jurisprudencia y doctrina. Sin embargo, no es una propuesta de reforma constitucional o legal, porque lo que se propone es un examen de la situación actual de nuestra casación. En lugar de afirmar cómo es o debiera ser, a lo que se aspira es a introducir, a partir de los fundamentos dogmáticos de la casación y de los debates contemporáneos, unos elementos que puedan despertar el interés de los estudiosos en la materia para examinar la casación en nuestro contexto nacional.

3. MARCO DE REFERENCIA

De otra parte, en cuanto al *estado del arte*[16] y *marco teórico*[17], se conjugan en el desarrollo de los capítulos iniciales que abordan la teoría general de la casación (finalidad y naturaleza jurídica) y del tribunal (funciones, fundamentos y relaciones), en los que se inicia con los estudios de los principales autores de la casación y, en general, de los procesalistas sobre la materia, identificando el conocimiento acumulado y el origen de las principales teorías alrededor de la casación. Así, el principal referente teórico de la investigación es la obra de Calamandrei, en especial en el examen de los fundamentos dogmáticos de la casación (caps. II, III y IV), y de Taruffo, de quien se ha tomado el concepto de crisis (de identidad, de funcionamiento y de autoridad), que servirá de *marco teórico* para abordar el análisis de la situación del tribunal colombiano (cap. V).

Al lado de estos autores, se acude a parte de la doctrina de la casación[18], a manera de literatura crítica, para el desarrollo de los capítulos, pudiendo identificar entre la más relevante y a la que se tuvo acceso, que será citada en la investigación, a partir de su aporte y por época, como De la Plaza, y más tarde, Vázquez Sotelo en España; Colombo –cuya obra fue publicada en 1943, antes de la traducción del italiano al español de *La Cassazione civile* en 1945, pero aun así fue tenida en cuenta directamente del italiano–, De la Rúa, Morello y Hitters en Argentina; Linares Gutiérrez en Panamá; Cuenca, Rengel-Romberg y Sarmiento Núñez en Venezuela; Véscovi en Uruguay, y en Colombia, Pérez Vives, Morales Molina y Murcia Ballén.

---

[16] Universidad Libre. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. *Guía para la elaboración de proyectos de investigación*. Reimpresión de la 3.ª ed., 2011. p. 35.

[17] Universidad Libre. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. *Guía para la elaboración de proyectos de investigación*. ob. cit., pp. 37-39; Sarlo, Oscar. «El marco teórico en la investigación dogmática». En: Courtis, Christian (ed.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006. pp. 175-208.

[18] Una relación de la doctrina de la casación la hizo Colombo en 1943, con una extensa lista de obras. Colombo, Carlos J. *La Corte Nacional de Casación. t. II*. Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo, 1943. pp. 313-376. A 77 años de la obra, un intento por identificar toda la doctrina de la casación terminaría siendo una labor inconclusa por la continua publicación de estudios, además de que podría considerarse poco útil, al menos desde la perspectiva dogmática.

Más reciente, en España, Guzmán Fluja y Guasch Fernández, así como investigaciones doctorales, bien acudiendo a la tesis doctoral o a su contenido en obra de posterior publicación, entre ellas, las de Jiménez Fortea, Nieva Fenoll (y sus otros estudios), Loredo Colunga, Buendía Cánovas, Ugalde González y Delgado Castro. También en el campo de la investigación doctoral, la tesis de Giannini en Argentina.

Asimismo, se tendrá en cuenta la obra de procesalistas clásicos, que si bien no son estudios especiales sobre casación, sino generales sobre derecho procesal, han contribuido con aportes y críticas, históricas o dogmáticas, relevantes para la institución, como Mattirolo, Vicente y Caravantes, Manresa y Navarro, Chiovenda, Carnelutti, Redenti, Satta, Liebman, Rosenberg, Gómez Orbaneja, Prieto-Castro, Guasp, Couture y Devis Echandía.

Una mención particular merece, dentro de la doctrina especial de la casación, una serie de recientes obras colectivas sobre los tribunales supremos y la casación, que estudian distintos aspectos de relevancia. Algunas de ellas son, por orden cronológico de publicación: *i)* El papel de los tribunales superiores[19], *ii)* Los recursos ante los tribunales supremos en Europa[20], *iii)* El recurso de casación civil[21], *iv)* Cortes supremas. Funciones y recursos extraordinarios[22], *v)* El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación[23], *vi)* La misión de los tribunales supremos[24] y; *vii)* Tribunales supranacionales y tribunales nacionales[25].

---

[19] Berizonce, Roberto O.; Hitters, Juan Carlos y Oteiza, Eduardo (coords.). *El papel de los tribunales superiores*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. Primera parte, 2006. Segunda parte, 2008.

[20] Ortells Ramos, Manuel (coord.). *Los recursos ante los tribunales supremos en Europa*. Madrid: Difusión Jurídica, 2008.

[21] Bonet Navarro, José (dir.), y Martín Pastor, José (coord.). *El recurso de casación civil*. Pamplona: Aranzadi, 2010.

[22] Oteiza, Eduardo (coord.). *Cortes supremas. Funciones y recursos extraordinarios*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.

[23] Priori Posada, Giovanni (coord.). *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Lima: Palestra, 2015.

[24] Taruffo, Michele; Marinoni, Luiz Guilherme y Mitidiero, Daniel (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

[25] Pizzolo, Calogero y Mezzetti, Luca (coords.). *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales*. Buenos Aires: Astrea, 2016.

Todas estas obras son expresión científica de la preocupación por los problemas actuales de la casación e intentos por encontrar soluciones a estos, que se han planteado en jornadas académicas[26]. Entre los puntos más recurrentes de estos estudios es posible identificar estos grupos: *i)* la ambigüedad, usando la expresión de Taruffo, del papel del tribunal de casación entre corte suprema y corte de tercera instancia; *ii)* la redefinición de los fines de la casación frente al nuevo paradigma constitucional[27], especialmente en la protección de derechos constitucionales; *iii)* la tensión entre el derecho al recurso de las partes y la facultad del tribunal para seleccionar los recursos a decidir; *iv)* las medidas para racionalizar el funcionamiento adecuado del tribunal; *v)* el valor de las decisiones del tribunal y; *vi)* la relación entre el tribunal de casación y los tribunales constitucional y supranacionales. Estas obras recientes, entre otras, presentan las tendencias y debates en el derecho comparado, que pueden servir de literatura crítica para el tratamiento normativo, jurisprudencial y doctrinal de la casación.

Sobre la obra de Calamandrei, en especial, *La Cassazione civile*, que fue publicada en 1920, y traducida al español por Sentís Melendo, en Argentina, en 1945; así como un pequeño volumen que estudió la voz *casación* del *Nuovo Digesto Italiano*, publicada con el título *Cassazione civile*[28]*,* en 1937, cuya traducción al español también fue realizada por Sentís Melendo y Ayerra Redín, en Argentina, en 1959; Sentís Melendo[29], su discípulo y traductor por excelencia, así resaltó su importancia:

---

[26] Algunas de las obras colectivas indicadas son producto de jornadas académicas. Además, se resalta el Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, celebrado en Tesalónica, Grecia, 21-25 de mayo de 1997.

[27] Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 7.ª ed. Madrid: Trotta, 2010. pp. 65-68.

[28] Esta obra fue actualizada por Carlo Furno, discípulo de Calamandrei, en 1958, dos años después de la muerte de este. *Cassazione civile*. En: Novissimo Digesto Italiano. II. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, UTET, 1958. pp. 1053-1104.

[29] Sentís Melendo, Santiago. «Calamandrei. El hombre y la obra». *Prólogo a Instituciones de derecho procesal civil. vol. I*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: El Foro, 1996. p. 43. Citado por Bonett Ortiz, Samir Alberto. «La casación laboral justa». En: *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2012. pp. 811-843. La cita es de la p. 816.

> «… como obra de juventud[30] parece un milagro. Nada se había escrito hasta entonces, ni se ha producido después, que se le pueda comparar en extensión y, sobre todo, en profundidad. Su influencia no se manifestó tan sólo en la doctrina, sino también en la legislación; la obra de Calamandrei fue, sin duda alguna, la que más influencia tuvo para que en Italia terminase "la absurda rareza de la unidad pluralizada, el fenómeno jurídico de la coexistencia en un Estado de cinco organismos destinados a unificar la jurisprudencia[31]».

Con la misma admiración, Alcalá-Zamora y Castillo[32] calificó su obra como «*monumentalidad*», y destacó su trascendencia en el Prólogo[33] de la traducción al español de *La casación civil*, en 1945.

A pesar de dicho reconocimiento que hacen algunos de los más importantes procesalistas, es necesario precisar un aspecto de la obra de Calamandrei, que él mismo, por su pensamiento científico y democrático, estaría posiblemente de acuerdo, sin que signifique restarle ningún mérito a su producción científica. En particular, frente a las reverencias citadas, es justo decir que uno de los mayores méritos reconocidos a Calamandrei y, en especial, a *La Cassazione civile*, es haber contribuido a la unificación de la casación italiana, que sucedió en 1923[34], tan solo a tres años de la publicación de la obra.

Lo cierto es que la casación no se unificó solo a partir de esta investigación, pues hubo al menos dos situaciones en el contexto italiano de la época: *i)* Italia

---

[30] «El pie editorial es de 1920, o sea cuando CALAMANDREI tenía treinta años; pero todavía ha de añadirse que esa obra, publicada después de la guerra, hubo de escribirse, si no en su totalidad, al menos en su mayor parte, antes de que CALAMANDREI, en 1915, se incorporase al ejército, según él mismo refiere en el Prefacio al primero de los tomos». Esta nota es de la cita.

[31] «CALAMANDREI relata en ese prólogo su conversación con un magistrado de la Corte de Casación de Viena, en la que comparaban instituciones procesales de ambos países, y el asombro del magistrado austríaco ante "la unidad pluralizada"». Esta nota es de la cita.

[32] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. «Perspectivas de la casación». En: *Temas de casación y recursos extraordinarios. En honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata: Platense, 1982. p. 509.

[33] Calamandrei, *La casación civil. t. I*. ob. cit., p. 14: «No vamos a hacer, a veinticinco años de su aparición en Italia, crítica de una obra que fué juzgada y ensalzada en su día por procesalistas eminentes y que desde entonces circula por el mundo jurídico como uno de los más altos exponentes de la ciencia italiana y como modelo insuperable de lo que debe ser la investigación doctrinal…;».

[34] Regio Decreto, 24 marzo 1923, n. 601, art. 1.°.

había logrado la unidad política en el Resurgimiento en el periodo 1859-1871 y, *ii)* antes de Calamandrei hubo una serie de proyectos de ley que sustentaron el debate entre la casación y la tercera instancia, que él mismo relacionó y examinó[35], y debe resaltarse entre los favorables a la casación única, el proyecto Mortara de 1919, sobre el que manifestó su deseo que fuera aprobado alcanzando la unificación de la casación[36].

4. MARCO METODOLÓGICO

Desde el punto de vista de la metodología, a partir de las orientaciones sobre la materia, la investigación presenta estas particularidades:

El *tipo* de investigación es jurídica[37] por cuanto su objeto, la casación y el tribunal, lo constituye una institución de carácter jurídico, regulada por el derecho colombiano y el derecho comparado, motivo de grandes obras de algunos de los más reconocidos autores de la doctrina procesal, y de amplio desarrollo por la

[35] Calamandrei, *La casación civil. t. III. Bosquejo general del instituto*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2007. pp. 401-419. Antes, Mattirolo hizo el análisis de algunos de esos proyectos. Mattirolo, Luigi. *Tratado de derecho judicial civil. t. IV. El fallo del Juez. Sentencias. Medios para impugnarlas. La acción civil contra las autoridades judiciales y los funcionarios del Ministerio público*. Traducción de la quinta edición italiana completamente revisada y aumentada por el autor. Traducción de Ricardo Garrido Juan. Madrid: Reus, 1936. pp. 876-891.

[36] Sobre este proyecto, pero especialmente sobre la persona de Mortara, expresó: «Mientras termino de corregir las pruebas de imprenta de este segundo volumen se anuncia que el actual Ministro de Justicia LUDOVICO MORTARA ha presentado a la Cámara un proyecto de ley para la reforma judicial (*Atti della Camera*, Legislatura XXV, Ses. 1919, Doc. n. 92), el cual, en su art. 8, dispone que "la Corte de Casación de Roma tendrá jurisdicción plena en todo el territorio del Estado". Deseamos que este proyecto pueda triunfar de todas las no desinteresadas oposiciones, ya que nadie es más digno que LUDOVICO MORTARA, por su insigne valor de jurisconsulto, por su clara experiencia de magistrado y por toda su larga preparación científica y práctica (de todo lo cual esta propuesta es la coherente conclusión) de dar a Italia un ordenamiento judicial que corresponda a nuestra tradición jurídica». Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 414-415 (mayúscula y cursiva del texto).

[37] Universidad Libre. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. *Guía para la elaboración de proyectos de investigación*. ob. cit., pp. 42-44.

jurisprudencia. Constituye un estudio de dogmática jurídica[38], pues intenta aquilatar conceptos, como la finalidad y naturaleza jurídica de la casación, así como las funciones del tribunal, para posteriormente examinar el papel de este tribunal en Colombia.

El *enfoque* de la investigación es cualitativo[39] porque «El proceso de indagación es más flexible y se mueve entre las respuestas y el desarrollo de la teoría. Su propósito consiste en "reconstruir" la realidad, tal como la observan los actores de un sistema social definido previamente. Es *holístico*, porque se precia de considerar el "todo"[40] sin reducirlo al estudio de sus partes»[41] (cursiva del texto). No es cuantitativo, a pesar de que contiene alguna estadística, en concreto en el tratamiento de la sobrecarga de actividad de los tribunales de casación italiano, francés, español y colombiano.

El *alcance*[42] de la investigación es exploratorio[43] debido a que no se limita a una descripción de la institución de la casación, a pesar de que en los capítulos II a IV se parte de la teoría general de la institución, que resulta indispensable para sentar las bases. Tampoco se restringe a la explicación de su regulación legal, pues se intenta introducir en Colombia un debate que ofrece el derecho comparado y que no se ha tratado, relativo al examen del papel del tribunal de casación, en concreto, sobre la existencia de unas crisis identificadas en la casación de otros países, y la

---

[38] Courtis, Christian. «El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática». En: *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006. pp. 105-156; Escudero Alday, Rafael y García Añón, José. *Cómo se hace un trabajo de investigación en Derecho*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2013. pp. 73-81.

[39] Según Hernández Sampieri, «… los *estudios cualitativos* pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos» (cursiva del texto). Hernández Sampieri, Roberto; Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, María del Pilar. *Metodología de la investigación*. 6.ª ed. México: McGraw Hill Education, 2014. pp. 7-10. La cita es de la p. 7; Hernández, Carlos Arturo, *et al. Metodología de la investigación jurídica*. Colección Tendencias contemporáneas del derecho, núm. 42. Bogotá: Universidad Libre, 2017. p. 220.

[40] «Aquí el "todo" es el fenómeno de interés…». Esta nota es de la cita.

[41] Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, *Metodología de la investigación*. ob. cit., p. 9.

[42] En la 6.ª ed. de la obra citada de Hernández Sampieri, se cambia de *tipo* a *alcance* para referirse a lo exploratorio, descriptivo, correlacional o explicativo. ob. cit., pp. 88-101.

[43] Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, *Metodología de la investigación*. ob. cit., p. 91.

incorporación y consolidación de la constitucionalidad y convencionalidad a partir del diálogo judicial.

Las *fuentes, técnicas e instrumentos de recolección de la información*[44] serán: las *fuentes*, primarias y secundarias; primarias serán los estudios de Calamandrei y Taruffo, como autores de referencia y; secundarias, la literatura crítica, sumada a la jurisprudencia y normativa nacional y de derecho comparado, que aparece indicada en la Bibliografía. El acceso a estas fuentes se hizo a través de algunas Bibliotecas de Universidades colombianas, así como de diferentes Bases de Datos, como Astrea Virtual, Tirant Biblioteca Virtual, vLex, eLibro, JSTOR. Las tesis doctorales que se consultaron fueron obtenidas de repositorios institucionales de las Universidades de origen o de algunos dedicados a la compilación de información de estas investigaciones, como TESEO[45] o TDX[46]. En el primero no se accede directamente al documento, pero sí está la referencia para la búsqueda en el repositorio institucional respectivo.

La *técnica* consiste en el examen del contenido de las fuentes, a partir de la lectura de la doctrina de la casación más relevante de Calamandrei y Taruffo, y la literatura crítica, así como la normativa y jurisprudencia. Se intenta, para los puntos más relevantes, tener en cuenta el concepto general tomado de la doctrina clásica, incluso antes de Calamandrei, como p. ej., Mattirolo, Vicente y Caravantes, Manresa y Navarro[47]. Se incluye luego el análisis de la literatura crítica más actual y la recepción en la normativa y jurisprudencia colombianas, si es un aspecto regulado, así como la comparación jurídica, en especial, con el derecho español y, finalmente se agrega la postura personal. Es relevante la sistematización, a partir de la clasificación por materia, cronología o criterio dogmático.

---

[44] Universidad Libre. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. *Guía para la elaboración de proyectos de investigación*. ob. cit., pp. 56-57.

[45] Disponible en: https://www.educacion.gob.es/teseo/irGestionarConsulta.do

[46] Disponible en: https://www.tesisenred.net/

[47] En cuanto al derecho español, no se intenta limitar el punto a estos autores, pero son los más citados. También se hace una referencia a dos obras del siglo XIX, como las de Gómez de la Serna y Montalbán, y Ortiz de Zúñiga.

Los *instrumentos*[48], las notas de lectura de las fuentes indicadas, así como de la normativa y jurisprudencia. A medida que se accedía a la información consultada, aparecía otra relevante para otra parte de la investigación, que iba siendo guardada, gracias a la tecnología, a través de descarga de documentos, inclusión en una carpeta de *favoritos* específica en el navegador Google Chrome y pantallazos o capturas de pantalla. En algunos puntos fue necesario elaborar tablas, como al tratar la sobrecarga de actividad del tribunal de casación, a partir de estadísticas, que no siempre se encontraron compiladas y completas como se esperaba. A partir de la Tabla de contenido provisional del proyecto de investigación, se fue haciendo la lectura de las fuentes, siguiendo las técnicas señaladas. A medida que avanzaba la investigación, en ocasiones se incluyeron, excluyeron o modificaron puntos debido a la dirección marcada por el camino metodológico y la información contenida en las fuentes, pero siempre dentro de los límites de los objetivos propuestos.

Respecto a los *métodos* usados en la investigación[49], a continuación, en la explicación del plan de exposición de cada capítulo, se hará la indicación de cada uno, que en especial, corresponden a los métodos dogmático, lógico, de análisis y síntesis, con preponderancia del método comparado. No obstante, a manera de aproximación, se hará una breve descripción de la pertinencia.

El *método dogmático*[50] resulta necesario siendo una investigación jurídica cuyo objeto, la casación y el tribunal, corresponden a instituciones del derecho procesal y de la organización judicial del Estado, amplia, profunda y críticamente tratadas por la doctrina europea e iberoamericana. Esto conlleva a la permanente lectura de las obras más relevantes sobre los fundamentos dogmáticos de la casación, como los estudios de Calamandrei y Taruffo, como autores de referencia, pasando por la literatura crítica más importante, en particular española y

[48] Hernández, *Metodología de la investigación jurídica*. ob. cit., pp. 339-341.

[49] Universidad Libre. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. *Guía para la elaboración de proyectos de investigación*. ob. cit., pp. 49-55.

[50] Courtis, «El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática». ob. cit., pp. 105-156.

colombiana. También serán relevantes unas investigaciones doctorales recientes que han abordado algunos de estos puntos, aunque desde otras perspectivas.

Los *métodos de análisis y síntesis* serán usados para identificar algunos de los más importantes criterios jurisprudenciales sobre la tutela jurisdiccional efectiva de la CIDH (cap. I, núm. 1.2) y la CC (núm. 1.3), así como del derecho al recurso (núm. 2). De igual manera, para caracterizar los modelos de tribunales supremos en Occidente (cap. I, núm. 3), pues es un tema muy amplio que podría desbordar el límite de la investigación, pero siguiendo el camino de la síntesis, podrá extraerse la esencia de cada modelo, trascendental para comprender, desde otro punto de vista, las crisis del tribunal de casación (cap. V) y las propuestas de solución (cap. VI).

El *método comparado*[51] será necesario en este estudio, en que el examen del objeto de investigación recae en una institución de origen francés, consolidada en otros países como Italia y España, y cuyo principal tratamiento en la doctrina ha sido en especial en esos países, lo que conduce indefectiblemente a la continua referencia al derecho comparado. Y no solo en este punto será vital, sino también en los otros, como en el examen de la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho al recurso y los modelos de tribunales supremos en Occidente en el cap. I, o en el diálogo judicial en el cap. V.

---

[51] David, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. 11.ª ed., 2.ª reimpresión. Edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero. México: Universidad Nacional Autónoma de México y otros, 2017. Disponible en: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2792-los-grandes-sistemas-juridicos-contemporaneos-1a-reimp-de-la-11a-ed p. 4: «El derecho comparado es útil para alcanzar un mejor conocimiento de nuestro derecho nacional y para enriquecerlo».

Según Fix-Zamudio, «Sin el auxilio del método comparativo el jurista se acostumbra a considerar las soluciones de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de su país, como las únicas posibles, con lo que obtiene una concepción estrecha y limitada de su propio ordenamiento jurídico; y si, por el contrario, acude al contraste de este mismo ordenamiento con otros diversos, puede ampliar sus horizontes culturales, comprender con mayor precisión el alcance de los problemas jurídicos y obtener una mayor sensibilidad para resolverlos, perfeccionando los instrumentos que se le han proporcionado, al utilizar la experiencia y los conocimientos derivados de otros sistemas jurídicos».[28] Nota de la cita: [28] «*Cfr*. David, René, *op. cit., supra*, nota 25, pp. 78-111». Fix-Zamudio, Héctor. *Metodología, docencia e investigación jurídicas*. 2.ª ed. México: Porrúa, 1984. p. 331.

Adicionalmente, se usa la estadística respecto a la sobrecarga de actividad del tribunal de casación. A partir de la información obtenida de las páginas Web del tribunal de Italia, Francia y España, se presentan unas tablas que contienen la información de la actividad de la última década (2010-2019), en cuanto a los recursos ingresados, resueltos y pendientes por cada año. También se compila una información de la CSJ, así como de la CC como ejemplo de un tribunal supremo que debe afrontar un alto volumen de trabajo.

5. PLAN DE EXPOSICIÓN

La elaboración de esta tesis doctoral se ha realizado conforme al Reglamento de los Doctorados de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre y la normativa de la Universidad[52]. Se han usado las Normas ICONTEC[53], y la escritura[54] ha

[52] Universidad Libre. Consiliatura. Acuerdo núm. 3, de 21 de agosto de 2020. Por el cual se reforma y unifica el Reglamento de Posgrados de la Universidad Libre, art. 37. Disponible en: http://www.unilibre.edu.co/la-universidad/ul/1677-acuerdo-n-3-de-2020-21-de-agosto#_Toc48891259

[53] Las Normas ICONTEC siguen el estilo latino de citación. En concreto, *Norma Técnica Colombiana, NTC 1486: Documentación. Presentación de tesis, trabajos de grado y otros trabajos de investigación*. (23, julio, 2008); *Norma Técnica Colombiana, NTC 4490: Referencias documentales para fuentes de información electrónicas*. (28, octubre, 1998) y; *Norma Técnica Colombiana, NTC 5613: Referencias bibliográficas. Contenido, forma y estructura*. (23, julio, 2008).

[54] La estructura y contenido formal de la tesis doctoral se ajusta al Reglamento de los Doctorados (art. 18). La escritura de la tesis se hace siguiendo las normas y recomendaciones de la Real Academia Española, además de las básicas, en especial frente al estilo, las siguientes:

i) La división del documento se hace siguiendo el estilo del párrafo ordinario, en lugar del párrafo moderno. Esto implica el uso de sangría y no de espacios entre párrafos o interlíneas (*Libro de estilo de la Justicia*, pp. 198-199; *Libro de estilo de la lengua española según la norma panhispánica*, pp. 181-182).

ii) Los títulos de primer nivel en cada capítulo se escriben en versalita (*Libro de estilo de la lengua española según la norma panhispánica*, pp. 162-163).

iii) Los apellidos de los autores se citan en el documento con mayúscula inicial, no sostenida, ni en versalita (*Ortografía de la lengua española*, p. 467; *Libro de estilo de la Justicia*, pp. 151-152). Asimismo, en las notas al pie (*Libro de estilo de la lengua española según la norma panhispánica*, p. 204). En la Bibliografía sí se escriben los apellidos en versalita (*Libro de estilo de la lengua española según la norma panhispánica*, pp. 199-200).

seguido las normas y recomendaciones de la *Ortografía de la lengua española* de la Real Academia Española (2010), el *Libro de estilo de la Justicia* (2017), en conjunto con el Consejo General del Poder Judicial español, y el *Libro de estilo de la lengua española según la norma panhispánica* (2018). También se ha consultado el *Manual de escritura jurídica* de López Medina[55].

El resultado de la investigación que se expone en la tesis doctoral tiene una estructura compuesta por tres partes, la primera conformada por un capítulo, la segunda por tres y la tercera por dos: la parte I (Fundamentos preliminares) consta, en el cap. I, del estudio de tres temas, cuya comprensión es conveniente para abordar el examen de la casación: tutela jurisdiccional efectiva, derecho al recurso y modelos de tribunales supremos en Occidente. La parte II (Casación) incluye el análisis del origen y recepción en Colombia, y finalidad (cap. II), naturaleza jurídica (cap. III) y tribunal de casación (cap. IV). Por último, la parte III (Crisis del tribunal de casación de Colombia y propuestas) se divide en el examen de las crisis (cap. V) y propuestas (cap. VI).

---

iv) La escritura de los títulos de los libros citados se hace solo con mayúscula inicial en la primera palabra de dicho título (*Ortografía de la lengua española*, pp. 487-488; *Libro de estilo de la Justicia*, pp. 155-156).

v) Los extranjerismos y latinismos se escriben en letra cursiva. Los nombres de instituciones extranjeras, internacionales y supranacionales, con mayúscula inicial en cada palabra en letra redonda, p. ej., Supreme Court, (*Ortografía de la lengua española*, pp. 599-614; *Libro de estilo de la Justicia*, p. 203; *Libro de estilo de la lengua española según la norma panhispánica*, p. 153).

vi) Como regla general, se utilizan comillas españolas, angulares o latinas («») y no inglesas (“”) (*Ortografía de la lengua española*, pp. 380-382; *Libro de estilo de la lengua española según la norma panhispánica*, pp. 119-120).

vii) Las enumeraciones de listas dentro de los párrafos se hace con romanitos (romanos en minúscula), (*Ortografía de la lengua española*, p. 657).

viii) Los números romanos se escriben en versalita, en particular, en la escritura de títulos, capítulos, siglos, tomos, volúmenes. No se escriben en versalita si están contenidos en títulos de obras (*Ortografía de la lengua española*, pp. 656-659; *Libro de estilo de la Justicia*, pp. 180-181).

ix) Los números ordinales, en especial, en la escritura de disposiciones, como artículos o numerales, y en las ediciones de las obras citadas, se escriben con abreviatura en «numeración arábiga seguida de voladita», p. ej., 1.° (*Ortografía de la lengua española*, p. 676).

x) En la llamada de nota o nota al pie, se sigue el sistema francés, no el inglés (*Ortografía de la lengua española*, pp. 299-300).

[55] López Medina, Diego Eduardo. *Manual de escritura jurídica*. Bogotá: Legis, 2018.

En la *parte I, capítulo I,* se hará el estudio indicado de la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho al recurso y los modelos de tribunales supremos en Occidente.

El *objetivo específico* de este capítulo es de triple vía: analizar la relación de la tutela jurisdiccional efectiva con la casación, examinar si la casación hace parte del derecho al recurso y, ubicar la casación como un modelo de tribunal supremo, con el efecto de reconocer que tiene finalidad y naturaleza jurídica diferente a los otros modelos. Las conclusiones que se obtengan de estas ideas servirán de fundamento para el tratamiento del problema de investigación a desarrollar, en especial para un punto muy relevante: si el recurso de casación no hiciere parte del derecho al recurso y si el tribunal de casación no pudiere funcionar de modo adecuado debido a la sobrecarga de actividad, podría considerarse razonablemente la conveniencia de otorgar la facultad al tribunal para la selección de los asuntos que decide y que procuren el cumplimiento de los objetivos de la casación. De esta forma no se desconocería ninguna garantía constitucional a las partes, se lograría la finalidad de la institución y el tribunal efectuaría su labor de manera adecuada.

El *método* utilizado en la parte I, como en casi toda la investigación, es el resultado del uso concurrente de varios, entre ellos, los métodos lógico, de análisis y síntesis, así como comparado y dogmático.

Los métodos de análisis y síntesis serán utilizados para: *i)* resaltar los principales caracteres de la tutela jurisdiccional efectiva, conforme a la jurisprudencia de la CIDH (cap. I, núm. 1.2) y la CC (núm. 1.3), esto es, partiendo de la lectura de parte de la jurisprudencia sobre la materia, se obtendrán los elementos que definen la tutela jurisdiccional efectiva como un conjunto de garantías y; *ii)* abordar el examen del derecho al recurso y su contenido. Las conclusiones de esta síntesis permitirán analizar la relación de la casación con el derecho al recurso, en particular, al tratar la tensión entre el derecho al recurso y la selección del tribunal de casación (cap. I, núm. 2.2) y la selección reglada en Colombia (cap. VI, núm. 2.1).

De otra parte, el método comparado será útil para: *i)* identificar el origen del principio de tutela jurisdiccional efectiva, y sobre todo examinar el desarrollo de su alcance en la jurisprudencia de la CIDH; *ii)* analizar, junto a los métodos de análisis

y síntesis, el contenido del derecho al recurso y; *iii)* identificar los distintos modelos de tribunales supremos, dentro de estos, la casación; a su vez, dentro del modelo de la casación, contribuirá a la caracterización de los diferentes tipos, como la casación originaria francesa e italiana, y la casación derivada española.

En la *parte II, capítulos II y III,* a partir de la identificación de los modelos de tribunales supremos, y dentro de estos, el modelo de la casación, a su vez, en este el tipo de casación derivada española, será necesario analizar los fundamentos dogmáticos más importantes de la casación como institución, con énfasis en su finalidad (cap. II) y naturaleza jurídica (cap. III).

El *objetivo específico* de estos capítulos es examinar la teoría general de la casación y delimitar sus contenidos esenciales, a partir de los fundamentos dogmáticos de la institución. Sobre la finalidad se constatará la vigencia de los fines de la casación expuestos por la doctrina clásica y pura defendida por Calamandrei, pero también se justificarán los nuevos fines que se le asignan en el Estado social de derecho, como la protección de los derechos constitucionales. Respecto a la naturaleza jurídica se precisarán los aspectos que definen la esencia de la institución, especialmente frente a la crítica de dos postulados que, en general, se han aceptado como inherentes al recurso: *i)* la limitación del poder de decisión del tribunal y, *ii)* el rigor formal o técnica de casación.

El *método* utilizado en estos capítulos no es único, sino el resultado de la conjunción de varios, entre ellos, el método dogmático, así como lógico, de análisis y síntesis, con el acompañamiento del método comparado, útil en la revisión de las fuentes de los fundamentos dogmáticos de la casación, en particular las obras consultadas: el referente, Calamandrei, y la literatura crítica, De la Plaza, Vázquez Sotelo, Taruffo (acá no como referente, sí en el cap. V), Carpi, De la Rúa, Morello, Hitters, Giannini, Guzmán Fluja, Nieva Fenoll, Buendía Cánovas, Delgado Castro, Morales Molina, Murcia Ballén, las obras colectivas actuales, entre otras.

El método dogmático facilitará el acceso a la teoría de la casación para identificar las distintas posturas entre los procesalistas clásicos y contemporáneos sobre la finalidad y naturaleza jurídica de la institución, y de ahí poder aquilatar los

conceptos necesarios para el tratamiento de las crisis de identidad, de funcionamiento y de autoridad (cap. V). El referente dogmático será la obra de Calamandrei y se considerará la principal literatura crítica, para intentar consolidar unas ideas fundadas sobre estos puntos.

El método comparado, en armonía con el dogmático, será útil para: *i)* identificar la finalidad que se ha atribuido a la casación, en especial por la doctrina clásica y pura representada por Calamandrei; *ii)* evaluar la crítica que la doctrina posterior ha realizado a la teoría clásica y pura, en autores como Satta, Guasp, Vázquez Sotelo, De la Rúa, Morello, Hitters, Guzmán Fluja, Nieva Fenoll, Buendía Cánovas; *iii)* reconocer la evolución de la finalidad de la casación en la incorporación de nuevos fines, como la protección de los derechos constitucionales, para lo cual la casación española será un referente relevante y; *iv)* partiendo de una revisión crítica de la finalidad y llevada a un plano dogmático y constitucional garantista, examinar la limitación del poder de decisión del tribunal y el rigor formal o técnica de casación.

En el *capítulo IV* de la *parte II* se hará el estudio del tribunal de casación, en concreto de sus funciones, la evaluación de la relación entre la finalidad de la casación y las funciones del tribunal, así como entre dicha finalidad y el funcionamiento del tribunal. También la limitación del poder de decisión del tribunal a partir de un elemento histórico-dogmático construido sobre el concepto de acción, basado en la obra de Chiovenda y Calamandrei. Se intenta relacionar la casación colombiana con dicha teoría general.

El *objetivo específico* de este capítulo es evaluar el grado de adecuación o coherencia de la actividad del tribunal (funciones o atribuciones y funcionamiento o desempeño) en relación con la finalidad institucional que se le ha asignado. Se cuestionará si para alcanzar la finalidad pública (de nomofilaquia y uniformadora), privada y de protección de los derechos constitucionales, es adecuado que el tribunal deba cumplir dos funciones: una como juez de casación y otra como juez de instancia; asimismo, se controvertirá si resulta idónea la labor del tribunal frente a unas restricciones legales de motivos de casación y la *summa cassationis*.

El *método* utilizado en el capítulo, como en los anteriores, se compone de varios, en especial del método dogmático, así como lógico, de análisis y síntesis, con preponderancia del método comparado, que serán usados para construir un camino que tienda a la comprobación o refutación de la hipótesis de investigación que se tratará en el capítulo siguiente, en concreto, sobre las crisis del tribunal. A partir de estos métodos se podrá: *i)* identificar las funciones del tribunal en países como Francia, Italia, España y Colombia; *ii)* precisar los fundamentos histórico, político, filosófico y sociológico de la casación, en especial del tribunal y; *iii)* examinar las relaciones entre los binomios finalidad-funciones y finalidad-funcionamiento del tribunal.

En la *parte III, capítulo V,* se tratarán la crisis del tribunal de casación. Con las ideas y conceptos aquilatados de las partes y capítulos anteriores, sobre la finalidad, naturaleza jurídica y funciones del tribunal, se hará el examen de la presencia de las crisis en la CSJ colombiana.

El *objetivo específico* de este capítulo es evaluar el grado de existencia o inexistencia de las crisis del tribunal, así como sus causas y efectos, si es el caso. Para esto, el referente es la obra de Taruffo[56], en cuyo estudio concluye sobre la existencia de tres crisis que afectan al tribunal italiano: de identidad, de funcionamiento y de autoridad. Pues, en general, se afirma que casi todos los tribunales de casación padecen estos problemas, aunque no se ha realizado la investigación en el caso colombiano. También se constatará si en la obra clásica de Calamandrei fueron tratadas estas dificultades, y se acudirá a la literatura crítica, en parte la consultada en los caps. II y III.

En el desarrollo del capítulo, partiendo de los principales problemas de nuestro tribunal, se seguirá la clasificación de las crisis identificada por Taruffo, para continuar con el análisis de cada una. Así, se iniciará con la crisis de identidad (núm. 1), con el objeto de diferenciar el papel del tribunal de casación del tribunal de tercera instancia. Se continuará con la crisis de funcionamiento (núm. 2),

[56] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 221-261.

especialmente relacionada con la sobrecarga de actividad que soporta el tribunal. Luego con la crisis de autoridad (núm. 3), relativa al valor de sus decisiones, haciendo énfasis en la doctrina probable y el precedente. Para terminar, la relación del tribunal de casación con los tribunales constitucional y supranacionales o diálogo judicial.

El *método* usado en este capítulo es también la combinación de diversos métodos, en particular de análisis y síntesis, en lo que respecta a la situación de la casación colombiana. También se acudirá a la estadística para constatar la crisis de funcionamiento, causada por la sobrecarga de actividad, de algunos tribunales de casación importantes, como los de Italia, Francia y España. En lo posible, se intentará exponer una estadística de la casación colombiana, que no es completa de modo oficial.

Finalmente, en el *capítulo VI* de la *parte III,* se hacen las propuestas para afrontar las crisis de identidad, de funcionamiento y de autoridad del tribunal de casación de Colombia. También unas consideraciones sobre el diálogo judicial entre tribunales de casación y de estos con los tribunales constitucional y supranacionales.

Respecto a la crisis de identidad, se concluirá en su inexistencia en nuestro tipo derivado de casación española, que se sustenta en la perspectiva desde la cual se aborda el análisis, que es distinta a la de Taruffo, quien con toda la razón, evalúa la casación italiana dentro de la caracterización del tipo de casación que es, más cercana al tipo originario de casación francesa. A pesar de pertenecer a la casación, son tipos distintos que no pueden juzgarse desde el mismo punto de vista. Aun así, con el propósito de estudiar de modo completo el punto, se avanza en su desarrollo previendo en el futuro una crítica a nuestro tipo de casación y, con el objetivo de sentar su defensa, se exponen unos argumentos que podrían considerarse si definitivamente se decidiera cambiar el tipo de casación.

Por tanto, se expone lo que se denomina en la investigación *purificación* de la actividad del tribunal, entendida como la eliminación de aquello que le es extraño a la institución, en especial dirigida en dos direcciones: *i)* al cumplimiento eficaz de

su finalidad, lo que significa que el tribunal, en la medida en que defiende la unidad e integridad del ordenamiento jurídico y unifica la jurisprudencia, partiendo del caso concreto, en el que repara los agravios irrogados a las partes, solo debiera decidir los recursos de casación en los que confluyan estos fines. Por tanto, debiera excluir de su conocimiento todos aquellos que tiendan simplemente a reiterar su jurisprudencia y; *ii)* a la labor que, de manera implícita pudiera cumplir el tribunal como de tercera instancia, siendo que no lo es. Esto guarda armonía con un aspecto del punto anterior, relativo a que al tribunal de casación no le corresponde conocer todos los asuntos, sino solo aquellos que procuren el cumplimiento eficaz de su finalidad institucional indicada.

Frente a la crisis de funcionamiento, se analizará la posibilidad de acoger el *certiorari* o un equivalente como respuesta a la sobrecarga de actividad que soporta el tribunal, lo que se relaciona con la propuesta a la crisis de identidad, pues el tribunal debe conocer solo de los asuntos que le permitan de manera adecuada cumplir su finalidad.

Sobre la crisis de autoridad, se examinará la posibilidad de suprimir la institución de la doctrina probable por innecesaria y, en su lugar, implementar el precedente en la casación colombiana. Asimismo, se resaltará la necesidad de un mecanismo que garantice a los justiciables la aplicación del precedente en los casos que no sea admisible el recurso de casación o, que siéndolo, no sea seleccionado por el tribunal para su decisión por no representar un medio para alcanzar la finalidad institucional.

El *objetivo específico* de este capítulo, como se observa, es proponer soluciones a las crisis de identidad, de funcionamiento y de autoridad del tribunal de casación colombiano, a partir de elementos que aportan los debates científicos más relevantes sobre el papel de los tribunales de casación en el mundo que muestra el derecho comparado.

El *método* usado en este cuarto capítulo, siendo que este es la culminación del anterior, es especialmente lógico, de análisis y síntesis, en armonía con los métodos dogmático y comparado.

PARTE I
FUNDAMENTOS PRELIMINARES

CAPÍTULO I
TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA, DERECHO AL RECURSO Y MODELOS DE TRIBUNALES SUPREMOS EN OCCIDENTE

INTRODUCCIÓN

Como cuestión previa al tratamiento de los fundamentos dogmáticos más relevantes para la investigación, como el origen y recepción en Colombia, y finalidad de la casación (cap. II) y naturaleza jurídica (cap. III), es conveniente reseñar unas consideraciones sobre tres aspectos pertinentes con la institución: *i)* la tutela jurisdiccional efectiva, *ii)* el derecho al recurso y, *iii)* los modelos de tribunales supremos en Occidente.

En este sentido, la tutela jurisdiccional efectiva es un principio fundamental del derecho procesal contemporáneo, que debe iluminar todo el proceso, incluida la casación, y no solo las instancias; este principio se relaciona estrechamente con el del debido proceso, del cual una garantía es el derecho al recurso, entre los cuales se encuentra el de casación. En cuanto a los modelos de tribunales supremos, con el fin de identificar la caracterización más relevante de cada uno, se intenta delimitar los elementos esenciales que permitan diferenciar uno de otro y, que servirán como guía para la purificación teórica y práctica del papel de nuestro tribunal de casación.

Estas ideas previas serán útiles para comprender el alcance del derecho al recurso frente al sistema de casación como modelo de tribunal supremo adoptado en Colombia e intentar plantear elementos que permitan una aproximación a la resolución de la tensión entre el derecho al recurso de casación y la facultad del tribunal de seleccionar los asuntos que serán objeto de decisión.

1. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

La tutela jurisdiccional efectiva[57] es uno de los principios[58] más relevantes del derecho procesal desarrollado en los últimos tiempos[59], relacionado con otros postulados, especialmente con el debido proceso y la eficacia del proceso, pero

[57] Regulada como *derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo* en la CADH (art. 25), y denominada tutela judicial efectiva por la CIDH, y *tutela efectiva* en la Constitución española de 1978 (art. 24.1). En Colombia, la CC la denomina *tutela judicial efectiva*, como puede leerse en algunas de las primeras y últimas sentencias sobre el principio (p. ej., C-426/02 y C-352/17). Proto Pisani prefiere llamarla *tutela jurisdiccional* (si no es efectiva, no es tutela). Proto Pisani, Andrea. *La tutela jurisdiccional*. Traducción de Eugenia Ariano Deho y otros. Lima: Palestra, 2014.

En esta investigación se usará de preferencia la denominación *tutela jurisdiccional efectiva* por dos razones: *i)* el término *jurisdiccional* puede ser más amplio que *judicial*, pues este en su literalidad podría entenderse referido a la rama o poder judicial (criterio orgánico), mientras que la primera expresión a la función jurisdiccional (criterio funcional), que en Colombia es ejercida no solo por los jueces, sino también por distintas autoridades pertenecientes a otras ramas o poderes públicos, incluso, por algunos particulares, conforme al art. 116 de la Constitución y; *ii)* el término *efectiva*, a pesar de parecer innecesario, resulta muy conveniente en nuestra época, en la que se ha hecho la transición hacía el Estado social de derecho, especialmente en cuanto se refiere a la garantía de los derechos; de ahí que, no está de más que los jueces tengan siempre presente que no se espera de ellos cualquier protección, sino aquella que sea efectiva.

[58] Desde otra perspectiva, la tutela jurisdiccional efectiva se concibe como una garantía constitucional. Bujosa Vadell, Lorenzo M. «Principios, derechos y garantías procesales. ¿Diferentes o iguales?» En: Guerra Moreno, Débora (coord.). *Constitución y principios procesales*. Bogotá: Ibáñez, 2020. pp. 19-40.

[59] Respecto a la doctrina, en el derecho comparado, Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Traducción de Mónica Miranda. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. En Italia, Proto Pisani, *La tutela jurisdiccional*. ob. cit. En España, por orden cronológico de la edición, González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1984; González Alonso, Alicia. *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución española*. Tesis doctoral. Director: Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2012. 839 p.; Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo y Carazo Liébana, María José. *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*. Valencia: Tirant, 2013. En Brasil, Guimarães Ribeiro, Darci. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004; Marinoni, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra, 2007. En Argentina, Belsito, Cecilia y Caporale, Andrés. *Tutela judicial efectiva*. Rosario: Nova Tesis, 2005. En Colombia, Toscano López, Fredy Hernando. «Aproximación conceptual al "acceso efectivo a la administración de justicia" a partir de la teoría de la acción procesal». En: *Revista de Derecho Privado*. Enero-junio, 2013. núm. 24, pp. 237-257. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3486/3373

autónomo frente a estos. En Colombia, la Constitución[60] consagra el derecho de acceso a la administración de justicia, que la CC[61], en una interpretación sistemática ha equiparado al de tutela jurisdiccional efectiva[62].

1.1 Consagración y desarrollo normativo

En las últimas décadas el principio de tutela jurisdiccional efectiva ha tenido rápida consagración normativa en instrumentos internaciones de derechos humanos, constituciones y códigos procesales, así como amplia aceptación y desarrollo en la jurisprudencia y doctrina procesales. Entre los instrumentos internaciones que consagran este principio como una garantía procesal es posible identificar estos: *i)* Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 8.°[63]), *ii)* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (art. XVIII[64]), *iii)* Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14[65]) y, *iv)* Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 25[66]).

Otros instrumentos internacionales, a pesar de no ser aplicables en Colombia, sí pueden ser tenidos en cuenta como derecho comparado, como: *i)* Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

---

[60] Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de 1991 (4, julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá, 1991. núm. 116, 20 de julio; art. 229.

[61] Sentencia C-180/14, de 27 de marzo de 2014, MP Alberto Rojas Ríos. p. 68.

[62] Colmenares Uribe, Carlos Alberto. *El proceso monitorio en la reforma procesal de Colombia*. Tesis doctoral. Directores: Lorenzo Bujosa Vadell y Rodrigo Rivera Morales. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016. 419 p. La referencia es a las pp. 30-44. Esta tesis doctoral fue publicada como *El proceso monitorio en el contexto iberoamericano. Un estudio desde la doctrina, el derecho comparado y el Código General del Proceso*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2019. pp. 8-21.

[63] Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

[64] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

[65] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, vigente desde el 23 de marzo de 1976.

[66] Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, aprobada por Colombia por la Ley 16 de 1972, vigente desde el 18 de julio de 1978.

Fundamentales de 1950 (art. 13[67]), *ii)* Tratado de la Unión Europea de 1992 [arts. 19.1.°, 67.4.° y 81.2.°.e)[68]] y, *iii)*, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 (art. 47[69]).

Una de las primeras constituciones en establecer de manera expresa el derecho a la tutela jurisdiccional fue la de Italia de 1947 (art. 24[70]), que influyó en este sentido en la de España de 1978 (art. 24[71]). En Colombia, la Constitución de 1991 consagró este principio, como lo ha interpretado la CC, como derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229[72]). Posterior al caso colombiano, en otros países latinoamericanos se adoptó el principio, como en Argentina, en la Constitución de 1994 (art. 43[73]); en Venezuela, en la de 1999 (art. 26[74]) y; en Ecuador, en la de 2008 (arts. 11.9.° y 86[75]).

---

[67] Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

En la doctrina, Milione Fugali, Ciro. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant, 2015.

[68] Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, versión consolidada, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea C202 de 7 de junio de 2016. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016ME/TXT&from=ES

[69] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, adaptada en 2016, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea C202 de 7 de junio de 2016. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC

[70] «Todo ciudadano podrá acudir a los Tribunales para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.
La defensa constituye un derecho inviolable en todas las fases y grados del proceso.
A través de las instituciones adecuadas, se garantizará a quienes carezcan de recursos económicos los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción.
La ley determinará las condiciones y modalidades de indemnización en los casos de error judicial». Tomado de SENATO DELLA REPUBBLICA. Constitución de la República italiana. Costituzione italiana. Edizione in lingua spagnola, 2018. Disponible en: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_SPAGNOLO.pdf

[71] En la doctrina, p. ej., por orden cronológico de la edición, González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*. ob. cit.; González Alonso, *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución española*. ob. cit.; Ruiz-Rico Ruiz y Carazo Liébana, *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*. ob. cit.

[72] «Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia».

[73] Constitución de la Nación Argentina de 22 de agosto de 1994.

[74] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 30 de diciembre de 1999.

[75] Constitución de la República del Ecuador de 20 de octubre de 2008.

Entre los códigos procesales modernos que consagran el principio están, por orden cronológico: *i)* LEC/2000 española (Exposición de motivos[76]), *ii)* Código Procesal Civil hondureño de 2007 (art. 1.°[77]), *iii)* Código General del Proceso colombiano de 2012 (art. 2.°[78]), *iv)* Código Procesal Civil boliviano de 2013 (art. 1.°, núm. 12[79]), *v)* Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano de 2015 (Exposición de motivos[80]) y, *vi)* Código Procesal Civil nicaragüense de 2015 (art. 8.°[81]).

1.2 Desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el ámbito latinoamericano, el principio fue consagrado en el art. 25 de la CADH[82] como el *derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo*, y ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la CIDH. En efecto, algunos de los parámetros más relevantes de esta jurisprudencia sobre el principio, en relación con esta investigación, se pueden reseñar así[83]:

i) El principio es un pilar básico en un Estado de derecho, «toda vez que contribuye decisivamente a asegurar el acceso a la justicia»[84].

---

[76] Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

[77] Código Procesal Civil. Decreto 211-2006 de 20 de febrero de 2007.

[78] Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 2012. núm. 48.489, 12 de julio; art. 2.°.

[79] Código Procesal Civil. Ley 439 de 19 de noviembre de 2013.

[80] Código Orgánico General de Procesos. Ley de 22 de mayo de 2015.

[81] Código Procesal Civil. Ley 902 de 4 de junio de 2015.

[82] Convención Americana sobre Derechos Humanos. ob. cit.

[83] Esta breve reseña se hace a partir de la sistematización de la jurisprudencia realizada por la misma Corte a través de su Digesto: http://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#_Toc_198

[84] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia de 22 de enero de 1999 (Reparaciones y costas). p. 16.

ii) Los Estados parte tienen la obligación de garantizar un recurso efectivo, sencillo y rápido[85].

iii) La interrelación entre los principios de tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso y la obligación de los Estados parte de «respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción» consagrados en los arts. 25, 8.1 y 1.1 de la Convención[86].

iv) Las características del recurso deben ser:

a) Un recurso sencillo. Esta característica no ha tenido tanto desarrollo jurisprudencial, pero la Corte ha considerado como parte de la garantía al recurso sencillo que los Estados parte no generen obstáculos[87].

b) Un recurso rápido. La Corte ha sostenido dos aspectos de esta característica: de una parte, se relaciona estrechamente con la eficacia del recurso y la analiza en este punto[88] y, de la otra, la rapidez no se refiere a la regulación legal interna de los términos procesales, sino a la práctica en la tramitación y decisión de dicho recurso[89].

c) Cualquier otro recurso efectivo. Sobre esta característica la Corte ha considerado varias condiciones:

1) El «… artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos»[90].

---

[85] Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Sentencia de 22 de junio de 2015 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). p. 96.

[86] Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 26 de junio de 1987 (Excepciones preliminares). p. 17.

[87] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). p. 29.

[88] Caso Las Palmeras vs. Colombia. Sentencia de 6 de diciembre de 2001 (Fondo). pp. 20-21.

[89] Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). p. 44.

[90] Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Garantías judiciales en Estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay. p. 7.

2) La Corte sostiene que la efectividad se compone de una serie de elementos: para la Corte «… no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben de dar resultados o respuestas a las violaciones y que se debe aplicar el pronunciamiento judicial, y que también se debe "asegurar la debida aplicación" de estos recursos ante las autoridades competentes y que se debe garantizar los medios para ejecutar las sentencias emitidas por estas autoridades competentes»[91].

3) La Corte ha identificado la efectividad con otros adjetivos, como[92]:

a. «El recurso debe ser adecuado, es decir, idóneo, aplicable, disponible, viable».

b. «El recurso debe ser eficaz, es decir, capaz de producir un resultado».

c. «El recurso no debe ser ilusorio».

4) «El necesario vínculo entre la efectividad del recurso y su tramitación conforme a las reglas del debido proceso»[93].

d) La obligación de los Estados parte de garantizar una decisión, que implica estas obligaciones específicas[94]:

1) «La obligación positiva de proporcionar una respuesta».

2) «La obligación positiva de realizar un examen razonado del recurso».

---

[91] Caso Wong Ho Wing vs. Perú. Sentencia de 30 de junio de 2015 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). p. 67.

[92] Digesto, núm. 2.4.3.2. Los adjetivos de la efectividad. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#_Toc_207

[93] Digesto, núm. 2.4.3.3 El necesario vínculo entre la efectividad del recurso y su tramitación conforme a las reglas del debido proceso. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#_Toc_212

[94] Digesto, núm. 3.2. Artículo 25.2.a (obligación de garantizar una decisión): en busca de proporcionar mayor contenido a la obligación de eficacia del recurso. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#_Toc_223

3) «La obligación positiva de proporcionar una reparación adecuada».

e) La obligación de los Estados parte de garantizar el cumplimiento de la decisión, lo que la Corte ha denominado «el principio de tutela judicial efectiva en la ejecución de fallos»[95].

1.3 Desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En Colombia, la tutela jurisdiccional efectiva ha tenido amplio desarrollo en la jurisprudencia, especialmente de la CC. De hecho, el principio no está de manera expresa establecido con esta denominación en la Constitución, pero la Corte en una interpretación sistemática, a partir del principio de acceso a la administración de justicia y de otros, lo ha desarrollado, llamándolo tutela judicial efectiva. En efecto, algunos de los criterios más importantes de la jurisprudencia de la CC sobre el desarrollo del principio, en relación con esta investigación, se pueden reseñar así:

i) Fundamentos normativos. La Corte ha encontrado los fundamentos normativos de la tutela jurisdiccional efectiva en los arts. 1.°, 2.°, 29 y 229 de la Constitución, y en algunos instrumentos internaciones de derechos humanos, como los arts. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 25 de la CADH[96]. También en el art. 8.° de la Declaración Universal de Derechos Humanos[97].

ii) Significado, alcance y garantías. La Corte ha reconocido el significado múltiple del principio y ha intentado delimitar su alcance en varias sentencias, siendo relevantes estas por su proximidad con la jurisprudencia de la CIDH:

a) En la sentencia C-426/02[98] se precisó su núcleo esencial así:

---

[95] Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Sentencia de 5 de julio de 2011 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). pp. 26-32; Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). pp. 50-51.

[96] Sentencia C-426/02, de 29 de mayo de 2002, MP Rodrigo Escobar Gil. p. 39.

[97] Sentencia C-454/06, de 7 de junio de 2006, MP Jaime Córdoba Triviño. p. 38.

[98] Sentencia C-426/02. ob. cit., p. 39.

> «(i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso y, entre otros, (v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos».

iii) Características. La Corte, aunque no siempre en conjunto, sino en general, de manera aislada, dependiendo del caso y del tipo de sentencia, ha considerado que el principio tiene estas características principales:

a) El principio es una «expresión medular del carácter democrático y participativo del Estado»[99]. Asimismo, es «… un pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho, en cuanto contribuye decididamente a la realización material de sus fines esenciales e inmediatos como son, entre otros, los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas (C.P. arts. 1° y 2°)»[100].

b) Es un derecho fundamental de aplicación inmediata porque «… sin su previo reconocimiento, no podrían hacerse plenamente efectivas el conjunto de garantías sustanciales e instrumentales que han sido estatuidas

[99] Sentencia C-454/06. ob. cit., p. 41.
[100] Sentencia C-426/02. ob. cit., p. 37.

para gobernar y desarrollar la actuación judicial»[101]. Esta característica tiene dos consecuencias principales: el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se puede suspender en estados de excepción[102] y es exigible a través de la acción de tutela.

c) En una oportunidad la Corte ha considerado que tiene una «vinculación directa con el debido proceso»[103], mientras que en otra que «hace parte del núcleo esencial del debido proceso»[104].

d) No es un derecho absoluto, pues el legislador puede limitarlo, pero sin afectar su núcleo esencial[105].

e) El principio se garantiza en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la conciliación y el arbitraje[106].

f) Por su núcleo esencial, constituye un límite a la libertad de configuración normativa procesal del legislador[107].

iv) En materia de impugnaciones, la Corte se ha pronunciado en un caso particular, que se cita porque contiene un argumento, que de aplicarse en materia de casación, implicaría una consecuencia que podría afectar su finalidad y naturaleza jurídica. La referencia es a la sentencia C-520/09[108], en la que se declaró la inexequibilidad parcial del art. 57 de la Ley 446/98, que limitaba la procedencia del recurso extraordinario de revisión a ciertas sentencias proferidas en procesos

---

[101] *ibid.*, pp. 39-40.

[102] En Colombia, según la Constitución de 1991, los estados de excepción son: *i)* estado de guerra exterior (art. 212), *ii)* estado de conmoción interior (art. 213) y, *iii)* estado de emergencia económica, social y ecológica (art. 215).

[103] Sentencia C-426/02. ob. cit., pp. 39-40.

[104] Sentencia C-337/16, de 29 de junio de 2016, MP Jorge Iván Palacio Palacio. p. 15.

[105] Sentencia C-426/02. ob. cit., p. 39.

[106] Sentencia C-1195/01, de 15 de noviembre de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. pp. 32-34.

[107] *ibid.*, p. 32; Sentencia C-337/16. ob. cit., p. 16. En esta sentencia se consideró: «Es así como la definición concreta de las etapas, características, términos, recursos, medios de prueba, formalidades y demás aspectos propios de un proceso judicial, habrá de ser valorada y definida por el legislador dentro de los límites generales antes mencionados, uno de los cuales es precisamente el derecho a la tutela judicial efectiva».

[108] Sentencia C-520/09, de 4 de agosto de 2009, MP María Victoria Calle Correa. pp. 25-26.

contencioso-administrativos. La Corte, con base en la tutela judicial efectiva, sostuvo:

> «Tal como lo ha señalado esta Corporación en distintas oportunidades, el recurso extraordinario de revisión constituye un desarrollo armónico del derecho a acceder a la administración de justicia. […]
> En estos eventos ha señalado la Corte que si bien el legislador goza de un amplio margen de configuración al regular el derecho de acceso a la justicia, la garantía efectiva de tal derecho impone *"la necesidad de que el ordenamiento jurídico consagre las acciones y los recursos necesarios para garantizar a las personas la posibilidad de resolver ante los jueces las situaciones que las afecten, a la luz del ordenamiento jurídico. Este componente del derecho de acceso se refiere no solo a la necesidad de que se establezcan los mecanismos judiciales adecuados para la solución de las distintas controversias, sino que comprende la garantía de que tales mecanismos habrán de estar al alcance de todos aquellos que en un momento dado requieran acudir a los mismos, sin que se presenten exclusiones injustificadas".*[109]» (cursiva del texto).

La doctrina de la ciencia procesal ha sido una de las fuentes más importantes en el desarrollo del alcance del principio. Obras que han enriquecido el debate sobre su alcance son las de Cappelletti y Garth[110], Marinoni[111] y Proto Pisani[112]. También es necesario recordar algunos procesalistas clásicos que, si bien por la época en la que vivieron, no pudieron referirse al principio como se conoce hoy, en esencia sí sentaron las bases de este, como Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Couture y Devis Echandía.

---

[109] Sentencia C-207 de 2003, MP: Rodrigo Escobar Gil. Esta nota es de la cita.

[110] Cappelletti y Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. ob. cit.

[111] Marinoni, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. ob. cit.

[112] Proto Pisani, *La tutela jurisdiccional*. ob. cit.

Es justo recordar a Couture, quien en los *Fundamentos*[113], en el capítulo relativo al proceso, incluye el estudio de la *tutela constitucional del proceso*, título que ya plantea una preocupación científica por integrar las garantías de la Constitución al proceso civil[114]. A su vez, en los *Estudios*[115], desarrolla el examen de las garantías constitucionales del proceso civil, como afirma, para «… mostrar en qué medida el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementarias son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución»[116]. De ahí que, por su pensamiento procesal y constitucional avanzado para su época, supo vislumbrar el futuro del derecho procesal y, por eso, es considerado uno de los precursores del derecho procesal constitucional[117].

1.4 Consolidación a partir del derecho de acción

El principio de tutela jurisdiccional efectiva guarda estrecha relación con una de las instituciones más importantes y, a la vez, complejas del derecho procesal, que está en la base del nacimiento del derecho procesal científico, como es el derecho de acción[118].

---

[113] Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ª ed. (póstuma), reimpresión inalterada. Buenos Aires: Depalma, 1976. pp. 148-161.

[114] Couture explicó: «Las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora». Esta cita contiene una nota con la información de Constituciones sobre la materia. ob. cit., p. 151.

[115] Couture, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil. t. I*. 3.ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1979. pp. 17-95.

[116] *ibid.*, p. 19.

[117] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. 2.ª ed., 2.ª reimpresión. Madrid: Marcial Pons, 2017. pp. 133-137.

[118] Windscheid, Bernhard y Muther, Theodor. *Polémica sobre la "Actio"*. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1974; Chiovenda, Giuseppe. «La acción en el sistema de los derechos». En: *Ensayos de derecho procesal civil. vol. I. Acción y excepción. Historia. Sistema. Ley procesal. Literatura*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1949. En Colombia, Devis Echandía, Hernando. *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. t. I. Generalidades*. Bogotá: Temis, 1961. pp. 327-423; *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, 1966. pp. 154-207; Ramírez Arcila, Carlos. *Teoría de la acción*. Bogotá: Temis, 1969.

El derecho de acción o acción procesal, como ha sido aceptado por la ciencia del derecho procesal[119], en general, ha tenido en su evolución dos grandes corrientes en la historia del derecho procesal: *i)* la de la dependencia de la acción frente al derecho sustancial o material y; *ii)* la de la independencia de la acción respecto al derecho sustancial.

La primera corriente imperó en Roma, a partir de la clásica definición de Celso[120]. Se consideraba la acción como inherente al derecho sustancial y, por consecuencia, se regulaba en las normas de esta naturaleza; de ahí que, nuestro Código Civil de 1873, siguiendo la herencia tomada por el Código Civil chileno de 1855, del Code Civil francés de 1804 o Código Napoleón, establezca las *acciones judiciales*[121].

---

[119] Por orden cronológico de la edición, en Colombia, Devis Echandía, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. t. I*. ob. cit., pp. 331-383; *Nociones generales de derecho procesal civil*. ob. cit., pp. 154-207; Ramírez Arcila, *Teoría de la acción*. ob. cit., pp. 51-204; Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio. *Teoría general del derecho procesal*. 4.ª ed. Bogotá: Temis, 2008. pp. 301-332; Azula Camacho, Jaime. *Manual de derecho procesal. t. I. Teoría general del proceso*. 11.ª ed. Bogotá: Temis, 2016. pp. 39-61; López Blanco, Hernán Fabio. *Código General del Proceso. Parte general*. Bogotá: DUPRÉ, 2017. pp. 307-319.

En Argentina, Mercader, Amílcar A. *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*. Prólogo de David Lascano. Buenos Aires: Depalma, 1944; De la Rúa, Fernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991. pp. 45-66.

Más reciente, Taruffo, Michele. «Consideraciones sobre la teoría chiovendiana de la acción». En: *Revista de Derecho Privado*. Enero-diciembre, 2007. núm. 12-13, pp. 127-139. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/562

[120] *«Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi»*: «La acción no es otra cosa más que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe». [Digesto, libro XLIV, título VII, núm. 51, (t. III, p. 516). García del Corral, Ildefonso L. (trad.). *Cuerpo del derecho civil romano. t. III. Primera parte: Digesto*. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Barcelona: Jaime Molinas, Editor. 1897. Disponible en: https://bib-antonioreverte.um.es/Ficheros/GCorral/T3_1897/GCorral_Corpus3.pdf

[121] El artículo 1.° del Código Civil colombiano establece: «El Código Civil comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles». A manera de ej., el art. 946 regula la *acción* de reivindicación o de dominio; los arts. 972-985, las *acciones* posesorias; el art. 1321, la *acción* de petición de herencia; el art. 1914, la *acción* redhibitoria; los arts. 1946-1954, la *acción* rescisoria. Ley 84 (26, mayo, 1873). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial. Bogotá, 1873. núm. 2867, 31 de mayo. Adoptado por Ley 57 de 1887.

La segunda corriente, en general, inició a gestarse a partir de la *Polémica sobre la actio* entre Windscheid y Muther[122] de 1856 y 1857; continuó con los estudios de Wach[123], y alcanzó un punto de especial importancia en la obra de Chiovenda[124], siendo consolidada su naturaleza como derecho público, en especial con los estudios de Carnelutti[125] y Rocco[126] en Italia y, Devis Echandía[127] y Ramírez Arcila[128] en Colombia.

Sin entrar en detalles sobre el pensamiento de cada autor que ha estudiado la acción, tantos que Calamandrei[129] afirmó que «… las teorías sobre la acción que, como las noches de la leyenda, son mil y una, y todas maravillosas[130]», si es posible, en general, considerar que a partir de la corriente de la autonomía de la acción, surgieron dos teorías: la concreta, defendida por Chiovenda, y la abstracta, posicionada por Carnelutti, en oposición a la teoría concreta. A riesgo de simplificar el punto, la teoría concreta considera que el fin del ejercicio de la acción es la obtención del Estado de una sentencia favorable, mientras que, conforme a la teoría abstracta, dicho fin es solo alcanzar una sentencia, como respuesta de la actividad jurisdiccional del Estado; el asunto de la favorabilidad de la sentencia es ajeno a la acción y, por el contrario, pertenece a la pretensión como institución autónoma.

La conexión de los párrafos anteriores en relación con la investigación consiste en que, a partir de la teoría abstracta, la acción, que de modo principal era objeto de estudio desde la perspectiva dogmática, al considerarse un derecho

---

[122] Windscheid y Muther, *Polémica sobre la "Actio"*. ob. cit.

[123] Wach, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1977.

[124] Chiovenda, «La acción en el sistema de los derechos». ob. cit.

[125] Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil. vol. I*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1997. pp. 315-329.

[126] Rocco, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil. I. Parte general*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis; Buenos Aires: Depalma, 1969. pp. 251-313.

[127] Devis Echandía, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. t. I*. ob. cit.; *Nociones generales de derecho procesal civil*. ob. cit.

[128] Ramírez Arcila, *Teoría de la acción*. ob. cit.

[129] Calamandrei, Piero. *Los estudios de derecho procesal en Italia*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1959. p. 137.

[130] Cfr., últimamente, mi trabajo *La relatività del diritto di azione*, en el vol. V, pág 1, de mis *Studi* (cursiva del texto). Esta nota es de la cita.

público cívico, subjetivo y autónomo[131], en la actualidad se traduce, en especial frente a los nuevos paradigmas constitucional y convencional, como derecho de acceso a la justicia. En términos de la CADH se consagra como derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo; o en la Constitución española de 1978, como tutela judicial; o en la Constitución colombiana de 1991, como derecho de acceso a la administración de justicia[132].

Por lo anterior, es posible considerar que el derecho de acción ha evolucionado, desde un punto de vista estrictamente dogmático, hacia el principio de tutela jurisdiccional efectiva, a partir de los nuevos paradigmas constitucional y convencional, o en sentido inverso, la tutela jurisdiccional efectiva se ha consolidado, con un contenido constitucional y convencional, a partir del concepto dogmático de la acción procesal[133].

2. DERECHO AL RECURSO

El recurso es una de las instituciones procesales más importantes porque garantiza a las partes la posibilidad de controvertir la decisión judicial que causa perjuicio o agravio, ante el juez que profirió la providencia o su superior jerárquico, teniendo especial relevancia en el proceso penal[134]. En este sentido, la adopción de un sistema procesal conlleva la regulación del recurso, al menos en estos aspectos:

---

[131] Devis Echandía, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. t. I*. ob. cit., p. 383; *Nociones generales de derecho procesal civil*. ob. cit., p. 185.

[132] Toscano López, «Aproximación conceptual al "acceso efectivo a la administración de justicia" a partir de la teoría de la acción procesal». ob. cit.

[133] Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín. *Introducción al derecho procesal*. 10.ª ed. Valencia: Tirant, 2019. pp. 215-217; Marinoni, Luiz Guilherme. «El derecho de acción en la Constitución brasileña». En: *Ius et Praxis*. 2007. vol. 13, núm. 2, pp. 57-80. Talca, Chile: Universidad de Talca. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v13n2/art04.pdf; *El derecho de acción como derecho fundamental*. Traducción de Laura Criado Sánchez. Bogotá: Temis, 2015.

[134] Letelier Loyola, Enrique. *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Barcelona: Atelier, 2013. Corresponde a la tesis doctoral del autor, *La configuración del derecho fundamental al recurso en un proceso penal con todas las garantía*s. Director: Lorenzo Bujosa Vadell. Coordinadora: María del Pilar Martín-Ríos. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012.

i) providencias recurribles, *ii)* diversidad de recursos adaptados a los fines que persiguen, *iii)* requisitos del recurso, *iv)* trámite, *v)* efectos y, *vi)* competencia del juez al decidir el recurso.

Entre los recursos que regulan los sistemas procesales de la mayoría de los países, al menos en Occidente, uno de los más importantes es el de casación[135]. Y lo es sobre todo por la finalidad que cumple, como se analizará (cap. II). Dicha finalidad, en parte diferente a la de otros recursos, de modo tradicional se ha clasificado en dos: un fin público, entendiendo que la casación es útil al Estado para garantizar la unidad e integridad del ordenamiento jurídico (antes defensa de la ley o función nomofiláctica, en palabras de Calamandrei) y la unificación de la jurisprudencia y; un fin privado, que es el perseguido por la parte recurrente para obtener la anulación de la sentencia desfavorable.

La naturaleza jurídica de la casación, en parte justificada por su finalidad, implica que es un recurso limitado, es decir, el legislador regula con carácter restrictivo algunos de sus aspectos, como las providencias contra las que se admite, los motivos o causales de procedencia y la competencia del tribunal de casación, todo con el objeto de que este, a través del recurso, alcance los propósitos perseguidos por el Estado. Incluso, es posible considerar, al menos tomando la experiencia del derecho comparado y de recientes reformas en Colombia[136], que el tribunal tenga la facultad de seleccionar y decidir determinados recursos presentados, lo que no es aceptable para otros medios de impugnación, como la apelación.

Siendo el objeto de esta investigación la casación, es necesario antes de abordar su examen, que se hará en los caps. II a IV, evaluar si, a pesar de que en Colombia, el recurso es una garantía constitucional que forma parte del debido

---

[135] Devis Echandía, Hernando. *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. t. IV. De los actos procesales (parte segunda)*. Bogotá: Temis, 1964. p. 60.

[136] Ley 270 (7, marzo, 1996). Estatutaria de la administración de justicia. Diario Oficial. Bogotá, 1996. núm. 42.745, 15 de marzo; art. 16, mod. Ley 1285 (22, enero, 2009). Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial. Bogotá, 2009. núm. 47.240, 22 de enero; art. 7.°. En casación civil, Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. ob. cit., art. 347.

proceso (CP, art. 29), hace parte de su núcleo esencial la obligación del juez de decidirlo en respuesta a la inconformidad del recurrente, es decir, ¿cómo resolver la tensión entre el derecho al recurso del justiciable y la facultad del tribunal de casación de seleccionar y decidir solo aquellos que tiendan al cumplimiento de los fines de la casación? Para resolver esta cuestión es necesario delimitar el contenido del derecho al recurso.

2.1 Contenido del derecho al recurso

El recurso tiene dos facetas que definen su naturaleza jurídica: *i)* es un derecho procesal, concretamente, es una garantía que hace parte del derecho fundamental al debido proceso y *ii)*; es una carga procesal. Esta afirmación debe entenderse conforme al ordenamiento jurídico de cada Estado, pues no en todos se garantiza el derecho al recurso. Como a continuación se examina, en Colombia el recurso es una garantía que emana del debido proceso, mientras que otros ordenamientos, como p. ej., en España, no se consagra expresamente en tal sentido[137], excepto en materia penal, en virtud del PIDCP (art. 14, núm. 5.°), pero la jurisprudencia del TC también lo reconoce como parte del derecho a la tutela judicial efectiva[138], en asuntos diferentes del proceso penal, con mayores limitaciones que en este. En materia civil, la LEC/2000 reconoce el derecho a recurrir (art. 448).

En Colombia, en general, el recurso desde su faceta como derecho es una garantía que expresamente forma parte del derecho fundamental al debido proceso[139], que tiene consagración constitucional en el art. 29, al establecer el derecho «a impugnar la sentencia condenatoria», que se relaciona con otras garantías del debido proceso, como el derecho de defensa y a la motivación de la

[137] Moreno Catena y Cortés Domínguez. *Introducción al derecho procesal*. ob. cit., pp. 221-222.

[138] Armengot Vilaplana, Alicia. «El acceso a los recursos y las interpretaciones manifiestamente erróneas, rigurosas y formalistas». En: Ortells Ramos, Manuel y Bellido Penadés, Rafael (dirs.). *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*. Madrid: Dykinson, 2016. pp. 275-293. La referencia es a las pp. 275-279.

[139] En el proceso penal, Corte Constitucional. Sentencia C-792/14, de 29 de octubre de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez. pp. 25-39.

decisión judicial; también tiene vinculación con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en la medida que garantiza el acceso a la revisión de la providencia impugnada. Esto conlleva a que el recurso, al menos la apelación, permite la segunda instancia. Desde el punto de vista convencional, la CADH establece algunas garantías judiciales, entre ellas, el «derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior» [art. 8.°, núm. 2.°, lit. h)].

Asimismo, el recurso es una carga procesal[140], como explica Devis Echandía[141], pues la parte a quien la decisión le es desfavorable no tiene el deber u obligación procesal de recurrirla, pero si no lo hace, asume la consecuencia adversa, que consiste en la ejecutoria de la providencia.

Partiendo de la posibilidad, como a menudo sucede de que el juez, como toda persona falible, pueda en su decisión incurrir en error que afecte a las partes, la doctrina procesal ha considerado que el fin del recurso, en general, es de modo principal corregir el error en que incurrió el juez en la decisión judicial, que tradicionalmente se ha dividido en *error in iudicando* y *error in procedendo*. El primero recae sobre el derecho sustancial, mientras que el segundo sobre el derecho procesal. Dependiendo del sentido de la decisión y del interés del recurrente, con el recurso se pretende dejar sin efecto la providencia, lo que puede hacerse por dos vías: la modificación y la revocación, siendo la primera parcial y la segunda total. En este sentido, la decisión del recurso puede ser la modificación, la revocación o la confirmación de la providencia, si se concluye que en esta no se incurrió en error. En todo caso, más allá de la existencia de un error en la decisión, se garantiza el recurso como una garantía de contradicción.

A partir de lo anterior, en Colombia el derecho al recurso se ubica en el marco del debido proceso como una de sus garantías. Por el contrario, en España, la Constitución no establece esta garantía a la impugnación, pero la jurisprudencia del TC lo reconoce como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva.

---

[140] Sobre el concepto de carga procesal, Devis Echandía, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. t. I*. ob. cit., pp. 62-66; *Nociones generales de derecho procesal civil*. ob. cit., pp. 7-14.

[141] Devis Echandía, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. t. IV*. ob. cit., pp. 5-6.

2.2 Tensión entre el derecho al recurso y la selección del tribunal de casación

La pregunta pertinente sería: ¿Cuál es el núcleo esencial[142] del derecho al recurso, con énfasis en el recurso de casación? En Colombia, a partir de la sentencia C-713/08[143], la CC consideró que no hace parte del derecho al recurso de casación la obligación del tribunal de resolverlo, es decir, el derecho al recurso solo contiene la garantía de gozar de la oportunidad para presentarlo, pero no obtener una respuesta, pues acá se conjuga con la finalidad pública de la casación, en la medida en que el tribunal tiene la facultad de seleccionar los asuntos que serán objeto de estudio si con ellos se alcanza la finalidad de la institución. Al respecto, la Corte sostuvo:

> «En cuanto a la facultad de *"selección de las sentencias objeto de su pronunciamiento"*, la Corte considera que la norma es constitucional pero sólo de manera condicionada. En efecto, a juicio de la Corte, la norma es exequible en el entendido de que la decisión de no selección adoptada al momento de decidir sobre la admisión del recurso de casación, deberá ser motivada y tramitada conforme a las reglas y requisitos específicos que establezca la ley.
>
> De lo contrario podrían afectarse los derechos de acceso efectivo a la administración de justicia, prevalencia del derecho sustancial y el debido proceso, en lo referente al deber de motivación de las decisiones judiciales» (pp. 168-169, núm. 7.°, pár. 1.° y 2.°, parcialmente) (cursiva del texto).

---

[142] Para efecto de este punto, se entiende por núcleo esencial el concepto que de este tiene la CC colombiana: *«el núcleo esencial se ha definido como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse "el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental[142]"»* (cursiva del texto). Sentencia C-511/13, de 31 de julio de 2013, MP Nilson Pinilla Pinilla. p. 26.

[143] Sentencia C-713/08, de 15 de julio de 2008, MP Clara Inés Vargas Hernández. pp. 161-172.

Esta sentencia C-713/08 declaró exequible de modo condicionado[144] el art. 7.° de la Ley 1285/09[145], que modificó el art. 16 de la Ley 270/96[146], Estatutaria de la Administración de Justicia, en especial, el inciso 3.°, que faculta a las Salas de Casación de la Corte para «… seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento…,».

La sentencia C-713/08 puede cuestionarse en su motivación frente al análisis de constitucionalidad de la facultad de las Salas de Casación de la Corte de «… seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento…,», pues si se revisan las consideraciones sobre el punto (pp. 161-172, núms. 4.° a 8.°), la Corte no examinó el punto central que consistía en la constitucionalidad de la facultad de las Salas de la Corte para hacer la selección, limitándose a exponer el fundamento transcrito antes (pp. 168-169, núm. 7.°, párrs. 1.° y 2.°, parcialmente). La motivación anterior a este fundamento se refirió a la naturaleza jurídica de la casación y la posterior a la diferencia con la revisión de tutela, omitiendo la argumentación de los motivos que llevarían a declarar la exequibilidad de la disposición legal.

Más pertinente, desde el punto de vista dogmático, fue el salvamento y aclaración de voto del magistrado Araújo Rentería (pp. 308-342, en especial, pp. 327-330), quien sí planteo la cuestión principal, consistente en «… si los ciudadanos tienen derecho o no a un pronunciamiento…,» (p. 328, núm. 7.6) y «… es de observar que hoy en día, aún cuando se cumplan los requisitos para admitir el recurso, la Corte Suprema puede no fallar sobre el mismo, si decide no seleccionar la respectiva sentencia» (p. 329, núm. 7.8).

---

[144] «… en el entendido de que la decisión de no selección adoptada al momento de decidir sobre la admisión del recurso de casación será motivada y tramitada conforme a las reglas y requisitos específicos que establezca la ley, y de que en ningún caso impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto del recurso, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente el recurso de casación». pp. 301-302.

[145] Ley 1285 (22, enero, 2009). Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. ob. cit.

[146] Ley 270 (7, marzo, 1996). Estatutaria de la administración de justicia. ob. cit.

También en la sentencia C-792/14[147], la CC sostuvo que el recurso de casación penal no hace parte del derecho al recurso.

Contrario al caso colombiano, en la casación italiana existe lo que puede entenderse como el derecho constitucional al recurso de casación (art. 111, párr. 7.°), que incluye el derecho a presentarlo y a obtener una resolución del tribunal, lo que Taruffo[148] cuestiona, pues ha sido una de las causas de la sobrecarga de actividad de la Corte Suprema di Cassazione, con efecto sobre la unificación de la jurisprudencia.

Como se observa una tensión de naturaleza constitucional se presenta entre el derecho al recurso, como una garantía del justiciable que emana del derecho fundamental al debido proceso y guarda relación con el derecho de acceso a la justicia, y la facultad que tiende a reconocerse al tribunal de casación, como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria. En un plano general, podría pensarse en definir esta oposición en favor del justiciable en lugar del órgano jurisdiccional, pues tendría fundamento en la garantía de los derechos constitucionales indicados. A pesar de esto, la especial finalidad y naturaleza jurídica de la casación justifica la facultad de selección otorgada al tribunal, como se examinará (caps. II a IV).

[147] Sentencia C-792/14, ob. cit., p. 71: «En definitiva, el recurso de casación no satisface los estándares del derecho a la impugnación, por las siguientes razones: (i) no todas las sentencias condenatorias que se dictan por primera vez en la segunda instancia son susceptibles de ser impugnadas, porque el recurso no procede contra los fallos que juzgan contravenciones, porque el recurso puede ser inadmitido a discreción cuando se considere que la revisión judicial no es necesaria para los fines de la casación, y porque cuando los cuestionamientos del recurrente versan sobre la orden de reparación integral, son aplicables todas los condicionamientos de la legislación común; (ii) el tipo de examen que efectúa el juez de casación es distinto del que se efectúa en el marco del derecho a la impugnación, porque no recae sobre la controversia que da lugar al proceso judicial sino sobre la providencia recurrida, y porque el juez no tiene plenas potestades para efectuar revisar integralmente el fallo sino sólo a partir de las causales establecidas de manera taxativa en el derecho positivo; (iii) por regla general, en sede de casación no existe una revisión oficiosa del fallo recurrido, porque la valoración de la sentencia se debe circunscribir a los cargos planteados por el casacionista».

[148] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 247-250.

3. MODELOS DE TRIBUNALES SUPREMOS EN OCCIDENTE

Los Estados modernos, al menos limitados a Occidente, tienden a ubicar en la parte superior de la organización judicial un tribunal o corte suprema[149], con finalidades específicas, las cuales pueden ajustarse a uno de tres modelos, siguiendo la clasificación de Taruffo y Carpi, así: *i)* modelo *appeal* anglosajón, *ii)* modelo de la revisión alemana y, *iii)* modelo de la casación francesa, italiana y española[150]. El principal criterio que distingue estos modelos es la actuación del tribunal como un juez de tercera instancia, en especial, en los dos últimos casos.

A su vez, Mitidiero[151] clasifica estos tribunales en cortes superiores y cortes supremas. La distinción se basa en varios elementos, siendo estos relevantes para la investigación: *i)* la corte superior tiene una función reactiva, en la medida en que tiende a «*controlar la legalidad de todas las decisiones* sometidas a ella», lo que implica el derecho del recurrente de obtener la respuesta del órgano jurisdiccional; mientras que la corte suprema tiene una función proactiva, ya que su intervención solo se justifica por razones de trascendencia, cuya consecuencia es la facultad de seleccionar los asuntos; *ii)* la corte superior juzga casos concretos con el propósito principal de salvaguardar el derecho del recurrente, en tanto que la corte suprema tiene como objetivo la defensa del ordenamiento jurídico y el caso se utiliza como

---

[149] Mitidiero, Daniel. «Dos modelos de Cortes de vértice – Cortes Superiores y Cortes Supremas». En: Taruffo, Michele; Marinoni, Luiz Guilherme y Mitidiero, Daniel (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 77-122.

[150] Por el contrario, Rengel-Romberg sostiene «Que entre el sistema de casación francés y el alemán, existe un verdadero paralelismo. Que la casación francesa y la revisión alemana, no son dos clases distintas de casación que permitan caracterizar a la primera de "casación pura" y a la segunda de "casación instancia", sino una misma realidad; una misma institución, que es única por su peculiar estructura y naturaleza, pero que para identificar a una de ellas (la revisión alemana) se ha empleado una terminología inapropiada, que no se corresponde con la naturaleza de la institución». Rengel-Romberg, Arístides. «La casación francesa y la revisión alemana. Estudio comparativo». En: *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Monteávila*. 2002. núm. 3, pp. 49-60. Caracas, Venezuela: Universidad de Monteávila. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/3/deryso_2002_3_49-60.pdf La cita es de la p. 58.

[151] Mitidiero, «Dos modelos de Cortes de vértice – Cortes Superiores y Cortes Supremas». En: Taruffo, Marinoni y Mitidiero (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. ob. cit., p. 78.

un medio para lograr el fin y; *iii)* la corte superior busca la uniformidad de la jurisprudencia, que no constituye fuente de derecho; mientras que la suprema es una corte de precedente, que sí es una fuente de derecho.

A continuación se hará la descripción de los aspectos esenciales que caracterizan cada modelo, que permitirá comprender la finalidad y naturaleza jurídica de la casación (caps. II y III), así como examinar las funciones del tribunal (cap. IV), constatar la existencia de las crisis de identidad, funcionamiento y autoridad (cap. V) y las propuestas en caso de confirmación de estas crisis (cap. VI).

3.1 Modelo *appeal* anglosajón

Es el tipo de tribunal supremo de Reino Unido[152] y Estados Unidos. La Supreme Court[153] norteamericana es una corte especial, que se caracteriza por las siguientes particularidades principales:

i) La Supreme Court es un órgano federal, que hace parte del sistema judicial; fue creada por la Constitución de 1787.

ii) La Supreme Court ejerce el control constitucional de las leyes, de manera abstracta, en oposición al sistema de control concreto austríaco defendido por

[152] Andrews, Neil. «El Tribunal Supremo del Reino Unido y las sentencias de los tribunales ingleses». En: Taruffo, Marinoni y Mitidiero (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. ob. cit., pp. 253-266.

[153] La Supreme Court fue creada por la Constitución de 1787, pero su regulación fue fijada en la *Judiciary Act* de 1789, es decir, es uno de los tribunales supremos más antiguos del mundo.

La Corte está conformada por un número plural de miembros, que actualmente es de 9 (1 *Chief Justice* o presidente y 8 *Associate Justices* o jueces), quienes son designados por el presidente de los Estados Unidos y ratificados por el Senado, sin un periodo limitado, es decir, de manera vitalicia. La Corte ha cumplido un papel principal en el desarrollo jurídico de los Estados Unidos a partir de algunas de sus célebres decisiones, solo para citar una de las primeras y que ha sido fundamental, *Marbury vs. Madison* de 1803.

Para las principales decisiones, Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. 2.ª ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2006. En particular, sobre *Marbury vs. Madison*, Amaya, Jorge Alejandro. Marbury v. Madison*. Origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*. 5.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2017; Grau Gómez, Luis. Marshall vs. Taney*, los primeros 75 años del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Tesis doctoral. Director: Manuel Martínez Neira. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2012. 683 p.

Kelsen[154], adoptado por muchos países, entre ellos, Colombia[155], que «confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución» a un órgano especial, que es el tribunal constitucional. El tribunal de casación es ajeno a esta función de control constitucional, por lo que esta primera particularidad excluye la casación del sistema anglosajón, aunque en algunos casos este tribunal puede tener la atribución de ejercer el control de constitucionalidad, es decir, puede actuar en ejercicio de dos competencias distintas, que no se confunden y no hacen perder a la casación su esencia, como la CSJ colombiana a partir de la reforma constitucional de 1910[156].

iii) La Supreme Court decide los recursos de apelación presentados contra las decisiones de las Cortes estatales, ejerciendo la facultad de elegir los que considera necesarios de pronunciamiento.

iv) El instrumento usado para la selección de los asuntos es el *certiorari*[157], cuya utilización en el periodo 1998-2010, según la estadística presentada en la

---

[154] Sobre el control de constitucionalidad y las diferencias entre el modelo norteamericano y europeo, Viveiros, Mauro. *El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual*. Tesis doctoral. Directora: Asunción García Martínez. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2011. 448 p.

En Colombia, la reforma constitucional de 1910 introdujo, antes de Kelsen, el control de constitucionalidad concreto (Acto Legislativo 3 de 1910, art. 41), como una función de la CSJ: «A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:
Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación». Acto Legislativo 3 de 1910 (31, octubre, 1910). Reformatorio de la Constitución Nacional. Diario Oficial. Bogotá, 1910. núm. 14.131, 31 de octubre.

[155] Constitución Política de 1991 (4, julio, 1991). ob. cit., art. 241.

[156] Acto Legislativo 3 de 1910 (31, octubre, 1910). ob. cit., art. 41.

[157] Giannini, Leandro J. *El 'Certiorari' y la jurisdicción discrecional de los superiores tribunales*. Tesis doctoral. Director: Juan Carlos Hitters. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2013. 909 p. La referencia es a las pp. 144-199; Nieva Fenoll, Jordi. «El modelo anglosajón en las Cortes Supremas: ¿solución o elusión del problema de la casación?» En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Noviembre, 2011. núm. 3-4, pp. 355-376. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#WW/vid/330744034; Gilsanz Usunaga, Javier. «El *certiorari* ante el Tribunal Supremo americano: una aproximación desde el derecho español». En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo, 2016. vol. 8, núm. 1, pp. 125-149. Madrid: España: Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3023

investigación doctoral de Giannini[158], muestra una «tasa de admisión» que no supera el 1,26 %, porcentaje más alto de dicho periodo en el año 2000, en el que ingresaron a la Corte 7857 asuntos y fueron admitidos 99; a su vez, el porcentaje más bajo fue 0,87 % en el año 2006, con 8857 ingresos y 77 admisiones.

El *certiorari* ha conducido a un número mínimo de sentencias, como también muestra la estadística citada por Giannini[159], que evidencia en el periodo 1994-2010, siendo el número máximo en el año 1997 con 92 resoluciones, mientras que el más bajo fue en el año 2007 con 69. Estos números son mínimos frente a la estadística de los tribunales de casación europeos, en especial de Italia, Francia y España, como se observará (cap. V, núm. 2).

Oteiza cita un fragmento de la decisión del caso «Rogers vs. Missouri Pacific Railroad Co», de 25 de febrero de 1957, en el que se expone claramente la razón de la selección de los asuntos. Oteiza, Eduardo. «El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso». En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Abril, 1998. año 3, núm. 1.°, pp. 71-85. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Palermo. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica06.pdf

Se resalta de la cita de Oteiza esta parte: «Creo que es adecuado decir que el Tribunal podrá descargar adecuadamente la responsabilidad vital, cada vez más vital, diríamos, que tiene por el bienestar general sólo si restringe su poder de revisión a la interpretación de los temas constitucionales u otras cuestiones de importancia nacional, […] Los juicios del Tribunal son juicios colectivos. Tales juicios son especialmente dependientes de estudio privado y reflexión en un tiempo amplio, en la preparación para una discusión en una audiencia. Sin un estudio adecuado, no puede haber una reflexión adecuada; sin una reflexión adecuada, no puede haber una discusión adecuada; sin una discusión adecuada, no puede producirse ese completo y fructífero intercambio de mentes indispensable para las sabias decisiones y las opiniones persuasivas del Tribunal. A menos que el Tribunal ponga fuertemente en vigencia sus propios criterios para otorgar la revisión de los casos, inevitablemente se enfrentará con la acumulación de retrasos o dispondrá de un asunto esencial de una forma demasiado veloz y por lo tanto demasiado superficial». p. 72.

[158] Giannini, *El 'Certiorari' y la jurisdicción discrecional de los superiores tribunales*. ob. cit., p. 164.

[159] *ibid.*, p. 165.

v) Las decisiones de la Supreme Court constituyen precedentes (*stare decisis*[160]) y es deber de la Corte y demás jueces acatar dichos precedentes[161]. No obstante, el carácter vinculante no es absoluto, pues la Corte y los demás jueces pueden apartarse del precedente a través de las figuras *distinguishing*[162] y *overruling*[163]. La primera permite al juez la no aplicación del precedente con fundamento en la comparación de los hechos del caso presente con los del caso pasado, del que deriva la *ratio decidendi* que constituye el precedente, esto es, como explica Marinoni, «El *distinguishing* expresa la distinción entre los casos para los efectos de subordinar, o no, el caso de juicio a un precedente»[164]. Por tanto, el

---

[160] Brenner y Spaeth explican: "*«Stare decisis»* es una versión abreviada de la frase latina *«stare decisis et non quieta movere»*, que el ***Black's Law Dictionary*** define como «adherirse a los precedentes y no perturbar las cosas que están establecidas»[3]". Nota de la cita: [3] «BLACK y NOLAN, 1990: 1406» (cursiva del texto). Brenner, Saul y Spaeth, Harold J. Stare indecisis. *Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1946-1992*. Traducción de Sebastián Figueroa Rubio y Camila Spoerer Grau. Madrid: Marcial Pons, 2017. pp. 15-16.

[161] Beltrán de Felipe y González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. ob. cit., pp. 27-42; Legarre, Santiago y Rivera, Julio César. «Naturaleza y dimensiones del *"stare decisis"*». En: *Revista Chilena de Derecho*. 2006. vol. 33, núm. 1, pp. 109-124. Santiago, Chile. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf; Brenner y Spaeth, Stare indecisis*. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1946-1992*. ob. cit., pp. 15-17.

Taruffo sostiene que el precedente en el *common law* no es vinculante. Taruffo, Michele. «Precedente y jurisprudencia». En: *Precedente – Anuario Jurídico*. Diciembre, 2007, pp. 85-99. Cali, Colombia: ICESI. Disponible en: https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434 La referencia es a las pp. 91-92. Del mismo autor, «Consideraciones sobre el precedente». En: *IUS ET VERITAS*. Diciembre, 2016. núm. 53, pp. 330-342. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16552/16898 La referencia es a las pp. 335-337.

Sobre el pensamiento de Taruffo frente al precedente, Ferrer Beltrán, Jordi. «El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial». En: Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez, Carmen (coedits.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 177-191. También, Oteiza, Eduardo. «El uso del precedente en el diálogo entre Cortes nacionales y transnacionales». En: Ferrer Beltrán y Vázquez (coedits.). *Debatiendo con Taruffo*. ob. cit., pp. 157-175.

Para un estudio del precedente en el *common law*, Cross, Rupert y Harris, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Traducción de María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012.

[162] Marinoni, Luiz Guilherme. *Precedentes obligatorios*. Traducción de Christian Delgado Suárez. Lima: Palestra, 2013. pp. 375-445.

[163] *ibid.*, pp. 445-525.

[164] Como anota Duxbury, "*distinguishing* es lo que los jueces realizan cuando hacen la distinción entre un caso y el otro" (…). DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 113. Esta nota es de la cita. p. 375.

juez que acude a la figura distingue su caso del anterior a partir del examen de los hechos. A su vez, la segunda consiste en la revocación del precedente para reemplazarlo por uno nuevo debido a que las condiciones que lo justificaban han cambiado.

Beltrán de Felipe y González García en su estudio sobre *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*[165], sostienen que «El Tribunal Supremo nunca se ha considerado a sí mismo vinculado de forma absoluta por sus propias decisiones…». Entre las sentencias objeto de estudio que abandonan el precedente en ejercicio del *overruling*, citan *Lawrence vs. Texas* (2003), que revocó el precedente contenido en la sentencia *Bowers vs. Hardwick* (1986), con estas razones[166]:

> "El *stare decisis* es esencial para mantener la autoridad de las sentencias de este Tribunal y la estabilidad del Derecho. No es, sin embargo, una regla inexorable, tal como afirmamos en la sentencia *Payne v. Tennessee, 501 US 808, 828 (1991)*, donde se recuerda que «la doctrina del *stare decisis* no es un mandato inexorable. Al contrario, es «un principio de política y no una fórmula mecánica de adherencia a la última decisión»» –citando *Helvering v. Hallock 309 US 106, 119 (1940)*.
>
> […]
>
> A nuestro juicio, el criterio del juez Stevens debería haberse seguido en *Bowers,* y debe ahora seguirse. La sentencia *Bowers* no fue correcta en su momento y no es correcta en la actualidad. No puede seguir siendo nuestro precedente en esta materia. La doctrina de *Bowers* debe ser ahora anulada.
>
> […]
>
> Si aquellos que diseñaron y ratificaron la cláusula del proceso debido de las enmiendas 5.ª a 14.ª enmiendas hubieran conocido los aspectos de la libertad en todas sus posibilidades, acaso podrían haber sido más explícitos. Pero no pretendieron tener una concepción tan visionaria. Sabían que en un momento dado

[165] Beltrán de Felipe y González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. ob. cit., pp. 36-37.

[166] *ibid.*, pp. 677-679.

las circunstancias pueden impedirnos ver y reconocer determinadas verdades, y que posiblemente las generaciones venideras vean que leyes que una vez fueron necesarias y adecuadas hoy son instrumentos de opresión. Mientras la Constitución permanezca, cada generación puede apelar a sus propios valores y principios para buscar la libertad" (cursiva del texto).

3.2 Modelo de la revisión alemana

En Alemania no se adoptó el modelo de la casación francesa[167], sino que se hizo una adaptación de algunos de sus elementos principales, siendo uno de los más relevantes el papel del tribunal como juez de tercera instancia, en la medida en que en su actividad tiene plena cognición de la cuestión de derecho. A diferencia de la casación francesa[168], la revisión alemana se caracteriza por:

i) El principal aspecto que distingue la revisión de la casación, y del cual derivan los demás, es que constituye una tercera instancia, siendo que la casación, a pesar de corresponder a una actuación posterior a las dos grados del proceso, no es propiamente una tercera instancia.

---

[167] Nieva Fenoll sostiene que la revisión alemana es una especie de casación, aunque con algunas diferencias, es decir, no la considera un modelo de tribunal supremo distinto de la casación. Nieva Fenoll, Jorge. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Barcelona: Bosch, 1998. pp. 40-43. Corresponde a la tesis doctoral del autor, del mismo título. Director: Manuel Serra Domínguez. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1997. En similar sentido, el autor en su posterior obra sobre la casación penal, *El hecho y el derecho en la casación penal*. Barcelona: Bosch, 2000. pp. 51-53; y en su obra sobre la casación civil, *El recurso de casación civil*. Barcelona: Ariel, 2003. pp. 49-52.

[168] Sobre las diferencias entre la revisión alemana y la casación francesa, de una manera sintética, Schönke, Adolf. *Derecho procesal civil*. Traducción española de la quinta edición alemana por Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1950. p. 315: «La casación alemana se distingue, en muchos puntos de gran importancia, de la casación francesa. El Tribunal de casación sólo examina las apreciaciones jurídicas que se contienen en la sentencia impugnada, y en cambio en Alemania (por lo menos cuando se trata de infracción de derecho material) se examina toda la sentencia; la casación de aquellos derechos no tiene efectos suspensivos, pero sí la nuestra; el Tribunal de casación de los mismos sólo puede anular, casar, pero no resolver sobre el fondo del asunto, que es una facultad atribuida a nuestro Reichgerich; en la casación de los tan repetidos derechos, el Tribunal al que se remite la causa no queda vinculado por las apreciaciones hechas por el Tribunal de casación, y en cambio en la nuestra sucede lo contrario. La moderna casación italiana se aproxima a la nuestra, pero la separan aún una serie de diferencias».

ii) Funciones del tribunal de revisión. La primera función del Tribunal Federal de Justicia alemán (Bundesgerichtshof), es la revocación de la sentencia impugnada [ZPO, § § 551, 3), 1; 562[169]], que equivale a la casación o anulación en el modelo francés, esto es, dejar sin eficacia jurídica la resolución controvertida. Si el recurso es declarado fundado por violación del derecho, el tribunal debe revocar la sentencia recurrida y emitir la decisión de reemplazo [§ 563, 3.°)], es decir, no adopta el modo de reenvío propio de la casación francesa e italiana. En caso de revocación por vicio del proceso, debe revocar y reenviar el expediente al juez de apelación o a otro del mismo grado [§ 562, 2.°)].

iii) Finalidad del recurso de revisión[170]. Conforme a la ordenación legal, la intervención del tribunal se justifica si «La cuestión de derecho tiene un significado fundamental»[171] o para alcanzar «… el perfeccionamiento del derecho o el aseguramiento de una jurisprudencia unificada» [§ 543, 2), 1 y 2; en similar sentido el § 566, 4), 1 y 2, en relación con la revisión *per saltum*]. Debido a su regulación como tercera instancia, la revisión está concebida como un medio de impugnación

---

[169] Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción de Álvaro J. Pérez Ragone y Juan Carlos Ortiz Pradillo. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra de Falco. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Montevideo, 2006.

[170] «El fin del recurso de casación en Alemania siempre ha sido, en primer lugar, el cuidado de la unidad jurídica y de la uniformidad de la jurisprudencia. Esto se refleja sobre todo en la casación por violación al derecho material. La casación por violación al derecho procesal en cambio parece tener más bien efectos sobre la causa concreta y solo tiene relevancia general en caso de que las violaciones al derecho procesal sean fruto de una interpretación errónea de dichos derechos o de la comisión sistemática de dichas violaciones». Lösing, Norbert. «El Código Procesal Civil Alemán (ZPO) en el curso de las reformas». En: Fandiño, Marco (dir.). *Estudios comparados sobre reformas al Sistema de Justicia Civil*. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, 2017. pp. 11-132. La cita es de la p. 103.

[171] «Una cuestión jurídica tiene significado fundamental cuando ella puede colaborar a responder o a aclarar una *quaestio juris* de trascendencia, no solamente para el caso actual, sino además para una serie indeterminada de casos futuros. *Importancia jurídica* no es sinónimo de importancia económica.[459]». Nota de la cita: [459] «Seiler, "Die Erfolgsaussicht der Revision als Zulassungskriterium", en *NJW*, 2005, p. 1689; Hannich, en Hannich, Meyer-Seitz, o. cit., § 542 ZPO 15, 20; Baumert, "Entscheidungserheblichkeit des Zulassungsgrundes der Rechtsgrundsätzlichkeit", en *MDR*, 2003, p. 606». Prütting, Hanns y Falco, Sandra de. «Estudios de proceso civil alemán contemporáneo». En: Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción de Pérez Ragone y Ortiz Pradillo. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra de Falco. ob. cit., pp. 33-150. La cita es de la p. 128.

cuya finalidad, además de la defensa del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia, es la defensa de las partes, a diferencia de la casación francesa.

iv) Motivos de revisión. El código, ZPO, señala como motivo que la resolución haya «… violado el derecho federal o disposiciones cuya aplicación se extiende a la circunscripción de un tribunal superior del Estado» [§ 545, 1)]. A su vez, como concepto de violación del derecho se entiende que «El derecho es violado cuando una norma jurídica es aplicada incorrectamente» (§ 546). El § 547 establece seis motivos absolutos de revisión, entre los que no se consagra el relativo al hecho y la prueba o cuestión de hecho.

Por último, se resalta el aspecto de la *summa revisionis* de la revisión alemana, que puede servir de experiencia de derecho comparado para el tratamiento del mismo punto frente a la casación (cap. IV, núm. 4.1). La *summa revisionis* que exigía el § 547, que sirvió de ejemplo a Calamandrei para justificar la *summa cassationis*[172] –que se adopta en la casación española y colombiana–, fue suprimida por la reforma de 2001, en vigencia desde 2002, y reemplazada por la revisión por admisión[173] (§ 543).

3.3 Modelo de la casación francesa, italiana y española

Como se reseñará (cap. II, núm. 1.1), la doctrina clásica y contemporánea, con alguna excepción, coincide en considerar que la casación tuvo origen francés, en concreto, en la Revolución francesa, teniendo posterior evolución hasta su estado actual. Esta experiencia, con variaciones importantes, fue recibida en Italia y otros

[172] Calamandrei, Piero. *La casación civil. t. III. Bosquejo general del instituto*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2007. pp. 423-424.

[173] «En cambio, el monto del agravio o la importancia de la causa para una de las partes no son razones válidas para admitir la casación. Siguen siendo las partes, que por sus intereses particulares interponen el recurso de casación, pero la función del recurso no es la protección del interés de la parte de forma inmediata. El efecto se logra solo de forma mediata siempre y cuando el interés de la parte coincida con un interés general en la resolución[93]». Nota de la cita: [93] «Esta función solo mediata de protección del interés de la parte ha sido declarada conforme a la Ley Fundamental por la Corte Constitucional Federal, BVerfG, NJW 2004, pág. 1.371 y ss». Lösing, El Código Procesal Civil Alemán (ZPO) en el curso de las reformas. ob. cit., p. 99.

países; en España, si bien se acogió la casación, como resalta Vázquez Sotelo[174], desde su origen ha tenido unos *rasgos definidores* que la han distinguido en aspectos esenciales de la francesa e italiana.

Por la importancia de la casación francesa, que se considera la pionera y el modelo clásico y puro –que en la investigación se preferirá denominar tipo originario–, así como de la italiana, en especial por la doctrina que la ha estudiado, como Calamandrei, y de la española, llamado modelo impuro –que se llamará tipo derivado–, de gran influencia para los países latinoamericanos, en particular Colombia, se hará una breve reseña de los aspectos más relevantes de estos tres tipos de casación, que difieren en algunos elementos, entre los que se hará énfasis, siguiendo el método de Vázquez Sotelo[175], en: *i)* carácter político o judicial del tribunal de casación, *ii)* funciones del tribunal de casación, *iii)* finalidad del recurso de casación y; *iv)* motivos de casación.

3.3.1 Casación francesa e italiana. Teniendo en cuenta que comparten elementos comunes, se reseñarán en conjunto las casaciones francesa e italiana. Ciertamente, como se describirá (cap. II, núm. 1.1), la casación tuvo origen en la Revolución francesa y luego se extendió a otros países europeos, siendo Italia uno de los que la recibió en su forma más cercana al modelo consolidado en Francia, no al inicial, sino al que evolucionó y tomó forma desde 1837[176], fecha en que el Tribunal de Cassation fue reemplazado por la Cour de Cassation y se reafirmó el carácter judicial del recurso.

i) Carácter político y no judicial del tribunal de casación en su etapa inicial. Uno de los rasgos que más definieron la casación francesa en su origen, junto a su

[174] Vázquez Sotelo, José Luis. *La casación civil. (Revisión crítica)*. Barcelona: Ediser, 1979. pp. 14-40; «*"Requiem"* por la mejor casación civil del mundo (y por otras creaciones procesales hispanas)». En: Berizonce, Roberto O.; Hitters, Juan Carlos y Oteiza, Eduardo (coords.). *El papel de los tribunales superiores. Segunda parte*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. pp. 205-268. La referencia es a las pp. 224-236.

[175] Vázquez Sotelo, *La casación civil. (Revisión crítica)*. ob. cit.

[176] Calamandrei, Piero. *La casación civil. t. II. Historia y legislaciones (Continuación)*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2007. pp. 59-144.

finalidad, fue su carácter político y no judicial[177], pues la institución fue creada por los revolucionarios con el propósito de ejercer un control sobre la actividad de los jueces para garantizar la división de poderes y, en concreto, que los jueces a través de sus sentencias no usurparan la función del poder legislativo. De ahí que, como explica Calamandrei[178], el Tribunal de Cassation creado por el Decreto de 27 de noviembre-1.° de diciembre de 1790[179], ubicado en el poder legislativo y no en el judicial, en su etapa inicial solo anulaba la sentencia, pero no resolvía sobre la relación sustancial, siendo *«une sentinelle établie pour le maintien des lois»*.

A partir de la experiencia de su etapa inicial (1790-1837), la casación sufrió una transformación práctica y el Tribunal de Cassation pasó a ser desde la Ley de 1.° de abril 1837 la Cour de Cassation, un órgano perteneciente al poder judicial.

Por su parte, en Italia la casación tuvo un contexto histórico y político particular desde la unificación del periodo 1859-1871 (cap. IV, núm. 2.1)[180], y su posterior evolución marcada por la regulación legal entre 1859 y 1907, como describe Calamandrei[181], que consolidó la existencia de cinco Cortes de casación, cuatro de ellas regionales en Florencia, Nápoles, Palermo y Turín, y una con competencia regional y nacional en Roma; situación singular desde la teoría clásica de la casación, concebida por la Revolución francesa basada en la existencia en el Estado de un solo tribunal como órgano de control de la actividad de los jueces de instancia, que provocó la oscilación entre la casación y la tercera instancia.

---

[177] Vázquez Sotelo, *La casación civil. (Revisión crítica)*. ob. cit., pp. 2-13.

[178] Calamandrei, *La casación civil. t. II*. ob. cit., p. 55.

[179] Disponible en: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65533905/f255.image

Sobre el origen en la doctrina, Chénon, Émile. *Origines, conditions et effets de la cassation*. Paris: L. Larose et Forcel, 1882. pp. 65-84. Disponible en: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57841400/f12.image.r=cassation%20chenon; Crépon, Théophile. *Cour de cassation. Origines, organisation, attributions du pourvoi en cassation en matière civile. Tome premier*. Paris: L. Larose et Forcel, 1892. Disponible en: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5729776k.r=cassation%20crepon?rk=21459;2

[180] Para la recepción de la casación en Italia, antes de la unificación, (cap. IV, núm. 2.1, de la tesis).

[181] Calamandrei, *La casación civil. t. II*. ob. cit., pp. 341-345.

Posteriormente, la casación se unificó en la Corte de Roma con la supresión de las demás Cortes regionales[182]. En todo caso, antes y después de la unificación de la casación en 1923, el tribunal de casación italiano tuvo un carácter judicial[183], no político, a diferencia del Tribunal de Cassation francés en su etapa inicial.

Dando un necesario salto histórico muy grande, una vez consolidada la casación francesa[184], presenta las siguientes características en la actualidad[185]:

ii) Funciones del tribunal de casación. Adelante se explicará (cap. IV, núm. 1), partiendo de estas bases, que un tribunal puede tener asignadas una o dos funciones diferenciadas: siempre una de casación, que define su naturaleza jurídica, en ejercicio de la cual decide casar o anular la sentencia recurrida. Una vez anulada la sentencia, queda el vacío de la sentencia de segunda instancia, siendo necesario su emisión, pero la cuestión es qué juez lo hace: el tribunal de casación o el juez de apelación que profirió la resolución anulada. Si se responde que debe emitir la sentencia el juez de apelación u otro de igual grado, para excluir a este tribunal, se acudirá al mecanismo del reenvío o remisión del proceso; por el contrario, si se responde que lo haga el mismo tribunal, entonces no se acudirá al reenvío.

En Francia, desde la creación del Tribunal de Cassation se ha acudido al reenvío una vez la resolución ha sido anulada, esto es, la función de la Cour de Cassation es el examen de la legalidad de la sentencia, es decir, revisa la cuestión de derecho[186] y, en caso de anular la resolución, remite el expediente a un juez de instancia para que emita la sentencia de reemplazo.

---

[182] Regio Decreto, 24 marzo 1923, n. 601, art. 1.°. Disponible en: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1923-03-24;602

[183] Calamandrei, *La casación civil. t. II*. ob. cit., pp. 365-366.

[184] La Cour de Cassation publica en su página Web un documento sobre su actividad, Francia. Cour de Cassation. *El papel del tribunal de casación francés*. Disponible en: https://www.courdecassation.fr/institution_1/in_6_2850/espa_ol_3722/del_tribunal_17513.html

[185] Boré, Jacques. *La cassation en matière civile*. Paris: Sirey, 1980; Ferrand, Frédérique. *Cassation française et révision allemande*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993; Nieva Fenoll, *El recurso de casación civil*. ob. cit., pp. 59-66.

[186] Cadiet, Loïc. «El sistema de la casación francesa». En: Ortells Ramos, Manuel (coord.). *Los recursos ante los tribunales supremos en Europa*. Madrid: Difusión Jurídica, 2008. pp. 21-45. La cita es de la p. 27; «El rol institucional y político de la Corte de Casación en Francia: ¿Tradición,

Así como en la casación francesa, en la italiana la Corte Suprema de Cassazione solo tiene competencia para casar o anular la resolución judicial, y en caso de anulación por *«violazione o falsa applicazione della legge»*[187], se acude al juez de *rinvio* para que emita la decisión de mérito o fondo, como se estableció en el Codice di procedura civile de 1865 (art. 544), así como en el de 1940 (art. 383). Frente al reenvío una diferencia que se resalta es la *«Enunciazione del principio di diritto»*[188], por parte de la Corte, en caso de sentencia estimatoria por violación o falsa aplicación de normas de derecho, al que deberá ajustarse el juez de *rinvio* (art. 384).

iii) Finalidad del recurso de casación. En Francia, la casación se instituyó para la defensa del derecho objetivo (actualmente, NCPC, art. 604), no de las partes. Tomando como referencia que el Tribunal de Cassation fue creado como un órgano político, no judicial, la casación no se concibió como un verdadero recurso procesal y, por tanto, no está a disposición de las partes, sino solo en defensa del ordenamiento jurídico. De ahí que, solo se protege el *ius constitutionis*, no el *ius litigatoris*[189] (cap. II, núms. 2.4 y 2.5).

iv) Motivos de casación. Como consecuencia del anterior aspecto, la casación no ha admitido como motivo el examen de la cuestión de hecho. Como efecto de la ausencia de defensa del *ius litigatoris* no se estableció en Francia el

---

transición, mutación?» En: Taruffo, Marinoni y Mitidiero (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. ob. cit., pp. 175-204. La cita es de las pp. 181-182.

[187] En estos términos se estableció el motivo de casación consistente en la violación de la ley. *Codice di procedura civile del Regno D'Italia* de 1865 (Regio Decreto, 25 giugno 1865, n. 2366, *Per l'approvazione e pubblicazione del Codice di procedura civile*), art. 517, núm. 3.°. Por su parte, en el *Codice* de 1940 la expresión usada es: *«violazione o falsa applicazione di norme di diritto». Codice di procedura civile del Regno D'Italia* de 1940 (Regio Decreto, 28 ottobre 1940, n. 1443, *Codice di procedura civile*), art. 360, núm. 3.°.

[188] Sobre el alcance de la expresión «principio de derecho», Liebman, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1980. pp. 524-526.

[189] Sobre este aspecto, Vázquez Sotelo señala: «No hace falta insistir en la importantísima repercusión práctica que tiene esta concepción para los litigantes que, aunque triunfen, después de haber soportado el elevado costo del recurso –en tiempo, trámites y dinero–, no verán satisfechos en esa sede sus derechos, que habrán de seguir impetrando de nuevo ante otro Tribunal de instancia.[11]». Nota de la cita: [11] «CALAMANDREI, *La Casación civil*, t. II, capt. II […]». Vázquez Sotelo, *La casación civil. (Revisión crítica)*. ob. cit., pp. 10-11.

control del hecho como motivo de casación, siendo limitado a la cuestión de derecho. Y es que si la casación no persigue la justicia del caso, no es de interés el examen de los hechos.

La casación italiana, de la que se hará referencia siguiendo las obras de Calamandrei y Taruffo, ha seguido también en este aspecto el tipo originario francés. Aun así, en 2012 se ha incluido como nuevo motivo relacionado con el hecho, *«per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che e' stato oggetto di discussione tra le parti»*[190].

Finalmente, un aspecto merece resaltarse a pesar de la similitud general entre las casaciones francesa e italiana: una distinción relevante es la admisión en el caso italiano del recurso de casación frente a la gran mayoría de resoluciones judiciales, que es en la práctica un derecho constitucional al recurso de casación[191].

3.3.2 Casación española. Desde su origen la casación en España[192] se apartó de la francesa e italiana, constituyendo, en expresión de Vázquez Sotelo[193], una casación *autóctona o nacional*, al menos, por estos aspectos relevantes:

---

[190] Decreto-Legge 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, lit. b).

[191] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 247-250; Carpi, Federico. «Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado». En: Oteiza, Eduardo (coord.). *Reforma procesal civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. pp. 629-648. La cita es de la p. 643. También resalta el punto, Nieva Fenoll, *El recurso de casación civil*. ob. cit., p. 43; Oteiza, Eduardo. «La función de las Cortes Supremas en América Latina. Historia, paradigmas, modelos, contradicciones y perspectivas». En: *Reforma procesal civil*. ob. cit., pp. 669-721.

[192] Fairén Guillén, Víctor. «Las ideas de Piero Calamandrei y la recepción del recurso de casación en España». En: *Anales de la Universidad de Valencia*, curso 1956-1957, vol. XXX, cuaderno III. pp. 6-33. Del mismo autor, «Sobre la recepción en España del recurso de casación francés». En: *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1957, fasc. 3. pp. 661-692.

Estudios desde fuera de España, Morello, Augusto M. *Estudio de la casación civil española*. La Plata: Platense, 2001; Delgado Castro, Jordi. «La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina». En: *Revista de Derecho (Valparaíso)*. 2009. núm. XXXIII, pp. 345-367. Valparaíso, Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200009

[193] Vázquez Sotelo, *La casación civil. (Revisión crítica)*. ob. cit., pp. 47-48; «*"Requiem"* por la mejor casación civil del mundo (y por otras creaciones procesales hispanas)». ob. cit., pp. 224-230.

i) Carácter judicial del tribunal de casación. En España, el TS, órgano creado por la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 259) para el conocimiento del que se consolidaría como recurso de casación, desde su nacimiento fue de naturaleza judicial, a diferencia de Francia, donde inicialmente el Tribunal de Cassation fue un órgano de orden político, como consecuencia del contexto histórico y de las ideas de la Revolución francesa, como se explicará (cap. IV, núms. 2.1 y 2.2). Como España no vivió las mismas condiciones sociales y políticas antecedentes a la Revolución francesa, el establecimiento de la casación tuvo otro contexto y destino. De este carácter judicial se desarrollaron los siguientes elementos.

ii) Funciones del tribunal de casación. Siendo el TS un órgano judicial y la casación un recurso procesal, no existió duda en España para asignar al tribunal, además de la función de casación, también la función de instancia, esto es, la atribución para proferir la sentencia de reemplazo de la providencia casada o anulada, como se expondrá (cap. IV, núm. 1.2), es decir, no se adoptó la figura del reenvío o "devolución de autos"[194], propia del tipo originario francés, pues como se reseñó, no siendo un órgano judicial, no podría juzgar[195], solo casar o anular.

iii) Finalidad del recurso de casación. La casación se estableció para la defensa del interés público, en esto siguiendo a la francesa, representado en la función de nomofilaquia y de uniformidad de la jurisprudencia, pero con una importante innovación, consistente en la incorporación de la defensa del interés privado[196]. Se entiende por este la posibilidad del recurrente de obtener del tribunal de casación, luego de la anulación de la resolución impugnada, la decisión sobre la relación sustancial, pues se concibió la casación como un verdadero medio de

[194] Con una excepción temporal entre 1838-1852. Vázquez Sotelo, *La casación civil. (Revisión crítica)*. ob. cit., pp. 29, 31.

[195] Calamandrei, *La casación civil. t. II*. ob. cit., pp. 53-55.

[196] En Colombia, Morales Molina consideró el interés público como principal y el privado como secundario en España. Morales Molina, Hernando. *Técnica de casación civil*. 2.ª ed. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1983. p. 21. En similar sentido, Murcia Ballén, citando a De la Plaza, resaltó el interés público de la casación española, calificando el interés privado o particular como secundario. Murcia Ballén, Humberto. *Recurso de casación civil*. 5.ª ed. Bogotá: Ibáñez, 1999. p. 135.

impugnación, a pesar de que cierto sector de la doctrina española resaltó como prevalente la finalidad pública[197].

iv) Motivos de casación. En España, coherente con el carácter judicial del órgano y la finalidad del recurso, a partir de una «filosofía judicial y utilitaria»[198], así como de un carácter práctico del recurso, se consagró el control del hecho como motivo de casación, aunque no en la LEC/1855 (art. 1013), un aspecto inadmisible en la casación francesa, al menos en teoría, pues se comprendió que la violación de la ley por los jueces de instancia también podría cometerse por vía del hecho. En efecto, la LEC/1881 (art. 1692.7.°[199]), estableció como motivo de casación el error frente al hecho y la prueba.

---

[197] Vicente y Caravantes, José de. *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios. t. IV*. Madrid: Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores, 1858. p. 81. Disponible en: https://books.google.com.co/books?id=IAGqHYT0w_QC&pg=PA163&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false; Manresa y Navarro, José María. «Observaciones sobre el recurso de casación en España». En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Abril, 1860. pp. 1-41. La referencia es a la p. 8. Disponible en: https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5321601866&view=1up&seq=1 Del mismo autor, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada. t. VI*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1895. p. 188. Disponible en: https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/18095 Del mismo autor, en la segunda edición, de 1905. p. 195. Disponible en: https://bib-antonioreverte.um.es/Ficheros/Manresa/LEC/T6/Manresa_Lec_6.pdf

A diferencia de Vicente y Caravantes y de Manresa y Navarro, otro autor español del siglo XIX, Ortiz de Zúñiga, sí consideró la defensa del interés individual como objeto del recurso de casación a partir de la LEC/1855. Ortiz de Zúñiga, Manuel. *Práctica general forense. Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los tribunales y juzgados y los procedimientos judiciales. t. II*. Madrid: Imprenta de José Rodríguez, 1856. p. 545. Disponible en: https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5320475326&view=1up&seq=8

[198] Vázquez Sotelo, «*"Requiem"* por la mejor casación civil del mundo (y por otras creaciones procesales hispanas)». ob. cit., p. 226.

[199] «Habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal:

[…]

7.º Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgado».

En gran parte la casación española ha influenciado a los países latinoamericanos, como Colombia[200] (cap. IV, núm. 1.3). En Venezuela, Cuenca[201] se refería a la casación mestiza o impura como el modelo adoptado a partir de la combinación de elementos del «… purismo de la casación francesa y la casación de instancia española con ingredientes vernáculos», expresión que, en estricto sentido, no es ajustada a la realidad jurídica de la casación española, pues realmente no es una tercera instancia.

3.3.3 Diversidad de tipos de casación. De la breve reseña de estos modelos de tribunales supremos en Occidente y, en particular, de tipos o subconjuntos de la casación, es posible afirmar que no ha existido un único modelo de casación, sino varios con algunas distinciones relevantes que, no por una particularidad, conlleve a la exclusión del modelo.

Así, la consecuencia será que la apreciación que se realice de algunos aspectos, como las funciones asignadas al tribunal (casación e instancia, como en la española), dependerá de la visión de quien examina dicho modelo; p. ej., desde la perspectiva de la casación francesa e italiana, siguiendo la teoría clásica y pura de Calamandrei[202], o más reciente la visión de Taruffo[203], que el tribunal de casación tenga atribuido el poder de decidir posterior a la anulación de la sentencia, esto es, sin reenvío, constituye un signo indiscutible de tercera instancia.

Por el contrario, en la doctrina española esta circunstancia encuentra unas justificaciones histórica y jurídica que conducen a una conclusión diferente, como

[200] La casación fue adoptada en Colombia por la Constitución de 1886 y desarrollada por la Ley 61/1886, como se describe (cap. II, núm. 1.2, de la tesis).

[201] Cuenca, Humberto. *Curso de casación civil*. 2.ª ed. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1974. pp. 5-6, 25, 41-42.

[202] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 273-286, 390-399, 437-443; *Casación civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1959. pp. 183-212.

[203] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 185-189.

sostienen Gómez Orbaneja[204], Vázquez Sotelo[205] y Nieva Fenoll[206]. Luego, no es viable apreciar objetivamente desde un solo punto de vista estos tipos de casación (originario francés y derivado español); lo que sí sería aconsejable hacer es, ante un elemento concreto, presentar el tratamiento que recibe en los distintos tipos y examinarlo frente al contexto social al que pertenece el ordenamiento jurídico que lo ha adoptado[207].

REFLEXIONES DEL CAPÍTULO

i) Tutela jurisdiccional efectiva. Este principio, que contiene un conjunto de garantías que irradian el proceso, presenta una limitación en la casación, en la medida en que el recurso no tiene como finalidad única el interés particular del recurrente, sino que se ha aceptado, como se examina (cap. II, núm. 2), que el Estado persigue unos objetivos que interesan más allá de la tutela del interés de las partes, como la defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia.

A pesar de la relevancia constitucional y convencional del principio por su contenido protector del justiciable, la limitación se impone como consecuencia de la finalidad y naturaleza jurídica de la casación. Por tanto, el acceso a la justicia como

---

[204] Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente. *Derecho procesal civil. Volumen primero. Parte general. El proceso declarativo ordinario*. 8.ª ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1976. pp. 481-482.

[205] Vázquez Sotelo, *La casación civil. (Revisión crítica)*. ob. cit., pp. 26-34.

[206] Nieva Fenoll, *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. ob. cit., pp. 57-59; *El hecho y el derecho en la casación penal*. ob. cit., p. 78; *El recurso de casación civil*. ob. cit., pp. 71-72.

[207] Un ejemplo de esta postura parcial inconveniente se observa en Guzmán Fluja, quien afirma: «… nuestra casación se ha caracterizado desde muy pronto por haber suprimido el reenvío en los casos de casación sobre el fondo del asunto y a nadie se le ha ocurrido que, por ello, nuestro supremo órgano sea un tribunal de tercera instancia ni la casación la tercera instancia sobre el asunto concreto». Guzmán Fluja, Vicente C. *El recurso de casación civil. (Control de hecho y de derecho)*. Valencia: Tirant, 1996. p. 21.

En estricto sentido, la afirmación del autor «… a nadie se le ha ocurrido que…,» puede ser aceptada en la casación española, pero no desde la perspectiva de la casación italiana.

garantía de la tutela jurisdiccional efectiva se condiciona a unas limitaciones que el legislador establece coherente con la finalidad (cap. II) y naturaleza jurídica de la casación (cap. III).

ii) Derecho al recurso. Un aspecto que se ha resaltado es que la casación no hace parte del núcleo esencial del derecho al recurso, garantía que emana del debido proceso, lo que tiene dos consecuencias relevantes para la investigación: *a)* no todas las decisiones judiciales son recurribles en casación (limitación de providencia), y en las que se permite, no todas las inconformidades son admitidas (limitación de motivo) y; *b)* la presentación del recurso, en los casos autorizados, no implica la garantía de la resolución, esto es, no necesariamente la interposición del recurso conlleva a la obligación del Estado, a través del tribunal de casación, a decidirlo, debido a que con el propósito de alcanzar la finalidad institucional y el funcionamiento adecuado del tribunal, se faculta a este, en general a partir de ciertos criterios de trascendencia, para la selección de los asuntos que procuren satisfacer el fin.

iii) Modelos de tribunales supremos en Occidente. La casación, si bien se diferencia de los otros modelos de tribunales, no es un modelo único, sino que presenta, al menos, dos variaciones importantes, que se han resaltado para efectos de la investigación. A pesar de que el modelo francés es el originario, la recepción de la casación colombiana se hizo a partir del tipo derivado español, en el cual el tribunal tiene la función de instancia, esto es, a diferencia del tipo francés, una vez la sentencia es casada o anulada, el mismo tribunal procede a emitir la resolución de reemplazo.

Como se ha notado, en la casación francesa, como en la italiana, el tribunal solo casa la sentencia, no juzga la controversia; la sentencia de instancia será proferida por un juez de reenvío, que puede ser el mismo que dictó la sentencia anulada o uno de igual grado. Este aspecto es relevante para evaluar la existencia de la crisis de identidad que Taruffo plantea en el caso de la casación italiana, pues siendo dos tipos de casación que se distinguen, en particular, por este elemento, no sería preciso juzgarlos partiendo de una perspectiva distinta para ambos.

PARTE II
CASACIÓN

DIVISIÓN

A partir de la reseña realizada en la parte I de la relación del principio de tutela jurisdiccional efectiva con el derecho al recurso y la ubicación del tribunal de casación como uno de los modelos de tribunales supremos, al menos, en Occidente, pues el objeto de investigación no incluye –por no pertenecer a nuestra familia jurídica[208]– el estudio de los sistemas asiático y africano, es conveniente para el buen desarrollo de la investigación, examinar los fundamentos dogmáticos más relevantes de la casación como institución (tribunal y recurso).

En este sentido, se recurre en esta parte II a la teoría general de la casación para delimitar dichas bases teóricas que permitan abordar, en la parte III, las crisis del tribunal colombiano (cap. V) y las propuestas para afrontar las crisis identificadas (cap. VI), pues solo partiendo del cabal entendimiento de la finalidad[209] y naturaleza jurídica de la casación, es posible advertir los retos y respuestas.

En el desarrollo de la parte II se concreta el origen y recepción en Colombia, y finalidad (cap. II), naturaleza jurídica (cap. III) y las funciones del tribunal de casación, los fundamentos de la institución, relaciones entre la finalidad de la casación y las funciones asignadas al tribunal, y su funcionamiento, así como el fundamento de la limitación del poder de decisión (cap. IV).

---

[208] David, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. 11.ª ed., 2.ª reimpresión. Edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero. México: Universidad Nacional Autónoma de México y otros, 2017. pp. 12-20. Disponible en: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2792-los-grandes-sistemas-juridicos-contemporaneos-1a-reimp-de-la-11a-ed

[209] Hitters, Juan Carlos. *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. 2.ª ed. La Plata: Platense, 1998. pp. 180-181: «No cabe duda que el tema de la finalidad de la casación es sin eufemismos -como dijimos- el *prius* de todo estudio serio que sobre ella se haga, ya que sólo teniendo bien en claro su télesis, estaremos en condiciones de fijar sus motivos, los límites de su amplitud funcional, y su ritual; es decir, los limbos en los cuales debe moverse este mecanismo recursivo».

CAPÍTULO II

ORIGEN Y FINALIDAD DE LA CASACIÓN

INTRODUCCIÓN

La casación[210] es una institución que, siguiendo la perspectiva de Calamandrei[211], expuesta en su clásica obra *La Cassazione civile* de 1920[212], que cumple un centenario, está conformada por dos institutos: el tribunal o corte de casación y el recurso de casación, órgano y medio se conjugan en la institución[213]; y puede intentar definirse a partir de estos elementos esenciales: *i)* el tribunal, *a)*

---

[210] Para el significado de la palabra casación en español, Vázquez Sotelo, José Luis. *La casación civil. (Revisión crítica)*. Barcelona: Ediser, 1979. pp. 48-52.

[211] Calamandrei, Piero. *La casación civil. t. I. Historia y legislaciones*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2007. p. 26; *Casación civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1959. pp. 9-10.

[212] Cruz e Tucci, siguiendo a Cipriani, sostiene que el primer volumen de *La Cassazione civile*, Storia e legislazioni, debió publicarse en 1919, porque este año aparece en la dedicatoria del ejemplar entregado a Chiovenda. Cruz e Tucci, José Rogério. *Piero Calamandrei: Vida y obra. Contribución para el estudio del proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2019. pp. 83-84.

[213] Guasp critica esta idea clásica de Calamandrei sobre la combinación del instituto de orden judicial-político (tribunal) y del instituto de orden procesal (recurso), así: «La calificación de la casación como un verdadero recurso aclara su significado fundamental y encuadra al instituto, plenamente, en el ámbito del derecho procesal, pues cualesquiera que fuesen las preocupaciones, políticas y no jurisdiccionales, a que la casación obedeció en un principio, hoy día representa una obra judicial estricta, de innegable índole procesal, como la de cualquier otro recurso». Guasp, Jaime. *Derecho procesal civil. Tomo segundo. Parte especial*. 3.ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968. p. 803.

También De la Rúa, en parte siguiendo a su maestro Satta, cuestiona esta idea clásica, al considerar que «Corte de casación y recurso de casación, no son pues elementos inescindibles, caras de una misma moneda». Rúa, Fernando de la. *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*. Buenos Aires: Zavalía, 1968. pp. 21-26. La cita es de la p. 22. En su otra obra sobre la materia, frente a este aspecto sostuvo: «La imagen, entonces, debe ser invertida. La casación es un recurso, regulado por la ley procesal, juzgado por un órgano jurisdiccional. Éste es el aspecto principal». *La casación penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Depalma, 1994. pp. 19-20. La cita es de la p. 20.

En similar sentido, Fábrega Ponce, Jorge. «Finalidad de la casación en los ordenamientos latinoamericanos». En: *Estudios de derecho*. Marzo y septiembre, 1984. vol. 43, núms. 105 y 106, pp. 386-394. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia. Disponible en: https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/332611/0

ocupa exclusivamente el lugar en la cúspide de la pirámide o estructura de la jerarquía judicial, en concreto de la jurisdicción ordinaria y; *b)* tiene asignada una finalidad específica diferente a la de los demás órganos jurisdiccionales y; *ii)* el recurso[214], *a)* procede contra determinadas providencias, *b)* por motivos o causales específicas y, *c)* es decidido de modo exclusivo por el tribunal de casación.

Aunque los anteriores elementos suelen identificarse como esenciales, lo cierto es que, siguiendo el criterio de Guasp[215], probablemente el verdadero aspecto *inmanente* a la casación sean los motivos por los cuales se admite, puesto que el tribunal tenga la atribución de decidirlo no es exclusiva de este recurso, sino que como advierte Guasp, su competencia también incluye otro «recurso» extraordinario, que es el de revisión[216]. En Colombia se adicionaría el de revisión o

---

[214] Calamandrei defendió la idea de la casación como una acción de impugnación, para diferenciarla de un medio de gravamen o recurso procesal. Calamandrei, Piero. *La casación civil. t. III. Bosquejo general del instituto*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2007. pp. 392-394. Por el contrario, la doctrina, así como la regulación legal posterior de la casación, ha considerado que en esencia se trata de un recurso. Al respecto, Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil. vol. II*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1997. pp. 248-249; Satta, Salvatore. *Manual de derecho procesal civil. vol. I. Las disposiciones generales. El proceso de cognición*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1971. p. 458; De la Rúa, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*. ob. cit., pp. 50-57; Véscovi, Enrique. *El recurso de casación*. 2.ª ed. Montevideo: Idea, 1996. pp. 30-32.

[215] Guasp, *Derecho procesal civil*. ob. cit., pp. 804-806. Se cuestiona Guasp: «¿Cómo procede, pues, diferenciarles, para saber qué es lo que singulariza a la casación dentro del género de los recursos supremos? La respuesta no es fácil de establecer, por la incomprensión del legislador de la verdadera esencia de estas impugnaciones. Pero en realidad la idea discriminadora puede obtenerse sobre la base de concebir a la casación como la impugnación de una resolución judicial *por motivos inmanentes al proceso* en que la resolución se dicta, dejando para la revisión aquella impugnación, también suprema, que se funda en motivos trascendentes, o sea situados fuera del proceso en que la resolución se ha dictado. Si una sentencia es casada porque el Juez al fallar violó el derecho aplicable a las pretensiones de las partes, el motivo de la rescisión se encuentra en un elemento situado dentro del proceso en que el error judicial se produce. En cambio, si una sentencia es revisada porque, con posterioridad a su pronunciamiento, el documento que en ella actuó fue declarado falso, el motivo de la rescisión está en una circunstancia, la falsedad del documento, que no aparecía dentro del proceso correspondiente, sino fuera de él, de un modo trascendente, que diferencia a esta hipótesis de la anterior. Por lo tanto, es propio de la casación esa limitación a las circunstancias inmanentes al proceso a que se refiere, mientras que es propio de la revisión el fundarse en circunstancias trascendentes en relación a ese mismo proceso» (cursiva del texto). p. 805.

[216] A pesar de que Guasp utiliza la palabra «recurso» para referirse a la revisión, en el derecho procesal español se califican como recursos los medios de impugnación contra providencias que no

anulación de laudos arbitrales, y también en estricto sentido, debe reconocerse que tanto el de revisión (CGP, art. 30, núm. 2.°), como de revisión de laudos arbitrales en materia civil (art. 30, núm. 7.°), puede ser de competencia del tribunal superior (art. 31, núms. 4.° y 5.°). Este último, llamado de anulación en materia laboral, puede ser también de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en asuntos administrativos (Ley 1563/12, art. 46, inc. 3.°), o del tribunal superior en asuntos laborales [CPTSS, art. 15, lit. B), núm. 2.°]. Aun así, la normativa colombiana califica estos recursos de revisión como extraordinarios, así la competencia no sea siempre de la CSJ.

En los anteriores elementos, en su mayoría, de la definición de casación, descritos en abstracto –pues dependiendo de la regulación en cada Estado puede variar, así como críticas de la doctrina, como se resalta adelante–, coincide la

estén ejecutoriadas o firmes, previendo un mecanismo procesal distinto de los recursos contra las resoluciones ejecutoriadas o firmes.

En 1968, año de publicación de la 3.ª edición del *Derecho procesal civil* de Guasp, la LEC/1881 denominaba «recurso» a la revisión (arts. 1796-1810), en oposición a la definición legal de sentencias firmes («cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes»), como explicaba Gómez Orbaneja: «Pero la LEC., en contradicción con su propia definición del artículo 369 citado, llama también recursos a ciertos medios de impugnación de la sentencia firme, como la revisión…». Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente. *Derecho procesal civil. Volumen primero. Parte general. El proceso declarativo ordinario*. 8.ª ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1976. pp. 460-461, 500-503.

Por el contrario, la LEC/2000 adecúa la terminología y regula la revisión como un mecanismo procesal diferente del medio de impugnación (arts. 509-516).

doctrina de la ciencia procesal[217], en general y, la doctrina especial de la casación[218], en particular.

1. ORIGEN Y RECEPCIÓN EN COLOMBIA

Conforme a la investigación histórica de Calamandrei[219], la casación es una institución de origen francés[220], concretamente una obra de la Revolución francesa,

---

[217] Chiovenda, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil. t. II*. Traducción española de la 3.ª ed. italiana. Prólogo y notas del profesor José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1925. pp. 532-585. En la p. 535 se lee: «El *recurso de casación* es el medio de provocar el juicio de la Corte Suprema sobre la sentencia denunciada, en los límites fijados por el recurso mismo» (cursiva del texto). En similar sentido, *Instituciones de derecho procesal civil. vol. III. Las relaciones procesales (Continuación). La relación procesal ordinaria de conocimiento*. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. pp. 460-524. La misma cita se lee en la p. 465; Carnelutti, *Instituciones del proceso civil. vol. II*. ob. cit., pp. 247-290; Redenti, Enrico. *Derecho procesal civil. t. II. El sistema de las impugnaciones de las sentencias. Procedimientos especiales de cognición y cautelares. Procedimientos de ejecución*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Prólogo por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1957. pp. 125-173; Liebman, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1980. pp. 495-537.

En Colombia, Devis Echandía, Hernando. *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. t. IV. De los actos procesales (parte segunda)*. Bogotá: Temis, 1964. pp. 60-195; «Presente y futuro de la casación civil». Ponencia general presentada a las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Valencia, Venezuela, 1978. En: *Estudios de derecho procesal. t. I*. Bogotá: ABC, 1979. pp. 9-105; Azula Camacho, Jaime. *Manual de derecho procesal. t. II. Parte general*. 9.ª ed. Bogotá: Temis, 2015. pp. 314-349.

[218] Plaza, Manuel de la. *La casación civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944. pp. 9-41. En Colombia, Morales Molina, Hernando. *Técnica de casación civil*. Bogotá: Lerner, 1963. pp. 37-53; *Técnica de casación civil*. 2.ª ed. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1983. pp. 27-43; Murcia Ballén, Humberto. *Recurso de casación civil*. 2.ª ed. Bogotá: Temis, 1978. pp. 19-38; *Recurso de casación civil*. 5.ª ed. Bogotá: Ibáñez, 1999. pp. 51-97.

[219] Calamandrei, Piero. *La casación civil. t. II. Historia y legislaciones (Continuación)*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2007. Puede leerse la «Síntesis histórica sobre el origen y desarrollo de la casación», pp. 367-377. En la p. 376 se lee el aporte en la investigación histórica de su obra: «Como conclusión particular de esta exposición resumida y como conclusión general de todo el estudio histórico llevado a cabo hasta aquí, podemos considerar que la Casación, en sus elementos esenciales, es instituto de origen genuinamente francés, y que todas las tentativas de descubrir huellas de su origen fuera de Francia no encuentran ningún fundamento en la realidad histórica».

[220] Mientras se revisaba este informe final de investigación, se publicó un reciente estudio que hace una crítica a la investigación histórica que hizo Calamandrei, en que se concluye que el origen

a partir de la expedición del Decreto de 27 de noviembre-1.° de diciembre de 1790 de la Asamblea Constituyente[221], que creó el Tribunal de Cassation como un órgano guardián de la ley, encargado de anular las sentencias que incurrieran en *«une contravention expresse au texte de la loi»*[222]. Por esta razón fue ubicado dentro del poder legislativo y fuera del poder judicial, es decir, en su forma originaria no fue concebido como un órgano judicial[223].

1.1 Origen de la casación

Para llegar a la conclusión sobre el origen francés, Calamandrei insistió en la necesidad, para comprender adecuadamente el nacimiento de la casación, de partir

---

de la casación debe atribuirse al derecho inglés, no al francés. Nieva Fenoll, Jordi. «El origen inglés de la casación francesa». En: *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*. vol. 1/2020. pp. 1-18. Disponible en: http://www.rivitsproc.eu/wp-content/uploads/2020/02/nieva-el_origen_ingl%C3%A9s_de_la_casacion_francesa.pdf

[221] Mattirolo, Luigi. *Tratado de derecho judicial civil. t. IV. El fallo del Juez. Sentencias. Medios para impugnarlas. La acción civil contra las autoridades judiciales y los funcionarios del Ministerio público*. Traducción de la quinta edición italiana completamente revisada y aumentada por el autor. Traducción de Ricardo Garrido Juan. Madrid: Reus, 1936. p. 871; Rengel-Romberg, Arístides. *Tratado de derecho procesal civil venezolano. vol. v. Casación civil e invalidación*. 5.ª ed. Caracas: Organización Gráficas Capriles, 2007. pp. 43-50.

[222] Liebman, *Manual de derecho procesal civil*. ob. cit., pp. 495-497.

[223] Sobre la justificación de esta idea, Satta explica: «… pero no hay duda de que la Asamblea legislativa quiso crear algo absolutamente nuevo, en coherencia con las premisas ideales de que partía, y que habían sido puestas por la gran filosofía del siglo, sobre todo por Rousseau y por Montesquieu. De esta filosofía los legisladores revolucionarios habían derivado sobre todo la idea de la ley, la habían personificado, haciéndola omnipotente y autosuficiente, esto es, capaz de informar la realidad misma sin intermediación de nadie. La utopía de la ley –auténtica utopía– es la de dar vida al instituto de la Casación.
Es cierto que, como resulta de los documentos de las discusiones, operaba en los legisladores revolucionarios el recuerdo de las antiguas luchas entre el soberano y los parlamentos, la preocupación de la rebelión del poder judicial al legislativo; pero el factor político era poco actual y, por consiguiente, poco determinante.
Comoquiera que sea, el problema de la Casación a instituir se presentó inmediatamente como una alternativa entre órgano legislativo y órgano jurisdiccional, y los hombres de la Revolución no vacilaron en resolverlo en el primer sentido. Se siente en los discursos que nos han sido transmitidos una especie de horror del juicio, el concurrente temor de crear un nuevo juez, hasta el punto de querer evitar que los miembros de esta futura Casación tomasen en el nombre mismo de jueces (*"ceux qui vous aurez nommés juges vaudront jugar"!*). De lo que se tenía necesidad era de la custodia de la ley, y por consiguiente "el custodio debía vigilar al poder judicial", "anular las sentencias, no juzgar"». Satta, *Manual de derecho procesal civil. vol. I*. ob. cit., pp. 454-455.

del «canon fundamental» de considerarla una institución formada por dos institutos: el tribunal de casación, de naturaleza constitucional y judicial y; el recurso de casación, de naturaleza procesal. La importancia de la identificación de los elementos esenciales de la casación se manifiesta en la determinación de su origen, pues a partir de la precisión de dichos elementos es posible rastrear en el tiempo su nacimiento. Luego de la investigación histórica, descompuso, para usar su expresión, los conceptos de tribunal de casación[224] y recurso de casación[225], señalando los elementos constitutivos de cada uno, de los cuales, siguiendo su énfasis en su identificación, es conveniente resaltar los tres, que sostiene, son esos elementos constitutivos originales:

Respecto al cuarto elemento del concepto de tribunal, es decir, «la finalidad de controlar que sea mantenida en todo el Estado la uniformidad de la interpretación jurisprudencial» concluyó: «La historia del derecho no nos ofrece ningún ejemplo anterior a la Revolución Francesa de un órgano creado especialmente para unificar la interpretación jurisprudencial de las leyes»[226].

Sobre el sexto elemento, también del concepto de tribunal de casación, esto es, el control «sobre las sentencias que contengan un error de derecho en la decisión de mérito» determinó: «No hemos encontrado en el análisis histórico y comparado que acabamos de realizar, ningún ejemplo anterior a la Corte de

---

[224] Calamandrei, *La casación civil. t. II*. ob. cit., p. 369. Sostuvo: «De las dos definiciones resulta que el concepto de Corte de casación se puede descomponer en los siguientes elementos:
1° órgano judicial supremo, único en el Estado;
2° funcionando con una finalidad diversa de la jurisdiccional, esto es:
3° a) con la finalidad de controlar que los jueces decidan las controversias según la ley;
4° b) con la finalidad de controlar que sea mantenida en todo el Estado la uniformidad de la interpretación jurisprudencial;
5° con poder negativo de anulación;
6° sobre las sentencias que contengan un error de derecho en la decisión de mérito».

[225] *ibid.*, p. 369. «El concepto de recurso de casación, a su vez, resulta de los siguientes conceptos elementales:
1° acción de impugnación;
2° presentada ante un juez superior;
3° para obtener la anulación de una sentencia;
4° que contenga un error de derecho en la decisión de mérito».

[226] *ibid.*, p. 371.

casación de tribunales a los cuales se pudiera recurrir solamente contra las sentencias viciadas por un *error in iudicando* en la resolución de la cuestión de derecho»[227] (cursiva del texto).

Frente al último de los elementos constitutivos originales, que es el cuarto del concepto de recurso de casación, es decir, que la sentencia recurrida «contenga un error de derecho en la decisión de mérito», concluyó: «Pero lo que constituye la absoluta originalidad en el derecho actual es esto: que el mismo […] es un medio de impugnación que sirve para hacer valer entre los *errores in iudicando* todos y solamente aquellos que consisten en un error de derecho […]; este carácter no se encuentra en ningún otro medio de impugnación diverso del recurso de casación…»[228] (cursiva del texto).

En Iberoamérica, en general, la doctrina especial de la casación[229] adhiere a la investigación histórica de Calamandrei. En Colombia, antes de mencionar las obras clásicas que siguieron este estudio histórico, es necesario resaltar la tesis de grado de Goenaga[230], de 1912, en la que el egresado de la Universidad Nacional hizo un importante aporte de un análisis sobre la materia[231], a pesar de ser la casación una institución relativamente reciente en Colombia para la época y existir,

---

[227] *ibid.*, p. 372.

[228] *ibid.*, p. 374.

[229] Entre otros, en España, De la Plaza, *La casación civil*. ob. cit., pp. 43-77. La autoridad de Calamandrei se observa en la remisión que hace el autor a la obra del profesor italiano, así: «… fácil le será acudir a una fuente de información exhaustiva y difícilmente superable: la que brinda el primero de los volúmenes de la *Cassazione civile* de CALAMANDREI, decisiva aportación a la historia de la casación civil…,» (cursiva y mayúscula del texto). p. 44; en Argentina, Colombo, Carlos J. *La Corte Nacional de Casación. t. I*. Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo, 1943. pp. 101-126; en Venezuela, Cuenca, Humberto. *Curso de casación civil*. 2.ª ed. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1974. pp. 45-50. En otro ejemplo de reconocimiento del valor de este estudio histórico, en la p. 45 se lee: «Después de la exhaustiva investigación histórica realizada por Calamandrei, quedaron desalentados todos los intentos de vincular el origen de la casación al derecho romano»; en Panamá, Linares Gutiérrez, Julio Ernesto. *La casación civil en la legislación panameña*. San José, Costa Rica: Antonio Lehmann, 1968. pp. 13-20; en Uruguay, Véscovi, Enrique. «Antecedentes históricos de la casación». En: *Temas de casación y recursos extraordinarios. En honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata: Platense, 1982. pp. 3-26; El recurso de casación. ob. cit., pp. 9-26.

[230] Goenaga, Alberto. *Recurso de casación*. Tesis de grado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: Fénix, 1912.

[231] El presidente de tesis, Antonio José Cadavid, en el Informe presentado resaltó positivamente el mérito del trabajo académico.

por la misma razón, pocos libros de consulta. En la misma línea de un trabajo de grado, puede citarse el de Pérez Vives[232], de 1938, egresado también de la Universidad Nacional, que luego sería la base de una obra clásica en Colombia y; por último, el de Cabrera Dussán[233], de 1941, egresado de la Universidad del Rosario. Estas tres tesis, a pesar de ser la primera anterior a la obra de Calamandrei y la última, al menos, anterior a la traducción al español (1945) de la misma obra y cuya edición italiana no fue tenida en cuenta como se observa del contenido de la tesis y su bibliografía, concluyeron en el origen francés de la casación.

Entre las obras más representativas, al menos en materia civil, es posible reseñar las de Pérez Vives[234], Morales Molina[235] y Murcia Ballén[236], quienes siguen la conclusión de Calamandrei sobre el origen francés de la casación. En cuanto a la recepción de la casación en Colombia y sus primeros años de funcionamiento, es importante el estudio de 1900, de Antonio José Uribe[237], Relator de la CSJ.

---

[232] Pérez Vives, Álvaro. *Recurso de casación en materia civil*. Bogotá: Talleres Mundo al Día, 1938. Fue presidente de tesis, Eduardo Zuleta Ángel, y examinadores, Luis Alzate Noreña, Víctor Cock y Gerardo Molina.

[233] Cabrera Dussán, Flavio. *Principios de casación en asuntos civiles*. Bogotá: Kelly, 1941. En el concepto presentado por Antonio Rocha Alvira, quien fue de los grandes juristas del país en el siglo XX, se elogió la investigación.

[234] *Recurso de casación en materias civil, penal y del trabajo*. 3.ª ed. Bogotá: Temis, 1966. pp. 1-30. La segunda edición de esta obra, de 1946, no tuvo en cuenta la obra de Calamandrei, a pesar de la traducción al español de 1945, pero siguió la reseña histórica expuesta en la primera edición de 1938. *Recurso de casación en materias civil, penal y del trabajo*. 2.ª ed., aumentada y corregida. Bogotá: Librería Americana Ediciones Lex, 1946. pp. 9-23.

[235] Morales Molina, *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1963. pp. 23-35; *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1983. pp. 14-26.

[236] Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1978. pp. 9-17; *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. pp. 99-129.

[237] Uribe, Antonio José. *Jurisprudencia colombiana extractada y concordada por el Relator de la Corte Suprema y precedida de un estudio sobre el recurso de casación*. Bogotá: Imprenta Nacional, 1900. Introducción, pp. XXV-XXXII. Disponible en: http://bdigital.unal.edu.co/5639/

1.2 Recepción en Colombia

La casación en Colombia tuvo origen a partir de la Constitución de 1886[238], que creó la Corte Suprema como tribunal de casación (tít. XV: De la administración de justicia, arts. 146-152). La Constitución dispuso la creación de la Corte Suprema y el número de magistrados (art. 146), el mandato vitalicio de estos (art. 147), los requisitos para ser magistrado (art. 150) y las atribuciones de la Corte, siendo la primera, «Conocer de los recursos de casación, conforme a las leyes» (art. 151, núm. 1.°). La designación de los magistrados se hacía por nombramiento del presidente de la República (art. 119, núm. 1.°).

El artículo A, inc. 4.°, de las disposiciones transitorias, estableció que «Los nuevos Magistrados de la Corte Suprema nacional tomarán posesión de sus empleos el día 1° de septiembre del año en curso», es decir, el 1.° de septiembre de 1886 inició su labor nuestro tribunal de casación. En efecto, como consta en la Gaceta Judicial[239], año I, núm. 1 de 12 de febrero de 1887, de la Corte, se dejó constancia de la instalación de la Corte Suprema Nacional[240].

En la Gaceta Judicial se hizo constar la elección de Rito Antonio Martínez, presidente de la Corte; de José María Samper, vicepresidente; y de Ramón Guerra Azuola, secretario.

La Ley 61/1886[241], reguló, entre otros aspectos, la organización y atribuciones del poder judicial, basada en el tipo derivado de la casación española (cap. IV, núm. 1.3), y en especial sobre la CSJ se estableció:

---

[238] Constitución Política de 1886 (5, agosto, 1886).

[239] Órgano oficial de la Corte Suprema de Justicia, creado por Decreto 62 de 21 de enero de 1887.

[240] «En la ciudad de Bogotá, capital de la República de Colombia, á los tres días del mes de Septiembre de mil ochocientos ochenta y seis, se reunieron en acuerdo los señores Magistrados doctores Rito Antonio Martínez, José María Samper y Antonio Morales, nombrados principales, y los suplentes primero, tercero, cuarto y séptimo, señores doctores Froilán Largacha, Manuel José Angarita, Luis S. de Silvestre y Salomón Forero, por ausencia de los principales, y declararon instalada la Corte Suprema, en cumplimiento de lo preceptuado en el inciso 4.° del artículo A de las disposiciones transitorias de la Constitución de la República». pp. 2-3.

[241] Ley 61 (25, noviembre, 1886). Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales. Diario Oficial. Bogotá, 1886. núms.

i) La composición de la Corte Suprema, por siete magistrados, «nombrados conforme a la Constitución» (art. 3.°) y siete suplentes (art. 9.°).

ii) Las atribuciones de la Corte (art. 21), en tres grupos de funciones: *a)* en una sola instancia, *b)* en última instancia y, *c)* en sala de acuerdo o de siete magistrados. Entre las funciones más relevantes para esta investigación, se incluyó la de decidir los recursos de casación y revisión.

iii) El recurso de casación se reguló en el cap. 3.°, sec. 2.ª, así:

a) Las providencias objeto del recurso civil (art. 36) y penal (art. 37).

b) La cuantía del negocio, igual o superior a $ 5000 (art. 36, inc. 2.°).

c) Las causales de casación (art. 38).

d) El valor de la jurisprudencia de la Corte (art. 39), adoptando la doctrina legal.

e) El trámite del recurso: *a.* presentación (art. 41), *b.* depósito (art. 44), *c.* concesión (art. 45), *d.* fijación en lista (art. 46), *e.* traslado a las partes (art. 47), *f.* preparación del proyecto (art. 49) y, *g.* sentencia (art. 51).

De la regulación del recurso de casación, se resalta que no se exigió un rigor formal o técnica.

iv) Las funciones del presidente (art. 66) y vicepresidente (art. 67).

v) El régimen de conjueces de la Corte (arts. 68-79).

vi) El régimen del secretario y demás empleados de la Corte (arts. 80-84).

Posteriormente, la reforma constitucional de 1910 introdujo algunas modificaciones al tribunal de casación, como la composición, aumentando a nueve el número de magistrados.

En particular, de la Ley 61/1886, primera ordenación legal de casación en el país, frente a los elementos tenidos en cuenta en el cap. I para comparar los distintos modelos de tribunales supremos en Occidente, y en especial, al interior del modelo de casación de los diferentes tipos, originario francés y derivado español, es importante identificar en cuál de estos tipos se enmarcó la casación colombiana

---

6881-6882, 5 de diciembre. Para la evolución normativa, desde 1886 a 1987, Rozo Acuña, Eduardo. *La Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Temis, 1987. pp. 37-96.

desde su recepción, pues a pesar de que pueda creerse que la institución tuvo como ejemplo el tipo francés, el examen de dichos aspectos puede conducir a otra conclusión: nuestra casación tomó como ejemplo en gran parte, al tipo español, como a continuación se constata:

i) Carácter judicial del tribunal de casación. La CSJ fue creada como un órgano judicial (CP/1886, art. 146), igual que el TS español, no político como en su inicio el Tribunal de Cassation francés.

ii) Funciones del tribunal de casación. A la CSJ no solo se le atribuyó la función de casación, sino también la de instancia tratándose de la causal de violación de ley sustantiva, lo que significó que en Colombia no se adoptó el reenvío, igual que en el tipo de casación derivado español, y contrario al tipo originario francés. Incluso, el art. 51 de la Ley 61/1886, que asignó estas funciones a la Corte, fue reproducido casi de modo textual del art. 1745 de la LEC/1881.

iii) Finalidad del recurso de casación. La institución fue establecida «con el fin principal de uniformar la Jurisprudencia y con el de enmendar el agravio inferido por ellas…,» (Ley 61/1886, art. 36), esto es, una finalidad con la que nació la casación colombiana fue la defensa del *ius litigatoris*, siguiendo nuevamente la casación española y no la francesa, en la que el objetivo fue solo la defensa del *ius constitutionis*.

iv) Motivos de casación. En concreto, frente a la procedencia del recurso por violación de la ley por medio de error frente al hecho y la prueba, se señaló el motivo de «Haberse incurrido, en la apreciación de las pruebas, en error de derecho o en error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador» (*ibid.*, art. 38, núm. 8.°). Acá se resalta que este numeral fue tomado de forma literal también de la LEC/1881 (art. 1692, núm. 7.°[242]), pero más significativo fue también la recepción del error de redacción en el uso de la expresión «actos auténticos», en lugar de «autos

[242] «Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgado».

auténticos», error que se debió en España posiblemente al secretario de la Comisión de Codificación, Antequera, como explica Vázquez Sotelo[243].

Además, un punto que tiene relación con la investigación fue la adopción de la doctrina legal como valor de las decisiones del tribunal (Ley 61/1886, art. 39; tomado de la LEC/1881, arts. 1691, núm. 1.°; 1692, núm. 1.°).

A pesar de seguir el ejemplo de la casación española, algunos aspectos relevantes de la regulación legal de la casación colombiana en que no se siguió el tipo derivado español fueron: *i)* la ordenación de dos recursos: por infracción de ley o de doctrina legal (*ibid.*, art. 1692) y por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio (*ibid.*, art. 1693) y; *ii)* la adopción del recurso en interés de la ley (*ibid.*, art. 1782).

Una vez ocurrida la recepción y desarrollada en la Ley 61/1886, en materia civil, la casación fue regulada, entre otras, en la Ley 169/1896[244], Ley 103/1923[245], CJ/1931[246], CPC/1970[247], Decreto 2282/1989[248], Decreto Ley 2651/1991[249], y ahora en el CGP/2012[250].

---

[243] Vázquez Sotelo, José Luis. *La casación civil. (Revisión crítica)*. Barcelona: Ediser, 1979. pp. 53-57; «*"Requiem"* por la mejor casación civil del mundo (y por otras creaciones procesales hispanas)». En: Berizonce, Roberto O.; Hitters, Juan Carlos y Oteiza, Eduardo (coords.). *El papel de los tribunales superiores. Segunda parte*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. pp. 205-268. La referencia es a las pp. 230-233.

[244] Ley 169 (31, diciembre, 1896). Sobre reformas judiciales. Diario Oficial. Bogotá, 1897. núm. 10.235, 14 de enero.

[245] Ley 103 (5, diciembre, 1923). Sobre organización judicial y procedimiento civil. Diario Oficial. Bogotá, 1923. núms. 19.498 a 19.509, 18 de febrero de 1924.

[246] Ley 105 (17, octubre, 1931). Sobre organización judicial y procedimiento civil. Diario Oficial. Bogotá, 1931. núm. 21.823, 24 de octubre; arts. 519-541.

[247] Decreto 1400 (6, agosto, 1970). Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Bogotá, 1970. núm. 33.150, 21 de septiembre; arts. 365-376.

[248] Decreto 2282 (7, octubre, 1989). Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Bogotá, 1989. núm. 39.013, 7 de octubre.

[249] Decreto Ley 2651/91 (25, noviembre, 1991). Por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales. Diario Oficial. Bogotá, 1991. núm. 40.177, 25 de noviembre.

[250] Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 2012. núm. 48.489, 12 de julio; arts. 333-351.

En materia penal, la casación en su inicio fue consagrada en los Códigos de Procedimiento Penal de 1938[251], 1971[252], 1987[253], 1991[254], hasta llegar a los más recientes de 2000[255] y actualmente el de 2004[256].

En materia del trabajo, la casación ha sido regulada en el Código Procesal del Trabajo de 1948[257], y las reformas del Decreto Ley 528 de 1964[258] y las Leyes 712 de 2001[259] y 1395 de 2010[260].

Más de un siglo después de su creación como tribunal de casación[261], la CSJ ha cumplido un papel principal como representante del poder judicial, unas veces

---

[251] Ley 94 (13, junio, 1938). Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, 1938. núm. 23.801, 13 de junio; arts. 556-570.

[252] Decreto 409 (27, marzo, 1971). Por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas. Diario Oficial. Bogotá, 1971. núm. 33.303, 3 de mayo; arts. 569-583.

[253] Decreto 50 (13, enero, 1987). Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, 1987. núm. 37.754, 13 de enero; arts. 218-241.

[254] Decreto 2700 (30, noviembre, 1991). Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal. Diario Oficial. Bogotá, 1991. núm. 40.190, 30 de noviembre; arts. 218-239.

[255] Ley 600 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, 2000. núm. 44.097, 24 de julio; arts. 205-219.

[256] Ley 906 (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, 2004. núm. 45.658, 1.° de septiembre; arts. 180-191.

[257] Decreto Legislativo 2158 (24, junio, 1948), adoptado como legislación permanente por el Decreto Legislativo 4133 (16, diciembre, 1948). Sobre los procedimientos en los juicios del trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 1948. núm. 26.754, 26 de junio, arts. 86-99. Antes de la Ley 712 de 2001 se llamaba Código Procesal del Trabajo.

[258] Decreto Ley 528 (9, marzo, 1964). Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1964. núm. 31.330, 1.° de abril.

[259] Ley 712 (5, diciembre, 2001). Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 2001. núm. 44.640, 8 de diciembre.

[260] Ley 1395 (12, julio, 2010). Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Diario Oficial. Bogotá, 2010. núm. 47.768, 12 de julio.

[261] El Gobierno Nacional conmemoró los 120 años de la CSJ como tribunal de casación a través del Decreto 3976 de 2006. Algunas consideraciones del Decreto fueron:

«Que a lo largo de su representativa historia centenaria como Tribunal de Casación, la Corte Suprema de Justicia ha velado principalmente por la recta interpretación de la Constitución y la ley, desarrollando así uno de sus cometidos fundamentales, al mismo tiempo que cumpliendo la cardinal tarea de unificar la jurisprudencia Nacional, función a través de la cual, decididamente, ha contribuido a la consecución de los fines del Estado Social de Derecho, muy especialmente en el campo de la protección de los derechos fundamentales;

Que la nobilísima labor realizada por la Corte Suprema de Justicia, se ha cumplido con notoria incidencia en la comunidad jurídica, tanto judicial, como académica, por la valía de sus ilustrativas y sapientes decisiones en su función de impartir justicia y de fijar las directrices y líneas

como protagonista y otras como testigo, contribuyendo al desarrollo del país, especialmente del ordenamiento jurídico y de otros sectores a partir de sus decisiones que han impactado al país. Ha tenido verdaderos periodos dorados, como la célebre Corte de Oro[262] de la década de los treinta del siglo XX, pero también momentos de horror y sacrificio, como en la sangrienta toma del Palacio de Justicia, los días oscuros de 6 y 7 de noviembre de 1985, que acabó con la vida de algunos magistrados[263], empleados judiciales, otros empleados y visitantes.

Actualmente la CSJ continúa ejerciendo las funciones como guardián del ordenamiento jurídico aplicado por los jueces en sus decisiones y uniformando la interpretación jurisprudencial, así como protegiendo el interés de las partes. Con el advenimiento de la CC y de los tribunales supranacionales, en especial, la CIDH, la actividad de la Corte ha iniciado a adaptarse a este nuevo contexto jurídico nacional y supranacional, con un nuevo ordenamiento constitucional y convencional.

---

jurisprudenciales pertinentes, y a su vez ha sido fuente de nuevas doctrinas y tesis jurídicas de estudio obligado por parte de las escuelas de derecho patrio;
Que la Corte Suprema de Justicia, ha contribuido de manera permanente al desarrollo y evolución de la legislación colombiana, teniendo acogida sus pedagógicos y sólidos fallos en el interior del Congreso de la República en la expedición de leyes de especial importancia para la vida del país…;». Decreto 3976 (11, noviembre, 2006). Por el cual el Gobierno Nacional se une a la conmemoración de los 120 años de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación y le confiere la condecoración "Orden de Boyacá". Diario Oficial. Bogotá, 2006. núm. 46.449, 11 de noviembre.

De otra parte, para conmemorar los 120 años, la Corte publicó una colección de estudios en seis tomos. Corte Suprema de Justicia. *Antología jurisprudencial. Corte Suprema de Justicia 1886-2006. t. I-VI*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, 2007. También dedicó un número de su Revista al efecto, Revista Corte Suprema. *Corte de Casación, 120 años*. Revista, año 9, núm. 22. Bogotá, noviembre de 2006. Disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/publicaciones/R22.pdf

[262] Algunos estudios sobre la jurisprudencia de la Corte de Oro, Navarro Pasquali, Fabio Alfredo. *Corte Suprema de Justicia en la República liberal. 1935-1939. Una Corte de oro*. Bogotá: Universidad Incca, 2018; Padilla, Jorge; Rueda, Natalia y Zafra Sierra, Málory. «Labor creadora de la jurisprudencia de la "Corte de Oro". Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas». En: *Revista de Derecho Privado*. Enero-junio, 2014. núm. 26, pp. 105-156. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3797/3990

[263] Murieron en esa fecha los magistrados Alfonso Reyes Echandía, Fabio Calderón Botero, Darío Velásquez Gaviria, Eduardo Gnecco Correa, Carlos Medellín Forero, Ricardo Medina Moyano, Alfonso Patiño Rosselli, Manuel Gaona Cruz, Horacio Montoya Gil, Pedro Elías Serrano Abadía, Fanny González Franco y Dante Luis Fiorillo Porras.

2. FINALIDAD

Como se identificó en la Introducción del capítulo, uno de los elementos constitutivos del tribunal de casación es su finalidad, la cual es diferente a la de los demás órganos jurisdiccionales[264], idea que ha sido cuestionada, al menos en parte, como se explicará. Tradicionalmente se ha entendido que la doctrina procesal del siglo XIX y principio del siglo XX asignó a la casación una finalidad pública[265], aunque luego se ha reconocido también un fin privado, en lo que Véscovi[266] denomina transformación o complementación de los fines, como en la casación española[267], que ha sido el tipo principal seguido por algunos países latinoamericanos, como Colombia.

Como se observó (núm. 1.2), en Colombia la casación tuvo su origen a partir del tipo derivado de la casación española, y en concreto, frente a la finalidad no siguió el tipo originario de la casación francesa. Esto implicó que nuestro sistema adoptó los dos fines tradiciones: la finalidad pública y la privada. La primera, además, con sus dos facetas: defensa de la ley o derecho objetivo y unificación de la jurisprudencia.

---

[264] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 27-53, 428-430.

[265] Mattirolo, *Tratado de derecho judicial civil. t. IV*. ob. cit., pp. 870, 873-874; Vicente y Caravantes, José de. *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios. t. IV*. Madrid: Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores, 1858. p. 81; Manresa y Navarro, José María. «Observaciones sobre el recurso de casación en España». En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Abril, 1860. pp. 1-41. La referencia es a la p. 8. Disponible en: https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5321601866&view=1up&seq=1 Del mismo autor, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada. t. VI*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1895. p. 188. Disponible en: https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/18095 Del mismo autor, en la segunda edición, de 1905. p. 195. Disponible en: https://bib-antonioreverte.um.es/Ficheros/Manresa/LEC/T6/Manresa_Lec_6.pdf

[266] Véscovi, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988. pp. 237-240.

[267] Nieva Fenoll, Jorge. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 56.

2.1 Enunciación de la finalidad clásica de la casación

La doctrina clásica[268] y gran parte de la contemporánea[269], siguiendo a Calamandrei, considera que la finalidad pública, entendida como la perseguida por el Estado, a su vez, se puede manifestar desde dos puntos de vista[270]: *i)* la casación tiene como fin la defensa del ordenamiento jurídico, defensa de la ley o del derecho objetivo o finalidad de nomofilaquia[271] (núm. 2.4) y; *ii)* la casación, como la otra cara de la misma moneda, tiene como objeto la unificación de la jurisprudencia o finalidad uniformadora[272] (núm. 2.5). Este aspecto se identifica con la defensa del interés

[268] En la doctrina española de los siglos XIX y XX, Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios. t. IV*. ob. cit., p. 81: «El objeto pues, de los recursos de casación, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio ó agravio inferidos á los particulares con las sentencias ejecutorias, ó el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender á la recta, verdadera, general y uniforme aplicación e interpretación de las leyes ó doctrinas legales; á que no se introduzcan prácticas abusivas, ni el derecho consuetudinario por el olvido del derecho escrito, todo lo cual es de interés público, declarando para este efecto nulas las sentencias que violan aquellas, y que, por constituir ejecutoria, no pueden revocarse por medio de las apelaciones y demás recursos ordinarios.
No es pues objeto del recurso de casación reformar todas las sentencias injustas, ni corregir todos los errores, ignorancias ó injusticias de jueces».

También, Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada. t. VI*. ob. cit., p. 195: «Y en efecto: la casación es un remedio de interés general y de orden público. Su objeto, como dice un notable jurisconsulto español, es contener á todos los tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley, é impedir toda falsa aplicación de ésta y su errónea interpretación, á la vez que uniformar la jurisprudencia; así es que ha sido introducida, más bien por interés de la sociedad, que en beneficio de los litigantes».

Como se expresó (cap. I, núm. 3.3.2, de la tesis), a diferencia de Vicente y Caravantes y de Manresa y Navarro, otro autor español del siglo XIX, Ortiz de Zúñiga, sí consideró la defensa del interés individual como objeto del recurso de casación a partir de la LEC/1855. Ortiz de Zúñiga, Manuel. *Práctica general forense. Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los tribunales y juzgados y los procedimientos judiciales. t. II*. Madrid: Imprenta de José Rodríguez, 1856. p. 545. Disponible en: https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5320475326&view=1up&seq=8

[269] Doctrina citada especialmente en los núms. 3.4 y 3.5, de la tesis.

[270] Hitters enuncia los mismos fines como tres, que denomina *finalidad trifásica*. Hitters, Juan Carlos. «Fines de la casación». En: *Temas de casación y recursos extraordinarios. En honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata: Platense, 1982. pp. 27-46. La cita es la p. 34.

[271] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 41-64.

[272] *ibid.*, pp. 65-99.

general[273] o *ius constitutionis*. Esta finalidad pública, con sus dos facetas, se mantiene vigente[274], a pesar de cierta crítica en la doctrina (núm. 2.2). Es evidente esta finalidad en el recurso en interés de la ley[275], que se establece en algunos ordenamientos, como en la casación civil española (LEC/2000, arts. 490-493).

A diferencia de la finalidad pública, el fin privado consiste en la posibilidad que tiene el recurrente de obtener una revisión posterior, a las instancias, de la decisión desfavorable, si conforme a la regulación del recurso, se cumplen sus requisitos de procedencia (núm. 2.6). Este aspecto se identifica, a su vez, con la defensa del interés particular o *ius litigatoris*.

Sería conveniente hacer dos precisiones al respecto. Primera, puede comprenderse que la idea de la finalidad diferente a la de los demás órganos jurisdiccionales, de aceptarse, está dirigida al fin público (núms. 2.4 y 2.5), debido a

---

[273] Sobre lo discutible del contenido del interés público o general y del interés privado o particular, Kern, Christoph A. «El rol de la Corte Suprema». En: Taruffo, Michele; Marinoni, Luiz Guilherme y Mitidiero, Daniel (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 53-76. La cita es de las pp. 56-62.

[274] En la doctrina clásica española, relevante para Colombia debido a la influencia del modelo español en la casación colombiana, Gómez Orbaneja y Herce Quemada, *Derecho procesal civil. Volumen primero. Parte general. El proceso declarativo ordinario*. ob. cit., pp. 481-484; Prieto-Castro y Ferrándiz, Leonardo. *Derecho procesal civil. Volumen primero. (Derecho a la justicia, jurisdicción y organización de tribunales. –Proceso y derecho procesal civil. –Sistema del derecho procesal: Sujetos. Objeto. Procedimiento. Actos. Procesos declarativos. Recursos)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1968. pp. 689-691. En el mismo sentido, el mismo autor, *Derecho procesal civil. vol. 1.°. Conceptos generales. Procesos declarativos. Recursos*. 3.ª ed. Madrid: Tecnos, 1975. pp. 262-263.

En Colombia, Morales Molina, *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1963. pp. 40-42; *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1983. pp. 30-32; Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1978. pp. 29-32; *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. pp. 76-80. En casación laboral, Lagos Pantoja, Luis. *El recurso extraordinario de casación laboral y la Constitución de 1991*. Bogotá: Doctrina y Ley, 1993. pp. 7-12. En casación penal, Calderón Botero, Fabio. *Casación y revisión en materia penal*. Bogotá: Temis, 1973. pp. 17-19.

Más reciente, Taruffo, Michele. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*. Traducción de Juan J. Monroy Palacios y Juan F. Monroy Gálvez. 1.ª reimpresión. Lima: Palestra, 2006. p. 238.

Tesis doctorales, Jiménez Fortea, Francisco Javier. *El recurso de casación para la unificación de doctrina en el proceso laboral (Problemas fundamentales)*. Tesis doctoral. Director: Juan Montero Aroca. València: Universitat de València. Facultat de Dret. 1998. 486 p. pp. 160-218; Ugalde González, José Ignacio. *El recurso de casación laboral*. Tesis doctoral. Director: Manuel Gómez del Castillo. Huelva: Universidad de Huelva. Departamento Theodor Mommsen. 2007. 580 p. pp. 143-155.

[275] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 121-145; *Casación civil*. ob. cit., pp. 60-61.

que el fin privado guarda semejanza con el de otros medios de impugnación (núm. 2.6), como la apelación, que corresponde al interés del recurrente en que la providencia adversa pierda eficacia en su beneficio. El procedimiento para alcanzar este objetivo, por supuesto, es diverso en casación[276], que Carnelutti llamó *segunda apelación, apelación limitada o extraordinaria*[277], denominaciones que solo se pueden comprender en el contexto teórico del estudio de la impugnación que elaboró.

Segunda, puede precisarse que la institución tiene finalidades que responden a intereses diferentes, sin que por esto sean incompatibles, pues al contrario, se complementan[278]. La finalidad pública interesa al Estado y la sociedad, mientras que la privada a las partes y, en concreto, al recurrente, quien más que la defensa del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia, persigue la anulación de la sentencia que ha sido desfavorable a su interés y, aunque es posible que en algún caso eso suceda, lo será cuando coincida su interés particular con la finalidad pública, pues son muchos los casos que se observan en la práctica en los que el recurrente solicita al tribunal de casación el cambio de jurisprudencia que primeramente satisfaga su interés. En palabras de Lessona[279], "… los litigantes van al campo del proceso «a luchar por sus derechos, no por el Derecho»".

---

[276] Carnelutti, *Instituciones del proceso civil. vol. II*. ob. cit., pp. 182-184.

[277] *ibid.*, pp. 247-249.

[278] Buendía Cánovas, Alejandro. *La casación civil. Estudio doctrinal sobre los fines casacionales*. Madrid: Dijusa, 2006. pp. 371-372. La Conclusión cuarta de su investigación es: «La contraposición entre *ius litigatoris* e *ius constitutionis* es un falso antagonismo. En casación, aquello que interesa al particular, también interesa a la generalidad y viceversa. Por todo ello, cuando el Tribunal Supremo dicta sentencia casacional, está satisfaciendo paralelamente dos intereses: por una parte el de la colectividad y del propio Estado, interesados en la necesidad de restablecer la coherencia y la seguridad jurídica a través del ejercicio de la monofilaxis (*sic*); y por otro lado, el del particular litigante, pues la sentencia casacional también entra a conocer y resolver el fondo del litigio» (cursiva del texto). La obra corresponde a la tesis doctoral del autor, *Los fines de la casación*. Director: Jordi Nieva Fenoll. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2005. 396 p.

[279] Citado por Sentís Melendo, Santiago. *El juez y el derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1957. p. 36. Citado por Bonett Ortiz, Samir Alberto. «La casación laboral justa». En: *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2012. pp. 811-843. La cita es de la p. 819.

2.2 Crítica de la doctrina a la finalidad clásica de la casación

A pesar de la aceptación general de esta finalidad institucional, en especial el fin público ha sido objeto de crítica en diferentes sentidos. La crítica puede intentar sistematizarse según su objeto, así es posible identificar estas variaciones: *i)* negación de la finalidad pública (Satta, Guasp, De la Rúa), *ii)* falsedad de la finalidad (Fábrega Ponce), *iii)* prevalencia entre los aspectos que conforman la finalidad (Guzmán Fluja), *iv)* confusión de la finalidad (Nieva Fenoll, Buendía Cánovas) y; *v)* eliminación del tribunal de casación (Nieva Fenoll, en estudio posterior, de 2015).

Siguiendo el orden anterior, inicialmente se puede reseñar la de Satta[280], citada por De la Rúa, consistente en la imposibilidad práctica del cumplimiento de dicha finalidad y en el carácter procesal del recurso. En efecto, dentro de la Escuela italiana de derecho procesal, Satta fue uno de los mayores críticos de algunas teorías de los principales representantes de la Escuela, como Carnelutti y Calamandrei, siendo con este la casación uno de los motivos de discrepancia científica.

En España es relevante la crítica de Guasp[281], de lo que denomina, «las apologías de la casación fundadas en la exposición de lo que se suponen ser sus objetivos fundamentales: la protección de la ley, o función nomofiláctica, y la

[280] Satta explica: «… "el pretendido interés en la interpretación de la ley, así como aquel en la uniformidad del derecho, no existen objetivados y abstractos en el derecho positivo, sino que son siempre subjetivos, en el sentido de que son intereses de un sujeto con relación a un acto del juez que los grava, y que él entiende no correspondiente con la ley. Hablar, pues, de una finalidad de la casación, y tanto más de una finalidad diversa de la jurisdiccional, no tiene sentido en el plano jurídico; puede tenerlo en el plano político, cuando se quieran indagar las razones de su institución, y en todo caso para explicar algunas particularidades"[68]». Nota de la cita: [68] «Satta, voz *"Corte di Cass."*, cit., p. 805; De la Rúa, *Teoría general del proceso*, ed. Depalma, 1991, parágrafo 10, p. 186». De la Rúa, *La casación penal*. ob. cit., p. 19. (Cursiva del texto).

La postura de Satta sobre la casación, entre otros, también en: voz «Corte di Cassazione». En: *Enciclopedia del diritto. vol. x*. Direzione e coordinamento: Francesco Calasso. Milano: Giuffrè, 1962. pp. 797-829; «Passato e avvenire della Cassazione». En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. anno XVI (1962). Direttori: Enrico Redenti y Tito Carnacini. Milano: Giuffrè, 1962. pp. 946-967; *Commentario al codice di procedura civile. Libro secondo. Parte seconda. Processo di cognizione*. Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1962.

[281] Guasp, *Derecho procesal civil*. ob. cit., pp. 809-811.

unificación de la ley, o función uniformadora». Respecto a la primera sostiene que no siendo el destino del proceso la protección del ordenamiento jurídico –que considera es la satisfacción de pretensiones–, tampoco debe serlo de la casación, ya que forma parte del proceso. Sobre la segunda considera: «Una cosa es, en efecto, que al aplicar la ley los Tribunales se guíen por un criterio lógico de uniformidad, y otra cosa es que se monte un Tribunal con la finalidad exclusiva de lograrla»[282].

En Latinoamérica sobresale la crítica del discípulo de Satta, De la Rúa[283], quien partiendo de la naturaleza procesal de la casación, sin desconocer su origen político, sostiene que actualmente, tal como está regulado el recurso, no puede asignarse al tribunal de casación la finalidad pública identificada, esto es, la defensa del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia, lo que sustenta en que no corresponde a su «estructura y función», sino solo a su origen[284].

Por su parte, la crítica de Fábrega Ponce[285] consiste en que, a pesar de que la doctrina clásica y la ordenación legal del recurso, asignan a la casación una finalidad pública, lo cierto es que el interés particular perseguido por el recurrente constituye su «finalidad fundamental». Al respecto, afirma:

> «… la tesis (función nomofiláctica) no encuentra fundamento sólido en nuestros ordenamientos. De éstos, productos de la ley española, que a su vez se derivó de la francesa e italiana, con modalidades propias ajustadas a nuestras necesidades,

---

[282] *ibid.*, p. 810.

[283] De la Rúa, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*. ob. cit., pp. 19-27, 40-49; *La casación penal*. ob. cit., pp. 19-20.

[284] De la Rúa explica: «Porque a la vez que el Tribunal de casación constituye en el derecho moderno un organismo judicial, sus funciones son las propias de la jurisdicción, y el recurso de casación constituye un medio de impugnación que se da frente a una pretensión particular. El Tribunal de casación es un Tribunal que juzga de un recurso por el cual se impugnan las sentencias viciadas por errores jurídicos, aunque pueda tener, concomitantemente, para el Estado, la misión de conservar la unidad del derecho. Pero no son actividades coincidentes. La primera hace a su estructura y su función, la segunda solo a su origen». De la Rúa, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*. ob. cit., p. 23.

[285] Fábrega Ponce, «Finalidad de la casación en los ordenamientos latinoamericanos». ob. cit., p. 387.

se desprende más bien que la finalidad fundamental del recurso es la de servir de desagravio a las partes y sólo en cierta medida, muy limitada por cierto, la de control de la observancia de la ley».

También Fábrega Ponce[286] en su conocida crítica *La falacia de la función nomofiláctica de la casación*, hace una profunda censura al sostener, además con razones que, en principio, se muestran atendibles, que «La función nomofiláctica de la Corte hoy es un enunciado platónico de la jurisprudencia y de algunos de nuestros juristas […], inspirados en manifestaciones de la doctrina extranjera, sin fuerte contenido realista en nuestro derecho»[287]. Algunos de los puntos más importantes que plantea como demostración de esta *falacia* por él anunciada, son:

i) La cuantía, sobre la que afirma que «Una violación a la Ley puede ser tan grave, tan hiriente, al derecho objetivo, en un proceso de mínima cuantía como en un proceso de mayor cuantía»[288], y en principio tiene razón. De hecho, Calamandrei[289] lo tuvo en cuenta y solo justificó la *summa cassationis* por una razón práctica, basado en la experiencia de la revisión alemana, «hacer posible el funcionamiento del órgano destinado a tutelar la unidad del derecho[290]».

En principio, puede sostenerse que de no ser por la exigencia de una cuantía mínima, que actúa como un filtro, todas las sentencias de segunda instancia serían objeto de casación, lo que repercutiría en una sobrecarga de trabajo inimaginable. Además, la casación no es una tercera instancia, que conlleve al estudio del mérito del asunto sometido a juicio del tribunal de casación, como sí sucede en la práctica en el caso de Italia, a partir de la Constitución de 1947 (art. 111, párr. 7.°), que se ha interpretado, consagra el derecho constitucional al recurso de casación, con los graves problemas que ha causado[291].

---

[286] Fábrega Ponce, Jorge. «La falacia de la función nomofiláctica de la casación». En: *XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2004. pp. 745-751.

[287] *ibid.*, p. 746.

[288] *ibid.*, p. 747.

[289] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 423-424.

[290] Véanse los escritos citados en el vol. I, n. 220. Esta nota es de la cita.

[291] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 247-250.

ii) La limitación del poder de decisión del tribunal, que restringe la actuación no permitiéndole «casar un fallo por causal no invocada», lo que evidencia el carácter privatístico del recurso. Calamandrei expresamente admitió que el tribunal no puede actuar de oficio, pero lo hizo con el convencimiento fundado de que el ejercicio de la acción de impugnación de casación era una especie de derecho de acción y siguiendo a Chiovenda, quien sostenía la tesis de la acción como derecho potestativo, concluyó que el tribunal no podía interferir en el ejercicio de ese derecho potestativo, es decir, si el recurrente no planteó la acusación, fue en desarrollo de una facultad. Más adelante se hará el examen de este fundamento chiovendiano de la limitación del poder de decisión del tribunal de casación (cap. III, núm. 1.3.1; cap. IV, núm. 5).

Calamandrei[292] reconoció que de las dos facetas de la finalidad pública, la de defensa de la ley o nomofilaquia representó el objetivo predominante en la etapa inicial de la casación nacida de la Revolución francesa, para en época posterior pasar a prevalecer la unificación de la jurisprudencia. Sin embargo, reconoció que se «… entrelazan y se compenetran, hasta llegar a coincidir en la realidad concreta, en la que casi siempre se reducen a ser nada más que dos apariencias diversas de un mismo fenómeno…;»[293].

Esta idea ha sido cuestionada debido a que se considera que desde la etapa inicial de la casación en la Revolución francesa se previó la finalidad de unificación de la jurisprudencia. Esta es la postura de Guzmán Fluja[294], quien hace una crítica a la idea de la prevalencia histórica de la finalidad de nomofilaquia sobre la de unificación de la jurisprudencia. Como consecuencia del desarrollo de esta postura[295], sostiene la tesis de la uniformidad de la jurisprudencia como fin primordial de la casación sobre la finalidad de defensa del derecho objetivo o el fin

[292] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 101-104.

[293] *ibid.*, p. 104.

[294] Guzmán Fluja, Vicente C. *El recurso de casación civil. (Control de hecho y de derecho)*. Valencia: Tirant, 1996. pp. 26-32. La crítica se sustenta, en parte, en el estudio de Halperin, Jean-Louis, *Le Tribunal de Cassation et les Pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987.

[295] Guzmán Fluja, *El recurso de casación civil*. *(Control de hecho y de derecho)*. ob. cit., p. 38.

privado de las partes, los que considera «otros fines», en lo que denomina redefinición de los fines del recurso.

También esta doctrina clásica ha recibido una crítica más profunda, en el sentido de presentar una reordenación sistemática de los fines de la casación, en expresión de Nieva Fenoll[296], quien identifica unos fines aparentes, un fin principal y unos fines mediatos de la casación. Entre los fines aparentes incluye la función de casación, esto es, la actividad del tribunal al casar o anular, lo que ciertamente no es una finalidad de la casación, sino una atribución del tribunal para alcanzar el objetivo de la institución; así como la unificación de jurisprudencia, lo que sí resulta discutible (núm. 2.5). Como fin principal identifica «la tutela o protección del ordenamiento jurídico», que Calamandrei denominó defensa de la ley o del derecho objetivo o finalidad de nomofilaquia. También esta idea es cuestionable en el sentido de que restringe solo a este aspecto la finalidad de la casación, excluyendo la unificación de la jurisprudencia, que ubica como fin aparente. Por último, entre los fines mediatos comprende la defensa del interés de las partes y del principio de igualdad, lo que también puede examinarse desde otra perspectiva (núm. 2.6).

Esta crítica de Nieva Fenoll ha sido apoyada por Buendía Cánovas[297], quien también sostiene que la finalidad principal del recurso es la defensa del ordenamiento jurídico y que la función uniformadora no es un fin, sino el medio del que se vale el tribunal para alcanzar dicho fin.

Calamandrei hizo énfasis en la finalidad pública de la casación, en el contexto en que la obra fue escrita, en vigencia del Codice di procedura civile de 1865, con

---

[296] Nieva Fenoll, Jorge. *El recurso de casación civil*. Barcelona: Ariel, 2003. pp. 75-82. Esta obra del autor se publicó en vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000. En similar sentido, el autor en su anterior obra sobre la casación penal, *El hecho y el derecho en la casación penal*. Barcelona: Bosch, 2000. pp. 80-84; y antes en *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. ob. cit., pp. 56, 122-135.

[297] Buendía Cánovas, *La casación civil*. ob. cit., pp. 113-116. La Conclusión quinta de su investigación es: «Conviene matizar y no confundir la labor uniformadora de criterios que lleva a cabo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con su finalidad primordial cual es la defensa del Ordenamiento jurídico en toda su amplitud. La jurisprudencia uniformadora es el resultado inevitable, o la justificación práctica, con la que el Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, cumple con su finalidad principal cual es la defensa de la norma». p. 372.

el propósito de diferenciar la casación de la tercera instancia. No obstante, no rechazó el fin privado, sino que lo condicionó a la coexistencia con la finalidad pública, pues «… el interés privado es reconocido y tutelado en cuanto el mismo coincida con aquel especial interés colectivo que constituye la base del instituto; *no más allá»*[298] (cursiva del texto). Claro, es posible una crítica basada en que, si no se presenta la coincidencia, el interés privado no es protegido.

Recientes tesis doctorales reiteran esta idea tradicional de la finalidad pública institucional de la casación, en sus dos aspectos, con algunas reservas, como las investigaciones de Jiménez Fortea[299], Loredo Colunga[300], Ugalde González[301] y Delgado Castro[302].

La última crítica, más radical que las anteriores, propugna por la eliminación de los tribunales supremos, incluido el de casación, para ser reemplazados por un «órgano paralegislativo», como ha propuesto Nieva Fenoll[303], en estudio posterior a sus obras citadas.

Por otra parte, si bien la aparente claridad de estas finalidades así descritas inicialmente, Taruffo[304], refiriéndose a la casación civil italiana, observa que «… está muy difundida la postura consistente en considerar que la naturaleza de la Casación y de sus funciones es simple y homogénea, clara y evidente», advirtiendo en su lugar la ambigüedad de la casación.

---

[298] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 149, 151.

[299] Jiménez Fortea, *El recurso de casación para la unificación de doctrina en el proceso laboral (Problemas fundamentales)*. ob. cit., pp. 160-218.

[300] Loredo Colunga, Marcos. *La casación civil. El ámbito de recurso y su adecuación a los fines casacionales*. Valencia: Tirant, 2004. pp. 194-204. Corresponde a la tesis doctoral del autor, del mismo título. Director: Fernando Gómez de Liaño González. Oviedo: Universidad de Oviedo, 2002. 499 p.

[301] Ugalde González, *El recurso de casación laboral*. ob. cit., pp. 143-155.

[302] Delgado Castro, Jordi. *El recurso de casación para la unificación de doctrina en el proceso laboral*. Tesis doctoral. Directores: José Luis Vázquez Sotelo y David Vallespín Pérez. Barcelona: Universitat de Barcelona. 2009. 423 p. La referencia es a las pp. 9-45.

[303] Nieva Fenoll, Jordi. "¿Un juez supremo o un legislador «supremo»?" En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Enero, 2015. núm. 1, pp. 31-60. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#WW/vid/582089606

[304] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., p. 8.

2.3 Defensa de la finalidad clásica de la casación

A pesar de las anteriores críticas, es posible sostener que la casación mantiene las finalidades pública y privada en su esencia, con algunas variaciones producto de la evolución de la institución y en unos casos con ciertas tensiones entre la legalidad y la justicia de la sentencia[305], como se examinará a continuación en cada fin concreto. De manera anticipada, a partir de la ordenación legal del recurso, de la doctrina generalizada y especialmente de la actividad diaria del tribunal de casación, se puede sostener:

i) A la casación se ha asignado una finalidad institucional, que siguiendo una evolución histórica ha aquilatado algunos de sus aspectos, pero sin perder la esencia; así p. ej., se mantiene la idea de la defensa del derecho objetivo, que en tiempos de la Revolución francesa e incluso de Calamandrei, se entendía como la ley; ahora se comprende un conjunto de normativa más amplia, incluyendo la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, pero la esencia continúa: defender el derecho.

Claro, es comprensible que la defensa no sea absoluta, ni que en cada recurso se alcance el objetivo, pues es sabido que la institución tiene limitaciones en cuanto a las providencias cuyo control recae en el tribunal de casación, así como los motivos por los que se admite el recurso. Por eso la crítica de Fábrega Ponce[306] respecto a que la función nomofiláctica es una falacia y de Nieva Fenoll[307] sobre los fines mediatos, deben entenderse en las posibilidades de la institución.

Sería imposible controlar todas las sentencias y por cualquier motivo, de ahí las limitaciones indicadas. Se sigue en esto la misma línea que en el proceso en general, que tiene como fin la garantía del derecho sustancial, pero no toda

---

[305] López Menudo, Francisco. «El recurso de casación: ¿Jurisprudencia y/o justicia?» En: *Revista de Administración Pública*. Septiembre/diciembre, 2018. núm. 207. pp. 13-41. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC. Disponible en: http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=1405&IDA=38530

[306] Fábrega Ponce, «La falacia de la función nomofiláctica de la casación». ob. cit., pp. 745-751.

[307] Nieva Fenoll, *El recurso de casación civil*. ob. cit., pp. 80-82.

controversia jurídica es llevada a la jurisdicción, y en los casos en que sucede, no siempre se logra el fin en todo proceso, como muestra la experiencia, y no por eso se deja de considerar como fin del proceso. Una es la finalidad atribuida al proceso y otro el resultado que se alcanza en cada uno de los procedimientos adelantados; algo parecido ocurre con la casación.

ii) En cuanto a la finalidad pública, no parece ajustado a un criterio de utilidad intentar justificar un mayor grado de importancia entre las dos facetas clásicas de la casación, para afirmar como Guzmán Fluja[308], que la unificación de la jurisprudencia es más relevante que la finalidad de nomofilaquia, incluso, que es el fin primordial de la casación y, además, derivar de esta conclusión, que el control del tribunal de casación sobre la sentencia impugnada está limitado a la cuestión de derecho. Si se parte, en su lugar, de la coordinación entre ambos fines, es posible comprender como el tribunal en su actividad puede, en un asunto concreto, casar o anular una sentencia y a la vez unificar la jurisprudencia, sin que uno resulte más importante que el otro. Tal vez no es este un punto en el que el interés de la doctrina en una institución sea identificar la jerarquía entre varios elementos, sino la forma como actúan de manera coordinada en el cumplimiento del propósito institucional.

Por supuesto, la casación de hoy no se limita a la finalidad pública y privada expuesta por la doctrina clásica, sino que ha evolucionado hasta la protección de los derechos constitucionales y otros propósitos como efecto de la incidencia de la constitucionalidad y convencionalidad en el derecho procesal[309], como se examina (núm. 2.7).

La crítica de Nieva Fenoll sobre la supresión del tribunal de casación, así como de otros tribunales supremos, conduce a la consideración, en concreto, de la eliminación de la casación. En general, podría pensarse que los problemas que ha afrontado la institución desde tiempo atrás, que persisten hoy y que no han tenido

---

[308] Guzmán Fluja, *El recurso de casación civil*. *(Control de hecho y de derecho)*. ob. cit., pp. 22-38, 72-74.

[309] Cucarella Galiana, Luis-Andrés. *Estudios de derecho procesal constitucional y convencional*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2015; Cucarella Galiana, (dir. científico). *Derecho procesal convencional. El nuevo desafío de la justicia constitucional*. Bogotá: Nueva Jurídica y otras, 2016.

solución efectiva, llevarían a esta opinión extrema. Por el contrario, es posible sostener que la casación es una institución necesaria en el Estado social de derecho, que ha evolucionado y que, en efecto, presenta dificultades como cualquier institución jurídica, pero que no justifican *per se* su supresión. Por supuesto, se deben examinar, redefinir y adecuar algunos de sus aspectos para que su funcionamiento sea efectivo, siguiendo la misma línea de la evolución del proceso, que cada día, a pesar de los múltiples problemas, intenta ser puesto a tono de las necesidades del mundo actual.

Si las circunstancias son complejas a pesar de la casación, sería gravísimo concebir la administración de justicia sin ella, p. ej., en su trascendental misión de uniformar la jurisprudencia. En lugar de debilitarla o eliminarla, la casación debe ser fortalecida y eso está ocurriendo en muchos ordenamientos jurídicos, en los que se intentan adoptar las medidas que permitan al tribunal funcionar de manera adecuada al cumplimiento de la finalidad de la institución.

2.4 Fin de defensa del ordenamiento jurídico

A partir de la teoría clásica de la casación, este propósito, que constituye la primera faceta del fin público, consiste en la guarda, por parte del tribunal de casación, de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico[310], lo cual alcanza en la decisión de casar o anular, dejando fuera del ordenamiento jurídico, la sentencia impugnada violatoria de esa normativa[311]. Es un *aspecto negativo* en términos de

[310] En Colombia, en materia civil, el CGP usa esta expresión al establecer que «El recurso extraordinario de casación tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico…,» (art. 333), en reemplazo del enunciado del CPC/1970, según el cual, «El recurso de casación tiene por fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo» (art. 365).

[311] Mattirolo, *Tratado de derecho judicial civil. t. IV*. ob. cit., p. 874: "No debe temerse que la Suprema magistratura, de esta manera ordenada y establecida, usurpe las atribuciones correspondientes a otros órdenes y sustituya la voluntad del legislador por la propia; pues el Tribunal de casación no juzga del fondo de los pleitos, ya inapelablemente decidido por las Audiencias, sino sólo de la *legalidad* de la sentencia que falló sobre dicho fondo. Constatada la ilegalidad, el Tribunal Supremo *casa*, es decir, anula la sentencia, y da lugar a que se examine nuevamente el fondo de la controversia por parte del Magistrado de apelación, que conserva su libertad de juicio, por lo que

Calamandrei[312], pues el tribunal, al casar la sentencia impugnada, la anula y resta al ordenamiento jurídico una resolución judicial que lo ha infringido, en la medida que la destruye. Esta defensa pura de la ley o finalidad de nomofilaquia, ahora entendida como defensa del ordenamiento jurídico, en concreto de su unidad e integridad, históricamente adquirió mayor relevancia a partir de la Revolución francesa, como explicó Laurent[313], pues el Code Civil francés de 1804 pretendió la unidad del derecho francés, unidad imposible de alcanzar en el Antiguo Régimen.

2.4.1 Justificación de la finalidad. La justificación de este propósito se sustenta en la medida en que el Estado ejerce el monopolio en la creación, aplicación e interpretación del derecho, intentando alcanzar su unidad, coherencia y completitud[314], aun en el Estado federal[315], lo que implica un control judicial sobre

---

justamente pudieron los grandes hombres de la Asamblea constituyente francesa decir en un arranque de entusiasmo: que «el Tribunal Supremo no puede hacer el mal, sino sólo el bien»[(1)]". Nota de la cita: [(1)] «Véase FAUSTIN HELIE, op. y vol., cit., pág. 355» (cursiva del texto).

[312] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 102: «… desde este punto de vista la Corte de casación reafirma la autoridad de la ley frente al juez, de un modo exclusivamente negativo, puesto que se limita a quitar vigor al acto singular que el juez haya llevado a cabo saliéndose de los límites de su poder…;».

Taruffo denomina este aspecto como *función reactiva* de la Corte Suprema. Taruffo, «Las funciones de las Cortes Supremas. Aspectos generales». En: Taruffo, Marinoni y Mitidiero (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. ob. cit., p. 234.

[313] Laurent, François. *Principios de derecho civil. Tomo primero*. Primera traducción española. México: Joaquín Guerra y Valle, Editor, 1889. Disponible en: http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020013429_C/1020013429_T1/1020013429_T1.html p. 7: «El antiguo régimen, á pesar del poder absoluto de los reyes, era un régimen de diversidad. No había en él más unidad que en la persona del monarca. Las diversas provincias habían sido antes Estados independientes, que tenían sus instituciones particulares, sus costumbres y sus leyes. A medida que eran incorporadas al dominio de la corona, estipulaban la conservación de su derecho; á falta de libertad política, los pueblos estaban adheridos á sus costumbres tradicionales como á privilegios; los parlamentos, guardianes naturales de ese derecho local, rechazaban toda innovación como una violación de las capitulaciones, bajo cuya fe había verificado la reunión».

[314] Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*. Traducción de Eduardo Rozo Acuña. 3.ª ed. Bogotá: Temis, 2007. pp. 155-246; Bohórquez Orduz, Antonio. *Principio de completitud y creación judicial del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. Corresponde a la tesis doctoral del autor, *Principio de completitud de la ley escrita y creación judicial del derecho en conflictos contractuales civiles*. Director: Carlos Alberto López Cadena. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. 608 p.

[315] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 68, 419.

los jueces de instancia, control que está confiado al tribunal de casación, pues es de esperar que siendo muchos los jueces de instancia, al decidir los casos concretos, pueden desconocer el ordenamiento jurídico al aplicar o interpretar la ley al darle un alcance distinto al que corresponda.

En Colombia, como en otros países, siendo una república unitaria (Preámbulo, art. 1.°), y constitucionalmente con claros fines esenciales del Estado, entre otros, «garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución», «asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo» y «proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades», (art. 2.°), la casación se constituye en un valioso mecanismo con el que se pretende lograr estos fines.

De ahí la necesidad de atribuir dicha función al tribunal de casación con el objetivo de mantener la unidad del derecho en el Estado[316], lo que conlleva a que el tribunal sea único, pues dos o más podrían proferir decisiones contradictorias, lo que ocurrió en Italia[317], y esté ubicado en una posición jerárquica superior a la de

---

A pesar de no ser propiamente un recurso de casación, en Argentina se establece el recurso extraordinario federal. Al respecto, Morello, Augusto M. *La nueva etapa del recurso extraordinario. "El Certiorari"*. La Plata: Platense; Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990; Palacio, Lino Enrique. *El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica*. 2.ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997; Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario. t. I-II*. 4.ª ed., 3.ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea: 2016.

[316] Mattirolo, *Tratado de derecho judicial civil. t. IV*. ob. cit., p. 873: «Complemento de la legislación, es la jurisprudencia; por lo tanto, la unidad de la primera presupone necesariamente la unidad de la segunda, o sea la uniformidad en la aplicación de la ley. Y esta uniformidad se obtiene precisamente merced a la Casación…,». Reitera este argumento en la p. 879 para justificar que el Tribunal Supremo sea único. En España, de similar idea en el siglo XIX, Gómez de la Serna, Pedro y Montalbán, Juan Manuel. *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales. t. II*. Segunda edición, arreglada á la nueva ley de Enjuiciamiento civil. Madrid: Imprenta de D. F. Sánchez, 1856. pp. 421-423. Disponible en: https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5320474296&view=1up&seq=8

[317] Mattirolo, *Tratado de derecho judicial civil. t. IV*. ob. cit., p. 873: «Esta multiplicidad, además de ser ilógica *en derecho*, no se halla exenta de graves inconvenientes *prácticos*» (cursiva del texto); Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 357-369, 415-419, 444. Sin embargo, este problema no fue exclusivo del sistema de las cinco Cortes regionales, sino que, aún después de la unificación de la casación en 1923, se mantiene al día de hoy, pero es otra la causa, como advierte Taruffo, refiriéndose a la sobrecarga de trabajo que conduce a «una jurisprudencia caótica y fragmentaria».

los jueces de instancia, siendo tradicionalmente el órgano supremo de la justicia en el Estado, lo que ha llevado a que en Colombia, como en otros países de Iberoamérica, se denomine Corte Suprema de Justicia; aunque con el establecimiento del tribunal constitucional, sea preferible llamarlo tribunal de casación, que es el nombre que mejor representa su esencia[318] y prevendría disputas entre estos dos altos tribunales de justicia.

En Colombia, en cuanto a la ordenación legal de la casación civil, el objeto de la protección jurídica, expresado con la fórmula «defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico» (CGP, art. 333), que en tiempo de Calamandrei era «mantener la exacta observancia de la ley», no se limita a la ley en sentido formal, sino que comprende un conjunto de normas, pero con la naturaleza de norma sustancial[319]. Dentro de la categoría de norma sustancial, la CSJ ha incluido los principios generales del derecho[320].

2.4.2 Forma de violación del ordenamiento jurídico por los jueces de instancia.

La violación o infracción de la normativa por parte de los jueces de instancia puede ser consecuencia de error de dos tipos: *i)* error en la decisión (*error in iudicando*[321]),

---

Taruffo, Michele. «Las funciones de las Cortes Supremas». En: Oteiza, Eduardo (coord.). *Reforma procesal civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. pp. 649-667. La cita es de la p. 663.

[318] Evitaría conflictos y se ajustaría más a su naturaleza, llamarlos tribunal de casación y tribunal constitucional. La Constitución de 1991 atribuye a la CSJ, como primera función, «Actuar como tribunal de casación» (art. 235, núm. 1.°). Para el caso del TS español, Bujosa Vadell, Lorenzo M. «El valor de la jurisprudencia de las Altas Cortes: perspectiva española». En: Priori Posada, Giovanni (coord.). *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Lima: Palestra, 2015. pp. 77-104. La cita es de la p. 91.

[319] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 14 de diciembre de 2010, rad. 50001-3110-001-2006-00050-01, MP Ruth Marina Díaz Rueda.

[320] Sentencia de 7 de octubre de 2009, rad. 05360-31-03-001-2003-00164-01, MP Edgardo Villamil Portilla.

[321] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 287-329.

Liebman explica: «Son *errores in iudicando* aquellos que pueden tenerse en la decisión que ha juzgado sobre el fondo de la demanda, para acogerla o rechazarla, y se distinguen a su vez en errores de hecho y de derecho, según que el juez haya declarado la certeza del hecho en modo disforme de la verdad, o haya errado al valorarlo jurídicamente y al aplicar al mismo el derecho. En estos casos, la sentencia es *injusta*, esto es, divergente de aquella que habría debido ser, al dar razón a la una o a la otra parte» (cursiva del texto). Liebman, *Manual de derecho procesal civil*. ob. cit., p. 446.

en cuanto el juez, quien tiene el deber de juzgar *secundum ius*, en la aplicación o interpretación de la norma sustancial se desvía de la finalidad de esta; error que puede consistir, según Calamandrei[322], en la premisa mayor del silogismo[323] (*error iuris in iudicando*) o en la premisa menor (*error facti in iudicando*) y; *ii)* error en el procedimiento (*error in procedendo*[324]), esto es, el juez en el trámite del proceso transgrede la norma que garantiza las formas propias de cada juicio, haciendo que el proceso se adelante por vías distintas de las fijadas por la norma procesal, con el riesgo de desconocimiento del fin del proceso y de las garantías procesales de las partes[325].

La teoría clásica de la casación[326] ha considerado que el recurso debe limitarse al *error iuris in iudicando* o la cuestión de derecho –excluyendo el *error facti*

---

[322] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 41-64, 183-222.

[323] *ibid.*, pp. 51-52. Según Carnelutti, «A este propósito, se distingue entre *error de derecho* y *error de hecho*, distinción que se funda en la estructura silogística de la sentencia; el error puede viciar la premisa de derecho, la premisa de hecho o la consecuencia; *error de derecho* se llama al que corresponde a la primera y a la tercera hipótesis, *error de hecho* el que corresponde a la segunda» (cursiva del texto). Carnelutti, *Instituciones del proceso civil. vol. II*. ob. cit., p. 259.

[324] *Calamandrei, La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 257-286.

Liebman afirma: «Los *errores in procedendo* son, pues, violaciones de la ley procesal, en su más amplia acepción, o sea –para servirnos de una imagen– defectos de construcción de la sentencia. Su autónoma relevancia está justificada porque la regularidad del proceso es condición del buen ejercicio de la función y toda violación de la ley procesal puede ser indirectamente causa del pronunciamiento de una sentencia injusta» (cursiva del texto). Liebman, *Manual de derecho procesal civil*. ob. cit., p. 445.

[325] En su segunda obra sobre la materia, *Casación civil*, de 1937, prefirió la denominación de vicio de juicio por *error in iudicando* y la de vicio de actividad por *error in procedendo*. Calamandrei, *Casación civil*. ob. cit., pp. 72-80. También en la primera obra, de 1920, mencionó estas denominaciones, aunque excepcionalmente. *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 288. En similar sentido, Micheli hizo referencia al vicio de juicio y vicio de actividad como determinantes de *error in iudicando* y *error in procedendo*, respectivamente. Micheli, Gian Antonio. *Curso de derecho procesal civil. vol. II. El proceso contencioso de cognición*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1970. pp. 345-351. Por su parte, Carnelutti usó la expresión error de fondo en lugar de *error in iudicando* y error de orden en lugar de *error in procedendo*. Carnelutti, *Instituciones del proceso civil. vol. II*. ob. cit., p. 250.

[326] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 46-58, 428-437, 444; *Casación civil*. ob. cit., pp. 72-91, 226-229. En similar sentido, Chiovenda, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil. t. I*. Traducción española de la 3.ª ed. italiana. Prólogo y notas del profesor José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1922. pp. 472-474; *Instituciones de derecho procesal civil. vol. II. Las relaciones procesales (La jurisdicción y los sujetos del proceso)*. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. pp. 112-114.

in iudicando–, y excepcionalmente al *error in procedendo*, este último solo en casos específicos fijados como motivo o causal en razón a su mayor importancia[327]. Esta distinción, de la que deriva en parte la naturaleza jurídica de la casación, –en la que el tribunal actúa como juez de derecho–, de no constituir una tercera instancia (cap. III, núms. 1.1 y 1.2), se manifiesta en que la actividad del tribunal como juez de derecho se refiere en exclusivo frente al *error in iudicando*, pues es claro que tratándose del *error in procedendo* el tribunal actúa como juez de hecho, como advirtieron Calamandrei[328] y Chiovenda[329]. Aunque no se refirieron al hecho de la relación sustancial, sino al hecho de la relación procesal, que mejor debiera hacerse referencia a este aspecto como acto procesal, no como hecho, pues por hecho, *prima facie*, se entiende el supuesto fáctico de la relación sustancial como elemento de la pretensión.

Por tanto, para Calamandrei[330] la razón de esta limitación se encuentra en la «… importancia intrínseca del precepto que impone al juez la obligación de juzgar *secundum ius*, en virtud de la cual las violaciones de este precepto se consideran más graves no sólo que los simples *errores in procedendo*, sino también que la categoría de *errores in iudicando* en que el juez haya incurrido en la resolución de la cuestión de hecho[331]» (cursiva del texto).

---

[327] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 41. En la p. 49 se lee: «… en realidad, no todos los *errores in procedendo* cometidos en el juicio de mérito pueden dar lugar a la casación, sino solamente algunos, taxativamente enumerados por el art. 517 CPC., que de una manera más grave afectan la regularidad de la construcción procesal (véase más adelante, n. 100): de suerte que en esta materia no se puede decir que la Corte de casación se halle instituída para hacer predominar en todos los casos la voluntad del derecho contra la transgresión del juez, cuando la misma se limita a poner de relieve, a base de criterios procesales y no políticos, sólo aquellos poquísimos *errores in procedendo* que la ley considera causas de anulabilidad del fallo, dejando sin control todos los otros *errores in procedendo* que, aun no siendo causas de anulabilidad del fallo, son, sin embargo, verdaderas y propias violaciones de ley procesal» (cursiva del texto).

[328] *Casación civil*. ob. cit., pp. 226-229.

[329] Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil. t. I*. ob. cit., pp. 474-475; *Instituciones de derecho procesal civil. vol. II*. ob. cit., pp. 114-115. También la demás doctrina citada adelante (cap. III, de la tesis).

[330] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 52.

[331] Contiene una nota extensa sobre el debate histórico en Italia entre el sistema de la tercera instancia y la casación única, de la cual se extrae este fragmento relevante para el punto tratado: «… porque los fines que el sistema de la Casación se propone alcanzar son diversos de los

También considera «… que la norma, que obliga al juez a juzgar según la ley, es una norma *de derecho constitucional* que regula las relaciones entre la función jurisdiccional y la función legislativa, y que, por esto, tiene importancia mucho mayor que las numerosas normas procesales que regulan la conducta externa del juez en el desarrollo del proceso»[332] (cursiva del texto).

La limitación del conocimiento del tribunal de casación del *error facti in iudicando* o el control sobre el hecho, ha sido cuestionada por la dificultad, o a veces imposibilidad, de distinguir entre derecho y hecho, como se evalúa (núm. 2.4.4).

Asimismo, a partir de la distinción entre *error in iudicando* y *error in procedendo*, en algunos Estados la casación se ha ordenado dividiendo el recurso en dos, uno por cada tipo de error, como en España, cuya LEC/2000, siguiendo la de 1881[333], regula el recurso de casación (arts. 477-489)[334] y el recurso

Tribunales ordinarios, se debe apreciar este sistema, en relación a los fines a que sirve, con criterios diversos de aquellos con que se mide la bondad de las instituciones ordinarias judiciales». Este fragmento está en la p. 53.

[332] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 55.

[333] Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Real Decreto de 3 de febrero de 1881, por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil.

En la doctrina, en nota de derecho español, Gómez Orbaneja, traductor de las *Istituzioni* de Chiovenda, explica: «En nuestro Derecho, los motivos por que se da el recurso de casación, son los enumerados en los artículos 1692 y 1693 de la Ley de Enjuiciamiento civ. El legislador habla, en un caso, de casación por infracción de ley o doctrina legal (art. 1692), y en otro, de casación por quebrantamiento de las formas *esenciales* del juicio (1693). Las diferencias entre una y otra casación no se limitan a los motivos; son diferentes en su admisión, en su sustanciación, y diferentes por el alcance de la resolución del tribunal cuando casa la sentencia recurrida. Se suele llamar a esas dos especies, para distinguirlas, recurso de fondo y recurso de forma; lo que corresponde a la distinción tradicional entre error *in iudicando* y error o vicio *in procedendo*» (cursiva del texto). Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil. vol. III*. ob. cit., p. 467.

Guasp critica esta clasificación considerando: «… cualquier otra explicación de la distinción que pretendiera hacerse resultaría inexacta, como la que tantas veces se propone erróneamente, asignando a la casación de fondo los *problemas* del *derecho* llamado *sustantivo* y a la casación de forma los *problemas* del *derecho* llamado *procesal*. La casación de fondo puede ser material o procesal, según los casos; a la inversa, si la casación de forma es siempre procesal, no todo lo procesal puede dar lugar a ella, ni debe, tampoco, identificarse con el mero procedimiento o desenvolvimiento extrínseco que el proceso ha de recorrer» (cursiva del texto). Guasp, *Derecho procesal civil*. ob. cit., p. 812.

[334] Bellido Penadés, Rafael (dir.). *El recurso de casación civil*. Madrid: La Ley, 2014.

extraordinario por infracción procesal (arts. 468-476)[335] –con distinta competencia, aunque en la práctica el TS decide ambos recursos–[336], modelo que también rige en algunos países latinoamericanos[337]. En Colombia, desde la Ley 61/1886 (art. 38) se ha establecido solo un recurso, que admite diferentes motivos o causales, que corresponden a uno y otro tipo de error. Actualmente, la casación colombiana mantiene esta tradición[338].

---

[335] Bellido Penadés, Rafael (dir.). *El recurso extraordinario por infracción procesal*. Madrid: La Ley, 2013.

[336] La LEC/2000 dispuso que el recurso de casación sería decidido por el TS (art. 478), mientras que el recurso extraordinario por infracción procesal por los Tribunales Superiores de Justicia (art. 468). Sin embargo, la Disposición final decimosexta fijó un «Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios», que continúa vigente hasta 2020, según el cual:

«1. En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477».

Teniendo en cuenta que la Ley Orgánica del Poder Judicial (7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1.° de julio, del Poder Judicial) no ha sido modificada en cuanto a la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, en la práctica el TS continúa conociendo del recurso extraordinario por infracción procesal.

En la doctrina, Gimeno Sendra, Vicente. «El recurso español de casación civil: Perspectiva de reforma». En: Ortells Ramos, Manuel (coord.). *Los recursos ante los tribunales supremos en Europa*. Madrid: Difusión Jurídica, 2008. pp. 117-152. La referencia es a las pp. 119-120; Bellido Penadés, Rafael. «Presente y líneas de reforma del sistema de recursos en el proceso civil español». En: Ortells Ramos, Manuel y Bellido Penadés, Rafael (dirs.). *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*. Madrid: Dykinson, 2016. pp. 231-274. La referencia es a las pp. 252-256.

[337] En América Latina puede identificarse el modelo en Chile, cuyo Código de Procedimiento Civil de 1902, vigente a la fecha, regula la casación en el fondo (arts. 938 y 940) y en la forma (arts. 938 y 941). Código de Procedimiento Civil. Ley 1552 de 28 de agosto de 1902.

En Panamá, el Código Judicial, adoptado como texto único en 2001, también establece las dos especies de recurso de casación: en el fondo (arts. 1167 y 1169) y en la forma (arts. 1167 y 1170).

Por el contrario, en otros países se unifican en un recurso los motivos o causales de casación, tanto por *error in iudicando*, como por *error in procedendo*, como en Uruguay (Código General del Proceso de 1988, art. 270; que siguió el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988, art. 240, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, liderado por el profesor uruguayo Enrique Véscovi, Secretario General del IIDP); Venezuela (Código de Procedimiento Civil de 1990, art. 313); Perú (Código Procesal Civil de 1992, art. 386); Bolivia (Código Procesal Civil de 2013, art. 271); Ecuador (Código Orgánico General de Procesos de 2015, art. 268); Costa Rica (Código Procesal Civil de 2016, art. 69.2).

[338] En casación civil, los motivos o causales, que incluyen tanto *error in iudicando*, como *error in procedendo*, están contenidas en el CGP, art. 336; en casación penal, CPP (Ley 600/00, art. 207; Ley 906/04, art. 181); y en casación laboral, CPTSS, art. 87.

2.4.3 Objeto de la finalidad. Si bien en los siglos XIX y XX el objeto de esta finalidad de la casación era «mantener la exacta observancia de las leyes», al menos en Italia, como ordenaba el art. 122 de la Legge sull'Ordinamento giudiziario de 1865[339], estableciendo que *«La corte di cassazione e' istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi»* y que reiteró, con una variación, el art. 65 de la misma normativa de 1941[340], consagrando que *«La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale…,»*, Calamandrei[341] hizo un estudio de su contenido para, luego de advertir la vaguedad de su redacción, citando a Mortara, concluir que el significado correcto es que «… la Corte de casación debe entenderse "instituída para mantener la exacta observancia por parte de los órganos jurisdiccionales de la norma que prescribe a los mismos decidir según la ley las controversias confiadas a su juicio"»[342].

Antes, Mattirolo[343] en Italia, y Manresa y Navarro[344] en España, explicaron parcialmente este propósito del Estado a través del recurso de casación de «mantener la exacta observancia del Derecho» o «la estricta observancia de la ley». En similar sentido, Chiovenda[345]. El énfasis de Calamandrei acá es sobre la norma violada y objeto de control jurídico por el tribunal de casación: la que obliga al juez a decidir *secundum ius*.

El sentido dado por la teoría clásica de la casación a la finalidad de defensa de la ley o del derecho objetivo, para usar sus términos, ha sufrido con el avance del tiempo, como es natural, cambios importantes que han incidido en su alcance.

En casación civil, la Ley 61/1886 (art. 38) adoptó este modelo, que ha ido pasando, con reformas, a la Ley 105/1890 (art. 369), Ley 169/1896 (art. 2.°), Ley 103/23 (art. 480, núm. 5.°), CJ/1931 (art. 520), CPC/1970 (art. 368), hasta el CGP/2012 (art. 336).

339 Legge sull'Ordinamento giudiziario de 1865 (Legge, 6 dicembre 1865, n. 2626).

340 Legge sull'Ordinamento giudiziario de 1941 (Regio Decreto, 30 gennaio 1941, n. 12).

341 Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 27-40.

342 *ibid.*, pp. 36, 50.

343 Mattirolo, *Tratado de derecho judicial civil. t. IV*. ob. cit., p. 873.

344 Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada. t. VI*. ob. cit., p. 195.

345 Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil. t. I*. ob. cit., pp. 471-474; *Instituciones de derecho procesal civil. vol. II*. ob. cit., pp. 112-114.

Por consiguiente, a partir de la constitucionalización del derecho y, en particular, del derecho procesal[346], el paradigma de la garantía de los derechos fundamentales ha permeado todo el ordenamiento jurídico hasta el punto de que recientes códigos procesales, como en Colombia[347], no se limitan a atribuir al recurso la función de la defensa de la ley, sino también de los derechos constitucionales, no solo fundamentales[348] (núm. 2.7).

Una incidencia de esta nueva perspectiva sería la incorporación de normas constitucionales, además de instrumentos internacionales de derechos humanos, en la causal universal de «violación de la ley», para que comprenda la normativa que consagra los derechos constitucionales. En Colombia, en materia civil, el art. 336 del CGP establece dicha causal universal, como causal primera por «violación directa de una norma jurídica sustancial» y, en similar sentido, la causal segunda por «violación indirecta de la ley sustancial». La expresión «norma sustancial» podría conducir a la exclusión de normas constitucionales[349], por lo que una opción más amplia, que impediría esta situación, es una regulación como la de la LEC/2000 española, que señala como motivo la «infracción de normas aplicables para resolver

[346] Picó i Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. 2.ª ed. Barcelona: Bosch, 2012.

[347] En materia de casación civil y penal, CGP, art. 333; y CPP (Ley 906/04), art. 180. En materia de casación laboral está atrasada la ordenación del recurso en este aspecto.

[348] Taruffo, «Las funciones de las Cortes Supremas. Aspectos generales». En: Taruffo, Marinoni y Mitidiero (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. ob. cit., pp. 240-242.

[349] En Colombia, p. ej., la Sala de Casación Laboral de la CSJ, aún en vigencia de la Constitución de 1991, en apego extremo a la técnica de casación y al concepto de «precepto legal sustantivo», consideró que las normas constitucionales no son susceptibles de ser invocadas como violadas en casación (p. ej., sentencia de 7 de febrero de 2001, rad. 14.992, MP Carlos Isaac Nader, pp. 8-9). En la p. 9 se lee: «Esta Sala de la Corte tiene dicho que los cánones constitucionales son moldes jurídicos que contienen formulaciones genéricas, mas no derechos específicos laborales, cuya consagración se encuentra en las Leyes, de allí que la causal primera de casación, en materia laboral, estribe en la violación de la Ley sustancial». Este criterio fue corregido (p. ej., SL3424-2018, de 9 de agosto de 2018, rad. 70.342, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, pp. 23-24).

las cuestiones objeto del proceso» (art. 477.1)[350]. A pesar de la disposición, el TS por medio de Acuerdo de 2017 ha fijado los criterios de admisión[351].

A manera de ejemplo del efecto del concepto de norma sustancial en Colombia, es la exigencia, en la casación laboral, de la invocación del art. 467 del Código Sustantivo del Trabajo cuando se trate de derechos consagrados en la convención colectiva de trabajo porque esta no es norma de alcance nacional, sino al interior de la empresa, y el art. 467 es el que define la convención. Esto ha conducido a que la Corte niegue el recurso de casación cuando el recurrente no ha citado el art. 467[352], lo que es un extremo de rigor formal o técnica de casación, que desconoce el principio de tutela jurisdiccional efectiva.

De otra parte, a pesar del consenso general en la doctrina procesal clásica de la casación sobre el alcance de la finalidad de nomofilaquia[353], excepto, entre otras, la anterior crítica de Fábrega Ponce, Taruffo[354] ha cuestionado su sentido, pues considera que, a partir de las teorías de la interpretación, es aceptado que una

---

[350] En el mismo sentido, en la casación social española (en Colombia, laboral). Ley 36/2011, de 10 de octubre. Reguladora de la jurisdicción social; art. 207, lit. e):

«Motivos del recurso de casación.

El recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos:

[…]

e) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate».

En la doctrina, Nieva Fenoll, *El recurso de casación civil*. ob. cit., pp. 160-183; Buendía Cánovas, *La casación civil*. ob. cit., pp. 307-327.

[351] El TS por medio de Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, restringió el ámbito del recurso a ciertos requisitos no establecidos en la LEC/2000, en especial, núm. III, 3, 3.3, A). pp. 7-8. Disponible en la página Web del Poder Judicial: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/En-Portada/La-Sala-Primera-acuerda-los-criterios-de-admision-de-recursos-de-casacion-y-extraordinario-por-infraccion-procesal

[352] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 19 de febrero de 2008, rad. 32.182, MP Luis Javier Osorio López. p. 14.

[353] Por ejemplo, en el derecho comparado iberoamericano, Cuenca, *Curso de casación civil*. ob. cit., pp. 28-29. En Colombia, Morales Molina, *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1963. pp. 40-42; *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1983. pp. 30-32; Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1978. pp. 29-31; *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. pp. 76-77.

[354] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 225-227; «Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidad y justicia». En: Priori Posada (coord.). *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. ob. cit., pp. 133-144. La referencia es a las pp. 138-139.

norma no tiene un «significado exacto», sino que puede tener varios, razón por la cual, es más atendible referirse a la interpretación justa, que a la interpretación exacta. Esto supone un cambio del sentido de la función de nomofilaquia del tribunal de casación y los efectos de su jurisprudencia.

En Colombia, esta finalidad ha sido establecida legalmente a través de los distintos códigos procesales de los siglos XX y XXI, así:

i) En materia civil: *a)* el CJ/1931[355] consagró como fin principal del recurso de casación «unificar la jurisprudencia nacional», no haciendo referencia expresa a la defensa de la ley, pero la jurisprudencia de la CSJ se encargó de interpretar los fines del recurso, incluyendo este, como lo resalta Pérez Vives[356], citando a la Corte; *b)* el CPC/1970[357] sí estableció expresamente como finalidad del recurso de casación civil «proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos», que equivale a la defensa de la ley y; *c)* el CGP/2012[358], ampliando los fines del recurso, reiteró esta finalidad, pero en términos de «defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos

[355] Ley 105 (17, octubre, 1931). Sobre organización judicial y procedimiento civil. Diario Oficial. Bogotá, 1931. núm. 21.823, 24 de octubre; art. 519: «Con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional, pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las siguientes sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia…,».

[356] Pérez Vives, Álvaro. *Recurso de casación en materias civil, penal y del trabajo*. 2.ª ed., aumentada y corregida. Bogotá: Librería Americana Ediciones Lex, 1946. pp. 27-28: «"El recurso de casación, buscando la finalidad principal de unificar la jurisprudencia nacional, se encamina, en cada caso particular, a estudiar y decidir si la ley sustantiva ha sido o no violada por la sentencia de un Tribunal; la sentencia y la ley sustantiva aparecen enfrentadas en el recurso, y es defendiendo la ley, como la Corte casa o no infirma la sentencia. La enmienda de los agravios inferidos a las partes por un fallo del Tribunal, concepto meramente particular y privado, ya no es fin principal del recurso de casación, sino únicamente la defensa de la ley, concepto general que aprovecha no sólo a las partes en juicio, sino a la misma comunidad. Ese es a juicio de la Corte el alcance del art. 519 del C. J. al modificar el artículo 149 de la Ley 40 de 1907, más amplio que el que hoy rige sobre el particular…," (Cas. Junio 1° de 1936, XLIII, 711 y 712)».

[357] Decreto 1400 (6, agosto, 1970). Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Bogotá, 1970. núm. 33.150, 21 de septiembre; art. 365: «Fines de la casación. 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».

[358] Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. ob. cit., art. 333.

internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos».

ii) En materia penal, al menos frente a las normas vigentes, *a)* la Ley 600/2000[359] ordenó como fines del recurso que «La casación debe tener por fines la efectividad del derecho material…,», lo que guarda directa relación con la defensa del ordenamiento jurídico y; *b)* la vigente Ley 906/2004[360] reiteró la finalidad de «la efectividad del derecho material,…».

iii) En materia laboral, el CPT/1948[361], en su redacción inicial, señalaba: «Con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo, habrá lugar al recurso de casación:…»; a partir de la Ley 22/77[362] se eliminó la expresión de la finalidad del recurso para solo indicar la procedencia por la cuantía.

En general, para todas las Salas de Casación de la CSJ, Civil y Agraria, Laboral y Penal, el recurso tiene como finalidad «el control de legalidad de los fallos», según la Ley 270/96[363], Estatutaria de la Administración de Justicia.

A pesar de que no todas las disposiciones sobre el recurso establezcan expresamente como su fin la defensa del ordenamiento jurídico, de modo implícito debe entenderse dicha finalidad, pues la primera de las causales por las cuales procede es porque la sentencia impugnada sea acusada de violar la ley. Aun así, la defensa no es de todo el ordenamiento jurídico, sino solo una parte, lo que excluye ciertos tipos de disposiciones, algo que, en principio, parecería incoherente con la

---

[359] Ley 600 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. ob. cit., art. 206.

[360] Ley 906 (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. ob. cit., art. 180.

[361] Decreto Legislativo 2158 (24, junio, 1948), adoptado como legislación permanente por el Decreto Legislativo 4133 (16, diciembre, 1948). Sobre los procedimientos en los juicios del trabajo. ob. cit., art. 86.

[362] Ley 22 (10, mayo, 1977). Por la cual se modifican las cuantías para el señalamiento de la competencia en materia civil, penal, laboral y contencioso administrativa y se dictan otras disposiciones sobre recursos procesales. Diario Oficial. Bogotá, 1977. núm. 34.796, 31 de mayo.

[363] Ley 270 (7, marzo, 1996). Estatutaria de la administración de justicia. Diario Oficial. Bogotá, 1996. núm. 42.745, 15 de marzo; art. 16, inc. 2.°, modificado por la Ley 1285 (22, enero, 2009). Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial. Bogotá, 2009. núm. 47.240, 22 de enero; art. 7.°.

finalidad del recurso, pero que tiene justificación en la medida que la casación es un medio de control de la resolución judicial en cuanto viola las disposiciones en las que se debe motivar la decisión y no todas tienen esa incidencia.

En la casación civil colombiana, la violación de norma sustancial se puede presentar de tres modos: falta de aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea [CGP, art. 336, núm. 1.°; art. 344, núm. 2.°, lit. a)], que literalmente la norma no exige, pero sí la jurisprudencia[364]. La doctrina[365] y la jurisprudencia[366] desde tiempo atrás han definido el alcance de cada modalidad de violación. Esta es la denominada vía directa. Adicionalmente, el art. 344, núm. 2.° requiere que los cargos se formulen por separado «con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara, precisa y completa», como reitera la CSJ[367]. También se ha admitido la violación indirecta de la norma sustancial a través del error en la prueba (de derecho y de hecho), esto es, el hecho en casación (art. 336, núm. 2.°; art. 344, núm. 2.°, lit. a), inc. 2.°) (núm. 2.4.4). Esta es la llamada vía indirecta.

Esta exigencia legal y, en especial jurisprudencial, se ha denominado rigor formal o técnica de casación (cap. III, núm. 1.3.2).

2.4.4 El hecho en casación. El planteamiento indicado de la teoría clásica de excluir del control del tribunal de casación el *error facti in iudicando* o el control sobre el hecho, llamado también cuestión de hecho, es uno de los aspectos más

[364] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. AC2673-2019, de 8 de julio de 2019, MP Luis Alonso Rico Puerta. pp. 7-9, 11-12.

[365] De la Plaza, *La casación civil*. ob. cit., pp. 213-218; Morales Molina, *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1963. pp. 180-187; *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1983. pp. 129-134; Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1978. pp. 243-255; *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. pp. 315-333.

[366] Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de mayo de 1966, MP Flavio Cabrera Dussán. Gaceta Judicial núm. 2281. p. 111.

[367] Sala de Casación Civil y Agraria. AC5524-2018, de 19 de diciembre de 2018, MP Margarita Cabello Blanco. pp. 15-20.

polémicos[368] en la casación[369]. Como se observa (cap. III, núm. 1.2), un elemento que define la naturaleza jurídica de la casación es que no constituye una tercera instancia y lo que determina, conforme a la teoría clásica, especialmente en la postura de Calamandrei[370], que no sea una tercera instancia, es que el tribunal no

[368] Ya en 1858 Vicente y Caravantes afirmó: "Pasemos á examinar uno de los puntos, en materia de casacion, mas importantes, que mas dificultades ofrecen y que ha producido gran divergencia de opiniones entre los muchos autores que han escrito sobre él, y aun notable diversidad en las sentencias pronunciadas por los tribunales superiores, no solo en España sino en el estranjero (sic). Nos referimos á los limites en que deben circunscribirse las atribuciones, la competencia del Tribunal Supremo, que entiende de la casacion, para apreciar, con relacion á este recurso, las cuestiones de hecho en que se ha fundado el tribunal a quo, al dictar su fallo, segun que estos hechos afecten mas ó menos al derecho, hasta llegar á constituirlo, punto de dificilísima apreciacion, segun que se refieran á los contratos y demás actos é instituciones legales, segun sean relativos á la apreciacion de las probanzas verificadas en los autos, y que sobre estas haya la ley prescrito mas ó menos detenidamente reglas á que deban sujetarse los jueces para graduar la fuerza de las pruebas, y en su consecuencia, segun que esta fuere la de testigos sobre la que parece haber dejado la nueva Ley de Enjuiciamiento civil mayor latitud que las anteriores á los jueces para apreciarla, por disponer en su art. 317, que los tribunales apreciaran, segun las reglas de la sana critica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.

«La materia referente á las cuestiones de hecho y de derecho, dice el señor marqués de Gerona, en su *Exámen del recurso de casacion en España*, es la mas árdua, confusa y contradictoria de que pueden ocuparse los modernos organizadores. No sería posible reunir en algunos volúmenes en folio cuanto sobre este asunto se ha escrito hasta hoy en la vecina Francia, en Bélgica y en Italia.»" (cursiva del texto). La ortografía es la original del texto citado de 1858. Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios. t. IV*. ob. cit., p. 110.

[369] Loreto, Luis. «El hecho y el derecho en la casación civil venezolana». En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*. 1966. núm. 34, pp. 9-26. Caracas, Venezuela: Universidad Central de Venezuela. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/34/rucv_1966_34_9-26.pdf; Morello, Augusto M. *La Corte Suprema en acción*. La Plata: Platense; Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. pp. 371-377; Guasch Fernández, Sergi. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona: Bosch, 1998. pp. 155-226; Nieva Fenoll, *El hecho y el derecho en la casación penal*. ob. cit.

[370] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 27-53, 428-430; *Casación civil*. ob. cit., pp. 226-229. En su segunda obra sobre la materia, *Casación civil*, de 1937, frente a un sector de la doctrina, escribió:

«CONTRA LA TENDENCIA A TRANSFORMAR LA CORTE DE CASACIÓN EN JUEZ DE HECHO.

De todo lo dicho hasta aquí resulta claramente que la casación puede ser modernizada y simplificada en armonía con sus fines, sin por ello abrir la puerta a la tendencia…, a transformarse en una jurisdicción de mérito.

[…]

Por el contrario, el otro aspecto de la tendencia, que yo considero extremadamente peligrosa, es el que tendería a dar a la Corte de casación el poder de reexaminar directamente las circunstancias de la relación controvertida, y hacer sobre ellas obra inmediata y positiva de aplicación del derecho al hecho: ello conduciría verdaderamente a transformar la casación en tercera instancia, y a abolir en

debe tener conocimiento del mérito o fondo del asunto, a lo que se llega por la vía del hecho, pues es posible unificar la interpretación abstracta de la norma, pero no cuando se aprecia el hecho y la prueba, pues esto implica el enjuiciamiento del mérito o fondo del asunto. Sin embargo, a pesar de esta clásica afirmación, como se dice en la cita de Vicente y Caravantes[371] y se continúa discutiendo, resulta difícil, y para algunos, imposible, separar la *quaestio iuris* (el derecho) y la *quaestio facti* (el hecho)[372]. Como expresó Colombo[373], «… en muchos casos –casi en la mayoría– el hecho y el derecho aparecen o entrelazados o separados poco menos que imperceptiblemente, por una pequeña zona gris».

2.4.4.1 Crítica de la doctrina a la distinción entre hecho y derecho. Sobre esta imposibilidad de distinción entre hecho y derecho en la casación penal[374], y en especial, de la falta de fundamento dogmático e histórico que justifique el debate, que luego remite a la casación civil[375], Nieva Fenoll considera, haciendo el análisis histórico de los primeros años del Tribunal de Cassation francés, que «… por el examen rápido y poco detenido que debía realizar de las resoluciones, era imposible

---

el reexamen del mérito la separación entre dos diversos órganos judiciales, la cuestión de derecho y la cuestión de hecho…,». pp. 226-228.

[371] Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios. t. IV*. ob. cit., p. 110.

[372] Satta hizo una crítica a la división entre juicio de hecho y juicio de derecho. Señaló: «Racionalmente, la contraposición no es justificable, porque el juicio es esencialmente unitario». Satta, *Manual de derecho procesal civil. vol. I*. ob. cit., p. 462. A su vez, Liebman afirma: «El error de juicio es el error que comete el juez cuando juzga el fondo de la causa. Pero para llevar a cabo este juicio, el juez debe hacer dos operaciones diversas: de un lado, establecer la certeza de los hechos relevantes, componiéndolos en una estructura unitaria, el hecho específico; y, en segundo lugar aplicar a ella el derecho, valorándola según el derecho y deduciendo de ello las consecuencias debidas (cfr. n. 78). Prácticamente, la distinción entre la cuestión de hecho y la cuestión de derecho es a menudo menos fácil de lo que parezca en abstracto, pero son ciertamente exageradas las afirmaciones de quien sostiene que se trata de un juicio inescindible, que no admite la consideración separada de las dos cuestiones que acabamos de señalar, como está comprobado por la experiencia cuotidiana de muchas cortes supremas operantes en el mundo entero frente a dicha distinción». Liebman, *Manual de derecho procesal civil*. ob. cit., p. 507.

[373] Colombo, *La Corte Nacional de Casación. t. I*. ob. cit., p. 188.

[374] Nieva Fenoll, *El hecho y el derecho en la casación penal*. ob. cit., pp. 30-37, 79-80, 95.

[375] Nieva Fenoll, *El recurso de casación civil*. ob. cit., pp. 141-142.

que juzgara sobre el fondo, pero ello no quiere decir que no pudiera analizar los hechos»[376].

Como se observa, la crítica parte de la base de la inexistencia de un fundamento histórico y dogmático que justifique la bifurcación entre hecho y derecho en casación y, por el contrario, identifica como única razón de su adopción, la ventaja de aliviar la carga de actividad del tribunal de casación[377]. No obstante, en la obra de Calamandrei[378] se puede constatar que el fundamento de esta distinción tiene una base dogmática, consistente en que es un aspecto que permite distinguir la casación de la tercera instancia, en la medida en que la cognición del hecho y la prueba implica el examen de la pretensión y la excepción, conduciendo al mérito o fondo del asunto concreto. Por supuesto, es innegable el efecto práctico de la bifurcación indicada para aliviar la carga de actividad del tribunal.

Más allá del intento de encontrar justificación teórica y práctica de la exclusión del control del tribunal de casación del *error facti in iudicando* o el control sobre el hecho, la historia de la casación muestra que lo cierto es que la ordenación legal de algunos Estados no ha seguido en estricto sentido la teoría clásica y ha admitido el recurso por *error facti in iudicando*, al permitir al tribunal examinar la sentencia impugnada por vicios relacionados con la apreciación del hecho y la prueba. Ciertamente, una de las primeras regulaciones que se apartó del sistema francés e italiano en este sentido, fue la casación española, aunque no en la LEC/1855 (art. 1013)[379], sí en la LEC/1881 (art. 1692.7.°)[380], que consagró como motivo o causal de recurso el error en la apreciación del hecho y la prueba. En Colombia, desde la Ley 61/1886 (art. 38) –primera regulación de la casación–, se admitió como motivo

[376] Nieva Fenoll, *El hecho y el derecho en la casación penal*. ob. cit., p. 35.

[377] *ibid.*, pp. 95-142.

[378] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 369-380, 401-428; *Casación civil*. ob. cit., pp. 99-102.

[379] Al respecto, Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios. t. IV*. ob. cit., pp. 110-140.

[380] Al respecto, Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada. t. VI*. ob. cit., pp. 206-207; De la Plaza, *La casación civil*. ob. cit., pp. 219-270.

o causal el error en la apreciación de la prueba (art. 38, núm. 8.°[381]). En este momento, la casación colombiana mantiene esta tradición[382].

Lo anterior no necesariamente significa que se ha aceptado por el legislador esa inviabilidad de separar el hecho y el derecho en la casación, sino más bien ha tenido fundamento en la necesidad de admitir el recurso para corregir el *error facti in iudicando*, que por su trascendencia en el caso concreto, conduce a la violación de norma sustancial[383], garantizando así que la casación cumpla su finalidad institucional.

Esto se acepta puesto que la disposición puede ser infringida de manera directa, como cuando no se aplica o se interpreta de manera errónea, así como de forma indirecta, cuando en la decisión se incurre en omisión o errónea valoración de la prueba, p. ej., si en la sentencia equivocadamente se considera que entre quienes conforman la parte demandada no existió una simulación de contrato de compraventa, en este caso se estaría violando la norma sustancial que regula el contrato, o si en materia penal se condena al procesado cuando la prueba demuestra que no es responsable del delito, o si en materia laboral se niega la existencia del contrato de trabajo cuando en aplicación del principio de primacía de la realidad sí existió y así está probado, pero el juez concluye lo contrario.

---

[381] El texto de la norma es: «Son causales de nulidad, para el efecto de interponer recurso de casación, los hechos siguientes:
[…]
8°. Haberse incurrido, en la apreciación de las pruebas, en error de derecho o en error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador».

[382] En casación civil, el error en la apreciación de la prueba, como motivo o causal, está contenido en el CGP, art. 336, núm. 2.°; en casación penal, CPP (Ley 600/00, art. 207, núm. 1.°; Ley 906/04, art. 181, núm. 3.°); y en casación laboral, CPTSS, art. 87, núm. 1.°.

En casación civil, la Ley 61/1886 (art. 38, núm. 8.°) consagró el error en la apreciación de la prueba como motivo o causal, que ha ido pasando, con reformas, a la Ley 105/1890 (art. 369, núm. 1.°), Ley 169/1896 (art. 2.°, núm. 1.°), Ley 103/23 (art. 480, núm. 5.°-1.°), CJ/1931 (art. 520, núm. 1.°), CPC/1970 (art. 368, núm. 1.°), hasta el CGP/2012 (art. 336, núm. 2.°).

[383] Morales Molina, *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1963. pp. 199-202; *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1983. pp. 145-147; Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1978. pp. 268-270; *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. pp. 356-358.

2.4.4.2 Defensa de la distinción entre hecho y derecho. A pesar de todo, en cuanto a la posibilidad de la distinción entre hecho y derecho en general, no limitada a la casación, es posible encontrar ejemplos claros de actividad de órganos jurisdiccionales que en su labor solo deben interpretar el derecho, sin aplicarlo a un hecho específico, sin hacer producir la consecuencia jurídica prevista en la disposición, al menos, se hace referencia, a una relación sustancial. Es el caso del tribunal constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad abstracto de las normas jurídicas[384], que hace un control general para determinar si una disposición específica es contraria o no a la Constitución, sin que deba identificar un hecho específico, ni un sujeto determinado.

Claro, el tribunal constitucional parte de hipótesis de hecho para analizar diferentes alcances interpretativos que pueda tener la norma frente a la Constitución, y en casación, en esto parece que ha estado el centro de gravedad de la cuestión, pues la doctrina clásica parte de la base de que en casación no es permitido al tribunal aplicar la interpretación unificada al hecho discutido en el proceso, debido a que esa labor corresponde a los jueces de instancia, pero no significa que se propugne por una interpretación ajena a los hechos en general, o que no tenga en cuenta el contexto social de la época. Si bien la naturaleza jurídica del control constitucional de la normativa que hace el tribunal constitucional, y del control de legalidad de la sentencia que hace el tribunal de casación, es diferente, el punto que se pretende resaltar es que el primero sí puede interpretar la norma sin aplicarla a un hecho concreto.

---

[384] En Colombia, el control de constitucionalidad está asignado a la CC (CP, art. 241). El Decreto 2067/91 establece el «régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional».

Sobre la manera del control de constitucionalidad, el art. 22 del Decreto 2067/91 preceptúa: «La Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente los del Título II, salvo cuando para garantizar la supremacía de la Constitución considere necesario aplicar el último inciso del artículo 21.
La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso».

También el CE ejerce el control de las «acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional» (CP, art. 237, núm. 2.°).

La crítica a la idea clásica en la casación ha advertido la inviabilidad de separar hecho y derecho, lo que es aceptado para la aplicación del derecho, pero no lo parece para la sola interpretación. El caso del tribunal constitucional muestra que no solo teóricamente es posible, sino que en la práctica un órgano jurisdiccional, de creación histórica posterior al tribunal de casación, lo evidencia con su labor.

Sobre la naturaleza de la actividad del tribunal constitucional en este aspecto, la CC[385] considera que «Este juicio [de constitucionalidad] no es entonces posible si no se establece previamente el significado de la norma legal. Ningún tribunal constitucional puede entonces eludir la interpretación de las normas legales».

Más cercano al punto de la bifurcación entre hecho y derecho, en general, es la tesis de la CC[386] de reconocer que en algunos casos el control de constitucionalidad abstracto se debe hacer partiendo de elementos empíricos, lo que equivale al hecho, pero entendido como el contexto, no el hecho de una relación sustancial concreta:

> «Con todo, lo anterior no significa que el juicio de constitucionalidad excluya cualquier consideración empírica, pues el juez constitucional no puede ignorar el contexto histórico y la realidad social en donde toma sus decisiones. Por ello, en muchas sentencias promulgadas por esta Corte en desarrollo del control abstracto de constitucionalidad de las leyes, los elementos empíricos han jugado un papel esencial a tal punto que han incluso determinado el sentido de la decisión, para lo cual, basta recordar algunos ejemplos».

También es posible identificar otro ejemplo de un órgano jurisdiccional que al interpretar el derecho, no hace aplicación de esa interpretación a un hecho específico, como en el ejercicio de una función consultiva, que es el caso, p. ej., de

[385] Sentencia C-496/94, de 3 de noviembre de 1994, MP Alejandro Martínez Caballero. p. 8.

[386] Sentencia C-1489/00, de 2 de noviembre de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero. pp. 39-40.

las Opiniones Consultivas que emite la CIDH[387] o en Colombia, la Sala de Consulta y Servicio Civil del CE[388]. Claro, puede oponerse que, siendo órganos jurisdiccionales, esta función consultiva, en el caso de la CIDH no es función contenciosa –pero sí es jurisdiccional[389]–, y en el caso del CE no es función jurisdiccional. Aun así, sí son claros ejemplos de la labor de una autoridad judicial en la interpretación de una norma, sin llegar a la aplicación, lo que permite observar en la práctica la distinción entre hecho y derecho.

Por supuesto, no se afirma que la labor del tribunal de casación sea de la misma naturaleza jurídica, ni con el mismo efecto, que la cumplida por estos órganos jurisdiccionales que cumplen una función consultiva, solo que son citados como ejemplos de revisión de un punto de derecho, sin que necesariamente se pueda considerar aplicación del derecho al hecho.

---

[387] La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969 establece la función consultiva de la CIDH (art. 64). A nivel de Reglamento, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Reglamento Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado de 16 al 28 de noviembre de 2009, arts. 70-75.

En la doctrina, Guevara Palacios, Augusto. *Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Interpretación constitucional y convencional*. Barcelona: Bosch, 2012. Corresponde a la tesis doctoral del autor, *Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: delimitación, naturaleza y efectos jurídicos en los Estados americanos*. Tesis doctoral. Director: Santiago Ripol Carulla. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2007. 641 p.; Sandoval Bernal, Álvaro. *La jurisdicción consultiva de las cortes internacionales*. Bogotá: Tirant, 2019.

[388] La Constitución de 1991 establece la función consultiva del CE para «Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen» (art. 237, núm. 3.°). A su vez, la Ley 270/96, Estatutaria de la Administración de Justicia, señala las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, siendo la primera «Absolver las consultas jurídicas generales o particulares, que le formule el Gobierno Nacional» (art. 38, núm. 1.°); también fija esta ley el número de consejeros de esta Sala en cuatro (art. 34, inc. 2.°; mod. Ley 1285/09, art. 9.°). La Ley 1437/11, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, establece la integración (4 magistrados) y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil (art. 112), así como la obligatoriedad de su concepto previo en algunos asuntos (art. 113). El art. 112, inc. 1.° consagra que «Sus miembros no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales».

[389] Nikken, Pedro. «La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». En: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México: UNAM, 1999. pp. 160-181. La cita es de las pp. 172-174. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf

También la academia en su doctrina hace interpretación, pero no aplicación del derecho al hecho; trabaja con hipótesis, pero no las aplica, y no puede, a un caso concreto.

Partiendo del examen de casos específicos de la casación colombiana, es viable considerar que la postura citada de Liebman[390], de «la distinción entre la cuestión de hecho y la cuestión de derecho» sí es posible en la actividad del tribunal de casación, haciendo estas aclaraciones necesarias:

i) La doctrina clásica, al menos Calamandrei[391] y Chiovenda[392], sostuvo que la caracterización del tribunal de casación como juez de derecho no es general, sino en especial frente al *error in iudicando* (prohibición de conocimiento del *error facti in iudicando*), mientras que sí puede considerarse juez de hecho respecto del *error in procedendo*. Luego, el debate a partir de la crítica a la doctrina clásica debe centrarse en el *error facti in iudicando*.

Con el propósito de aquilatar los conceptos, es conveniente referirse solo con la denominación de *hecho en casación* a la situación fáctica de la relación sustancial, que constituye el tema de prueba del proceso, y con el nombre de *acto procesal* a la actuación procesal. Así, el *error facti in iudicando* recaería sobre el hecho y el *error in procedendo* sobre el acto procesal. Esto evitaría afirmar que la cognición del tribunal sí se extiende al hecho, solo que, aclarando, al hecho procesal.

ii) La crítica a la doctrina clásica se fundamenta en que la labor del juez y, en especial, del tribunal al juzgar es inescindible, ya que el derecho no se concibe sin el hecho[393].

---

[390] Liebman, *Manual de derecho procesal civil*. ob. cit., p. 507.

[391] Calamandrei, *Casación civil*. ob. cit., pp. 226-229.

[392] Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil. t. I*. ob. cit., pp. 472-475; *Instituciones de derecho procesal civil. vol. II*. ob. cit., pp. 112-115. También la demás doctrina citada adelante (cap. III, de la tesis).

[393] Satta, *Manual de derecho procesal civil. vol. I*. ob. cit., p. 462; Guasp, *Derecho procesal civil*. ob. cit., p. 809. Recién, Guasch Fernández, *El hecho y el derecho en la casación civil*. ob. cit.; Nieva Fenoll, *El hecho y el derecho en la casación penal*. ob. cit.

iii) Entendiendo que la tesis de la doctrina clásica consiste en que el tribunal de casación tiene restricción en su poder de decisión en el conocimiento del hecho, como sería valorar la prueba, y que está dirigida a que el tribunal no aplique la interpretación de la norma directamente al caso concreto que sirve de medio para la actividad de la casación. Esto no significa, en estricto sentido, que en la revisión de la decisión no se vea el contexto en el cual el juez de apelación infringió la norma, p. ej., interpretada de manera errónea, esto es, el tribunal parte de la disposición para hacer el ejercicio de interpretación[394], para luego revisar la del juez de apelación, que está conectada al hecho, pero el tribunal no hace el ejercicio de subsunción del hecho en la norma interpretada, pues no se limita al hecho concreto, sino que debe ser aplicable a otros supuestos fácticos futuros, diferentes al hecho pertinente del caso[395].

iv) Incluso en la casación colombiana, en la que no existe el reenvío y el tribunal cumple dos funciones, una de casación y otra de instancia (cap. IV, núm. 1.3), tratándose de violación de norma sustancial, es posible distinguir entre hecho y

---

[394] Desde el punto de vista metodológico, la elaboración de la decisión judicial conduce a que la motivación inicie con la selección de la disposición y su interpretación, para luego descender al caso concreto y hacer la subsunción del hecho en la norma, para llegar a la decisión. Villamil Portilla, Edgardo. *Estructura de la sentencia judicial*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008. pp. 103-107.

Taruffo denomina «Características generales del razonamiento decisorio» e incluye las siguientes: *i)* la individuación de la *ratio decidendi*, *ii)* la individuación de la norma, *iii)* la constatación de los hechos, *iv)* la calificación jurídica de los hechos concretos del caso y; *v)* la decisión. Además de estas características, que pueden identificarse como etapas del *iter* decisorio, incluye la racionalidad del razonamiento decisorio. Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011. pp. 213-249.

[395] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 371-372. En la p. 372 se lee la conclusión, a manera de principio, elaborada por Calamandrei: *«… el conocimiento de la Corte de casación debe limitarse a las solas cuestiones, de cuya correcta resolución pueda derivar, aun fuera de la concreta controversia con ocasión de la cual han surgido, un influjo regulador sobre la futura interpretación jurisprudencial del derecho objetivo»* (cursiva del texto).

Chiovenda explica: «Sin embargo, no debe creerse que las cuestiones y el juicio de *derecho* comprendan sólo lo que resulta de la *letra* de la ley. Toda norma implica, para poder ser aplicada, una serie de juicios *generales de hecho*, esto es, de juicios que tienen por base la observación de cuanto comúnmente ocurre…,» (cursiva del texto). Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil. vol. II*. ob. cit., pp. 112-113.

derecho, que en ocasiones puede ser una línea delgada, a partir de casos concretos conocidos por la CSJ.

En efecto, la CSJ[396] decidió un recurso de casación contra una sentencia de segunda instancia, que había revocado la de primera, que a su vez, había negado la pretensión de resolución de contrato de compraventa de bien inmueble. En lo que interesa sobre la distinción entre hecho y derecho en casación, el punto más relevante era la interpretación de la disposición que define la fuerza mayor o caso fortuito (Ley 95/1890, art. 1.°) y su aplicación para la exoneración de responsabilidad civil. El juez de apelación consideró que no hubo fuerza mayor en el hecho invocado por el demandado, pero la Corte hizo la interpretación de la disposición, partiendo de los elementos normativos y en dicha interpretación no se observa que aparezca el hecho concreto discutido en el proceso. En efecto, la Corte, en lo más relevante sostuvo:

> «A. La imprevisibilidad, rectamente entendida, no puede ser desentrañada - en lo que atañe a su concepto, perfiles y alcance - con arreglo a su significado meramente semántico, según el cual, imprevisible es aquello “Que no se puede prever”, y prever, a su turno, es "Ver con anticipación" (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), por manera que aplicando este criterio sería menester afirmar que es imprevisible, ciertamente, el acontecimiento que no sea viable contemplar de antemano, o sea previamente a su gestación material (contemplación *ex ante*).
>
> Si se aplicase literalmente la dicción en referencia, se podría llegar a extremos irritantes, *a fuer* que injurídicos, habida cuenta de que una interpretación tan restrictiva haría nugatoria la posibilidad real de que un deudor, según el caso, se liberara de responsabilidad en virtud del surgimiento de una causa a él extraña, particularmente de un caso fortuito o fuerza mayor. Desde esta perspectiva, no le falta razón al Profesor italiano Giorgio Giorgi, cuando puntualiza que "...se trata de -una- imprevisibilidad específica, esto es, imposibilidad de preveerle en las circunstancias en que se verifica

[396] Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 23 de junio de 2000, rad. 5475, MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. pp. 11-17.

> y hace imposible el cumplimiento. **De otro modo, ¿ se podría hablar alguna vez del caso fortuito?"** [397].
>
> […]
>
> En síntesis, sin perjuicio de algunas matizaciones o combinaciones efectuadas por la Corte en el pasado (Sentencia del 26 de enero de 1.982, entre otras), tres criterios sustantivos han sido esbozados por ella, en orden a establecer cuando un hecho, *in concreto*, puede considerarse imprevisible, en la medida en que es indispensable, como lo ha recordado la Corte una y otra vez, examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual, a fin de obviar todo tipo de generalización: 1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo (cursiva y negrita del texto).

De la motivación citada de la anterior sentencia, es posible observar la interpretación que el tribunal hizo de la norma sustancial (Ley 95/1890, art. 1.°) aplicable al caso concreto, pero sin que hasta ese momento hubiere realizado el examen del hecho pertinente (la existencia o inexistencia de fuerza mayor como causa extraña que exonera de responsabilidad). Esta labor corresponderá al juez de segunda instancia, que en la casación colombiana también está a cargo del tribunal de casación –inaceptable dogmáticamente en la teoría clásica de Calamandrei[398], que vería en esto una tercera instancia–.

En la práctica, cumpliendo una función de instancia, esto es, en lugar de adoptarse el reenvío, se observa la distinción entre hecho y derecho en un caso concreto. Incluso, de existir el reenvío en nuestro país frente al motivo o causal de violación de norma sustancial, de la misma manera habría actuado la Corte, pero en lugar de decidir a continuación, como lo hizo en el caso específico, hubiere reenviado el expediente al juez de segunda instancia, para que este, a partir de la

---

[397] Teoría de las obligaciones, Reus, Madrid, Vol II, 1.928, p. 39. Cfme: A. Weill y F. Terré,. Droit Civil. Les Obligations, Dalloz, 1.986, p. 432., y Fernando Fueyo Laneri. Derecho Civil. De las obligaciones, Vol I., Santiago de Chile, 1.958, p. 264. Esta nota es de la cita.

[398] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 273-286, 390-399, 437-443; *Casación civil*. ob. cit., pp. 183-212.

interpretación fijada por el tribunal de casación, emitiera la sentencia de reemplazo de la casada, ahora sí, subsumiendo el hecho pertinente en la norma sustancial, pero conforme a la interpretación unificada por el tribunal.

2.5 Fin de unificación de la jurisprudencia

Esta es la segunda faceta que la doctrina clásica[399] ha atribuido a la finalidad pública de la casación y se concreta en la misión que tiene el tribunal de casación, como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, de unificación o uniformidad de la jurisprudencia a través de criterios o parámetros que puedan servir de guía a los jueces de instancia para la aplicación e interpretación conforme de la disposición. Es un *aspecto positivo* según Calamandrei[400] porque el tribunal, al uniformar la jurisprudencia, aporta al ordenamiento jurídico el sentido de la norma, con lo cual construye.

[399] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 65-99.

[400] *ibid.*, p. 102: «… en cuanto tiende a asegurar en el Estado la uniformidad de la jurisprudencia y, por consiguiente, la unidad y la igualdad del derecho objetivo, a través de la revisión y de la selección de las diversas interpretaciones de una misma norma jurídica, coexistentes en la jurisprudencia a causa de la pluralidad simultánea de los órganos judiciales de un mismo grado: desde este punto de vista, la Corte de casación no se limita a destruir, sino que contribuye potentemente a disciplinar y a fijar la fecunda obra de integración del derecho objetivo que se lleva a cabo ininterrumpidamente por la jurisprudencia». La traducción de Sentís Melendo usa la expresión *negativo* en lugar de *positivo*, pero se entiende que fue un *lapsus cálami* de traducción o imprenta, pues Calamandrei usó la palabra *positivo*, *La Cassazione civile. vol. II. Disegno generale dell'istituto*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1920. p. 92.

Taruffo denomina este aspecto como *función proactiva*, en el sentido del autor, de la Corte Suprema. Taruffo, «Las funciones de las Cortes Supremas. Aspectos generales». En: Taruffo, Marinoni y Mitidiero (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. ob. cit., p. 234.

Es preciso recordar que, conforme a Calamandrei[401], este propósito de la casación no es para la elaboración de la jurisprudencia, sino para la unificación de la diversidad de la interpretación[402] jurisprudencial.

La justificación de esta función se sustenta en dos aspectos que son «conexos entre sí y complementarios»[403]: «de la unidad del derecho positivo en el Estado y de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley» y guarda relación directa con el deber del juez de motivar la decisión judicial[404]. Ahora puede adicionarse que la jurisprudencia tiene un papel trascendental en la garantía de los derechos constitucionales[405], en la medida en que la interpretación que los tribunales supremos, como los tribunales constitucional, supranacionales y de casación, han dado a los distintos ordenamientos jurídicos, ha permitido la consolidación del Estado social de derecho, pues es aceptado que el salto del Estado de derecho no consistió solo en la consagración constitucional de una declaración de derechos, sino en mayor medida en la garantía de su efectividad.

A pesar de que se presentan como dos aspectos diferenciados de la finalidad pública –defensa del ordenamiento jurídico y unificación de la jurisprudencia–, Calamandrei[406] sostuvo la «combinación» de ambas en la «exacta interpretación de la ley»[407]. Esta expresión contenida en el art. 122 de la Legge sull'Ordinamento giudiziario de 1865, que establecía que *«La corte di cassazione e' istituita per*

---

[401] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 99: «Es necesario, por el contrario, recordar, si se quiere tener presente la verdadera finalidad de la Casación y definirla correctamente, que la misma no está instituida para interpretar el derecho objetivo, sino para *unificar* el trabajo de interpretación jurisprudencial que se realiza en colaboración por todos los órganos judiciales…;» (cursiva del texto). Este aspecto es resaltado también por De la Plaza, *La casación civil*. ob. cit., pp. 23-24.

[402] La interpretación en la casación puede ajustarse al concepto de *producto*, en lugar de *proceso*, en términos de Guastini. Guastini, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Traducción de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. pp. 31-32.

[403] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 82.

[404] *ibid.*, pp. 87-88.

[405] Tolosa Villabona, Luis Armando. *La jurisprudencia como medio para la protección de los derechos fundamentales*. Tesis doctoral. Directora: Ana Yasmín Torres Torres. Bogotá: Universidad Libre. 2020. 397 p.

[406] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 108-109.

[407] En desacuerdo, Fábrega Ponce, «Finalidad de la casación en los ordenamientos latinoamericanos». ob. cit., p. 393.

mantenere l'esatta osservanza delle leggi» y que reiteró el art. 65 de la misma normativa de 1941, que consagraba *«La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale…,»*, así explicado debiera ser entendido en su justa medida conforme a las modernas teorías de la interpretación que admiten varios significados de la disposición y no uno, menos «exacto».

2.5.1 ¿Exacta interpretación o una de varias interpretaciones posibles? A la explicación anterior puede oponerse la idea de Kelsen[408], contemporáneo a Calamandrei, al sostener que «… la interpretación de una ley no tiene por qué conducir necesariamente a que se considere como correcta una única decisión, sino que posiblemente conducirá a varias, todas ellas con el mismo valor en la medida en que se ajusten a la norma aplicable pero, sin embargo, tan solo una de ellas se convertirá en derecho positivo por medio del acto que dicte la sentencia judicial».

En efecto, en las modernas teorías de la interpretación, sobre este punto, Guastini[409], partiendo de la distinción entre disposición y norma, siendo disposición el «enunciado normativo contenido en una fuente del derecho» y norma el «contenido de significado», explica que una disposición puede tener varias normas, refiriéndose al significado complejo de la disposición. Para aumentar el punto, también señala que es posible y, se observa en la actividad del tribunal de casación, como de todo juez, «que una norma se extrae por vía interpretativa no ya de una sola disposición, aisladamente considerada, sino de una pluralidad de disposiciones combinadas»[410].

Además, es relevante tener en cuenta el contexto social y político en el que se realiza la interpretación, pues hay disposiciones legales que pudieron ser expedidas en otra época y continúan vigentes, siendo necesario adecuar dicha

---

[408] Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Traducción de la primera edición de *Reine Rechtslehre* (1934) a cargo de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez. Madrid: Trotta, 2011. p. 104.

[409] Guastini, *Interpretar y argumentar*. ob. cit., pp. 77-87.

[410] *ibid.*, p. 82.

interpretación, como sucede en Colombia con el Código Civil de 1873 y el Código Sustantivo del Trabajo de 1950.

También es conveniente considerar no solo el contexto social y político, sino el ordenamiento jurídico en el cual se hace la interpretación, pues era diferente el alcance dado a una disposición civil o laboral frente a la Constitución de 1886, que a la Constitución de 1991, debido a que, como explica Zagrebelsky[411], «En el Estado liberal de derecho, no se sentía la agudeza de estos problemas y la interpretación podía reducirse a la búsqueda del significado de las normas queridas por el legislador. Ello derivaba no de una mejor y más clara doctrina de la interpretación, sino simplemente de un contexto político y cultural homogéneo y de situaciones sociales mucho más estables que las actuales».

Es claro que la «exacta interpretación de la ley», defendida por Calamandrei y adoptada por la casación italiana, resultó ser producto de las ideas de la Revolución francesa (cap. IV, núms. 2.1 y 2.2), más que de una posibilidad real.

2.5.2 Unificación de la jurisprudencia en el espacio y tiempo. Por otra parte, la unificación de la jurisprudencia debe entenderse, como expresó de modo sintético Mattirolo[412], en uniformidad en el espacio, no el tiempo, pues el derecho evoluciona y su uniformidad permanente impediría ese avance. También Calamandrei advirtió este aspecto[413].

---

411 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 11.ª ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 145.

412 Mattirolo, *Tratado de derecho judicial civil. t. IV*. ob. cit., p. 874: «Unidad no quiere decir lo mismo que *inmovilidad*. El Tribunal de casación, al igual que cualquiera otra Magistratura y que, en general, toda institución social, puede y debe seguir el movimiento *progresivo* del derecho y de la ciencia…;» (cursiva del texto).

413 Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 82-84; *Casación civil*. ob. cit., pp. 215-216: «Pero unificación de la jurisprudencia no significa, como tantas veces lo hemos advertido, inmutabilidad de la interpretación judicial, que querría decir *paralización del derecho*: unificación de la jurisprudencia significa tendencia a la uniformidad de la interpretación judicial *en el espacio* (de modo que en un cierto momento la misma norma jurídica sea interpretada del mismo modo en todo el territorio del Estado), pero *no en el tiempo* (de manera que no se excluya la evolución jurisprudencial del derecho, esto es, la posibilidad de sustituir en un momento posterior, siempre que se lo haga de manera uniforme para todo el Estado, una nueva interpretación, socialmente más

Calamandrei[414] describió los diversos medios para alcanzar la uniformidad de la interpretación jurisprudencial, iniciando con la posibilidad solo teórica, porque inmediatamente la descartó, de prohibición de la motivación de la decisión, pues esta da origen a la diversidad de criterios; luego consideró el sistema de precedentes descartando su coherencia con la casación, al partir de la base, en principio cuestionable, de que «el segundo juez está siempre obligado a ajustarse a la resolución tomada por su predecesor (*stare decisis*)…», sin analizar todos los aspectos inherentes al precedente y desconociendo que este no es vinculante de modo absoluto[415], al menos en el sistema norteamericano (cap. I, núm. 3.1). Después examinó la interpretación auténtica concluyendo que la experiencia había mostrado su inutilidad práctica, aunque reconoció su carácter excepcional; por último, analizó el sistema de la casación como vértice de la interpretación jurisprudencial, que llamó en su estudio de 1937[416], la función «ejemplar» de la Corte de casación. Al respecto, sostuvo[417]:

> «… la diversidad de las opiniones, resultado inevitable en los grados inferiores de la diversidad de los órganos juzgadores, se va simplificando a medida que la jurisdicción se reduce, en los grados intermedios, a un número de órganos cada vez

adecuada al espíritu de la época, a la precedentemente acogida y que se demuestre superada)» (cursiva del texto).

Taruffo advierte la ambigüedad en este punto: «… se presenta el problema de qué uniformidad, en qué grado y en qué modo concretada es la racionalmente posible en un sistema que también debe asegurar la necesaria evolución de la jurisprudencia». *El vértice ambiguo*. ob. cit., p. 21.

[414] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 87-99. Además de estos medios, es preciso recordar lo que, en otra parte de su obra, al analizar los distintos proyectos de reforma de la casación, entre el debate por la casación única o la tercera instancia, se planteó con relación a la imposibilidad práctica de la uniformidad de la jurisprudencia, formulada en el proyecto Orlando de 1908-1909. ob. cit., pp. 410-411.

[415] Como explican Cross y Harris, «… de acuerdo con la que había sido la práctica judicial prevaleciente desde 1898 hasta 1966, la Cámara de los Lores estaba obligada de forma absoluta a seguir sus propios precedentes…,». Cross, Rupert y Harris, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Traducción de María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 26. Siguiendo a los autores citados, en 1966 se expidió la Declaración de Práctica (Practice Statement), que flexibilizó el acatamiento del precedente, p. 25. Esto significa que, en 1920, año de publicación de *La Cassazione civile*, en el derecho inglés el precedente sí era obligatorio, aunque no en el derecho norteamericano.

[416] Calamandrei, *Casación civil*. ob. cit., pp. 19-20.

[417] *ibid.*, p. 92.

menor, y se elimina en absoluto cuando el órgano supremo, al que corresponde la última palabra acerca de todas las cuestiones jurídicas dudosas, atrae a sí las resoluciones discordantes, las parangona, las selecciona y las unifica al escoger entre todas las más fundada.

De este modo, la Corte de casación, colocándose como vértice y centro del ordenamiento judicial para resolver con su jurisprudencia los desacuerdos de la jurisprudencia inferior, trata de alcanzar la finalidad de la unificación jurisprudencial…».

2.5.3 Alcance de la interpretación jurisprudencial unificada. Siendo la unificación de la jurisprudencia una de las finalidades de la casación, es natural considerar que los criterios o parámetros fijados por el tribunal de casación puedan tener algún efecto en las decisiones de los jueces de instancia, pues de lo contrario, no tendría mayor utilidad dicha atribución. Esto lleva a la cuestión sobre el valor de la jurisprudencia del tribunal, en concreto si es un criterio auxiliar u obligatorio para los jueces, lo que guarda relación con las fuentes formales del ordenamiento jurídico y plantea la posibilidad de adoptar uno de varios mecanismos que ofrece la regulación de la casación en el derecho comparado.

En este sentido, principalmente se puede optar entre dos instituciones[418]: *i)* la doctrina del tribunal, llamada en Colombia doctrina probable o; *ii)* el precedente. La doctrina probable es propia de la casación colombiana, y a pesar de ser herencia española, ni siquiera en España se mantiene; en el derecho comparado, como regla general, la jurisprudencia del tribunal, en especial, constitucional, se enmarca en el precedente.

Así como en la finalidad de defensa del ordenamiento jurídico o de nomofilaquia, en esta otra faceta existen variables que inciden en su definición y

[418] Un medio distinto es el de la *súmula vinculante* del sistema brasileño. Taruffo, «Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidad y justicia». En: Priori Posada (coord.). *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. ob. cit., pp. 136-137; Berizonce, Roberto Omar. «Las funciones de la Corte Suprema: en el tránsito hacia un nuevo modelo». En: Oteiza, Eduardo (coord.). *Cortes supremas. Funciones y recursos extraordinarios*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011. pp. 107-138. La referencia es a las pp. 118-122.

alcance. Uno particular es el resaltado por Taruffo[419], que llama ejemplo, a partir de la circulación del derecho extranjero, que consiste en la tendencia en algunos tribunales de casación de tener en cuenta la interpretación judicial de otros tribunales de casación, así como de tribunales supranacionales, no por que resulte obligatoria, sino por su efecto persuasivo. Es decir, el destinatario de la unificación jurisprudencial no son solo los jueces de instancia nacionales, sino puede tener cierta persuasión en la labor de tribunales extranjeros y supranacionales, en una modalidad de diálogo judicial, aunque pueda ser unidireccional, como sucede con la recepción de tribunales extranjeros y supranacionales.

2.5.4 Crítica de la doctrina al fin de unificación de la jurisprudencia. Frente a la idea clásica de la unificación de la jurisprudencia como una de las facetas o aspectos de la finalidad pública de la casación, también se ha presentado crítica de la doctrina, que puede ordenarse en dos tipos: *i)* prevalencia entre los aspectos que conforman la finalidad (Guzmán Fluja), que pregona la redefinición de los fines del recurso de casación, haciendo de la finalidad uniformadora la primordial y; *ii)* confusión de la finalidad (Nieva Fenoll, Buendía Cánovas), que postula la tesis según la cual en el fondo, la unificación de la jurisprudencia no es un fin de la casación, sino el medio para alcanzar la finalidad de nomofilaquia, que considera el objetivo principal.

Guzmán Fluja[420] sostiene la tesis de la finalidad de uniformidad o unificación de la jurisprudencia como el «centro de gravedad del sistema», el «fin primordial del recurso de casación», siendo la finalidad de nomofilaquia y de la defensa del interés del recurrente «otros fines», sin que tampoco se desconozcan por el autor, pero no tienen la misma relevancia de aquel.

---

[419] Taruffo, «Las funciones de las Cortes Supremas. Aspectos generales». En: Taruffo, Marinoni y Mitidiero (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. ob. cit., pp. 245-246.

[420] Guzmán Fluja, *El recurso de casación civil*. *(Control de hecho y de derecho)*. ob. cit., pp. 22-38.

Contrario a la tesis anterior, a manera de crítica a esta finalidad de unificación de la jurisprudencia, Nieva Fenoll[421] considera que el fin principal de la casación es la defensa del ordenamiento jurídico, sin desconocer la defensa del *ius litigatoris*[422], siendo la uniformidad de la jurisprudencia un fin aparente.

2.5.5 Defensa del fin de unificación de la jurisprudencia. Frente a la crítica citada de Nieva Fenoll es posible, a partir de la actividad del tribunal de casación, considerar un argumento en virtud del cual es viable que el tribunal, al decidir el recurso, no en todos los casos agote las dos facetas o aspectos, pues es posible que no case o anule la sentencia, y aunque el planteamiento del autor se ubica en la hipótesis en que sí casa, y de ahí por derivación unificar la jurisprudencia, también es posible sostener que no siempre que se casa la decisión impugnada, se unifica la jurisprudencia.

En efecto, respecto a lo segundo, que es la base de la crítica del autor –que el tribunal case o anule– es admitido en la ordenación legal del recurso, que el tribunal haga la rectificación doctrinaria, lo cual garantiza la uniformidad de la jurisprudencia, sin casar o anular antes la resolución recurrida, como sucede en Colombia en materia de casación civil, según el art. 349, inc. 4.° del CGP[423].

---

[421] Nieva Fenoll, *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. ob. cit., pp. 56, 122-135; *El hecho y el derecho en la casación penal*. ob. cit., p. 81; *El recurso de casación civil*. ob. cit., pp. 76-78.

[422] En estudio posterior, Nieva Fenoll sostuvo: «Personalmente también he defendido que el fin principal de la casación sea el *ius constitutionis*. Pero, jamás se me ha ocurrido pensar que el *ius litigatoris* no sea un fin, siquiera mediato, de la casación […] Por ello, mantengo que los Tribunales de casación deben hacerse cargo del derecho del recurrente, porque si no se ocuparan de ese derecho no podrían cumplir su función nomofiláctica. […] ¿Para qué queremos un Tribunal de casación, concebido para proteger el ordenamiento jurídico, que en realidad no protege a aquellas partes de dicho ordenamiento que son más próximas al ciudadano?». Nieva Fenoll, Jordi. «La relevancia social de la casación: la importancia del *ius litigatoris*». En: *XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2006. pp. 587-614. La cita es de la p. 592. Citado por Jaramillo J., Carlos Ignacio, en Tamayo Jaramillo, Javier y Jaramillo J., Carlos Ignacio. *El precedente en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Ibáñez, 2012. pp. 282-283.

[423] «La Sala no casará la sentencia por el solo hecho de hallarse erróneamente motivada, si su parte resolutiva se ajusta a derecho, pero hará la correspondiente rectificación doctrinaria».

A pesar de los planteamientos de los anteriores autores, lo cierto es que en Colombia, siguiendo el modelo español, se ha aceptado normativa, jurisprudencial y doctrinalmente la unificación o uniformidad de la jurisprudencia como finalidad de la casación y hay ejemplos de construcciones jurisprudenciales relevantes por la CSJ, como la labor de la célebre Corte de Oro[424] de la década de los treinta del siglo XX.

2.5.6 Unificación de la jurisprudencia en Colombia. Por otra parte, respecto a la doctrina del tribunal de casación, en Colombia la casación se adoptó a partir de la Constitución de 1886[425], y fue desarrollada por la Ley 61 del mismo año, que otorgó a la jurisprudencia de la Corte el valor de doctrina legal (art. 39[426]). En los siguientes años, en solo 10, este aspecto fue modificado en varias oportunidades, así: *i)* la Ley 153/1887 modificó la fuerza de la jurisprudencia a *doctrina legal más probable* (art. 10[427]), *ii)* la Ley 105/1890 volvió al concepto de *doctrina legal*, pero redujo de tres a dos el número de decisiones exigidas (art. 371[428]) y; *iii)* la Ley 169/1896, abandonó

[424] Navarro Pasquali, *Corte Suprema de Justicia en la República liberal. 1935-1939. Una Corte de oro*. ob. cit.; Padilla, Rueda y Zafra Sierra, «Labor creadora de la jurisprudencia de la "Corte de Oro". Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas». ob. cit.

[425] La Constitución de 1886 fue producto de la Regeneración, movimiento político que impuso el régimen unitario sobre el federal vigente desde la Constitución de 1863. Como manifestación del nuevo régimen centralista, se creó la CSJ con un fin principalmente político. Al respecto, González Jácome, Jorge. *Entre la Ley y la Constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007. pp. 45-79.

[426] «Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso. La Corte, para interpretar las leyes, tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos de 27 a 32 del actual Código civil de la Nación».

[427] «En casos dudosos, los jueces aplicarán la doctrina legal más probable.
Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable». Ley 153 (24, agosto, 1887). Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y 57 de 1887. Diario Oficial. Bogotá, 1887. núm. 7151, 28 de agosto.

[428] «Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir en fuerza de la necesidad

la *doctrina legal* y, en su lugar, consagró la *doctrina probable*, además, agregando como novedad que «los jueces podrán aplicarla en casos análogos» (art. 4.°[429]). Como resaltó Uribe[430], la reforma legal se hizo a solicitud de la misma CSJ.

Estas cuatro leyes presentan, entre otras, las siguientes características relevantes para esta investigación: *i)* evidencian una ausencia de claridad del legislador sobre el valor inicial de la unificación de la jurisprudencia por parte de la CSJ, *ii)* las tres primeras leyes, con algunas variaciones, atribuyeron a la jurisprudencia de la Corte el valor de *doctrina legal*, mientras que la última el valor de *doctrina probable* y; *iii)* todas establecieron un número mínimo de decisiones uniformes para la configuración del concepto, siendo en general ese número el de tres (3) sentencias y en un caso de dos (2).

Esta fue una particularidad de la ordenación legal de la doctrina del tribunal de casación, pues si bien tuvo origen en la recepción del derecho comparado de la institución de la *doctrina legal*, tomada de España[431], en Colombia recibió un tratamiento legal especial, en cuanto al número exigido de decisiones que la conformaban, lo que la hizo singular.

---

de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso». Ley 105 (24, noviembre, 1890). Sobre reformas a los procedimientos judiciales. Diario Oficial. Bogotá, 1891. núm. 8296, 7 de enero.

[429] «Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores». Ley 169 (31, diciembre, 1896). Sobre reformas judiciales. Diario Oficial. Bogotá, 1897. núm. 10.235, 14 de enero.

En Panamá, en la casación laboral se adopta la doctrina probable en similares términos. Decreto del Gabinete 252 de 30 de diciembre de 1971 (contiene las modificaciones de la Ley 44 de 12 de agosto de 1995); art. 924, inciso final.

[430] Uribe, *Jurisprudencia colombiana extractada y concordada por el Relator de la Corte Suprema y precedida de un estudio sobre el recurso de casación*. ob. cit. Introducción, pp. XXIX-XXXII. La cita es de la p. XXXII.

[431] López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2.ª ed., 16.ª reimpresión. Bogotá: Legis, 2017. pp. 3-28; Tamayo Jaramillo y Jaramillo J., *El precedente en Colombia*. ob. cit., pp. 224-230.

Ley 169/1896 (art. 4.°) continúa vigente, pero su alcance ha sido interpretado por la CC en la sentencia C-836/01[432], en la que se declaró la constitucionalidad condicionada de la disposición, al pasar la doctrina probable de criterio auxiliar a tener carácter vinculante relativo, precisando que no es toda la sentencia, sino la *ratio decidenci*, pues tanto el tribunal de casación, como los jueces de instancia, tienen el deber de acatarla, pero pueden apartarse de ella exponiendo «clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión».

De modo adicional, el CGP (art. 7.°[433]), refundió en un solo texto el alcance actual de la doctrina probable, a partir de la Ley 169/1896 (art. 4.°) y la sentencia C-836/01 de la CC. Dicha norma fue declarada exequible por la sentencia C-621/15 de la CC[434].

En Colombia, las disposiciones legales reseñadas (núm. 2.4), relativas al fin de defensa del ordenamiento jurídico, en los distintos recursos, según cada rama, a saber, civil, laboral y penal, también se adopta este fin de unificación o uniformidad de la jurisprudencia.

2.6 Fin privado

A pesar de que la casación, en esencia, tiene como fin especialmente la defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico y la unificación o

[432] Sentencia C-836/01, de 9 de agosto de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil. La parte resolutiva dice: «Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia» (mayúscula y negrita del texto). Esta decisión no fue unánime, pues de los 9 magistrados de la Corte, 4 hicieron salvamento de voto y 1 aclaración de voto.

[433] «Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.
Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos».

[434] Sentencia C-621/15, de 30 de septiembre de 2015, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

uniformidad de la jurisprudencia, como expresiones de la finalidad pública, también la normativa, jurisprudencia y doctrina han reconocido que tiene un fin privado[435], en el sentido de otorgar la oportunidad a las partes para obtener la revisión de la sentencia impugnada con el objeto de «reparar los agravios irrogados»[436]. Acá vale reiterar las citadas palabras de Lessona[437], "… los litigantes van al campo del proceso «a luchar por sus derechos, no por el Derecho»". Esto significa que, a las partes, antes que una sentencia ajustada a derecho o conforme a la jurisprudencia, les interesa que sea conveniente a su interés privado[438].

En este sentido, Calamandrei explica que el Estado, a partir del interés privado que persigue el recurrente, utilizado como instrumento[439], puede lograr la

---

[435] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 147-180; *Casación civil*. ob. cit., pp. 16-19.

[436] En palabras sencillas Carnelutti explica la justificación así: «Pero también la decisión del juez de apelación podría ser equivocada. Todo lo que se puede admitir es que hay en apelación menores probabilidades de error, sobre todo cuando la decisión de apelación coincide con la de primer grado (de aquí el principio de la *doble conforme*, sacado de la regla de la experiencia según la cual cuando una operación aritmética realizada dos veces da el mismo resultado, hay grandes probabilidades de que sea exacta)(22); pero una posibilidad de error no puede excluirse nunca» (cursiva del texto). Nota de la cita: 22 «*Lezioni di dir. proc. civ.,* cit., IV, pág. 228». Carnelutti, Francesco. *Derecho procesal civil y penal. I. Derecho procesal civil. Derecho y proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1971. pp. 275-276.

[437] Citado por Sentís Melendo, *El juez y el derecho*. ob. cit. La cita es de la p. 819.

[438] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 148; *Casación civil*. ob. cit., p. 17.

[439] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 149, 151. En la p. 151 se lee: «En sede de casación, pues, el interés privado es reconocido y tutelado en cuanto el mismo coincida con aquel especial interés colectivo que constituye la base del instituto; *no más allá* [3]. Y el particular que recurre en casación estimulado por el propio interés individual, se hace, aun sin saberlo, instrumento de la utilidad colectiva del Estado, el cual, a cambio de este servicio que el recurrente presta para la obtención de una finalidad pública, le concede, al anular en interés de la ley la sentencia basada sobre un error de derecho, la posibilidad de obtener, en un ulterior examen del mérito, una sentencia favorable a su interés individual[4]». Notas de la cita: [3] «En este sentido se expresa exactamente en cuanto a la Revisión germánica SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 126, I». [4] «BONACCI, *Discorso* de 7 de marzo de 1871 en el Senado (Edición separada, Firenze, 1871), pág. 20: "La ley da derecho a las partes de recurrir en casación… para poner el interés privado al servicio de la utilidad pública". Véase también BONCENNE, *Théorie*, I, pág. 404 y pág. 501 al final» (cursiva y mayúscula del texto).

En el mismo sentido, Chiovenda: «La institución del recurso de casación está coordinada, pues, por un lado con el interés *general* de la observancia de la ley como norma abstracta por parte de los órganos jurisdiccionales […]; pero puesto que cumple su cometido sólo en vista de casos concretos, y puesto que para la actuación de la ley en el caso *concreto* se requiere ante todo la fijación de la norma *abstracta* […], se coordina por otro lado también con el interés *individual* de las partes en conseguir el bien que les es garantizado en concreto» (cursiva del texto). Chiovenda, *Instituciones*

defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia, como manifestaciones del fin público, pues la presentación del recurso, buscando ese interés individual, permite el conocimiento del asunto por el tribunal de casación; de lo contrario no podría alcanzarlo, excepto en el caso de casación en interés de la ley, en el que la legitimación para presentar el recurso la tiene el ministerio público, como en teoría ocurre en España[440].

Esta justificación, a partir del concepto de instrumento, actualmente no es suficiente debido a que se configura desde el punto de vista del medio, pero no considera el fin. Por consecuencia, con la constitucionalización del derecho procesal y, en particular, de la casación, el Estado debe garantizar el principio de tutela jurisdiccional efectiva en todas las fases del proceso, incluida la casación[441]; por supuesto, dentro de los límites de la finalidad y naturaleza jurídica de la institución (cap. I, núm. 1), lo cual permite que no se desvíe hacia la tercera instancia.

A pesar de lo anterior, no siempre es posible que el tribunal decida el recurso presentado por la parte que persigue la finalidad privada, es decir, la revisión de la sentencia que ha sido desfavorable a su interés. Antes se explicó que la casación no hace parte del núcleo esencial del derecho al recurso (cap. I, núm. 2), es decir, si bien se puede tener el derecho a presentar el recurso, el tribunal de casación tiene la facultad de limitar dicho acceso a la casación, seleccionando para su admisión los recursos que tiendan al cumplimiento de los fines de la institución[442] (finalidad

---

de derecho procesal civil. vol. II. ob. cit., pp. 113-114. También, en su obra anterior, *Principios de derecho procesal civil. t. I*. ob. cit., p. 473.

[440] Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; arts. 490-493.

Sin embargo, este recurso español, a pesar de su regulación legal, no ha tenido aplicación porque los Tribunales Superiores de Justicia no han asumido la competencia para decidir el recurso extraordinario por infracción procesal (art. 468) –cuya sentencia que lo resuelve es recurrible en interés de la ley–, conforme a la Disposición final decimosexta, que fijó un «Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios». Al respecto, ver nota 336, de la tesis.

[441] Rocco, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil. III. Parte especial. Proceso de cognición*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis; Buenos Aires: Depalma, 1972. p. 421.

[442] Ley 270 (7, marzo, 1996). Estatutaria de la administración de justicia. ob. cit., art. 16, mod. Ley 1285 (22, enero, 2009). Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. ob. cit., art. 7.°. En casación civil, Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. ob. cit., art. 347.

pública), lo que en principio parecería una contradicción, pues la esencia de la interposición del recurso, como manifestación de inconformidad con la decisión judicial, es obtener la respuesta por medio de su decisión.

No obstante, en el fondo no existe oposición y, por el contrario, es una forma de armonizar las finalidades de la casación, por estas razones: *i)* la casación tiene como finalidad principal la defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia (fin público); por su parte, el fin privado está supeditado a que se cumpla la finalidad pública, es decir, si el recurso no tiende a garantizar la defensa del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia se convertiría en una especie de tercera instancia (CGP, art. 347[443]); *ii)* la casación no es tercera instancia, lo que implica que el recurrente no cuenta con posibilidad de discutir solo el mérito del proceso, ni el tribunal de decidirlo; *iii)* la estadística en distintos países y en concreto en Colombia, muestra que la gran cantidad de recursos que se presentan causa una sobrecarga de actividad en el tribunal de casación, lo que afecta su adecuado funcionamiento (cap. v, núm. 2) y; *iv)* la gran cantidad de decisiones del tribunal puede conllevar a que el mismo tribunal, en lugar

[443] El Código General del Proceso adopta este criterio en el art. 347, que señala:

«Selección en el trámite del recurso de casación. La Sala, aunque la demanda de casación cumpla los requisitos formales, podrá inadmitirla en los siguientes eventos:

1. Cuando exista identidad esencial del caso con jurisprudencia reiterada de la Corte, salvo que el recurrente demuestre la necesidad de variar su sentido.
2. Cuando los errores procesales aducidos no existen o, dado el caso, fueron saneados, o no afectaron las garantías de las partes, ni comportan una lesión relevante del ordenamiento.
3. Cuando no es evidente la trasgresión del ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente».

En particular, sobre el núm. 3.°, la CSJ sostiene: “En cuanto a su estructuración, dada la exigencia de que *«no [… sea] evidente la transgresión del ordenamiento jurídico»,* se requiere que la denunciada violación de las normas jurídicas de derecho sustancial, no tenga el carácter de ostensible, clara, patente y por lo tanto, a la luz de las disposiciones legales aplicables al litigio sea factible indicar, que no se ha presentado agravio o detrimento para el recurrente, dado que la decisión se encuentra de manera razonable y plausible ajustada a derecho” (cursiva del texto). Sala de Casación Civil y Agraria. AC1324-2018, de 6 de abril de 2018, MP Luis Alonso Rico Puerta. p. 13.

de uniformar la jurisprudencia, termine adoptando posiciones opuestas, como sucede en Italia, según explican Taruffo[444] y Carpi[445].

Desde la teoría clásica de la casación, representada en su versión más pura y dogmática por la obra de Calamandrei[446], es aceptado considerar el fin privado como un instrumento para alcanzar el fin público, desde el punto de vista del Estado, pues para el particular efectivamente es un fin, no un medio. En la doctrina especial de la casación, aceptan esta perspectiva entre otros, en Iberoamérica, De la Plaza[447] en España, Cuenca[448] en Venezuela, Linares Gutiérrez[449] en Panamá,

[444] Taruffo, «Las funciones de las Cortes Supremas». En: Oteiza, *Reforma procesal civil*. ob. cit., pp. 649-667.

[445] Carpi, Federico. «Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado». En: Oteiza, *Reforma procesal civil*. ob. cit., pp. 629-648.

[446] Incluso, antes de Calamandrei, en España, Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada. t. VI*. ob. cit., p. 195; en Italia, Mattirolo, *Tratado de derecho judicial civil. t. IV*. ob. cit., pp. 870, 873-874.

[447] De la Plaza, *La casación civil*. ob. cit., pp. 30-34.

[448] Cuenca, *Curso de casación civil*. ob. cit., p. 36.

[449] Linares Gutiérrez, *La casación civil en la legislación panameña*. ob. cit., pp. 26-28, 37-42. La conclusión del autor frente al fin privado, que no comparte, es muy clara, incluso propuso la modificación de la legislación panameña para ajustarla a los fines institucionales de la casación (p. 42). La obra se basa en la tesis doctoral del autor, *La casación civil en la legislación panameña*. Tesis doctoral. Director: Jaime Guasp Delgado. Madrid: Universidad de Madrid (hoy Cumpletense), 1957. 112 p. Disponible en: https://eprints.ucm.es/54386/

Véscovi[450] en Uruguay. En Colombia, entre las obras clásicas, es posible mencionar las de Pérez Vives[451], Morales Molina[452] y Murcia Ballén[453].

A pesar de la importancia de la anterior doctrina clásica, es razonable que dichas obras, que fueron escritas antes del paradigma de la constitucionalización del derecho procesal y, en general, apegadas a la teoría pura y dogmática de Calamandrei, no consideraran el fin privado de la casación, como se hace hoy, sin que eso implicara desnaturalizar su finalidad institucional.

Aun así, hoy pueden plantearse algunas razones en apoyo del fin privado como fin principal de la casación: *i)* una razón constitucional: la constitucionalización del derecho procesal implica la extensión de las garantías constitucionales a todo el proceso, no solo a las instancias; luego, manifestaciones de esta naturaleza constitucional, como el principio de tutela jurisdiccional efectiva, tendrían aplicación

---

[450] Véscovi, *El recurso de casación*. ob. cit., pp. 27-35.

[451] Pérez Vives, *Recurso de casación en materias civil, penal y del trabajo*. ob. cit., pp. 27-28. Ver nota 356 (núm. 2.4.3), en la que se transcribe la jurisprudencia de la CSJ sobre este punto, citada por el autor. En la p. 28 se lee: «Desvirtúan, pues, la naturaleza del recurso y su objeto primordial, aquellos Magistrados que consideran su misión cumplida al defender los intereses de las partes en litigio y creen que administran sana justicia cuando proceden conforme a esa consideración de enmendar los agravios inferidos a las partes contendientes, sin recapacitar que éste es uno de los fines, y por cierto, el de menos trascenrencia (*sic*), de la casación; "y que hay otros más graves y de influjo más general y permanentes", vgr., la defensa de la ley y la proclamación de la doctrina en abstracto».

[452] Morales Molina, *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1963. pp. 38, 42-43; *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1983. pp. 28, 32-33. En la primera edición (1963), siguiendo la ordenación del CJ/1931 (art. 519), Morales Molina consideró que el fin privado era «secundario» (p. 43), expresión que fue excluida en la segunda edición (1983), debido a que el CPC/1970 (art. 365), que derogó el anterior, sí consagró como fin de la casación «reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida» (p. 33). Además, luego de señalar este fin privado, agregó: «… lo cual tiene actualmente una gran trascendencia».

[453] Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1978. pp. 32-36; *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. pp. 80-83. En la segunda edición (1978), ya en vigencia del CPC/1970 (art. 365), a diferencia de Morales Molina, el magistrado de la Corte Murcia Ballén sostuvo que el fin privado era «secundario» (p. 32). No obstante, reconoció su importancia como instrumento, como explicó Calamandrei, aunque no lo citó, y se apoyó en la doctrina citada de Morales Molina de la primera edición de su obra, señalada en nota anterior. En la p. 32 se lee: «No obstante su carácter secundario, el interés privado del recurrente es indispensable para que la casación opere…;». En la quinta edición (1999), mantiene su postura del fin privado como secundario (pp. 80-83). Como dato particular, también continúa citando como apoyo la doctrina de Morales Molina (pp. 80-81), a pesar de que este ya había publicado la segunda edición de su obra en 1983, actualizando el criterio a la regulación del CPC/1970.

en casación y, no sería nada secundario, la garantía de este principio; *ii)* una razón dogmática: no por el hecho de ser un instrumento, el fin privado es secundario o accesorio, pues así como el derecho procesal se considera que es de principal importancia, a pesar de ser aceptado como un instrumento para garantizar la efectividad del derecho sustancial[454], podría seguirse esta lógica para la casación y; *iii)* una razón normativa: la Ley 270/96 (art. 16, inc. 2.°), modificada por la Ley 1285/09, establece como fines de la casación, aunque se refiere expresamente a la facultad de selección de recursos, «los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos». En similar sentido, el CPP (Ley 906/04, art. 180) y el CGP (Ley 1564/12, art. 333).

No significa lo anterior, es decir, sostener que el fin privado de la casación sea principal y no secundario, que se desnaturaliza la institución y se entra en el terreno de la tercera instancia, pues lo que debe significar es que tan importante es para el Estado la función de defensa del ordenamiento jurídico y de unificación de la jurisprudencia, como «reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida», entendiendo que ninguna de estas finalidades es absoluta y, por el contrario, tienen límites; el mismo Calamandrei[455] precisó los límites para el fin privado.

En su obra, al desarrollar el punto del «interés privado al servicio del interés público», casi terminando el capítulo VI del *Bosquejo general del instituto*[456], hace un planteamiento particular, que no ha sido revisado por la doctrina que ha estudiado la casación y en especial su obra; es el relativo a la limitación del poder de decisión del tribunal de casación a partir del concepto de acción de impugnación como una especie de acción procesal. Como se expresó (núm. 3.4), más adelante

---

[454] Devis Echandía, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, 1966. pp. 4-6.

[455] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 151: «En sede de casación, pues, el interés privado es reconocido y tutelado en cuanto el mismo coincida con aquel especial interés colectivo que constituye la base del instituto; *no más allá…»* (cursiva del texto).

[456] *ibid.*, pp. 172-176.

se hará el examen de este fundamento chiovendiano de la limitación del poder de decisión del tribunal (cap. III, núm. 1.3.1; cap. IV, núm. 5).

2.7 Fines en la ciencia procesal contemporánea

Al lado de las finalidades institucionales clásicas que la normativa ha asignado a la casación, y que han sido desarrolladas por la jurisprudencia y doctrina, a pesar de la crítica, ahora, a partir de la concepción del Estado social de derecho y algunas de sus manifestaciones, como el paradigma de la garantía de los derechos fundamentales[457], la casación está asumiendo otros fines que tradicionalmente le eran extraños, en particular la protección de derechos constitucionales, pero que el nuevo contexto social, político y jurídico conduce a su evolución. Ejemplo de ello se encuentra en modernos códigos procesales, como en Colombia, en materias civil[458] y penal[459].

Un ordenamiento jurídico, diferente al existente al momento de creación del tribunal de casación, impera en el mundo, caracterizado por la adopción de novedosos instrumentos internacionales con declaraciones de derechos humanos

[457] Taruffo, «Las funciones de las Cortes Supremas. Aspectos generales». En: Taruffo, Marinoni y Mitidiero (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. ob. cit., pp. 240-242; Cucarella Galiana, Luis-Andrés. *Estudios de derecho procesal constitucional y convencional*. ob. cit., pp. 3-26.

Sobre la relación entre casación y protección de derechos humanos a través del amparo, Fix-Zamudio, Héctor. «Presente y futuro en la casación civil a través del juicio de amparo mexicano». En: *Ensayos sobre el derecho de amparo*. México, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1980. pp. 197-234.

[458] Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. ob. cit., art. 333: «Fines del recurso de casación. El recurso extraordinario de casación tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida».

[459] Ley 906 (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, 2004. núm. 45.658, 1.° de septiembre; art. 180: «Finalidad. El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia»; art. 181: «Procedencia. El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por: […]».

y la creación de tribunales supranacionales con funciones jurisdiccionales, así como el deber de los Estados parte de «adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades» (CADH, art. 2.°)[460], aunque respetando el margen de apreciación nacional[461], ha conllevado a un nuevo escenario de tutela judicial de los derechos, en el que no solo el juez encuentra la ley como fuente formal, sino además, la Constitución y los convenios e instrumentos internacionales, que a partir de la interpretación de los tribunales constitucional y supranacionales, ha dado lugar al control de constitucionalidad y de convencionalidad[462].

---

[460] Quintana Osuna, Karla I. «Diálogo entre la jurisprudencia interamericana y la legislación interna: el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos humanos». En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. IX. Derechos humanos y tribunales internacionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México y otros, 2008. pp. 573-592. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/26.pdf

[461] Díaz Solimine, Ignacio L. «El margen de apreciación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos». En: Díaz Solimine, Omar Luís (dir.), y Díaz Solimine, Ignacio Luís (coord.). *El margen nacional de apreciación. Aportes a la soberanía jurídica de los Estados*. Buenos Aires: Astrea, 2020. pp. 111-161.

[462] Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *El control de convencionalidad*. 3.ª ed. Bogotá: Temis, 2017; Cárdenas Velásquez, Byron Guadalupe. *El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: especial consideración del caso de España y Nicaragua*. Tesis doctoral. Director: Juan Carlos Gavara de Cara. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona. 2015. 427 p. En esta investigación doctoral, en relación con el control de convencionalidad, se concluye:

«Contrario a la autocontención judicial del TEDH, notamos a una Corte Interamericana más audaz en el despliegue de su función contenciosa e interpretativa para trasladar a todas las autoridades nacionales, la obligación de ejercer el control de convencionalidad sobre cualquier norma interna contraria a la CADH.

En ese sentido, la Corte IDH, implícitamente, comprende la incardinación de la CADH en los sistemas jurídicos internos de los Estados con cierto valor de preeminencia, como una especie de Constitución Supranacional superpuesta a todas las normas internas, que puede ser exigida directamente sobre las demás normas, incluidas las constitucionales políticas; en cuyo contexto dicha Corte se ve como una especie de Tribunal Constitucional Supranacional con atribuciones, incluso, para declarar la invalidez de normas incompatibles con la CADH, como lo hiciese en la sentencia *Barrios Altos vs. Perú* sobre las leyes de amnistía calificadas *per se* violatorias de la CADH. Como consecuencia de aquello, en un rango inferior, los tribunales internos aplican el control de convencionalidad de acuerdo a la jurisprudencia interamericana, los principios de la Convención de Viena y las normas *ius cogens*, para garantizar la efectividad de la CADH» (Conclusión vigesimocuarta, p. 357) (cursiva

2.7.1 Protección de los derechos constitucionales. Desde el punto de vista constitucional, atribuir a la casación el fin de proteger los derechos constitucionales puede considerarse una medida que desarrolla la constitucionalización del derecho procesal y propende por el respeto de las garantías constitucionales. Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría clásica, pura y dogmática, sería posible teórica e históricamente objetar el punto, pues podría considerarse: *i)* que la garantía de los derechos fundamentales no es de la esencia de la casación por no corresponder a sus finalidades institucionales y, *ii)* que esta protección se alcanza a través de otros mecanismos procesales adecuados, como la acción de tutela en Colombia. No obstante, el paradigma de la constitucionalización del derecho procesal y la evolución de la casación, que ya no se sustenta solo en una teoría pura, justifican tal medida.

La protección de los derechos constitucionales[463] como fin de la casación ha iniciado a partir de la evolución del objeto de dicha finalidad del concepto de defensa pura de la ley hasta el de defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico que, por ser más amplio, incluye otras categorías de disposiciones, como la Constitución, e incluso, instrumentos internacionales de derechos humanos[464]. En

---

del texto). Esta tesis doctoral fue publicada como *El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: especial consideración de su aplicación en España y Nicaragua*. Barcelona: Bosch, 2018.

Una visión crítica del concepto de convencionalidad en, Castilla Juárez, Karlos A. «Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional». En: *Revista Derecho del Estado*. Julio-diciembre, 2014. núm. 33, pp. 149-172. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3960
De la propia Corte, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, núm. 7.°: Control de Convencionalidad*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf

[463] Sobre la importancia de la protección de los derechos fundamentales en la casación penal, León Velasco, Héctor Aníbal de. *El recurso de casación penal. Los recursos en el sistema procesal penal guatemalteco y en el derecho comparado*. Tesis doctoral. Directora: Roser Martínez Quirante. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona. 2005. 266 p. La referencia es a las pp. 101-104.

[464] Cordeiro Lopes, Anselmo Henrique. *La integración de los derechos humanos en América Latina*. Tesis doctoral. Directora: Ana María Carmona Contreras. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2015. 939 p.; Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. ob. cit., art. 333.

ese orden de ideas, en nuestro ámbito regional resulta relevante la incorporación de la jurisprudencia de la CIDH[465] a la actividad de la casación.

Teniendo en cuenta la evolución de la casación hacia otros objetivos, es necesario precisar el alcance de la protección de los derechos constitucionales como fin de la casación que, en Colombia, fue establecida en el art. 7.° de la Ley 1285/09, que modificó el art. 16 de la Ley 270/96, Estatutaria de la Administración de Justicia; así como en los arts. 180 y 181 del CPP (Ley 906/04) y el art. 333 del CGP. En primer lugar, se advierte que la Ley 1285/09 y el CGP se refieren a «derechos constitucionales» que, siguiendo la estructura de nuestra Constitución, pueden ser derechos fundamentales[466], derechos sociales, económicos y culturales[467] y derechos colectivos y del ambiente[468]. Aun así, esta es una clasificación expresa que no excluye la incorporación de otros derechos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 94). En principio, la casación debe garantizar estos derechos constitucionales y no debe entenderse limitados a los fundamentales.

Por tanto, a pesar de la literalidad de las normas, inicialmente podría sostenerse la limitación a los derechos fundamentales, excluyendo los demás derechos constitucionales. En el proyecto de ley presentado al Congreso de la República[469], que se aprobaría como Ley 1285/09, concretamente el art. 5.°

---

[465] Oteiza, Eduardo. «Jurisprudencia y debido proceso. La Corte Suprema argentina y la Corte Interamericana». En: Taruffo, Marinoni y Mitidiero (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. ob. cit., pp. 123-156. La referencia es a las pp. 141-156.

[466] Constitución Política de 1991 (4, julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá, 1991. núm. 116, 20 de julio; tít. II, cap. I, arts. 11-41. Entre otros, establece los derechos a la vida (art. 11), igualdad (art. 13), intimidad personal y familiar y buen nombre (art. 15), derechos de libertad de conciencia, culto, expresión, libertad personal (arts. 18-20 y 28); trabajo (art. 25), debido proceso (art. 29).

[467] *ibid.*, cap. II, arts. 42-77.

En la doctrina, Courtis, Christian. «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos». En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. IX. Derechos humanos y tribunales internacionales*. ob. cit., pp. 361-438. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/20.pdf

[468] Constitución Política de 1991. ob. cit., cap. III, arts. 78-82.

[469] Gaceta del Congreso, núm. 245 de 25 de julio de 2006. p. 18.

(aprobado como art. 7.°), que modificaba el art. 16 de la Ley 270/96, contenía la expresión «protección de los derechos constitucionales fundamentales», en lugar del texto final aprobado, que quedó «protección de los derechos constitucionales», debido a que la CC[470], en sentencia C-713/08, declaró inexequible la expresión «fundamentales».

En el derecho comparado, como en España, la protección de los derechos constitucionales en casación se limita a los fundamentales[471], incluso restringidos a los de naturaleza sustancial, excluyendo los procesales, cuya protección se garantiza a través del recurso extraordinario por infracción procesal[472].

2.7.2 Forma de protección de los derechos constitucionales. Conviene examinar cómo se protegen estos derechos constitucionales en el ámbito de la casación, pues existen mecanismos constitucionales especiales que los garantizan, como la acción de tutela frente a los derechos fundamentales (CP, art. 86) y las

---

[470] Sentencia C-713/08, de 15 de julio de 2008, MP Clara Inés Vargas Hernández. El análisis de constitucionalidad está contenido en las p. 153-172. En lo que interesa, expresó la Corte:

«En el asunto bajo examen, al atribuirse a las Salas de Casación de la Corte Suprema la facultad de seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento *"para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales fundamentales y control de legalidad de los fallos"*, la Corte considera que los propósitos para los cuales se prevé la casación se ajustan al ordenamiento Superior, en la medida en que armonizan con los fines que por su naturaleza corresponden a esa institución.

No obstante, deberá declarar inexequible la expresión "*fundamentales*", puesto que, como fue explicado anteriormente, la casación apunta no sólo a la protección de derechos fundamentales, sino también a la salvaguarda de los demás derechos reconocidos en el ordenamiento constitucional, atendiendo criterios de justicia material según el principio de prevalencia del derecho sustancial en la administración de justicia» (p. 168) (cursiva del texto).

[471] Ley de Enjuiciamiento Civil. ob. cit., art. 477.2.1.°.

En la doctrina, Catalina Benavente, María de los Ángeles. *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant, 2010. Además, la tesis doctoral de la autora, *El recurso de casación y la tutela de los derechos fundamentales*. Tesis doctoral. Director: Víctor Moreno Catena. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2003. 642 p.; Bellido Penadés, Rafael. «La protección de los derechos fundamentales en el recurso de casación civil». En: Bonet Navarro, José (dir.), y Martín Pastor, José (coord.). *El recurso de casación civil*. Madrid: Aranzadi, 2010. pp. 351-390; Bonet Navarro, José. «En torno al control de los derechos fundamentales de carácter procesal por la Sala Civil del Tribunal Supremo». En: Bonet Navarro y Martín Pastor, *El recurso de casación civil*. ob. cit., pp. 339-350.

[472] Ley de Enjuiciamiento Civil. ob. cit., arts. 468-476.

En la doctrina, Bellido Penadés, *El recurso extraordinario por infracción procesal*. ob. cit.

acciones populares y de grupo respecto de los derechos colectivos y del ambiente (art. 88). Estos mecanismos no excluirían la protección de dichos derechos por la misma razón que en la primera y segunda instancia también se garantizan y es que, si bien la casación no es una instancia, si es una etapa del proceso y la constitucionalización de este conlleva el respeto de los derechos constitucionales, sin importar la instancia, el mecanismo procesal o el juez ante quien se tramita el proceso.

En Colombia, la CC[473] ha sostenido que «el primer llamado a proteger los derechos constitucionales no es el juez de tutela, sino el ordinario…»[474]. En España, Catalina Benavente[475], sobre el papel del tribunal de casación, TS, y del recurso de casación frente a los derechos fundamentales, plantea que no debe existir duda sobre la intervención de dicho Tribunal en la garantía de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta el diseño del sistema judicial, en el que el recurso de amparo, en Colombia acción de tutela, es de carácter subsidiario, afirmación que bien cabe en el caso colombiano.

Abierta la procedencia de la protección de los derechos constitucionales en función de casación, se debe aclarar un punto: en Colombia, dicha protección se introduce como una finalidad de la casación, pero no se estructura su violación como una causal autónoma del recurso, como está regulado el recurso en materia civil (CGP, arts. 333 y 336, núm. 2.°), distinto a la casación civil española[476], en la cual

---

[473] Sentencia T-069/01, de 26 de enero de 2001, MP Álvaro Tafur Galvis. p. 14.

[474] Palabras parecidas son las del TS español: "«a este Tribunal Constitucional le asiste sólo la última y no la primera palabra»". Cita de Catalina Benavente, *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales*. ob. cit., p. 299.

[475] Catalina Benavente, *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales*. ob. cit., p. 18. La autora describe así el objetivo de su investigación: «… es el de reivindicar el importante papel que el Tribunal Supremo debe cumplir en la tutela de los derechos fundamentales. Nos permitimos afirmar, que este papel es incluso más importante que el del Tribunal Constitucional, ya que, si se desarrollan adecuadamente los procesos de tutela de derechos fundamentales, la intervención del Tribunal Supremo será siempre una respuesta más cercana en el tiempo que la que pueda ofrecer el Tribunal Constitucional».

[476] Ley de Enjuiciamiento Civil. ob. cit., art. 477.2.1.°:

«Artículo 477. Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación.

1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

es objeto del recurso la sentencia dictada «… para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución»[477], que son tutelados a través del recurso extraordinario por infracción procesal (LEC, arts. 468-476)[478], es decir, en España dependiendo de la naturaleza del derecho fundamental, sustancial o procesal, será el recurso procedente, en el primer caso, de casación y, en el segundo, recurso extraordinario por infracción procesal.

Efectivamente, la violación de un derecho constitucional, como el derecho fundamental a la igualdad no siempre se ajusta a una de las causales, pues estas se configuran en la medida en que la sentencia impugnada haya incurrido en «La violación directa de una norma jurídica sustancial» (art. 336, núm. 1.°) o en «La violación indirecta de la ley sustancial» (art. 336, núm. 2.°) reiterando el concepto de norma sustancial (núm. 2.4), que excluiría la mayoría de normas constitucionales, sin desconocer que por excepción la CSJ tiene la facultad de «… 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» (art. 336, inciso final).

2.7.3 Experiencia de la casación civil española. El derecho comparado, en concreto, la LEC/2000, muestra una alternativa que parece más adecuada, en la medida en que «El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso» (art. 477.1). Similar a la normativa española es la casación penal colombiana, que establece como primera causal la «Falta de aplicación, interpretación errónea, o

2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:
1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución».

[477] Bellido Penadés, «La protección de los derechos fundamentales en el recurso de casación civil». En: Bonet Navarro y Martín Pastor, *El recurso de casación civil*. ob. cit., pp. 351-390.

[478] Bonet Navarro, «En torno al control de los derechos fundamentales de carácter procesal por la Sala Civil del Tribunal Supremo». En: Bonet Navarro y Martín Pastor, *El recurso de casación civil*. ob. cit., pp. 339-350.

aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso» (Ley 906/04, art. 181, núm. 1.°). Incluso, también en España, es posible la sola invocación de normas constitucionales, como advierte Bellido Penadés[479] frente a la vigencia del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 6/1985).

En un punto que interesa precisar en la casación civil colombiana a partir del art. 333 del CGP, la protección de los derechos constitucionales en casación es viable en la medida en que su violación sea producto de una sentencia susceptible de recurso y que se cumplan los demás requisitos exigidos en general para su procedencia, pues no se trata de un mecanismo autónomo de protección de derechos constitucionales, como la acción de tutela (CP, art. 86). Algo similar ocurre en la casación civil española, como explica Bellido Penadés[480].

Siguiendo la experiencia española, Bellido Penadés[481] expone la disparidad de criterios frente a la interpretación del art. 477.2.1.°, que señala como motivo de casación «Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución». La cuestión, explica, fue determinar si la procedencia del recurso solo se presentaba cuando la sentencia impugnada se dictaba en un proceso iniciado *para la tutela judicial civil* de un derecho fundamental o en cualquier proceso en el que se violara un derecho fundamental. Esta situación, señala, se ha resuelto por el TS con una interpretación restrictiva en el primer sentido[482], que el autor citado no comparte.

La anterior situación no se presentaría en la casación civil colombiana debido a que nuestra ordenación del recurso establece la protección de los derechos constitucionales como una finalidad, no como un motivo o causal autónoma.

Un aspecto importante con este punto sucede en Colombia, siendo que todo juez actúa en ejercicio de su jurisdicción y competencia, pero adicionalmente es

---

[479] Bellido Penadés, «La protección de los derechos fundamentales en el recurso de casación civil». En: Bonet Navarro y Martín Pastor, *El recurso de casación civil*. ob. cit., p. 355.

[480] *ibid.*, p. 356.

[481] *ibid.*, pp. 364-369.

[482] *ibid.*, p. 366.

juez constitucional en la medida en que también tiene otra competencia para decidir la acción de tutela, sea en primera o segunda instancia. Pues es común observar en la práctica que un juez, p. ej., laboral, decida un proceso en un sentido, al margen de la interpretación constitucional sobre un derecho fundamental, como el trabajo, pero al decidir una acción de tutela se empodere del discurso constitucional y en este caso la motivación estará fundada en la jurisprudencia constitucional y su decisión será en este sentido; esto es, la decisión depende, no del sujeto, ni del derecho discutido, sino del trámite procesal, lo que no es razonable, siendo el mismo derecho aplicable. Como señala Letelier Loyola[483], «… siempre que la casación se interprete en clave constitucional, no vemos impedimentos para erigirse como un mecanismo eficaz de tutela de los derechos fundamentales…;».

2.7.4 Expectativa de la casación civil colombiana. En Colombia, la CSJ[484], a partir del CGP, ha decidido recursos de casación civil con el fin de lograr la protección de derechos constitucionales, aunque no ha profundizado en el alcance de dicha protección, lo que probablemente ocurrirá en el transcurso del tiempo, pues el Código fue expedido el 12 de julio de 2012 e inició completa vigencia el 1.° de enero de 2016.

Entonces, si la protección de los derechos constitucionales no se desarrolla como causal autónoma, como se aclaró, ¿cómo se logra su garantía en casación? Es posible responder intentando identificar algunas hipótesis:

i) Si la demanda con la que sustenta el recurso no cumple los requisitos formales, en ejercicio del deber de interpretación de la demanda, la Corte debiera admitir la demanda para dar trámite al recurso, si se advierte que no hacerlo puede vulnerar derechos constitucionales (CGP, art. 346, núm. 1.°; art. 42, núm. 5.°).

---

[483] Letelier Loyola, Enrique. «El rol de las Altas Cortes de Justicia en la tutela de los derechos fundamentales». En: Priori Posada (coord.). *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. ob. cit., pp. 53-76. La cita es de la p. 73.

[484] Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC1656-2018, de 18 de mayo de 2018, MP Luis Armando Tolosa Villabona. p. 44; Sentencia SC5686-2018, de 19 de diciembre de 2018, MP Margarita Cabello Blanco. p. 417.

ii) Si la formulación de los cargos es incorrecta porque no fueron presentados separados, y si la acusación no es «clara, precisa y completa» la Corte debiera adecuarlos para proferir sentencia de casación (*ibid.*, art. 344, núm. 2.°).

iii) Si la demanda cumple los requisitos formales, pero su admisión y trámite no tiene la vocación de garantizar las finalidades de la casación, especialmente la de unificar la jurisprudencia, la Corte debiera admitir la demanda para dar trámite al recurso, si se advierte que no hacerlo se pueden vulnerar derechos constitucionales (*ibid.*, art. 347, núm. 1.°).

iv) Más allá de los anteriores aspectos relacionados con requisitos formales, interesa resaltar la garantía de los derechos constitucionales, en temas como:

a) Garantía de los derechos constitucionales de los niños, así como el interés superior del niño, consagrado en la Convención sobre los derechos del niño de 1989, de la ONU, y la Constitución (art. 44).

b) Garantía de los derechos constitucionales de las personas que gozan de especial protección, como de la tercera edad (CP, art. 46), la mujer, en especial embarazada o cabeza de familia (art. 43), la persona en condición de discapacidad (art. 47).

c) Garantía de los derechos constitucionales de la persona discriminada por razón de su orientación sexual o género[485].

d) Garantía de los derechos constitucionales de los grupos de personas, en particular de los derechos colectivos y del ambiente (arts. 78, 79 y ss).

e) Garantía de los derechos constitucionales de comunidades tradicionalmente excluidas, como las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, siendo sujetos de especial protección constitucional.

---

[485] Quinche Ramírez, Manuel Fernando y Peña Huertas, Rocío del Pilar. *Derecho de género y enfoque diferencial*. Bogotá: Universidad del Rosario y Tirant, 2020.

En España, Castillejo Manzanares, Raquel y Alonso Salgado, Cristina (dirs.). *El género y el sistema de (in)justicia*. Valencia: Tirant, 2020.

f) Garantía de los derechos constitucionales de las denominadas por la jurisprudencia constitucional, minorías marginadas, ocultas o invisibles[486], categoría en la que pueden estar incluidos algunos sujetos de especial protección de los anteriores grupos, como los niños y la persona en condición de discapacidad.

REFLEXIONES DEL CAPÍTULO

i) Combinación del instituto. La casación es una institución jurídica, como concluyó Calamandrei, conformada por dos elementos: el tribunal de casación y el recurso de casación; el primero corresponde a la organización judicial del Estado y el segundo es un recurso procesal. El examen de la casación atendiendo la relación inseparable de estos dos elementos permite una visión más clara de la finalidad de la institución, y allana el camino para evaluar su naturaleza jurídica (cap. III) y las funciones y funcionamiento del tribunal (cap. IV), con el propósito de constatar la existencia de las crisis que lo afectan (cap. V) y plantear las medidas que tiendan a superarlas de manera efectiva (cap. VI).

ii) Origen y recepción en Colombia. Se ha notado que existe consenso general en la doctrina sobre el origen francés de la casación y de su recepción en otros países europeos, como también se advirtió en el cap. I, como Italia y España. En Colombia la casación se adoptó con la Constitución de 1886, tomando como

[486] Romero Pérez explica: «En ese sentido, encontramos que sólo *tres* grupos minoritarios han sido calificados expresamente como *minorías discretas*, *insulares*, *marginadas*, *ocultas o invisibles*. Nos referimos a los niños, las personas portadoras de VIH y los enfermos de sida y los discapacitados, en este último caso, más específicamente los invidentes, las personas con discapacidades auditivas, las personas sordomudas y las personas de talla pequeña» (cursiva del texto). Más adelante, incluye el caso de los *«Discapacitados-autismo y déficit cognitivo»* (p. 170). Romero Pérez, Xiomara Lorena. «Minorías marginadas, ocultas o invisibles». En: *Revista Derecho del Estado*. Enero-junio, 2011. núm. 26, pp. 153-173. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2883 La cita es de la p. 164.

En España, Roca Martínez, José María (dir.). *El acceso a la justicia*. Valencia: Tirant, 2018.

principal ejemplo de regulación el tipo de casación derivado español, más que el tipo originario francés. Esta afirmación se sustenta en estas particularidades de la naciente casación regulada en la Ley 61/1886: *a)* carácter judicial del tribunal de casación. La CSJ fue creada como un órgano judicial (CP/1886, art. 146); *b)* funciones del tribunal de casación. A la CSJ no solo se le atribuyó la función de casación, sino también la de instancia tratándose de la causal de violación de ley sustantiva; *c)* finalidad del recurso de casación. La institución fue establecida «con el fin principal de uniformar la Jurisprudencia y con el de enmendar el agravio inferido por ellas…,» (Ley 61/1886, art. 36), esto es, una finalidad con la que nació la casación colombiana fue la defensa del *ius litigatoris* y; *d)* motivos de casación. En concreto, frente a la procedencia del recurso por violación de la ley por medio de error frente al hecho y la prueba (*ibid.*, art. 38, núm. 8.°), como se evidenció fue tomado de la LEC/1881 (art. 1692, núm. 7.°).

Pero la casación colombiana no reprodujo todo el tipo derivado de la casación española, pues se apartó de esta en aspectos relevantes, en una ordenación legal que no estableció los dos recursos dependiendo del motivo: por infracción de ley o de doctrina legal y por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio; así como tampoco adoptó el recurso en interés de la ley.

iii) Finalidad de la casación. A partir de la teoría clásica de la casación defendida especialmente por Calamandrei y que, en lo esencial, continúa con vigencia, el tribunal de casación tiene justificación en la medida que cumple una finalidad distinta de la de los demás órganos jurisdiccionales. Esta finalidad tiene dos facetas: una pública que, a su vez, se divide en dos aspectos, la defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico (núm. 2.4) y la unificación de la interpretación jurisprudencial (núm. 2.5). Asimismo, la ordenación legal del recurso, la jurisprudencia y doctrina procesales asignan a la casación un fin privado consistente en la oportunidad concedida al recurrente de obtener la revisión de la sentencia desfavorable (núm. 2.6).

Respecto al fin privado la casación no se diferencia en esencia de los recursos ordinarios, como la apelación, debido a que se constituye en un medio de

impugnación con el cual se pretende por el recurrente que la providencia desfavorable pierda eficacia, bien sea a través de la revocación o de la modificación. Esto significa que la finalidad pública es la que hace a la casación distinta a los demás recursos.

Actualmente, a partir del paradigma de la constitucionalización del derecho procesal, la casación no se limita a la defensa de la ley, sino del ordenamiento jurídico en general, siendo uno de sus avances más importantes, la inclusión de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos como objeto de dicha garantía, así como la protección de los derechos constitucionales, no restringidos a los fundamentales. En este sentido, se puede afirmar que el ámbito de la casación no se reduce a la legalidad, sino que incluye la constitucionalidad y la convencionalidad.

Lo anterior conlleva la incorporación de los principios, derechos y garantías reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, como la interpretación de la CADH por parte de la CIDH. La casación adopta la convencionalidad, avanza de la defensa de la legalidad a la defensa de la convencionalidad, constitucionalidad y legalidad de la decisión judicial. La finalidad de la casación mantiene la esencia de la defensa del derecho objetivo, pero evoluciona incorporando los nuevos paradigmas jurídicos de la constitucionalidad y la convencionalidad, demostrando su vigencia en el Estado social de derecho.

CAPÍTULO III

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CASACIÓN

1. NATURALEZA JURÍDICA

A partir de la teoría clásica de la casación, especialmente de la obra de Calamandrei[487] y de otros autores, así como de la doctrina contemporánea que será citada, es posible identificar y aquilatar los aspectos que permiten delimitar la naturaleza jurídica de la institución. La pregunta pertinente sería: ¿Qué aspectos determinan la naturaleza jurídica de la casación? Lo primero por advertir es que los autores difieren en algunos elementos que constituyen la esencia de la casación, como a continuación se observa:

Calamandrei en el desarrollo dogmático de la casación concentró su interés en varios aspectos, que a pesar de que no fueron redactados bajo el epígrafe de naturaleza jurídica, puede entenderse que se refieren a la esencia de la institución. Sin pretensión de completitud, es posible identificar estos: el juez de casación es el órgano supremo de la jurisdicción, la casación tiene una finalidad distinta a la de los demás órganos jurisdiccionales (énfasis en el carácter público), la casación no es tercera instancia, el recurso de casación es extraordinario y el recurso de casación es una acción de impugnación. Este último aspecto se descarta desde ahora porque, si bien para Calamandrei fue sustento de su teoría, la evolución de la institución en muchos países ha mostrado que es un recurso procesal[488], no una acción de impugnación autónoma.

---

[487] Calamandrei, Piero. *La casación civil. t. III. Bosquejo general del instituto*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2007; *Casación civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1959.

[488] Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil. vol. II*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1997. pp. 248-249; Satta, Salvatore. *Manual de derecho procesal civil. vol. I. Las disposiciones generales. El proceso de cognición*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA,

De la Plaza[489] en España, no se refiere a la naturaleza jurídica, sino a las *notas esenciales* de la casación, lo que puede entenderse equivalente, y en concreto identifica dos: el interés público y carácter extraordinario. Luego agrega «… la imposibilidad de entablarlo, mientras no se hayan agotado» los recursos ordinarios. También, aunque inicialmente no se refiere a ella, resalta el rigor formal del recurso.

Por su parte, Cuenca[490] en Venezuela, a pesar de referirse a la naturaleza jurídica[491], estudia los errores *in iudicando* e *in procedendo* y, es al tratar los *caracteres*[492] del recurso de casación, que enuncia los aspectos que intentamos resaltar en este punto como pertenecientes a su naturaleza jurídica. En efecto, relaciona tres: es público, extraordinario y limitado. En los dos primeros coincide con De la Plaza.

Linares Gutiérrez[493] en Panamá, señala tres *caracteres*: es supremo, público y extraordinario. En el segundo y tercero concuerda con De la Plaza y Cuenca.

A su vez, Véscovi[494] en Uruguay, luego de criticar la distinción entre acción de impugnación y medio de gravamen de Calamandrei, presenta con el título de *caracteres* los siguientes: es público, extraordinario y limitado, igual que Cuenca, aunque no lo toma como referencia siendo su obra posterior a la de este.

1971. p. 458; De la Rúa, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*. Buenos Aires: Zavalía, 1968. pp. 50-57; Véscovi, Enrique. *El recurso de casación*. 2.ª ed. Montevideo: Idea, 1996. pp. 30-32.

[489] Plaza, Manuel de la. *La casación civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944. pp. 30-36.

[490] Cuenca, Humberto. *Curso de casación civil*. 2.ª ed. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1974. p. 36.

[491] *ibid.*, pp. 32-36.

[492] *ibid.*, pp. 36-37.

[493] Linares Gutiérrez, Julio Ernesto. *La casación civil en la legislación panameña*. San José, Costa Rica: Antonio Lehmann, 1968. pp. 43-47.

[494] Véscovi, *El recurso de casación*. ob. cit., pp. 30-34.

En Colombia, Pérez Vives[495], a diferencia de los demás autores citados, no relaciona los aspectos que en su concepto definen la naturaleza de la casación, pero del desarrollo de su obra se pueden extraer dos: es público y extraordinario.

Morales Molina[496], siguiendo a De la Plaza, identifica dos aspectos: es público y extraordinario.

A su vez, Murcia Ballén[497], considera que es extraordinario y no es tercera instancia. Aparte, relaciona las siguientes *características*: es público, extraordinario, limitado, formalista, no es tercera instancia y tiene un fin renovador. En la tercera edición de su obra (1983)[498] agregó estas: es de efecto devolutivo y no siempre es recurso positivo.

Entre las obras más recientes sobre la materia, el actual magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Tolosa Villabona[499] incluye las siguientes *características*: la casación no es una instancia, menos tercera; recurso extraordinario, exige un interés jurídico-económico, causales taxativas, limitación de la facultad decisoria del juez de casación, recurso formalista, técnico y preciso; efecto devolutivo como regla general y suspensivo como excepción, recurso dispositivo y prevalencia del interés público sobre el privado. A su vez, el profesor venezolano Bello Tabares[500], en su obra publicada en Colombia, identifica ocho aspectos también bajo la denominación de *características*: carácter extraordinario, carácter jurisdiccional, carácter limitado, no es tercera instancia, interés público e interés privado, doble efecto, carácter formalista y carácter positivo y negativo. Por

---

[495] Pérez Vives, Álvaro. *Recurso de casación en materias civil, penal y del trabajo*. 2.ª ed., aumentada y corregida. Bogotá: Librería Americana Ediciones Lex, 1946; *Recurso de casación en materias civil, penal y del trabajo*. 3.ª ed. Bogotá: Temis, 1966.

[496] Morales Molina, Hernando. *Técnica de casación civil*. Bogotá: Lerner, 1963. pp. 38-40; *Técnica de casación civil*. 2.ª ed. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1983. pp. 28-30.

[497] Murcia Ballén, Humberto. *Recurso de casación civil*. 2.ª ed. Bogotá: Temis, 1978. pp. 19-38; *Recurso de casación civil*. 5.ª ed. Bogotá: Ibáñez, 1999. pp. 51-97.

[498] Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. 3.ª ed. Bogotá: Librería El Foro de la Justicia, 1983. pp. 59-60.

[499] Tolosa Villabona, Luis Armando. *Teoría y técnica de la casación civil, penal, laboral, penal militar, acciones de grupo, derecho comparado*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2008. pp. 114-118.

[500] Bello Tabares, Humberto Enrique Tercero. *La casación civil*. Bogotá: Ibáñez, 2017. pp. 351-366.

su parte, Blanco Zúñiga[501] señala algunas de las anteriores: naturaleza extraordinaria, interés público y privado, carácter formalista, condición de limitado, no es tercera instancia y es taxativo.

En cuanto a recientes investigaciones doctorales, merecen especial mención las siguientes: Jiménez Fortea[502] en su tesis doctoral identifica estos elementos que constituyen la naturaleza de la casación: su condición de medio de impugnación en sentido estricto, carácter de recurso devolutivo, configuración como extraordinario, pretendido carácter «excepcional» y «naturaleza casacional» del recurso.

Loredo Colunga[503] estudia las siguientes *características*: carácter extraordinario, no es tercera instancia, naturaleza jurisdiccional, objeto, irrecurribilidad, función o finalidad.

Por su parte, Ugalde González[504], bajo la forma de *características*, relaciona estas: es extraordinario, rigor formal y tecnicismo.

A pesar de la coincidencia general, al menos en dos aspectos, la naturaleza pública y extraordinaria de la casación, hay otros elementos particulares observados por la doctrina de la casación que no se ajustan a la esencia de la institución. Esto se puede afirmar a partir del sentido que se dé a la calificación de naturaleza jurídica, que tal vez, por la imprecisión del término, de manera superficial se pasa por alto y en ella se incluyen aspectos, que si bien pueden representar en algo el recurso, no necesariamente son de su esencia. Por tanto, para el desarrollo de esta investigación, se entiende la naturaleza, siguiendo en primer lugar, la definición

---

[501] Blanco Zúñiga, Gilberto. *La casación civil. Teoría general, fundamentos y aspectos prácticos de la actuación y de su técnica*. Bogotá: Ibáñez, 2019. pp. 57-65.

[502] Jiménez Fortea, Francisco Javier. *El recurso de casación para la unificación de doctrina en el proceso laboral (Problemas fundamentales)*. Tesis doctoral. Director: Juan Montero Aroca. València: Universitat de València. Facultat de Dret. 1998. 486 p. La cita es de las pp. 219-259.

[503] Loredo Colunga, Marcos. *La casación civil. El ámbito de recurso y su adecuación a los fines casacionales*. Valencia: Tirant, 2004. Corresponde a la tesis doctoral del autor, del mismo título. Director: Fernando Gómez de Liaño González. Oviedo: Universidad de Oviedo, 2002. 499 p. La cita es de las pp. 176-204.

[504] Ugalde González, José Ignacio. *El recurso de casación laboral*. Tesis doctoral. Director: Manuel Gómez del Castillo. Huelva: Universidad de Huelva. Departamento Theodor Mommsen. 2007. 580 p. La cita es de las pp. 133-143.

general, como «propiedad de las cosas»[505] y propiedad como «atributo o cualidad esencial de alguien o algo»[506]. Si bien esta elección resulta ser, en parte, subjetiva y como tal sujeta a crítica, la investigación será coherente con este punto de partida y solo considerará los aspectos que son de la esencia de la casación, los que la individualizan y distinguen frente a otros recursos.

Para efectos de esta investigación, y sin perjuicio de otros aspectos que pudieran ser tenidos en cuenta, como lo hace la doctrina de la casación, se examinan los siguientes[507]: *i)* la casación tiene una finalidad distinta, en cuanto al fin público, a la de los demás órganos jurisdiccionales, *ii)* la casación no es tercera instancia y, *iii)* la casación es un recurso extraordinario. Algunos de los aspectos que la doctrina enuncia, se incluyen en el carácter extraordinario, como ser un recurso limitado.

1.1 La casación tiene una finalidad distinta, en cuanto al fin público, a la de los demás órganos jurisdiccionales

Antes (cap. II, núm. 2), siguiendo a Calamandrei, se identificó como uno de los elementos constitutivos de la casación su finalidad, la cual es diferente a la de los demás órganos jurisdiccionales[508]. De manera breve, pues el punto fue

[505] Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Tercera acepción. Disponible en: https://dle.rae.es/?w=naturaleza

[506] Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Tercera acepción. Disponible en: https://dle.rae.es/propiedad

[507] Se excluye el elemento del carácter público, por dos razones principales: *i)* el recurso de casación, como todos los demás recursos, es público, pues no hay recursos privados; luego, no es una cualidad que lo distinga de los demás, pues hace parte de la ordenación del derecho procesal, que es de orden público y; *ii)* en esta investigación se ha sostenido que el fin privado no es secundario frente al fin público, que es el criterio de la doctrina citada para darle esta particular caracterización. Si se quisiera entender como *público* por su especial finalidad pública, esta se analiza en el primer aspecto indicado: la casación tiene una finalidad distinta, en cuanto al fin público, a la de los demás órganos jurisdiccionales.

[508] Se hace referencia a la función de actuar como tribunal de casación. En Colombia, solo la CSJ tiene la atribución de «Actuar como tribunal de casación» (CP, art. 235, núm. 1.°). Se excluyen de esta naturaleza los demás asuntos de competencia de la Corte, como el recurso extraordinario de revisión, de que también conoce el tribunal superior, p. ej., en materia civil (CGP, arts. 30, núm. 2.°; y 31, núm. 4.°), pues no corresponde a la esencia de la casación.

desarrollado, es preciso recordar que los jueces de instancia, de los cuales se distingue el tribunal de casación, tienen como función la resolución de la controversia jurídica planteada por las partes, a través del conocimiento del mérito o fondo del asunto, es decir, del hecho y su prueba, la pretensión y la excepción, con el objetivo de aplicar la ley general al caso concreto y garantizar la efectividad del derecho sustancial[509].

En efecto, los jueces de instancia deciden sobre la cuestión de hecho (existencia del hecho tema de prueba) y la cuestión de derecho (interpretación y aplicación de la disposición jurídica). En la casación, como regla general, el juicio es de derecho, no de hecho, es decir, el juicio es frente a la sentencia impugnada, no sobre la controversia jurídica de las partes. Por tanto, el tribunal se limita a controlar que el juez de apelación haya proferido su sentencia *secundum ius*, conforme al derecho que le impone el sentido de la decisión, como explicó Calamandrei[510].

A pesar de esto, la limitación del tribunal de casación sobre el control del hecho no es absoluta, pues la doctrina ha evidenciado que el tribunal sí puede conocer de algunos hechos, como advirtieron Calamandrei[511] y Chiovenda[512]. Sin

---

[509] Satta, *Manual de derecho procesal civil. vol. I*. ob. cit., p. 462.

[510] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 27-53, 428-430. En la p. 50 se lee: «… la Corte de casación debe entenderse "instituida para mantener la exacta observancia por parte de los órganos jurisdiccionales de la norma que prescribe a los mismos decidir según la ley las controversias confiadas a su juicio"». En la p. 429 se lee: «… el conocimiento de la Corte de casación debe, en materia de *error in iudicando*, entenderse estrictamente limitado a la cuestión de derecho» (cursiva del texto).

[511] *Casación civil*. ob. cit., pp. 226-229.

[512] Chiovenda, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil. t. I*. Traducción española de la 3.ª ed. italiana. Prólogo y notas del profesor José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1922. pp. 474-475; *Instituciones de derecho procesal civil. vol. II*. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. pp. 114-115. En la p. 115 se lee: «El Tribunal de Casación tiene que hacer para esto un examen *de hecho*, a saber: cuál fué (*sic*) efectivamente la actividad realizada en cuanto resulta de los autos del proceso…» (cursiva del texto).

También, Carnelutti, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil. III*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944. p. 761; Satta, *Manual de derecho procesal civil. vol. I*. ob. cit., pp. 461-464; Liebman, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1980. pp. 503-504; Rocco, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil.*

embargo, este conocimiento recae sobre hechos de la relación procesal, que se ha propuesto reemplazar por el concepto de acto procesal, como al resolver sobre la nulidad procesal insanable[513], parafraseando a Carnelutti[514], contrastando el trámite cumplido con el trámite debido, no de la relación sustancial, a los que se refiere el planteamiento inicial.

Esta finalidad de la casación, distinta a la de los demás órganos jurisdiccionales, es doble: de una parte, es pública y se manifiesta en la defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico (cap. II, núm. 2.4) y la unificación de la jurisprudencia (núm. 2.5). De la otra, es privada y se expresa en la posibilidad de que la sentencia desfavorable sea revisada por el tribunal con el objeto de «reparar los agravios irrogados», condicionada al cumplimiento de los otros fines indicados y los requisitos de procedencia fijados en la ordenación del recurso (núm. 2.6).

Se ha precisado que la casación tiene una finalidad distinta, en cuanto al fin público, a la de los demás órganos jurisdiccionales, puesto que frente al fin privado no difiere del objetivo perseguido por cualquier otro recurso, como el de apelación, que consiste en obtener que la resolución judicial desfavorable pierda eficacia jurídica y, por el contrario, resulte favorable al interés particular del recurrente.

1.2 La casación no es tercera instancia

Desde la perspectiva dogmática, un propósito relevante de Calamandrei[515] fue examinar a fondo la casación para diferenciarla de la tercera instancia. Este es un punto trascendental en la casación porque tiene relación con los modelos de

---

III. Parte especial. Proceso de cognición. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis; Buenos Aires: Depalma, 1972. pp. 398-401.

513 La normativa, jurisprudencia y doctrina colombianas usan las expresiones *saneable* e *insaneable*, en lugar de *sanable* e *insanable*, que son las palabras aceptadas en el *Diccionario de la lengua española* de la RAE. Sí existe en el *Diccionario*, *sanear* y *saneamiento*. Así, p. ej., el CGP regula las nulidades procesales saneables e insaneables (arts. 136-137).

514 Carnelutti, *Instituciones del proceso civil. vol. II*. ob. cit., p. 249.

515 Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 369-380, 401-428; *Casación civil*. ob. cit., pp. 99-102.

tribunales o cortes supremas reseñados (cap. I, núm. 3). De hecho, estos modelos muestran que un tribunal supremo puede actuar, limitando en extremo el punto, en dos sentidos desde esta perspectiva: puede revisar y decidir sobre el fondo del asunto como un juez de instancia y estando agotados los dos grados, sería un tribunal de tercera instancia, como el tribunal alemán. De otra parte, puede limitarse la actuación del tribunal a la revisión del juicio de derecho realizado en la sentencia de segunda instancia, no decidiendo, en esencia, sobre el fondo del asunto, actuando en este caso, no como una tercera instancia, como el tribunal francés o italiano, en teoría. La casación ha optado por este modelo de tribunal o corte, como ocurre en Francia, siguiendo a Cadiet[516].

En España, de donde se ha recibido el modelo para la casación colombiana, no se adoptó esta particularidad de la casación francesa y, por el contrario, el TS está investido de dos funciones distintas: una de casación, por cuyo ejercicio puede decidir anular o no la sentencia impugnada y, otra de instancia, por la cual, una vez anulada la resolución judicial, procede a proferir la de reemplazo. Esta actuación no se considera una tercera instancia, pues se trata de funciones diferenciadas. Como se examina (cap. IV, núm. 1.2), Vicente y Caravantes[517] explicó las razones que tuvo en cuenta el legislador español para adoptar este tipo y no seguir el francés[518].

---

[516] Cadiet, Loïc. «El sistema de la casación francesa». En: Ortells Ramos, Manuel (coord.). *Los recursos ante los tribunales supremos en Europa*. Madrid: Difusión Jurídica, 2008. pp. 21-45. En la p. 27 se lee: "La *«Cour de cassation»* no es un tribunal de instancia; solamente es juez de derecho. Su función consiste en pronunciarse sobre la legalidad de la resolución recurrida y no sobre el fondo del asunto"; «El rol institucional y político de la Corte de Casación en Francia: ¿Tradición, transición, mutación?» En: Taruffo, Michele; Marinoni, Luiz Guilherme y Mitidiero, Daniel (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 175-204. La cita es de las pp. 181-182.

[517] Vicente y Caravantes, José de. *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios. t. IV*. Madrid: Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores, 1858. pp. 168-172. Disponible en: https://books.google.com.co/books?id=IAGqHYT0w_QC&pg=PA163&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false

[518] Es partidario de la tercera instancia, Condomines Valls, Francisco de A. *El recurso de casación en materia civil*. Barcelona: Bosch, 1978. pp. 95-104.

Ahora bien, en Colombia, como regla general, el proceso tiene dos instancias; la excepción es la única[519]. No se establece la tercera instancia[520]. No obstante, ¿cuáles son los límites que tiene el tribunal de casación para no actuar como tercera instancia? Se ha indicado que principalmente se refiere a la imposibilidad de que decida sobre el fondo del asunto, lo que está reservado a los jueces de instancia. A pesar de esto, en la casación colombiana, la regulación del recurso no sigue en todo el modelo francés o italiano, en el que se consagra el modo de reenvío, según el cual, una vez el tribunal casa la sentencia, reenvía el expediente al tribunal de apelación para que profiera la sentencia en reemplazo de la que ha sido casada. Este modo de reenvío permite delimitar más claro el papel del tribunal de casación para excluirlo como de tercera instancia.

Contrario al tipo francés e italiano, en Colombia, siguiendo el tipo español, no se adoptó el modo de reenvío, pues la CSJ cumple dos funciones diferenciadas. Esto, para la casación francesa e italiana y, especialmente, para Calamandrei, significaría una tercera instancia. Una función como tribunal de casación (casa la sentencia) y otra como tribunal de instancia[521] una vez cumple la anterior (decide el recurso de apelación), en reemplazo de la sentencia de segunda instancia anulada, que ha desaparecido del proceso (cap. IV, núm. 1; cap. V, núm. 1).

Hasta acá no parece existir inconveniente con relación a la tercera instancia. El punto es relevante en el cumplimiento de la primera función, la que es inherente al tribunal, que se puede plantear en estos términos: cuando el tribunal casa la sentencia, decide sobre el fondo del asunto, p. ej., al hacer el control de legalidad de la sentencia impugnada sobre los hechos.

Es muy conveniente, con el fin de aclarar el punto, partir de lo que se debe entender por instancia. En principio, si se acogiera un punto de vista solo del trámite

---

[519] Constitución Política de 1991 (4, julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá, 1991. núm. 116, 20 de julio; art. 31.

[520] En Paraguay, el Código Procesal Civil de 1988 consagra expresamente la tercera instancia (arts. 435-438). Código Procesal Civil. Ley 1337 de 18 de diciembre de 1988.

[521] Zuleta Ángel observaba en esta función una tercera instancia. Zuleta Ángel, Alberto. *Conferencias de técnica de casación civil y laboral*. Bogotá: [s.n.], 1956. p. 11.

en la estructura de la pirámide judicial, se llegaría a los siguientes escalones: juez de conocimiento como primera instancia, tribunal de apelación como de segunda y tribunal de casación como de tercera. Esta perspectiva no es aceptable, pues más que un criterio de puro trámite, la instancia se relaciona con la decisión sobre el mérito o fondo del asunto.

En este sentido, como explicó Chiovenda[522], la llamada por él, pluralidad de grados de jurisdicción, tal vez mejor decir, grados de competencia, «… se admite por consideraciones de utilidad práctica, atendiendo al fin de obtener el mejor fallo posible». Y sostiene sobre la casación: «No es esta una *tercera instancia, institución* que admitiría una nueva *regulación* de la relación jurídica objeto de la controversia, lo que supone un nuevo conocimiento de la cuestión de derecho y de la de hecho…,»[523] (cursiva del texto).

Resulta clara la esencia de la instancia para comprender porque la actuación procesal ante el tribunal no es un tercer grado[524].

1.3 La casación es un recurso extraordinario

La tradicional clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios tiene importancia en este punto. La diferencia puede reconocerse a partir de dos puntos de vista: *i)* uno *ilimitado*, según el cual los recursos son permitidos contra providencias que estén o no ejecutoriadas o firmes y; *ii)* otro *limitado*, en virtud del cual solo son procedentes los recursos contra decisiones que no estén

[522] Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil. vol. II*. ob. cit., pp. 108-117. La cita es de la p. 108. En el mismo sentido, Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 252.

[523] Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil. vol. II*. ob. cit., p. 112. Por el contrario, sobre la actividad del juez en segunda instancia, afirma: «Lo que es objeto del examen del juez de segunda instancia no es la sentencia de la primera, sino directamente la relación jurídica controvertida». ob. cit., p. 110.

[524] Corte Constitucional. Sentencia C-372/11, de 12 de mayo de 2011, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. La Corte sostuvo: «… la casación no puede considerarse como una tercera instancia, sino que la labor de la Corte Suprema se limita a verificar si los enunciados normativos contenidos en la regla jurídica han sido interpretados o aplicados correctamente por el juez de instancia y si jueces funcionalmente inferiores no han incurrido en violación de la ley sustancial». p. 41.

ejecutoriadas, previendo la posibilidad de un mecanismo procesal, distinto de los recursos, para obtener la revisión de la sentencia firme. Luego, no existe un criterio absoluto para distinguir en todos los ordenamientos jurídicos estas clases de recursos y dependerá su calificación del régimen de impugnaciones en el sistema procesal de cada Estado.

Desde el primer punto de vista, *ilimitado*, las principales diferencias entre estos tipos de recursos son: *i)* frente a la oportunidad, en general, los recursos ordinarios son admitidos durante las instancias del proceso, mientras que los extraordinarios a su terminación; *ii)* frente a la providencia, los recursos ordinarios proceden, como regla general, contra cualquier decisión, sean autos o sentencias; mientras que los extraordinarios contra determinadas providencias señaladas en la ley, generalmente sentencias y; *iii)* frente a los motivos de inconformidad, los recursos ordinarios son permitidos por cualquier error de la providencia; por el contrario, en los extraordinarios se admite el recurso por motivos o causales, casi siempre señaladas en la disposición procesal[525]. Este es el enfoque admitido en Colombia para la ordenación de los recursos en los procesos civil y laboral. En ambas materias son recursos ordinarios los de reposición, apelación, queja y súplica; mientras que son extraordinarios los de casación, revisión y anulación.

En este primer grupo, otro criterio planteado consiste en que los recursos ordinarios son procedentes contra providencias que no han adquirido la calidad de ejecutoriada o firme; a su vez, los extraordinarios contra decisiones ejecutoriadas o firmes[526].

---

[525] Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil. vol. III*. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. pp. 367-368; Palacio, Lino Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. 19.ª ed., reimpresión. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009. pp. 579-580; Azula Camacho, Jaime. *Manual de derecho procesal. t. I. Teoría general del proceso*. 11.ª ed. Bogotá: Temis, 2016. pp. 393-394.

[526] De la Rúa, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*. ob. cit., pp. 50-57. En el mismo sentido, pero atendiendo a la regulación de los recursos en Italia, Redenti, Enrico. *Derecho procesal civil. t. II. El sistema de las impugnaciones de las sentencias. Procedimientos especiales de cognición y cautelares. Procedimientos de ejecución*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Prólogo por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1957. pp. 7-11; Liebman, *Manual de derecho procesal civil*. ob. cit., p. 459.

Desde el segundo punto de vista, *limitado*, se ha considerado que los recursos, ordinarios o extraordinarios, solo son procedentes contra providencias no ejecutoriadas o firmes, reservando la diferencia en especial sobre los motivos o causales. Este es el enfoque aceptado en Colombia para la ordenación de los recursos en el proceso penal, en el que son recursos ordinarios los de reposición, apelación, queja y súplica; es extraordinario el de casación y; en lo que interesa resaltar, la revisión es regulada, no como un recurso, sino como una acción[527].

En el derecho comparado se encuentran estos dos puntos de vista: en Uruguay, el Código General del Proceso de 1989[528] acoge el *ilimitado*, siendo la revisión de la sentencia ejecutoriada o firme, un recurso extraordinario (arts. 281-292). A su vez, en España, el *limitado*, no siendo la revisión de la sentencia ejecutoriada o firme un recurso, sino un mecanismo diferente. En efecto, en materia civil, la LEC/2000[529] regula la «revisión de sentencias firmes» (arts. 509-516), como un mecanismo distinto de los recursos ordinarios y extraordinarios. En la doctrina, p. ej., en Argentina, De la Rúa[530] a partir de la diferencia entre recursos ordinarios y extraordinarios basada en la improcedencia contra sentencia ejecutoriada (ordinario) o procedencia (extraordinario), es decir, dentro de lo que denominamos perspectiva limitada, sostiene que la casación, como la apelación, es un recurso ordinario.

---

[527] En Colombia, en materia civil (CGP, arts. 354-360) y laboral (Ley 712/01, arts. 30-34) la revisión es recurso extraordinario, mientras que en materia penal es una acción (Ley 906/04, arts. 192-198).

[528] Ley 15982 de 6 de octubre de 1988. Se aprueba el Código General del Proceso. En el lib. I, tít. VI, cap. VII (Medios de impugnación de las resoluciones judiciales) se ordenan los recursos, así: sec. I: Disposiciones generales; sec. II: Recursos de aclaración y de ampliación; sec. III: Recurso de reposición; sec. IV: Recurso de apelación; sec. V: Recurso de queja por denegación de casación, de apelación o de la excepción de inconstitucionalidad; sec. VI: Recurso de casación y; sec. VII: Recurso de revisión.

[529] Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En el lib. II, tít. IV (De los recursos) se regulan los recursos, así: cap. I (De los recursos: disposiciones generales); cap. II (De los recursos de reposición y revisión); cap. III (Del recurso de apelación y de la segunda instancia); cap. IV (Del recurso extraordinario por infracción procesal); cap. V (Del recurso de casación); cap. VI (Del recurso en interés de la ley); cap. VII (Del recurso de queja). A continuación, tít. V (De la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde) y tít. VI (De la revisión de sentencias firmes).

[530] De la Rúa, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*. ob. cit., pp. 50-57.

La regulación moderna de la casación, en sus distintas ramas civil, laboral y penal, atribuye a la institución el carácter de recurso extraordinario. Ahora, ¿cuáles son los aspectos que hacen de la casación un recurso extraordinario? Calamandrei, a pesar de distinguir la casación como acción de impugnación, opuesta al medio de gravamen (recurso), la calificó como extraordinaria e identificó los aspectos que definen este rasgo: *i)* «… por los motivos sobre los cuales el mismo se funda…;»[531] y, *ii)* «… también por la colocación que tiene en el ordenamiento judicial la Corte de casación…,»[532].

En efecto, por el primer aspecto, el de los motivos, se traduce la naturaleza extraordinaria en la regulación de causales o motivos taxativamente señalados en la ordenación del recurso. Esto implica que la sentencia impugnada solo podrá ser casada si se considera que incurrió en dichas causales o motivos y que no será procedente, tramitado ni decidido el recurso que no se estructure en uno de aquellos. Por el segundo aspecto, la decisión del recurso, por las finalidades que tiene, está atribuida solo al tribunal de casación, como órgano supremo de la jurisdicción, al menos la ordinaria, y no a otro tribunal o juez.

Calamandrei no incluyó expresamente en ese apartado la clase de providencia como particularidad que defina la naturaleza extraordinaria de la casación, es decir, si procede contra cualquier providencia o solo contra aquellas que de modo taxativo autorice la ley, aunque puede entenderse del desarrollo de su obra que sí.

Además, debe agregarse que parte de la doctrina de la casación citada sobre la naturaleza jurídica, entre ellos, Cuenca[533], Véscovi[534] y Murcia Ballén[535], diferencian los aspectos de ser el recurso extraordinario y limitado. Aun así,

---

[531] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 244.

[532] *ibid.*, p. 245.

[533] Cuenca, *Curso de casación civil*. ob. cit., p. 36.

[534] Véscovi, *El recurso de casación*. ob. cit., pp. 30-34.

[535] Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1978. pp. 19-38; *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. pp. 51-97.

siguiendo a De la Plaza[536] y Morales Molina[537], es posible sostener que el recurso es extraordinario[538], en parte, porque es limitado, es decir, este aspecto es desarrollo de aquel. En esto se torna interesante determinar los elementos que constituyen esta limitación. De la Plaza[539] y Morales Molina[540], mencionan dos: limitación de motivos y limitación del poder de decisión del tribunal de casación. Murcia Ballén[541], quien distingue lo extraordinario y limitado del recurso, y al tratar este último aspecto, además de los anteriores, incluye las providencias objeto del recurso.

Comparada esta postura frente a la de Calamandrei, se observa que Murcia Ballén no consideró la posición que ocupa el tribunal en el vértice de la jurisdicción como elemento distintivo de su carácter extraordinario, pero sí tuvo en cuenta la providencia objeto del recurso y la limitación del tribunal de casación. El aspecto de limitación del poder de decisión del tribunal, Murcia Ballén[542] lo fundamentó en la jurisprudencia de la CSJ que, a su vez, se basó en la obra de Calamandrei, en estos términos:

> «La *limitación según la jurisprudencia de la Corte*. La apuntada limitación [de actuar de oficio] la sintetiza y explica así la Corte: "No puede [la Corte] examinar de oficio defectos de la sentencia que no hayan sido denunciados formalmente por el

[536] De la Plaza, *La casación civil*. ob. cit., pp. 34-35.

[537] Morales Molina, *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1963. pp. 38-40; *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1983. pp. 28-30.

[538] Así como el recurso de apelación se considera ordinario debido a que no tiene limitaciones como el de casación, al menos en cuanto a motivos o causales.

[539] De la Plaza, *La casación civil*. ob. cit., p. 35.

[540] Morales Molina, *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1963. pp. 38-40, 51-53; *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1983. pp. 28-30, 40-43.

[541] Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1978. pp. 19-22; *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. pp. 51-57.

[542] *ibid.*, p. 56. La sentencia citada por Murcia Ballén es la de la Sala de Casación Civil, de 13 de octubre de 1955, MP Manuel Barrera Parra, publicada en la Gaceta Judicial núms. 2157-2158, tomo LXXXI, agosto-septiembre de 1955, pp. 410-428. La cita de Calamandrei por parte de la Corte está en la p. 427 de la Gaceta, no p. 426 citada. Murcia Ballén sostuvo este criterio durante todas las ediciones de su obra *Recurso de casación civil*, así en la segunda edición (Bogotá: Temis, 1978, pp. 20-21), en la tercera (Bogotá: Librería El Foro de la Justicia, 1983, p. 28) y en la quinta citada (p. 56).

recurrente, y decidir la invalidación del fallo por errores no invocados en la demanda de casación. (…) Dice el procesalista PIERO CALAMANDREI… (PIERO CALAMANDREI, *La casación civil*, t. II, núm. 75, p. 173)"» (cursiva y mayúscula del texto).

Lo que viene a continuación en la jurisprudencia citada por Murcia Ballén es la transcripción de la obra de Calamandrei, que por su importancia se reproduce adelante (cap. IV, núm. 5.1), con el objeto de hacer una crítica.

Antes de Murcia Ballén, esta justificación de la limitación del poder de decisión del tribunal la había expuesto Morales Molina, en su obra de 1963[543], incluso antes en su *Curso de derecho procesal civil* de 1960[544], citando la misma jurisprudencia de la CSJ[545].

En esta jurisprudencia de la CSJ y la doctrina de dos de los más influyentes autores colombianos sobre la casación se observa una especie de canon procesal[546] en la obra de Calamandrei. Tal vez por la autoridad del procesalista su idea fue seguida sin someterla a un examen para comprobar su solidez por la autoridad del argumento. De ahí que, Nieva Fenoll[547] sostenga que «"… algunas de sus ideas, teniendo en cuenta quién las decía, han influido muchísimo en la doctrina,

[543] Morales Molina, *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1963. pp. 38-40; *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1983. pp. 28-30. El párrafo referido, por cierto completo, está en la p. 39 en la obra de 1963 y en la p. 29 de la de 1983. La obra de Morales Molina de 1963 fue anterior a la de Murcia Ballén, cuya primera edición fue de 1977 (Bogotá: Temis).

[544] Morales Molina, Hernando. *Curso de derecho procesal civil. Parte general*. 4.ª ed. Bogotá: Lerner, 1960. pp. 542-543.

[545] Morales Molina también se equivocó en la cita de la página de la sentencia, p. 426 de la Gaceta Judicial, en lugar de la correcta, p. 427.

[546] Se usa la expresión canon, en parte, con el sentido utilizado por Bloom en referencia al canon en la literatura, como obra inmortal. Bloom, Harold. *El canon occidental. La escuela y los libros de todas las épocas*. 9.ª ed. Traducción de Damián Alou. Barcelona: Anagrama, 2015. pp. 25-51.

[547] Nieva Fenoll, Jordi. «La relevancia social de la casación: la importancia del *ius litigatoris*». En: *XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2006. pp. 587-614. La cita es de la p. 588. Citado por Bonett Ortiz, Samir Alberto. «La casación laboral justa». En: *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2012. pp. 811-843. La cita es de las pp. 816-817.

que, como suele ocurrir, las ha exacerbado y han resultado en parte devastadoras para la utilidad del recurso"».

En Colombia, desde el punto de vista de la ordenación legal, el recurso de casación es extraordinario en sus distintas ramas civil[548], laboral[549] y penal[550].

La CC ha resaltado la naturaleza extraordinaria de la casación, entre otras, en las siguientes sentencias relevantes sobre la regulación del recurso en las distintas ramas:

i) En la sentencia C-596/00[551] la Corte reconoció la naturaleza extraordinaria en cuanto a la limitación, p. ej., de providencias.

ii) En la sentencia C-372/11[552], sobre casación laboral, en la cual se decidió sobre la constitucionalidad del art. 48 de la Ley 1395/10, que modificó el art. 86 del CPTSS, aumentando la *summa cassationis* o cuantía para recurrir, la Corte reiteró la naturaleza extraordinaria del recurso de casación laboral.

iii) En la sentencia C-792/14[553], sobre casación penal, la Corte analizó el carácter extraordinario del recurso en esta materia.

iv) En la sentencia C-213/17[554], sobre casación civil, por medio de la cual se resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el art. 338 del CGP, la Corte,

---

[548] Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 2012. núm. 48.489, 12 de julio; art. 333.

[549] Decreto Legislativo 2158 (24, junio, 1948), adoptado como legislación permanente por el Decreto Legislativo 4133 (16, diciembre, 1948). Sobre los procedimientos en los juicios del trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 1948. núm. 26.754, 26 de junio. Ninguna de las disposiciones que regulan el recurso de casación laboral en el Código (arts. 86-99) le asignan la calificación de extraordinario. Aun así, más que la calificación, lo que determina su naturaleza extraordinaria es la exigencia de motivos o causales de procedencia y el lugar que ocupa el juez de casación en el vértice de la pirámide judicial, como afirmó Calamandrei, sumado a las providencias objeto del recurso. Este criterio ha sido adoptado por la jurisprudencia de la CC y CSJ, p. ej., Corte Constitucional. Sentencia C-140/95, de 29 de marzo de 1995, MP Vladimiro Naranjo Mesa. pp. 8-10; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 2 de agosto de 1994, rad. 6735, MP Hugo Suescún Pujols, pp. 11-12.

[550] Ley 906 (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, 2004. núm. 45.658, 1.° de septiembre; arts. 180-191.

[551] Sentencia C-596/00, de 24 de mayo de 2000, MP Antonio Barrera Carbonell. pp. 21-22.

[552] Sentencia C-372/11, de 12 de mayo de 2011, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. pp. 39-53.

[553] Sentencia C-792/14, de 29 de octubre de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez. pp. 65-68.

[554] Sentencia C-213/17, de 5 de abril de 2017, MP Alejandro Linares Cantillo. pp. 19-23.

con fundamento en el carácter extraordinario del recurso de casación, declaró exequible la disposición demandada.

A su vez, la CSJ[555] ha sostenido sobre el carácter extraordinario del recurso de casación:

> «1.- Es bien sabido que la casación, de antaño, es un recurso extraordinario previsto en la ley contra ciertas sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, salvo algunas excepciones, allí mismo consagradas.
> En desarrollo del carácter extraordinario de este recurso, el estatuto procesal ha limitado las razones por las cuales pueden atacarse dichos fallos y las estructuró en las llamadas causales de casación, que no solo tienen naturaleza diferente, sino que, por tener un alcance distinto, también han sido configuradas de manera autónoma.
> […]
> De allí que se imponga, como invariable regla técnica, la necesidad de que en la formulación de los cargos se respete la autonomía de las causales en mención […]
> 2.- Efectivamente, se ha entendido que el recurso de casación esencialmente es dispositivo, por manera que los poderes -o facultades- judiciales asignados a la Corte, en modo alguno, se estima que son amplios, extendidos o ilimitados […]
> En otros términos, no le es permitido a la Corte, sin resquebrajar caros axiomas que estereotipan el recurso en comento, suplir o incluso complementar la tarea impugnativa asignada al recurrente (…)».

A partir de la reseña doctrinal y jurisprudencial realizada de manera breve, es posible enunciar las manifestaciones de la naturaleza extraordinaria de la casación, es decir, la respuesta a la pregunta formulada, ¿cuáles son los aspectos que hacen de la casación un recurso extraordinario?: *i)* la función de decidir el recurso de casación está atribuida solo al tribunal de casación, como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria (ya no máximo órgano jurisdiccional del Estado, debido a la coexistencia con el tribunal constitucional), único juez de casación; *ii)* el

[555] Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 23 de marzo de 2000, rad. 5259, MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. pp. 15-21.

recurso solo se puede fundar en unos motivos o causales, que en general[556], son expresamente establecidas en la disposición legal (limitación de motivos); *iii)* el recurso solo procede contra las providencias taxativamente indicadas en la norma (limitación de resoluciones) y; *iv)* el tribunal de casación tiene limitado su poder de decisión del recurso (limitación de poder de decisión), que la doctrina y la jurisprudencia han identificado como el carácter dispositivo de la casación, del cual han derivado la necesidad del rigor formal o técnica de casación.

Como se señaló (cap. II, Introducción), en estricto sentido, probablemente el principal aspecto que defina la esencia de la casación sean los motivos o causales por los cuales se admite el recurso, como sostiene Guasp[557]. Por tanto, este autor se cuestiona si la casación es el único recurso *supremo* y concluye que no, lo cual se puede afirmar en muchos ordenamientos jurídicos, como el colombiano (CGP, art. 354), siendo similar al español (LEC, art. 509) en la ordenación legal de la revisión de la sentencia firme o ejecutoriada, al margen del tratamiento como recurso o no.

Lo anterior conduciría a sostener que no es de la esencia de la casación que sea la única competencia del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, pero lo cierto es que el tribunal de casación es el único juez de casación. Pero lo que se pretende resaltar por la doctrina es la circunstancia de que ningún otro juez del

---

[556] Nieva Fenoll afirma que en la casación civil francesa, como en la revisión alemana, «… no existe ese listado de motivos, y sin embargo la casación no ha perdido su naturaleza». Nieva Fenoll, Jorge. *El hecho y el derecho en la casación penal*. Barcelona: Bosch, 2000. p. 79. Del mismo autor, «La enunciación de los motivos de casación en las leyes procesales». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Octubre, 2006. núm. 1-2, pp. 157-187. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#WW/vid/441756

En efecto, así lo explica la doctrina francesa, Cadiet, «El sistema de la casación francesa». En: Ortells Ramos (coord.). *Los recursos ante los tribunales supremos en Europa*. ob. cit., p. 32; «El rol institucional y político de la Corte de Casación en Francia: ¿Tradición, transición, mutación?» En: Taruffo, Marinoni y Mitidiero (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. ob. cit., pp. 183-184. También, Armengot Vilaplana, Alicia. «La evolución de la *Cour de Cassation* francesa». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Diciembre, 2014. núm. 2, pp. 287-337. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://2019-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#WW/vid/559017530 La cita es de las pp. 310-312.

[557] Guasp, Jaime. *Derecho procesal civil. Tomo segundo. Parte especial*. 3.ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968. pp. 804-806.

Estado tiene dicha competencia, más allá de que sea la única del tribunal de casación, que siendo un tribunal supremo, tiene un papel relevante en la administración de justicia y el equilibrio de poderes públicos en el Estado. La revisión, al menos en Colombia, puede ser de competencia de otros jueces (CGP, art. 31, núm. 4.°).

Por otra parte, hay tres aspectos que puede sostenerse que no pertenecen a la esencia de la casación, esto es, sin los cuales la institución subsiste y no se confunde con otra. Estos elementos dependen de su exigencia en la ordenación legal del recurso, más por razones de funcionamiento del tribunal, pero que algún sector de la doctrina los considera parte de su naturaleza jurídica: *i)* el recurso de casación, no por esencia, sino por exigencia, es formalista en la medida que exige del recurrente un rigor formal o técnica de casación; *ii)* la *summa cassationis* o cuantía para recurrir en casación, es decir, la exigencia de un valor en el agravio causado por la providencia objeto de impugnación y; *iii)* el depósito[558] como condición de admisibilidad del recurso, esto es, la constitución de una garantía, como la consignación de una suma de dinero, para el trámite del recurso.

En principio, las tres primeras manifestaciones no parecen presentar ninguna dificultad, pues en especial a partir de la obra de Calamandrei, es aceptado por la doctrina de la casación y así es regulado normativamente, que la casación está atribuida a un único órgano, que ocupa el vértice de la pirámide judicial del Estado, al menos en la jurisdicción ordinaria, que es el tribunal de casación.

Frente a la limitación de motivos o causales y de resoluciones o providencias, en teoría es posible, y así ha sido, el debate sobre si unos motivos deben ser causal o no de casación, o si unas providencias deben ser susceptibles del recurso o no, pero hay consenso general sobre estas dos limitaciones.

[558] Sobre el depósito en la casación civil española, Cucarella Galiana, Luis-Andrés. «Aspectos relativos al depósito para recurrir previsto por la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 2/2009, de 3 de noviembre». En: Bonet Navarro, José (dir.), y Martín Pastor, José (coord.). *El recurso de casación civil*. Madrid: Aranzadi, 2010. pp. 473-485.

Sin embargo, la manifestación cuarta, la limitación de poder de decisión, merece una reflexión especial, como también el primer aspecto de los últimos indicados, es decir, el rigor formal o técnica de casación. Esto debido a que se han convertido en una especie de dogmas en la jurisprudencia y doctrina, y bien vale plantear un cuestionamiento a la base de estos elementos.

1.3.1 Limitación del poder de decisión del tribunal de casación. Carácter dispositivo de la casación. Se ha sostenido tradicionalmente por la doctrina[559] y jurisprudencia[560] que el recurso de casación es rogado, es decir, que en su presentación, trámite y decisión se guía por el sistema dispositivo. Esto ha sido adoptado en la ordenación legal del recurso, constituyendo la limitación del poder de decisión del tribunal.

El carácter dispositivo del recurso, que en principio excluye la regla *iura novit curia*, se traduce, al menos, en varias hipótesis: *i)* el tribunal de casación no puede actuar sin que se haya interpuesto el recurso, *ii)* el tribunal no puede desbordar el límite fijado por el recurrente en la petición del recurso y, *iii)* el tribunal no puede considerar motivos o causales de casación no invocados por el recurrente. Se materializa en estas limitaciones la advertencia de Sartorio[561]: «La competencia de la Corte, a la par de ser la más alta en la jerarquía judicial, es la más limitada».

La justificación de esta limitación se encuentra, no en una expresión de la naturaleza extraordinaria de la casación, sino en la fundamentación dogmática que

[559] Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1978. pp. 20-22; *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. pp. 55-57.

[560] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 23 de marzo de 2000. ob. cit., pp. 15-21; AC1490-2015, de 24 de marzo de 2015, MP Jesús Vall de Rutén Ruíz. p. 11. Este auto tiene un salvamento de voto del magistrado Ariel Salazar Ramírez (p. 21-37), quien en un aparte dice: «… carece de sentido y de rigor conceptual seguir afirmando que el recurso de casación es *eminentemente dispositivo*; lo cual no es exacto no sólo en razón de los fines que cumple este instituto para la materialización de los valores y principios constitucionales del Estado Social de Derecho, sino porque la ley positiva evidencia lo contrario». p. 28. (Cursiva del texto).

[561] Sartorio, José. *La casación argentina*. Buenos Aires: Depalma, 1951. p. 54.

hizo Calamandrei[562], partiendo de la obra de Chiovenda[563], sobre el derecho de acción, algo que inicialmente, parece tema ajeno a la casación. No obstante, como se examina (cap. IV, núm. 5), la revisión de este fundamento chiovendiano de la limitación del poder de decisión del tribunal de casación conducirá al hallazgo de una justificación, que en tiempo de Calamandrei, en especial en 1920, era admisible, pero que al día de hoy no sería aceptable. Consiste en que el ejercicio de la acción de impugnación de casación (como fue considerada por Calamandrei), concebida como una especie de acción procesal, debía seguir el mismo criterio de esta, cual era un derecho potestativo, conforme a la doctrina de Chiovenda.

Aun así, esta tesis de Chiovenda ha sido abandona hace mucho tiempo, así como la de Calamandrei de la casación como acción de impugnación, pero aún persiste en importante doctrina y jurisprudencia el fundamento de la limitación del poder de decisión del tribunal basado en esas dos ideas[564].

A pesar de la tradición, recién en algunos países, entre ellos, Colombia, en materias penal y civil, se ha establecido excepcionalmente la facultad oficiosa de la CSJ, pero no porque se haya desvirtuado el elemento dogmático, sino como efecto de la constitucionalización del derecho procesal, como se analiza (cap. IV, núm. 5.3).

---

[562] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 172-176; *Casación civil*. ob. cit., p. 158.

[563] Chiovenda, Giuseppe. «La acción en el sistema de los derechos». En: *Ensayos de derecho procesal civil. vol. I. Acción y excepción. Historia. Sistema. Ley procesal. Literatura*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Prólogo por Eduardo. J. Couture. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1949. pp. 3-130. La referencia es a las pp. 29-30; *Principios de derecho procesal civil. t. I*. ob. cit., pp. 57-78; *Instituciones de derecho procesal civil. vol. I. Conceptos fundamentales. La doctrina de las acciones*. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. p. 26.

[564] Bonett Ortiz, Samir Alberto. «El principio dispositivo de la casación». En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Agosto, 2013. núm. 39, pp. 287-298. Disponible en: http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/38

1.3.2 Rigor formal o técnica de casación. Es común en la doctrina[565] y jurisprudencia[566] la afirmación según la cual el recurso de casación, por naturaleza, se sujeta a un rigor formal o técnica de casación o que es un recurso formalista. Y parece una idea, a manera de dogma, que se ha aceptado, a pesar de la crítica y de reformas legales que han intentado reducir esa exigencia, como se examinará, cuyo incumplimiento puede incidir en la admisión (CGP, art. 346, núm. 1.°) o, aún más grave, en la resolución de fondo del recurso.

La limitación del recurso, en cuanto a las providencias recurribles y los motivos por los cuales se autoriza, no conduce necesariamente al rigor formal o técnica de casación. La justa medida de esta restricción se ajusta a la finalidad y naturaleza jurídica de la casación, pues es claro que no es una tercera instancia. Así, los motivos específicos conllevan a que el tribunal cumpla la misión asignada de proteger el ordenamiento jurídico y unificar la jurisprudencia, pero no significa que el recurrente de modo inexorable deba invocar el motivo en el recurso, so pena de obtener una resolución desfavorable.

Se identificará como la ordenación legal del recurso, así como la jurisprudencia y doctrina, han elaborado una construcción de una serie de requisitos formales, algunos excesivos, que se intenta justificar en la naturaleza extraordinaria de la institución, que de una parte, obstruye el acceso a la justicia de las partes, y de la otra, desconoce la finalidad de la casación. Una sentencia impugnada que ha violado el ordenamiento jurídico, asumiendo que así sea, se mantendrá con eficacia jurídica si el recurrente se equivoca en la sustentación del medio de impugnación. Acá se observa el desprecio por la finalidad de la casación y la indiferencia frente al justiciable, se prefiere rechazar el estudio del recurso imperfecto y así la protección del ordenamiento jurídico, solo por el incumplimiento de una técnica que no es de la esencia.

---

[565] Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1978. p. 37; *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. pp. 91-93; Tolosa Villabona, *Teoría y técnica de la casación civil, penal, laboral, penal militar, acciones de grupo, derecho comparado*. ob. cit., pp. 115-116.

[566] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. AC2540-2015, de 15 de mayo de 2015, MP Ariel Salazar Ramírez. pp. 4-10.

La limitación de la casación debe operar para impedir que el tribunal case o anule la sentencia por motivo distinto del establecido por el legislador, no del invocado por el recurrente. Desde ahora, se propugna por la supresión del rigor formal o técnica de casación. A pesar de la diferencia de la naturaleza jurídica del tribunal y del mecanismo, lo cierto es que no deja de reconocerse la labor cumplida por la CC en la revisión de sentencias de tutela, aunque ahora ha intentado implantar unas exigencias formales que pueden parecer excesivas.

Es necesario aclarar que Calamandrei no concibió en su obra el rigor formal o técnica de casación como un elemento constitutivo de la institución, ni perteneciente a su naturaleza jurídica. Entre los autores de la doctrina clásica de la casación que sí planteó este punto fue De la Plaza[567], quien resaltó el elemento como una de las *notas esenciales* de la casación, junto al interés público y carácter extraordinario, es decir, no lo derivó de la naturaleza extraordinaria, sino lo derivó del carácter público. La razón que justifica, en su parecer, el rigor formal es que «… condiciona acuciosamente la actividad de las partes, con el notorio propósito de impedir que se frustren aquellos supremos designios (finalidad pública)»[568].

A diferencia del profesor español De la Plaza, Murcia Ballén[569] observó la exigencia de la técnica de casación derivada del carácter limitado que tiene el recurso, así como Morales Molina[570], limitación como desarrollo de la naturaleza extraordinaria. Por su parte, Ugalde González[571], en su tesis doctoral sobre la casación laboral española, luego de identificar las posturas a favor y en contra del rigor formal en la jurisprudencia del TS, siguiendo la doctrina española, pertinente para el caso colombiano, cuestiona el rigor formal.

---

[567] De la Plaza, *La casación civil*. ob. cit., pp. 35-36, 159-160, 371-375.

[568] *ibid.*, p. 35.

[569] Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1978. p. 37; *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. pp. 91-93, 644-648.

[570] Morales Molina, *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1963. pp. 38-40; *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1983. pp. 28-30.

[571] Ugalde González, *El recurso de casación laboral*. ob. cit., pp. 137-143. La cita es de las pp. 141-142.

A su vez, Guasp[572] considera que el rigor formal no constituye un aspecto «… para la verdadera naturaleza del instituto».

En esta investigación se parte de la base de que el rigor formal o técnica de casación, solo desde el punto de vista teórico, pues se adelanta que no se comparte su exigencia, se adecuaría más a la naturaleza extraordinaria del recurso[573], que a la pública. Sin embargo, no se considera de la esencia de la casación, ni siquiera necesario dicho rigor formal y, por el contrario, se constituye en un obstáculo en doble vía, entre otras, por estas razones:

i) Si es aceptado que la casación tiene una finalidad institucional concebida como la defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia, sería un contrasentido que el tribunal de casación no pueda actuar ante la falta de rigor formal o técnica del recurso de parte para alcanzar este propósito. Es decir, es como si se afirmara en líneas ocultas de la ley, que la finalidad pública se persigue… si la demanda cumple un rigor formal, esto es, resultaría más importante el formalismo del acto procesal que el propósito de la institución de defensa del ordenamiento jurídico, lo que es cuestionable.

ii) Desde el punto de vista del recurrente y del fin privado que el recurso de casación tiene asignado, se acercaría al exceso ritual manifiesto[574] la exigencia del rigor formal o técnica de casación que impida la admisión o la decisión de fondo del recurso[575], lo que se constituiría en un desconocimiento de la tutela jurisdiccional

---

[572] Guasp, *Derecho procesal civil*. ob. cit., p. 808.

[573] Nieva Fenoll sostiene que el formalismo en la casación civil «… por más que se haya repetido, no constituye una característica del recurso de casación, sino más bien del órgano que lo aplica» y que «… debe abandonarse la idea de que el rigor formal pueda configurar la naturaleza jurídica de la casación». Nieva Fenoll, Jorge. *El recurso de casación civil*. Barcelona: Ariel, 2003. pp. 68-69. La cita es de la p. 69. En similar sentido, el autor en su anterior obra sobre la casación penal, *El hecho y el derecho en la casación penal*. ob. cit., pp. 73-74.

[574] En la jurisprudencia, Corte Constitucional. Sentencia T-429/11, de 19 de mayo de 2011, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En la doctrina, Bertolino, Pedro Juan. *El exceso ritual manifiesto*. 2.ª ed. La Plata: Platense, 2003.

[575] En Colombia, es recordado, entre muchos, el tristemente célebre caso de Florentino Enrique Méndez Espinoza. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 18 de octubre de 2000, rad. 13.396, MP Luis Gonzalo Toro Correa; y Corte Constitucional. Sentencia T-1306/01, de 6 de diciembre de 2001, MP Marco Gerardo Monroy Cabra. La CSJ decidió el recurso de casación negando casar la sentencia de segunda instancia, que había revocado la de primera instancia, que

efectiva y el derecho al recurso. Si bien el recurso de casación, como todo acto procesal, debe cumplir unos requisitos mínimos que permitan la actuación del tribunal, como todo juez, este tiene el deber de interpretar la demanda (CGP, art. 42, núm. 5.°). En este caso, se debiera interpretar el recurso con el propósito de garantizar la función judicial y la tutela jurisdiccional efectiva (CP, arts. 228 y 229), aplicando, p. ej., el criterio que la CSJ ha denominado principio *in dubio pro recurso*[576]. Desde la perspectiva filosófica, es lo que Gama[577] trata como la tensión entre la forma y la sustancia.

La justificación de la exigencia del rigor formal, cuando no se constituye en un formalismo extremo que desconoce la finalidad institucional de la casación, se basa en razones, en parte de lógica que indican que, si el recurrente acude al máximo órgano de la jurisdicción ordinaria denunciando la violación del ordenamiento jurídico por la sentencia impugnada y persiguiendo su anulación, debe suministrar unas razones mínimas.

Si se usara un poco la imaginación y se pensara en un diálogo pedagógico entre el recurrente y el tribunal de casación, ante el recurso del casacionista que invocara la violación directa de la norma sustancial, el tribunal preguntaría cuál es la norma sustancial violada y de qué modo fue infringida (p. ej., si se afirmara que

---

le reconoció el derecho a la pensión de jubilación. La Corte consideró: «No obstante que por razones de técnica la acusación no tuvo éxito, la Corte hace la corrección doctrinaria al Tribunal, en la medida en que debió considerar que, pese a que el actor llevaba más de 15 años de servicio a la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985, también lo era que tenía laborados más de 20 años al estado, en condición de empleado oficial, de donde resultaba beneficiario de la pensión de jubilación en los términos previstos por el inciso primero de la mencionada norma» (p. 34). La CC decidió dejar sin efecto la sentencia de la CSJ, pero esta no profirió la nueva sentencia. Los siguientes hechos se pueden leer en la segunda sentencia que dictó en el mismo caso la CC, Sentencia SU1158/03, de 4 de diciembre de 2003, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

[576] Sala de Casación Civil y Agraria. Auto de 31 de agosto de 2009, rad. 73319-31-03-002-2001-00161-01, MP Edgardo Villamil Portilla. En la p. 10 se lee: «… la Corte debe echar mano del principio *in dubio pro recurso*, parámetro según el cual, cuando existe un dilema sobre la concesión, tramitación o decisión de cualquier medio de impugnación, debe preferirse la interpretación que mejor convenga a la eficacia del recurso, con prescindencia de cuál ha de ser la resolución de fondo». Este criterio fue reiterado en Auto de 30 de abril de 2010, rad. 11001-0203-000-2010-00247-00, MP Edgardo Villamil Portilla. p. 4.

[577] Gama, Leopoldo. *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*. Prólogo de Manuel Atienza. Madrid: Marcial Pons, 2019. pp. 246-249.

fue interpretada de manera errónea, el tribunal esperaría que el recurrente conozca entonces el alcance adecuado y así lo explique al tribunal). Si el recurso denuncia la violación indirecta de la norma sustancial por omisión o error en la valoración de la prueba, el tribunal preguntaría cuál medio de prueba se omitió apreciar o fue erróneamente apreciado, en qué consistió el error, qué demuestra el medio y qué concluyó y debió concluir el juez de apelación, y en qué medida influyó ese error en la decisión judicial.

Más allá de estas exigencias que pudieran ser razonables en el recurso de casación, la cuestión relevante, como se indicó, se presenta cuando el incumplimiento de la técnica de casación conduce a que el recurso no se resuelva de fondo afectando la tutela jurisdiccional efectiva[578]. Este es el punto de debate. Se presentaría un conflicto en la aplicación de una norma sustancial y una norma procesal, que constitucionalmente se resuelve con la prevalencia del derecho sustancial (CP, art. 228).

Devis Echandía[579] ha sido uno de los críticos de la técnica de casación sosteniendo que «Ese formalismo y formulismo lo consideramos exagerado, inútil y perjudicial para los fines que hoy se deben asignar a la casación, pues impide que se cumplan por ese motivo. Es imperioso reducirlo al mínimo». Propuso, entre otras medidas, la eliminación del concepto de violación en la causal de violación directa de la ley (falta de aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea), que exigía el art. 368 del CPC/1970, y que posteriormente fue suprimido por el Decreto 2282/1989 (art. 1.°, núm. 183).

También es conveniente resaltar que en el Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Tesalónica en 1997, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal, una de las tendencias y proposiciones fue «la

---

[578] Garrós Font, Imma y Contreras Soler, Beatriz. «El rigor formalista del acceso al recurso de casación Contencioso-administrativo *versus* el derecho a la tutela judicial efectiva». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Diciembre, 2016. núm. 2, pp. 461-497. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://2019-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#WW/vid/667944097

[579] Devis Echandía, Hernando. «Presente y futuro de la casación civil». Ponencia general presentada a las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Valencia, Venezuela, 1978. En: *Estudios de derecho procesal. t. I*. Bogotá: ABC, 1979. pp. 9-105. La cita es de la p. 98.

flexibilización en la técnica de los recursos extraordinarios», como recuerda Morello[580].

A partir de la anterior reseña doctrinal y jurisprudencial, es posible sostener que el rigor formal o técnica no es un aspecto inherente a la casación. No obstante, parte de la doctrina y jurisprudencia identificadas han advertido como manifestación de la naturaleza extraordinaria del recurso su rigor formal, que se traduce en la exigencia de unos requisitos formales y sustanciales, de los cuales se deriva la técnica de casación. Esta se ha entendido como la forma adecuada, necesaria y suficiente de sustentar el recurso conforme a las condiciones legales y jurisprudenciales. La técnica de casación es uno de los aspectos que más preocupa en la práctica judicial[581] por el efecto que produce en la decisión de los procesos,

---

[580] Morello, Augusto M. *Tendencias dominantes en la litigación civil. Los congresos internacionales de derecho procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002. pp. 171-174.

[581] En Colombia, los estudios sobre la casación se han concentrado más en el recurso y su técnica que en otros aspectos de la institución, como el tribunal e incluso, dentro del recurso, se ha dejado de lado el examen de otros aspectos, como su finalidad, su naturaleza, etc.; excepto pocas investigaciones doctorales de tipo histórico-político, como la de Cajas Sarria, Mario Alberto. *La Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991: el control constitucional en una perspectiva histórica y política*. Tesis doctoral. Director: Diego Eduardo López Medina. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012. 1011 p.; Castillo Sánchez, Camilo Ernesto. *El origen de la cooptación en la elección de la Corte Suprema de Justicia (1949-1957)*. Tesis doctoral. Directora: Tatiana Rincón Covelli. Bogotá: Universidad del Rosario, 2016. 222 p.

También pocas investigaciones de maestría, del mismo tipo histórico-político, como la de González Jácome, Jorge. *El surgimiento de la casación y la acción pública de inconstitucionalidad: una crítica a la doctrina desde una perspectiva histórica*. Tesis de Maestría. Director: Diego Eduardo López Medina. Bogotá: Universidad de los Andes, 2016. 115 p.; Navarro Pasquali, Fabio Alfredo. *Corte Suprema de Justicia en la República liberal. 1935-1939. Una Corte de oro*. Bogotá: Universidad Incca, 2018. Corresponde a la tesis de maestría del autor, del mismo título. Director: Roberto Vidal López. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2011. 113 p.

También de Cajas Sarria, Mario Alberto. «Alfonso López Pumarejo y la última Corte Suprema de Justicia de la hegemonía conservadora, 1934-1935». En: *Revista de Derecho*. Julio-diciembre, 2013. núm. 40, pp. 98-135. Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte. Disponible en: http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/5924/3588; «La Corte Suprema de Justicia bajo el gobierno del general Gustavo Rojas Pinilla». En: *Revista de Estudios Sociales*. Septiembre-diciembre, 2014. núm. 50, pp. 127-139. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes. Disponible en: https://revistas.uniandes.edu.co/doi/abs/10.7440/res50.2014.13; González Jácome, Jorge. «La casación como forma de centralización del poder. Una mirada histórica». En: *Revista de Derecho Público*. Julio-diciembre de 2007, núm. 20, pp. 1-22. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes. Disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub123.pdf

que generalmente es desfavorable al recurrente por la dificultad que representa cumplirla para que el tribunal de casación pueda decidir el recurso planteado.

La técnica de casación se conforma de varias exigencias, entre ellas: *i)* la invocación expresa de causal o motivo establecido en la ordenación legal del recurso; *ii)* la identificación de la norma sustancial violada por la sentencia impugnada, siendo una norma calificada que excluye la denuncia de otras normas de distinta naturaleza; *iii)* la invocación de la modalidad de violación de norma sustancial; si se trata de violación directa, por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, o si se trata de violación indirecta, por error de hecho o de derecho[582]; *iv)* si se trata de error de hecho o de derecho, se debe precisar el medio de prueba que en la decisión judicial se valoró erróneamente o se omitió valorar, el

---

Las principales obras sobre la institución han sido especialmente en materia civil, como las de Pérez Vives, Morales Molina y Murcia Ballén, reconocidos como los principales estudios, pero limitados al análisis normativo de la ordenación del recurso. En materia penal se han publicado obras con énfasis en la técnica, como Daza González, Alfonso; Forero Salcedo, José Rory y Lozano Pacheco, Luis Gonzalo. *Una aproximación al recurso extraordinario de casación penal desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Admisibilidad, errores y causales*. Bogotá: Universidad Libre, 2017; Gómez Castrillón, Luis Alberto. *La técnica de casación penal*. Bogotá: Leyer, 2016; López Pinzón, Luis Gerardo. *La casación en materia penal. Una técnica normalizada y al alcance de todos*. Bogotá: Ibáñez, 2017; Velásquez Niño, Jorge. *¿La casación penal? ¡Pero si es muy fácil!* Bogotá: Doctrina y Ley, 2012. En materia laboral, Usme Perea, Víctor Julio. *Recurso de casación laboral. Enfoque jurisprudencial. vols. I-II*. 2.ª ed. Bogotá: Ibáñez, 2014. Recién, Barco Alzate, Carlos Arturo; Otálora van Houten, Carolina y Alonso Wilches, Bernardo (coords. académicos). *Recursos extraordinarios en materia laboral*. Bogotá: Legis y Colegio de Abogados del Trabajo, 2020.

La situación también es común, en parte, en el derecho comparado: en España, Sánchez Martín, Carlos y Vázquez García, David. *Recurso de casación civil. Cómo superar la fase de admisión*. Málaga: Editorial Ley 57, 2018; VV. AA. *Recurso de casación civil. Cómo lograr su admisión. Doctrina, jurisprudencia, definición, formularios y esquemas procesales*. 3.ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2017; también de la misma editorial, en materia penal, contencioso-administrativa y social.

[582] En Colombia, en la casación penal la técnica fijada jurisprudencialmente exige, tratándose de la denominada violación indirecta (Ley 600/00, art. 207, núm. 1.°; Ley 906/04, art. 181, núm. 3.°), que se identifique y sustente el tipo de error, que la Sala de Casación Penal ha clasificado así: *i)* error de derecho, que puede configurarse por: *a)* falso juicio de legalidad y, *b)* falso juicio de convicción y; *ii)* error de hecho, que puede estructurarse por: *a)* falso juicio de existencia, *b)* falso juicio de identidad y, *c)* falso juicio de raciocinio.

En la jurisprudencia, sobre los dos errores y los falsos juicios indicados, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. AP5417-2019, de 12 de diciembre de 2019, rad. 55.236, MP Eugenio Fernández Carlier. pp. 6-7.

En la doctrina, López Pinzón, *La casación en materia penal. Una técnica normalizada y al alcance de todos*. ob. cit.

error y su incidencia en la sentencia; *v)* la presentación de los cargos o acusaciones de manera separada y; *vi)* el desarrollo de los cargos de manera precisa y clara, limitados a la sustentación de la acusación.

A pesar de que estas exigencias, en principio, parecen razonables para que el tribunal de casación pueda cumplir su función, la situación que se cuestiona es el sacrificio del derecho sustancial por el culto a la forma, partiendo de la base de que, en Colombia el recurso también tiene como fin «reparar los agravios irrogados a las partes», en la medida en que, además, se tienda a cumplir la finalidad pública.

En cuanto a la casación civil colombiana, la técnica del recurso en el CPC/1970, originario y sus reformas, era la siguiente:

i) La presentación del recurso se hacía a través de un memorial en el que se expresaba la decisión de interponer la casación contra la sentencia impugnada, pero la sustentación se hacía a través de una demanda, que debía reunir los requisitos formales y sustanciales exigidos. El art. 374 originario establecía los requisitos de la demanda, y entre los sustanciales estaban: *a)* la formulación por separado de los cargos, *b)* la expresión de la causal, *c)* los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara, *d)* la proposición jurídica completa o normas que se estimen violadas y el concepto de la violación (falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, indicados en el art. 368, núm. 1.°), si se trataba de la causal primera y, *e)* si la violación se cometía como consecuencia de error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, se debía determinar cuáles eran las pruebas, la clase de error que se hubiere cometido y su influencia en la violación de norma sustancial.

ii) El artículo 373, inc. 4.° establecía que si la demanda con la que se sustentaba el recurso no reunía los requisitos formales se declaraba desierto el recurso.

La jurisprudencia de la CSJ, tomando como base estos requisitos, tenía una postura rígida, como se evidencia en esta consideración en una providencia de 1974, citada por Murcia Ballén[583]:

[583] Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1983. p. 579.

«Respecto de los requisitos formales de la demanda de casación, ha dicho la Corte que “dado el carácter extraordinario del recurso, él implica limitaciones que no puede sobrepasar la Corte; a esta le está vedado decidirlo en el fondo cuando la demanda mediante la cual se sustenta no es, por su estructura formal y técnica, sendero acto que la conduzca al fin perseguido”; y que el recurrente, “como acusador que es de la sentencia de instancia, está obligado a proponer cada cargo en forma concreta, completa y exacta, para que la Corte, situada dentro de los términos de la censura y en congruencia con estos, pueda decidir el recurso, sin tener que moverse oficiosamente a completar, modificar o recrear la acusación planteada sin acierto”[584]».

iii) El artículo 1.°, núm. 189 del Decreto 2282/89[585], modificó el art. 374 del CPC, moderando los siguientes requisitos: *a)* la exigencia de expresar la causal y, *b)* el concepto de la violación, si se trataba de la causal primera, eliminando la exigencia de la demanda de contener el concepto de la violación que indicaba el art. 368, núm. 1.°, en el modo de falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, que fueron suprimidos legalmente por el artículo 1.°, núm. 183 del Decreto 2282/89, que modificó el art. 368, núm. 1.° del CPC.

iv) El artículo 1.°, núm. 188 del Decreto 2282/89, modificó el art. 373 del CPC, pero mantuvo la sanción de declaratoria de desierto, norma que fue declarada exequible por la CC, en sentencia C-215/94[586].

v) El artículo 51 del Decreto Ley 2651/91 consagró unas reglas que tenían por objeto disminuir el formalismo de la casación en las distintas ramas, como se enunció.

Ahora bien, un extremo de la técnica se encuentra en la casación laboral colombiana, extrañamente que debiera ser la más flexible por los derechos irrenunciables que se discuten en los procesos del trabajo y de la seguridad social,

[584] Auto del 9 de agosto de 1974, no publicado aún. Esta nota es de la cita.

[585] Decreto 2282 (7, octubre, 1989). Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Bogotá, 1989. núm. 39.013, 7 de octubre.

[586] Sentencia C-215/94, de 28 de abril de 1994, MP Fabio Morón Díaz.

si es que se aceptara el rigor formal como necesario. A pesar de que la CSJ intenta cada vez más moderar este rigor formal, algunas de las situaciones más comunes de falta de técnica de casación[587], que conducen a la CSJ a decidir que el recurso no se estudia de fondo, resaltando que los casos citados no son inadmisiones del recurso, sino sentencias en las que, luego de todo el trámite procesal, se consideró que no se cumplió la técnica de casación, son[588]:

i) Frente al alcance de la impugnación o petición del recurso:

a) Omitir expresar el alcance de la impugnación[589].

b) Solicitar a la Corte que como tribunal de casación case la sentencia del tribunal de segunda instancia y a la vez la revoque[590]. Frente a esta falencia, la Corte ha sentado un criterio flexible para hacer la interpretación de la petición del recurrente[591].

c) Solicitar a la Corte que como tribunal de casación case la sentencia del tribunal de segunda instancia, pero no decirle qué debe hacer con la sentencia de primera instancia, es decir, si confirmarla, modificarla o revocarla[592]. También respecto a esta equivocación, ahora la Corte interpreta la petición del recurso, siendo flexible en la exigencia de la técnica indicada[593].

ii) Frente a los motivos o causales de casación:

---

[587] Para un estudio de la técnica de casación laboral, Usme Perea, *Recurso de casación laboral. Enfoque jurisprudencial.* ob. cit. Recién, Barco Alzate, Otálora van Houten y Alonso Wilches (coords. académicos). *Recursos extraordinarios en materia laboral*. ob. cit.

[588] Bonett Ortiz, «La casación laboral justa». ob. cit., pp. 835-837.

[589] «Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 4 de noviembre de 2004, exp. 23.122, MP Carlos Isaac Nader».

[590] «Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 20 de agosto de 2008, exp. 33.376, MP Eduardo López Villegas».

[591] Sentencia SL5312-2019, de 27 de agosto de 2019, rad. 47.503, MP Rigoberto Echeverri Bueno. p. 12.

[592] «Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 10 de febrero de 2009, exp. 30.568, MP Francisco Javier Ricaurte Gómez».

[593] Sentencia SL2566-2017, de 15 de febrero de 2017, rad. 47.172, MP Gerardo Botero Zuluaga. pp. 16-17.

a) Omitir expresar la proposición jurídica en la formulación del cargo[594]. Es claro que desde el Decreto Ley 2651/91 (art. 51) en casación laboral no se exige la proposición jurídica completa y que basta citar un «precepto legal sustantivo, de alcance nacional», que es la calificación de la norma sustancial en casación laboral [CPTSS, art. 90, núm. 5.°, lit. a)], pero al menos debe cumplirse este requisito. La Corte recién sostiene que así el precepto no esté expresado en la citación de las disposiciones, se entiende cumplido si aparece en el desarrollo del cargo o acusación[595].

b) Confundir en un cargo las violaciones directa e indirecta de la ley[596].

c) Confundir en un cargo los submotivos de la violación directa (infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea)[597].

d) Omitir precisar los errores cometidos por el tribunal cuando se invoca la violación indirecta[598].

e) Confundir la sustentación del recurso con un alegato de instancia[599].

f) Acusar la violación medio de normas procesales por la vía indirecta[600].

---

[594] «Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 25 de marzo de 2009, exp. 36.534, MP Eduardo López Villegas».

[595] Sentencia SL14476-2016, de 21 de septiembre de 2016, rad. 44.364, MP Jorge Luis Quiroz Alemán. pp. 6-7.

[596] «Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 25 de marzo de 2009, exp. 35.196, MP Luis Javier Osorio López». Criterio reiterado recién, sentencia SL3140-2020, de 29 de julio de 2020, rad. 78.612, MP Fernando Castillo Cadena. pp. 14-15.

[597] «Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 25 de marzo de 2009, exp. 35.174, MP Luis Javier Osorio López». Criterio reiterado recién, sentencia SL2808-2020, de 22 de julio de 2020, rad. 80.390, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo. pp. 13-14.

[598] «Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 30 de julio de 2007, exp. 30.189, MP Luis Javier Osorio López». Criterio reiterado recién, sentencia SL2416-2020, de 8 de julio de 2020, rad. 81.811, MP Luis Benedicto Herrera Díaz. pp. 20-21.

[599] «Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 10 de noviembre de 2004, exp. 23.199, MP Camilo Tarquino Gallego». Criterio reiterado recién, sentencia SL2348-2020, de 24 de junio de 2020, rad. 81.142, MP Omar Ángel Mejía Amador. pp. 14-15.

[600] «Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 8 de mayo de 2007, exp. 29.195, MP Eduardo López Villegas». Criterio reiterado recién, sentencia SL263-2020, de 29 de enero de 2020, rad. 79.436, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo. p. 14. Las notas 589-590, 592, 594, 596-600, entre comillas, son de la cita.

Desde una perspectiva de la burocracia[601], entendida en su significado positivo[602], no negativo, en algunos casos, la técnica se podría usar indebidamente como un filtro para que el tribunal «aliviara» su carga de trabajo, en la medida en que se rechazaría el estudio de fondo del recurso porque no cumpliría el rigor formal, lo que conduciría a un menor esfuerzo de trabajo, lo que resultaría coherente con el principio de economía procesal[603], sino fuera por ser indebido.

Aun así, se pueden hacer dos observaciones a esta situación: *i)* si el tribunal tramita el recurso que ha sido presentado sin sujetarse al rigor formal y profiere sentencia desestimatoria por esta razón, habrá incurrido en mayor esfuerzo, muy valioso, en particular porque se priva de tiempo y estudio a otros asuntos que sí cumplen con la técnica de casación y; *ii)* si el tribunal, al pronunciarse sobre la admisión, considera que la demanda que sustenta el recurso contiene falencias en la técnica, decide no admitirla, estaría perdiendo la oportunidad de cumplir la finalidad pública de la casación, solo por la formalidad del recurso, lo que podría ser, además, un exceso ritual manifiesto frente al fin privado que persigue el recurrente (cap. II, núm. 2.6).

En Colombia, debe resaltarse la moderación de la exigencia del rigor formal o técnica del recurso, especialmente a partir del Decreto Ley 2651/91[604] (art. 51). Este adoptó unas reglas aplicables al recurso en todas las ramas, limitadas a «la infracción de normas de derecho sustancial», entre ellas, la atenuación de la proposición jurídica completa, que antes exigía la invocación de todas las normas sustanciales infringidas por la sentencia impugnada, de lo contrario, se estaría

---

[601] Gupta, Akhil, *et al*. *Las burocracias*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2014.

[602] Según el *Diccionario de la lengua española*, en su primera acepción es «Organización regulada por normas que establecen un orden racional para distribuir y gestionar los asuntos que le son propios». Disponible en: https://dle.rae.es/burocracia

El significado negativo sería la cuarta acepción: «Administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas».

[603] Morales Molina, *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1963. pp. 133-137; *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1983. pp. 95-99.

[604] Por medio del decreto se expidieron «normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales», como su título lo indica. Luego, las medidas del art. 51, si bien más adecuadas a la casación y al acceso a la administración de justicia, tuvieron una motivación fundada directamente en la descongestión judicial.

incumpliendo la técnica de casación[605]; pues la reforma contempló que sería «suficiente señalar cualquiera de las normas de esa naturaleza…»[606], ya no todas.

La Corte Constitucional[607] declaró exequible el art. 51 del Decreto Ley 2651/91, que además fue adoptado como legislación permanente por la Ley 446/98[608] (art. 162). Sin embargo, parte de la doctrina hizo una crítica a la reforma, entre ella, Murcia Ballén[609]. Por el contrario, otra parte de la doctrina cuestionaba en concreto el concepto de proposición jurídica completa, como López Blanco[610].

---

[605] Morales Molina, *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1963. pp. 195-196; *Técnica de casación civil*. ob. cit., 1983. pp. 142-143. En esta segunda edición cita jurisprudencia de la Corte. En la p. 143 se lee: «Dice la Corte: "Cuando una situación jurídica se halla regulada por varios preceptos que se complementan entre sí, la acusación, para ser cabal, ha de versar inexcusablemente sobre todos y cada uno de ellos, estructurando así la indispensable proposición jurídica completa. De donde se sigue que si el recurso no señala la totalidad de los textos violados que forman esa proposición, limitándose a hacer una indicación parcial de los mismos, el cargo no puede prosperar por insuficiente" (CXXXI, 141)». La sentencia citada por Morales Molina es de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 16 de agosto de 1969, MP Ernesto Cediel Ángel. El párrafo citado está en la p. 140, no p. 141, de la Gaceta Judicial núms. 2314, 2315 y 2316, tomo CXXXI, julio, agosto y septiembre de 1969.

[606] Ahora, en materia civil, el parágrafo 1.° del art. 344 del CGP consagra la misma regla.

[607] Sentencia C-586/92, de 12 de noviembre de 1992, MP Fabio Morón Díaz.

[608] Ley 446 (7, julio, 1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Diario Oficial. Bogotá, 1998. núm. 43.335, 8 de julio.

[609] Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. pp. 638-640. En la p. 639 se lee la crítica referida a todas las reglas del art. 51 del Decreto Ley 2651/91: «… se minimiza evidentemente el carácter dispositivo del recurso; se elimina la autonomía e independencia de los cargos; y, manda a la Corte Suprema a rehacer o reparar las demandas de casación defectuosa y antitécnicamente presentadas por litigantes inexpertos, con claro desconocimiento del carácter limitado del recurso e inclusive de la función señera del juez que, al dirimir el conflicto, debe estar en el fiel de la balanza sin comprometer su imparcialidad».

[610] López Blanco, Hernán Fabio. *Código General del Proceso. Parte general*. Bogotá: DUPRÉ, 2017. En la p. 856 se lee: «Y es que si para algo sirvió la teoría de la proposición jurídica completa fue para formalizar y restringir el alcance del recurso con interpretaciones que le dieron al recurso un halo de misterio, de labor propia tan solo de los iniciados en la exclusiva cofradía de los casacionistas, usualmente ex magistrados de la Corte y es así como se dieron insólitas jurisprudencias donde se olvidó que el fin del procedimiento es la efectividad del derecho sustancial y so pretexto de la inobservancia de las más rebuscadas y sutiles técnicas de casación, como ampulosamente se les denomina, se negaba el resarcimiento del derecho violado, en casos donde se imponía su restablecimiento, so pretexto de fallas en el cumplimiento de estrictos requisitos necesarios para su debida sustentación, lo que determinó todo un movimiento jurídico en orden a obtener de la Corte una mayor flexibilidad en la exigencia de esos requisitos».

Respecto a la jurisprudencia, como Murcia Ballén[611] señalaba, aún después de la reforma procesal, la Corte insistía en la técnica de casación[612].

No obstante, a pesar de la reforma del Decreto Ley 2651/91 y de la adopción de la misma regla en el CGP (art. 344, par. 1.°), y en especial de los principios de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal y de tutela jurisdiccional efectiva, si bien se ha moderado la exigencia, actualmente persiste la carga de la técnica de casación frente a la causal de violación de norma sustancial, en concreto del concepto de la violación, tanto en materia civil[613], laboral[614] y penal[615]. Pero no solo el recurrente debe cumplir la carga de la técnica, sino que su incumplimiento conduce a que el recurso no se tramite o no se resuelva de fondo, constituyendo el grave problema del rigor formal de la casación.

Para evidenciarlo, al menos en casación civil, para no desbordar el objeto de la investigación, partiendo de la evolución normativa del motivo o causal de violación de ley sustancial, ahora norma jurídica sustancial, para analizar en solo este aspecto, desde la Ley 61/1886, primera ordenación legal de la casación, hasta el CGP/2012, se presenta en dos cuadros el cambio que ha tenido la regulación legal de este motivo o causal. Se hace énfasis en la violación de ley por *error in iudicando*, concretamente por *error iuris in iudicando* o cuestión de derecho, que da lugar a la denominada violación directa de la ley, para excluir el *error facti in iudicando* o cuestión de hecho, que conduce a la violación indirecta de la ley.

---

611 Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. pp. 91-93, 638-640.

612 Citada por Murcia Ballén. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de marzo de 1994, rad. 3905, MP Héctor Marín Naranjo, publicada en la Gaceta Judicial núm. 2467, tomo CCXXVIII, primer semestre de 1994, vol. I, pp. 482-493. El párrafo citado está en la p. 490.

613 Sala de Casación Civil y Agraria. AC2671-2019, de 8 de julio de 2019, MP Luis Alonso Rico Puerta. En este caso, la Corte reiteró la supresión de la proposición jurídica completa, pero exigió que la norma invocada fuera sustancial, no cualquiera de otra naturaleza.

614 Sala de Casación Laboral. Sentencia SL4544-2019, de 23 de octubre de 2019, rad. 67.919, MP Gerardo Botero Zuluaga. pp. 7-13.

615 Sala de Casación Penal. AP3191-2019, de 6 de agosto de 2019, rad. 54.548, MP Eugenio Fernández Carlier. pp. 4-9.

A continuación se distribuye en dos etapas la evolución normativa de este motivo o causal: la primera incluye desde la Ley 61/1886 hasta la Ley 103/1923[616], y la segunda desde el CJ/1931 hasta el CGP/2012.

RECURSO DE CASACIÓN CIVIL CAUSAL DE VIOLACIÓN DE LEY SUSTANCIAL (1886-1923)			
LEY 61/1886 ART. 38	LEY 105/1890 ART. 369	LEY 169/1896 ART. 2.°	LEY 103/1923 ART. 480, NÚM. 5.°
1. 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.	1. Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva o de doctrina legal: ya sea directa la violación ya sea esta afecto de una interpretación errónea de la ley ó de la doctrina legal; ya de aplicación indebida de leyes o doctrinas legales.	1. Ser la sentencia violatoria de ley sustantiva; ya sea directa la violación ya sea efecto de una interpretación errónea de la misma ley, ya de indebida aplicación de esta al caso del pleito.	1. Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva. El error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba y el de derecho en la apreciación de ellas, implican violación de ley sustantiva.

Tabla I. Recurso de casación civil. Evolución de la causal de violación de ley sustancial (1886-1923). Elaboración propia.

Del anterior cuadro se resaltan varios puntos: *i)* la Ley 61/1886 se fundamentó en la experiencia de la casación española, concretamente en la LEC/1881 (art. 1691.1[617]) y, en particular, el art. 38, núm. 1.°, que señaló el motivo o causal de violación de ley sustancial, no estableció una técnica especial, como se exige hoy, en la formulación del recurso, sino que identificó los errores de la sentencia que darían lugar al medio de impugnación: la violación de la ley o doctrina

[616] Ley 103 (5, diciembre, 1923). Sobre organización judicial y procedimiento civil. Diario Oficial. Bogotá, 1923. núms. 19.498 a 19.509, 18 de febrero de 1924. La Ley 103/1923, conocida como Código Arbeláez, fue suspendida por la Ley 26/1924, debido a las críticas que recibió. El análisis en, Vásquez Alfaro, Mónica. *La ciencia útil. Una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina*. Tesis doctoral. Director: Diego Eduardo López Medina. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012. 303 p. La referencia es a las pp. 171-183. Esta tesis doctoral fue publicada como *La ciencia útil. Una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.

[617] El texto del art. 1691.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 era:
«El recurso de casación habrá de fundarse en alguna de las causas siguientes:
1.ª Infracción de ley o de doctrina legal en la parte dispositiva de la sentencia. […]».

legal o la interpretación errónea de cualquiera; *ii)* en la Ley 105/1890 se identifican los tres conceptos o modos indicados; *iii)* estas dos primeras regulaciones, Ley 61/1886 y Ley 105/1890, incluyeron la violación de la doctrina legal o su interpretación errónea como motivo o causal de casación, lo que no hizo la Ley 169/1886, debido a que con esta se abandonó dicha doctrina legal para consagrar la doctrina probable (cap. II, núm. 2.5) y; *iv)* la Ley 103/1923 solo consagró la violación de la ley sustantiva, sin indicar los conceptos o modos.

El segundo cuadro incluye la evolución normativa desde el CJ/1931 hasta el CGP/2012, que es la normativa vigente:

RECURSO DE CASACIÓN CIVIL CAUSAL DE VIOLACIÓN DE LEY SUSTANCIAL (1931-2012)				
CÓDIGO JUDICIAL 1931 ART. 520	DECRETO 528/1964 ART. 52	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL 1970 ART. 368	DECRETO 2282/1989 ART. 1.°, NÚM. 183	CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO 2102 ART. 336
1. Ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea.	1. Ser la sentencia violatoria de ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.	1. Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea.	1. Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial.	1. La violación directa de una norma jurídica sustancial.

Tabla II. Recurso de casación civil. Evolución de la causal de violación de ley sustancial (1931-2012). Elaboración propia.

También de este cuadro se observan varios aspectos importantes: *i)* el CJ/1931, también de herencia española (LEC/1881), estableció los tres conceptos o modos de violación de la ley sustancial señalados y; *ii)* en cuanto al objeto de estudio de este pasaje, en la evolución del motivo o causal de violación de ley sustancial, probablemente el momento más relevante fue la expedición del Decreto 2282/89 que suprimió los tres conceptos de violación directa, siendo una de las varias medidas para moderar la técnica de casación. Aun así, a pesar de la claridad de la reforma legal y de su finalidad, la CSJ continuó exigiendo la técnica de

casación, conforme a su jurisprudencia elaborada de tiempo atrás con fundamento en normas anteriores, que ya no estaban vigentes[618]. Incluso, el CGP/2012 mantuvo la supresión de los conceptos de violación, pero la Corte[619] mantiene su vigencia[620].

La cuestión relevante es, más allá de la justificación de la Corte para mantener la exigencia de los conceptos de violación directa de la ley, cuál ha debido ser el efecto práctico de la reforma legal del Decreto 2282/89, que fue expedido con una clara idea de reducir o, en el mejor caso, eliminar el rigor formal o técnica de casación, y del CGP/2012. Ha prevalecido el criterio de la Corte sobre la voluntad del legislador, lo que conduce a pensar en una paradoja entre la disposición del legislador y la jurisprudencia de la CSJ: cuando esta tiene como fin la salvaguarda del ordenamiento jurídico, precisamente desconoce la ordenación legal del mecanismo que tiende a garantizar dicho propósito.

REFLEXIONES DEL CAPÍTULO

i) Naturaleza jurídica. La casación, por naturaleza, como se ha delimitado en la investigación, presenta estos rasgos esenciales: tiene una finalidad distinta a la de los demás órganos jurisdiccionales, no es tercera instancia y es un recurso extraordinario. Es conveniente precisar que el primer aspecto es relativo, en cuanto a que la finalidad diferente a la de otros órganos jurisdiccionales se predica solo del fin público, pues respecto del fin privado no difiere de los demás recursos ordinarios, como la apelación, debido a que sirve de medio para la satisfacción del interés particular.

Ahora, teniendo una finalidad diferente y no siendo tercera instancia, no debiera esperarse de la casación la misma actuación que la de los jueces de

[618] Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. pp. 316-318.

[619] Sala de Casación Civil y Agraria. AC2673-2019, de 8 de julio de 2019, MP Luis Alonso Rico Puerta. p. 11.

[620] Blanco Zúñiga, *La casación civil. Teoría general, fundamentos y aspectos prácticos de la actuación y de su técnica*. ob. cit., pp. 284-286.

instancia. Este entendimiento es importante porque servirá de base en la formulación de las crisis del tribunal de casación (cap. V), debido a que, si el tribunal juzga la sentencia impugnada y no la controversia de las partes, en principio, desde la teoría clásica y pura, no pudiera esperarse que conozca el mérito del asunto, a través de la cuestión de hecho o la motivación de la decisión. Sin embargo, la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva, y antes otro tipo de ordenación legal, como en España, ha moderado esta comprensión de la institución.

ii) Por otra parte, dentro de la naturaleza extraordinaria de la casación, un elemento importante para tener en cuenta, por la trascendencia que ha cobrado en la actividad del tribunal, es el rigor formal o técnica de casación. A partir de la investigación, es posible sostener que el rigor formal o técnica de casación no es un aspecto inherente a la institución y, por el contrario, termina siendo opuesto a su finalidad al impedir la decisión de fondo del tribunal por la ausencia de requisitos, que pudieran ser superados a partir de la interpretación del recurso. Claro, un punto a favor tiene que ver con la cuestión burócrata: si el recurso no cumple los requisitos mínimos no se estudia, lo cual conduce a menos trabajo para el tribunal. Esta medida, que alivia el trabajo de los magistrados, no resuelve en esencia el problema de funcionamiento y la sobrecarga de actividad del tribunal, menos la inconformidad del recurrente.

CAPÍTULO IV
TRIBUNAL DE CASACIÓN

1. FUNCIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

El tribunal de casación tiene asignadas unas funciones específicas[621] para cumplir la finalidad del recurso. Estas funciones dependen de la adopción que haga cada Estado del tipo de casación con o sin reenvío o «devolución de autos», como se denominó en España[622]. Como se observó (cap. I, núm. 3), uno de los aspectos relevantes que ha permitido a la doctrina[623] distinguir los tipos de casación –el derivado español del originario francés– corresponde a las funciones del tribunal. En este sentido, desde el origen de la casación española, con una excepción temporal (1838-1852)[624], se otorgó al TS la atribución para proferir la sentencia de reemplazo de la casada o anulada (LEC/1855, art. 1060; LEC/1881, art. 1745), y lo mismo se hizo en la casación colombiana (Ley 61/1886, art. 51), a partir de su recepción.

1.1 Funciones del tribunal de casación francés e italiano

En Italia, como expuso Calamandrei[625], regía –y aún rige– la casación con reenvío, que faculta al tribunal solo para cumplir la finalidad de casación, sin que sea posible, en teoría, conocer el mérito o fondo del asunto. Esto con el objeto de

---

621 Estas funciones no pueden confundirse con la competencia del tribunal para decidir otros asuntos, como el recurso de revisión.

622 Vázquez Sotelo, José Luis. *La casación civil. (Revisión crítica)*. Barcelona: Ediser, 1979. p. 31.

623 *ibid.*, pp. 12-13, 26-27.

624 *ibid.*, p. 29.

625 Calamandrei, Piero. *La casación civil. t. III. Bosquejo general del instituto*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2007. pp. 273-286, 390-399, 437-443; *Casación civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1959. pp. 183-212.

impedir su actuación como tercera instancia cuando el motivo de casación recae sobre un *error in iudicando*, lo que se ha denominado jurisdicción negativa[626] del tribunal. En caso de *error in procedendo* generalmente se reenvía el expediente al juez de segunda instancia[627]. Luego de las obras citadas de Calamandrei, de 1920 y 1937, se expidió el Codice di procedura civile de 1940, que mantuvo la misma orientación, como explica Liebman[628].

En efecto, el tribunal de casación en el *iudicium rescindens*[629] tiene competencia para decidir si casa o no la sentencia impugnada. Una vez sea anulada, debe reenviar el expediente a un juez, distinto de aquel que profirió la providencia casada, pero de igual grado, para que resuelva el mérito, es decir, se pronuncie sobre el recurso de apelación en el *iudicium rescissorium*[630], lo que era visto por Calamandrei como una medida necesaria para garantizar que la casación no se confundiera con una tercera instancia. Carnelutti[631], para la impugnación en general, aplicable a la casación, lo explica así:

> «… excluido que puedan coexistir con la misma eficacia las dos sentencias respectivamente pronunciadas en el procedimiento impugnado y en el procedimiento de impugnación, se entiende que la segunda tiene que sustituir a la

---

[626] Mattirolo, Luigi. *Tratado de derecho judicial civil. t. IV. El fallo del Juez. Sentencias. Medios para impugnarlas. La acción civil contra las autoridades judiciales y los funcionarios del Ministerio público*. Traducción de la quinta edición italiana completamente revisada y aumentada por el autor. Traducción de Ricardo Garrido Juan. Madrid: Reus, 1936. pp. 874, 880 (núms. 995 y 1002); Calamandrei, *La casación civil. t. III.* ob. cit., pp. 390-397, 437-440.

[627] En desacuerdo Guasp, claro que desde la perspectiva de la casación española, que tiene otra orientación en cuanto a las funciones del TS. Guasp, Jaime. *Derecho procesal civil. Tomo segundo. Parte especial*. 3.ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968. p. 809.

[628] Liebman, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1980. pp. 530-537. También, Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil. vol. II*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1997. pp. 266-267.

[629] Carnelutti, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil. III*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944. pp. 767-770. En la p. 767 se lee: «… la Corte de Casación se limita a pronunciar el *iudicium rescindens*, y, por consiguiente, el juicio sobre la rescisión es el contenido normal de su sentencia» (cursiva del texto); *Instituciones del proceso civil. vol. II*. ob. cit., pp. 247-249.

[630] Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil. III*. ob. cit., pp. 778-781.

[631] Carnelutti, *Instituciones del proceso civil. vol. II*. ob. cit., p. 182.

primera, por lo cual ella tiene una doble eficacia, negativa y positiva: la eficacia negativa se resuelve en la *rescisión* de la sentencia anterior, esto es, en hacerla desaparecer; la eficacia positiva consiste en la *sustitución* de ella, esto es, en ocupar su puesto; según un antiguo modo de expresión, no enteramente claro, se habla en cuanto a la primera de *iudicium rescindens,* y en cuanto a la segunda, de *iudicium rescissorium»* (cursiva del texto).

A partir de la consideración de si «se confundan o se distingan la rescisión y la sustitución», Carnelutti[632] se refiere a una rescisión libre y una rescisión limitada, la primera correspondería a los medios de impugnación ordinarios, como la apelación, mientras que la segunda a los extraordinarios, como la casación[633].

De otra parte, además de la investigación histórica y los fundamentos dogmáticos para la unificación de las cortes regionales que existían en Italia para 1920, año de publicación de *La Cassazione civile*, un gran aporte de Calamandrei[634] consistió en plantear, como Mattirolo, Mortara y Chiovenda, una crítica fundada al modo de doble reenvío. En esa época significaba que el juez de reenvío, es decir, aquel al cual el tribunal de casación remitía el expediente para proferir la decisión de mérito, podía rebelarse contra la interpretación judicial del tribunal y, en este caso, sería posible un segundo recurso de casación, con las claras consecuencias adversas. Ante este panorama, Calamandrei[635] fue partidario del modo en que el

---

[632] *ibid.*, pp. 182-183.

[633] *ibid.*, p. 184: «La segunda apelación no es un procedimiento de rescisión libre, por lo cual se observa en él la división del procedimiento en *iudicium rescindens* y *iudicium rescissorium;* dicha división es incluso tan marcada, que el procedimiento se escinde en dos fases que se desarrollan ante dos oficios distintos: la primera fase (*rescindens*) ante un oficio superior a aquel que pronunció la sentencia impugnada (*corte* de *casación*)*;* la segunda (*rescissorium*) ante un oficio de grado igual al que la pronunció (*juez de reenvío*). Habida cuenta de esta división, el procedimiento de segunda apelación, o apelación extraordinaria, se descompone en dos, y no se denomina ya con la voz de *apelación*, ni se lo considera ya en su unidad, sino que se regulan y denominan por separado los dos procedimientos en que su descomposición ha venido a terminar: el primero toma el nombre de *procedimiento de casación,* y el segundo el de *procedimiento de reenvío»* (cursiva del texto).

[634] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 441.

[635] *ibid.*, pp. 440-444.

juez de reenvío en el *iudicium rescissorium* estuviera sometido a la interpretación del tribunal.

1.2 Funciones del tribunal de casación español

En España, una de las características principales que diferenció la casación de la institución francesa, desde los primeros años de su adopción en el siglo XIX, con la excepción temporal indicada (núm. 1), fue precisamente la competencia asignada al TS para pronunciar la sentencia de reemplazo en caso de anulación de la resolución impugnada cuando el motivo constituía un *error in iudicando*, es decir, la casación española no siguió el modo de reenvío de la francesa. Así se estableció en la LEC/1855 (art. 1060[636]), LEC/1881 (art. 1745[637]) y LEC/2000 (art. 487[638]). Al respecto, Vicente y Caravantes[639] comentando los antecedentes de este sistema, que sería ejemplo para la ordenación legal de la casación colombiana por medio de la Ley 61/1886 (art. 51), que luego tendría ciertas modificaciones, explicó así su

[636] «Si el recurso se hubiere fundado en infraccion de ley ó de doctrina admitida por la jurisprudencia, dictará el Tribunal á continuacion, pero separadamente, sobre la cuestion objeto del pleito, la sentencia que crea conforme á los méritos de los autos y á lo que exijieren la ley ó doctrina quebrantadas en la ejecutoria» (*sic*).

[637] «Si el Tribunal estimase que en la sentencia se ha cometido la infracción de ley o doctrina en que se funde el recurso, declarará haber lugar a él y casará la sentencia, mandando devolver el depósito si se hubiere constituido.
Acto continuo, y por separado, dictará la sentencia que corresponda sobre la cuestión objeto del pleito, o sobre los extremos respecto de los cuales haya recaído la casación».

[638] «2. Si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1.º y 2.º del apartado 2 del artículo 477, la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida.
3. Cuando el recurso de casación sea de los previstos en el número 3.o del apartado 2 del artículo 477, si la sentencia considerara fundado el recurso, casará la resolución impugnada y resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia».

[639] Vicente y Caravantes, José de. *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios. t. IV*. Madrid: Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores, 1858. pp. 168-172. Disponible en: https://books.google.com.co/books?id=IAGqHYT0w_QC&pg=PA163&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false

consagración en la LEC/1855[640], que se transcribe *in extenso*, teniendo en cuenta que constituye un testimonio histórico de la justificación de las funciones de nuestra posterior CSJ:

> «Asi, pues, los autores de la nueva ley de Enjuiciamiento ilustrados con los resultados de la experiencia y el exámen de estos diversos sistemas han conciliado del mejor modo posible las ventajas de todos ellos, evitando sus inconvenientes y han adoptado, á semejanza la ley de Enjuiciamiento mercantil en los recursos de injusticia notoria, y de los antiguos recursos de este nombre que decidia el Consejo de Castilla, que la misma sala del Tribunal Supremo que declara la casacion, resuelva sobre el fondo del negocio. Para ello establecen en su art. 1060, que *si el recurso se hubiese fundado en infraccion de ley ó de doctrina admitida por la jurisprudencia, dictara el tribunal*, esto es, la sala primera que es la que conoce de esta clase de recursos segun el art. 1015 A CONTINUACION (*sic*) de la sentencia en que declaró la nulidad de la del tribunal *a quo*, PERO SEPARADAMENTE (*sic*), *sobre la cuestion objeto del pleito, la sentencia que crea conforme á los méritos de los autos y á lo que exigieren la ley ó doctrina quebrantadas en la ejecutoria*. Requiere la ley que se dicten con separacion estas dos sentencias porque la que declara la nulidad, esto es, si la ley ó doctrina citadas han sido infringidas, tiene por objeto un interés público, el de uniformar la jurisprudencia y hacer la recta aplicacion de las leyes, y debe publicarse para que llegue á noticia de todos, puesto que se hallan interesados en conocer este fallo, como que es una especie de interpretacion práctica y auténtica de la ley, que puede servirles de guia para apreciar debidamente sus derecho, y sujetar á él su reclamacion en juicio; lo cual no milita respecto de la otra sentencia sobre el fondo del pleito ó que aplica la ley ó doctrina infringidas á la cuestion litigiosa, puesto que afecta únicamente intereses privados que constituyen tan solo ley entre estos» (*sic*) (cursiva y mayúscula del texto).

Ahora, si en la casación francesa e italiana el aspecto determinante de la tercera instancia, como opuesta a la casación, ha sido el conocimiento por parte del

[640] Ley de Enjuiciamiento Civil, de 13 de mayo de 1855.

tribunal del mérito o fondo del asunto, y para evitarlo se ha instituido el modo de *rinvio*, además de que se ha entendido que es propia de la tercera instancia la cognición de la cuestión de hecho, y que en el tipo derivado español se dan ambas situaciones, esto es, la función de instancia y el control del hecho, ¿es la casación española una tercera instancia? Antes de reseñar las posibles respuestas, se resalta que en el anterior enunciado están comprendidos dos aspectos conexos: *i)* la función de instancia del tribunal y; *ii)* el conocimiento de la cuestión de hecho.

Una primera respuesta podría originarse desde la casación francesa e italiana. Calamandrei consideraría indiscutiblemente que el tribunal que asume la función de instancia, esto es, emitir la resolución de reemplazo, actuaría como una tercera instancia, pues debe darse el *rinvio*. Por el contrario, desde la casación española se afirmaría que este tipo de institución presenta rasgos que la distinguen de la francesa e italiana y, que en estricto sentido, el tribunal ejerce dos funciones diferentes, que tienen objeto diverso y que, incluso, hasta hace un tiempo, antes de la Ley 34/1984[641], se proferían en oportunidades procesales distintas, esto es, no se estableció el reenvió tratándose de *error in iudicando*[642].

Entonces, ¿cuál es la razón que permite sostener que en la casación española el TS no actúa como una tercera instancia[643]? Esta respuesta es relevante

---

[641] Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil; artículo veinticinco. La redacción del art. 1715 quedó así:
«Si se estimare el recurso por todos o algunos de los motivos, la Sala en una sola sentencia, casando la resolución recurrida resolverá conforme a derecho, […]».

Posteriormente, la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal; artículo primero, núm. 133, mantuvo la regulación de «una sola sentencia», que sigue la LEC/2000 (art. 487), aunque sin señalar expresamente «una sola sentencia», pero con este sentido.

[642] Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios. t. IV*. ob. cit., pp. 168-172; Vázquez Sotelo, *La casación civil. (Revisión crítica)*. ob. cit., pp. 29-34.

[643] Loredo Colunga resalta la Exposición de motivos de la LEC al respecto. Loredo Colunga, Marcos. *La casación civil. El ámbito de recurso y su adecuación a los fines casacionales*. Valencia: Tirant, 2004. pp. 184-185. Corresponde a la tesis doctoral del autor, del mismo título. Director: Fernando Gómez de Liaño González. Oviedo: Universidad de Oviedo, 2002. 499 p.

La cita del autor corresponde a este párrafo del núm. XIV de la Exposición de motivos de la LEC/2000: «Por coherencia plena con una verdadera preocupación por la efectividad de la tutela judicial y por la debida atención a los problemas que la Administración de Justicia presenta en todo el mundo, esta Ley pretende una superación de una idea, no por vulgar menos influyente, de los

para el caso colombiano, pues la recepción de nuestra casación se hizo siguiendo en este aspecto a la española. Para intentar responder la cuestión, es preciso diferenciar las funciones del tribunal.

Primero, la función de casación se desarrolla y agota en la decisión del tribunal de casar o anular la resolución impugnada. Por tanto, es preciso comprender que al ejercer la función de instancia, el tribunal previamente ha casado o anulado la sentencia, esto es, ya ha cumplido su función de casación y no actúa con esta calidad. Y si la sentencia ha sido casada, jurídicamente ha desaparecido del proceso, por consecuencia, el tribunal desciende como juez de apelación para llenar ese vacío dejado por la anulación de la sentencia y, en su lugar, emite la de reemplazo. Se trata no solo de destruir (anular), sino de ayudar a construir (decidir sobre la apelación), siendo el recurso útil en el sistema de las impugnaciones, más allá de la tradición histórica, pues como afirma Ortells Ramos[644], en referencia al TS español, es importante «que el recurso aporte un específico valor añadido al sistema». A su vez, Mitidiero[645] considera que la corte suprema ideal «… no se coloca como censora de la magistratura ordinaria, sino como su guía para la obtención de la unidad del Derecho».

Segundo, si bien el tribunal tiene conocimiento de la cuestión de hecho en la función de casación, se limita en exclusivo al motivo admitido consistente en la violación de la ley, a través del error frente al hecho y la prueba[646], por el juez de

---

recursos extraordinarios y, en especial, de la casación, entendidos, si no como tercera instancia, sí, muy frecuentemente, como el último paso necesario, en muchos casos, hacia la definición del Derecho en el caso concreto».

644 Ortells Ramos, Manuel. «Eficiencia de la justicia civil y sistema de recursos. Las reformas españolas en el contexto europeo». En: Ortells Ramos, Manuel y Bellido Penadés, Rafael (dirs.). *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*. Madrid: Dykinson, 2016. pp. 23-61. La cita es de la p. 54.

645 Mitidiero, Daniel. «Dos modelos de Cortes de vértice – Cortes Superiores y Cortes Supremas». En: Taruffo, Michele; Marinoni, Luiz Guilherme y Mitidiero, Daniel (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 77-122. La cita es de la p. 118.

646 Vázquez Sotelo, *La casación civil. (Revisión crítica)*. ob. cit., p. 199; Nieva Fenoll afirma: «¡Como si un error en la apreciación de la prueba no tuviera precisamente una importancia capital en la aplicación debida de las normas!». Nieva Fenoll, Jorge. *El recurso de casación civil*. Barcelona: Ariel, 2003. p. 37.

apelación. No se trata de la cognición de todos los hechos del proceso[647], como lo hace el juez de apelación. De ahí que, resulte relevante precisar que la actividad jurisdiccional del tribunal al emitir la sentencia de reemplazo es la misma que correspondería al juez de segunda instancia, pues en esta oportunidad, ocupa ese lugar.

La razón de la competencia asignada al TS español de la función de instancia emana de su carácter jurisdiccional otorgado desde su origen[648], a diferencia del Tribunal de Cassation francés que fue concebido como un órgano político y no judicial, como explicó Calamandrei[649]. No siendo un órgano judicial era lógico que no tuviera la función de pronunciar la sentencia, más allá de la anulación, pero en España sí se creó el tribunal como juez, de ahí su competencia[650].

1.3 Funciones del tribunal de casación colombiano

En Colombia, como se indicó, siguiendo el modelo de la casación española de la LEC/1881[651], desde sus orígenes, se acogió el modo de casación sin

---

[647] Vázquez Sotelo, *La casación civil. (Revisión crítica)*. ob. cit., pp. 195-199.

[648] *ibid.*, pp. 20-21.

[649] Calamandrei, Piero. *La casación civil. t. II. Historia y legislaciones (Continuación)*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2007. pp. 53-55: «El nombre de *Tribunal*[73], que en las discusiones de la Asamblea vemos comúnmente atribuido al órgano de casación que se ha de instituir, y la consiguiente calificación de *juges* que vemos dada a sus miembros, no debe hacer creer que la Asamblea pretendiese crear en él un órgano jurisdiccional, similar a los verdaderos y propios tribunales» (cursiva del texto). Nota de la cita: [73] «Véase GARSONNET, *Trattato* (Trad. LESSONA), I, § 74, nota, quien explica que el nombre del Tribunal fué preferido al de Corte, porque esta última palabra recordaba la procedencia feudal de los órganos juzgadores, que en su origen eran cortes del feudatario (sesión del 23 de julio de 1790: "Moniteur", 25 de julio de 1790, 848-849)». La cita es de la p. 53.

[650] Nieva Fenoll, Jorge. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Barcelona: Bosch, 1998. Corresponde a la tesis doctoral del autor, del mismo título. Director: Manuel Serra Domínguez. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1997. p. 57. En similar sentido, el autor en su posterior obra sobre la casación penal, *El hecho y el derecho en la casación penal*. Barcelona: Bosch, 2000. p. 78.

[651] En nota de derecho español, Gómez Orbaneja, traductor de las *Istituzioni* de Chiovenda, explica sobre el sistema español adoptado en el art. 1745 de la LEC/1881: «El recurso de casación en España, instituído (*sic*) como recurso de nulidad en la Constitución de 1812, restablecido en 1838, y que a través de la Ley de Enj. civ. de 1855 ha pasado a la vigente de 1881, es producto de un

reenvío[652], se reitera, tratándose de motivo o causal por *error in iudicando*, lo que conllevó que a nuestro tribunal de casación se le asignara otra función: la de juez de instancia, que significaba que una vez casada la sentencia por la CSJ, esta procedería a reemplazar al juez de apelación y, por consecuencia, a decidir el recurso de apelación. De esto surgen dos funciones: la primera, como tribunal de casación y; la segunda, como tribunal de instancia, como lo justifica Gómez Orbaneja[653] en la doctrina española, así como la jurisprudencia colombiana[654].

---

desenvolvimiento histórico paralelo. Institución jurisdiccional y a la vez política, como bastaría a demostrar el recurso "en interés de la ley" del artículo 1782, en el sentido de servir de garantía a la división de poderes y a los límites constitucionales de la función de juzgar, no ha adoptado en España, en cuanto remedio contra la infracción de ley, la doble fase del juicio de devolución o reenvío. El mismo tribunal, cuando casa la sentencia, dicta la nueva que corresponda sobre la cuestión objeto del pleito o sobre los extremos a qué se limita la casación (art. 1745). Y esto lo hace, no como un nuevo tribunal de instancia, sino con la misma jurisdicción circunscrita que le ha servido para su poder de anulación». Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil. vol. III*. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. pp. 462-463.

[652] Ley 61/1886, art. 51, inc. 2.°: «Cuando la Corte pronuncie sentencia en que declare la nulidad de la pronunciada por el Tribunal Superior, a la cual se refiere el recurso, ordenará la devolución del depósito constituido.

Acto continuo y por separado, dictará la misma Corte la sentencia que corresponda sobre la cuestión objeto del pleito, o sobre los puntos respecto de los cuales hubiere recaído la casación.

Cuando la sentencia de nulidad se funde en las causales 7º o 9º del artículo 38, la Corte se limitará a pronunciar la declaratoria de nulidad y a disponer lo que sea consecuencial».

Es evidente la similitud de la redacción del inciso 2.° de esta disposición frente al inciso 2.° del art. 1745 de la LEC/1881.

Es necesario precisar que cuando se afirma que en Colombia se acogió en la Ley 61/1886 el modo de casación sin reenvío, se hace referencia frente a la actividad del tribunal por *error in iudicando*, puesto que tratándose de *error in procedendo* consistente en violación del principio *reformatio in pejus*, el tribunal debía proferir la decisión (ahora en casación civil, CGP, art. 349, inc. 2.°).

[653] Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente. *Derecho procesal civil. Volumen primero. Parte general. El proceso declarativo ordinario*. 8.ª ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1976. pp. 481-482. Explica: «Cuando declara haber lugar a él [recurso de casación], y anula, el caso queda sin decidir. Se hace necesario entonces, y ulteriormente, dictar una resolución. Que esto se encomiende de nuevo a un tribunal de instancia, como en los sistemas de casación con *reenvío* (Francia, Italia, etc.), o sea el propio órgano de casación quien lo haga, como en nuestro sistema, conceptualmente es indiferente. Porque cuando el Tribunal Supremo dicta la nueva sentencia, fallando sobre la relación entre las partes, no actúa propiamente como órgano de la casación. Hace lo que, sin merma de lo que es esencial a ésta, otro órgano podría hacer» (cursiva del texto). También, Vázquez Sotelo, *La casación civil. (Revisión crítica)*. ob. cit., pp. 25-27.

[654] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 4 de septiembre de 2003, rad. 21.100, MP Eduardo López Villegas. pp. 12-13: «… conviene recordar que son distintas las

Esta situación, frente a la teoría clásica y pura de Calamandrei, resultaría ser una degeneración de la casación y, estaría nuestro tribunal actuando más cerca del modelo de uno de tercera instancia que de uno de casación. Esto debido a que el tribunal al decidir el recurso de apelación, en ejercicio de la función de instancia, conoce del mérito o fondo del asunto, incluyendo la valoración de la prueba y hasta el decreto de prueba de oficio[655], lo que lo ubicaría, en teoría, en función de tercera instancia, que nuestro sistema procesal no adopta[656].

La función de casación es la inherente al tribunal de la casación. Consiste en hacer el juicio de legalidad y acierto de la sentencia impugnada frente al ordenamiento jurídico que ha debido aplicar e interpretar en su elaboración. Dependiendo del sentido de la sentencia de primera instancia será la petición del recurso de casación, pues frente a la segunda instancia siempre el *petitum* será *casar*, total o parcialmente, pero respecto de la decisión de primera instancia, el alcance de la impugnación podrá variar, dependiendo si fue favorable o desfavorable al recurrente, total o parcialmente.

---

funciones de la Corte cuando actúa como Tribunal de casación, de aquellas que desarrolla en sede de instancia. En el primer caso, de prosperar el recurso extraordinario, procede a anular o infirmar la decisión de segundo grado y en el segundo, esto es, cuando funge como juez de la instancia, entra a reemplazar al *ad quem*, allí sí para confirmar, revocar o modificar lo decidido por el juzgador de primera instancia».

[655] En la casación colombiana, la justificación se encuentra en la diferenciación entre las funciones de casación y de instancia, ubicándose el decreto de la prueba de oficio o la iniciativa probatoria en la última. Por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL9766-2016, de 13 de julio de 2016, rad. 53.260, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo. pp. 24-28; Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC22036-2017, de 19 de diciembre de 2017, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. pp. 30-33.

[656] Constitución de 1991, art. 31; CGP, art. 9.°; el CPC/1970 también estableció las dos instancias (art. 3.°), así como el CJ/1931 (art. 198).

2. FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN, EN ESPECIAL DEL TRIBUNAL

El origen, evolución y estado actual de la casación ha evidenciado que no es solo un recurso procesal[657], sino que es una institución, como bien comprendió Calamandrei[658], resultante de la combinación de dos institutos: uno judicial-político, el tribunal de casación y; otro procesal, el recurso de casación. La unión de estos elementos permite identificar sus fundamentos[659], entendidos para efectos de esta investigación, como aquellos aspectos que constituyen el trasfondo de la casación en su origen, evolución y estado actual, siendo de interés en este examen los fundamentos histórico, político, filosófico y sociológico. También la casación ha tenido unos elementos de tipo doctrinal, jurisprudencial y normativo que han enriquecido su fundamentación dogmática, a los que se hace referencia en la investigación, pero en este apartado se tratarán solo los primeros.

Como toda institución procesal, la regulación legal es un punto de partida para el examen de la casación, bien para el análisis por medio del derecho histórico (derecho derogado), como del estado de ordenación frente al derecho comparado, respecto al grado de avance o atraso que presente.

A pesar de que los fundamentos guardan relación y puede ser difícil separarlos, se intentará identificar los más relevantes elementos, que tienen en común su ajenidad al contenido jurídico y, en especial, procesal.

---

[657] Una postura contraria sostiene Satta y De la Rúa. Este citando las palabras de Satta, considera que «Hablar, pues, de una finalidad de la casación, y tanto más de una finalidad diversa de la jurisdiccional, no tiene sentido en el plano jurídico…;». De la Rúa, Fernando. *La casación penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 19.

[658] Calamandrei, Piero. *La casación civil. t. I. Historia y legislaciones*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2007. p. 26; *Casación civil*. ob. cit., pp. 9-10.

[659] Una doctrina usa la palabra *fundamentos* para examinar unos puntos distintos, que corresponden a los tratados en el núm. 1.°, como el origen, finalidad o naturaleza jurídica, como Sarmiento Núñez, quien con la denominación de *fundamento* estudia las finalidades del recurso, que llama funciones. Sarmiento Núñez, José Gabriel. *Condiciones sustanciales del recurso de casación*. Caracas: Arte, 1986. pp. 17-24.

2.1 Fundamento histórico

Se ha aceptado[660] que fue Calamandrei[661] quien logró, a través de una amplia investigación histórica, identificar primero los elementos estructurales de la casación y luego rastrear sus orígenes para así concluir que nuestra institución objeto de estudio tuvo nacimiento en la Revolución francesa, y no en otro momento, como en el derecho romano (cap. II, núm. 1).

En Francia, además del fundamento político y filosófico, hubo un elemento histórico que tuvo origen en el Antiguo Régimen que, en opinión de Calamandrei[662], sentó las bases para el nacimiento de la casación al amparo de las ideas revolucionarias que condujeron a la creación del Tribunal de Cassation. Esto es, la existencia previa a la Revolución francesa del *Conseil des parties* como un órgano de control, pero al servicio del monarca, no de la justicia, que evidenciaba la necesidad de control sobre la actividad judicial, aunque en la práctica no sucediera así, con el consecuente descontento social en su función. De ahí que, Calamandrei[663] afirmara: «La idea de un control central sobre toda la administración de la justicia no surgió, pues, de las teorías revolucionarias; estaba ya formada bajo el *ancien régime*…,» (cursiva del texto). Como explica Montero Aroca[664], «De ahí que en un primer momento los revolucionarios pretendieran mantener ese control y, al mismo tiempo, suprimir al órgano que lo ejercía».

En Italia, un aspecto histórico, unido al político, fue la Unificación de los reinos italianos en el periodo entre 1859-1871, lo que condujo a la unidad política y, por

---

660 Al respecto, la doctrina citada en el núm. 1.2, de la tesis.

661 Calamandrei, Piero. *La casación civil. t. I. Historia y legislaciones. vol. 2. Historia y legislaciones (Continuación)*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. En esta investigación se ha consultado la misma traducción en una reciente edición, en tres tomos (Buenos Aires: El Foro, 2007), en la que el vol. 2 del tomo I, corresponde al tomo II. En este tomo II, puede leerse la «Síntesis histórica sobre el origen y desarrollo de la casación», pp. 367-377.

662 Calamandrei, *La casación civil. t. II*. ob. cit., pp. 15-34.

663 *ibid.*, p. 20.

664 Montero Aroca, Juan y Flors Matíes, José. *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal*. 3.ª ed. Valencia: Tirant, 2018. p. 316.

consecuencia, a la unidad de la ley, manifestada entre otros, en el Codice Civile y el Codice di procedura civile, ambos de 1865. A pesar de esta unidad en la ley, subsistía una situación incoherente con esta nueva realidad, que era la coexistencia de cinco Cortes de casación regionales en Florencia, Nápoles, Palermo, Roma y Turín, destinadas a unificar la jurisprudencia. Esta circunstancia fue criticada y combatida en especial por Mattirolo[665], Mortara[666] y Calamandrei, cuyos aportes doctrinales tuvieron una incidencia importante en la supresión de cuatro de estas Cortes regionales, subsistiendo solo la de Roma a partir de 1923.

En Colombia, la casación fue adoptada a partir de la Constitución de 1886, por influencia directa de la casación española. No se trató solo de establecer una institución procesal novedosa en el país, sino de implementar un mecanismo de control con un propósito político –acá se une con el fundamento político– de la Regeneración, movimiento que alcanzó el poder y la expedición de la Constitución de 1886, bajo el liderazgo de Rafael Núñez. Esta nueva Constitución representó un cambio de régimen, pues Colombia pasó de ser un Estado federal bajo la anterior Constitución de 1863, a un Estado unitario, al cual la casación sería útil en el control de la unidad del derecho en toda la Nación[667], que guardaba relación con la

[665] Mattirolo, *Tratado de derecho judicial civil. t. IV.* ob. cit., pp. 879-880 (núms. 1000-1001).

[666] Sobre la especial consideración de la persona de Mortara y su doctrina en favor de la casación única, Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., nota 26 en pp. 414-415.

[667] Cajas Sarria, Mario Alberto. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. t. I. De la Regeneración al régimen militar, 1886-1958. t. II. Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015. Corresponde a la tesis doctoral del autor, *La Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991: el control constitucional en una perspectiva histórica y política*. Tesis doctoral. Director: Diego Eduardo López Medina. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012. 1011 p.; González Jácome, Jorge. *Entre la Ley y la Constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007. pp. 45-79; del mismo autor, «La casación como forma de centralización del poder. Una mirada histórica». En: *Revista de Derecho Público*. Julio-diciembre de 2007, núm. 20, pp. 1-22. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes. Disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub123.pdf; Vásquez Alfaro, Mónica. «La función unificadora de la Corte Suprema de Justicia 1886-1890». En: *Revista de Derecho Público*. Julio-diciembre, 2010. núm. 25, pp. 1-21. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes. Disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub72.pdf

expedición de nuevos códigos nacionales, como el Código Civil, que fue adoptado como código de la Nación por la Ley 57/1887[668].

2.2 Fundamento político

Partiendo del origen de la casación como producto de la Revolución francesa, y en todo caso, de su consolidación en esa época como la institución que evolucionaría a la actual, es claro que en su etapa inicial fue concebida, en principio, como un instrumento de poder, siendo el Tribunal de Cassation francés un órgano político y no judicial[669], especialmente al establecerse como un órgano de control de la actividad de los jueces. Esto implicó un control sobre el control, según Calamandrei[670], pues en efecto, si los jueces controlaban las relaciones jurídicas de los particulares, el tribunal fue instituido para controlar las decisiones de los jueces, pues estos no podían, al aplicar la ley al caso concreto, amenazar la función del poder legislativo de creación de la ley; de ahí que, Montesquieu[671] afirmara que el juez no es «sino la boca por donde habla la ley».

Entre las ideas políticas que sustentaron ideológicamente la Revolución francesa y las que surgieron de su desarrollo, se puede identificar algunas pertinentes con el tema tratado, como estas: *i)* la evolución del Estado, de uno

---

[668] Ley 57 (15, abril, 1887). Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional. Diario Oficial. Bogotá, 1887. núm. 7019, 20 de abril.

[669] Guzmán Fluja, siguiendo la investigación de Halperin, respecto de la actividad del Tribunal de Cassation francés creado en 1790, sostiene que «… debe reivindicarse la existencia de esta función uniformadora de la jurisprudencia desde el mismo nacimiento del recurso de casación creado por la Asamblea Constituyente francesa en 1790…,», lo que implicaría el ejercicio de una función judicial, no solo política. Guzmán Fluja, Vicente C. *El recurso de casación civil. (Control de hecho y de derecho)*. Valencia: Tirant, 1996. pp. 26-27.

[670] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 59: «La Asamblea revolucionaria, que dió vida a la Casación en su primera forma, consideró como más grave, entre todos los errores *in iudicando*, que pudiese cometer el juez, el consistente en una *contravention expresse au texte de la loi*, porque entendió que, a consecuencia de este error, podía resultar gravemente amenazado el principio de la separación de los poderes…;» (cursiva del texto).

[671] Montesquieu, Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de. *El espíritu de las leyes. t. I*. Vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906. p. 237. Disponible en la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, Fondo Antiguo Digital: https://archive.org/details/espirituDeLasLeyesT1/mode/2up

monárquico a uno republicano, basado en el sometimiento de todos, gobernantes y gobernados, a la ley; *ii)* la división del poder público entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; *iii)* la ley como «expresión de la voluntad general»[672] del pueblo soberano establecería los derechos y libertades de los ciudadanos, así como los límites a los gobernantes; *iv)* la codificación del derecho civil, hasta ese entonces disperso, en el Code Civil francés de 1804 o Código Napoleón[673] y; *v)* la necesidad de mantener la ley tal como fue promulgada por el poder legislativo, en concreto el respeto de la ley por los jueces, lo cual fue confiado al Tribunal de Cassation, con el objetivo de casar o anular las sentencias judiciales violatorias de la ley. Es célebre la expresión citada de Montesquieu[674], «Ahora bien, los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor».

Desde la perspectiva política, Calamandrei[675] observó, especialmente al examinar la función del tribunal de casación en cuanto a su finalidad de unificación de la interpretación jurisprudencial, dos fundamentos: *i)* «la unidad del derecho positivo en el Estado» y, *ii)* «la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley». Resaltó el principio de igualdad desde el punto de vista histórico y político, pero también reconoció su valor en Italia para la época en que escribió su obra, 1920, que hoy, en Colombia, como en la mayoría de los Estados, no solo continúa teniendo vigencia, sino que constituye un derecho fundamental, a partir de los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución (art. 13).

El fundamento político de la casación se manifiesta, entre otros, a partir de los siguientes rasgos principales:

---

[672] Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social o principios del derecho político*. Lyon: Librería de Cormon y Blanc, 1819. Disponible en la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, Fondo Antiguo Digital: https://archive.org/details/elcontratosocia01rousgoog/page/n11/mode/2up

[673] Laurent, François. *Principios de derecho civil. Tomo primero*. Primera traducción española. México: Joaquín Guerra y Valle, Editor, 1889. pp. 5-13. Disponible en: http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020013429_C/1020013429_T1/1020013429_T1.html

[674] Montesquieu, *El espíritu de las leyes. t. I*. ob. cit., p. 237.

[675] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 79-82.

i) El Estado ejerce el monopolio del derecho[676], en particular en la creación de la ley, y tiene interés en que sea cumplida por los asociados en sus relaciones jurídicas privadas y públicas, así como por las autoridades. Asimismo, ante controversias jurídicas de los asociados, entre estos y las autoridades, y de estas entre sí, el Estado tiene el monopolio en la resolución del conflicto a través de la administración de justicia. Esta idea se basa, entre otras, en las siguientes razones:

a) El Estado constitucionalmente establece la atribución en la creación de la ley en el poder o rama legislativa (CP, art. 150, inc. 1.°), con algunas excepciones que la misma Constitución permite (art. 150, núm. 10).

b) La ley es de obligatorio cumplimiento por los asociados (CC, art. 4.°), pero la vida en sociedad muestra que muchas veces resulta violada, causando controversias jurídicas.

c) El Estado ejerce la administración de justicia a través de diferentes órganos jurisdiccionales y distintos dispositivos, como el proceso judicial y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (CP, art. 116).

d) Estos órganos, en ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, deben cumplir su actividad y adoptar su decisión conforme a derecho, esto es, según la ley como «declaración de la voluntad soberana».

Todas estas ideas, en el contexto de la época, se manifestaron en la misión atribuida por los revolucionarios franceses al Tribunal de Cassation de anular la sentencia judicial que incurriera en *«une contravention expresse au texte de la loi»*.

ii) El tribunal de casación es un órgano de control de la función jurisdiccional de los demás órganos judiciales del Estado (que conforman la jurisdicción ordinaria)[677]. Gómez Orbaneja[678], en comentario a la traducción que hizo de las *Istituzioni* de Chiovenda, manifiesta el carácter jurisdiccional y político de la

---

[676] Nieto, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Trotta, 2007. pp. 129-130.

[677] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 27-64. En la p. 50 se lee: «… la Corte de casación debe entenderse "instituída para mantener la exacta observancia por parte de los órganos jurisdiccionales de la norma que prescribe a los mismos decidir según la ley las controversias confiadas a su juicio"».

[678] En nota de derecho español, Gómez Orbaneja, traductor de las *Istituzioni* de Chiovenda. Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil. vol. III*. ob. cit., pp. 462-463.

casación, resaltando como evidencia del segundo el recurso en interés de la ley establecido en la LEC/1881 (art. 1782).

iii) El propósito político del control consiste en que la casación tiene como finalidad institucional desde el punto de vista público, la defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico. Calamandrei[679] notó que la casación, al pretender corregir el *error in iudicando* de la sentencia, busca evitar la amenaza del principio de separación de poderes, en la medida que el juez respeta la función de creación de la ley por parte del legislador, pues el juez que viola la ley sustancial se revela contra un mandato del Estado de decidir *secundum legem*[680]. Pero la casación también tiene como finalidad la unificación de la interpretación jurisprudencial, lo que pretende garantizar la unidad del derecho positivo en el Estado y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la jurisdicción[681].

iv) La casación ha evolucionado hasta tener actualmente otros aspectos políticos, como en Colombia, ser una Alta Corte que, en el diseño constitucional del Estado, colabora con otras instituciones para mantener el equilibrio de poderes, a través del ejercicio de sus funciones, algunas no jurisdiccionales, pero sí muy importantes en la nominación de altos cargos del Estado (cap. V, núm. 2.3).

En Colombia, para citar un ejemplo del papel político, si bien no en ejercicio como tribunal de casación, la CSJ cumplió un papel trascendental en el movimiento estudiantil conocido como *la séptima papeleta*[682], que condujo a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, que decretó la Constitución de 1991. No

---

679 Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 59.

680 *ibid.*, p. 386.

681 Bujosa Vadell, Lorenzo M. «El valor de la jurisprudencia de las Altas Cortes: perspectiva española». En: Priori Posada, Giovanni (coord.). *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Lima: Palestra, 2015. pp. 77-104. La cita es de la p. 98.

682 Torres Villareal, María Lucía. ed. *La séptima papeleta: historia contada por algunos de sus protagonistas. Con ocasión de los 20 años del movimiento estudiantil de la séptima papeleta*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

obstante, esta actuación de la Corte no fue de casación, sino como tribunal constitucional, función ejercida a partir de 1910[683].

v) Otro aspecto que puede ser relevante, a pesar de no ser tratado en la doctrina de la casación, pero sí desde la perspectiva de la filosofía y la teoría del derecho, y como una crítica, no como un factor político, es el relacionado con la legitimidad de las decisiones de los tribunales de justicia, especialmente frente a la

---

[683] Acto Legislativo 3 de 1910, art. 41: «A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:
Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación».

El papel de la Corte es resaltado por la misma Corporación así:
«CONVOCATORIA A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE PARA REFORMAR LA CARTA POLÍTICA
PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Por Decreto 927 de mayo 3 de 1990, se establece que mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, la organización electoral adoptará todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se produzcan en la fecha de las elecciones presidenciales de 1990, en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Nacional Constituyente.
La Corte Suprema en sentencia del 24 de mayo de 1990 declara ajustado a la Constitución, el Decreto 927 de mayo 3 de ese año y reconoce que la decisión del pueblo no solo confiere un mandato político, sino que abre la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional para reformar la Constitución Política.
La Corte Suprema en Sentencia de su Sala Plena, proferida el 24 de mayo de 1990, manifestó: los hechos mencionados demuestran a las claras, que las instituciones tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar las diversas formas de violencia a las que tienen que encarar. No es que la instituciones se hayan constituido per se en factor de perturbación, sino que ha perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas; se han quedado cortas para combatir modalidades e intimidación y ataque no imaginados siquiera hace pocos años, por lo que su rediseño resulta una medida necesaria para que las causas de la perturbación no continúen agravándose como hasta ahora ha venido ocurriendo en los seis años de vigencia del Estado de Sitio (Exp. No 2149 E).
El gobierno mediante el Decreto Legislativo No 1926 del 24 de agosto de 1990, dictó medidas tendientes a restablecer el orden público y convocó a una Asamblea Nacional Constituyente que reformaría la Constitución Política, en el marco de un gran debate nacional sobre cambios institucionales.
La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 9 de diciembre de 1990 (Exp. No. 2214), dio vía libre a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente que se encargaría de dictar la Constitución Política de 1991, actualmente vigente.
El 4 de julio de 1991, se clausuraron las sesiones plenarias de la Asamblea Nacional Constituyente para aclamar con los delegatarios de dicha Asamblea, el Gobierno, los Estudiantes y el Pueblo Colombiano, la nueva Constitución que desde entonces nos empezó a regir». Tomado de la página Web de la Corte. Disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/historia/

crítica que hace Waldron[684], quien cuestiona la legitimidad de las decisiones, especialmente del tribunal constitucional, aunque el criterio podría trasladarse al de casación. Con el título de «Cinco a cuatro ¿Por qué es que en los tribunales deciden mayorías exiguas?», censura sus decisiones no democráticas en el caso de la Supreme Court norteamericana.

Teniendo en cuenta la crítica de Waldron, podría adaptarse el planteamiento al tribunal de casación, en especial, a la CSJ colombiana, en concreto dirigida a la circunstancia que se ha presentado al momento de designar a sus miembros y dignatarios, puesto que la Corte elige a través del sistema de cooptación[685]. Incluso, ha llegado a extremos de quedarse sin el *quorum* reglamentario para hacer dichas elecciones, como ha ocurrido recién finalizando 2019 e iniciando 2020. De manera adicional, podría cuestionarse la designación no democrática por el pueblo, como sí ocurre para otros altos cargos del Estado. La cuestión sería, ¿por qué se acepta la interpretación que hace la CSJ de una disposición creada por el poder o rama legislativa, elegida por el pueblo, cuando la CSJ no lo es, ni siquiera sus magistrados son designados por otros poderes públicos, sino por la misma corporación?

Ante la crítica, que es traída prestada del caso norteamericano, lo cierto es que el mismo Constituyente colombiano ha asignado a la Corte la función como tribunal de casación, pues es un juez especializado. Este papel no podría cumplirse en una democracia participativa directamente por el pueblo, más con la complejidad que cada día adquiere el ordenamiento jurídico, que hace necesario el conocimiento jurídico para alcanzar el propósito de la institución.

---

[684] Waldron, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el congreso y en los tribunales*. Edición al cuidado de Juan F. González Bertomeu. Buenos Aires: Siglo XXI, 2018. pp. 153-193.

[685] Castillo Sánchez, Camilo Ernesto. *El origen de la cooptación en la elección de la Corte Suprema de Justicia (1949-1957)*. Tesis doctoral. Directora: Tatiana Rincón Covelli. Bogotá: Universidad del Rosario, 2016. 222 p.

vi) Por último, también es posible identificar una visión de la casación a partir de una particular ideología, que además del aspecto jurídico procesal, ve en la institución un instrumento de poder, como Cuenca[686].

2.3 Fundamento filosófico

Desde el punto de vista de considerar la finalidad asignada a la casación, es posible, al menos, identificar como fundamento filosófico unido a la institución en su origen y evolución, base de su fundamentación teórica y de su desenvolvimiento: *i)* el primer fundamento filosófico que se observa en la casación, a partir de su consolidación en la Revolución francesa, es su sustento en las ideas de Rousseau[687] y Montesquieu[688], entre otros y; *ii)* el segundo fundamento está unido al positivismo jurídico.

En cuanto al primero, Calamandrei[689] hizo el análisis de la influencia de las ideas de Rousseau y Montesquieu en la obra de la Revolución francesa. En concreto, de Rousseau señaló el concepto de ley contenido en *El contrato social*, como expresión de la voluntad general, en oposición a la ley hasta ese momento en el Antiguo Régimen en Francia. Sintetizó así Calamandrei[690]: «Transformada así la ley, de mandato de un tirano en consentimiento de todo un pueblo…,».

De Montesquieu hizo énfasis en su idea de la división del poder en las clásicas ramas legislativa, ejecutiva y judicial expuesta en *El espíritu de las leyes*. Este pensamiento político fue trascendental al momento de creación del Tribunal de Cassation debido a que el antiguo *Conseil des parties*, su antecedente inmediato,

---

[686] «Pero mientras en Occidente la Corte Suprema es el tribunal arquetipo, conservador de privilegios burgueses y fuente de oligarquías judiciales, y en la América Latina ha sido el órgano propicio para legitimar sucesivas dictaduras, convertido en instrumento de persecución política y al servicio del imperialismo, en el mundo socialista es el máximo tribunal del pueblo para la defensa de los derechos de las masas». Cuenca, Humberto. *Curso de casación civil*. 2.ª ed. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1974. p. 40.

[687] Rousseau, *El contrato social o principios del derecho político*. ob. cit.

[688] Montesquieu, *El espíritu de las leyes. t. I*. ob. cit.

[689] Calamandrei, *La casación civil. t. II.* ob. cit., pp. 15-34.

[690] *ibid.*, p. 27.

«… había estado destinado a defender un interés político propio del monarca, no a garantizar, en el puro interés de la justicia, la imparcialidad y la regularidad de los juicios a los particulares litigantes…;»[691].

La idea de la tripartición del poder, según Montesquieu, conducía a dos consecuencias: *i)* la independencia del poder judicial frente a los poderes legislativo y ejecutivo y, *ii)* el riesgo de la usurpación del papel del poder legislativo por el judicial[692]. Esta segunda concepción tenía justificación en la desconfianza de la actuación hasta ese momento del *Conseil des parties*, pero lo cierto es que la violación de la ley por el juez, si bien debe ser controlada, no afecta la separación de los poderes públicos y, por el contrario, se puede considerar a la rama judicial el equilibrio de los demás poderes[693].

El efecto de esto fue la creación del Tribunal de Cassation como un órgano dentro del poder legislativo, no del poder judicial, pues teniendo la misión de la defensa de la ley ante *«une contravention expresse au texte de la loi»* como control de la actividad de los jueces se pensó inicialmente que no podía hacer parte del poder judicial, sino que debía estar al lado del poder cuyo producto pretendía custodiar –la ley–, el legislativo. No pasó mucho tiempo para que el Tribunal de Cassation se transformara en la Cour de Cassation, órgano jurisdiccional, consolidación que alcanzó en 1837[694].

Frente al segundo aspecto, la relación de la casación con el positivismo jurídico, la finalidad de la institución, especialmente la pública, de defensa de la ley y la unificación de la jurisprudencia, se enmarcaba en la perspectiva positivista del derecho como un conjunto de normas vigentes elaboradas por el Estado a través

[691] *ibid.*, p. 24.

[692] *ibid.*, p. 29.

[693] Agudelo Agudelo, Carlos Alberto. *"La democracia de los jueces". La 'rama menos peligrosa' como poder prodemocrático en la práctica constitucional*. Bogotá: Leyer, 2015. Corresponde a la tesis doctoral del autor, del mismo título. Tesis doctoral. Director: Diego Eduardo López Medina. Bogotá: Universidad de los Andes, 2014. 718 p.

[694] Calamandrei, *La casación civil. t. II*. ob. cit., pp. 135-139.

del órgano competente[695]. El objeto de protección de la casación fue y ha sido la ley, ahora entendida como ordenamiento jurídico, lo cual es en esencia una postura positivista.

Otro aspecto relevante desde el punto de vista filosófico es, como explica Calamandrei[696], que el juicio es una actividad lógica del juez, alcanzada a través de un silogismo. En efecto, la configuración del motivo de casación de violación de la ley, que limita al *error iuris in iudicando*, se enmarca en las premisas y la conclusión del silogismo.

2.4 Fundamento sociológico

La casación no solo cumple un papel político y jurídico en el Estado, sino que, en particular, la actuación del tribunal de casación produce efecto más allá de la jurisprudencia, que puede relacionarse con la sociedad, pues el tribunal supremo puede ser visto desde otras perspectivas[697], no solo la del derecho. Por tanto, un planteamiento importante, desde fuera del derecho, es el relativo a la participación ciudadana[698] en la labor del tribunal, en concreto, la apertura del tribunal a la sociedad, que puede percibir a la CSJ como una entidad pública muy importante, pero también muy lejana y de difícil acceso.

Inicialmente este tema podría considerarse ajeno a la casación, pues la actividad del tribunal se limita al enjuiciamiento de la sentencia impugnada frente al ordenamiento jurídico. Aun así, la dinámica que ha alcanzado el derecho, el papel

---

695 Taruffo, Michele. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*. Traducción de Juan J. Monroy Palacios y Juan F. Monroy Gálvez. 1.ª reimpresión. Lima: Palestra, 2006. pp. 104-124.

696 Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 185-190, 287-295. También, Plaza, Manuel de la. *La casación civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944. pp. 151-154.

697 Barrera, Leticia. *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012; Epp, Charles R. *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013; Bourdin, María. *Justicia y medios. La revolución comunicacional de la Corte Suprema Argentina. Cómo abrir a la sociedad la puerta de los Tribunales*. Buenos Aires: Sudamericana, 2013.

698 Benedetti, Miguel Ángel y Sáenz, María Jimena. *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2016.

de los jueces en la sociedad y la nueva perspectiva constitucional y convencional que ha adquirido la casación, para pasar de un control de legalidad a incorporar también la Constitución y los instrumentos internaciones de derechos humanos, conducen a pensar que el tribunal de casación hoy debe iniciar una apertura limitada a la sociedad.

No es suficiente la publicidad procesal de la providencia a las partes, tampoco la comunicación de la sentencia en una gaceta o boletín, o en redes sociales; la apertura debe implicar que la voz de la sociedad sea escuchada efectivamente por el tribunal, en especial porque sus decisiones tienen repercusión, no solo en los jueces de instancia, sino también en la comunidad, en particular cuando se trata de asuntos en los que se discuten derechos constitucionales, como los fundamentales o colectivos, una nueva realidad en Colombia (Ley 270/96, art. 16; mod. Ley 1285/09, art. 7.°, inc. 2.°).

Claro, la apertura debiera ser limitada, tampoco se afirma en general que la sociedad tenga interés directo en el sentido de la decisión, sino en la interpretación que haga el tribunal de la norma en cuestión. Piénsese en un asunto de familia en el que se discute sobre la aplicación de una disposición que limita la unión marital a personas del mismo sexo, como ha sucedido, y se requiere uniformar la jurisprudencia de los jueces de apelación. Resulta conveniente escuchar las voces que promueven una y otra postura, pues el contexto social y cultural es un elemento que el tribunal debiera considerar en la interpretación de la disposición. Podría tratarse también de un asunto de género o una cuestión laboral o de seguridad social en pensiones, temas sensibles que afectan directamente a la sociedad, más allá del caso concreto.

Entre los mecanismos de apertura del tribunal a la sociedad, un escenario natural es la audiencia pública[699], aunque no el único, pues puede considerarse el

[699] Lorenzetti, Ricardo. «Las audiencias públicas y la Corte Suprema». En: *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Diciembre, 2013. vol. 14, pp. 1-8. Buenos Aires, Argentina: Universidad Torcuato di Tella. Disponible en: https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10618; Benedetti y Sáenz, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema*. ob. cit.; Barrera, Leticia y Sáenz, Jimena. «Corte Suprema y participación ciudadana: reflexiones a partir de una audiencia pública de la Corte argentina». En:

amicus curiae[700] y las redes sociales, que hoy permiten la interacción en tiempo real y pueden ser útiles para este propósito.

Un ejemplo de apertura es el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, que a través de la Acordada 30/2007[701], de 5 de noviembre de 2007, dispuso la convocatoria a audiencias públicas, que serán de tres clases: informativa, conciliatoria y ordenatoria.

Entre las conclusiones[702] de la investigación citada de Benedetti y Sáenz, sobre el punto tratado, se consignaron estas consideraciones, que se transcriben parcialmente *in extenso*, por su importancia para una futura aplicación en Colombia:

> «Los temas constitucionales que la Corte seleccionó para poner "ante los ojos país" definieron una agenda de trabajo que amplió de distintas formas los márgenes de lo justiciable y construyó una imagen de tribunal que puede considerarse "activista progresista". Sin embargo, las decisiones en esos casos arrojan dudas sobre el escenario de las audiencias como arena siempre propicia para el progresismo. Por un lado, la Corte tendió a mantener las formas de intervención tradicional, sea dictando una orden específica o señalando un ganador y un perdedor, donde la

---

Revista Socio-Jurídicos. Enero-junio, 2020. vol. 22, núm. 1, pp. 263-291. Bogotá: Colombia: Universidad del Rosario. Disponible en: https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/8069

Este punto de la audiencia conduce al problema de la oralidad en casación, claro, no lo limita al aspecto procesal puro, sino que tiene un efecto sociológico más relevante. Chiovenda fue partidario de la oralidad ante la Corte. Bonett Ortiz, Samir Alberto. «La oralidad en la casación laboral». En: *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2013. pp. 779-793. La cita es de la p. 792. Tiempo atrás, comentando la Ordenanza Procesal Civil alemana de 1877, Wach manifestaba que la oralidad no era útil en la revisión. Wach, Adolf. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Lima: ARA, 2006. pp. 296-297.

[700] El Reglamento de la CIDH define *amicus curiae* como «… la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia» (art. 2.°, núm. 3.°). Reglamento Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado de 16 al 28 de noviembre de 2009.

En la doctrina, Köhler, Ricardo Carlos. Amicus curiae*. Amigos del tribunal*. Buenos Aires: Astrea, 2010.

[701] Citada y analizada por Benedetti y Sáenz, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema*. ob. cit., pp. 61-92. Disponible en la página Web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=16255

[702] Benedetti y Sáenz, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema*. ob. cit., pp. 261-262.

sentencia apareció como el punto final al diálogo que abrían las audiencias. Asimismo, la gran apertura de la agenda convivió con el cierre de la discusión en varias causas en función de cuestiones formales. Por otro, en un grupo pequeño de casos con audiencias que reeditaron cuestiones resueltas en el sigilo, la Corte decidió mostrar públicamente cautela y avanzar en la protección de derechos en el ámbito escriturario.

El foro de las audiencias creó un espacio de participación y diálogo, antes inexistente, que prometía abrir la interpretación constitucional a la "participación ciudadana". La fuerza y la suerte de esa promesa, sin embargo, se mantiene tenue aún y por debajo de sus potencialidades».

3. Relación entre la finalidad de la casación y las funciones del tribunal de casación

Siendo la finalidad de la casación la defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia, como fin público, y la posibilidad del recurrente de obtener la revisión de la sentencia que le ha sido desfavorable, como fin privado, así como los nuevos fines (cap. II, núm. 2.7) y; de otra parte, que en Colombia[703], así como en parte del derecho comparado iberoamericano[704], el tribunal de casación cumple dos funciones, una de casación y otra de instancia, es clara la relación entre dicha finalidad y funciones.

[703] Ahora, en casación civil, CGP, art. 349. Antes, CPC/1970, art. 375; CJ/1931, art. 538. En casación penal, CPP, art. 185. En casación laboral, CPTSS, art. 99.

[704] Esta situación de la coexistencia de las funciones de casación y de instancia asignadas al tribunal no es exclusiva de Colombia, pues en algunos países de Iberoamérica sucede lo mismo, al menos en la casación civil, como en Uruguay (CGP/1988, art. 277), Venezuela (CPC/1990, art. 320), España (LEC/2000, art. 487), Bolivia (CPC/2013, art. 220), Ecuador (COGP/2015, art. 273), Nicaragua (CPC/2015, art. 575), Costa Rica (CPC/2016, art. 69.8). También el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, adopta esta postura (art. 247).

3.1 ¿Adecuación del binomio finalidad-funciones?

Una cuestión interesante en este punto es examinar si las dos funciones indicadas son adecuadas a la finalidad, es decir, si la labor que cumple el tribunal en ejercicio de sus atribuciones le permite alcanzar de manera óptima la finalidad institucional de la casación. En principio, a partir de la teoría de la casación expuesta por Calamandrei, la cuestión sería abordada desde una postura negativa, entre otras, por estas razones:

i) Tanto la casación italiana, en la que Calamandrei centró su estudio, junto a la francesa, como la colombiana, tiene una clara y definida finalidad pública, al menos en teoría. Esta corresponde a la defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia, sin tratar el fin privado por ahora.

ii) En la teoría clásica, una preocupación muy importante de Calamandrei para el caso italiano fue la distinción entre la casación y la tercera instancia[705]. En Colombia, esta situación no ha despertado el interés de la doctrina y pareciera que se diera por sentado que nuestro sistema no está cerca de la línea que divide la casación y la tercera instancia.

iii) En dicha teoría clásica la labor del tribunal de casación se limita al examen de la legalidad de la sentencia impugnada, lo que excluye el conocimiento del mérito o fondo del asunto. Por el contrario, el tribunal de tercera instancia sí conoce el mérito del asunto, incluyendo la cuestión de hecho.

iv) La consecuencia de esta diferencia consiste en que una vez el tribunal anula la sentencia tratándose de *error in iudicando*, reenvía el expediente a otro juez, del mismo grado, para que adopte la decisión de mérito, y de esta manera, se

[705] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 27-53, 401-404, 428-430; *Casación civil*. ob. cit., pp. 226-229; Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 222-225; Carpi, Federico. «Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado». En: Oteiza, Eduardo (coord.). *Reforma procesal civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. pp. 629-648. La cita es de las pp. 645-646.

impide al tribunal conocer el mérito. Esto sucede en la casación italiana[706] y francesa[707].

v) En la casación colombiana, a diferencia de la italiana y francesa, el tribunal tiene asignada naturalmente la labor de casar o anular, pero también de la decidir sobre el mérito o fondo del asunto (núm. 1.2), y ahí nuestro sistema, desde la perspectiva de Calamandrei y la teoría clásica, estaría cruzando la línea que divide al tribunal de casación de uno de tercera instancia. Sin embargo, nuestra casación, desde su primera ordenación legal (Ley 61/1886), recibió la influencia del tipo derivado español, más que del tipo originario francés. En este sentido, lo que frente a un modelo sería una grave construcción dogmática y defectuosa regulación legal, frente a otro, el nuestro, es otra alternativa más ajustada a nuestra tradición jurídica y al contexto social y político de la época en que se implantó y que se ha arraigado en la cultura judicial del país.

vi) Respecto al fin privado, la teoría clásica solo lo concibe como un instrumento, pues observa en el tribunal un órgano de control a disposición de cumplir una finalidad pública al Estado, que se sirve del interés privado para poner en movimiento el sistema de la casación. En Italia, a partir de la Constitución de 1947 (art. 111, párr. 7.°), la casación se ha interpretado como un derecho constitucional, que ha llevado al tribunal a desbordar cualitativa y cuantitativamente su misión institucional[708].

---

[706] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 185-189.

[707] Cadiet, Loïc. «El sistema de la casación francesa». En: Ortells Ramos, Manuel (coord.). *Los recursos ante los tribunales supremos en Europa*. Madrid: Difusión Jurídica, 2008. pp. 21-45. En la p. 27 se lee: «En consecuencia, si el recurso está justificado, el juez de casación no puede, en principio, sustituir la decisión de los tribunales de instancia por la suya; no puede más que anular la resolución recurrida y remitir el asunto ante un tribunal de instancia[7], a quien corresponderá resolver de nuevo el litigio: la *Cour de cassation "casa, anula y remite…"*, tal y como se lee en la parte dispositiva de las sentencias de casación». Nota de la cita: [7] «Del mismo grado y de la misma naturaleza (o a la misma pero compuesta de forma diferente)». Del mismo autor, «El rol institucional y político de la Corte de Casación en Francia: ¿Tradición, transición, mutación?» En: Taruffo, Marinoni y Mitidiero (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. ob. cit., p. 181.

[708] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 247-250; Carpi, «Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado». En: Oteiza (coord.). *Reforma procesal civil*. ob. cit., p. 643.

3.2 Caso colombiano

En Colombia, a pesar de no existir la condición constitucional, es aceptado que la casación tiene un fin privado, consistente en la posibilidad del recurrente de obtener la revisión de la sentencia adversa a su interés particular. Aunque no se concibe solo como un medio para el cumplimiento de la finalidad pública, sino que se enmarca en el principio de tutela jurisdiccional efectiva, que incluso ha evolucionado recién hasta la defensa de los derechos constitucionales (cap. II, núm. 2.7).

Las anteriores consideraciones, en teoría, pueden valorarse siguiendo la teoría clásica expuesta y serían aceptables. No obstante, se reitera, la casación colombiana no tuvo desde su inicio, ni lo ha tenido posteriormente, como única influencia la casación francesa e italiana, sino de modo probable en mayor medida, la casación española (núm. 1.2). En relación con este punto, se reitera, nuestra casación desde la primera ordenación legal del recurso con la Ley 61/1886 (art. 51), atribuyó a la CSJ las funciones como tribunal de casación y tribunal de instancia, siguiendo el ejemplo de la LEC/1881 (art. 1745).

Por consecuencia, teniendo en cuenta las funciones asignadas a nuestro tribunal desde su recepción y de su evolución normativa, jurisprudencial y doctrinal, es posible sostener que no hay incoherencia entre sus funciones y la finalidad de la institución.

4. RELACIÓN ENTRE LA FINALIDAD DE LA CASACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

Examinada la finalidad de la casación (cap. II, núm. 2), es conveniente determinar si el funcionamiento del tribunal de casación, en el sentido de actividad o labor, es idóneo al cumplimiento de ese propósito. En una relación de medio a fin se esperaría que el tribunal pudiera funcionar de tal manera en condiciones

adecuadas para alcanzar la finalidad que la casación tiene asignada por el ordenamiento jurídico.

Para hacer esta evaluación es preciso considerar los distintos fines de manera individual:

4.1 ¿Adecuación del binomio finalidad-funcionamiento frente a la defensa del ordenamiento jurídico?

Respecto a la defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico se esperaría que el tribunal de casación pueda hacer el control de legalidad de la sentencia impugnada sin mayores obstáculos, de hecho, es el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria. Aun así, existen restricciones que imposibilitan un control absoluto, entre ellas:

i) La ordenación legal no permite el recurso contra toda providencia, pues en general la resolución objeto del recurso es la sentencia, y no toda sentencia, sino la proferida en ciertos procesos e instancia, habitualmente de conocimiento (con limitación de algunos procedimientos) y en segundo grado[709].

En la casación italiana, a partir de la Constitución de 1947 (art. 111, párr. 7.°) y de la interpretación de la Corte Suprema di Cassazione, es admitido el recurso de

[709] Por ejemplo, en la casación laboral colombiana solo es viable contra sentencias proferidas en segunda instancia por tribunales superiores en procedimientos ordinarios, excluyendo las sentencias dictadas en procesos especiales, en las que también se puede incurrir en violación de la ley.

casación contra toda sentencia, aunque en el sistema del Código no fuere impugnable, como advierte la doctrina procesal civil clásica[710] y contemporánea[711].

ii) La limitación de los motivos o causales de casación restringe la defensa del ordenamiento jurídico solo a aquellos casos que se adecúan a dichos motivos o causales, circunstancia que ha merecido la crítica de Fábrega Ponce[712], tildando la finalidad nomofiláctica como una falacia.

iii) La exigencia de una *summa cassationis* o cuantía del interés para recurrir, p. ej., en la casación civil colombiana es de 1000 salarios mínimos[713] y en la laboral de 120 salarios mínimos[714]. Calamandrei[715] advirtió esta situación, en teoría, como inadecuada, pero la justificó como una manera práctica de garantizar el funcionamiento del tribunal de casación[716]. Siguiendo a Wach, recordó la crítica:

---

[710] Entre otros, Redenti, Enrico. *Derecho procesal civil. t. II. El sistema de las impugnaciones de las sentencias. Procedimientos especiales de cognición y cautelares. Procedimientos de ejecución*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Prólogo por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1957. p. 127; Satta, Salvatore. *Manual de derecho procesal civil. vol. I. Las disposiciones generales. El proceso de cognición*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1971. pp. 459-461; Liebman, *Manual de derecho procesal civil*. ob. cit., pp. 499-502; Micheli, Gian Antonio. *Curso de derecho procesal civil. vol. II. El proceso contencioso de cognición*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1970. pp. 343-344.

[711] Entre otros, Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 247-250; Carpi, «Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado». En: Oteiza (coord.). *Reforma procesal civil*. ob. cit., p. 643; Proto Pisani, Andrea. «Crisi della Cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta». En: *Il Foro Italiano*. Aprile, 2007. vol. 130, núm. 4, pp. 121/122-127/128. Roma, Italia: Societa Editrice Il Foro Italiano ARL. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/23202771?seq=1; «Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata». En: *Il Foro Italiano*. Ottobre, 2009. vol. 132, núm. 10, pp. 379/380-381/382. Roma, Italia: Societa Editrice Il Foro Italiano ARL. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/23206434

[712] Fábrega Ponce, Jorge. «La falacia de la función nomofiláctica de la casación». En: *XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2004. pp. 745-751.

[713] Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 2012. núm. 48.489, 12 de julio; art. 338.

[714] Decreto Legislativo 2158 (24, junio, 1948), adoptado como legislación permanente por el Decreto Legislativo 4133 (16, diciembre, 1948). Sobre los procedimientos en los juicios del trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 1948. núm. 26.754, 26 de junio; art. 86, mod. Ley 712/01, art. 43.

[715] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 423-424.

[716] Al respecto, la crítica de Fábrega Ponce, «La falacia de la función nomofiláctica de la casación». ob. cit., pp. 745-751.

«(“¡el ratoncillo –se ha hecho observar– no siente menos daño que el elefante al ser desollado!”)[52]»[717].

Este punto de la *summa cassationis* permite la siguiente reflexión más general: ¿Es la cuantía un criterio idóneo para determinar qué asuntos se tramitan con la garantía de la doble instancia y, en casación, qué sentencias son susceptibles del recurso? Respecto a la primera referencia de la cuestión, la cuantía como determinante de la única o doble instancia, es un tema ajeno al análisis actual, que se ha aceptado, sin reparo, como un dogma. Sin embargo, Devis Echandía[718] se pronunció en contra de este criterio, tratando el punto en la única o doble instancia, que consideró antidemocrático.

A pesar de que es razonable aceptar que la casación debe tener un filtro de acceso al tribunal, para evitar su colapso ante la gran cantidad de recursos, como sucede en Italia, según Taruffo[719] y Carpi[720], se puede cuestionar que ese filtro sea la cuantía, pues recordando la cita Fábrega Ponce[721], «Una violación a la Ley puede ser tan grave, tan hiriente, al derecho objetivo, en un proceso de mínima cuantía como en un proceso de mayor cuantía».

Para intentar superar esta dificultad práctica, podría considerarse entre otras, la alternativa, siguiendo en parte el criterio de la complejidad del proceso, en lugar de la cuantía, se tenga en cuenta la gravedad de la violación del ordenamiento jurídico que la sentencia impugnada ha causado, lo que resultaría más coherente con la finalidad de nomofilaquia de la casación. No obstante, esto conllevaría un problema tal vez mayor, porque al menos la *summa cassationis* es un aspecto

---

[717] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 424. Nota de la cita: [52] «Véase WACH, en “D. I. Z.”, 1898, pág. 5».

[718] Devis Echandía, Hernando. «La aceleración del proceso judicial y el proceso oral. El caso de Colombia y otros países de la América del Sur». En: *Estudios de derecho procesal. t. II*. Bogotá: ABC, 1980. pp. 557-572. La cita es de las pp. 570-571.

[719] Taruffo, «Las funciones de las Cortes Supremas». En: Oteiza (coord.). *Reforma procesal civil*. ob. cit., pp. 649-667.

[720] Carpi, «Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado». En: Oteiza (coord.). *Reforma procesal civil*. ob. cit., pp. 629-648.

[721] Fábrega Ponce, «La falacia de la función nomofiláctica de la casación». ob. cit., p. 747.

objetivo, mientras que este sería subjetivo, incluso si se fijan criterios para establecer la complejidad.

Aun así, posiblemente la medida más ajustada a la finalidad de la casación sería la eliminación de la *summa cassationis*. La cuestión entonces sería cómo armonizar esta finalidad con el funcionamiento del tribunal de casación, entre los que aparece, desde el derecho comparado, la facultad del tribunal de seleccionar los recursos que serán objeto de trámite y decisión, lo que plantea otros problemas, como se examinará, como cuáles serán las reglas para la selección y quién hará la selección.

La exigencia de la *summa cassationis* o un valor económico como filtro para la procedencia del recurso de casación era aceptable en la etapa inicial de la casación, pues la carga de trabajo inicial del tribunal, no prevista por ser una nueva experiencia, condujo a tomar medidas urgentes. Así sucedió en España y Colombia.

Sin embargo, al día de hoy, luego de tantas experiencias, es posible reconocer que la *summa cassationis* no se ajusta a la institución debido a que, si bien, es una medida necesaria para permitir el funcionamiento del tribunal, resulta desproporcionada porque la finalidad que se persigue con la casación se deja de lado por este aspecto. En este sentido, el mismo Calamandrei reconoció este problema, pero la razón del funcionamiento lo llevó a aceptar la cuantía. Y es que sin el filtro de la *summa cassationis* la mayoría de las sentencias de segunda instancia serían susceptibles de recurso, lo cual aumentaría a un nivel inimaginable el grave problema de sobrecarga de actividad del tribunal. En la revisión alemana se ha suprimido la *summa revisionis* (cap. I, núm. 3.2).

A pesar de lo anterior, siempre será posible considerar otra alternativa que posibilite la labor del tribunal y se puede encontrar un ejemplo en la actividad de otro tribunal supremo. En efecto, la CC utiliza el mecanismo de la selección para la revisión de las sentencias de tutela, pues cada día la Corte recibe miles de expedientes de tutela de todo el país, y siendo un tribunal único, como el de casación, no podría revisar todo. Hubiese sido muy simple fijar un criterio económico, como el de la casación, para limitar el acceso, y serían muchas las

sentencias de tutela que no tendrían oportunidad de contribuir a los fines de la acción de tutela. En su lugar, y de forma más coherente, se ha fijado en una sala de magistrados, bajo unos criterios objetivos, la selección de esas sentencias que serán objeto de revisión. Por supuesto, la naturaleza de ambos tribunales es diferente, así como la casación y la acción de tutela, pero se trata de situaciones similares que representan un gran reto al tribunal respectivo y la selección, por compleja que pueda ser, se muestra más objetiva y coherente con ambas instituciones.

Es cierto que en la casación ya hay una selección (CGP, art. 347), pero esta se hace luego del filtro de la *summa cassationis*. Podría objetarse que ya existiendo este doble filtro, aun así el tribunal continúa con la sobrecarga de actividad.

Para la selección, que puede ser muy compleja, a partir de la definición de los criterios objetivos y coherentes con la finalidad perseguida con el recurso, la tecnología brinda alternativas, como la inteligencia artificial, que la CC está utilizando para facilitar la clasificación de la información y elección de las sentencias objeto de revisión (cap. VI, núm. 2).

4.2 ¿Adecuación del binomio finalidad-funcionamiento frente a la unificación de la jurisprudencia?

Sobre el fin de unificación de la jurisprudencia, pueden identificarse las siguientes situaciones que permiten cuestionar, en parte, la efectividad de dicha finalidad:

i) La excesiva carga de trabajo del tribunal de casación puede tener efecto negativo en su jurisprudencia en la medida en que, a mayor cantidad de recursos por resolver, mayor cantidad de sentencias debe proferir, lo que puede conllevar a: *a)* jurisprudencia «tumultuosa, desordenada, escasamente previsible y –sobre todo– tendencialmente contradictoria», como advierte Taruffo[722] ocurre en Italia; *b)*

[722] Taruffo, «Las funciones de las Cortes Supremas». En: Oteiza (coord.). *Reforma procesal civil*. ob. cit., p. 663; *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 238-241.

jurisprudencia superficial producto del poco tiempo de estudio y reflexión que exige una decisión de esta naturaleza, en especial si tiende a unificar la jurisprudencia y; *c)* retraso en la decisión de los recursos. Esta grave situación ha sido denominada crisis de funcionamiento por Taruffo[723], que se analizará (cap. V, núm. 2).

En Colombia, para citar un claro ejemplo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ presentaba una congestión de cerca de 18.000 recursos atrasados para el año 2016, como se expone (cap. V, núm. 2.3). Ante esta situación se expidió la Ley 1781/16[724], por cual se adoptaron medidas de descongestión, creando cuatro Salas de Descongestión, cada una formada por 3 magistrados, por un periodo de 8 años.

ii) El otro aspecto relevante es el del valor de las decisiones del tribunal de casación. Taruffo[725] explica el importante valor que tienen las decisiones de algunos tribunales o cortes supremas, como la Supreme Court norteamericana, en gran parte, debido a la poca cantidad de resoluciones por año, menos de 100 (cap. I, núm. 3.1), a diferencia de la Corte Suprema di Cassazione italiana que produce un abismal número de cerca de 30.000 sentencias por año[726] (cap. V, núm. 2.1.1).

El número de decisiones, poco o mucho, conlleva, al menos, estas consecuencias: *i)* una cantidad estrictamente necesaria permite un adecuado funcionamiento del tribunal, en la medida que sus miembros pueden cumplir su labor de manera reflexiva. Esto redunda en una decisión de calidad, cuidadosa de mantener la uniformidad de la jurisprudencia, pero también atenta a las nuevas tendencias que impongan los cambios necesarios para adaptar esa interpretación a las variables condiciones sociales[727]. Por el contrario, un número exagerado

---

[723] *ibid.*, pp. 237-241.

[724] Ley 1781 (20, mayo, 2016). Por la cual se modifican los artículos 15 y 16 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial. Bogotá, 2016. núm. 49.879, 20 de mayo.

[725] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 230-233.

[726] En 2019, la Corte Suprema di Cassazione italiana, en materia civil, que incluye también la materia laboral y tributaria, profirió 33.048 providencias, con 117.033 recursos pendientes de decisión. Información tomada de *La Cassazione civile – Annuario statistico 2019, periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*. Disponible en la página Web de la Corte: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/La_Cassazione_civile_-_Annuario_statistico_2019.pdf

[727] Taruffo afirma: «Para utilizar una fórmula sintética, es necesario que la Casación trabaje menos para que pueda trabajar mejor». *El vértice ambiguo*. ob. cit., p. 241.

puede causar el riesgo de «una jurisprudencia caótica y fragmentaria», como afirma Taruffo[728], lo que en Colombia ha dado lugar a la acción de tutela en casos especiales[729] y; *ii)* a su vez, una cantidad mínima de decisiones permite la identificación y consolidación de la unificación de la interpretación jurisprudencial; por el contrario, el número abundante afecta el valor de la dicha jurisprudencia. Esta grave situación ha sido llamada crisis de autoridad por Taruffo[730], como se explica (cap. V, núm. 3).

5. LIMITACIÓN DEL PODER DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN A PARTIR DE CHIOVENDA Y CALAMANDREI

Como se examinó en la naturaleza jurídica (cap. III), el poder de decisión del tribunal de casación está limitado como consecuencia de su carácter extraordinario, lo que ha sido denominado carácter dispositivo del recurso (cap. III, núm. 1.3.1). Ya se recordó la afirmación de Sartorio[731], que evidencia la altura jerárquica, pero a la vez, la estrechez de competencia del tribunal.

Esa forma de decirlo refleja la aceptación por parte de la jurisprudencia y doctrina de lo que se ha presentado como un dogma de la casación[732]. No obstante, se puede hacer un ejercicio, siguiendo el método socrático, para revelar el

[728] Taruffo, «Las funciones de las Cortes Supremas». En: Oteiza (coord.). *Reforma procesal civil*. ob. cit., p. 663.

[729] Por ejemplo, la CSJ, Sala de Casación Penal, evidenció como la Sala de Casación Laboral, al decidir 52 recursos de casación, emitió sentencias opuestas. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de tutela STP3130-2019, de 14 de marzo de 2019, rad. 103.463, MP Luis Antonio Hernández Barbosa. pp. 12-13. La Corte concluyó: «Aquí, se estableció que al resolver 52 recursos extraordinarios de casación la Sala de Casación Laboral adoptó decisiones heterogéneas, sin justificación aparente. Así mismo, se abstuvo de cumplir con la función unificadora de la jurisprudencia a la que se aludió previamente». La cita es de la p. 12.

[730] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 145-151.

[731] Sartorio, José. *La casación argentina*. Buenos Aires: Depalma, 1951. p. 54.

[732] Antes (cap. III, núm. 1.3, de la tesis) se resaltó como la doctrina de la casación, concretamente las obras clásicas de Morales Molina y Murcia Ballén, se apoyaron en la jurisprudencia de la CSJ y esta en la obra de Calamandrei que se cita *in extenso* a continuación (cap. IV, núm. 5.1).

fundamento de la limitación del poder de decisión del tribunal de casación a partir de las obras de Calamandrei[733] y Chiovenda.

i) En un diálogo con Calamandrei, a través de su obra, se le preguntaría ¿por qué el tribunal de casación no puede actuar de oficio? La respuesta sería, según su obra, porque en la casación rige el principio dispositivo[734], de no actuación de oficio o limitación.

ii) Ante esta respuesta, nuevamente se preguntaría ¿por qué la actuación del tribunal se rige por el principio dispositivo? Él diría, a partir de su obra[735], siendo considerado por la doctrina el autor clásico de la casación[736], que el derecho de impugnación de casación es una especie de derecho de acción y como este es un derecho privado y potestativo, también lo es el derecho de impugnación de casación.

iii) Frente a la nueva respuesta surgiría una nueva interrogante, ¿por qué sostiene que el derecho de acción es un derecho privado y potestativo y, de ahí,

[733] En este punto de la investigación son trascendentales tres fechas y su contexto: 1903, 1906 y 1920. Es fundamental el contexto histórico en el que Calamandrei escribió su obra *La Cassazione civile* en 1920. Como explica Eco, «Sólo insertando al autor en un panorama se le comprende y explica». En 1903, Chiovenda publicó la prolusión de Bolonia, *L'azione nel sistema dei diritti*, en la que formuló la tesis de la acción como derecho potestativo y, en 1906 su obra más importante, *Principii*, en la que la reiteró: este es el fundamento dogmático en el que se apoyará Calamandrei en 1920. La cita de Eco está contenida en Eco, Umberto. *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*. Versión castellana de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibáñez. 11.ª reimpresión. México: Gedisa, 1989. p. 32.

[734] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 172-176, 268-272.

En Colombia, la jurisprudencia sigue esta fundamentación, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 23 de marzo de 2000, rad. 5259, MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. En la normativa, CPP (Ley 906/2004), art. 184, inc. 3.°; y CGP, art. 336, inciso final.

[735] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 172-176; *Casación civil*. ob. cit., p. 158.

[736] Entre otros, Hitters, Juan Carlos. «Fines de la casación». En: *Temas de casación y recursos extraordinarios. En honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata: Platense, 1982. p. 45; Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., p. 67; Morales Molina, *Técnica de casación civil*, 1963. ob. cit., p. 8; Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*, 1978. ob. cit., p. 9.

aplica esta concepción a la casación? La respuesta sería que esa fue la tesis de Chiovenda[737], el padre del derecho procesal científico[738].

iv) Ahora el diálogo sería con Chiovenda para preguntarle ¿por qué sostuvo que el derecho de acción era potestativo?, la respuesta, según sus enseñanzas sería que, siguiendo la tendencia de su época sobre la naturaleza de la acción, consideró que la tesis del derecho potestativo era la más adecuada.

v) Si se incluyera en el diálogo a un procesalista posterior, como Devis Echandía, sostendría, con fundamento en la doctrina procesal contemporánea y posterior[739] a Chiovenda y Calamandrei, que la idea chiovendiana de la acción como

---

[737] Chiovenda, Giuseppe. «La acción en el sistema de los derechos». En: *Ensayos de derecho procesal civil. vol. I. Acción y excepción. Historia. Sistema. Ley procesal. Literatura*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Prólogo por Eduardo. J. Couture. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1949. pp. 3-130. La cita es de las pp. 29-30; *Principios de derecho procesal civil. t. I*. ob. cit., pp. 57-78; *Instituciones de derecho procesal civil. vol. I. Conceptos fundamentales. La doctrina de las acciones*. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. p. 26.

[738] Carnelutti, Francesco. En: *Rivista di diritto processuale civile*, 1937, I, p. 298. Citado por Cipriani, Franco en la cita posterior. Asimismo, Sentís Melendo, Santiago. *Teoría y práctica del proceso. Tomo I*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1959. pp. 230-231. Citado por Ramírez Arcila, Carlos. *Teoría de la acción*. Bogotá: Temis, 1969. pp. 79-80: «Si las ciencias jurídicas tienen sus momentos estelares, como tal ha de considerarse al señalado con la fecha del 3 de febrero de 1903. En la histórica ciudad de Bolonia, un joven profesor se levanta a leer la prolusión al curso de derecho procesal civil. El título es sencillo: *L'azione nel sistema dei diritti*. Nada hace suponer que se va a producir una revolución en la ciencia del derecho; con ese mismo título, o con otro análogo, se han dicho o se dirán en lo sucesivo montañas ingentes de cosas anodinas. Pero en aquella aula, encerrada en las palabras del discurso potente y contenido, se hace público el manifiesto de la «nueva escuela» (dice Carnelutti) o de la Primera Escuela (me atrevería a decir yo) del derecho procesal» (cursiva del texto). En el mismo sentido, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). Tomo II. Números 12-30*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. pp. 512-521; Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Los protagonistas del derecho procesal. Desde Chiovenda a nuestros días*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. pp. 37-42; Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio. *Teoría general del derecho procesal*. 4.ª ed. Bogotá: Temis, 2008. p. 311.

De posición contraria es Cipriani, Franco. *Batallas por la justicia civil*. Compilación y traducción de Eugenia Ariano Deho. Lima: Cultural Cuzco, 2003. p. 313: «... me he dado cuenta de que nosotros hemos olvidado (*rectius*, nos han hecho prescindir de) todo aquello que ocurrió antes del 3 de febrero de 1903, que sería la fecha de la fundación de la ciencia procesal civilista moderna por obra de Giuseppe Chiovenda, cometiéndose así un grave e inadmisible error, el de partir de aquella fecha, casi como si no fuera verdad que el proceso civil era estudiado ya mucho antes del 3 de febrero de 1903» (cursiva del texto).

[739] Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil. vol. I*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1997. pp. 315-318. La primera edición en italiano fue de

derecho potestativo fue criticada y abandonada, pues actualmente se considera la acción como un derecho público, incluso que ha sido constitucionalizado, a través del acceso a la administración de justicia o tutela jurisdiccional efectiva (CP, art. 229).

A pesar de lo anterior, es justo decir que cuando Calamandrei escribió *La Cassazione civile*, en 1920, la tesis de la acción en vigor era la de Chiovenda. Luego, el joven procesalista de 31 años en ese entonces no hizo más que seguir la doctrina más autorizada vigente. Aun así, en 1937, a los 48 años, escribió su segunda obra sobre casación, *Cassazione civile*, y mantuvo su postura, así como no revisó expresamente[740] su idea a lo largo de su vida, teniendo en cuenta que murió en plena vigencia académica en 1956, a los 67 años, es decir, durante 36 años después de escribir *La Cassazione civile*, a pesar de que la teoría de Chiovenda había sido abandonada. También debe recordarse que publicó en 1939 el estudio *La relatividad del concepto de acción*[741]. Pero más que hacer a Calamandrei una crítica, pues finalmente fue la tesis que eligió adoptar, debiera cuestionarse a la jurisprudencia y doctrina que, ante la importancia del hombre y la grandeza de la

---

1941; Rocco, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil. I. Parte general*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis; Buenos Aires: Depalma, 1969. pp. 251-313. La primera edición en italiano fue de 1957.

En Iberoamérica, en Argentina, Mercader, Amílcar A. *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*. Prólogo de David Lascano. Buenos Aires: Depalma, 1944; Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. t. I. Parte general*. 2.ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 1956. pp. 299-337.

En Colombia, Devis Echandía, Hernando. *Tratado de derecho procesal civil. Parte General. t. I. Generalidades*. Bogotá: Temis, 1961. pp. 327-423; *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, 1966. p. 163; *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. 3.ª ed. revisada y corregida, reimpresión, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004. pp. 178-179; Ramírez Arcila, *Teoría de la acción*. ob. cit., pp. 92-94.

740 En su obra *Los estudios de derecho procesal en Italia*, concretamente en el capítulo *Sobre el sistema y sobre el método de Francesco Carnelutti*, escrito en 1941, según se lee en la nota del traductor (p. 157), expresó Calamandrei: «En verdad, yo me doy muy bien cuenta de que quien continúa todavía hoy razonando sobre la acción como un derecho potestativo, no puede dejar de producirle el mismo efecto de quien, después de los descubrimientos de Copérnico, continuase disertando acerca de la tierra inmóvil en el centro del universo estrellado». pp. 166-167.

741 Calamandrei, Piero. «La relatividad del concepto de acción». En: *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. pp. 133-160.

obra, prefirió seguirlo con pleno convencimiento, en lugar de revisar sus argumentos.

5.1 Fundamento histórico-dogmático a partir de CHIOVENDA y CALAMANDREI

La justificación de esta limitación del poder de decisión del tribunal de casación, al menos en nuestro medio, se debe en especial a la explicación dada por Calamandrei[742] a partir de la naturaleza del derecho de acción como derecho potestativo, siguiendo a Chiovenda[743]. Por la importancia, citamos *in extenso* sus consideraciones:

> «De la naturaleza genuinamente jurisdiccional de la Corte de casación y de concebir el recurso de casación como el ejercicio de un derecho subjetivo de impugnación nace de una manera clarísima la razón de ser de otro principio que ya en la parte histórica hemos encontrado en el derecho francés (vol. I, n. 200, a, α) y que deberemos más adelante comentar extensamente también en el derecho italiano: esto es, el principio de que la Corte de casación no puede poner de relieve de oficio defectos de la sentencia denunciada no deducidos en el recurso[744]. Si el recurso del particular fuese solamente el medio para poner en movimiento la Corte de casación en interés público, para excitarla a indagar objetivamente, en utilidad del Estado, si el ordenamiento jurídico ha sido violado por la sentencia denunciada, se podría pensar que la Corte de casación, una vez puesta en movimiento, fuese libre de anular la sentencia también por errores de derecho *in iudicando* diversos de los puestos de relieve por el recurrente, desde el momento en que la regla *Iura novit curia* pondría a la Corte de casación en situación de hacer una crítica directa sobre toda la motivación *in iure* de la sentencia denunciada, y de darse inmediatamente cuenta de todas las violaciones de ley contenidas en ella, aunque hubieran escapado a la crítica del recurrente.

---

[742] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 172-174.

[743] En la cita anterior, se referencia la obra de Chiovenda, *Principios*, así como *La acción en el sistema de los derechos*.

[744] CHIOVENDA, *Principii*, pág. 1054.

A esta conclusión es, en cambio, imposible llegar si se tiene presente que el objeto de la sentencia de la Corte de casación es la existencia de una concreta voluntad de ley que garantice el interés del recurrente en obtener la anulación, y que el recurrente hace valer ante la Corte de casación un derecho suyo de impugnación basado sobre aquel vicio singular que él denuncia en el recurso. El derecho de casación que la ley atribuye al particular es un derecho potestativo, esto es, un poder jurídico del recurrente de producir la anulación de la sentencia denunciada mediante sentencia de juez[745]: este derecho potestativo no difiere de aquellos derechos de impugnación que el derecho privado concede en algunos casos contra un negocio jurídico viciado por determinados defectos[746]…,» (cursiva del texto).

5.2 Crítica

Esta tesis de Calamandrei, al menos en Colombia, se ha seguido por la CSJ para justificar la limitación de su poder de decisión, primero de manera explícita[747] y ahora implícitamente la Corte acepta la teoría chiovendiana de la acción como derecho privado y potestativo para fundar la imposibilidad de actuar de oficio en ciertos casos.

Sin embargo, a pesar de la trascendencia que tuvo en su época la teoría chiovendiana, desde hace un tiempo atrás la doctrina de la ciencia procesal, en particular a partir, entre otros, de Carnelutti[748] y Rocco[749] en Italia, y de Devis

[745] CHIOVENDA, *Principii*, pág. 180; *Azione*, n. 13. Más adelante, n. 84.

[746] CHIOVENDA, *Azione*, pág. 109, enumera sin distinción entre los derechos potestativos "los derechos de impugnar actos jurídicos diversos, contratos, testamentos, matrimonios… *sentencias, actos ejecutivos*" (cursiva del texto). Las notas 744 a 746 son de la cita.

[747] Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1978. pp. 20-21; *Recurso de casación civil*. ob. cit., 1999. p. 56.

[748] Carnelutti, *Instituciones del proceso civil. vol. I*. ob. cit., pp. 315-329.

[749] Rocco, *Tratado de derecho procesal civil. I*. ob. cit., pp. 251-313.

Echandía[750] y Ramírez Arcila[751] en Colombia, la acción se concibe como un derecho público, hoy principio de tutela jurisdiccional efectiva[752].

Por tanto, si la fundamentación dogmática de la limitación del poder del tribunal de casación, según Calamandrei se sustenta en la teoría chiovendiana de la acción como derecho privado y potestativo, y esta ha sido abandonada para abrir paso a la teoría opuesta, no seguiría existiendo razón para limitar el poder de decisión del tribunal de casación, y en Colombia, valdría la afirmación frente al fin privado, que conduce al tribunal a la revisión de la sentencia, sumado especialmente a la protección de los derechos constitucionales.

5.3 Facultad de actuación de oficio del tribunal de casación

En Colombia, si bien no por la revisión y abandono del fundamento chiovendiano de la limitación del poder de decisión del tribunal de casación, si no por una razón sobre todo de orden constitucional, se concede el poder al tribunal para actuar de oficio en el trámite y decisión del recurso. En efecto, el art. 7.° de la Ley 1285/09, que modificó el art. 16 de la Ley 270/96, Estatutaria de la Administración de Justicia, estableció la facultad de la CSJ para «… 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».

No obstante, la disposición no señaló los criterios que el tribunal debe considerar para motivar la decisión de actuar de oficio o no. Al respecto, la CC en sentencia C-713/08[753], declaró exequible condicionalmente este apartado citado,

---

[750] Devis Echandía, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. t. I. Generalidades*. ob. cit., pp. 327-423.

[751] Ramírez Arcila, *Teoría de la acción*. ob. cit.

[752] Toscano López, Fredy Hernando. «Aproximación conceptual al "acceso efectivo a la administración de justicia" a partir de la teoría de la acción procesal». En: *Revista de Derecho Privado*. Enero-junio, 2013. núm. 24, pp. 237-257. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3486/3373

[753] Sentencia C-713/08, de 15 de julio de 2008, MP Clara Inés Vargas Hernández. p. 302.

«… en el entendido de que la decisión de no selección adoptada al momento de decidir sobre la admisión del recurso de casación será motivada y tramitada conforme a las reglas y requisitos específicos que establezca la ley, y de que en ningún caso impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto del recurso, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente el recurso de casación».

Antes de la Ley 1285/09, la Ley 906/04 había impuesto a la CSJ el deber de actuar de oficio en la casación penal, que es una moderación del carácter dispositivo del recurso. En efecto, el art. 184, inc. 3.°, establece que «En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo[754]».

A su vez, en la casación civil, el art. 336, inciso final del CGP consagra que «La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Sin embargo, podrá casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales». La CSJ[755] la denomina selección positiva.

5.3.1 Breve referencia al derecho comparado. La casación de oficio, que es una novedad en nuestro país, ha estado consagrada mucho antes en otros

[754] Sala de Casación Penal. AP108-2020, de 22 de enero de 2020, rad. 53.337, MP Patricia Salazar Cuéllar. pp. 6-7.

[755] Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC1131-2016, de 5 de febrero de 2016, MP Luis Armando Tolosa Villabona. pp. 6-13. La cita es de la p. 11: «Al disponer que esta Corporación "*(…) podrá casar la sentencia, aún de oficio (…)*", está comprometiendo *"in radice"* a la Corte de Casación con la construcción del Estado Social de Derecho, para cumplir las finalidades del recurso[4], autorizando quebrar la sentencia al margen de la prosperidad técnica de las causales esgrimidas por el recurrente cuando al momento de fallar, en su tarea de control constitucional y legal atribuida por el legislador, como derecho propio en el ámbito casacional, se hallen en juego valores, principios y derechos supremos, y en forma patente y paladina aparezcan comprometidos: 1. El orden público, 2. El patrimonio público, o 3. Se atente gravemente contra los derechos y garantías constitucionales» (cursiva del texto). Nota de la cita: [4] Transcribe el art. 333 del CGP.

ordenamientos jurídicos, como en la casación civil venezolana, conforme al art. 320, inc. 5.°[756] del Código de Procedimiento Civil de 1990, que faculta al tribunal de casación para decidir sobre el recurso «con base en las infracciones de orden público y constitucionales».

A pesar de su regulación, ha tenido crítica, como la de Sarmiento Núñez[757], quien considera contrario al ordenamiento jurídico la facultad del tribunal para pronunciarse de oficio, entre otras, por estas razones: *i)* la casación, siendo uno de los recursos del sistema procesal, se rige por los mismos principios rectores y fundamentales que los demás, entre ellos, el dispositivo y el de defensa; *ii)* el efecto del principio dispositivo frente al recurso de casación consiste en que limita el poder de decisión del tribunal, imposibilitando su actuación de oficio y; *iii)* el principio de defensa implica que las partes tengan la garantía de la oportunidad previa a la decisión judicial, lo que no sucede con la casación de oficio venezolana, pues advierte, la disposición que la establece no señala un procedimiento previo a la decisión oficiosa.

Cuenca[758], antes de la expedición del Código de Procedimiento Civil de 1990, se mostraba partidario de la casación de oficio cuando se tratara de la defensa del orden público.

En el derecho procesal comparado iberoamericano se pueden identificar otros ejemplos de casación de oficio, como en Chile (Ley 19.374 de 1995, que modificó el CPC 1902[759], art. 775, inc. 1.°), Honduras (CPC 2006, art. 726, núm. 1.°) y Nicaragua (CPC 2015, art. 574, inc. 1.°).

A pesar de que no se trata de un tribunal de casación, según los modelos identificados (cap. I, núm. 3), en la revisión alemana el poder de decisión del tribunal no está limitado «por los motivos… que se invocaron» en el recurso [ZPO, § 557

[756] El texto de la disposición legal es: «Podrá también la Corte Suprema de Justicia en su sentencia hacer pronunciamiento expreso, para casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucionales que ella encontrare, aunque no se las haya denunciado».

[757] Sarmiento Núñez, José Gabriel. *Análisis crítico a la casación de oficio*. Caracas: Livrosca, 1996.

[758] Cuenca, *Curso de casación civil*. ob. cit., pp. 38-40.

[759] Código de Procedimiento Civil. Ley 1552 de 28 de agosto de 1902.

3)], sino que puede considerar por su iniciativa otros, esto significa el reconocimiento de un poder oficioso.

De otra parte, aunque tampoco es un tribunal de casación, pero sí un ejemplo de un tribunal supremo, la CC colombiana en la revisión de sentencias de tutela, con el propósito de garantizar los derechos fundamentales puede examinar todos los puntos de hecho y de derecho del caso. Por supuesto, el fundamento de esta competencia amplia es que la acción de tutela se rige por la informalidad del trámite (Decreto Ley 2591/91, art. 14), lo que implica que la impugnación no requiere sustentación[760] y, en el caso de la eventual revisión por la CC, la competencia es amplia.

REFLEXIONES DEL CAPÍTULO

i) Funciones del tribunal de casación. Partiendo de la finalidad y naturaleza jurídica de la institución (caps. II y III), se han examinado las funciones asignadas al tribunal, advirtiendo que pueden variar desde la perspectiva del tipo originario francés e italiano o del tipo derivado español, que ha influenciado la casación colombiana.

En efecto, desde la teoría clásica y pura expuesta por Calamandrei, el tribunal –tratándose de *error in iudicando*– solo puede tener una atribución: la de casar la resolución impugnada, pues la decisión de reemplazo será emitida por un juez de reenvío. Por el contrario, desde la perspectiva dogmática que sustenta el tipo derivado español y el nuestro, el tribunal, además de la función de casación, tiene la de instancia, a través de la cual está autorizado para proferir la decisión de reemplazo de la anulada. Por consecuencia, la crítica que pueda hacerse a nuestra CSJ, en el sentido de la función de instancia, debe valorarse a la luz del tipo derivado de casación a que pertenece.

[760] Corte Constitucional. Sentencia T-538/17, de 17 de agosto de 2017, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez. pp. 20-22.

ii) Fundamentos. En la investigación se han identificado algunas bases patentes en la finalidad y naturaleza jurídica de la casación, en especial del tribunal, más que del recurso, desde la perspectiva histórica, política, filosófica y sociológica, sin desconocer las que tradicionalmente se han abordado, como los fundamentos doctrinal, jurisprudencial y normativo.

Los fundamentos histórico, político y filosófico han sido desarrollados de manera amplia por la doctrina, desde Calamandrei a nuestros días, pero no la base sociológica que bien vale la pena evaluar a futuro en el tribunal, tomando como referencia la iniciativa de algunos tribunales, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina.

iii) Relación entre la finalidad de la casación y las funciones del tribunal de casación. La CSJ tiene asignada una función (de instancia) que es coherente con la finalidad del instituto, que se ha resaltado, a pesar de que persigue impedir que el tribunal decida sobre el mérito del asunto, nuestro modelo de casación, por razones históricas y dogmáticas ha asignado a la Corte también esta función, en lugar de adoptar el reenvío. Poner en evidencia esta coherencia será un fundamento dogmático para examinar la crisis de identidad del tribunal (cap. V, núm. 1) y las eventuales propuestas (cap. VI, núm. 1).

iv) Relación entre la finalidad de la casación y el funcionamiento del tribunal de casación. En la investigación se ha sostenido que una manera adecuada de afrontar el tema es evaluando de forma separada los fines. De ahí que, en cuanto al fin de defensa del ordenamiento jurídico se advirtieron estas restricciones: *a)* la imposibilidad de impugnar en casación toda providencia, así viole la normativa, esto es, de todas las providencias que infrinjan el ordenamiento jurídico, solo podrán ser recurridas unas, otras no; *b)* la restricción en cuanto a los motivos o causales de casación y; *c)* la condición de una *summa cassationis* o cuantía del interés para recurrir.

Del mismo modo, sobre el fin de unificación de la jurisprudencia se ha intentado indicar hipótesis a partir de las cuales examinarlo, como: *a)* la excesiva carga de trabajo y sus efectos sobre la elaboración de jurisprudencia contradictoria

y superficial, así como la extensión de la duración del procedimiento de casación y; *b)* el valor de las decisiones del tribunal de casación. La identificación de estas situaciones será un fundamento teórico para evidenciar la crisis de funcionamiento y de autoridad del tribunal (cap. V, núms. 2 y 3) y las posibles propuestas (cap. VI, núms. 2 y 3).

v) Limitación del poder de decisión del tribunal de casación a partir de Chiovenda y Calamandrei. Se ha resaltado un elemento desatendido por la doctrina de la casación, que constituye un aspecto histórico-dogmático, que ha conducido a la justificación de la restricción del tribunal, a partir de la idea chiovendiana de la acción como derecho potestativo, que fue seguida por Calamandrei, y en Colombia, ha sido adoptada por la CSJ, y un sector de la doctrina, como Morales Molina y Murcia Ballén, probablemente los autores más influyentes en la casación colombiana.

PARTE III

CRISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE COLOMBIA Y PROPUESTAS

DIVISIÓN

Sentadas las bases de la casación y el tribunal en la parte II, la investigación está en el punto en que se puede hacer el tratamiento de las crisis del tribunal de casación de Colombia y sus propuestas.

Esta parte III se fundamenta en dos aspectos: *i)* la teoría de Taruffo sobre las crisis de identidad, de funcionamiento y de autoridad del tribunal de casación italiano, planteada en *Il vertice ambiguo*[761] y; *ii)* la necesidad de analizar si dichas crisis, que en general se puede pensar afronta todo tribunal de casación, se presentan en el caso colombiano, además por la inexistencia de este estudio en el país.

En el desarrollo de la parte III se trata el examen de las crisis del tribunal indicadas (cap. V) y de las propuestas presentadas ante dichas crisis (cap. VI). En el cap. V, siguiendo la tipología de las crisis del tribunal se aborda la denominada por Taruffo de identidad (núm. 1), para concluir si existe o no en la CSJ colombiana; luego se continúa con la crisis de funcionamiento para revisar el nivel de sobrecarga de actividad del tribunal (núm. 2) y, por último, la de autoridad, para evaluar el papel de la doctrina probable y el precedente (núm. 3). En el cap. VI, en el mismo orden, se harán las propuestas que se consideran adecuadas.

El estudio se compartirá entre la casación colombiana y el derecho comparado para comprender mejor nuestra institución. Asimismo, se tratará un tema que guarda relación con el tribunal consistente en el diálogo judicial (núm. 4, en ambos caps.).

---

761 Taruffo, Michele. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*. Traducción de Juan J. Monroy Palacios y Juan F. Monroy Gálvez. 1.ª reimpresión. Lima: Palestra, 2006.

CAPÍTULO V

CRISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE COLOMBIA

1. CRISIS DE IDENTIDAD: LA EFICACIA DE SUS FUNCIONES

Se ha observado, siguiendo la doctrina clásica de la casación, especialmente a Calamandrei[762], que el tribunal de casación tiene asignada una doble finalidad que

---

[762] Calamandrei, Piero. *La casación civil. t. III. Bosquejo general del instituto*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2007. pp. 27-40.

Es posible observar una reflexión interesante en una etapa posterior de su pensamiento, en *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, de 1955: «A veces cuando yo observo en la práctica profesional de todos los días el modo como institucionalmente funciona la Corte de casación, con esa su tradicional separación entre la cuestión de derecho y la cuestión de hecho, que parece expresamente creada para llevar a la exasperación el culto de la máxima y para prohibir al juez que se deje conmover por las exigencias equitativas del caso concreto, me pregunto si ese delicadísimo dispositivo, obra maestra del racionalismo iluminístico, es todavía idóneo para funcionar provechosamente en tiempos de renovación social, como son los nuestros, en que el derecho en formación está todavía lleno todo él de sorpresas y mezclado y amalgamado en los hechos como el metal en el mineral apenas excavado. Y me pregunto también, sin que me lo impida aquel antiguo amor de estudioso que hace ya casi cuarenta años me lanzó a recorrer la historia gloriosa de este instituto, si la primera responsable de esta reducción de la justicia a un juego de lógica formal, no es precisamente la Corte de casación, que casi desdeñando el impuro contacto de los casos controvertidos, ha disecado y deshumanizado el derecho, reduciéndolo, por excesivo amor a la pureza lógica, a una fabricación en serie de abstractas premisas mayores, que obligan a los jueces de reenvío a concluir el silogismo en contraste con las exigencias de la realidad y a menudo con la de sus conciencias.

Pues bien, yo no puedo resignarme a creer que el sistema de la Casación haya agotado su ciclo histórico; y estoy persuadido de que el adecuar el funcionamiento de la Casación a las nuevas exigencias de los tiempos que vivimos, que no consienten ya a la jurisprudencia aislarse en el empíreo de la lógica pura, depende no tanto de los dispositivos procesales, cuanto de los hombres que los administran. Y puesto que tengo confianza en estos hombres, confío también en que la Corte de casación terminará por ser, en el futuro, cada vez más próxima y sensible a las exigencias de la justicia sustancial». Contenida en *Opere Giuridiche di Piero Calamandrei* a cura di Mauro Cappelletti. *vol. I. Problemi generali del diritto e del processo. La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*. pp. 598-617. Napoli: Morano Editore, 1965. La edición de *Opere Giuridiche*, conformada por 10 vols., fue publicada entre 1965-1985. *Opere Giuridiche* ha sido reeditada por la Università degli Studi Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza. Riedizione a cura della Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, Istituzione del Comune di Montepulciano e della Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" – Roma. Roma: Roma TRE-Press, 2019. Disponible en: http://romatrepress.uniroma3.it/libro/opere-giuridiche-volume-i-problemi-generali-del-diritto-e-del-processo/

no cumple ningún otro tribunal en el Estado, que es la de controlar que los jueces de instancia resuelvan los asuntos atribuidos conforme a derecho y unificar la interpretación jurisprudencial. Luego, es lógico esperar que su principal función sea la de decidir el recurso de casación, que es el medio procesal para alcanzar dichos fines. El problema se presenta cuando se desvía esta función, lo que conlleva a que, en lugar de actuar como tribunal de casación, actúe como tribunal de tercera instancia. Esta fue una preocupación principal de Calamandrei[763] y parte de su estudio se destinó a delimitar la línea que divide estos dos modelos y ha sido el ámbito en el que se ha analizado la crisis de identidad por Taruffo[764], quien advierte una ambigüedad al respecto.

Desde la perspectiva anterior, en Colombia, a pesar de que solo se establece la segunda instancia (CP, art. 31), lo que implica el rechazo del tercer grado, desde la visión de la casación francesa e italiana, en la práctica nuestra CSJ cumpliría una

---

La traducción al español, en Calamandrei, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil. Según el nuevo código. vol. III*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. pp. 249-250. Citado por Bonett Ortiz, Samir Alberto. «La casación laboral justa». En: *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2012. pp. 811-843. La cita es de las pp. 838-839. Sin transcribir el texto, citado por Vázquez Sotelo, José Luis. *La casación civil. (Revisión crítica)*. Barcelona: Ediser, 1979. pp. 204-205; a su vez, citado por Morello, Augusto M. *La casación. Un modelo intermedio eficiente*. La Plata: Platense; Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 47. También Hitters hace la cita parcial. Hitters, Juan Carlos. «Fines de la casación». En: *Temas de casación y recursos extraordinarios. En honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata: Platense, 1982. pp. 27-46. La referencia es a las pp. 45-46. Nuevamente, Vázquez Sotelo, «*"Requiem"* por la mejor casación civil del mundo (y por otras creaciones procesales hispanas)». En: Berizonce, Roberto O.; Hitters, Juan Carlos y Oteiza, Eduardo (coords.). *El papel de los tribunales superiores. Segunda parte*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. pp. 205-268.

[763] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 401-419.

[764] Taruffo, *El vértice ambiguo.* ob. cit., pp. 222-225.

En respuesta a Díaz Cantón, Taruffo consideró que las ideas expuestas en *El vértice ambiguo* «… no han perdido su originaria validez». Díaz Cantón, Fernando. «Comentarios sobre "El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil"». En: *Michele Taruffo. Verdad, justicia y derecho*. Alonso, Juan Pablo; Dabove, María Isolina y Douglas Price, Jorge E. (coords.). Buenos Aires: Astrea, 2020. pp. 53-71. La cita es de las pp. 61-62.

Antes, Campodonico ha considerado, refiriéndose a El vértice ambiguo, que «… Michele TARUFFO analiza una situación de la Corte de Casación civil que no ha cambiado, desde comienzos de los años noventa hasta hoy…,». Campodonico, Francesco. «La génesis de la ambigüedad. Apuntes para una investigación histórica sobre la conmixtión entre *jus constitutionis* y *jus litigatoris*». En: Ferrer Beltrán, Jordi y Vázquez, Carmen (coedits.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 109-130. La cita es de la p. 109.

función de tribunal de tercera instancia al decidir sobre el mérito del asunto, así se intente justificar que se trata de una función distinta a la de casación (cap. IV, núm. 1.3)[765]. Esta circunstancia no ha generado interés en su examen y se ha aceptado sin ningún reparo por la doctrina nacional clásica[766] y contemporánea[767]. Adicionalmente, en esta investigación se ha identificado otro aspecto a considerar en esta crisis, consistente en la multiplicidad de competencia del tribunal, que más allá sobre la esencia de la función de casación, termina restándole tiempo a la casación para dedicarlo a otras funciones.

En este sentido, la gran cantidad de asuntos que se someten a la jurisdicción ha conllevado a que al tribunal se le atribuya competencia en materias que tradicionalmente no conocía. Así sucede en Colombia a partir de la Constitución de 1991, con el trámite y decisión de la acción de tutela, en primera y segunda instancia, que para citar solo un ejemplo siguiendo la estadística de la CSJ[768], en 2016, fueron ingresadas 21.581 acciones de tutela frente a 6945 asuntos ordinarios, y en 2017, 22.838 acciones de tutela frente a 7065 asuntos ordinarios. Esto implica una gran dedicación de tiempo para su estudio y decisión –además, la acción de tutela se decide por la Sala respectiva completa–; lo que en porcentaje frente a la actividad total de la CSJ representó en 2016 el 75,65 % y en 2017 el 76,37 %, es decir, esta estadística evidencia que el tribunal de casación ha pasado a ser un

---

[765] Ante esta postura de la teoría clásica de la casación, es conveniente recordar la reflexión de Morello: «Claro es –insistimos– que hay que 'vivir' los recursos desde la particular experiencia de cada comunidad, sin añorar los esquemas *iniciales* o pretendidamente 'puros', ni las *fórmulas y abstracciones* teóricas, que no radican en la realidad» (cursiva del texto). Morello, *La casación. Un modelo intermedio eficiente*. ob. cit., p. 61.

[766] Morales Molina, Hernando. *Técnica de casación civil*. Bogotá: Lerner, 1963; *Técnica de casación civil*. 2.ª ed. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1983; Murcia Ballén, Humberto. *Recurso de casación civil*. 2.ª ed. Bogotá: Temis, 1978; *Recurso de casación civil*. 5.ª ed. Bogotá: Ibáñez, 1999.

[767] Tolosa Villabona, Luis Armando. *Teoría y técnica de la casación civil, penal, laboral, penal militar, acciones de grupo, derecho comparado*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2008. pp. 314-323, quien menciona el punto, pero no lo examina en el fondo; Usme Perea, Víctor Julio. *Recurso de casación laboral. Enfoque jurisprudencial. vol. I*. 2.ª ed. Bogotá: Ibáñez, 2014. pp. 157-158, 178-182.

[768] Informe de gestión 2017. pp. 18-19. Disponible en la página Web de la Corte: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/publicaciones/INFORMEPRESIDENCIA2017.pdf

órgano que principalmente decide, al menos en números, la acción de tutela por encima del recurso de casación[769], que es la función tradicional que ha cumplido.

1.1 ¿Tribunal de casación o tribunal de tercera instancia?

Calamandrei, se ha notado, hizo énfasis en su investigación en la casación única en medio de la disputa que existió en Italia desde la Unificación política en el siglo XIX, y su análisis debe valorarse en ese contexto político y jurídico en el que el debate giraba alrededor de la casación única o la tercera instancia, pues para 1920, año de publicación de *La Cassazione civile*, coexistían las cinco Cortes regionales en Florencia, Nápoles, Palermo, Roma y Turín.

A su vez, Taruffo[770], al tratar la crisis de identidad, señala que el problema surge de la ubicación del tribunal de casación entre dos modelos distintos: tribunal o corte de tercera instancia o corte suprema, situación que reconoce no es

---

[769] A partir del Decreto 1983 de 2017 se modificaron las reglas de reparto de la acción de tutela. Sin embargo, continúa la competencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos términos:
«Artículo 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes reglas:
[…]
5. Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada.
[…]
7. Las acciones de tutela dirigidas contra la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a la misma Corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 2.2.3.1.2.4 del presente decreto.
[…]
9. Las acciones de tutela dirigidas contra los Tribunales de Arbitraje serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a la autoridad judicial que conoce del recurso de anulación».

Lo interesante, para efecto de la carga de trabajo, sería limitar los asuntos que conoce la Corte en segunda instancia, lo que podría lograrse si se aplicara la regla de que el tribunal de primera instancia también actúe en segunda instancia a través de otra sala, como lo hace la Corte en los asuntos que conoce en primera instancia.

[770] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 222-225.

novedosa, pues en efecto, Calamandrei[771] la advirtió. Taruffo[772] considera que el tribunal es concebido teóricamente como una corte suprema, pero que su actuación práctica lo ubica más como un tribunal de tercera instancia. Esto debido a que tiende a traspasar el límite del juez de legitimidad, propio del tribunal de casación, al de juez de mérito y juez de hecho, propio de la tercera instancia, como en el caso de la revisión alemana.

La consideración de uno u otro modelo depende de aspectos como la limitación o no del conocimiento del mérito del asunto, de la cuestión de hecho, de la motivación de la decisión y de la función asignada o no al tribunal de decidir sobre la apelación.

Calamandrei[773], al plantear «cuáles serían las reformas necesarias para poner el ordenamiento positivo de la casación italiana en situación de servir a su finalidad», luego de reseñar los distintos proyectos que se disputaban la adopción de la casación o la tercera instancia, concluyó que el sistema italiano debía ajustarse a la casación única. Para esto postuló de una parte, la exclusión de la función de tercera instancia del órgano jurisdiccional que ocupaba la «cúspide de la jerarquía judicial» y, de la otra, la llamada por él, «absurda rareza de la unidad pluralizada», es decir, «el fenómeno jurídico de la coexistencia en un Estado de cinco órganos destinados a unificar la jurisprudencia»[774], ya que en Italia hasta 1923, coexistieron las cinco Cortes regionales indicadas.

Asimismo[775], fue partidario de la limitación del conocimiento del tribunal de casación a la cuestión de derecho, excluyendo la cuestión de hecho[776]. Y frente a la violación de la norma procesal como motivo de casación, sostuvo que debería

---

[771] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 401-404.

[772] Taruffo, Michele. «Las funciones de las Cortes Supremas». En: Oteiza, Eduardo (coord.). *Reforma procesal civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. pp. 649-667.

[773] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 401-404.

[774] Calamandrei, Piero. *La casación civil. t. I. Historia y legislaciones. vol. 1*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2007. pp. 18-19.

[775] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 429, 444.

[776] *ibid.*, p. 430.

admitirse «toda violación o falsa aplicación de ley, sustancial o procesal, cometida por el juez de mérito *no al actuar sino al juzgar…*:»[777] (cursiva del texto).

Por último, Calamandrei[778] se cuestionó sobre cuál sistema era más acorde a la naturaleza de la casación: «¿El que atribuye directamente a la Corte suprema el conocimiento en cuanto al mérito, o el que, aun manteniendo el *rinvio* del rescisorio al juez *a quo* atribuye, sin embargo, desde el primer juicio de *rinvio*, fuerza obligatoria a la resolución del "punto de derecho" dada por la Corte de casación?» (cursiva del texto). Luego del análisis de cada uno, consideró que el sistema de reenvío era el más idóneo.

Ahora, es claro que se acude a la casación luego de agotar las dos instancias del proceso, excepto en la casación *per saltum*[779], en la que se salta del primer grado al tribunal de casación, pretermitiendo la segunda instancia. Es regla general en el derecho procesal[780] que el proceso se tramita en dos instancias o grados, la primera ante el juez de conocimiento y la segunda ante el juez de apelación.

Coincide con la postura de Taruffo sobre la ambigüedad de la función de la Corte Suprema di Cassazione, Carpi[781], quien analizando la reforma a la casación italiana de 2006, sostiene que en tres aspectos se manifiesta la ubicación de la Corte como juez de tercera instancia: *i)* la posibilidad de invocar como motivo de casación, además de la violación de la norma, el contrato y el acuerdo colectivo de trabajo (CPC, art. 360-3.°); *ii)* la adición de casos en los que la Corte decide el mérito del asunto, sin acudir al *rinvio* (art. 384) y; *iii)* la ampliación de casos para actuar en *Camera di Consiglio* para disminuir la carga de trabajo (art. 375).

Como se observó (cap. IV, núms. 1 y 3), en Colombia el tribunal de casación tiene asignadas dos funciones, en relación con la casación, diferenciadas: una como

---

[777] *ibid.*, pp. 436-437.

[778] *ibid.*, pp. 441, 444-445.

[779] En Colombia, la casación *per saltum* está prevista en materia laboral, desde el CPT de 1948, art. 89.

[780] En Colombia, el art. 31 de la Constitución de 1991 consagra la doble instancia como regla general y la única instancia como excepción.

[781] Carpi, Federico. «Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado». En: Oteiza (coord.). *Reforma procesal civil*. ob. cit., pp. 645-646.

tribunal de casación propiamente y otra como tribunal de instancia. Y esta situación, a pesar de ser de la tradición de la institución, parece que no ha merecido un examen en el país frente a la teoría clásica que propugna por una limitación del tribunal en la decisión del mérito del asunto. Así, autores clásicos en Colombia, como Morales Molina[782] y Murcia Ballén[783], no se detuvieron a evaluar este punto, para encontrarle justificación o una crítica desde la dogmática de la institución.

Por supuesto, no se trata de criticar nuestro tradicional sistema que desde su origen se apoyó en este punto en la casación española y se apartó de la francesa e italiana. Se trata de revisar si esta ordenación de la manera de actuar la casación colombiana es coherente con la finalidad y naturaleza jurídica de la institución, sin que ahora, el criterio tradicional e histórico impida la revisión y, si fuere el caso, la adecuación dogmática de la casación colombiana.

1.1.1 Instancia procesal. Si se observa la pirámide de la organización judicial, al menos la tradicional estructura jerárquica de la jurisdicción ordinaria, se percibe una figura formada por tres partes, cada una con un objeto definido en el proceso. Así, la parte inferior será la primera instancia, la intermedia corresponderá al segundo grado y la superior, siguiendo la lógica de la pirámide, tendría que ser la tercera, pero no es así. El proceso tiene dos instancias y la actuación posterior a la segunda, que se adelanta ante el tribunal de casación, no es un grado del proceso. Luego, el objeto de las instancias y la casación son diferentes y no podría esperarse de la última que cumpla el fin de las primeras. Aun así, la casación hace parte de la estructura del proceso, como advierte Rocco[784].

---

[782] Morales Molina, *Técnica de casación civil*. 1963. ob. cit.; *Técnica de casación civil*. 1983. ob. cit.

[783] Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. 1978. ob. cit.; *Recurso de casación civil*. 1999. ob. cit.

[784] Rocco, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil. III. Parte especial. Proceso de cognición*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis; Buenos Aires: Depalma, 1972. p. 421. Afirma: «Cuando se propone el recurso de casación se instaura una nueva y distinta fase del juicio, pero no una *nueva relación jurídica procesal*, que continúa siendo siempre la ya iniciada y desarrollada a través de las fases precedentes del juicio» (cursiva del texto).

El concepto de instancia procesal no se limita a la ubicación del grado en la estructura jerárquica de la jurisdicción, sino especialmente al objeto sobre el que recae el pronunciamiento judicial. En la instancia la materia juzgada es la relación sustancial, partiendo de la valoración de la prueba y de la aplicación de la disposición general al caso concreto, mientras que en la casación el objeto es la relación procesal, en el entendido de que el tribunal juzga la resolución del juez de apelación para controlar si resolvió *secundum ius*.

1.1.2 Instancias en la estructura del proceso. Se ha advertido, siguiendo la doctrina procesal clásica y la tradicional regulación procesal[785], adoptada como norma constitucional en Colombia (art. 31), que el proceso se tramita en dos instancias o grados. La regla general es la doble instancia y la excepción la única.

En la doble instancia, el primer grado se adelanta desde la presentación de la demanda hasta la sentencia, en la cual se define el mérito o fondo del asunto. Esto es, el juez de conocimiento, a través del ejercicio del poder de decisión, emanado de la jurisdicción, aplicando el derecho sustancial o material a los hechos discutidos y probados en el proceso, decide si resuelve favorablemente la pretensión o la excepción.

Partiendo de la realidad de la falibilidad de la decisión judicial[786], como acto humano, se permite a la parte a quien la sentencia ha sido desfavorable, que la impugne a través del recurso de apelación, para que el superior jerárquico del juez de conocimiento revise la decisión de primera instancia y resuelva si es ajustada a derecho o no. En el primer caso la confirmará y en el segundo la revocará o modificará.

---

[785] Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil. vol. II. Las relaciones procesales (La jurisdicción y los sujetos del proceso)*. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. pp. 109-112.

[786] Rosenberg, Leo. *Tratado de derecho procesal civil. t. II. Libro segundo: el procedimiento de sentencia*. Traducción de Ángela Romera Vera y supervisión de Eduardo B. Carlos y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1955. p. 352.

En ambas instancias el objeto de la decisión judicial es la aplicación de la ley general al caso concreto, el juez de conocimiento dirime la controversia jurídica aplicando la consecuencia jurídica establecida en la norma a los supuestos de hecho discutidos y probados. A su vez, el juez de apelación revisa la decisión del primero, en un segundo juicio, en general, restringido a la materia de la impugnación, pero siempre considerando el hecho y el derecho. En la casación no ocurre esto: la actividad del tribunal de casación está dirigida a controlar que el juez de apelación haya decidido conforme a derecho. Parafraseando a Calamandrei[787], los jueces de instancia controlan la actuación de los sujetos de derecho en sus actos jurídicos, mientras que el tribunal controla la actuación de estos jueces al decidir.

1.1.3 Casación en la estructura del proceso. Para mayor claridad del punto planteado, especialmente con el propósito de diferenciar de manera nítida la función del juez de instancia, en concreto del juez de apelación, de la asignada al juez de casación es necesario recordar a Chiovenda[788], quien explicó sobre la casación que «No es esta una *tercera instancia*, *institución* que admitiría una nueva *regulación* de la relación jurídica objeto de la controversia, lo que supone un nuevo conocimiento de la cuestión de derecho y de la de hecho…,» (cursiva del texto). En la época actual, sobre la casación francesa, Cadiet[789] sostiene: "La *«Cour de cassation»* no es un tribunal de instancia; solamente es juez de derecho. Su función consiste en pronunciarse sobre la legalidad de la resolución recurrida y no sobre el fondo del asunto" (cursiva del texto).

La doctrina de la ciencia procesal de la casación, desde Calamandrei hasta Taruffo, ha precisado que la casación no es una tercera instancia (cap. III, núm. 1.2). Este aspecto constituye una idea fundamental en el entendimiento de la casación y su desarrollo normativo y jurisprudencial, así como en el tratamiento que la doctrina

[787] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 35.

[788] Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil. vol. II*. ob. cit., p. 112.

[789] Cadiet, Loïc. «El sistema de la casación francesa». En: Ortells Ramos, Manuel (coord.). *Los recursos ante los tribunales supremos en Europa*. Madrid: Difusión Jurídica, 2008. pp. 21-45. La cita es de la p. 27.

deba seguir. La confusión de la naturaleza jurídica de la casación como tercera instancia no es solo una cuestión teórica, sino que conlleva unos efectos prácticos nocivos para el cumplimiento de la finalidad asignada al tribunal de casación, como sucede en Italia, según Taruffo[790] y Carpi[791]. Esto conduce de modo directo el sometimiento de cuanto recurso pretenda interponer la parte inconforme contra la decisión del tribunal, lo que, en principio, aumenta el volumen de trabajo del tribunal, a su vez, incidiendo en la calidad de sus resoluciones y, más importante aún, provocando, se reitera, como afirma Taruffo[792], «una jurisprudencia tumultuosa, desordenada, escasamente previsible y –sobre todo– tendencialmente contradictoria».

1.2 Coherencia entre la finalidad de la casación y las funciones de la Corte Suprema de Justicia

A partir de la finalidad asignada a la casación en la tradición jurídica por la normativa, jurisprudencia y doctrina, en cuanto debe procurar la defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia, es lógico esperar que el funcionamiento del tribunal de casación tienda al cumplimiento de estos fines, pues de lo contrario, estaríamos frente a una incoherencia entre los propósitos de la institución y los medios de que se sirve para alcanzarlos, lo que no es sano para la unidad del derecho.

La cuestión consiste entonces en examinar si el tribunal de Colombia funciona de manera adecuada de tal forma que sirva al cumplimiento de la finalidad de la casación.

---

[790] Taruffo, «Las funciones de las Cortes Supremas». En: Oteiza (coord.). *Reforma procesal civil*. ob. cit., pp. 649-667.

[791] Carpi, «Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado». En: Oteiza (coord.). *Reforma procesal civil*. ob. cit., pp. 629-648.

[792] Taruffo, «Las funciones de las Cortes Supremas». En: Oteiza (coord.). *Reforma procesal civil*. ob. cit., p. 663.

En primer lugar, siguiendo la línea trazada en el número anterior, es posible considerar que nuestra CSJ, por efecto de la ordenación legal de su competencia y su actividad, tienda desde la perspectiva de la teoría clásica defendida por Calamandrei, a confundirse con un tribunal de tercera instancia. El rechazo de plano de esta afirmación es el primer obstáculo que se encuentra en este aspecto.

Sin embargo, algunas razones conducen a sostener que, en efecto, nuestro tribunal de casación no actúa como tercera instancia, como estas:

i) Sobre las atribuciones del tribunal en Colombia, desde el modelo adoptado, la CSJ tiene dos funciones, una como tribunal de casación y otra como tribunal de instancia, es decir, una vez casa la sentencia impugnada, en lugar de operar el reenvío propio de la casación pura, que siguen Francia e Italia, en virtud del cual el expediente debe reenviarse a un tribunal de segunda instancia para que profiera la nueva sentencia, es el tribunal quien la dicta. Podría sostenerse que en este caso el tribunal no actúa como tercera instancia, sino como segunda, pues la decisión de segundo grado ha desaparecido del proceso, y al resolver el recurso de apelación, alcanzando el conocimiento del mérito o fondo del asunto, se reitera, la cuestión está en que el tribunal ya no actúa en función de casación, sino de instancia.

ii) En cuanto a los motivos o causales de casación, en Colombia, el recurso se admite por la cuestión de hecho y la motivación de la sentencia, lo que conduce a que tribunal de casación también conozca el mérito o fondo del asunto. Aunque se ha observado que, independientemente del debate sobre la dificultad o imposibilidad de la bifurcación entre hecho y derecho, el tribunal sí ha tenido conocimiento del hecho, solo que no resuelve la controversia con la misma competencia que la del juez de apelación, pues es aún más limitada.

En segundo lugar, desde la perspectiva del funcionamiento práctico, la CSJ soporta una sobrecarga de actividad que puede incidir en el adecuado cumplimiento de sus finalidades, como se advirtió en el número anterior y se desarrolla en el siguiente (núm. 2).

El punto es que, si se desvirtúa la naturaleza de la casación para asumirla como tercera instancia, la consecuencia natural será la asignación del conocimiento

de una excesiva carga de trabajo. Por derivación, esta carga no le permitirá alcanzar sus fines, pues intentando resolver todos los recursos recibidos, se perderá el norte de sus dos finalidades. A su vez, conlleva a un círculo vicioso en el que la ambigüedad de sus funciones será causa de una cantidad inimaginable de recursos que no podrá decidir oportunamente y, a su vez, esta grave congestión será causa de la ambigüedad, pues se concentrará la atención en la decisión de recursos, como un juez de instancia. Así, se deja de lado su misión constitucional de defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia.

Las anteriores consideraciones han tenido en cuenta las funciones que tiene atribuida la CSJ como tribunal de casación, pero como se observa (núm. 2.3), además de estas atribuciones, la Corte debe cumplir otras como Corte Suprema, como juez constitucional, como juez de conocimiento y desde el punto de vista administrativo; como juez constitucional, p. ej., la Corte decide la acción de tutela en primera y segunda instancia, dedicando gran parte de su actividad jurisdiccional a este aspecto, como en 2017, año en que la acción de tutela ocupó el 86,43 % de la labor de la Sala de Casación Civil y Agraria, siendo la casación solo el 3,23 % de toda su actividad[793], lo que desdibuja el papel de la Corte como tribunal de casación.

2. Crisis de funcionamiento: la sobrecarga de actividad

Se ha observado que la crisis de identidad, en parte, conduce a que al tribunal de casación, por la desviación de sus funciones –especialmente al confundirse con un tribunal de tercera instancia– se le atribuya una gran cantidad de recursos de casación para decidir. Esto, a diferencia del modelo de la Supreme Court norteamericana, además por la ambigüedad en el entendimiento del fin público de la institución (cap. II, núms. 2.4 y 2.5). Siendo el tribunal único en el Estado, es

[793] Informe presentado por el Consejo Superior de la Judicatura al Congreso de la República, 2017. p. 171. Disponible en la página Web de la Rama Judicial / Consejo Superior de la Judicatura: https://www.ramajudicial.gov.co/web/publicaciones/129

razonable esperar que reciba un maremágnum de recursos lo que, en teoría implicaría la adopción de medidas idóneas que procuren moderar esa cantidad que el tribunal puede decidir de manera adecuada a la finalidad de la institución y conforme a su capacidad. La ausencia, consciente o no, de estas medidas, puede ser estimada la principal causa de la crisis de funcionamiento del tribunal.

2.1 Problema

Un gran problema que afronta el tribunal de casación en muchos países, como Italia, Francia, España y Colombia, es la sobrecarga de actividad, que conlleva según Taruffo[794] a la crisis de funcionamiento, que se evidencia en la cantidad desproporcionada de recursos de casación que debe resolver frente a la capacidad de actuación del tribunal y, sobre todo respecto al cumplimiento adecuado de la finalidad de la casación. Esta crisis no es un aspecto novedoso, sino por el contrario, ha sido parte de la evolución de la casación.

La crisis de funcionamiento indicada, que Calamandrei[795] analizó para el caso de Italia, adelantándose a los futuros problemas que afrontaría la unificación de la casación, pasando de las cinco Cortes regionales (Florencia, Nápoles, Palermo, Roma y Turín) a una Corte única, es una situación general que soportan los países que han adoptado la casación[796], entre ellos, Colombia.

En efecto, ya en 1920 Calamandrei analizó estadísticas de años anteriores de Italia, al menos desde 1903; también de Alemania, entre 1909 y 1912; y de Francia, entre 1906 y 1907. A su vez, en España, en la segunda mitad del siglo XIX,

[794] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 237-241.

[795] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 419-428.

[796] Vázquez Sotelo afirma que esta situación es común a los tribunales supremos nacionales y supranacionales. Vázquez Sotelo, José Luis. «Ineficacia de la casación bajo el peso de la dogmática». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Noviembre, 2010. núm. 3-4, pp. 97-118. Barcelona: Bosch. La cita es de las pp. 109-112. Disponible en: https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#search/jurisdiction:ES+content_type:4+source:133/vazquez+sotelo/WW/vid/330536854

Manresa y Navarro[797], explicando el origen histórico de la casación, hizo énfasis en la congestión causada por la «multitud de recursos aglomerados» a cargo del tribunal español como elemento esencial en la evolución normativa de la institución.

Conforme describió Calamandrei, en Italia, para solo citar este ejemplo, concretamente en la Corte regional de Palermo, la estadística mostró una acumulación «elevadísima», contando para 1912, con 1490 recursos pendientes y 212 resueltos. Asimismo, evidenció la estadística de las Cortes regionales, excluida la de Roma, entre 1903 y 1912, con resultados de los que solo se citan los años extremos: *i)* en 1903, las Cortes regionales contaban con 5957 recursos pendientes en total, de los cuales 2912 retrasados del año anterior, 3045 interpuestos durante el año y 2335 decididos en el año y; *ii)* en 1912, las Cortes regionales contaban con 6007 recursos pendientes en total, de los cuales 3164 retrasados del año anterior, 2843 interpuestos durante el año y 2329 decididos en el año. Estos datos muestran que en una década el volumen de recursos, en las cuatro situaciones descritas, en general, se mantuvo en las Cortes regionales[798].

Para 1937, año en que Calamandrei[799] publicó su segundo estudio monográfico sobre la casación, a través de la voz *Cassazione civile* del *Nuovo*

---

[797] Manresa y Navarro, José María. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada. t. VI*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1895. pp. 187-194. Disponible en: https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/18095 En la p. 190 se lee: «A los tres años de regir aquella ley (Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855) ya no pudo la Sala primera del Supremo despachar tantos recursos y apelaciones como ingresaban, y al final del año 1862 ascendieron á 468 recursos y 17 apelaciones los que quedaron pendientes, número más que suficiente para el trabajo de la Sala en dos años, y como ese número iba en aumento por el aumento progresivo del ingreso de recursos, quedando paralizados por más de 18 meses desde la conclusión hasta el día de la vista, con aburrimiento de los litigantes y desprestigio de la administración de justicia, se vió la necesidad ineludible de poner remedio á ese mal con la reforma de la ley.
¿Procedía ese mal de que la casación no se había reducido á su justo limite, traspasando sus naturales condiciones intrínsecas; ó de que no se había establecido bajo las reglas y condiciones extrínsecas, que son necesarias para su expedita aplicación en la práctica?».

Sobre la estadística de algunos de los primeros años en vigencia de la LEC/1855, así como el origen y consolidación de la casación, Díaz Sampedro, Braulio. *La politización de la justicia: el Tribunal Supremo (1836-1881)*. Tesis doctoral. Director: José Sánchez-Arcilla Bernal. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2004. 569 p. La referencia es a las pp. 172-196.

[798] Para la estadística completa, Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 419-420.

[799] *Casación civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1959. pp. 218-223. La cita es de las pp. 218-219.

Digesto Italiano, la estadística era mayor: en la década anterior a la unificación de la casación en Italia (1914-1923), las cinco Cortes regionales recibieron 28.918 recursos, mientras que en la década siguiente a la unificación (1924-1933), el número de recursos presentado ante la Corte de Roma fue de 41.126.

2.1.1 Sobrecarga de actividad de la Corte Suprema di Cassazione italiana a partir de la estadística. Un siglo después, el problema de la sobrecarga de actividad del tribunal de casación en Italia, no solo se mantiene, sino que se ha agravado en números que ni Calamandrei hubiese vislumbrado. En 2019, la Corte Suprema di Cassazione italiana, en casación civil[800], que incluye también las materias laboral y tributaria, profirió 33.048 providencias, con 117.033 recursos pendientes de decisión; a la vez que en casación penal[801] emitió 51.831 providencias, con 23.579 recursos pendientes, para un total de toda la Corte de 84.879 recursos decididos y 140.612 pendientes, un verdadero maremágnum judicial. A continuación, puede observarse la estadística de los últimos 10 años de la Corte, detallada la información de los recursos ingresados, resueltos y pendientes en *Sezioni civili* y *Sezioni penale*, así como el total de la Corte:

[800] Información tomada de *La Cassazione civile – Annuario statistico 2019, periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*. Disponible en la página Web de la Corte: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/La_Cassazione_civile_-_Annuario_statistico_2019.pdf

[801] Información tomada de *La Cassazione penale – Annuario statistico 2019, periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*. Disponible en la página Web de la Corte: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/La_Cassazione_penale_-_Annuario_statistico_2019.pdf

ITALIA - CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE (2010-2019)									
AÑO	CASACIÓN CIVIL			CASACIÓN PENAL			TOTAL		
	Ingreso	Resuelto	Pendiente	Ingreso	Resuelto	Pendiente	Ingreso	Resuelto	Pendiente
2019	38.725	33.048	117.033	50.801	51.831	23.579	89.526	84.879	140.612
2018	36.881	32.444	111.353	51.956	57.573	24.609	88.837	90.017	135.962
2017	30.298	30.236	106.922	56.632	56.760	30.226	86.930	86.996	137.148
2016	29.693	27.394	106.860	52.384	58.014	30.354	82.077	85.408	137.214
2015	29.966	26.183	104.561	53.539	51.698	35.984	83.505	77.881	140.545
2014	30.303	28.217	100.778	55.822	53.550	34.143	86.125	81.767	134.921
2013	29.094	30.194	98.692	53.618	53.036	31.871	82.712	83.230	130.563
2012	29.128	25.012	99.792	52.342	51.611	31.289	81.470	76.623	131.081
2011	30.889	32.949	95.593	50.922	49.952	30.563	81.811	82.901	126.156
2010	30.383	28.963	97.653	51.137	47.316	29.381	81.520	76.279	127.034

Tabla III. Estadística de la Corte Suprema di Cassazione italiana (2010-2019).

Elaboración propia a partir de la información consultada en la página Web de la Corte di Cassazione[802].

Esta enorme producción de jurisprudencia es elaborada por una Corte Suprema di Cassazione de gran dimensión, constituida así: *Sezioni civili* está formada por seis *Sezioni*, cuatro en esencia civiles (1.ª, 2.ª, 3.ª y 6.ª), una laboral (4.ª) y una tributaria (5.ª), con un total de 28 *Presidenti di Sezione* y 155 *Consiglieri*; a su vez, *Sezioni penale* por seis *Sezioni*, con un total de 27 *Presidenti di Sezione* y 148 *Consiglieri*, para un total en la Corte de 55 *Presidenti di Sezione* y 303 *Consiglieri*. Por Decreto del *Ministero della Giustizia* de 17 de abril de 2019[803], los *Presidenti* aumentaron a 59 y los *Consiglieri* a 356. Adicionalmente, la Corte tiene un *Primo Presidente* y un *Presidente aggiunto*. A continuación, se reproduce la tabla

[802] La tabla se ha elaborado a partir de las tablas contenidas en *Statistiche* de la Corte di Cassazione: *La Cassazione civile – Annuario statistico 2019, periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*. Disponible en la página Web de la Corte: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/La_Cassazione_civile_-_Annuario_statistico_2019.pdf y en *La Cassazione penale – Annuario statistico 2019, periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*. Disponible en la página Web de la Corte: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/La_Cassazione_penale_-_Annuario_statistico_2019.pdf

[803] Disponible en: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?contentId=SDC194955&previsiousPage=mg_2_9_20

de la organización de los *magistrati* que ejercen función jurisdiccional en las *Sezioni*[804]:

CORTE DI CASSAZIONE – ORGANICI SEZIONALI DEL PERSONALE DI MAGISTRATURA AL 31.12.2019

Sezioni civili	Presidenti Sez.	Consiglieri	Sezioni penali	Presidenti Sez.	Consiglieri
Prima	5	27	Prima	4	25
Seconda	4	23	Seconda	4	25
Terza	5	29	Terza	4	21
Lavoro	7	41	Quarta	5	23
Quinta Trib.	6	35	Quinta	5	29
Sesta	1	1	Sesta	5	25
Totali	**28**	**155**	**Totali**	**27**	**148**

Fonte: Segretariato generale della Corte di cassazione

Tabla IV. Organización del personal de la magistratura de la Corte Suprema di Cassazione por Sezioni al 31 de diciembre de 2019.
Fuente: Tomada de la *Relazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione de la sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, Giovanni Mammone.

Tomando la estadística anterior, si se considera la totalidad de decisiones durante 2019 en ambas *Sezioni* (84.879) y de *Consiglieri* (356), sin distinguir en materia civil y penal, el promedio de decisiones por magistrado sería de 238,4.

Si bien la gran cantidad de decisiones es indicativa de una labor titánica de la Corte, la justa medida de este punto se observa mejor si se tiene en cuenta el promedio de resoluciones por magistrado, como se ha evidenciado. Pero el punto no solo es el número de resoluciones por magistrado, sino que dicho maremágnum

[804] *Relazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione de la sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, Giovanni Mammone. Inaugurazione dell'anno giudiziario 2020, Roma, 31 gennaio 2020. p. 43. Disponible en: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Primo_Presidente_Cassazione_Cassazione_2020.pdf

judicial puede causar, como afirma Taruffo, «una jurisprudencia caótica y fragmentaria»[805].

Esta estadística de los últimos 10 años (2010-2019), al menos, en la casación civil, muestra que el número de recursos pendientes en todos los años fue mayor, casi tres veces, que el número de recursos resueltos.

Otro punto relevante es el de la duración del procedimiento en la Corte: en la casación civil la duración promedio en 2019 fue de 3 años, 14 días[806], mientras que en la casación penal de 5 meses, 17 días[807].

La causa de la abundante jurisprudencia probablemente consista en circunstancias propias del contexto italiano, pero se resalta que la casación italiana presenta la singularidad de la consagración de una especie de derecho constitucional a la casación establecido en el art. 111, párr. 7.° de la Constitución de 1947[808] (cap. IV, núm. 4.1). Esta disposición permite la procedencia del recurso contra cualquier sentencia y otro tipo de resoluciones judiciales, que de forma consecuente aumenta el volumen de trabajo, como lo muestra la estadística.

2.1.2 Sobrecarga de actividad de la Cour de Cassation francesa a partir de la estadística. En Francia, también la crisis de funcionamiento está presente en la Cour de Cassation, aunque en menor medida que en la casación italiana. En 2019,

---

[805] Taruffo, «Las funciones de las Cortes Supremas». En: Oteiza (coord.). *Reforma procesal civil*. ob. cit., p. 663.

[806] *La Cassazione civile – Annuario statistico 2019, periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*. ob. cit., p. 24.

[807] *La Cassazione penale – Annuario statistico 2019, periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*. ob. cit., p. 27.

[808] El texto del párrafo 7.° es: «Contra las sentencias y contra los autos en materia de libertad personal, pronunciados por los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales, se admitirá siempre recurso de casación por violación de ley. Esta norma no admitirá más excepción que las sentencias de los tribunales militares en tiempo de guerra». Tomado de SENATO DELLA REPUBBLICA. Constitución de la República italiana. Costituzione italiana. Edizione in lingua spagnola, 2018. Disponible en: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_SPAGNOLO.pdf

En la doctrina, Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 247-250; Carpi, «Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado». En: Oteiza (coord.). *Reforma procesal civil*. ob. cit., p. 643.

la Corte[809], en casación civil, dictó 17.813 providencias, con 19.231 recursos pendientes de decisión; mientras que en casación penal pronunció 7470 providencias, con 3616 recursos pendientes, para un total de toda la Corte de 25.283 recursos decididos y 22.847 pendientes, cifras altas, pero mucho más bajas que las de Italia. La estadística de los últimos 10 años de la Corte, en ambas materias en cuanto a recursos ingresados, resueltos y pendientes, así como el total de la Corte, es la siguiente:

FRANCIA - COUR DE CASSATION (2010-2019)									
AÑO	CASACIÓN CIVIL			CASACIÓN PENAL			TOTAL		
	Ingreso	Resuelto	Pendiente	Ingreso	Resuelto	Pendiente	Ingreso	Resuelto	Pendiente
2019	17.071	17.813	19.231	8.040	7.470	3.616	25.111	25.283	22.847
2018	17.458	21.865	19.835	7.283	7.587	2.935	24.741	29.452	22.770
2017	22.890	20.667	24.256	7.497	7.799	3.515	30.387	28.466	27.771
2016	20.398	21.777	22.052	7.649	7.828	3.786	28.047	29.605	25.838
2015	20.412	18.304	23.442	7.820	7.600	3.943	28.232	25.904	27.385
2014	21.295	20.072	21.356	8.411	8.612	3.730	29.706	28.684	25.086
2013	19.658	20.561	20.130	8.639	8.158	3.907	28.297	28.719	24.037
2012	21.798	21.360	21.033	8.367	8.711	3.391	30.165	30.071	24.424
2011	21.860	21.865	20.495	8.759	7.926	3.766	30.619	29.791	24.261
2010	21.537	20.249	20.500	8.029	8.083	2.862	29.566	28.332	23.362

Tabla v. Estadística de la Cour de Cassation francesa (2010-2019).

Elaboración propia a partir de la información consultada en la página Web de la Cour de Cassation[810].

Esta estadística de los últimos 10 años (2010-2019)[811], muestra en la casación civil, casi paridad entre los recursos resueltos y pendientes, siendo el promedio de los resueltos 20.453 y el de los pendientes 21.233. Francia tiene una

[809] Información tomada de la página Web de la Cour de Cassation. Disponible en: https://www.courdecassation.fr/institution_1/activite_chiffres_58/statistiques_2019_44208.html

[810] La tabla se ha construido a partir de las tablas contenidas en *Statistiques* 2019 de la Cour de Cassation. Disponible en la página Web de la Corte: https://www.courdecassation.fr/institution_1/activite_chiffres_58/statistiques_2019_44208.html

[811] Hualde López presenta la estadística del período 2010-2015. No obstante, no se presenta la información de los recursos pendientes por año. Hualde López, Ibon. «Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil francés». En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo 2017. vol. 9, núm. 1, pp. 161-214. Madrid: España: Universidad Carlos III de Madrid. La cita es de las pp. 213-214. Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3618

población aproximada de 66 millones de habitantes, un poco más que Italia y, aun así, la actividad de la Cour de Cassation es menor, posiblemente en parte, debido a que en Italia el acceso a la casación es garantía constitucional (cap. IV, núm. 4.1), lo que implica un mayor número de recursos presentados.

Frente a la duración del trámite ante la Corte, en la casación civil la duración promedio en 2019 fue de 429 días[812] y en la casación penal de 168 días[813]. Al menos en materia civil, los números son mucho más bajos que en Italia.

2.1.3 Sobrecarga de actividad del Tribunal Supremo español a partir de la estadística. En España, a pesar de que la situación no tiene la misma dimensión en cantidad que en Italia y es menor que en Francia, también existe una carga de trabajo. En 2019[814], el TS, en casación civil dictó 5603 sentencias con 12.659 recursos pendientes, y los mismos números fueron, respectivamente, en casación penal 5760 y 4381, en casación contencioso-administrativa 12.361 y 6647 y en casación social 4744 y 6964.

En las siguientes tablas se puede observar la estadística del TS de 2010-2019, dividida en dos: la primera para las casaciones civil y penal, pues así se podrá notar de manera clara la comparación con la actividad de Corte Suprema di Cassazione italiana y la Cour de Cassation francesa; la segunda para las casaciones contencioso-administrativa y social (laboral en Colombia).

---

[812] *Statistiques* 2019 de la Cour de Cassation. Disponible en la página Web de la Corte: https://www.courdecassation.fr/institution_1/activite_chiffres_58/statistiques_2019_44208.html

[813] *ibid.*

[814] La tabla se ha elaborado a partir de la estadística contenida en La justicia dato a dato. Estadística judicial (años 2010-2019), elaborada por el Consejo General del Poder Judicial. Disponible en la página Web del Poder Judicial: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/

ESPAÑA - TRIBUNAL SUPREMO (2010-2019)									
AÑO	CASACIÓN CIVIL			CASACIÓN PENAL			TOTAL		
	Ingreso	Resuelto	Pendiente	Ingreso	Resuelto	Pendiente	Ingreso	Resuelto	Pendiente
2019	7.680	5.603	12.659	7.082	5.760	4.381	14.762	11.363	17.040
2018	6.822	5.261	10.582	5.562	4.668	3.059	12.384	9.929	13.641
2017	5.974	3.759	9.021	4.645	4.222	2.165	10.619	7.981	11.186
2016	5.781	4.271	6.806	4.031	4.047	1.742	9.812	8.318	8.548
2015	4.284	3.138	5.296	3.887	3.683	1.758	8.171	6.821	7.054
2014	3.904	2.918	4.614	3.904	4.160	1.554	7.808	7.078	6.168
2013	3.579	3.935	3.628	3.983	4.384	1.810	7.562	8.319	5.438
2012	4.238	3.580	3.984	4.224	4.236	2.211	8.462	7.816	6.195
2011	3.614	3.839	3.326	5.010	4.921	2.223	8.624	8.760	5.549
2010	3.642	4.603	3.551	4.509	4.682	2.134	8.151	9.285	5.685

Tabla VI. Estadística del Tribunal Supremo español (casación civil y penal) (2010-2019).

Elaboración propia a partir de la información consultada en la página Web del Consejo General del Poder Judicial[815].

ESPAÑA - TRIBUNAL SUPREMO (2010-2019)									
AÑO	CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMIN.			CASACIÓN SOCIAL			TOTAL		
	Ingreso	Resuelto	Pendiente	Ingreso	Resuelto	Pendiente	Ingreso	Resuelto	Pendiente
2019	9.832	12.361	6.647	5.307	4.744	6.964	15.139	17.105	13.611
2018	9.958	14.164	9.030	5.510	4.830	6.401	15.468	18.994	15.431
2017	8.890	9.142	12.905	5.076	4.962	5.721	13.966	14.104	18.626
2016	9.579	5.268	13.125	4.622	4.375	5.607	14.201	9.643	18.732
2015	8.803	5.887	9.453	4.741	3.801	5.360	13.544	9.688	14.813
2014	5.565	5.566	6.545	4.536	3.515	4.420	10.101	9.081	10.965
2013	5.150	6.705	6.546	3.870	3.705	3.399	9.020	10.410	9.945
2012	5.835	9.910	8.084	3.542	4.415	3.234	9.377	14.325	11.318
2011	8.342	10.089	12.322	4.920	4.879	4.107	13.262	14.968	16.429
2010	8.993	9.079	14.070	5.094	5.427	4.066	14.087	14.506	18.136

Tabla VII. Estadística del Tribunal Supremo español (casación contencioso-administrativa y social) (2010-2019).

Elaboración propia a partir de la información consultada en la página Web del Consejo General del Poder Judicial[816].

[815] Disponible en la página Web del Poder Judicial: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/

[816] *ibid.*

Ortells Ramos[817] y Gimeno Sendra[818] presentan el análisis de la estadística del TS anterior a 2010.

En cuanto al promedio de sentencias por magistrado, teniendo en cuenta la estadística anterior, partiendo de la totalidad de decisiones por Sala durante 2019 (Sala Primera, de lo civil, 5603; Sala Segunda, de lo penal, 5760; Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, 12.361 y; Sala Cuarta, de lo Social, 4744) y el número de magistrados por Sala (10, 15, 33 y 13, respectivamente), el promedio por cada Sala sería en las distintas casaciones: civil, 560,3; penal, 384; contencioso-administrativo, 374,5 y; social, 364,9.

Esta estadística muestra que, si bien la casación civil es la segunda con menos sentencias en 2019, es la que mayor promedio de resoluciones expide por magistrado, más del doble de los magistrados (civil y penal) de la Corte Suprema di Cassazione italiana (238,4).

Respecto a la duración del procedimiento en la Corte, en la casación civil la duración promedio en 2019 fue de 20 meses[819], en la penal de 6,7 meses[820], en la contencioso-administrativa de 11,5 meses[821] y en la social de 14,8 meses[822].

Ahora, una vez revisadas la estadística de los tribunales de casación de Italia, Francia y España, países con una población que no es tan diferente, es interesante la comparación de la casación civil, al menos de los últimos cinco años.

---

[817] Ortells Ramos, Manuel. «La selección de asuntos para su acceso a la casación en Derecho Español: Las técnicas de "unificación de doctrina" y de "interés casacional"». En: *Los recursos ante los tribunales supremos en Europa*. ob. cit., pp. 163-231; «La casación en España: selección de recursos y carga de trabajo del Tribunal Supremo». En: Bonet Navarro, José (dir.), y Martín Pastor, José (coord.). *El recurso de casación civil*. Madrid: Aranzadi, 2010. pp. 31-86.

[818] Gimeno Sendra, Vicente. «El recurso español de casación civil: Perspectiva de reforma». En: Ortells Ramos (coord.). *Los recursos ante los tribunales supremos en Europa*. ob. cit., pp. 117-152.

[819] La Justicia dato a dato. Año 2019. Estadística judicial. p. 95. Disponible en la página Web del Poder Judicial: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/

[820] *ibid.*, p. 97.

[821] *ibid.*, p. 99.

[822] *ibid.*, p. 100.

COMPARACIÓN - CASACIÓN CIVIL 2015-2019									
AÑO	ITALIA			FRANCIA			ESPAÑA		
	Ingreso	Resuelto	Pendiente	Ingreso	Resuelto	Pendiente	Ingreso	Resuelto	Pendiente
2019	38.725	33.048	117.033	17.071	17.813	19.231	7.680	5.603	12.659
2018	36.881	32.444	111.353	17.458	21.865	19.835	6.822	5.261	10.582
2017	30.298	30.236	106.922	22.890	20.667	24.256	5.974	3.759	9.021
2016	29.693	27.394	106.860	20.398	21.777	22.052	5.781	4.271	6.806
2015	29.966	26.183	104.561	20.412	18.304	23.442	4.284	3.138	5.296

Tabla VIII. Estadística comparada de la casación civil en Italia, Francia y España (2015-2019). Elaboración propia a partir de la información de las Tablas III, V, VI y VII.

Si la mirada se concentra en el año 2019, se notará que la actividad, en cuanto al ingreso, de la Corte Suprema di Cassazione italiana (38.725) supera el doble de la Cour de Cassation francesa (17.071) y más de cinco veces la del Tribunal Supremo español (7680). Esto permite percibir la dimensión de la casación europea, pero también las diferencias en números entre ellas. Y frente a los recursos pendientes para el mismo año 2019, es alarmante la diferencia, en Italia (117.033) más de seis veces que en Francia (19.231) y más de nueve veces que en España (12.659).

2.2 Medidas propuestas por CALAMANDREI y la doctrina posterior

Ante el grave problema de funcionamiento del tribunal de casación, si se alcanzaba la unificación de las Cortes regionales de Florencia, Nápoles, Palermo, Roma y Turín, Calamandrei[823] identificó, partiendo de la experiencia del derecho comparado y de la práctica judicial de su época, estas medidas como solución:

2.2.1 Medidas tendientes a aumentar la potencialidad de decisión del órgano juzgador. Entre estas medidas, propuso[824]:

a) Dividir el tribunal de casación en secciones.
b) Aumentar el número de magistrados del tribunal.

[823] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 419-428.
[824] *ibid.*, pp. 421-423.

En el segundo estudio de la casación que hizo Calamandrei[825], en 1937, sobre este tipo de medidas solo se refirió a la primera, es decir, a la división del tribunal en secciones, aunque en principio, se mostró partidario, coherente con la finalidad de unificación jurisprudencial del tribunal, que fuese único[826].

2.2.2 Medidas tendientes a disminuir el número de las causas a decidir. Al respecto, Calamandrei[827] identificó:

a) Atribuir valor de interpretación auténtica a sus decisiones.
b) Establecer una *summa cassationis*.
c) Aumentar el monto del depósito que debe hacer el recurrente.
d) Establecer la improcedencia de la casación contra la «doble conforme».
e) Introducir la Sección de los recursos o *Chambre des requêtes*, como se denominaba en Francia.
f) Suprimir la exposición oral en casación.
g) Reducir los motivos de casación.

En la obra de 1937[828], luego de mencionar los mecanismos de la *summa cassationis* o con la expresión de la revisión alemana, *Revisionssumme*, y del depósito y su poco efecto en la disminución de la carga de trabajo de la Corte di Cassazione italiana, concluyó que «la única solución prácticamente eficaz y teóricamente coherente con la finalidad del instituto» es «la limitación de los motivos de recurso sólo a los que estén en armonía con la finalidad para la cual se instituyó la casación[829]».

Sobre el anterior punto, Nieva Fenoll[830] llama la atención sobre el uso indebido de la dogmática para introducir limitaciones al conocimiento del tribunal y

[825] Calamandrei, *Casación civil*, pp. 218-223.
[826] *ibid.*, p. 218.
[827] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 423-428.
[828] Calamandrei, *Casación civil*, p. 222.
[829] *Cassazione*, vol. II, n. 133. Esta nota es de la cita.
[830] Nieva Fenoll, Jorge. *El hecho y el derecho en la casación penal*. Barcelona: Bosch, 2000. p. 250.

de acceso al recurso a las partes, proponiendo el «abandono de la dogmática como excusa para reducir el volumen de asuntos».

2.2.3 Selección de los asuntos. Como se resaltará a continuación, una propuesta particular ha despertado el interés del legislador y la doctrina, con el propósito de intentar enfrentar de modo adecuado la grave crisis de funcionamiento del tribunal supremo de distintos países. Consiste en establecer la facultad de dicho tribunal para decidir cuáles recursos de los presentados, serán decididos, lo que alivia su sobrecarga de actividad. Para esto se ha puesto la vista, a pesar de que no es un tribunal de casación, en la experiencia de la Supreme Court norteamericana (cap. I, núm. 3.1), de manera especial en el mecanismo del *certiorari*.

Como en el cap. III (núm. 1.3.2), conviene resaltar que también sobre este aspecto recayó una propuesta del Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Tesalónica en 1997, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal, en el sentido de favorecer «la selección positiva de cuestiones (políticas, jurídicas o institucionales) de cabal significación» como sintetiza Morello[831].

A pesar de la importancia de la investigación de Calamandrei, la doctrina posterior se ha ocupado de estudiar otras alternativas con la intención de hallar solución al grave problema de la excesiva carga de trabajo del tribunal. Entre los autores contemporáneos, es posible identificar, entre otros, las ideas de Taruffo, Berizonce, Morello, Carpi y Ortells Ramos.

Taruffo[832], especialmente para el caso italiano, pero que puede ser extensivo a otros países como Colombia, luego de resaltar el problema propuso varias «líneas de reforma de la casación civil» dirigidas a la crisis de funcionamiento, entre ellas: *i)* la revisión de la regulación de la competencia del tribunal, *ii)* la conveniencia de considerar el problema del recurso de casación en perspectiva amplia, a partir del

[831] Morello, Augusto M. *Tendencias dominantes en la litigación civil. Los congresos internacionales de derecho procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002. pp. 171-174.

[832] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 241-250.

sistema de las impugnaciones; *iii)* la limitación de los motivos de casación, con énfasis en la motivación de la decisión; *iv)* la interpretación del art. 111, párr. 7.° de la Constitución italiana, al que se ha dado alcance de un derecho constitucional a la casación, limitando dicho entendimiento a que la garantía implica la oportunidad de interponer el recurso ante el tribunal, pero no necesariamente el derecho a la decisión, pudiendo el tribunal seleccionar los asuntos que serán objeto de decisión; *v)* la posibilidad de incorporar la selección de los recursos a partir de criterios y; *vi)* la consideración sobre aspectos no siempre tenidos en cuenta, como la organización del tribunal, que incluye también la composición y la forma de selección de los magistrados.

Taruffo[833], en estudio posterior a su clásica obra sobre la casación de 1991, *Il vertice ambiguo*, al examinar el mecanismo de selección de los recursos por el tribunal, que en Italia fue adoptado a partir de la reforma de la casación de 2009, cuestiona que el sistema italiano no se identifica con la facultad de selección de la Supreme Court norteamericana, que es de discrecionalidad, ni con la del tribunal alemán, que fija como criterio la trascendencia del punto de derecho, pretendiéndose con la reforma indicada la «disminución de la carga de trabajo» del tribunal, en lugar del adecuado cumplimiento de la finalidad institucional de la casación. Luego de recordar la experiencia de los tribunales norteamericano e inglés, la fuerza del precedente y la relación entre este y el número limitado de resoluciones, concluye que el tribunal «… debería estar en la capacidad de efectuar una fuerte selección de los recursos que le sean dirigidos…,»[834].

Por su parte, Berizonce[835] citando a Morello, plantea la creación de tribunales intermedios, ubicados en la pirámide judicial, entre el tribunal de apelación y el de

---

[833] Taruffo, Michele. «Las funciones de las Cortes Supremas. Aspectos generales». En: Taruffo, Michele; Marinoni, Luiz Guilherme y Mitidiero, Daniel (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 231-251.

[834] *ibid.*, p. 249.

[835] Berizonce, Roberto Omar. «Sobrecarga, misión institucional de los tribunales superiores y desahogo del sistema judicial». En: Berizonce, Roberto O.; Hitters, Juan Carlos y Oteiza, Eduardo (coords.). *El papel de los tribunales superiores. Primera parte*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006. pp. 433-470. La cita es de las pp. 436-441.

casación, con el fin de sustraer a la Corte el conocimiento de ciertos asuntos, sin competencia sobre el fondo del asunto. También propone una visión amplia del problema de la sobrecarga del tribunal, la cual no debiera intentar resolverse considerando solo la situación del tribunal, sino la de todo el sistema judicial. En este sentido, concibe el «desahogo de las causas como objetivo del sistema judicial», al menos con dos premisas que resalta: *i)* el tratamiento de la sobrecarga del tribunal con medidas como el *certiorari* argentino, que faculta al tribunal para seleccionar los recursos que serán decididos, toma como punto de partida el efecto del problema, pero no su causa, así como resuelve el problema del tribunal, pero no del justiciable y; *ii)* la conveniencia de examinar el mismo problema de sobrecarga en todo el sistema judicial, lo que redundará como un eco de la base de las instancias hasta la casación.

Frente al primer aspecto resaltado, el de la preocupación por la solución a la dificultad del tribunal, antes que la del justiciable, desde la teoría de la casación podría estimarse que esto, que corresponde al fin privado de la casación, no sería la prioridad del tribunal, en tanto sí la defensa del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia. A pesar de esta dogmática, hoy la casación ha asumido una función coherente con las demás instituciones procesales, con las que se persigue la garantía de la efectividad del derecho sustancial, con sólido fundamento convencional y constitucional. Luego, antes de la expedición de modernos códigos que adoptan este criterio, ya Morello[836], citado por Berizonce, advertía esta preocupación.

A su vez, Carpi[837], en Italia, previamente a plantear el problema del «gigantismo del órgano, que lo aleja de sus funciones típicas» de la Corte Suprema di Cassazione –no limitado a la excesiva carga de trabajo, sino que incluye datos sobre la composición de la Corte en número de magistrados y la cantidad de

[836] Morello, Augusto Mario. *El recurso extraordinario*. 2.ª ed., reelaborada con la colaboración de R. Rosales Cuello. La Plata-Buenos Aires: Platense y Abeledo-Perrot, 1999. p. 675. Citado por Berizonce, ob. cit., p. 440.

[837] Carpi, Federico. «El acceso a la Corte de Casación». En: Oteiza, Eduardo (coord.). *Cortes supremas. Funciones y recursos extraordinarios*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011. pp. 17-32.

abogados habilitados para ejercer ante dicha Corte–, advierte la dificultad que la Constitución italiana agrega al consagrar el derecho de acceso a la casación (art. 111, párr. 7.°), lo que, en su parecer, requiere «revisión constitucional».

Por último, Ortells Ramos[838], presenta el mismo problema en España, con una revisión de la estadística del TS en el período 1995-2007, resaltando las medidas adoptadas para la selección de los recursos y las dificultades que afronta el sistema.

2.2.3.1 Selección de los asuntos en el derecho comparado. Una breve reseña de algunos de los más importantes tribunales supremos de Occidente permite a partir del derecho comparado, observar la tendencia a establecer filtros que permitan un funcionamiento adecuado del tribunal, además de canalizar su actividad al cumplimiento de su finalidad esencial, que se describen siguiendo en parte la investigación doctoral de Giannini[839]:

En Estados Unidos, el *writ of certiorari*, que traduce en español orden de avocación, es el filtro usado por el Tribunal Supremo para la selección de los asuntos que serán objeto de su decisión. Tiene fundamento en la «regla 10 de las *Supreme Court Rules*, titulada "Consideraciones que gobiernan la revisión por certiorari"»[840], que indica algunos criterios que el Tribunal Supremo puede considerar para acceder al conocimiento del caso.

---

[838] Ortells Ramos, «La casación en España: selección de recursos y carga de trabajo del Tribunal Supremo». En: Bonet Navarro y Martín Pastor, *El recurso de casación civil*. ob. cit., pp. 31-86.

[839] Giannini, Leandro J. *El 'Certiorari' y la jurisdicción discrecional de los superiores tribunales*. Tesis doctoral. Director: Juan Carlos Hitters. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2013. 909 p. La referencia es a las pp. 142-390.

[840] *ibid.*, p. 173. Traducción tomada de Giannini, ob. cit., p. 174. Para las Supreme Court Rules, disponible en: https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf

«Regla 10. Consideraciones que rigen la revisión por certiorari.
La revisión mediante writ of certiorari no es una cuestión de derecho, sino de discreción judicial. Una petición para obtener un writ of certiorari sólo será concedida por razones determinantes. Las siguientes, pese a no controlar ni medir plenamente la discreción de la Corte, indican el carácter de las razones que la Corte considera:

(a) una corte de apelación de los Estados Unidos ha dictado una decisión en conflicto con la decisión de otra corte de apelación de los Estados Unidos en el mismo asunto importante; ha decidido una cuestión federal importante de una manera que entra en conflicto con una decisión de

La expresión *importante* aparece en todo el texto de la regla 10, lo que es coherente con el carácter excepcional del *certiorari*. Ahora, más complejo es la determinación de la trascendencia del caso, que como resalta Giannini[841], no existe un único criterio, sino diversidad, entre los que identifica, entre otros, siguiendo estudios académicos: *i)* «jurisprudencia contradictoria de los tribunales inferiores», *ii)* teoría del «voto estratégico», *iii)* «grado de madurez que las cuestiones debatidas han alcanzado en la opinión pública, en la experiencia tribunalicia o en la cultura política media», *iv)* «importancia de hipótesis de conflicto institucional entre la Corte Suprema y ciertos tribunales inferiores» y, *v)* «que el fallo en crisis provenga de un tribunal de apelaciones integrado en pleno».

En Alemania, como se señaló (cap. I, núm. 3.2), se adopta el filtro de selección consistente en si «La cuestión de derecho tiene un significado fundamental»[842] o

---

un tribunal superior estadual de última instancia; o se ha apartado de tal manera de los procedimientos aceptados y usuales, o sancionado tal tipo de apartamiento por un tribunal inferior, como para llamar al ejercicio del poder de supervisión de esta Corte;

(b) un tribunal estadual de última instancia ha decidido una cuestión federal importante de una manera que entra en conflicto con la decisión de otro tribunal estadual de última instancia o de una corte de apelación de los Estados Unidos.

(c) una corte estadual o una corte de apelación de los Estados Unidos ha decidido una cuestión importante de derecho federal que no ha sido, pero debiera haber sido, resuelta por esta Corte, o ha decidido una cuestión federal importante de manera que entra en conflicto con decisiones relevantes de esta Corte.

Una petición de writ of certiorari será excepcionalmente concedida cuando el error denunciado consiste en una determinación errónea de los hechos o en la errónea aplicación de una regla de derecho adecuadamente declarada».

[841] *ibid.*, pp. 176-180.

[842] «Señala GOTTWALD, siguiendo la jurisprudencia del BGH, que dicha nota se presenta, en primer lugar, en hipótesis en las que una cuestión legal relevante requiera clarificación y sea susceptible de reiterarse en un número indefinido de casos, interesando dicho desarrollo homogéneo a la comunidad en general[306]. Por otra parte, el parámetro en cuestión (significado fundamental) puede considerarse satisfecho cuando sus consecuencias potenciales involucren al interés público de un modo excepcional (requiriendo consecuentemente un pronunciamiento del Tribunal Federal de Justicia), o puedan covocar (*sic*) la atención de la Corte Europea de Justicia». Nota de la cita: [306] «GOTTWALD, Peter, "Review Appeal to the German Federal Supreme Court …", cit. p. 90». *ibid.*, p. 223.

«Algunos supuestos han sido identificados como carentes de "significación fundamental" a los efectos de la admisión del recurso de revisión, como por ejemplo: i) los tópicos de derecho que no se exhiban como novedosos; ii) los casos en los que se pretende reexaminar la especial aplicación que se hiciera de una regla cuyos alcances no se ponen en crisis; iii) los asuntos en los que la

para alcanzar «… el perfeccionamiento del derecho o el aseguramiento de una jurisprudencia unificada» [ZPO, § 543, 2), 1 y 2; en similar sentido el § 566, 4), 1 y 2, en relación con la revisión *per saltum*].

De otra parte, en el plano propiamente de la casación, en Francia, también se adopta un filtro basado en la trascendencia, conforme a los arts. L. 431-1 del Código de la Organización Judicial y 1014 del NCPC, citados en español por Giannini[843].

En Italia, así como en Francia, se ha establecido recién un filtro consistente en la facultad de la Corte Suprema di Cassazione para declarar inadmisible el recurso «cuando la decisión impugnada hubiera decidido cuestiones de derecho de conformidad con la jurisprudencia de la Corte y de los motivos del embate no surjan elementos para confirmar o modificar el sentido de la misma» (CPC, art. 360-bis, núm. 1.°) y «cuando fuera manifiestamente infundada la denuncia de violación a los principios reguladores del debido proceso» (núm. 2.°), conforme a la reforma introducida al Codice di procedura civile por la reforma de 2009[844].

En España, la LEC/2000 adoptó dos filtros: primero, la clásica *summa cassationis*, en una cifra elevada de 600.000 euros y, segundo, el interés casacional (art. 477.3[845]). Pero el carácter extraordinario del recurso no se limita a la disposición

---

solución adoptada depende fundamentalmente de la determinación de los hechos controvertidos[307]». Nota de la cita: [307] «GOTTWALD, cit., pp. 90-91». *ibid.*, pp. 223-224.

[843] *ibid.*, pp. 299-330. «Art. L. 431-1 del COJ: "Los casos sometidos a una sala civil son examinados por una formación de tres magistrados pertenecientes a la sala a la que aquéllos son remitidos.

Esta formación resuelve cuando la solución del recurso se impone. En caso contrario, ella reenvía el examen del recurso a la audiencia de la sala [...]".

Art. 1014 del CPC Fr.: "Luego de depositadas las memorias, esta formación[484] declarará no admitidos los recursos *inadmisibles* o *no fundados en un motivo serio de casación*" [traducción y énfasis propios]». La cita es de la p. 300.

[844] Legge 18 giugno 2009, n. 69. Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitivita' nonche' in materia di processo civile, art. 47, núm. 1.°, lit. a).

[845] El texto del art. 477.3 es: «Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

legal, sino que el TS, por medio de Acuerdo de 2017[846], ha aumentado la restricción de acceso a la casación, lo que ha sido avalado por el Tribunal Constitucional[847].

Finalmente en Argentina, al menos a nivel de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene una importante experiencia desde la Ley 23774 de 1990[848], que sustituyó el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, introduciendo esta facultad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2.3 Caso colombiano

Así como el tribunal de casación de algunos países, la CSJ colombiana soporta una sobrecarga de actividad, que es un efecto de la ordenación legal y práctica judicial de la casación. De manera previa se hizo una aproximación al punto a partir de la estadística del tribunal de Italia, Francia y España, observando que el problema es común en estos países y antes se notó que dicho problema no es nuevo, sino que ha existido a la vez que el tribunal, que actualmente continúa afectando la administración de justicia al menos en tres aspectos directos: *i)* la eventual desnaturalización de la institución de la casación, en especial de su

---

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente».

Una crítica e interpretación del filtro del interés casacional en Nieva Fenoll, Jorge. *El recurso de casación civil*. Barcelona: Ariel, 2003. pp. 185-217.

[846] Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017. Disponible en la página Web del Poder Judicial: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/En-Portada/La-Sala-Primera-acuerda-los-criterios-de-admision-de-recursos-de-casacion-y-extraordinario-por-infraccion-procesal

[847] En el Preámbulo del Acuerdo anterior se lee: «Ha de tenerse en cuenta que estos criterios de admisión forman parte del sistema de recursos, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 150/2004, 114/2009 y 10/2012, entre otras)».

[848] Ley 23774, de 5 de abril de 1990. “Amplíase el número de jueces que la integran. Sustitúyense los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial”. El texto de la disposición es:

«Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia».

finalidad (núm. 1); *ii)* la producción de una abundante jurisprudencia, que lejos de unificar la interpretación judicial, puede causar el riesgo de generar criterios contradictorios y; *iii)* la congestión judicial en el máximo órgano de la jurisdicción, lo que redunda en la extensión de la duración del procedimiento de casación.

Las afirmaciones se sustentan en estas razones: *i)* la CSJ colombiana ve afectada su labor en condiciones adecuadas como tribunal de casación, al menos por dos aspectos: *a)* la gran variedad de competencia atribuida, siendo que a pesar de que la primera función constitucional llamada a cumplir, es decir, actuar como tribunal de casación, en algunos años, ha pasado a segundo lugar y; *b)* la estadística muestra mayormente el ejercicio de una competencia especial en el caso de la acción de tutela, y; *ii)* la ordenación constitucional y legal de la institución, así como el tratamiento jurisprudencial y doctrinal, parten de la base de que por naturaleza la casación no es una tercera instancia, pero se observará que en ocasiones nuestra Corte podría actuar más cerca de un tribunal de tercera instancia, que de casación, al menos desde la perspectiva francesa e italiana.

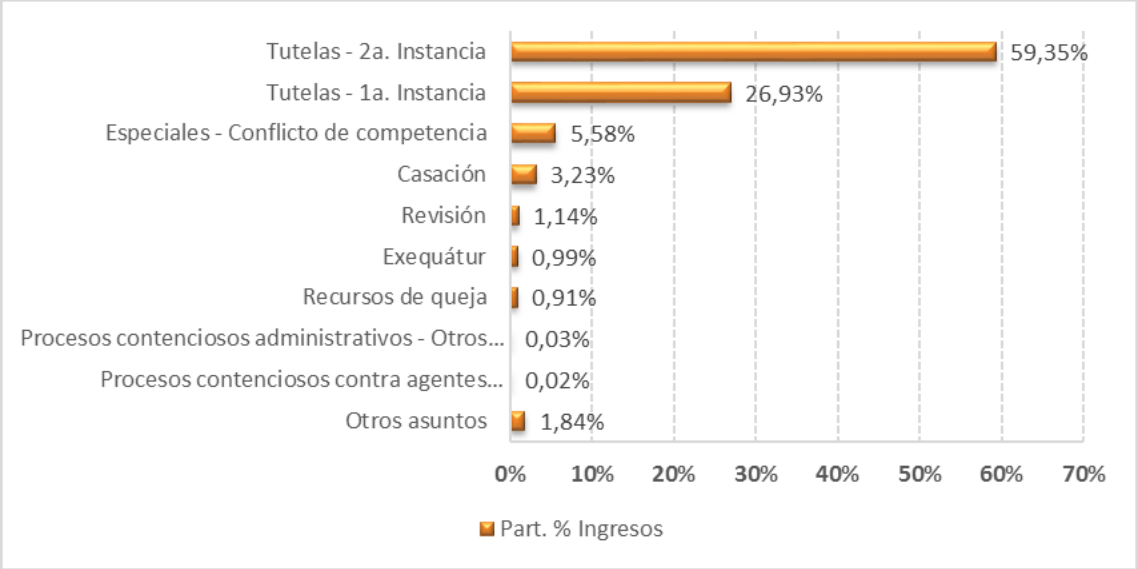
Frente a la estadística, lo primero que se debe advertir es que en Colombia no existe una información consolidada de la labor de la CSJ, a la manera como se han observado los datos de Italia, Francia y España. En efecto, a pesar de que la Rama Judicial recopila la información, no existe un boletín estándar en el que se detalle, año a año, los recursos ingresados, resueltos y pendientes, así como los demás asuntos de su competencia. Si bien el Consejo Superior de la Judicatura presenta cada año un informe al Congreso de la República sobre la actividad de la Rama Judicial, no todos los años ha detallado la información de la Corte. Luego, es casi imposible, con la información consultada, ofrecer una tabla de los últimos 10 años. No obstante, tomando datos de unos informes de ciertos años, es posible presentar una información relevante, aunque parcial, que evidencia ciertos problemas de sobrecarga de actividad.

La revisión de la estadística de un año próximo, 2017, muestra la excesiva carga de trabajo de la CSJ colombiana, con una particularidad: la mayor parte de su actividad ni siquiera es de casación, sino de otros asuntos que son de su

competencia, pero que no corresponden a su naturaleza como tribunal de casación. En el Informe presentado en ese año por el Consejo Superior de la Judicatura al Congreso de la República[849] se consignó:

> «De los 6.076 ingresos que se presentaron en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en el año 2017 se puede observar que el 59,53% de estos correspondieron a tutelas en segunda instancia, 26.9% a tutelas en primera instancia, el 5.58% correspondió a procesos especiales de conflicto de competencia, el 3.23% a procesos de casación, seguidos de procesos de revisión, exequátur, recursos de queja y procesos contencioso administrativos como se presenta en la siguiente gráfica»:

Gráfica 35. Mapa de procesos en Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia año 2017. Top 10



Fuente: Consejo Superior de la Judicatura – UDAE – SIERJU – Información de despachos permanentes y transitorios – Año 2017: enero a diciembre de 2017 – corte a 30 de enero de 2018 –

Tabla IX. Estadística de la Corte Suprema de Justicia colombiana (casación civil, 2017).
Tomada del Informe presentado por el Consejo Superior de la Judicatura al Congreso de la República, 2017.

[849] Informe presentado por el Consejo Superior de la Judicatura al Congreso de la República, 2017. p. 171. Disponible en la página Web de la Rama Judicial / Consejo Superior de la Judicatura: https://www.ramajudicial.gov.co/web/publicaciones/129

La anterior estadística muestra que la actividad de la CSJ se concentró ese año, en exceso, en el trámite y decisión de la acción de tutela, tanto en primera, como en segunda instancia. En menor porcentaje, en otros asuntos, como la resolución de conflictos de competencia. Esto conlleva a considerar dos aspectos que inciden en la excesiva carga de trabajo que soporta nuestro tribunal de casación y que genera la denominada crisis de funcionamiento: *i)* el trámite y decisión de la casación no es la única causa de la excesiva carga de trabajo y, *ii)* la atribución de competencia en asuntos que por naturaleza no corresponden a la casación, como se observa (núm. 2.3.1), está generando una avalancha de expedientes que impiden el funcionamiento adecuado de la CSJ.

Aunque la magnitud de la actividad de la Corte, en principio, no parece similar a la de los tribunales de casación italiano, francés o español, desde el punto de vista del número de recursos ingresados y resueltos, si se observa desde otro ángulo sería posible aproximarse a una consideración distinta. Y es que si se tiene en cuenta, no aisladamente el número de recursos ingresados y resueltos, sino la relación entre dicha cantidad y la conformación del tribunal en número de magistrados, podría encontrarse que el promedio de resoluciones a cargo de cada magistrado incluso, en algunos casos, pudiera llegar a ser superior en Colombia.

Retomando una estadística señalada (núm. 1), se ha resaltado que a la CSJ[850], en 2016, ingresaron 21.581 acciones de tutela frente a 6945 asuntos ordinarios, y en 2017, 22.838 acciones de tutela frente a 7065 asuntos ordinarios. Respecto al egreso las cifras fueron en 2016, 18.232 acciones constitucionales y 8384 asuntos ordinarios, y en 2017, 22.761 acciones constitucionales y 11.030 asuntos ordinarios. Si se suman estas cifras por año y se divide en el número de magistrados de la CSJ (23), el resultado sería que en promedio cada magistrado, sin discriminar entre acciones constitucionales y asuntos ordinarios (no limitados a

[850] Informe de gestión 2017. p. 18. Disponible en la página Web de la Corte: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/publicaciones/INFORMEPRESIDENCIA2017.pdf

casación, sino que incluiría otras competencias), habría proferido aproximadamente en 2016, 1157,2 providencias y en 2017, 1469,1 providencias.

Al contrario de la experiencia italiana, francesa o española, la CSJ colombiana, como otros tribunales de la región[851], históricamente ha tenido una integración reducida en número de magistrados, aun cuando su población, de cerca de 50 millones de habitantes, no es tan diferente de la de Italia, Francia o España. En efecto, la CSJ, a partir de la Constitución de 1991 está conformada por 23 magistrados[852], divididos en las Salas de Casación Civil (7), Laboral (7) y Penal (9).

Un mención especial puede hacerse de la casación laboral, debido a que la Sala de esta materia presentaba una grave congestión desde años atrás, lo que llevó a adoptar medidas de descongestión, a través de la Ley 1781/16[853]. Así, se crearon cuatro Salas de Descongestión Laboral, formada cada una, por tres magistrados, para un total de doce, cuya función principal es decidir, dentro de los ocho años siguientes, los recursos pendientes que, el año anterior a la presentación del proyecto de ley, en 2013 eran 15.975 y se calculó que para 2016 serían aproximadamente 18.000[854].

---

[851] Por ejemplo, en Venezuela, según el art. 7.° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2016, «El Tribunal Supremo de Justicia funcionará en Sala Constitucional, Político Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, así como en Sala Plena, la cual estará integrada por los Magistrados o Magistradas de todas las Salas señaladas», y conforme al art. 8.°, «La Sala Constitucional estará integrada por quince Magistrados o Magistradas y las demás Salas por cinco Magistrados o Magistradas».

[852] La Constitución de 1991 asigna a la Corte la función como tribunal de casación, y establece que «… se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley» (arts. 234 y 235). A su vez, la Ley 270/96, Estatutaria de la Administración de Justicia, fija el número de 23 magistrados (art. 15).

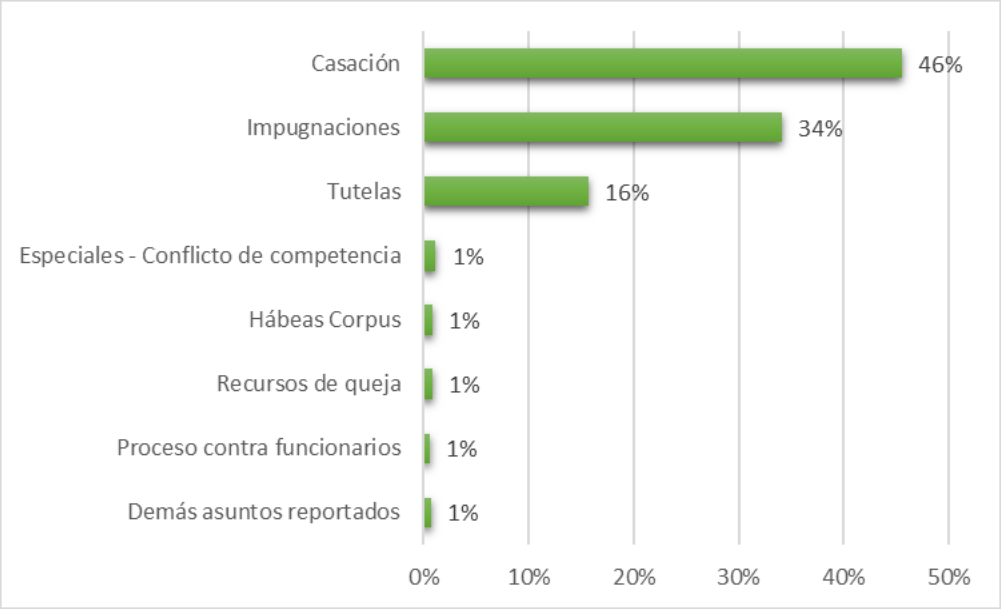
[853] Ley 1781 (20, mayo, 2016). Por la cual se modifican los artículos 15 y 16 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial. Bogotá, 2016. núm. 49.879, 20 de mayo.

[854] Gaceta del Congreso, núm. 446 de 1.° de septiembre de 2014. Disponible en la página Web del Senado de la República: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2014/gaceta_446.pdf

En la Exposición de motivos del proyecto de Ley Estatutaria núm. 78 de 2014 Senado, en la p. 3 se lee: «Así, únicamente en lo que al recurso extraordinario de casación concierne, la Sala pasó de recibir alrededor de 2.500 procesos en el año 2006 a 5.897 en el año 2009, lo que refleja una adición de más del 200% en tan solo 3 años. Igualmente, durante los últimos cinco años, en los que han

Como se ha afirmado, el problema de la excesiva carga de trabajo también lo forman las otras competencias de la Corte, como la decisión de tutelas, cuya estadística es grande. En efecto, en el mismo año 2017, en el Informe del Consejo Superior de la Judicatura al Congreso de la República[855], se incluyó esta tabla que muestra la distribución del trabajo de la Corte y el papel de la acción de tutela:

Gráfica 55. Top 10 de Tipo de procesos por mayor demanda efectiva en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. 2017.



Fuente: Consejo Superior de la Judicatura – UDAE – SIERJU BI. Fecha de corte de la información 2017: Enero 30 de 2018. Incluye información de despachos permanentes y de descongestión en toda la especialidad.

Tabla x. Estadística de la Corte Suprema de Justicia colombiana (casación laboral, 2017).

Tomada del Informe presentado por el Consejo Superior de la Judicatura al Congreso de la República, 2017.

---

permanecido vigentes los programas de descongestión, los ingresos se han mantenido consistentemente en un promedio anual de más de 5.000 y el inventario acumulado ha tenido un ascenso sostenido de 5.897 procesos en 2009 a 8.343 en 2010, 9.418 en 2011, 12.370 en 2012 y 14.100 en 2013.

Concretamente, para finales del año 2013, teniendo en cuenta el total de procesos pendientes de fallo, junto con otros 1.875 que no habían sido repartidos, la Sala contaba con un total de 15.975 recursos de casación represados. Este incremento es progresivo y constante, por lo que se estima que para el año 2016 la Sala tendrá un inventario acumulado de procesos alrededor de 18.000».

[855] Informe presentado por el Consejo Superior de la Judicatura al Congreso de la República, 2017. p. 191. Disponible en la página Web de la Rama Judicial / Consejo Superior de la Judicatura: https://www.ramajudicial.gov.co/web/publicaciones/129

En la gráfica se observa, como se expresó en el Informe señalado, que la acción de tutela, en primera y segunda instancia, ocupó el 50 % del trabajo de la Corte (Sala Laboral). Y se resalta que, a diferencia de la casación civil, la laboral sí tuvo una participación importante con el 46 %.

La estadística muestra que la CSJ tiene una sobrecarga de actividad que de modo consecuente incide en su labor con varios efectos: *i)* impide al tribunal de casación cumplir a cabalidad la finalidad del instituto, en la medida en que gran cantidad de asuntos por decidir conduce a que se pueda traspasar la línea que divide la casación de la tercera instancia (núm. 1.1); *ii)* también la cantidad de decisiones puede conllevar a que la unificación de la jurisprudencia no se alcance, sino que por el contrario, por la falta de la debida reflexión de los casos se llegue a resoluciones superficiales y hasta contradictorias, alcanzando por desviación diversidad en lugar de unidad y; *iii)* naturalmente la congestión del tribunal implica la extensión de la duración del procedimiento en casación, pues a mayor cantidad de recursos presentados, mayor cantidad de tiempo para decidirlos.

Ante problemas de cantidad, como lo son la congestión y mora judiciales, en principio, puede considerarse una solución de cantidad, como aumentar el número de magistrados de la Corte. Esto es lo que Calamandrei[856] llamó «medidas tendientes a aumentar la potencialidad de decisión del órgano juzgador», como se hizo en la indicada Ley 1781/16, sobre descongestión laboral. También disminuyendo el número de sentencias de segunda instancia susceptibles de recursos de casación, lo que Calamandrei[857] denominó «medidas tendientes a disminuir el número de las causas a decidir», lo que se ha logrado, p. ej., aumentando la *summa cassationis* o interés o cuantía para recurrir, como se hizo

[856] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 421.
[857] *ibid.*

en materia laboral[858] y civil[859]. Aun así, un análisis desde la finalidad y naturaleza jurídica de la casación pueden permitir llegar a propuestas diferentes.

En efecto, en lugar de aumentar el número de magistrados del tribunal o disminuir el número de sentencias de segunda instancia susceptibles de recurso, sería adecuado examinar si la ordenación legal del recurso y la práctica judicial de la institución corresponde a su finalidad y naturaleza jurídica.

Por tanto, se puede observar: *i)* si el tribunal de casación, no siendo tribunal de tercera instancia, tiene como fin la defensa del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia, no tendría que decidir recursos en los que no se tienda a cumplir dicho fin; *ii)* podría argumentarse en defensa que el tribunal sí debe conocer los recursos en la anterior hipótesis considerando que la casación hace parte del derecho al recurso y, por consecuencia, del derecho al debido proceso como garantía constitucional y en esa medida se justifica la actuación del tribunal, como sucede en Italia (cap. III, núm. 4) y; *iii)* ante la anterior tesis, es posible sostener, como se ha analizado (cap. I, núm. 2.1), que el derecho al recurso de casación no hace parte del derecho a la impugnación y, por consiguiente, la facultad del tribunal de casación de seleccionar los recursos que decide, no afectaría garantías constitucionales, como la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho al debido proceso y el derecho a la impugnación, pues la casación es una institución que tiene finalidad y naturaleza jurídica especiales.

2.3.1 Amplia competencia de la Corte Suprema de Justicia. De modo adicional, como también se ha dicho, la crisis de funcionamiento del tribunal no es causada solo por la casación, sino que debe partir de un análisis previo relativo a toda la

[858] El artículo 48 de la Ley 1395/10, que modificó el art. 86 del CPTSS, aumentó la cuantía exigida para la procedencia del recurso de casación laboral de 120 a 220 salarios mínimos legales mensuales vigentes, pero la norma fue declarada inexequible por la CC en sentencia C-372/11.

[859] El artículo 338 del CGP aumentó la cuantía para la procedencia del recurso de casación a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, frente a los 425 salarios que exigía el art. 1.° de la Ley 592/00, que modificó el art. 366 del CPC/1970. Ley 592 (12, julio, 2000). Por la cual se modifica el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Bogotá, 2000. núm. 44.082, 14 de julio.

competencia del tribunal. En Colombia, es necesario reconocer que este tribunal no solo conoce del recurso de casación, a pesar de ser esencialmente su principal atribución, sino que tiene asignado un gran número de cuestiones, que puede afectar su funcionamiento. Dichas funciones pueden clasificarse, en dos grandes grupos, así: *i)* funciones jurisdiccionales, que se pueden dividir: *a)* como tribunal de casación, *b)* como corte suprema, *c)* como juez constitucional y, *d)* como juez de conocimiento y; *ii)* funciones administrativas: *a)* como nominador de sus miembros, *b)* como nominador o partícipe en la designación de otros servidores del Estado y, *c)* otras funciones administrativas[860].

i) En el primer grupo, el de las funciones jurisdiccionales, la CSJ actúa para:

a) Como tribunal de casación, decidir el recurso de casación, en materia civil, laboral y penal, que es su función por naturaleza (CP, art. 235, núm. 1.°; Ley 270/96, arts. 15 y 16, inc. 2.°).

b) Como corte suprema:

1. Resolver los recursos extraordinarios de revisión y anulación, así como el exequatur en materia civil (CGP, art. 30).

2. Decidir los recursos extraordinarios de anulación y revisión en materia laboral (CPTSS, art. 15, lit. A, núms. 2.° y 5.°), el recurso de queja (*ibid.*, núm. 3.°) y los conflictos de competencia (*ibid.*, núm. 4.°).

3. Resolver la acción de revisión en materia penal (CPP/2004, art. 32, núm. 2.°).

c) Como juez constitucional:

1. Decidir acciones de tutela en primera instancia (Decreto 1983/17, art. 1.°, núms. 7.° y 8.°).

2. Decidir impugnaciones de sentencias de tutela de primera instancia proferidas por Tribunales Superiores u otra Sala de la Corte (*ibid.*, art. 2.°).

[860] Para las funciones completas, puede consultarse el Reglamento General de la CSJ. Disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/reglamento-general-de-la-corporacion/

3. Decidir impugnaciones de sentencias de acciones de *habeas corpus* de primera instancia proferidas por Tribunales Superiores (Ley 1095/06, art. 2.°).

d) Como juez de conocimiento:

1. Juzgar a los servidores públicos aforados constitucionales (CP, art. 235, núms. 3.°, 4.° y 5.°).

2. Actuar como juez de apelación en materia penal (*ibid.*, núms. 2.° y 6.°).

3. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el derecho internacional (*ibid.*, núm. 8.°).

ii) En el segundo grupo, el de las funciones administrativas, la CSJ actúa:

a) Como nominador de sus miembros (Ley 270/96, art. 15)[861].

b) Como nominador o partícipe en la designación de otros servidores del Estado, como:

1. Elegir a los magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (Ley 270/96, art. 17, núm. 1.°).

2. Elegir al Fiscal General de la Nación (CP, art. 249, inc. 2.°).

3. Elaborar una de las tres ternas para la elección de los magistrados de la CC por el Senado (CP, art. 239, inc. 2.°).

4. Elegir dos de los seis magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (CP, art. 254, núm. 1.°).

---

[861] Los magistrados de la CSJ son elegidos mediante el sistema de cooptación, lo que ha causado algunos traumatismos en casos de falta de acuerdo por la Sala Plena, como en la situación reciente en la que llegó a contar solo con 15 de los 23 magistrados que la conforman. Sobre este sistema, Castillo Sánchez, Camilo Ernesto. *El origen de la cooptación en la elección de la Corte Suprema de Justicia (1949-1957)*. Tesis doctoral. Directora: Tatiana Rincón Covelli. Bogotá: Universidad del Rosario, 2016. 222 p.; Henao Ospina, Marino Tadeo. *Selección de jueces de altas cortes en el derecho público comparado*. Bogotá: Cuéllar, 2016; Guevara Rivera, Yenny Carolina. «Perfil socio-profesional de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en el período comprendido entre 1991 y 2013». En: *Precedente*. Julio-diciembre de 2015. vol. 7, pp. 153-196. Cali: Universidad ICESI. Disponible en: https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2102

5. Elegir al Registrador Nacional del Estado Civil, a través de su presidente, junto con los presidentes de la CC y del CE (CP, art. 266, inc. 1.°, mod. Acto Legislativo 1/2003, art. 15).

6. Elegir uno de los tres miembros de la terna para la elección del Contralor General de la República por el Congreso (CP, art. 267, inc. 5.°).

7. Elegir uno de los tres miembros de la terna para la elección del Procurador General de la Nación por el Senado (CP, art. 276).

8. Elaborar la terna para la elección del Auditor General de la República por el CE (Ley 270/96, art. 35, núm. 9.°).

c) Otras funciones administrativas:

1. Darse su propio reglamento (CP, art. 235, núm. 9.°).

A pesar de que no son funciones propiamente dichas, la Corte promueve y participa, como institución o a través de sus magistrados en forma personal, en jornadas académicas.

Como se observa, la CSJ colombiana tiene asignada una amplia competencia en distintos asuntos, muchos ajenos a su naturaleza de tribunal de casación, pero que no necesariamente son incompatibles por su papel de tribunal supremo[862]. Es posible sostener que el anterior conjunto de competencia no es en

[862] Algunas funciones, como las relativas a la nominación de altos cargos del Estado, pueden ser necesarias para mantener el sistema de frenos y contrapesos. Sobre este sistema, Corte Constitucional. Sentencia C-141/10, de 26 de febrero de 2010, MP Humberto Antonio Sierra Porto. También es relevante el juzgamiento de altos funcionarios del Estado, que permite armonizar, de una parte, la garantía constitucional del juez natural de ciertos servidores del Estado, con la garantía de independencia frente a personas que, por la alta dignidad del cargo, pueden ejercer una afectación a la independencia respecto a un juez de menor jerarquía.

Sobre la importancia del papel de la Corte en el juzgamiento de servidores públicos que ejercen altos cargos, Cruz Rodríguez, Michael. *Las relaciones entre el poder judicial y la clase política institucionalizada 1991-2013. Tres estudios sobre la independencia práctica*. Tesis de Maestría. Director: Camilo Alberto Borrero García. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2013. 189 p. La referencia es a las pp. 121-138. Del mismo autor, «Corte Suprema de Justicia y parapolítica en Colombia (2007-2013). Una interpretación socio-jurídica». En: *DÍKÊ. Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*. Octubre 2016-marzo de 2017. año 10, núm. 20, pp. 237-270. Puebla, México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Disponible en: http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/article/view/245/222

principio negativo, pues puede tener justificación jurídica y política, pero sí es conveniente reflexionar sobre cuáles son las funciones principales que está llamada a cumplir y que pueden verse afectadas por la atención prestada al ejercicio de otras, que si bien importantes, no son de su esencia.

No siendo un tribunal de tercera instancia, la CSJ no debiera actuar en todos los procesos, sino solo su intervención se justifica para alcanzar el cumplimiento de su finalidad institucional. En este sentido, si los fines de la casación, como se ha analizado, de una parte, consisten en la defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico y la unificación de la jurisprudencia, y no en su reiteración constante, en estricto sentido, el tribunal de casación exclusivamente tendría que decidir aquellos recursos que tiendan a garantizar el acatamiento de dichos fines[863].

Como se ha notado, muchas sentencias de casación lo que hacen es reiterar la jurisprudencia (CGP, art. 347, núm. 1.°)[864], no unificarla, lo que implica dos consecuencias: *i)* se desnaturaliza el fin de unificación de la jurisprudencia, para convertirse en un órgano que reitera, tal vez de modo innecesario, sus criterios unificados previamente y; *ii)* se adquiere un inmenso peso de trabajo debido a que se tramitan y deciden recursos que no conllevan a cumplir los fines de la casación, haciendo de la casación poco útil en el sistema jurídico. De otra parte, a pesar de que la casación también tiene un fin privado, ya se ha analizado cómo se armoniza la garantía de los fines de la casación, sin desconocer el interés privado de las partes (cap. II, núm. 2.6).

---

[863] Sobre la violación o falsa aplicación de normas de derecho como motivo de casación italiana, afirma Liebman: «Es este el motivo más característico, aquél que más que todos califican y definen las funciones propias de la Corte, de conformidad con su origen histórico: el error de derecho en el juicio». Liebman, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1980. pp. 506-507.

[864] El artículo 347, núm. 1.° del CGP establece: «Selección en el trámite del recurso de casación. La Sala, aunque la demanda de casación cumpla los requisitos formales, podrá inadmitirla en los siguientes eventos:
1. Cuando exista identidad esencial del caso con jurisprudencia reiterada de la Corte, salvo que el recurrente demuestre la necesidad de variar su sentido».

En la jurisprudencia, Sala de Casación Civil y Agraria. AC3572-2019, de 27 de agosto de 2019, MP Luis Armando Tolosa Villabona. pp. 19-22.

En Colombia, algunas de las medidas identificadas por Calamandrei (núm. 2.2) han sido adoptadas, además de otras propuestas por la doctrina posterior y de experiencias del derecho comparado.

Para iniciar, frente al primer grupo de medidas, la CSJ, *i)* ha estado históricamente[865] dividida en Salas, ahora una Civil, una Laboral y una Penal y; *ii)* a partir de la Ley 270/96, la Corte aumentó el número de sus magistrados, pasando a tener 23 (7 en la Sala Civil, 7 en la Laboral y 9 en la Penal).

Respecto al segundo grupo de propuestas, la regla general es que no se ha adoptado, excepto, *i)* la *summa cassationis,* que varía en materia civil (1000 salarios mínimos) y laboral (120 salarios mínimos) y; *ii)* la limitación de las causales, aunque solo en materia laboral[866], no en civil[867], ni penal[868].

2.3.2 Caso especial de la Corte Constitucional. Por último, si bien no es un tribunal de casación, la CC colombiana es una Alta Corte que presenta un problema similar de sobrecarga de actividad al planteado.

La siguiente estadística permite observar el inmenso volumen de sentencias emitidas en el trámite de la acción de tutela, en primera y segunda instancia, que recibe la CC para la eventual revisión. También, y es lo que se resalta, el mecanismo de selección que permite a la Corte proferir una mínima cantidad frente al total

---

[865] A partir del Acto Legislativo 3 de 1910, que modificó la Constitución de 1886, se estableció que «La Corte Suprema de Justicia se compondrá de nueve Magistrados. La ley la dividirá en Salas…» (art. 35). A su vez, el Acto Legislativo 1 de 1924 creó las Salas de la Corte, así: «La Corte Suprema de justicia se compondrá del número de Magistrados que determine la ley, pero ese número no podrá ser menor de nueve. La misma ley dividirá la Corte en Salas, una de las cuales será para la Casación en materia civil, otra para la Casación, en asuntos criminales, y otra de Negocios Generales…;» (artículo único).

[866] El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (art. 87) solo establece dos causales de casación: *i)* violación de la ley sustancial (directa e indirecta) y, *ii)* violación del principio *reformatio in pejus*.

[867] El Código General del Proceso (art. 336) consagra estos motivos de casación: *i)* violación de norma jurídica sustancial (directa e indirecta), *ii)* incongruencia de la sentencia, *iii)* violación del principio *reformatio in pejus* y, *iv)* nulidad procesal insanable.

[868] El Código de Procedimiento Penal (Ley 906/04, art. 181) señala estas causales de casación: *i)* violación de norma jurídica llamada a regular el caso, *ii)* desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida y, *iii)* manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba.

recibido. Un aspecto trascendental: a pesar de las pocas sentencias, frente a lo recibido, la jurisprudencia de la CC tiene un impacto relevante en las decisiones de los jueces de tutela de instancia.

En efecto, la CC, además del control de constitucional de las leyes y otras disposiciones (CP, art. 241), tiene la atribución de «Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales» (*ibid.*, art. 241, núm. 9.°). Teniendo en cuenta la imposibilidad de revisar todas las sentencias de tutela de primera instancia, que no fueren impugnadas, o en segunda instancia por todos los jueces del país, con el propósito de unificar la interpretación constitucional y fijar el alcance de los derechos fundamentales, partiendo de casos concretos, la CC ejerce la eventual revisión, haciendo la selección de aquellos casos que presenten trascendencia constitucional y permitan alcanzar el objetivo indicado (Decreto Ley 2591/91, art. 33).

Esta eventual revisión no es un recurso, sino un mecanismo constitucional oficioso (CP, art. 86, inc. 2.°) que posibilita la unificación de la interpretación constitucional, así como la protección de los derechos fundamentales en casos concretos, pero extendiendo esa interpretación a casos similares (precedente constitucional). Esto guarda una sorprendente similitud con la casación. Entonces, si el mecanismo funciona en la CC, sin necesidad de acudir a una cuantía, que sería incoherente con la unificación de la interpretación constitucional y la defensa de los derechos fundamentales, vale la pena considerar su estudio para la casación.

COLOMBIA - CORTE CONSTITUCIONAL REVISIÓN DE SENTENCIAS DE TUTELA (1992-2019)				
AÑO	SENTENCIAS RECIBIDAS PARA EVENTUAL REVISIÓN	SENTENCIAS DE TUTELA PROFERIDAS	SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN PROFERIDAS	PORCENTAJE
2019	620.242	364	40	0,07
2018	607.498	428	37	0,08
2017	607.500	561	29	0,10
2016	618.300	516	30	0,09
2015	614.520	577	37	0,10
2014	498.240	772	17	0,16
2013	455.500	744	20	0,17
2012	424.400	866	11	0,21
2011	405.360	779	5	0,19
2010	403.380	868	4	0,22
2009	370.640	757	3	0,21
2008	345.780	996	3	0,29
2007	283.975	898	4	0,32
2006	256.372	843	2	0,33
2005	224.673	1057	4	0,47
2004	198.314	903	0	0,46
2003	149.455	865	12	0,59
2002	143.888	778	6	0,54
2001	132.367	957	19	0,74
2000	132.671	1320	24	1,01
1999	86.314	678	28	0,82
1998	10.872	543	22	5,20
1997	64.299	361	15	0,58
1996	31.622	347	7	1,12
1995	30.069	391	12	1,34
1994	19.270	358	2	1,87
1993	19.270	389	5	2,04
1992	19.269	182	0	0,94

Tabla XI. Estadística de la Corte Constitucional colombiana sobre revisión de sentencias de tutela (1992-2019).

Elaboración propia a partir de la información consultada en la página Web de la Corte Constitucional[869].

[869] La tabla se ha elaborado a partir de la estadística de la Corte Constitucional. Disponible en la página Web de la Corte: https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php

La anterior estadística permite unas reflexiones:

i) Si la comparación del número de decisiones del tribunal de casación de Italia, Francia y España (núm. 2.1) con el de la Supreme Court norteamericana (cap. I, núm. 3.1) evidencia una gran diferencia, siendo en 2019, limitado a la casación civil en los tres países europeos indicados, de 33.048, 17.813 y 5603, respectivamente, frente a las 68 resoluciones del tribunal norteamericano emitidas en 2018[870], la comparación con el número de sentencias de revisión de tutela de la CC colombiana resulta extraordinaria. Puede objetarse que la comparación no es entre tribunales de casación, pues en efecto la Supreme Court, ni la CC, no lo son. Sin embargo, sí son tribunales supremos en los asuntos de su competencia y utilizan un filtro para intentar alcanzar los objetivos para los que fueron creados, dentro de un funcionamiento coherente con su posibilidad real de actuar.

ii) A pesar de que la Supreme Court ha proferido en los últimos tiempos menos de 100 resoluciones por año –en el periodo 1994-2010, el mayor número de resoluciones fue en el año 1997 con 92– (cap. I, núm. 3.1), la CC colombiana, tratándose de sentencias de revisión de tutela, excluidas las de control de constitucionalidad, emite un mayor número, pero la cantidad de sentencias para revisar que recibe cada año es un porcentaje altísimo frente a todos los tribunales de casación y la Supreme Court. La estadística muestra que durante el año 2019 a la CC ingresaron 620.242 sentencias de tutela, de las cuales revisó 404, esto es, solo el 0,07 %. Por supuesto, la justificación se encuentra en la regulación de la competencia de estos tribunales. La gran cantidad de asuntos recibidos por la CC se explica porque todas las sentencias que se dictan por todos los jueces del país deben remitirse a la CC, lo que no sucede en los otros tribunales supremos. Pero se trata es de resaltar como en el caso de un tribunal de esta naturaleza, ante una competencia tan relevante, se ha diseñado un mecanismo que permite cumplir su finalidad y funcionamiento adecuado. Además, un dato importante es el número de magistrados de la CC, que solo es de nueve, lo que hace más meritoria su labor.

---

[870] Supreme Court of the United States. 2019 *Year-End Report on the Federal Judiciary*. Disponible en: https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2019year-endreport.pdf

3. CRISIS DE AUTORIDAD: EL VALOR DE SUS DECISIONES

Desde un punto de vista general, antes de tratar el punto en el tribunal de casación, es conveniente recordar que ha existido interés en la doctrina en la distinción entre el valor de la decisión judicial en las familias jurídicas del *common law* y *civil law*.

Según Cross y Harris[871] se ha considerado que en el *common law*, en concreto, en el derecho inglés, la necesidad de certeza del derecho –que no ha estado codificado al nivel del *civil law*– condujo a establecer reglas a través de la jurisprudencia (precedente), mientras que en el caso del derecho continental, en especial, en el derecho francés, la codificación y la pretensión de completitud del Code Civil de 1804, hizo innecesaria la interpretación judicial, que incluso fue prohibida por alguna ley de la Revolución francesa, como explica Marinoni[872]. Así, el precedente no tenía utilidad, pues siendo la ley suficiente, el juez no era «sino la boca por donde habla la ley», en célebre expresión de Montesquieu[873].

En este sentido, Marinoni[874] precisa, en referencia al Tribunal de Cassation francés, que solo tenía la función de casar o anular la sentencia que hiciera una interpretación errónea, no fijar la interpretación de la ley creada por el poder legislativo. Lo cierto es que la evolución del ordenamiento jurídico ha evidenciado que la completitud del derecho legislado fue una utopía de la Revolución francesa y hace mucho tiempo se admite la necesidad de interpretación de la disposición

---

[871] Cross, Rupert y Harris, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Traducción de María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012. pp. 32-33. En la p. 33 se lee: "… «para evitar que la justicia inglesa fuese diluida e inestable, la misma requería de un fuerte cemento. Esto fue precisamente lo que se encontró en la doctrina del precedente propia del *common law* que aportó al ordenamiento rigidez y certeza»[18]". Nota de la cita: [18] "«Precedent in English and Continental Law», *LQR*, 50 (1934), 40-62".

[872] Marinoni, Luiz Guilherme. *Precedentes obligatorios*. Traducción de Christian Delgado Suárez. Lima: Palestra, 2013. pp. 62-66.

[873] Montesquieu, Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de. *El espíritu de las leyes. t. I*. Vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906. p. 237. Disponible en la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, Fondo Antiguo Digital: https://archive.org/details/espirituDeLasLeyesT1/mode/2up

[874] Marinoni, *Precedentes obligatorios*. ob. cit., p. 65.

jurídica, por varias razones, entre ellas, porque: *i)* el derecho legislado es producto de un proceso legislativo generalmente demorado frente al avance de las relaciones sociales, *ii)* el derecho legislado en ocasiones permanece vigente durante mucho tiempo perdiendo adaptabilidad a las nuevas épocas, *iii)* la complejidad del ordenamiento jurídico y la producción continua de derecho legislado en ocasiones puede conducir a lagunas y antinomias, *iv)* el legislador no siempre utiliza el lenguaje adecuado en la elaboración de la disposición causando oscuridad en el texto legal y, *v)* la disposición legal en ocasiones es creada desconociendo los valores, principios y derechos constitucionales que debe acatar.

Por otra parte, se ha observado que una finalidad de la casación es la unificación o uniformidad de la interpretación jurisprudencial, como se explica en la teoría clásica de la casación, especialmente en la obra de Calamandrei[875], que también la doctrina contemporánea resalta como finalidad de la casación, como Taruffo[876] (cap. II, núm. 2.5). También se ha visto que esta función ha sido parte de la ordenación legal de la casación en Colombia desde su adopción y continúa así hasta los códigos procesales actuales.

El valor de la jurisprudencia y, en particular, de las decisiones del tribunal, como fuente formal de derecho, persuasivo o vinculante[877], tiene relevancia frente a otros propósitos del Estado, como la garantía del principio constitucional de igualdad de los justiciables ante la jurisdicción[878], así como la unidad del derecho, seguridad jurídica, certeza del derecho y previsibilidad de la decisión judicial;

[875] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 65-99.

[876] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 145-151, 230-233.

[877] Gascón Abellán, Marina. «Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función?» En: Gascón Abellán, Marina y Núñez Vaquero, Álvaro (coords.). *La construcción del precedente en el* civil law. Barcelona: Atelier, 2020. pp. 165-189. La cita es de las pp. 167-172.

[878] Guardada la distancia natural, así como en la medicina se espera que un médico siga el mismo tratamiento frente a un paciente de similar condición de salud que uno anterior que fue así tratado y tuvo un efecto positivo en su recuperación, se esperaría en el derecho que un juez interprete de modo similar la disposición en un caso presente frente a uno pasado, más allá de la diferencia de diagnóstico y de algunos hechos que no sean los supuestos de la disposición, respectivamente.

también la estabilidad[879] del derecho[880]. Es de esperar que siendo una la ley, los jueces al interpretarla y aplicarla le hagan producir el mismo alcance y efecto ante el mismo supuesto de hecho. Lo contrario afectaría la igualdad si un asunto se resuelve de un modo diferente a otro teniendo como fundamento jurídico la misma disposición normativa, y causaría desconfianza en la sociedad que podría percibir en la administración de justicia un poder arbitrario.

A pesar de lo anterior, no en todo Estado la jurisprudencia es fuente formal de derecho, ni tiene por lo mismo, fuerza vinculante. Es el caso de Italia, Francia y España, para citar tres tribunales relevantes a los que se ha hecho referencia en la investigación en otros puntos (cap. I, núm. 3.3; cap. V, núm. 2.1). Esto no excluye que la jurisprudencia pueda tener un efecto persuasivo.

Para hacer referencia a un asunto, en el caso de España, el Código Civil de 1889[881], con la modificación de 1974 (art. 1.°.1), señala como fuentes «la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». Respecto a la jurisprudencia del TS dispone: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho» (art. 1.°.6). Coherente con lo anterior, así se establece en la Exposición de motivos (núm. XIV) de la LEC/2000[882].

---

[879] Marinoni sostiene que la seguridad jurídica desde el punto de vista objetivo se traduce en la estabilidad del orden jurídico y las decisiones judiciales. Marinoni, *Precedentes obligatorios*. ob. cit., p. 147.

[880] Pérez Ragone, Álvaro y Pessoa Pereira, Paula. «Función de las cortes supremas de Brasil y Chile en la generación y gestión del precedente judicial entre lo público y lo privado». En: *Revista de Derecho (Valparaíso)*. Enero-junio, 2015. núm. XLIV, pp. 173-214. Valparaíso, Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n44/a06.pdf

[881] Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

[882] «En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante -sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo-, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica».

A pesar de estos fundamentos, en teoría existe un caso de jurisprudencia del TS que resultaría vinculante para los jueces de instancia, en el caso del recurso en interés de la ley (LEC/2000, art. 493)[883].

Luego, siendo la unificación de la jurisprudencia una finalidad de la casación es de relevancia identificar el medio del cual se puede servir el tribunal para lograr su finalidad y el valor que se asigne a la uniformidad realizada. Este aspecto puede tener manifestación en la ordenación legal del recurso, pues mereciera establecerse como motivo de casación la violación de la doctrina jurisprudencial del tribunal, como sucede en España (LEC, art. 477-3.°-3)[884].

En efecto, un aspecto que llamó la atención de Calamandrei[885] fue el de los medios para alcanzar la unificación de la jurisprudencia, lo que conduce luego al valor que se asigne a dicha uniformidad de la jurisprudencia frente a las decisiones de los jueces de instancia, esto es, si en el ejercicio de su función jurisdiccional están vinculados por el criterio del tribunal o si pueden, con su independencia judicial, adoptar un criterio de interpretación diferente. Calamandrei identificó algunos medios, pasando por la abolición de la motivación de la decisión, el precedente del sistema angloamericano, la interpretación autentica y la prohibición de interpretación jurisprudencial, los cuales rechazó[886], hasta llegar al sistema de la casación, único según él, adecuado a la finalidad de la institución.

---

[883] «La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo».

No obstante, como se ha expresado, este recurso español, a pesar de su regulación legal, no ha tenido aplicación porque los Tribunales Superiores de Justicia no han asumido la competencia para decidir el recurso extraordinario por infracción procesal (art. 468) –cuya sentencia que lo resuelve es recurrible en interés de la ley–, conforme a la Disposición final decimosexta, que fijó un «Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios». Al respecto, ver notas 336 y 440.

[884] En Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1750-2018, de 23 de mayo de 2018, rad. 49.009, MP Fernando Alberto Castro Caballero. La Corte consideró: «… en sede de casación lo que se debe atacar no es la inobservancia de la jurisprudencia sino la aplicación indebida de la norma y la correlativa falta de aplicación de otra que está llamada a resolver el caso, pues se está ante una controversia eminentemente jurídica». p. 19.

[885] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 87-93.

[886] *ibid.*, pp. 92-93.

Como se puede resaltar, el punto del valor de las decisiones del tribunal, persuasivo o vinculante, guarda relación directa con el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los jueces de instancia, postulado esencial del Estado social de derecho (CADH, art. 8.°; CP, art. 228). De ahí que, una postura favorable al carácter persuasivo implicaría un respeto absoluto a este principio, mientras que de aceptarse el carácter vinculante, necesariamente debe encontrarse justificación a su limitación. Acá resulta conveniente, frente a la segunda postura, precisar el grado vinculante de las decisiones del tribunal, si lo son de modo absoluto o relativo, pues esto incide en la elección que se pueda hacer entre estos dos aspectos.

De otra parte, la crisis de funcionamiento vista tiene una relación con la crisis de autoridad en un aspecto, consistente en que la sobrecarga de actividad puede conducir a una jurisprudencia superficial en la medida en que no permitiría una labor reflexiva –que naturalmente exigiría disponer del tiempo necesario–, con el riesgo de generar una jurisprudencia dispersa, en lugar de uniforme, como se esperaría[887].

Bujosa Vadell[888] plantea dos aspectos relevantes a considerar en el tratamiento del valor de las decisiones de las Altas Cortes, relacionados de una parte, con el sistema de fuentes y, de la otra, la convivencia de varias Altas Cortes, especialmente en lo que respecta al tribunal de casación con el advenimiento de los tribunales constitucional y supranacionales.

A su vez, Marinoni[889] sostiene que «un tribunal supremo de precedentes es *imprescindible* en el Estado contemporáneo» (cursiva del texto), debido a la

---

[887] Se reitera la cita de Oteiza (nota 157), quien transcribe un fragmento de la decisión del caso «Rogers vs. Missouri Pacific Railroad Co», de 1957, en el que se expone claramente la razón de la selección de los asuntos (p. 72). Oteiza, Eduardo. «El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso». En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Abril, 1998. año 3, núm. 1.°, pp. 71-85. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Palermo. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica06.pdf

[888] Bujosa Vadell, Lorenzo M. «El valor de la jurisprudencia de las Altas Cortes: perspectiva española». En: Priori Posada, Giovanni (coord.). *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Lima: Palestra, 2015. pp. 77-104.

[889] Marinoni, Luiz Guilherme. «El precedente interpretativo». En: Priori Posada (coord.). *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. ob. cit., pp. 213-232. La cita es de las pp. 231-232.

necesidad de garantizar la coherencia del sistema jurídico, pues siendo este único, el Estado tiene el deber de garantizar dicha unidad, de ahí que, la fuerza del precedente fijado por el tribunal supremo debe tener fuerza obligatoria.

3.1 Valor de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia

Antes de tratar el punto del valor de las decisiones del tribunal de casación, es conveniente mostrar el panorama general de las fuentes del derecho en Colombia y el lugar que ocupa en este la jurisprudencia. En este sentido, el art. 230 de la Constitución establece el sometimiento de los jueces al «imperio de la ley», entendida como el conjunto del ordenamiento jurídico[890] [Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos, tratados y convenios internacionales, leyes en sus distintos tipos (estatutarias, orgánicas, ordinarias), decretos y demás normativa]; también señala el art. 230 como criterios auxiliares «La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina».

Respecto al papel de la jurisprudencia[891], hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, regía el art. 4.° de la Ley 169/1896, que consagraba la doctrina probable como criterio auxiliar. No obstante, a partir de la regulación legal de los efectos de ciertas clases de sentencias, la Corte empezó a precisar algunos puntos, así:

i) La necesidad de diferenciar las sentencias emitidas por los jueces en procesos, p. ej., civiles, penales y laborales, cuyos efectos son *inter partes*,

---

Sobre la justificación de un sistema de precedentes, Marinoni, *Precedentes obligatorios*. ob. cit., pp. 136-221; de forma sintética, el mismo autor, *La ética de los precedentes*. Traducción de Laura Criado Sánchez. Revisión de la traducción de Christian Delgado Suárez. Lima: Palestra, 2017. pp. 89-102.

[890] Corte Constitucional. Sentencia C-131/93, de 1.° de abril de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero. p. 12.

[891] Yáñez Meza, Diego Armando. «El derecho de los jueces y el derecho de la administración pública: de la doctrina legal más probable al procedimiento de extensión de la jurisprudencia». En: *Revista Academia & Derecho*. Julio-diciembre, 2019. año 10, núm. 19, pp. 195-231. Cúcuta: Universidad Libre Seccional Cúcuta. Disponible en: http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/361

conforme al art. 17 del Código Civil[892]. Esta disposición fue declarada exequible por la CC en sentencia C-461/13[893], «bajo el entendido de que no impide la existencia de efectos *erga omnes* y extensivos en las sentencias que deciden las acciones constitucionales» (cursiva del texto).

ii) La Constitución establece que «Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional» (art. 243, inc. 1.°).

iii) Por vía de interpretación, la CC ha sostenido que, a pesar de que sus sentencias de revisión de tutela y unificación producen efectos *inter partes*[894] –como regla general, pues excepcionalmente pueden tener efectos *inter comunis*[895] e *inter pares*[896]– la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales que las

---

[892] «Fuerza de las sentencias judiciales - Interpretación por vía de decisión o de especie. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria».

[893] Sentencia C-461/13, de 17 de julio de 2013, MP Nilson Pinilla Pinilla.

[894] Ley 270 (7, marzo, 1996). Estatutaria de la administración de justicia. Diario Oficial. Bogotá, 1996. núm. 42.745, 15 de marzo; art. 48; Decreto Ley 2591 (19, noviembre, 1991). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario Oficial. Bogotá, 1991. núm. 40.165, 19 de noviembre; art. 36.

[895] Sentencia T-987/12, de 23 de noviembre de 2012, MP Luis Ernesto Vargas Silva. p. 52: «Esta situación lleva a concluir que en la presente controversia es necesario otorgarle efectos *inter comunis* a la orden de protección a adoptar. Este mecanismo ha sido utilizado por la Corte para extender el grado de protección de los derechos fundamentales en aquellos asuntos en que se advierta que varios sujetos están incursos en la misma situación de hecho que dio lugar a la protección constitucional en sede jurisdiccional. La jurisprudencia ha señalado que esta alternativa es excepcional y solo procede cuando se está ante la evidencia de afectación de derechos fundamentales de sujetos que, si bien no fueron parte en la acción de tutela, se encuentra en los mismos supuestos fácticos que dieron lugar al amparo» (cursiva del texto).

[896] Sentencia T-012/19, de 22 de enero de 2019, MP Cristina Pardo Schlesinger. pp. 72-73: «El artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 establece, como regla general, que "*las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto (…)"*; es decir, que las decisiones judiciales proferidas por la Corte Constitucional en su labor de revisión solo afectan las situaciones particulares de quienes intervienen en el proceso de tutela. Sin embargo, de manera excepcional, la Corte ha optado por extender los efectos de sus sentencias cuando advierte, en un determinado asunto, que amparar exclusivamente los derechos invocados por quien promueve la acción podría implicar el desconocimiento de las garantías fundamentales de quienes no acudieron a dicho mecanismo. Esta amplificación de los efectos de una sentencia a otras personas que se encuentran en circunstancias similares a las del accionante han sido denominados efectos *inter pares*[161]». Nota de la cita: [161] «Corte Constitucional, sentencia T-100 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos. En el mismo sentido, la sentencia T-338 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos» (cursiva del texto).

motivan constituye doctrina constitucional y es obligatoria para todos los jueces, pues la Corte actúa como intérprete de la Constitución[897].

iv) La sentencia proferida por el juez administrativo «que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*» (Ley 1437/11[898], art. 189).

v) Frente al valor de las decisiones del tribunal de casación, como se indicó, el art. 4.° de la Ley 169/1896 adoptó la doctrina probable como criterio auxiliar, pero en virtud de la sentencia C-836/01[899] de la CC, se declaró exequible la disposición, «… siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión…,»[900].

vi) Un aspecto importante es el tratamiento penal que puede tener el desconocimiento de la interpretación de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones. Al menos dos referencias pueden indicarse:

a) El tipo penal de prevaricato por acción[901] contiene la descripción de la conducta del servidor público que «profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley…,», término «ley» que ha sido interpretado por la jurisprudencia de la CSJ como sinónimo más usado de «norma jurídica aplicable al caso concreto», conforme reseñó la CC en sentencia C-335/08[902], por la cual se declaró exequible el art. 413 del Código

---

[897] Corte Constitucional. Sentencia T-1151/08, de 25 de noviembre de 2008, MP Jaime Córdoba Triviño. pp. 6-7.

[898] Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá, 2011. núm. 47.956, 18 de enero.

[899] Sentencia C-836/01, de 9 de agosto de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil.

[900] Del Río Ferretti denomina esta opción principio *iurisprudentia novit curia*. Río Ferretti, Carlos del. «La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y *iurisprudentia novit curia* en una futura reforma legal». En: *Revista Chilena de Derecho*. 2015. vol. 42, núm. 2, pp. 483-513. Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile. La cita es de las pp. 507-509. Disponible en: http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v42n2/art05.pdf

[901] Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial. Bogotá, 2000. núm. 44.097, 24 de julio; art. 413.

[902] Sentencia C-335/08, de 16 de abril de 2008, MP Humberto Antonio Sierra Porto.

Penal. En esta sentencia la Corte consideró que es posible que el prevaricato se cometa al violar manifiestamente la jurisprudencia, con una limitación[903].

b) La Corte Suprema de Justicia[904] al resolver un recurso de apelación en un proceso penal contra un juez por el delito de prevaricato por acción por desconocer el precedente sostuvo que «las decisiones de los jueces deben estar sometidas a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional…,» (subrayado fuera del texto).

Reseñado de modo breve el panorama de la jurisprudencia en el sistema de fuentes es conveniente recordar que, en Colombia, excepto en la etapa inicial de la ordenación legal de la casación, durante pocos años (1886-1896), hubo incertidumbre sobre el valor de las resoluciones del tribunal de casación, pasando de la doctrina legal a la doctrina probable, que se estableció en definitiva, hasta nuestros días, en virtud de la Ley 169/1896 (cap. I, núm. 2.5). Esta situación permaneció inmóvil durante casi un siglo hasta la adopción de la Constitución de 1991 y de la interpretación posterior de la CC, especialmente de la consolidada en la sentencia C-836/01.

Como elemento llamativo, en Colombia existen varias Altas Cortes, pero a pesar de pertenecer a la rama judicial y estar sometidas a la Constitución y al mismo

---

[903] *ibid.*, p. 38: «La Corte considera que, contrario a lo sostenido por los demandantes, el delito de prevaricato por acción no se comete por una simple disconformidad que se presente entre una providencia, resolución, dictamen o concepto y la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes, a menos que se trate de un fallo de control de constitucionalidad de las leyes o de la jurisprudencia sentada por aquéllas que comporte una infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general».

[904] Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de mayo de 2010, rad. 33.331, MP Alfredo Gómez Quintero. pp. 27-28: «La jurisprudencia cumple la función constitucional de **unificación del derecho nacional**, y su carácter obligatorio dimana no sólo de la propia Constitución Política (artículo 243), sino de múltiples decisiones en las que la propia Corte Constitucional se ha referido al tema de **la jurisprudencia como "fuente del derecho"**, en aras de preservar la vigencia de los principios de *seguridad jurídica, confianza legítima en las decisiones de los jueces e igualdad en el acceso a la Administración de Justicia para la solución de los conflictos*[21]» (negrita, subrayado y cursiva del texto). Nota de la cita: [21] «Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C – 400 de 1998, SU 047 de 1999, C – 392 de 2000, SU – 1300 de 2001, SU – 1185 de 2001, C – 252 de 2001, C-836 de 2001, C – 1064 de 2001, C – 1216 de 2001, C – 1260 de 2001, C – 228 de 2002, SU – 120 de 2003, C – 451 de 2003, C – 931 de 2004, C – 710 de 2005, C – 335 de 2008, entre otras».

sistema de fuentes[905], tienen diferente tratamiento del valor de sus decisiones, pues tratándose del tribunal de casación, el medio aceptado es el de la doctrina probable mientras que, en la CC[906] y el CE[907], el medio es el precedente.

3.2 Doctrina probable

La doctrina probable adoptada en Colombia por la Ley 169/1896, a partir de la sentencia C-836/01 de la CC, tiene las siguientes características principales:

i) Se limita exclusivamente a las decisiones de la CSJ, lo que excluye las decisiones de otras Altas Cortes, como la CC y el CE.

ii) Se restringe a las decisiones de la CSJ actuando como tribunal de casación, lo que descarta otras decisiones de la Corte, p. ej., cuando resuelve los recursos extraordinarios de revisión y anulación[908] o las resoluciones a través de autos.

iii) Se constituye a partir de un número mínimo legal de decisiones uniformes, sobre un mismo punto de derecho, lo que resulta ser una especie de tarifa legal, que no tendría justificación hoy, pues la cantidad mínima se justificó históricamente al adoptarse la *doctrina constante*, cuya denominación daba a entender que el criterio jurisprudencial debía cumplir un requisito de reiteración para consolidarse como doctrina.

iv) Su valor frente a la misma Corte y jueces de instancia, teniendo carácter vinculante relativo, implica, tanto para el tribunal de casación, como los jueces de instancia, el deber de acatarla, pero pueden apartarse de ella exponiendo «clara y

[905] Sobre el sistema de fuentes colombiano, Corte Constitucional. Sentencia C-621/15, de 30 de septiembre de 2015, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[906] Sentencia T-078/19, de 26 de febrero de 2019, MP Antonio José Lizarazo Ocampo.

[907] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 4 de septiembre de 2017, rad. 68001-23-31-000-2009-00295-01(57279), CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[908] La razón principal de esta limitación se halla en que solo con la casación se persigue por el Estado la unificación de la interpretación jurisprudencial, los demás recursos tienen diversa naturaleza, a pesar de que son competencia de la Corte, en este caso como una Corte Suprema, no como tribunal de casación.

razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión». Estas características principales se resaltan porque permitirán más adelante plantear una comparación con el precedente.

3.2.1 ¿Diferencia entre doctrina probable y precedente? Ahora bien, ¿existe diferencia sustancial entre la doctrina probable y el precedente? La CC en la sentencia C-621/15[909] sostiene que sí porque la doctrina probable «establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial…,», en tanto que el precedente «establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutiva de la decisión». A partir de la jurisprudencia de la CC, la doctrina[910] también distingue las dos instituciones.

Sin embargo, es posible considerar que en el fondo no hay diferencia sustancial y se refieren a lo mismo –más allá del criterio orgánico (la doctrina probable solo emana de la CSJ) y del criterio cuantitativo (la doctrina probable se configura a partir de un número mínimo de tres decisiones uniformes)–, por estas razones:

i) La doctrina probable y el precedente son parte de la jurisprudencia, en concreto, se identifican con la *ratio decidendi* de la resolución.

ii) Ambas instituciones tienen el mismo fundamento, esto es, garantizar el principio constitucional de igualdad y la unidad del derecho, manifestada en la seguridad jurídica, certeza del derecho y previsibilidad de la decisión judicial.

iii) A pesar de que la CC señala que el precedente fija «reglas sobre la aplicación de las normas», como criterio para la distinción con la doctrina probable

[909] Sentencia C-621/15, ob. cit., p. 51.

[910] Arévalo Guerrero, Ismael Hernández. *Jurisprudencia: de la interpretación al precedente*. Bogotá: Ibáñez, 2018. pp. 154-170.

También a nivel de investigación doctoral, Tolosa Villabona, Luis Armando. *La jurisprudencia como medio para la protección de los derechos fundamentales*. Tesis doctoral. Directora: Ana Yasmín Torres Torres. Bogotá: Universidad Libre. 2020. 397 p. La referencia es a las pp. 289-350.

(reglas de interpretación), en el fondo lo que hace es determinar el sentido de la disposición (interpretación). También la doctrina probable tiene efecto en la aplicación, como cuando la CSJ fija cómo debe interpretarse y aplicarse previamente. La interpretación es un paso previo a la aplicación y no podrían distinguirse para sostener que una institución se ubica y limita a un paso y no tiene cabida en el otro.

iv) Ambas instituciones establecen la *ratio decidendi* que servirá de criterio interpretativo a los demás jueces.

v) En el caso del CE, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (Ley 1437/11, art. 256) tiene finalidades similares a la casación y no se duda de que el CE elabora precedente[911].

vi) El precedente tradicionalmente ha sido una institución que se ha identificado como propia del *common law*[912] y, por tanto, ajena al *civil law*. Aun así, esto ha cambiado, y en Colombia, en especial a partir de la jurisprudencia de la CC ha sido objeto de estudio y aplicación en materia constitucional[913] y administrativa[914], así como por la misma CSJ[915], aunque en menor medida.

---

[911] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia de 1.° de agosto de 2019, rad. 68001-33-33-001-2013-00046-01(58317), CP María Adriana Marín. pp. 11-12.

[912] Cross y Harris, *El precedente en el derecho inglés*. ob. cit. En Colombia, Tamayo Jaramillo hace una crítica a la adopción del precedente, que considera ajeno, no solo a nuestra tradición jurídica, sino incompatible con la Constitución de 1991. Tamayo Jaramillo, Javier. «El precedente judicial ¿obligatorio?» En: Tamayo Jaramillo, Javier y Jaramillo J., Carlos Ignacio. *El precedente en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Ibáñez, 2012. pp. 1-173.

[913] Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. 1.ª ed., 5.ª reimpresión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. pp. 147-191; López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2.ª ed., 16.ª reimpresión. Bogotá: Legis, 2017.

[914] Deik Acostamadiedo, Carolina. *El precedente contencioso administrativo: teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*. Tesis doctoral. Directores: Alexei Julio y Dominique Rousseau. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Université Paris 1 Phantéon Sorbonne, 2017. 572 p. Disponible en: https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/654 De la misma autora, *El precedente contencioso administrativo: teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

[915] Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC10304-2014, de 5 de agosto de 2014, MP Luis Armando Tolosa Villabona.

vii) Una vez revisados estos aspectos de la doctrina probable y los que se tratarán a continuación sobre el precedente en el caso colombiano, pueden adelantarse algunos cuestionamientos, cuyas respuestas serán abordadas, en especial, al tratar el precedente:

a) Si un criterio jurisprudencial de la CSJ no alcanza el número mínimo de tres decisiones uniformes para constituir doctrina probable y está contenido en una o dos, ¿podría considerarse precedente a la única o a la primera de las dos sentencias?, es decir, ¿se presenta en la jurisdicción ordinaria la coexistencia de la doctrina probable y el precedente? Inicialmente la respuesta es afirmativa, esto es, un criterio de la CSJ que no alcance el número mínimo de tres decisiones uniformes puede considerarse precedente[916]. Acá empieza a evidenciarse el criterio de inutilidad de la doctrina probable, pues la misma función la cumple el precedente.

Si a la regulación de la doctrina probable (Ley 169/1896, art. 4.°) se excluye la exigencia del número mínimo de tres sentencias, quedaría el precedente.

b) La Ley 1437/11 (art. 259) asignó al CE la competencia para decidir el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (art. 256), cuyo objeto es muy similar al de la casación, pues «… tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales». Entonces, siendo ambas Altas Cortes unificadoras de la jurisprudencia, ¿cuál es la diferencia entre la función de la CSJ y el CE?[917]

---

[916] *ibid.*

[917] Sarmiento Erazo, Juan Pablo. «El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, ¿Hacia la instauración de un juez de casación en lo contencioso-administrativo?» En: *Vniversitas*. Julio-diciembre, 2011. núm. 123, pp. 247-282. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14317

c) En España existe el recurso de casación contencioso-administrativo[918], cuya competencia está asignada al TS (Sala Tercera), que conoce de los tradicionales recursos civil, penal y social (laboral). A pesar de la tradición jurídica colombiana, ¿podría considerarse equiparar el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (Ley 1437/11, arts. 256-268) con el recurso de casación?

d) ¿Qué sucedería si un juez de apelación desconoce un criterio jurisprudencial de la CSJ, que no siendo doctrina probable, por no alcanzar el número mínimo exigido de tres decisiones, sí constituye precedente por estar contenido solo en una sentencia? La respuesta es que finalmente, en la práctica, se hace valer por la propia Corte como precedente[919].

---

[918] Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1.° de julio, del Poder Judicial. «Disposición final tercera. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, queda modificada en los siguientes términos:
Uno. La sección 3.ª del capítulo III del título IV, integrada por los artículos 86 a 93, queda redactada de la siguiente forma, y se suprimen los artículos 94 y 95: (…)».

En la doctrina, Ruiz López, Miguel Ángel. *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*. Valencia: Tirant, 2016. En concreto, sobre el origen y evolución histórica del recurso de casación contencioso-administrativo español, pp. 19-41.

[919] En un proceso en el que se pretendió la declaración de unión marital de hecho y liquidación de sociedad patrimonial entre compañeros, el juez de apelación no aplicó un criterio jurisprudencial de la CSJ. Al resolver la Corte el recurso de casación consideró que efectivamente para la fecha de la sentencia de segunda instancia no existían tres sentencias que constituyeran doctrina probable, pero aun así, casó la sentencia por desconocimiento del precedente contenido en una sola sentencia para la fecha de la resolución anulada. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC10304-2014, ob. cit. La Corte sostuvo:
«1.1. Sin embargo, en el caso no puede hablarse de doctrina probable, pues al tenor del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, en relación con los efectos retrospectivos de la Ley 54 de 1990, el valor vinculante solicitado estaría dado por tres decisiones uniformes de la Corte en sede de casación.
Lo anterior se echa de menos en el *sub lite*, porque al momento de proferirse el fallo atacado, el 21 de julio de 2010, no existía jurisprudencia constante en la materia, pues la única decisión al respecto existente, fue emitida por mayoría el 28 de octubre de 2005 (expediente 00591). Solo después de aquella data, los efectos retrospectivos dichos se abrazaron, aunque no por unanimidad, en las sentencias de casación de 3 de noviembre de 2010 (expediente 00196), de 22 de noviembre de 2010 (expediente 00997) y de 12 de diciembre de 2011 (expediente 01261). Igualmente, en la sustitutiva de 12 de agosto de 2011 (expediente 00997).
En consecuencia, ante la ausencia, para la época, de la doctrina probable en la temática discutida, el Tribunal no pudo violar las normas de derecho sustancial citadas en el cargo, tampoco el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

e) Al parecer, la única justificación de la doctrina probable es histórica, ya que fue adoptada en una época en la que no se había implantado el precedente en Colombia, pero una vez esto ha ocurrido, no resulta necesaria la coexistencia de dos instituciones con el mismo fundamento y finalidad, pero con diferente estructuración, sin sentido actual, en cuanto al número de resoluciones exigidas.

3.3 Precedente

Mientras en Colombia, concretamente en la jurisdicción ordinaria, el valor de las decisiones del tribunal de casación se ha definido a través de la doctrina probable, de manera simultánea en otras jurisdicciones, como la constitucional y contencioso-administrativa, sus máximos órganos, la CC y el CE, han consolidado la aplicación del precedente.

La doctrina nacional, como Bernal Pulido y López Medina, ha contribuido con sus investigaciones a dicha consolidación. Para Bernal Pulido[920], refiriéndose al constitucional, el precedente es un «caso especial de jurisprudencia», y se concreta

---

1.2. El precedente, con todo, cabía observarse, porque al ser el resultado de la aplicación e interpretación de la ley positiva, ésta se ve reflejada en esa laboriosidad, razón por la cual debe servir de obligada herramienta de decisiones venideras, mayormente cuando proviene del órgano constitucionalmente encargado de unificar la jurisprudencia. Así se garantiza, de un lado, la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas frente a la ley, y de otro, la consistencia del ordenamiento jurídico.

1.2.1. Si el precedente, contrastado con el litigio pendiente de resolver, se identifica, esto supone decisiones uniformes. Por lo mismo, sirve de parámetro para los justiciables, en la medida que aporta cierto nivel de previsibilidad acerca de la aplicación e interpretación de una disposición legal. Aceptar, frente a casos iguales, tratos jurídicos y judiciales diferenciados, implica generar, en contra de la paz y del sosiego sociales, caos y desconcierto, inestabilidad e inseguridad jurídicas. En un estado de cosas tal, los usuarios del servicio, entonces, no sabrían de antemano a qué atenerse y estarían a merced del capricho o de la posición personal del juez de turno.

De ahí, el respeto a la jurisprudencia de las cortes y en particular de esta Corporación, inclusive del autoprecedente, surge basilar en la tarea de administrar justicia. Por esto, cuando un funcionario investido de jurisdicción se apresta a resolver un caso y en la materia controvertida lo encuentra igual a otro decidido en el pasado, no puede pasarlo de largo, precisamente, en protección del derecho a la igualdad, así como de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima». pp. 9-11. (Cursiva del texto).

[920] Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*. ob. cit., pp. 151-155.

en la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional, diferenciándose de la decisión o de las demás consideraciones generales de la motivación u *obiter dicta*. A su vez, López Medina[921] hizo el estudio sobre la recepción de la doctrina del precedente y su evolución en las diferentes etapas de la CC, hasta su consolidación.

En reciente investigación doctoral sobre el precedente contencioso-administrativo, Deik Acostamadiedo[922], plantea que, siendo diferente de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional vinculante, «… existe un mismo fin y fundamento del precedente judicial en lo constitucional, ordinario y contencioso administrativo, cual es la garantía de la igualdad de trato jurídico (artículo 13 de la Constitución)». A pesar de la claridad de esta idea, a continuación se presentarán unas consideraciones sobre el precedente en estas tres jurisdicciones para identificar algunos puntos relevantes que servirán de base para más adelante (cap. VI, núm. 3.2).

3.3.1 Precedente en la jurisdicción constitucional. A partir de la jurisprudencia de la CC, aunque sin pretender revisar de modo completo el punto, es posible identificar algunos criterios sobre el precedente constitucional:

i) La Corte[923] ha entendido por precedente *«la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo»*[924] (cursiva del texto). Si el precedente lo fija el órgano de cierre de la jurisdiccional constitucional será precedente constitucional.

La Corte en la sentencia citada, como en otras[925], ha explicado que el precedente se identifica con la regla contenida en la sentencia, no con toda la

[921] López Medina, *El derecho de los jueces*. ob. cit.

[922] Deik Acostamadiedo, *El precedente contencioso administrativo: teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*. ob. cit., pp. 492-496. La cita es de la p. 496.

[923] Sentencia T-078/19, ob. cit., p. 31.

[924] Sentencia SU053 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Esta nota es de la cita.

[925] Sentencia C-836/01, ob. cit., p. 36.

providencia, siendo necesaria la distinción que se hace entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*.

En efecto, *ratio decidendi* (razón de la decisión) o fundamento jurídico suficiente, «… es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutiva»[926]. Al contrario, *obiter dicta* (dichos de paso) son «… aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión…,»[927].

ii) El fundamento[928] del precedente se encuentra en el principio constitucional de igualdad y la unidad del derecho, manifestada en la seguridad jurídica[929], limitada

---

[926] Sentencia SU047/99, de 29 de enero de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. p. 51.

[927] Sentencia C-836/01. ob. cit., p. 36.

[928] Sentencia C-539/11, de 6 de julio de 2011, MP Luis Ernesto Vargas Silva. pp. 25-39.

En la doctrina, Marinoni, *Precedentes obligatorios*. ob. cit., pp. 136-221.

Además de los fundamentos, que denomina «razones para seguir los precedentes», Marinoni identifica los siguientes «argumentos contrarios a la fuerza obligatoria de los precedentes»: *i)* obstáculo al desarrollo del derecho y al surgimiento de decisiones adecuadas a las nuevas realidades sociales, *ii)* obstáculo a la realización de la isonomía sustancial, *iii)* violación al principio de separación de poderes, *iv)* violación de la independencia de los jueces, *v)* violación del juez natural y, *vi)* violación de la garantía de acceso a la justicia. Marinoni, *Precedentes obligatorios*. ob. cit., pp. 221-248.

[929] El concepto de seguridad jurídica a menudo es usado en este punto sin que se concrete su significado, asumiendo que tiene un sentido único y claro. Sin embargo, en Colombia, reciente investigación doctoral puso en evidencia la amplitud y complejidad del concepto. En efecto, Gómez Lee, luego del análisis de 105 decisiones de la CC sobre la materia, proferidas desde 1992 a 2015, así como otras referencias y citas, identificó 3 enfoques y 14 aspectos, así:

«Los catorce aspectos principales de la seguridad jurídica se dividen de la siguiente manera: en el enfoque filosófico se encuentran cuatro: 1. Factor de legitimación política y producto del Estado de derecho –*rule of law*–; 2. Seguridad jurídica como valor o principio: su relacionamiento con la justicia material; 3. Seguridad jurídica como certeza y efectividad del derecho; 4. Positividad y estabilidad del derecho. Por su parte, en el enfoque jurídico se encuentran cinco: 1. El conocimiento del derecho: fuentes y publicidad; 2. Discrecionalidad y proporcionalidad; 3. Calidad y claridad de las normas o fuentes; 4. Seguridad jurídica y firmeza del derecho: cosa juzgada; 5. Previsibilidad de las decisiones frente a las reglas y principios. Por último, en el enfoque sociológico jurídico encontramos cinco aspectos: 1. Perspectiva institucional e histórica; 2. Análisis de instituciones y reglas tanto formales como no formales; 3. Cambio institucional, costos y sus efectos en eficiencia; 4. Derecho de la propiedad, patrimonio público y su relación con la lucha contra la corrupción; 5. La confianza legítima» (cursiva del texto).

en la materia, a la certeza del derecho y previsibilidad de la decisión judicial. También se relaciona con la confianza legítima de los justiciables en la administración de justicia. Es posible pensar que esta confianza es producto, en parte, de la certeza y previsibilidad. En general, el fundamento de la igualdad y la unidad del derecho ha sido aceptado por la doctrina[930] y jurisprudencia[931].

Respecto al principio de igualdad, en concreto la igualdad ante la jurisdicción, Calamandrei[932] explicó que se predica frente al trato que el ciudadano tiene derecho

---

En el volumen II de su tesis doctoral desarrolla los anteriores enfoques y aspectos. Gómez Lee, Iván Darío. *La seguridad jurídica. vol. I. El caso de la responsabilidad fiscal en Colombia. vol. II. Una teoría multidisciplinaria aplicada a las instituciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. Corresponde a la tesis doctoral del autor, *Problemas y situaciones de la responsabilidad fiscal en Colombia analizados desde la seguridad jurídica en una propuesta con un enfoque multidisciplinario*. Director: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. 510 p. La cita es del vol. I, p. 30.

930 Plaza, Manuel de la. *La casación civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944. pp. 21-24; Rúa, Fernando de la. *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*. Buenos Aires: Zavalía, 1968. pp. 40-45; Morales Molina, *Técnica de casación civil*. 1963. ob. cit., pp. 46-51; *Técnica de casación civil*. 1983. ob. cit., pp. 35-38; Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*. 1978. ob. cit., pp. 30-32; *Recurso de casación civil*. 1999. ob. cit., pp. 77-80; Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 230-233; Guzmán Fluja, Vicente C. *El recurso de casación civil. (Control de hecho y de derecho)*. Valencia: Tirant, 1996. pp. 25-26; Jiménez Fortea, Francisco Javier. *El recurso de casación para la unificación de doctrina en el proceso laboral (Problemas fundamentales)*. Tesis doctoral. Director: Juan Montero Aroca. València: Universitat de València. Facultat de Dret. 1998. 486 p. La cita es de las pp. 190-204; Loredo Colunga, Marcos. *La casación civil. El ámbito de recurso y su adecuación a los fines casacionales*. Valencia: Tirant, 2004. pp. 202-204. Corresponde a la tesis doctoral del autor, del mismo título. Director: Fernando Gómez de Liaño González. Oviedo: Universidad de Oviedo, 2002. 499 p.

931 Sentencia C-836/01. ob. cit., pp. 21-26; Sentencia C-621/15. ob. cit., pp. 42-43.

932 Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 79-80. En la p. 80 se lee: «Este principio no puede significar, en efecto, que el legislador, al establecer sus normas, deba considerar como absolutamente iguales a todos los ciudadanos, porque siempre existirá entre ellos, si no existen otras, diferencias físicas que no podrán dejar de tener alguna diversa consecuencia jurídica; sino que verdaderamente significa que, una vez establecida por el legislador una norma que abstractamente supone la verificación de algunas circunstancias de hecho, todos los ciudadanos que lleguen a encontrarse en la práctica en aquellas determinadas circunstancias abstractamente hipotizadas por la norma, deberán ser iguales frente al órgano judicial, encargado de sacar de la norma del legislador las consecuencias jurídicas relativas a las relaciones singulares concretas[30]». Nota de la cita: [30] JHERING, *Évolution du droit*, n. 164. Véase también CAMMEO, *Pretesa efficacia vincolante*, pág. 550.

a recibir del órgano jurisdiccional, debido a que ante igual supuesto de hecho[933], se debe aplicar igual consecuencia jurídica establecida en la disposición legal.

En Colombia, la CC en sentencia C-304/19[934], luego de reconocer la triple calidad de la igualdad como valor, principio y derecho, así como que «carece de un contenido material específico» y que «como *principio*, su contenido puede aplicarse a múltiples ámbitos del quehacer humano», implica dos mandatos a la autoridad: «(i) el de dar un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no haya razones suficientes para darles un trato diferente; y (ii) el de dar un trato desigual a supuestos de hecho distintos».

Frente a la unidad del derecho, es posible identificar su justificación en el concepto de Estado social de derecho y la forma de república unitaria adoptada por la Constitución colombiana de 1991 (art. 1.°), así como en el monopolio del Estado en la creación de la ley (cap. IV, núm. 2.2). Esta unidad se proyecta en la seguridad jurídica, a través de la certeza del derecho y previsibilidad de la decisión judicial. Luego, es claro que la coexistencia de diversidad de interpretaciones de una disposición atentaría contra la unidad del ordenamiento jurídico. Piénsese en dos jueces de primera instancia fijando sentidos distintos de la misma disposición y dos demandantes en iguales supuestos de hechos con el temor de que la interpretación de un juzgado les favorece, pero la del otro les perjudica. Además, con la consecuente afectación de la seguridad jurídica, puesto que la aplicación del derecho en casos concretos restaría la certeza y previsibilidad necesaria de la decisión judicial y defraudaría la confianza de los justiciables en la administración de justicia.

Es preciso reconocer que la unidad del derecho y su manifestación en la seguridad jurídica, por medio de la certeza del derecho y previsibilidad de la decisión judicial no son aspectos absolutos, sino relativos, en la medida en que, a pesar del

---

933 Núñez Vaquero, Álvaro. «La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes». En: Gascón Abellán y Núñez Vaquero (coords.). *La construcción del precedente en el* civil law. ob. cit., pp. 83-108. La cita es de las pp. 84-91.

934 Sentencia C-304/19, de 10 de julio de 2019, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez. pp. 62-63.

postulado que contienen de perseguir dichos resultados, en la práctica no siempre se alcanzan. Así sucede cuando el tribunal de casación o cualquier otro tribunal supremo, como el constitucional, cambia el precedente, pues el sujeto, que en el caso concreto aspiraba a sustentar su pretensión o excepción en dicho precedente, se encuentra ante el cambio sorpresivo, solo que aceptable de la interpretación jurisprudencial. Acá no se cumple la seguridad jurídica, certeza y previsibilidad, pero se justifica en la necesidad de adaptar el precedente a las nuevas condiciones sociales o jurídicas.

También se puede advertir algo similar en los casos en que la resolución judicial no es recurrible en casación u otro recurso, como la sentencia de única instancia, e incluso, a pesar de la procedencia de la acción de tutela, no resulta favorable. Esto indica que, si bien se pretende alcanzar la seguridad jurídica, certeza y previsibilidad, en la práctica no siempre se logra, pero esto no es obstáculo para la defensa de este fundamento del precedente, pues se trata de una cuestión de resultado en cada caso concreto, así como no siempre se cumple el fin del proceso de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva o dar la razón a quien la tiene.

iii) Tal vez la principal limitación que tiene el precedente es el principio de independencia o autonomía[935] de la función jurisdiccional. En efecto, la CADH (art. 8.°) y la CP (art. 228) establecen que el juez goza de independencia para proferir las decisiones judiciales, lo que en principio implicaría que no dependería o estaría sujeto a la interpretación fijada por otros jueces, en particular, el superior funcional o una Alta Corte. Sin embargo, se ha entendido que la independencia no es absoluta[936] y tiene límites constitucionales y legales, en especial los siguientes:

---

[935] Las expresiones independencia y autonomía suelen usarse como sinónimas. La Convención Americana sobre Derechos Humanos utiliza la palabra independiente (art. 8.°, núm. 1.°). La Constitución de 1991 también usa el término independiente (art. 228). A su vez, la Ley 270/96, Estatutaria de la Administración de Justicia emplea las dos expresiones (art. 5.°).

En la doctrina, Lousada Arochena, José Fernando y Ron Latas, Ricardo Pedro. *La independencia judicial*. Madrid: Dykinson, 2015. Recién se ha publicado una obra colectiva sobre el tema: Nieva Fenoll, Jordi y Oteiza, Eduardo (dirs.). *La independencia judicial: un constante asedio*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

[936] Sentencia T-698/04, de 22 de julio de 2004, MP Rodrigo Uprimny Yepes. pp. 18-19.

a) La limitación del juez de decidir conforme al ordenamiento jurídico (CP, arts. 4.° y 230), esto es, acatando los valores, principios, derechos, reglas y demás disposiciones contenidas en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás derecho sustancial y procesal aplicable al caso concreto.

b) La función constitucional asignada a la CSJ, en nuestro caso, como tribunal de casación, que conlleva la atribución de unificar la jurisprudencia (CP, art. 235, núm. 1.°).

c) Además del ordenamiento jurídico, el juez tiene el deber de respetar la jurisprudencia, en especial, el precedente y la doctrina probable, como ha considerado la CC, entre otras, en la citada sentencia C-836/01. En este sentido, la decisión judicial, a pesar de la independencia del juez, tiene control judicial a través de los distintos medios de impugnación y en algunos casos la consulta[937], como señala la CC en la sentencia T-698/04, que incluyen la revisión de los fundamentos de dicha decisión y pueden conducir a la corrección judicial, como sucede con la apelación y la casación, debido a la organización judicial basada en la jerarquía funcional.

d) El deber de motivación de la decisión judicial[938] constituye un límite a la independencia de la función jurisdiccional, en la medida en que impone al juez el deber de justificar su resolución a partir de los fundamentos normativos aplicables al caso concreto y la valoración de la prueba conforme a la sana crítica (Ley 270/96, art. 55; CGP, arts. 42, núm. 7.°; 176 y 280). Además de ser un deber del juez, la motivación es una garantía que emana del debido proceso[939], que a su vez, permite el control judicial a través del ejercicio del derecho de defensa, en particular, del derecho al recurso.

---

[937] En Colombia, la consulta se regula en el proceso laboral (CPTSS, art. 69).

[938] La Constitución de 1991 no consagra expresamente el deber de motivación de la decisión judicial, como sí lo hizo la de 1886 (art. 161). Sin embargo, se considera una garantía que emana del derecho al debido proceso.

En la doctrina, Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011. pp. 293-410.

[939] Sentencia T-302/08, de 3 de abril de 2008, MP Jaime Córdoba Triviño. p. 14.

iv) Las condiciones[940] que hacen aplicable el precedente son la concurrencia de: *a)* la semejanza[941] de hechos relevantes en el caso *precedente* y el posterior, *b)* la consecuencia jurídica pretendida es la misma que en el caso *precedente* y, *c)* la vigencia de la regla jurisprudencial.

v) Desde el punto de vista de la dirección del precedente, la Corte, así como la doctrina[942], ha distinguido dos clases: horizontal (autoprecedente[943]) y vertical. El primero se presenta cuando el juez acata en sus decisiones posteriores el criterio aplicado en su resolución del caso *precedente*, siendo ambos casos fallados por el mismo juez o distintos de la «misma jerarquía»[944]; mientras que el segundo cuando el caso *precedente* ha sido decidido por un superior[945].

vi) El precedente resulta vinculante[946] para los demás órganos jurisdiccionales, iniciando por el mismo juez, como los de inferior jerarquía. El precedente constitucional es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, incluidos los de cierre de cada jurisdicción. En este sentido, la Constitución establece que «Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional» (art. 243, inc. 1.°), aunque la norma se refiere a la decisión, no a la interpretación, pero la Corte en su jurisprudencia ha precisado qué parte de la sentencia produce el efecto.

---

[940] Sentencia T-078/19, ob. cit., pp. 31-32.

[941] La Corte ha usado diferentes expresiones para referirse a este aspecto, p. ej., hechos similares (T-794/11, p. 17), hechos equiparables (SU310/17, p. 27) o hechos semejantes (T-078/19, p. 31).

[942] Marinoni, *Precedentes obligatorios*. ob. cit., pp. 133-136.

[943] Código General del Proceso, art. 7.°, inc. 2.°; Corte Constitucional. Sentencia C-621/15. ob. cit.

[944] Sentencia SU310/17, de 10 de mayo de 2017, MP Aquiles Arrieta Gómez. pp. 27-28.

[945] El Código General del Proceso estableció ambos tipos de precedente: «Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos» (art. 7.°, inc. 2.°). Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional. Sentencia C-621/15, ob. cit.

[946] Para Taruffo el precedente solo puede tener eficacia persuasiva, no vinculante. Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 230-233; «Las funciones de las Cortes Supremas. Aspectos generales». En: Taruffo, Marinoni y Mitidiero (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. ob. cit., pp. 243-245.

A pesar de la calidad de cosa juzgada de las sentencias de control de constitucionalidad, que en principio no admite excepción y se muestra absoluta, según la disposición citada, siguiendo la jurisprudencia de la CC contenida en la sentencia C-200/19[947], es posible identificar algunos casos excepcionales en los que se ha presentado «el debilitamiento de la cosa juzgada»: *a)* la modificación del parámetro de control constitucional, *b)* el cambio en la significación material de la Constitución y; *c)* la variación del contexto normativo del objeto de control.

vii) El carácter vinculante del precedente es relativo, pues el juez «… puede apartarse válidamente de él, bajo las garantías que le otorgan los principios de independencia y autonomía judicial. Para hacerlo, el juzgador debe: (i) hacer referencia al precedente que va a dejar de aplicar; y (ii) ofrecer una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que haga manifiestas las razones por las que se aparta de la regla jurisprudencial previa»[948]. El primer requisito ha sido denominado de transparencia y el segundo de suficiencia[949].

Sobre el requisito de suficiencia de la carga argumentativa, la CC[950] ha sostenido: «En este último no basta simplemente esbozar argumentos que sean contrarios a la posición de la que se aparta, sino que deben exponerse "*de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía*"[951]» (cursiva del texto).

La argumentación[952] del juez que se aparta del precedente puede fundamentarse en algunos de estos motivos identificados por la CC en la sentencia T-698/04[953]: *a)* «… las razones de la sentencia anterior no se aplican al caso concreto, por existir elementos nuevos que hacen necesaria la distinción»; *b)* «… la

---

[947] Sentencia C-200/19, de 15 de mayo de 2019, MP Gloria Stella Ortiz Delgado. pp. 29-30.

[948] Sentencia T-078/19. ob. cit., p. 33.

[949] Sentencia SU267/19, de 12 de junio de 2019, MP Alberto Rojas Ríos. pp. 21-22.

[950] *ibid.*, p. 22.

[951] Corte Constitucional, Sentencia SU-113 de 2018, SU-354 de 2017, entre otras. Esta nota es de la cita.

[952] Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

[953] Sentencia T-698/04. ob. cit., pp. 20-21.

Corte Suprema no haya valorado elementos normativos relevantes, que alteren en consecuencia, la admisibisibilidad del precedente, para el nuevo caso»; *c)* «… desarrollos dogmáticos posteriores al pronunciamiento del operador, lleven a la convicción de que es posible adoptar una postura que responda mejor a la institución jurídica en sí misma considerada»; *d)* la CC o la CIDH «… se hayan pronunciado de manera contraria a la interpretación» de la CSJ y; *e)* «… sobrevengan cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico».

viii) El cambio de precedente es aceptado por la CC en «circunstancias extremas y excepcionales», que ha sistematizado a partir de la sentencia C-898/11[954], así: *a)* «la reforma del parámetro normativo constitucional cuya interpretación dio lugar al precedente», *b)* «la comprobación acerca de la irrazonabilidad, inconstitucionalidad o manifiesta injusticia del arreglo jurisprudencial vigente al vulnerar principios y valores nodales para el Estado constitucional» y; *c)* «la modificación radical y sistemática de la comprensión de una norma dentro del ordenamiento, categoría usualmente incorporada al concepto de *derecho viviente*» (cursiva del texto).

ix) El desconocimiento del precedente puede producir los siguientes efectos: *a)* violación del principio constitucional de igualdad, *b)* vulneración del debido proceso y, *c)* afectación de la seguridad jurídica, certeza del derecho y previsibilidad de la decisión judicial.

Sobre la certeza del derecho, a pesar de que se ha identificado como una proyección de la seguridad jurídica [núm. *ii)*], podría pensarse que es un concepto que daría lugar a diferentes entendimientos, pues a pesar de que la certeza ha sido un aspecto estudiado por autores clásicos como López de Oñate[955], desde una perspectiva filosófica, o Carnelutti[956], y una expresión usada por la jurisprudencia,

---

[954] Sentencia C-898/11, de 30 de noviembre de 2011, MP Luis Ernesto Vargas Silva. pp. 15-17.

[955] López de Oñate, Flavio. *La certeza del derecho*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1953.

[956] Carnelutti, Francesco. «La certeza del derecho». En: *Estudios de derecho procesal. vol. I. Doctrinas generales*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas

p. ej., en Colombia, por la CC, podría considerarse un concepto de compleja definición, partiendo de su significado inicial, como «Conocimiento seguro y claro de algo»[957], en la medida en que no se ofrecen respuestas correctas en el derecho, para usar la expresión de Arango[958]. Podría considerarse otro término que refleje el sentido de lo que con la certeza[959] se ha querido significar en diferentes épocas, o al menos, entenderlo en su justa dimensión relativa, en la medida en que la certeza es un estado de convencimiento personal, que puede ser acertado o equivocado; además, es claro que el juez, dentro de los límites del derecho, podrá en ejercicio de su independencia judicial, decidir de manera opuesta al criterio de los órganos de cierre, siempre exponiendo «clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión».

x) El mecanismo de control para hacer efectivo el respeto del precedente sería, en principio, la acción de tutela[960], siendo el desconocimiento del precedente judicial, uno de los requisitos o causales especiales de procedibilidad[961] de este mecanismo constitucional contra providencia judicial. Desde una perspectiva sancionatoria, el desconocimiento del precedente podría tener implicación disciplinaria y/o penal del servidor público, en el último caso frente al delito de prevaricato por acción (Código Penal, art. 413) [núm. 3.1, *vi)*].

Europa-América, EJEA, 1952. pp. 321-337. Este escrito de Carnelutti fue la respuesta al libro de López de Oñate citado. También de Carnelutti, «Nuevas reflexiones en torno a la certeza del derecho». En: *Estudios de derecho procesal. vol. I.* ob. cit., pp. 339-352.

[957] *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: https://dle.rae.es/certeza

[958] Arango, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* 2.ª ed. Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2016. También, Nieto, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Trotta, 2007. pp. 159-161.

[959] De la Plaza prefirió referirse a la certidumbre jurídica. De la Plaza, *La casación civil*. ob. cit., p. 22. En similar sentido, Guzmán Fluja, *El recurso de casación civil. (Control de hecho y de derecho)*. ob. cit., p. 26.

[960] Sentencia SU217/19, de 21 de mayo de 2019, MP Antonio José Lizarazo Ocampo. pp. 48-49.

En la doctrina, Bernal Pulido señala, además de la acción de tutela, la reiteración de jurisprudencia y la nulidad de sentencias de tutela dictadas por la CC. Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*. ob. cit., pp. 187-189.

[961] Sentencia C-590/05, de 8 de junio de 2005, MP Jaime Córdoba Triviño. pp. 26-28.

3.3.2 Precedente en la jurisdicción contencioso-administrativa. Por lo visto hasta ahora, es claro que la jurisprudencia del CE como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa no puede constituir doctrina probable, pues este no actúa como tribunal de casación. De ahí que, sus decisiones sí puedan formar precedente y, en efecto así sucede, institución desarrollada últimamente a través de la jurisprudencia del CE.

A pesar de que no es objeto de esta investigación el valor de la jurisprudencia en la jurisdicción contencioso-administrativa sí resulta conveniente resaltar la postura del CE[962] sobre este punto, que en general, es similar al de la CC.

3.3.3 Precedente en la jurisdicción ordinaria. A pesar de que el tribunal de casación ha sido el máximo órgano de la jurisdicción del Estado, esta situación ha cambiado especialmente con el advenimiento de la jurisdicción constitucional y el tribunal constitucional en su cúspide y de la moderna organización judicial, siendo varias las jurisdicciones en la época actual –desde el punto de vista orgánico, pues la jurisdicción como función pública del Estado de administrar justicia es única–, que la Constitución colombiana de 1991 clasifica en jurisdicciones ordinaria[963], contencioso-administrativa, constitucional, etc.[964]

Como se indicó, en Colombia se adoptó la doctrina probable como medio para ordenar el valor de las decisiones de la CSJ como tribunal de casación. También se han identificado las principales características de la doctrina probable y se han diferenciado las funciones de la Corte como tribunal de casación y como corte suprema que resuelve otros recursos, como los de revisión y anulación, o en el trámite del exequatur, en los cuales no tiene aplicación la doctrina probable.

---

[962] Consejo de Estado. Sentencia de 4 de septiembre de 2017. ob. cit., p. 13.

[963] La jurisdicción ordinaria en Colombia incluye las especialidades civil, comercial, familia y agraria; laboral y de seguridad social; y penal.

[964] En España, lo que en Colombia son especialidades de la jurisdicción ordinaria (civil, laboral y penal), son jurisdicciones u órdenes jurisdiccionales (LOPJ 6/85): civil (LEC/2000), social [por laboral] (Ley 36/11) y penal (LECrim/1882).

Para la CSJ[965], precedente viene a ser la primera providencia que establece el criterio jurídico, es decir, una sola decisión es precedente, a diferencia de la CC, que entiende por precedente «la sentencia o el conjunto de ellas». Luego, sería posible que una interpretación de la CSJ, en una sola sentencia y que, por lo mismo, no alcance la reiteración al menos en tres decisiones, no sería doctrina probable, pero sí tendría la calidad de precedente y, en este sentido, sería vinculante de modo relativo para los jueces de instancia.

Entonces, si el precedente, estando contenido en una sola sentencia tiene el mismo efecto vinculante que la doctrina probable, es posible sostener que esta resulta inútil. Tal vez la explicación sea histórica: cuando se creó la Corte como tribunal de casación con la Constitución de 1886 y se fijó la doctrina probable en la Ley 169/1896, no existía en la cultura jurídica nacional el concepto de precedente y por eso se estableció la doctrina probable. Es cuestionable que estas dos instituciones puedan coexistir en el tribunal, siendo conveniente la revisión de la doctrina probable.

Para apoyar la cuestión, es posible considerar que la Corte emite sentencias en las cuales sienta parámetros jurisprudenciales, como al decidir otros recursos extraordinarios, como los de revisión[966] y anulación[967], o en el trámite del exequatur[968], sin que dicha interpretación sea doctrina probable, pero sí pueda ser precedente. Asimismo, la Corte dicta providencias (autos) que no son sentencias, como en los casos de resolución de conflictos de competencia[969] o recursos de queja[970], en los que reitera criterios jurisprudenciales que, por no estar contenidos

[965] Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC10304-2014, ob. cit.

[966] En materia civil, recurso de revisión (CGP, arts. 30, núm. 2.°; 354-360). En materia laboral, recurso de revisión [CPTSS, art. 15, lit. A), núm. 5.°; Ley 712/01, art. 30].

[967] En materia civil, recurso de revisión de laudos arbitrales (art. 30, núm. 7.°). En materia laboral, recurso de anulación de laudos arbitrales [CPTSS, art. 15, lit. A), núm. 2.°].

[968] Código General del Proceso, arts. 30, núms. 4.° y 5.°; 605-609. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC301-2020, de 11 de febrero de 2020, MP Ariel Salazar Ramírez.

[969] Sala de Casación Civil y Agraria. AC665-2020, de 27 de febrero de 2020, magistrado Luis Alonso Rico Puerto.

[970] Sala de Casación Civil y Agraria. AC2336-2019, de 19 de junio de 2019, magistrado Ariel Salazar Ramírez.

en sentencias, menos de casación, no podrían constituir doctrina probable. Por supuesto, en el caso del exequatur, la Corte es el único juez competente, lo que hace que sea el único destinatario de sus propios criterios jurisprudenciales.

Por tanto, el precedente es una institución que se fundamenta en la misma finalidad que la doctrina probable, pero difiere en el objeto sobre el que recae –el precedente es amplio, pues cobija las resoluciones judiciales de la CC, CE, CSJ y jueces de instancia, mientras la doctrina probable es limitada a las sentencias de casación de la CSJ–.

4. DIÁLOGO JUDICIAL DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN CON LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONAL Y SUPRANACIONALES

Durante gran parte de la historia del derecho procesal, especialmente en los últimos dos siglos, el tribunal de casación se erigía como el único y, por tanto, tribunal supremo del Estado. Después con la creación del tribunal constitucional en algunos países –antes el CE como órgano jurisdiccional–, y más reciente de tribunales supranacionales, ese lugar en la cúspide de la organización judicial está siendo compartido, a partir de la distribución de competencias que persiguen el cumplimiento de los fines del Estado desde el poder judicial.

De ahí que, aparezca relevante examinar la relación entre los distintos tribunales, cuestión que generalmente se ha denominado diálogo judicial[971] –tema

[971] Ortiz Torricos, Marcela Rita. *El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales de la Región Andina y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hacia un derecho americano y global de los Derechos Humanos*. Tesis doctoral. Director: Alexandre H. Català i Bas. València: Universitat de València, 2014. 804 p.; Acosta Alvarado, Paola Andrea. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. Corresponde a la tesis doctoral de la autora, *Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel*. Tesis doctoral. Director: José Antonio Pastor Ridruejo. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015. 368 p.; Arcaro Conci, Luiz y Mezzetti, Luca. *Diálogo entre Cortes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

A nivel de derecho comparado, Pizzolo, Calogero y Mezzetti, Luca (coords.). *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales*. Buenos Aires: Astrea, 2016; Pizzolo, Calogero. *Comunidad*

en especial estudiado en el derecho constitucional frente a los derechos humanos[972], pero de interés en todas las áreas del derecho–, en particular del tribunal de casación con los tribunales constitucional y supranacionales. Esto dependerá de la organización judicial de cada Estado, pues en algunos es posible que un mismo tribunal actué con ambas calidades como de casación y constitucional, como sucede en México y Uruguay, mientras que, en otros lugares los roles están separados, como en Italia, España y Colombia, pero siempre queda pendiente el tratamiento del tribunal supranacional.

El diálogo judicial, en sentido estricto, supone en el ámbito del tribunal de casación frente a los otros tribunales indicados, una relación de comunicación, en la que cada uno aporte al otro y no solo uno recibe la influencia jurisprudencial del otro. Esto es, el diálogo implica que ambos tribunales se escuchen, como lo hacen las personas que tienen una conversación, pues como afirma De Vergottini[973], «… influencia es distinto de interacción. Aquella es unidireccional; ésta implicaría una plausible reciprocidad».

Ahora bien, Pegoraro[974] advierte que el concepto de diálogo judicial es una forma de «circulación de los institutos y de las ideas en el derecho comparado»[975],

---

de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial. Buenos Aires: Astrea, 2017.

[972] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant, 2013; Ramelli Arteaga, Alejandro. *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*. Bogotá: Tirant, 2019.

[973] Vergottini, Giuseppe de. «El diálogo entre tribunales». En: Ferrer Mac-Gregor y Herrera García (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. ob. cit., pp. 481-500. La cita es de la p. 487. A continuación sostiene: «De aquí una observación que nos parece obvia: sólo en los casos de interacción parece sensato recurrir al concepto de diálogo. Mas éste, en realidad, cubre únicamente una parte, aunque de gran relevancia, de las experiencias que podemos verificar. No parece a primera vista justificado el recurso al mismo para todos los supuestos en que se haga referencia a jurisprudencia de otros tribunales». p. 488.

[974] Pegoraro, Lucio. «Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado». En: Ferrer Mac-Gregor y Herrera García (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. ob. cit., pp. 33-80. En similar sentido, De Vergottini, ob. cit., pp. 481-500.

[975] Pegoraro señala algunas modalidades de circulación en el derecho comparado: «transposition», «borrowing», «migration», y hasta «legal tourism»; se usan también «injerto» y «cross fertilization». ob. cit., pp. 36-39.

y no se limita a la relación entre tribunales, sino que incluye otros sujetos, como el legislador y la doctrina. Sin embargo, para el objeto de la investigación, el diálogo se refiere entre los tribunales, siendo uno de ellos, el de casación.

Bajo este entendido se examinará si existe un verdadero diálogo judicial entre los tribunales indicados o solo recepción de jurisprudencia, por ejemplo, de un tribunal supranacional, como la CIDH, recepción que también es muy importante para enriquecer el derecho nacional, pero que no es en estricto sentido diálogo, en la medida en que esta Corte no recibe la jurisprudencia del tribunal de casación para beneficio de su experiencia. Con tal fin, el análisis se hará dividiendo la relación con la CC y la CIDH, que se toma como referencia de tribunal supranacional, no siendo el único, pero sí el más cercano e influyente en nuestro sistema interamericano.

Acá es relevante preguntarse qué razones justifican el diálogo judicial del tribunal. Una respuesta conformada por varios motivos ofrece Saiz Arnaiz[976]: *i)* la cláusula de interpretación conforme, *ii)* el principio *pacta sunt servanda*, *iii)* la construcción de un espacio de derechos humanos y; *iv)* el incremento de la legitimidad de las decisiones judiciales.

En Colombia es preciso recordar que nuestra CSJ, creada por la Constitución de 1886, asumió la función de control constitucional a partir del Acto Legislativo 3 de 1910[977] hasta la expedición de la Constitución de 1991. A pesar de que también ha existido en la organización judicial el CE como máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, la relación de estas Altas Cortes, en general, no representó un problema de estabilidad en la rama o poder judicial. Por el contrario,

---

[976] Saiz Arnaiz, Alejandro. «La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo». En: Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), Solanes Mullor, Joan y Roa Roa, Jorge Ernesto (coords.). *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant, 2017. pp. 12-26.

[977] Acto Legislativo 3 de 1910 (31, octubre, 1910). Reformatorio de la Constitución Nacional. Diario Oficial. Bogotá, 1910. núm. 14.131, 31 de octubre; art. 41: «A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:
Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación».

a partir de 1991 con la creación de la CC, se ha generado, en algunos periodos, un quebrantamiento parcial en las relaciones entre estos tribunales, especialmente frente a la revisión de las sentencias de tutela contra providencias judiciales, incluidas las de la CSJ, y también respecto a la competencia de la CC para declarar la exequibilidad condicionada de disposiciones demandadas.

A pesar de estas desavenencias o conflictos, como sostiene Ramos Méndez[978], esa dialéctica entre los dos tribunales es provechosa para el Estado social de derecho. Al respecto, por representar una visión positiva en lugar de una negativa sobre choques, se cita su idea:

> «La interacción entre ambos tribunales es lo que dinamiza el ordenamiento jurídico y es la madre de los grandes logros de la jurisprudencia constitucional. La dialéctica Tribunal Constitucional/Tribunal Supremo es un elemento esencial de la vitalidad del ordenamiento. Como, en materia de garantías constitucionales, ambos tienen que operar en el mismo terreno de juego, es lógico que haya diversas aproximaciones, diversas perspectivas y diversas soluciones. Bienvenida sea pues la dialéctica contradictoria, pues enriquece el debate y no permite que ninguno de los dos tribunales se duerma en los laureles».

4.1 Diálogo judicial con el tribunal constitucional

La Constitución de 1991 consagró una clasificación de las distintas jurisdicciones, entre ellas, la ordinaria con la CSJ como máximo órgano (art. 234), y la constitucional con la CC también como órgano de cierre (art. 239). En principio, cada tribunal es el órgano supremo de su jurisdicción, pero por efecto de las funciones asignadas a la CC ha sido posible que la CSJ vea afectada su actividad, lo que podría observarse como superioridad de aquella frente a esta.

---

[978] Ramos Méndez, Francisco. «La beneficiosa dialéctica Tribunal Constitucional/Tribunal Supremo». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Octubre, 2006. núm. 1-2, pp. 47-62. Barcelona, España: Bosch. La cita es de la p. 60. Disponible en: https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#search/jurisdiction:ES+content_type:4+source:133/ramos+m%C3%A9ndez/p3/WW/vid/441751

A partir de la actividad de la CC iniciaron las diferencias con la CSJ, llegando a lo que los medios de comunicación llamaron *choque de trenes*[979], una experiencia que no ha sido exclusiva de Colombia y que, por el contrario, parece común ante la coexistencia en el Estado de estos dos tribunales[980].

4.1.1 Conflictos. Sin pretender examinar los diferentes conflictos entre los tribunales de casación y constitucional colombianos, es posible resaltar estos:

i) La postura de la CC de admitir la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales[981], concretamente contra sentencias de casación emitidas por la CSJ y la reacción de esta.

Uno de los avances más importantes de la Constitución de 1991 fue la ampliación de la declaración de derechos y la creación de un mecanismo procesal

---

[979] Por ejemplo, entrevista al presidente de la CSJ en 2008. Disponible en: https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3961723; Agudelo Osorio, Julián David. *Choque de trenes: tutela contra sentencias, concepciones del Derecho y constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano*. Tesis de Maestría. Director: Jorge Octavio Ramírez. Medellín: Universidad de Antioquia, 2016. 567 p.

[980] En España, Ramos Méndez, «La beneficiosa dialéctica Tribunal Constitucional/Tribunal Supremo». ob. cit.; Mendizábal Allende, Rafael de. *La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*. Madrid: Dykinson, 2012. pp. 263-277; Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, Pablo. «El Tribunal Constitucional español y su conflicto con el Tribunal Supremo. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria». En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. II. Tribunales constitucionales y democracia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México y otros, 2008. pp. 673-703. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2556/31.pdf

En Alemania, Grote, Rainer. «Las relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria a la luz de la experiencia alemana». En: Ferrer Mac-Gregor y Zaldívar Lelo de Larrea (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. II. Tribunales constitucionales y democracia*. ob. cit., pp. 653-671. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2556/30.pdf Del mismo autor, «El diálogo entre los tribunales en busca de la propagación del *"ius commune"*: el caso alemán». En: Casas, Manuel Gonzalo, *et al.* (coords.). *Ius commune. ¿Hacia un orden jurídico global?* Buenos Aires: Astrea, 2020. pp. 253-270.

[981] Córdoba Triviño, Jaime. «La tutela contra sentencias judiciales. El caso de Colombia». En: Ferrer Mac-Gregor y Zaldívar Lelo de Larrea (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. VII. Procesos constitucionales de libertad*. ob. cit., pp. 201-223. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2561/14.pdf

para garantizar su efectividad, que es la acción de tutela (art. 86), que se concibió para la defensa de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, entre ellas, las autoridades judiciales, incluida la CSJ.

A medida que fue avanzando el tiempo, se presentaron casos de acción de tutela contra sentencias dictadas por el tribunal de casación a través de sus diferentes Salas de Casación Civil y Agraria, Laboral y Penal. Algunos casos fueron seleccionados por el tribunal constitucional para su revisión[982] –acá hay un buen ejemplo para considerar para el tribunal– y condujeron a sentencias de revisión de tutela que declararon la violación de derechos fundamentales y, por consecuencia, dejaron sin efecto la sentencia de casación y ordenaron a la CSJ proferir una nueva sentencia, conforme a la interpretación dada por la CC, situación que no fue bien recibida por un sector de aquella.

Un claro ejemplo de este conflicto fue el caso de una sentencia de la Sala de Casación Laboral[983] que resolvió un recurso de casación de manera desfavorable negando la anulación de la sentencia de segunda instancia que, a su vez, revocó la de primer grado, que concedió la pretensión de pensión de jubilación. La CSJ consideró:

> «No obstante que por razones de técnica la acusación no tuvo éxito, la Corte hace la corrección doctrinaria al Tribunal, en la medida en que debió considerar que, pese a que el actor llevaba más de 15 años de servicio a la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985, también lo era que tenía laborados más de 20 años al estado, en condición de empleado oficial, de donde resultaba beneficiario de la pensión de jubilación en los términos previstos por el inciso primero de la mencionada norma».

[982] La eventual revisión es un mecanismo que permite a la CC colombiana seleccionar los asuntos que serán objeto de estudio, producto del cual la Corte emite las sentencias de revisión de tutela o de unificación. Está consagrada en el art. 86, inc. 2.° de la Constitución de 1991 y los arts. 32 y 33 del Decreto Ley 2591/91. Estas últimas disposiciones fueron declaradas exequibles por la Corte. Sentencia C-018/93, de 25 de enero de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero.

[983] Sentencia de 18 de octubre de 2000, rad. 13.396, MP Luis Gonzalo Toro Correa. p. 34.

Ante esta decisión, se presentó una acción de tutela contra la CSJ. La CC[984] decidió dejar sin efecto la sentencia de aquella, pero esta se negó a cumplir la orden del tribunal constitucional, lo que causó una crisis entre ambas Cortes y una denegación de justicia de *facto* para el ciudadano perplejo frente a la administración de justicia. En lugar de emitir la resolución ordenada, el tribunal de casación expidió una providencia[985] exponiendo las razones de su negación. Con el propósito de hacer cumplir su orden, la CC dictó una nueva sentencia, SU1158/13[986].

ii) De otra parte, la postura de la CC en virtud de la cual asume su competencia para proferir sentencias de constitucionalidad moduladas y la reacción de la CSJ.

La Constitución de 1991 estableció entre las atribuciones del tribunal constitucional, «Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación» (CP, art. 241, núm. 4.°). La misma Corte consideró que era este tribunal constitucional la autoridad para definir el alcance de sus sentencias, especialmente tratándose de efectos que las modulan, como el de declarar exequible una disposición condicionada a que se entienda conforme a la interpretación de la Corte.

Esta atribución fue rechazada en una época por un sector de la CSJ, en concreto de la Sala de Casación Laboral, que se negó a acatar sentencias de constitucionalidad en las que el tribunal constitucional declaró la exequibilidad condicionada de disposiciones legales. Un ejemplo fue respecto a la sentencia C-470/97[987] de la CC, por la cual se declaró exequible el art. 239 del Código Sustantivo del Trabajo, «… en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una trabajadora

[984] Sentencia T-1306/01, de 6 de diciembre de 2001, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.
[985] Providencia de 19 de marzo de 2002, rad. 13.396, MP Luis Gonzalo Toro Correa.
[986] Sentencia SU1158/13, de 4 de diciembre de 2003, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.
[987] Sentencia C-470/97, de 25 de septiembre de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero.

durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido», pero la CSJ[988] durante un tiempo consideró que este condicionamiento de la constitucionalidad de la disposición no era admisible, pues la sentencia debía declarar la inexequibilidad o la exequibilidad pura, sin ninguna modulación.

En el fondo, el tribunal de casación desconoció la competencia del tribunal constitucional de modular los efectos de las sentencias de constitucionalidad.

4.2 Diálogo judicial con los tribunales supranacionales

Es claro que producto de la adopción de instrumentos internacionales de derechos humanos que han establecido obligaciones para los Estados parte, también se han creado tribunales de justicia con el propósito principal de interpretar la normativa y garantizar el respeto de los derechos consagrados en dichos instrumentos. Dos ejemplos conocidos, de instrumento y tribunal, son: de una parte, uno muy cercano, que pertenece al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la CADH[989] y la CIDH y; en el ámbito europeo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950[990] y el TEDH[991].

---

[988] Sala de Casación Laboral. Sentencia de 11 de mayo de 2000, rad. 13.561, MP Germán G. Valdés Sánchez. p. 12: «Si una norma acusada de ser contraria a la Constitución se declara exequible, no solo se está descartando la acusación que se le formuló sino que se están ratificando su contenido y su expresión, tal como fue expedida. Es decir, no sufre cambio alguno y por tanto continúa idéntica dentro del ordenamiento jurídico pertinente. Si ella no corresponde en rigor al orden constitucional, en su lugar lo que procede es declararla inexequible, total o parcialmente».

[989] Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, aprobada por Colombia por la Ley 16 de 1972, vigente desde el 18 de julio de 1978.

[990] Adoptado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, modificado últimamente por el Protocolo 14, con vigencia a partir de 1.° de junio de 2010.

[991] Añaños Bedriñana, Karen Giovanna. *El sistema interamericano de protección de derechos humanos y la aplicación de los tratados de derechos humanos en el derecho constitucional peruano*. Tesis doctoral. Director: Enrique José Guillén López. Granada: Universidad de Granada, 2015. 581 p. Sobre el sistema europeo, el estudio de Cucarella Galiana en Cucarella Galiana, Luis-

En el ámbito interamericano, Colombia aprobó la CADH (Ley 16/72) y reconoció la competencia de la CIDH (Convención, arts. 62-63), lo que ha permitido que este tribunal supranacional conozca de casos contra el Estado colombiano por la violación de los derechos convencionales, lo que ha ocurrido, especialmente en materia penal[992]. Pero la competencia de la Corte no se limita a los casos contenciosos, sino que también es consultiva, pues «Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos» (art. 64, núm. 1.°).

A partir de lo anterior, es evidente que desde 1978, fecha de entrada en vigor de la Ley 16/72, la jurisprudencia de la CIDH, en principio teóricamente, ha debido tener incidencia en la jurisprudencia de nuestro tribunal de casación, pero lo cierto es que recién esa relación o diálogo judicial, si se acepta el término, ha iniciado. Este diálogo puede presentar varias facetas, entre ellas: *i)* la recepción de la jurisprudencia interamericana por la jurisprudencia de casación –es posible que la CSJ reciba esta jurisprudencia, pero en el ámbito de otras competencias[993]–, *ii)* la cooperación judicial[994], que supone una relación basada en la actuación conjunta

---

Andrés; Lopes Saldanha, Jânia Maria y Figueira Tonetto, Fernanda. *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*. Bogotá: Nueva Jurídica, 2015. También de Cucarella Galiana, *Estudios de derecho procesal constitucional y convencional*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2015. pp. 27-58, 123-153.

[992] Entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005; Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones); Caso Omeara Carrascal y otros vs. Colombia. Sentencia de 21 de noviembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), que es el último caso fallado hasta 2019 contra Colombia. La información de todos los casos contenciosos contra Colombia está disponible en la página Web de la Corte: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es

[993] Por ejemplo, la CSJ ha motivado sentencias en materia de acción de tutela en la jurisprudencia de la CIDH, a partir de la doctrina del plazo razonable para interpretar el art. 121 del CGP, sobre la duración del proceso. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia STC059-2020, de 16 de enero de 2020, MP Luis Armando Tolosa Villabona. pp. 5-15.

[994] Camacho Serrano, Julia. «Procedimientos de cooperación de los tribunales penales españoles con la Corte Penal Internacional». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Noviembre, 2006. núm.

en búsqueda de un objetivo común, que en general se establece en documentos, como declaraciones o internamente como leyes. Dos ejemplos importantes: uno, la Red de Presidentes de Cortes Supremas de la Unión Europea, fundada el 10 de marzo de 2004, que entre sus principales actividades, ejecuta un proyecto de jurisprudencia común y conferencias y coloquios sobre temas de interés[995].

En cuanto a la recepción de la jurisprudencia del tribunal supranacional por parte del tribunal interno, Nogueira Alcalá[996] identifica seis tipos de interpretación: *a)* interpretación extensiva, *b)* interpretación innovadora, *c)* interpretación correctiva, *d)* interpretación receptiva, *e)* interpretación neutralizadora e, *f)* interpretación discordante.

Un segundo ejemplo reciente de este tipo de relación es la Declaración de San José de 2018[997], elaborada por los presidentes de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, del TEDH y de la CIDH, en la que convinieron:

3-4, pp. 201-254. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#WW/vid/441835

[995] Algunos de estos eventos relacionados con el diálogo judicial son: *i)* Colloque (Rome, 12-13 Juin 2014): "Les Relations entre la juridiction suprême et les juridictions du fond", *ii)* Conférence (Dublin, 26-27 novembre 2015): "La relation entre les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme", "Le filtrage des pourvois à la cour suprême", *iii)* Réunion conjointe (Strasbourg, 2 juin 2016): "Dialogue entre les cours suprêmes et la Cour européenne des droits de l'homme", "Réflexions sur le Protocole n° 16", "Le principe de subsidiarité" y; *iv)* Colloque (Karlsruhe, 27- 28 Septembre 2018): "la relation entre les cours constitutionnelles et les cours suprêmes", "le droit comparé dans la jurisprudence et la pratique des Cours suprêmes". La lista completa disponible en: https://www.network-presidents.eu/fr/views/events

[996] Nogueira Alcalá, Humberto. «Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile». En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2013. Año XIX, pp. 511-553. Bogotá, Colombia: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. La cita es de las pp. 531-542. Disponible en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/4050/3554

[997] Declaración de San José. Declaración Conjunta de los Presidentes de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasión del 40 Aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/declaracionsj_spa.pdf

«1. Establecer un Foro Permanente de Diálogo Institucional entre la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

2. El Foro Permanente tendrá por objetivo trabajar conjuntamente para fortalecer la protección de los derechos humanos y el acceso a la justicia internacional de las personas bajo jurisdicción de los tres Tribunales, contribuir con los esfuerzos estatales de fortalecer sus instituciones democráticas y mecanismos de protección de derechos humanos y superar los retos y desafíos comunes para la efectiva vigencia de los derechos humanos».

En el fondo, el diálogo judicial supone un asunto de motivación de las decisiones judiciales de los tribunales supranacionales y constitucional, así como del tribunal de casación[998]. Así como el diálogo interpersonal enriquece la convivencia de los miembros de la sociedad, el diálogo judicial de estos altos tribunales de justicia puede incidir positivamente en el desempeño de sus misiones, debido a que puede facilitar el acceso a información, experiencias, problemas y soluciones que no siempre se advierten o se afrontan en el derecho interno.

En Colombia, es posible identificar casos en la jurisprudencia de la CSJ, en los que la motivación de las sentencias de casación se hace, a partir de la formación y actividad académicas del magistrado ponente, con fundamentación en instrumentos internacionales[999].

También puede relacionarse estudios en este sentido, Corte Interamericana y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Diálogo transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Zutphen, Países Bajos: Wolf Legal, 2015. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo_transatlantico_spa.pdf; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Diálogo entre cortes regionales de derechos humanos*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo-es.pdf

[998] Sobre la aplicación del control de convencionalidad en Colombia, en materias contencioso-administrativa, ordinaria y constitucional, Gil Botero, Enrique. Control de convencionalidad en Colombia. Una experiencia de diálogo judicial. 2.ª ed. Valencia: Tirant, 2019. pp. 215-276.

[999] Por ejemplo, el caso del magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve, de la Sala de Casación Laboral de la CSJ (2010-2014), quien en algunas de las sentencias en las que presentó ponencia, aumentó la citación, como fundamento de derecho, de Normas Internacionales del Trabajo (NIT), especialmente convenios de la OIT. Antes de ser magistrado de la Corte, Molina Monsalve hizo un

Hitters[1000], en el contexto argentino, resalta la «notable influencia» del ejercicio de la función jurisdiccional de los tribunales supranacionales, especialmente en el sistema interamericano, la CIDH, entre otros, por el efecto de la incidencia en el derecho interno, sustancial y procesal, de los Estados parte.

A su vez, Gozaíni[1001] ha elaborado una sistematización de los pronunciamientos de la CIDH, distinguiendo las sentencias proferidas en casos contenciosos, en los que resalta el valor de su jurisprudencia, que resulta ser vinculante para los Estados parte involucrados en el asunto concreto, y una orientación para los demás Estados parte de la Convención. También señala el valor de las Opiniones Consultivas, que emite en ejercicio de una función no contenciosa, y de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En esta línea, se resalta el proyecto de reforma de la casación francesa frente a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el debate que ha generado, como explica Hualde López[1002], especialmente si se parte de la consideración de que se trata del tribunal de casación originario.

4.2.1 Recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La experiencia de nuestra CSJ en este aspecto es poca[1003], a diferencia

---

estudio sobre las NIT en Colombia: *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá: Temis, 2005. Algunas sentencias en este sentido con ponencia del magistrado Molina Monsalve, al menos durante sus primeros años en la Corte, fueron: Sentencia de 24 de abril de 2012, rad. 39.797, pp. 11-12, 14; Sentencia de 5 de junio de 2012, rad. 39.892, pp. 19-21; Sentencia de 30 de octubre de 2012, rad. 39.631, pp. 32-33; Sentencia de 27 de noviembre de 2012, rad. 42.277, p. 16.

[1000] Hitters, Juan Carlos. «Incidencia de la jurisdicción de los tribunales supranacionales». En: Berizonce, Hitters y Oteiza (coords.). *El papel de los tribunales superiores. Segunda parte*. ob. cit., pp. 271-305. La cita es de las pp. 301-303.

[1001] Gozaíni, Osvaldo Alfredo. «Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno». En: Berizonce, Hitters y Oteiza (coords.). *El papel de los tribunales superiores. Segunda parte*. ob. cit., pp. 307-338.

[1002] Hualde López, Ibon. «El proyecto de reforma de la casación francesa». En: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. Julio, 2017. núm. 3, pp. 1-31. Barcelona, España: Universitat Pompeu Fabra. Disponible en: https://indret.com/el-proyecto-de-reforma-de-la-casacion-francesa/

[1003] Un indicio de esta afirmación lo constituye la búsqueda de la expresión «Corte Interamericana de Derechos Humanos» en el Sistema de Consulta de Jurisprudencia de la CSJ que, a 20 de mayo de 2020, arroja solo 84 resultados de providencias, de los cuales 69 corresponden a acciones de

de lo que sucede en la jurisprudencia del CE[1004] y la CC[1005]. Siguiendo a Taruffo[1006], es aceptable sostener que la circulación del derecho es un fenómeno que se extiende a diferentes tribunales, como de casación o constitucional, y no se limita a la recepción de la jurisprudencia de la CIDH, solo que es el punto tratado acá.

Como se indicó (núm. 4, inicio), la sola recepción de jurisprudencia por parte de un tribunal de otro, en nuestro caso del tribunal de casación de uno supranacional, como la CIDH, no es propiamente diálogo judicial, sino solo eso, recepción. Esto no es negativo, por el contrario, contribuye a enriquecer la motivación de las decisiones judiciales, pero es mejor el verdadero diálogo, entendido como interacción, para citar la expresión usada por De Vergottini[1007], en la medida en que el otro tribunal también mejora su experiencia judicial. A pesar de esto, en el caso de nuestra CSJ casi ni recepción se encuentra hasta el momento.

---

tutela, es decir, el 82 %. Otras 14 providencias son asuntos decididos por la Sala de Casación Penal, mientras que 1 providencia es de la Sala de Casación Civil en un asunto de impedimento. Información disponible en: http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml

Otro indicio puede extraerse del estudio de Gil Botero, en el que examina el control de convencionalidad en la jurisprudencia de las Altas Cortes: del CE cita 28 casos, mientras que de la CSJ solo uno, y no es como tribunal de casación, sino como juez de tutela. Gil Botero, *Control de convencionalidad en Colombia. Una experiencia de diálogo judicial*. ob. cit., pp. 263-264.

Incluso, desde la perspectiva del derecho convencional, es débil la experiencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte en la invocación de Normas Internacionales del Trabajo, NIT, de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, a pesar de que muchos convenios han sido ratificados por Colombia. Se esperaría que en temas tan sensibles como el derecho del trabajo y la seguridad social, en los que existe abundante normativa internacional, las decisiones del tribunal de casación en la materia se fundaran más a menudo en esta.

[1004] Brewer-Carías, Allan R. y Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

[1005] Acosta Alvarado, Paola Andrea. «Reflexiones sobre el diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana». En: Pizzolo, Calogero y Mezzetti, Luca (coords.). *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales. t. I. América. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales*. Buenos Aires: Astrea, 2016. pp. 1-15.

[1006] Taruffo, «Las funciones de las Cortes Supremas. Aspectos generales». En: Taruffo, Marinoni y Mitidiero (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. ob. cit., pp. 245-246.

[1007] De Vergottini, «El diálogo entre tribunales». En: Ferrer Mac-Gregor y Herrera García (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. ob. cit., p. 488.

4.2.2 Condiciones que promueven y facilitan el diálogo judicial. Para que el diálogo judicial pueda darse eficazmente son convenientes algunas condiciones de diferente orden, como estas:

i) La plena convicción de que el derecho aplicado por los jueces en la resolución de casos concretos y, en especial, por el tribunal de casación, a pesar de ser nacional, como expresión de la soberanía del Estado, forma parte de una familia jurídica con la cual comparte elementos comunes, como historia, instituciones, principios, etc., que hacen viable la consideración de la interpretación que de ese derecho hacen otros tribunales de la región. Por supuesto, no se trata de pretender aplicar el derecho de un Estado en otro, sino de observar el derecho comparado[1008] como un método que permita enriquecer la jurisprudencia nacional, así como muchas veces el legislador alza la mirada hacia el derecho de otros Estados para la creación de la ley. No sería infundado pensar en que el código civil de muchos países iberoamericanos, que tienen como fuente histórica el Code Civil francés de 1804 y que en general se basan en instituciones y principios similares, pueda servir de ejemplo para examinar la interpretación que, de una institución civil, como la prescripción, haga el tribunal de casación civil chileno que permitan construir una motivación de la decisión judicial más fundada.

Esta plena convicción requiere de voluntad y sensatez, de no creer que el derecho nacional es completo e innecesaria la mirada al derecho comparado.

ii) Así como es importante la conveniencia del diálogo judicial, también es indispensable entender los límites de esta relación para evitar que, con el pretexto del diálogo, se termine haciendo una importación de doctrinas ajenas a nuestra cultura jurídica que, en lugar de ayudar a enriquecer el derecho nacional, termine causando un caos jurídico. El ejercicio del diálogo judicial debe ser razonado y

[1008] David, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. 11.ª ed., 2.ª reimpresión. Edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero. México: Universidad Nacional Autónoma de México y otros, 2017. Disponible en: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2792-los-grandes-sistemas-juridicos-contemporaneos-1a-reimp-de-la-11a-ed p. 4: «El derecho comparado es útil para alcanzar un mejor conocimiento de nuestro derecho nacional y para enriquecerlo»; Pegoraro, Lucio. *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*. Bogotá: Universidad Libre. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, 2011. pp. 21-28.

prudente, no debe ser una ocasión para aumentar innecesariamente la motivación de la decisión judicial con intención de mostrar la erudición del juez.

iii) La identificación de experiencias, problemas y soluciones comunes, que motiven las relaciones entre los tribunales de casación y de estos con los tribunales constitucional y supranacionales.

iv) La facilidad de acceso a la información, lo que implica que el tribunal de origen pueda organizar, clasificar y publicar la información relativa a su actividad jurisdiccional, como p. ej., a través de libros, revistas, relatorías, compendios por materias, etc., aprovechando las ventajas de la tecnología, como hace la CIDH por medio del Digesto[1009], o la clasificación de la información por país[1010].

En Colombia, la CSJ, a través de la Relatoría de la Sala de Casación Civil[1011], para citar solo esta materia, viene adelantando una interesante gestión documental en la página Web, que ofrece los siguientes compendios de información relevante: *a)* Boletín Jurisprudencial mensual, *b)* Gaceta Jurisprudencial, *c)* Compendio Jurisprudencial del Código General del Proceso, *d)* Compendio del recurso de revisión, *e)* una serie de publicaciones temáticas relevantes, como: *1)* Justicia, derecho y género; *2)* Conflicto de competencia, *3)* Norma sustancial, *4)* Compendio de responsabilidad y, *5)* Exequatur; *f)* Nomenclátor Gaceta Judicial I, *g)* Doctrina probable, *h)* Anuario de jurisprudencia y; *i)* Diccionario jurisprudencial.

Todas estas herramientas cumplen un propósito pedagógico sobre la jurisprudencia del tribunal de casación y puede servir de referencia a otros tribunales, tanto de casación de otros países, como constitucional y supranacionales, pues ofrecen el acceso debidamente clasificado de la información de la actividad judicial del tribunal colombiano.

[1009] Disponible en la página Web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/

[1010] Disponible en la página Web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es

[1011] Disponible en la página Web de la Corte Suprema de Justicia: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/relatoriasc/

v) Los estudios de doctrina sobre la jurisprudencia de los diferentes tribunales supranacionales que presenten de manera clasificada y sistematizada por temas (como por derechos convencionales) sus pronunciamientos, así como su recepción por los tribunales de casación y constitucional, de lo cual hay ejemplo en Colombia[1012].

vi) Las experiencias compartidas por los miembros de los tribunales de casación y de estos con los tribunales constitucional y supranacionales, a través de encuentros académicos que permitan conocer las experiencias nacionales, a partir de problemas comunes. La camaradería ayudaría mucho a disminuir la tensión de la alta magistratura rodeada generalmente de casi sacralidad. En esto la personalidad y liderazgo de los magistrados es determinante. Estos encuentros pueden conducir a la creación de organismos internacionales que promuevan intereses institucionales, como la Red de Presidentes de Cortes Supremas de la Unión Europea[1013], así como a la elaboración de obras colectivas que redundarán en mejores relaciones institucionales y aportes académicos a los desafíos que enfrentan estos máximos órganos jurisdiccionales.

REFLEXIONES DEL CAPÍTULO

i) Crisis de identidad. La preocupación de la doctrina por la crisis de identidad de la casación, entendida como la confusión de la función de casación con la de tercera instancia, ha sido planteada desde Calamandrei a Taruffo. A partir de la fundamentación dogmática de la institución (caps. II, III y IV), en esta investigación se pone de relieve que la CSJ colombiana tiene atribuidas las funciones de casación y de instancia que, en principio, parece una incoherencia entre la ordenación legal de

[1012] Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2.ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2012.

[1013] Disponible en: https://www.network-presidents.eu/

la función de nuestro tribunal frente a la teoría clásica y pura de la casación, constituyendo una crisis de identidad.

La relevancia del punto se observa desde la perspectiva, según la cual, la casación no es tercera instancia debido a que tiene restringido el conocimiento del mérito del asunto, ya que en la casación francesa e italiana, una vez casada o anulada la sentencia impugnada, se acude al *rinvio*. Por el contrario, en la casación colombiana, tratándose de la violación directa, la Corte casa y a continuación dicta la sentencia de reemplazo.

No obstante, esta sería una visión distorsionada de la situación dogmática, debido a que se han identificado al menos dos tipos de casación, uno el originario francés e italiano, y otro el derivado español, que inspiró en este aspecto a la casación colombiana desde su recepción, siendo compatibles las funciones de casación y de instancia. A pesar de esto, vale la pena examinar si pudieran existir alternativas frente a los dos modelos (cap. VI, núm. 1).

ii) Crisis de funcionamiento. También la doctrina, incluso antes de Calamandrei, advirtió el problema de la sobrecarga de actividad del tribunal de casación, crisis que persiste hasta hoy. Como en Italia, Francia y España, la CSJ colombiana no es ajena a este problema, lo que se constató con estadística de los últimos años, que muestra, de una parte, un alto volumen de trabajo en la Corte y, de la otra, un cúmulo de diversidad de competencias que le restan atención a la casación para dedicarla a otros asuntos, especialmente la acción de tutela, que ha saturado a la Corte.

La creación de Salas de Descongestión en la casación laboral es un hecho indiscutible de la existencia de la crisis. En la investigación se reconocen algunas de las más relevantes causas, sentando las bases para considerar las medidas idóneas para alcanzar un nivel adecuado en la actividad de la Corte (cap. VI, núm. 2).

iii) Crisis de autoridad. La cuestión del valor de las decisiones del tribunal de casación también ha sido tema de interés en la institución, desde Calamandrei hasta Taruffo. En Italia, Francia y España, la jurisprudencia del tribunal no tiene fuerza vinculante, debido a que no es fuente formal. Por su parte, en Colombia, desde la

Ley 169/1896 se acogió la doctrina probable, que a partir de la sentencia C-836/01 de la CC, tiene carácter vinculante relativo.

En la investigación se ha planteado una crítica a la doctrina probable partiendo de la condición cuantitativa que determina el carácter vinculante relativo, en lugar de una cualitativa del parámetro jurisprudencial, lo que permite formular una propuesta (cap. VI, núm. 3).

También se resalta la viabilidad de la acción de tutela en caso de violación del precedente, debido al desconocimiento de sus fundamentos, entre ellos, el derecho constitucional a la igualdad de trato del justiciable ante la jurisdicción, en especial, en la aplicación e interpretación de la disposición aplicable al caso concreto.

iv) Diálogo judicial del tribunal de casación con los tribunales constitucional y supranacionales. El diálogo judicial es una necesidad que ha surgido producto de la coexistencia de varios tipos de tribunales de justicia en el ordenamiento jurídico nacional y supranacional. El advenimiento del tribunal constitucional y de los tribunales supranacionales impuso un nuevo escenario judicial en el que el tribunal de casación no actúa solo. Esto hace imperiosa la relación de todos estos tribunales en varias vías: los parámetros jurisprudenciales de los últimos, especialmente en materia de derechos humanos es conveniente que sean tenidos en cuenta por la CSJ, así como los criterios de interpretación constitucional fijados por el tribunal constitucional, al final el guardián de la Constitución; pero no se trata solo de recibir, sino de interactuar y si un tribunal tiene una historia relevante es el de casación, que bien puede ilustrar con sus parámetros a los otros tribunales.

CAPÍTULO VI

PROPUESTAS A LAS CRISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE COLOMBIA

1. TRIBUNAL DE CASACIÓN, NO DE TERCERA INSTANCIA, COMO RESPUESTA A LA CRISIS DE IDENTIDAD

A partir de la teoría clásica de la casación expuesta por Calamandrei[1014], el tribunal de casación se distingue del tribunal de tercera instancia, principalmente en que el primero se limita a juzgar la sentencia del juez de apelación, mientras que el segundo a juzgar la controversia jurídica planteada por las partes. Esto es, el tribunal no decide sobre el mérito o fondo del asunto, a diferencia de la tercera instancia en la que esta es la esencia, una tercera posibilidad para las partes para que el máximo órgano de la jurisdicción pueda revisar la decisión desde el análisis del hecho y el derecho.

En Italia, a pesar de que el sistema adoptado es la casación, siguiendo a Taruffo[1015] y Carpi[1016], es posible sostener que la labor de la Corte Suprema di Cassazione no se ajusta del todo al modelo puro defendido por Calamandrei y, más bien, tiende a identificarse en su actuación algunos elementos que podrían calificarse como de un tribunal de tercera instancia, entre ellos, el derecho constitucional al recurso de casación consagrado en el art. 111, párr. 7.° de la Constitución de 1947, que permite un acceso indiscriminado al recurso.

[1014] Calamandrei, Piero. *La casación civil. t. III. Bosquejo general del instituto*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2007. pp. 369-380, 401-428; *Casación civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1959. pp. 99-102.

[1015] Taruffo, Michele. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*. Traducción de Juan J. Monroy Palacios y Juan F. Monroy Gálvez. 1.ª reimpresión. Lima: Palestra, 2006. pp. 222-225.

[1016] Carpi, Federico. «Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado». En: Oteiza, Eduardo (coord.). *Reforma procesal civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. pp. 629-648. La cita es de las pp. 645-646.

En Colombia, como en Italia, institucionalmente el sistema establecido es el de casación, a partir de la Constitución de 1886 y así permanece en la Constitución de 1991, que le atribuye como primera función la de «actuar como tribunal de casación» (art. 235, núm. 1.°), además de toda la ordenación legal que ha tenido en más de un siglo en las distintas ramas, en los diferentes códigos procesales. Aun así, como en Italia, y solo desde la perspectiva de la teoría clásica y pura, es posible señalar algunas circunstancias que permitirían evidenciar que nuestra CSJ, en algunos casos, actúa más como un tribunal de tercera instancia, sin serlo de modo institucional, que como un tribunal de casación, que es su naturaleza jurídica y principal función.

1.1 Tribunal de casación y la purificación de su labor

Al tratar la crisis de identidad (cap. V, núm. 1), se identificaron algunas de esas circunstancias que hacen parecer en su actuación al tribunal de casación como un tribunal de tercera instancia: *i)* la atribución histórica de la CSJ de la función de instancia, que le permite decidir el mérito o fondo del asunto luego de casar o anular la sentencia impugnada (función de casación), en lugar de reenviar el expediente a otro órgano jurisdiccional encargado de resolver la controversia, distinto a la casación francesa e italiana y; *ii)* la amplia variedad de motivos o causales admitidas para la procedencia del recurso, algunas de las cuales conducen a la cuestión de hecho, propia del conocimiento del mérito o fondo del asunto, en la teoría clásica y pura.

A continuación, en un ejercicio hipotético, se reseñan algunos de los mecanismos que permitirían al tribunal alcanzar su purificación, para ajustarse precisamente a la teoría clásica y pura.

1.2 Mecanismos para alcanzar una eventual purificación

Identificadas las situaciones que transforman la naturaleza jurídica del tribunal de casación en un órgano que no corresponde a su finalidad institucional e histórica, es conveniente examinar los mecanismos para alcanzar la purificación del tribunal, entendida como el estado de volver a lo que corresponde a su esencia y quitar «lo que le es extraño»[1017].

i) Frente a la atribución histórica de la función de instancia a la CSJ, la medida teóricamente coherente sería su supresión, para que solo cumpliera la función de casación y así, se adecuaría a su naturaleza institucional. Sin embargo, esta hipótesis teórica tendría obstáculos, como estos:

a) Una razón jurídica e histórica: la tradición jurídica e histórica de la casación colombiana, que durante más de un siglo, siguiendo el tipo derivado español, ni siquiera ha advertido cuestionar dicha función, la cual asume como definitiva, como de su esencia, para ahora proponer que deba ser suprimida.

b) Una razón política: el poder que ejerce la CSJ como máximo órgano de la jurisdicción (ordinaria) se vería cercenado, lo cual afectaría el ejercicio de su poder político, así como la legitimidad frente a las demás ramas del poder público, otros organismos del Estado y la sociedad.

c) Una razón de congestión judicial de la segunda instancia: si la CSJ no tuviese la función de instancia, tendría que acogerse una modalidad de reenvío, que implicaría la remisión del expediente a un juez, en general distinto del que profirió la sentencia casada, pero del mismo grado, aunque correlativamente aliviaría la carga de trabajo de la Corte, lo que sería un beneficio para esta.

d) Una razón de mora judicial en la emisión de la sentencia de reemplazo: como efecto de lo anterior, la resolución de reemplazo de la que

[1017] *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: https://dle.rae.es/purificar

ha sido anulada tardaría más en ser proferida por otro órgano, que posiblemente por la misma Corte, lo que resultaría perjudicial para las partes, que además de las dos instancias y la casación, ahora deberían esperar la actuación ante el juez de reenvío.

A pesar de que la anterior decisión sería la más adecuada a la naturaleza institucional de la casación, conforme a la teoría clásica y pura, en subsidio podría considerarse una alternativa, que permitiría conciliar la necesidad de ajustar la casación a su esencia y nuestra casación histórica y actual: la asignación de la función de instancia a otra sala o sección del tribunal de casación, de una conformación similar a la del órgano de origen, esto es, el juez de apelación, para que aplicando la interpretación de la CSJ, conozca del mérito o fondo del asunto, resolviendo la controversia, sin necesidad de establecer el modo de reenvío ajeno a nuestra tradición institucional. Esta alternativa haría posible mantener en el tribunal la función de instancia solo que, en una sala o sección, no de casación, sino de otro tipo, conservando la legitimidad política y social de la Corte, así como evitando la congestión y la mora judiciales en la segunda instancia. Claro, esa sala o sección no existe y tendría que crearse, lo que no parecería una solución viable en un futuro cercano.

ii) Respecto a la amplia variedad de motivos o causales admitidas para la procedencia del recurso, tendría que partirse de una premisa que Calamandrei planteó a manera de propuesta de reforma para la casación italiana, pero que resulta aplicable a la colombiana, pues presenta la misma dificultad. Explicó Calamandrei[1018]: «El recurso de casación debería admitirse sólo por aquellos motivos que interesan a la interpretación jurisprudencial del derecho objetivo, esto es, solamente por *error in iudicando* sobre la existencia, sobre el significado, sobre la aplicabilidad al caso concreto de una norma jurídica, sustancial o procesal…:».

Haciendo el ejercicio con la casación civil que, de las tres casaciones en Colombia, es la que admite mayor número de motivos o causales, podría

[1018] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., p. 444.

considerarse limitar a las siguientes, con la consecuencia de excluir las demás, que deberían ser invocadas a través de otro mecanismo procesal. En efecto, el art. 336 del CGP señala las siguientes causales: *i)* violación directa de norma sustancial, *ii)* violación indirecta de norma sustancial, *iii)* incongruencia de la sentencia, *iv)* violación del principio *reformatio in pejus* y, *v)* nulidad procesal insanable.

Como se observa las causales primera y segunda corresponden en esencia a la violación de la disposición sustancial, en sus dos variantes, admitiendo la segunda (indirecta) el examen del hecho que conduzca a la transgresión de la disposición sustancial. Las demás causales no corresponden a la finalidad institucional de la casación y, a pesar de constituir vicios de la sentencia impugnada, deberían ser invocados a través de otro mecanismo procesal[1019].

De los tres motivos que parecerían ajenos a la casación, el de la nulidad procesal insanable es tal vez el que mayor dificultad presenta por ser abierto a varias hipótesis. Los de incongruencia de la sentencia y violación del principio *reformatio in pejus* no son tan comunes, pero sí implican un conocimiento del mérito o fondo del asunto, lo que justificaría considerar suprimir del ámbito de la casación para ubicarlos en otro mecanismo procesal.

En la causal de nulidad procesal insanable cabe la hipótesis de la falta de motivación de la sentencia. Así como los anteriores, este motivo abre la puerta del tribunal de casación de manera encubierta al examen del mérito del asunto en un aspecto fundamental, que es la motivación de la decisión judicial, que además de la interpretación de la disposición, se conforma del análisis del hecho y la prueba. Esto conduce directamente al tribunal a adentrarse en la atribución del juez de instancia,

[1019] El artículo 355 del CGP establece las causales de revisión, que se pueden dividir en varios grupos: *i)* la prueba documental encontrada después de la sentencia (núm. 1.°), *ii)* los motivos de naturaleza penal (núms. 2.°-5.°), *iii)* la colusión o maniobra fraudulenta (núm. 6.°), *iv)* los motivos constitutivos de nulidad procesal (núms. 7.°-8.°) y; *v)* el desconocimiento de la cosa juzgada (núm 9.°). López Blanco, Hernán Fabio. *Código General del Proceso. Parte general*. Bogotá: DUPRÉ, 2017. pp. 889-893.

dejando de lado el juzgamiento de la sentencia, para entrar en el campo de la justicia del caso concreto, como explican Calamandrei y Taruffo en el caso italiano[1020].

2. SELECCIÓN REGLADA COMO RESPUESTA A LA CRISIS DE FUNCIONAMIENTO

A partir del desarrollo de la investigación (cap. V, núm. 2), se pueden resaltar tres aspectos útiles en este punto:

i) La estadística evidencia una sobrecarga de actividad del tribunal, que no es nueva, ni exclusiva de nuestra CSJ, sino que acompaña la evolución histórica del tribunal en los países en los que se ha establecido. En efecto, Manresa y Navarro[1021], y Calamandrei[1022], con información estadística de la época plantearon este problema en los siglos XIX y XX, así como recién Taruffo[1023] y Carpi[1024] en Italia, y Ortells Ramos[1025] en España. Adicionalmente, en la investigación se ha presentado la estadística detallada de la Corte Suprema di Cassazione italiana, la Cour de Cassation francesa y el Tribunal Supremo español de los últimos diez años (2010-2019). También se ha citado una estadística parcial en el caso colombiano, debido a la inexistencia de información oficial completa y fiable.

ii) Desde la teoría clásica y pura de la casación, en especial a partir de la definición de la finalidad institucional, se ha observado que la labor del tribunal es distinta de la de los demás órganos jurisdiccionales, al menos en el fin público, pues

---

[1020] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 376-380, 430; Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 212-219.

[1021] Manresa y Navarro, José María. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada. t. VI*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1895. pp. 187-194. Disponible en: https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/18095

[1022] Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 419-428.

[1023] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., pp. 237-241.

[1024] Carpi, Federico. «El acceso a la Corte de Casación». En: Oteiza, Eduardo (coord.). *Cortes supremas. Funciones y recursos extraordinarios*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011. pp. 17-32.

[1025] Ortells Ramos, Manuel. «La casación en España: selección de recursos y carga de trabajo del Tribunal Supremo». En: Bonet Navarro, José (dir.), y Martín Pastor, José (coord.). *El recurso de casación civil*. Madrid: Aranzadi, 2010. pp. 31-86.

juzga la legalidad de la sentencia impugnada, no el mérito o fondo del asunto, es decir, no decide sobre el derecho subjetivo.

iii) Desde la teoría del recurso, se ha observado que la casación no hace parte del derecho al recurso.

Lo anterior conlleva a cuestionarse si el tribunal de casación debe continuar cumpliendo sus funciones en un maremágnum de recursos como si fuese un juez de instancia o un tribunal de tercera instancia. No obstante, aun cuando la ordenación del recurso impone ciertos límites, como las providencias susceptibles del medio de impugnación, los motivos o causales admitidas, la *summa cassationis* y podría considerarse el depósito[1026], como ocurre en la casación civil española, como explica Cucarella Galiana[1027], es casi imposible impedir el acceso de la gran cantidad de recursos que se reciben en la Corte. Este problema ha sido abordado por un tribunal supremo, que no es de casación, a través de un mecanismo que puede servir hasta cierto punto de ejemplo; este tribunal es la Supreme Court de los Estados Unidos y el mecanismo el *certiorari*.

El *certiorari*[1028] es un medio de selección discrecional que hace la Supreme Court[1029] para elegir los asuntos que decide, lo que ha implicado el tratamiento de

---

[1026] Calamandrei enunció la posibilidad de aumentar el monto del depósito que debe hacer el recurrente como una de las medidas tendientes a disminuir el número de las causas a decidir, frente al «gravísimo inconveniente práctico» que vislumbró ante una posible unificación de la casación italiana; ambas situaciones advertidas se cumplieron: para la estadística (cap. V, núm. 2.1, de la tesis) y en cuanto a la unificación de la casación, sucedió en 1923. Calamandrei, *La casación civil. t. III*. ob. cit., pp. 423-425.

[1027] Cucarella Galiana, Luis-Andrés. «Aspectos relativos al depósito para recurrir previsto por la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 2/2009, de 3 de noviembre». En: Bonet Navarro y Martín Pastor, *El recurso de casación civil*. ob. cit., pp. 473-485.

[1028] Según el *Diccionario panhispánico del español jurídico* de la Real Academia Española, *certiorari* es «Procedimiento de revisión de decisiones de los tribunales inferiores basado en la selección o arbitrio del propio tribunal que asume la decisión última». Disponible en: https://dpej.rae.es/lema/certiorari

Para una investigación sobre el *certiorari* en el derecho comparado, Giannini, Leandro J. *El Certiorari. La jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Platense, 2016. Corresponde a la tesis doctoral del autor, *El 'Certiorari' y la jurisdicción discrecional de los superiores tribunales*. Tesis doctoral. Director: Juan Carlos Hitters. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2013. 909 p.

[1029] Gilsanz Usunaga, Javier. «El *certiorari* ante el Tribunal Supremo americano: una aproximación desde el derecho español». En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo, 2016.

la cuestión sobre cuál es su función principal[1030], un aspecto relevante que debiera tenerse presente en la casación al momento de examinar el problema de la sobrecarga de actividad del tribunal de casación y sus posibles soluciones. Claro, no se trata de un tribunal de casación, ni el asunto es un recurso de casación, pero la circunstancia práctica en el fondo es la misma que afronta este: la sobrecarga de actividad de un alto tribunal que no permitiría su funcionamiento adecuado, y que haría necesaria una medida, a manera de filtro de selección[1031], que conduzca eficazmente a la reducción del número de asuntos a resolver, en armonía con la finalidad del instituto. Siguiendo la cita de Morello[1032], quien parafrasea un fragmento de la regla 10 de las *Rules of the Supreme Court of the United States*[1033] (cap. V, núm. 2.2.3.1), «La revisión *por certiorari* no es un derecho sino un asunto de discreción judicial» (cursiva del texto).

A partir de la experiencia de la Supreme Court, ha surgido el interés de la doctrina en examinar la utilidad del *certiorari* en la casación, o al menos, una adaptación conforme a la naturaleza de la casación, pues debe tenerse presente

---

vol. 8, núm. 1, pp. 125-149. Madrid: España: Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3023

[1030] Etcheverry, Juan B. «¿Cómo ha resuelto el desafío de la sobrecarga de trabajo la Corte Suprema de los Estados Unidos?» En: *Revista Chilena de Derecho*. 2016. vol. 43, núm. 3, pp. 987-1004. Santiago, Chile. La cita es de las pp. 997-999. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n3/art09.pdf

[1031] Giannini, Leandro J. «Las Cortes Supremas y los filtros de selección. Aportes para su análisis comparado». Ponencia general presentada en XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan, Argentina. 2019. Disponible en: https://www.aadproc.org.ar/publicaciones/biblioteca-virtual/congreso2019 Entre las conclusiones plantea: «Los filtros de selección deben ser concebidos como instrumentos que facilitan la obtención de propósitos trascendentes a la mera descongestión. Dichos fines superiores que subordinan su utilización deben ser precisados adecuadamente […] Es decir, que cuando una corte suprema resuelve aplicar criterios cualitativos de admisibilidad para acotar su tarea, debe explorar con intensidad su perfil institucional, para garantizar a la sociedad que en dicha faena (es decir, al *decidir qué casos decidir*) ajustará la selección mediante parámetros que le permitan perfeccionar el ejercicio de sus roles fundamentales. Deberá, entonces, determinar razonablemente dichas pautas, explicitarlas a la ciudadanía y respetarlas en el futuro» (cursiva del texto). La cita es de la p. 18.

[1032] Morello, Augusto M. *La nueva etapa del recurso extraordinario. "El Certiorari"*. La Plata: Platense; Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 42.

[1033] Las *Rules* vigentes a la publicación de la obra de Morello (1990) eran: *Rules of the Supreme Court of the United States* (adopted December 5, 1989). Disponible en: https://www.supremecourt.gov/pdfs/rules/rules_1989.pdf

que la Supreme Court es diferente a nuestro tribunal. Y no solo la doctrina, sino que el legislador ha acudido a dicha experiencia del derecho comparado de la selección de asuntos[1034] para regular, como en Argentina[1035], desde la Ley 23774 de 1990[1036], que sustituyó el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, introduciendo esta facultad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: «Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia».

El *certiorari* también puede tener otro efecto, que consiste en la facultad del tribunal de seleccionar un asunto, que no cumpliendo generalmente los requisitos de admisión, su trascendencia justifica el examen por el tribunal, pues permite el cumplimiento de la finalidad del recurso. Es el caso del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en Argentina, como explica Giannini[1037].

Ahora, ¿la selección de los asuntos por el tribunal de casación debe ser discrecional o reglada?, y en el último caso, ¿cuáles serían los criterios que justificarían la selección de los asuntos por el tribunal? Razones de legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional y garantía de motivación de la decisión judicial, con mayor razón, del tribunal supremo de la jurisdicción ordinaria, conllevan a

---

[1034] Armenta Deu, Teresa. «Recurso de casación: Entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales». En: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. Enero, 2018. núm. 1, pp. 1-49. Barcelona, España: Universitat Pompeu Fabra. La cita es de las pp. 12-19. Disponible en: https://indret.com/recurso-de-casacion-entre-eficacia-y-nuevas-orientaciones-de-fines-tradicionales/?edicion=1.18

[1035] Giannini, *El 'Certiorari' y la jurisdicción discrecional de los superiores tribunales*. ob. cit.

[1036] Ley 23774, de 5 de abril de 1990. "Amplíase el número de jueces que la integran. Sustitúyense los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial".

[1037] Giannini, Leandro J. «El "certiorari positivo" ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires». En: *Jurisprudencia Argentina – Suplemento especial: "Constitución y proceso"*, 07/02/2018. Disponible en: https://www.academia.edu/35971653/El_certiorari_positivo_ante_la_Suprema_Corte_de_la_Provincia_de_Buenos_Aires

esperar que la selección de los asuntos esté condicionada a unos criterios previamente establecidos, con el propósito también de que los recurrentes puedan argumentar en favor de sus peticiones.

El derecho comparado ofrece varias alternativas, como en Estados Unidos con el *writ of certiorari*; Alemania, con la selección consistente en si «La cuestión de derecho tiene un significado fundamental»[1038] o para alcanzar «… el perfeccionamiento del derecho o el aseguramiento de una jurisprudencia unificada» [ZPO, § 543, 2), 1 y 2; en similar sentido el § 566, 4), 1 y 2, en relación con la revisión *per saltum*]; en Francia, también el filtro basado en el *motivo serio de casación* (arts. L. 431-1 del Código de la Organización Judicial y 1014 del NCPC); en Italia, (CPC, art. 360-bis, núms. 1.° y 2.°, según la reforma de 2009), en España, el interés casacional (LEC/2000, art. 477) y, en Argentina, el «agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia» (Ley 23774 de 1990).

Ahora, es claro que la gran cantidad de asuntos que el tribunal debiera considerar para la selección implicaría la necesidad de elaborar una metodología que permitiera elegir los casos que procuren el cumplimiento de la finalidad de la casación, así como la optimización de los medios para hacer la selección. Tradicionalmente, la elección se ha realizado de modo casi manual, pero la tecnología hoy ofrece alternativas, como la inteligencia artificial[1039], que permiten cumplir el objetivo con el mayor rendimiento y el menor esfuerzo, tanto personal, como de medios. En esa dirección, el Consejo de Europa expidió la Carta Ética

---

[1038] Giannini, *El 'Certiorari' y la jurisdicción discrecional de los superiores tribunales*. ob. cit., pp. 223-224.

[1039] Sobre el uso de la inteligencia artificial en el proceso, Nieva Fenoll, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018. En concreto, respecto a la posibilidad de su utilidad en la selección de asuntos por un tribunal supremo, pp. 37-39.

En Colombia, Cepeda Espinosa, Manuel José y Otálora Lozano, Guillermo. *Modernización de la administración de justicia a través de la inteligencia artificial*. Bogotá: Fedesarrollo, 2020. Disponible en: https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3980/Repor_Julio_2020_Cepeda_y_Ot%C3%A1lora.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno de 3-4 de diciembre de 2018[1040].

En este sentido, ya hay casos del uso de la inteligencia artificial en la selección de los asuntos a decidir por tribunales, como en Colombia, el proyecto piloto Prometea en la CC[1041], para la selección de acciones de tutelas relacionadas con el derecho a la salud.

Por supuesto, a la vez que la tecnología, como la inteligencia artificial, supone un servicio de gran utilidad, también puede representar riesgos, como la manipulación de los criterios de selección. De ahí que, sea conveniente establecer cuál es el papel de la inteligencia artificial, si clasificar y ordenar la información o también seleccionar los asuntos. Una postura prudente aconsejaría optar por el primer aspecto, dejando siempre la decisión de la elección a los magistrados que conforman el tribunal, al menos mientras se tiene la experiencia suficiente para considerar lo contrario, pues resulta ser un asunto relativamente novedoso.

2.1 Selección reglada en Colombia

En Colombia no se ha adoptado el *certiorari*, pero sí una medida, que en parte, tiene relación con el filtro usado por la Supreme Court norteamericana. En efecto, la Ley 1285/09 (art. 7.°, que modificó el art. 16 de la Ley 270/96, Estatutaria de la Administración de Justicia) atribuyó a la CSJ la facultad de seleccionar los recursos a decidir «… para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos». Como se observa, esta disposición, a diferencia del caso argentino, no establece los criterios que permiten a la Corte la elección de los recursos, solo señala los fines de la

[1040] Disponible en inglés en la página Web de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia, CEPEJ: https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c

[1041] Un ejemplo de las ventajas de Prometea: https://ialab.com.ar/prometeacolombia/ Según describen Cepeda Espinosa y Otálora Lozano, «En un primer ejercicio, “Prometea fue capaz de leer, analizar, detectar y sugerir 32 casos prioritarios de entre 2016 sentencias escaneadas de la Corte en menos de 2 minutos, algo que para una persona humana le hubiera llevado 96 días hábiles de trabajo.” (Garzón, 2019)». Cepeda Espinosa y Otálora Lozano, ob. cit., p. 66.

casación, que deben perseguirse al decidir el recurso seleccionado, pero los criterios son diferentes, porque son las razones que autorizan la elección de un recurso sobre otro.

Esta facultad ha sido declarada exequible por la CC en sentencia C-713/08[1042], pero condicionada a las reglas y requisitos específicos que establezca la ley:

> «En cuanto a la facultad de *"selección de las sentencias objeto de su pronunciamiento"*, la Corte considera que la norma es constitucional pero sólo de manera condicionada. En efecto, a juicio de la Corte, la norma es exequible en el entendido de que la decisión de no selección adoptada al momento de decidir sobre la admisión del recurso de casación, deberá ser motivada y tramitada conforme a las reglas y requisitos específicos que establezca la ley.
> De lo contrario podrían afectarse los derechos de acceso efectivo a la administración de justicia, prevalencia del derecho sustancial y el debido proceso, en lo referente al deber de motivación de las decisiones judiciales» (pp. 168-169, núm. 7.°, párrs. 1.° y 2.°, parcialmente) (cursiva del texto).

El Código General del Proceso estableció en el art. 347[1043] las hipótesis en las que la Corte puede ejercer la facultad de seleccionar los recursos de casación civil a decidir, lo que ha denominado casación discrecional o selección negativa, última expresión que podría reemplazarse por exclusión, que se ajusta más a la actuación procesal. Esta disposición señala expresamente tres motivos, sobre los

---

[1042] Sentencia C-713/08, de 15 de julio de 2008, MP Clara Inés Vargas Hernández. pp. 161-172, 302.

[1043] «Selección en el trámite del recurso de casación. La Sala, aunque la demanda de casación cumpla los requisitos formales, podrá inadmitirla en los siguientes eventos:
1. Cuando exista identidad esencial del caso con jurisprudencia reiterada de la Corte, salvo que el recurrente demuestre la necesidad de variar su sentido.
2. Cuando los errores procesales aducidos no existen o, dado el caso, fueron saneados, o no afectaron las garantías de las partes, ni comportan una lesión relevante del ordenamiento.
3. Cuando no es evidente la trasgresión del ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente».

que la CSJ ha tenido oportunidad de pronunciarse en aplicación de los núms. 1.°[1044], 2.°[1045] y 3.°[1046], explicando su alcance.

2.2 Revisión de la competencia de la Corte Suprema de Justicia

Como se describió (cap. V, núm. 2.3), la CSJ, como Alta Corte del Estado, tiene asignadas, constitucional y legalmente, unas funciones más allá de actuar como tribunal de casación, que es por esencia, la primera de sus atribuciones. Se han identificado al menos cinco tipos de asuntos de competencia de la Corte, de las cuales las primeras cuatro son de la naturaleza jurisdiccional, así: *i)* como tribunal de casación, *ii)* como corte suprema, *iii)* como juez constitucional, *iv)* como juez de conocimiento y; *v)* funciones administrativas.

Los dos primeros tipos, que incluyen la competencia para decidir el recurso de casación en el primero, y el recurso de revisión, así como el de revisión de laudos arbitrales y el exequatur, en el segundo, tradicionalmente han estado asignados a la Corte. En cuanto como juez de conocimiento es el juez natural de ciertos servidores públicos con fuero constitucional o legal, en especial en materia penal. Respecto a las funciones administrativas, se resalta el poder de nominación de altos cargos del Estado, que permite la intervención de la Corte en la garantía del equilibrio de poderes en el marco del sistema de frenos y contrapesos. Estas funciones parecen coherentes y hasta necesarias.

Aun así, a partir de la Constitución de 1991 y la creación de la acción de tutela, todo juez de la República ha asumido también la calidad de juez constitucional con competencia en materia de acción de tutela, en primera y segunda instancia, siendo también la Corte competente en algunos asuntos. También se ha examinado que la sobrecarga de actividad que soporta la CSJ, más

---

[1044] Sala de Casación Civil y Agraria. AC3572-2019, de 27 de agosto de 2019, MP Luis Armando Tolosa Villabona. pp. 19-22.

[1045] *ibid.*, AC5613-2018, de 11 de enero de 2019, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. pp. 8-12.

[1046] *ibid.*, AC1324-2018, de 6 de abril de 2018, MP Luis Alonso Rico Puerta. pp. 10-13.

que deberse al recurso de casación, su esencial función, tiene causa en el conocimiento de la acción de tutela.

Ante esta situación que afecta el funcionamiento del tribunal de casación, es conveniente considerar la revisión de la competencia que tiene asignada, en especial, la de conocimiento de la acción de tutela, pues la estadística evidencia una sobrecarga de actividad por esta causa. No se trata de pretender desconocer el papel que la Corte está llamada a cumplir en la decisión de acciones constitucionales, ni que esto sea incoherente con la inclusión de la defensa de los derechos constitucionales como finalidad de la casación (cap. II, núm. 2.7), sino de permitir a la Corte funcionar de manera adecuada para que pueda cumplir la finalidad institucional que por naturaleza e históricamente justifica su existencia. Como señaló Taruffo[1047], «… es necesario que la Casación trabaje menos para que pueda trabajar mejor». Parafraseando a Carnelutti[1048], podría afirmarse la existencia de la *inflación jurisprudencial* y diría él, «… con todos los caracteres y las consecuencias de la inflación: *multiplicación de la cantidad y disminución de la calidad*» (cursiva del texto).

No se pretende en esta investigación definir cuál debe ser la competencia de la Corte, ni señalar qué asuntos debiera dejar de conocer, conforme a lo anterior, sino llamar la atención en Colombia, de una de las proposiciones del Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Tesalónica en 1997, consistente en la reducción de la competencia de los tribunales supremos, como explica Morello[1049], sobre una circunstancia que día a día aumenta en la actividad del tribunal y, que no solo afecta su funcionamiento a nivel de congestión, sino que desplaza la atención del tribunal en la decisión de asuntos que no son los que

[1047] Taruffo, *El vértice ambiguo*. ob. cit., p. 241.

[1048] Carnelutti, Francesco. «La certeza del derecho». En: *Estudios de derecho procesal. vol. I. Doctrinas generales*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1952. pp. 321-337. La referencia es a la p. 324.

[1049] Morello, Augusto M. *Tendencias dominantes en la litigación civil. Los congresos internacionales de derecho procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002. pp. 171-174.

primero debiera decidir, con mayor razón cuando hay otros jueces en el Estado que lo pueden hacer, mientras que solo hay un tribunal de casación.

3. PRECEDENTE COMO RESPUESTA A LA CRISIS DE AUTORIDAD

A partir de la experiencia del derecho comparado de los distintos tribunales de casación, pueden identificarse al menos dos maneras tradicionales[1050] de reconocer el valor de las decisiones del tribunal: el precedente, que es el sistema seguido en el derecho comparado, y la doctrina probable, que se estableció en Colombia. La cuestión relevante es cuál de los dos se ajusta mejor a nuestra casación.

3.1 Supresión de la doctrina probable en Colombia

Se ha observado que la casación colombiana adoptó a partir de la Ley 169/1896, luego de varias reformas legales, la doctrina probable como valor de sus decisiones, vigente hasta el momento, siendo durante el siglo XX un criterio auxiliar para los jueces de instancia, y adquiriendo un valor vinculante relativo como consecuencia de la sentencia C-836/01 de la CC (cap. II, núm. 2.5).

A partir de la caracterización de la doctrina probable realizada, es posible desarrollar una crítica que conlleve a considerar su supresión por las siguientes razones:

i) Se ha identificado que la doctrina probable solo emana de las decisiones de la CSJ cuando actúa en función de casación. También se ha reseñado que la

[1050] En Brasil existe otra forma a partir del Código Procesal Civil de 2015: la *súmula vinculante*. Brasil. Congreso Nacional. Código de Proceso Civil. Ley 13105 de 16 de marzo de 2015. Traducción de Renzo Cavani. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

En la doctrina, Taruffo, Michele. «Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidad y justicia». En: Priori Posada, Giovanni (coord.). *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Lima: Palestra, 2015. pp. 133-144. La cita es de las pp. 136-137.

Corte cumple otras funciones jurisdiccionales relevantes, no como tribunal de casación, sino como Corte Suprema, al decidir los recursos extraordinarios de revisión[1051] y revisión de laudos arbitrales en materia civil[1052].

A pesar de tratarse del mismo órgano jurisdiccional, es clara la diferencia de sus funciones considerando la naturaleza de los respectivos recursos. Sin embargo, no es coherente que se atribuya a las decisiones de casación el alcance de doctrina probable y para los demás recursos se refiera a precedente[1053], pues la doctrina probable es exclusiva de las decisiones como tribunal de casación, esto es, cuando resuelve solo el recurso de casación. Podría pensarse que la diferencia se justifica en que la casación sí busca unificar la jurisprudencia, mientras que la revisión no, pero lo cierto es que de esta emanan precedentes, que en la práctica conducen al mismo fin.

ii) También es relevante la cuestión relativa a la conformación de la doctrina probable, esto es, la doctrina existe cuando coincide el criterio uniforme, sobre el mismo punto de derecho, al menos en tres sentencias actuando como tribunal de casación.

La Ley 169/1896, con el antecedente de la doctrina legal, tomada de la doctrina constante, siguió la pauta de exigir el número mínimo, pues se partió de la base de que la reiteración llevaría a la constancia y aceptación de la doctrina (cap. II, núm. 2.5). No obstante, se podría sostener que dicho requisito cuantitativo resulta inadecuado cuando se trata del examen de la norma para unificar la interpretación jurisprudencial, pues más que un criterio cuantitativo, debe ser cualitativo, pues lo que interesa de la sentencia de casación es la uniformidad que se alcanza de la interpretación jurisprudencial. Sería posible que criterios muy cuestionables desde la interpretación tengan la calidad de doctrina probable, solo por su repetición en cantidad de tres o más, así como verdaderos parámetros jurisprudenciales no

[1051] Por ejemplo, en materia civil, CGP, arts. 30, núm. 2.°; 354-360.

[1052] También en materia civil, CGP, art. 30, núm. 7.°.

[1053] Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC20187-2017, de 1.° de diciembre de 2017, MP Álvaro Fernando García Restrepo.

alcancen dicha categoría de doctrina probable por solo constar en una o dos sentencias de casación. Los criterios jurisprudenciales en casación no se deben contar, sino apreciar. Indirectamente el mensaje dado a los jueces de instancia es que si no hay tres decisiones uniformes sobre el mismo punto de derecho, pueden desconocer la jurisprudencia de la Corte, lo que no es conveniente, salvo lo explicado sobre el precedente.

iii) Si la finalidad de la jurisprudencia, en general, es unificar los criterios de interpretación más adecuados de la disposición normativa, su fundamento se encuentra en la necesidad de garantizar la unidad del ordenamiento jurídico, impidiendo diversas interpretaciones de la misma disposición. Esto conduce a la garantía del principio de igualdad de los asociados, así como también a la certeza del derecho y previsibilidad de la decisión judicial, en la medida de lo posible. Siendo así, no tiene mucho sentido, más allá de su consagración legal y la tradición jurídica, que se mantenga la doctrina probable como medio para otorgar valor a las decisiones del tribunal de casación. Por consecuencia, en esta investigación se concluirá, como propuesta *de lege ferenda*, su supresión, para en su lugar, adoptar el precedente.

3.2 Adopción del precedente en el tribunal de casación

La supresión de la doctrina probable dejaría un vacío que sería ocupado por el precedente. En efecto, en la investigación se ha observado que el precedente constituye el mecanismo adecuado para otorgar valor a las decisiones judiciales, especialmente de las Altas Cortes, como sucede en la CC y el CE. Asimismo, el derecho comparado, de donde ha sido recibido, evidencia sus ventajas.

En favor del precedente puede sostenerse que: *i)* es coherente con la idea general de dotar de cierto valor a los criterios jurisprudenciales definidos en la jurisprudencia de las Altas Cortes; *ii)* el propósito de lo anterior, a su vez, es garantizar la igualdad de los justiciables ante la jurisdicción y la unidad del derecho, que se proyecta en la seguridad jurídica, a través de la certeza del derecho y

previsibilidad de la decisión judicial; *iii)* si bien, inicialmente, puede oponerse a esta idea el principio de independencia del juez en el ejercicio de su función jurisdiccional[1054], lo cierto es que en Colombia, a partir de la jurisprudencia de la CC, es claro que el precedente no tiene un carácter vinculante absoluto, que impida al juez interpretar la disposición de manera distinta, sino que tiene carácter relativo, en la medida en que permite el apartamiento del juez, pero siempre que cumpla con una carga argumentativa, en virtud de la cual, explique «clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión» y; *iv)* el precedente es una institución que se predica de los criterios unificados de todas las Altas Cortes e incluso, de toda categoría de juez, pues se ha visto, que en nada se diferencia de la doctrina probable del tribunal de casación, más que en la exigencia del número mínimo de sentencias y, desde el punto de vista práctico, cuando la CSJ ha encontrado que el juez de apelación ha violado un criterio suyo, no contenido en doctrina probable, sino en un precedente, de igual manera procede a anular la sentencia impugnada[1055].

Por lo anterior, se concluirá con una postura favorable frente a la adopción del precedente con carácter relativo.

[1054] Doménech Pascual, Gabriel. «Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva». En: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. Enero, 2013. núm. 1, pp. 1-37. Barcelona, España: Universitat Pompeu Fabra; Tapia Fernández, Isabel. «¿El Tribunal Supremo legislador? (El valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Diciembre, 2017. núm. 2, pp. 21-79. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#WW/vid/704214309; Belloso Martín, Nuria. «Del precedente judicial a los precedentes obligatorios: ¿Ventaja o amenaza para los tribunales inferiores?» En: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Setembro a dezembro, 2018. ano 12, vol. 19, núm. 3, pp. 591-626. Rio de Janeiro, Brasil: Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Disponible en: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/39181

[1055] Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia SC10304-2014, de 5 de agosto de 2014, MP Luis Armando Tolosa Villabona.

4. DIÁLOGO JUDICIAL

Respecto a las relaciones institucionales del tribunal de casación con los tribunales constitucional y supranacionales, se ha notado que es una necesidad impuesta por el advenimiento de estos jueces especiales de creación posterior. Siendo varios, con distinta naturaleza, pero persiguiendo objetivos en una misma dirección, comprometidos con el respeto del ordenamiento jurídico y la garantía de los derechos, en especial, de los derechos humanos, no habría espacio para la duda y, por el contrario, el diálogo judicial se muestra como la vía por excelencia para mantener el contacto y el intercambio de fundamentos jurídicos desde diferentes perspectivas, experiencias, problemas y soluciones a los problemas que afrontan en su labor.

En la investigación se ha resaltado el diálogo judicial, que ha sido tradicionalmente ajeno al examen de la casación, para que sea considerado como objeto de estudio, y se han identificado algunas de las modalidades que el derecho comparado y nacional ofrecen como experiencia, entre ellas, la recepción de la jurisprudencia, en particular, de la CIDH, como lo ha mostrado en su actividad la CC y el CE. Si bien en la CSJ se ha empezado a incorporar el lenguaje del control de convencionalidad, hace falta mucho camino por recorrer para llegar al estado ideal en el que la casación sea impregnada de la convencionalidad.

Otro aspecto importante en el diálogo judicial es la cooperación judicial entre distintos órganos jurisdiccionales de la región, que a través de acuerdos formales, permita fijar objetivos comunes y estrategias de intercambio de dichas experiencias.

REFLEXIONES DEL CAPÍTULO

i) Aclaración ante la crisis de identidad. Lo primero que es necesario aclarar es que la crisis de identidad se enmarca en un tipo particular de casación y no sería posible predicarla de todos. En efecto, identificado el tipo originario francés e italiano

y el tipo derivado español, está claro que la recepción y regulación de la casación colombiana tuvo como base fundamental el segundo. La crisis de identidad ha sido un punto planteado al interior del primer modelo, luego, inicialmente no podría trasladarse de modo automático al segundo, al que pertenece nuestra casación.

En este sentido, nuestra CSJ tiene asignadas dos funciones principales como tribunal de casación, la primera propiamente de casación y la segunda de instancia, que es el aspecto cuestionado en la teoría clásica y pura de Calamandrei. A pesar de esto, y sin intención de evitar el tratamiento de la crisis, en esta investigación, primero, se examina la importancia de la distinción de estas funciones del tribunal y, luego, se proponen unos mecanismos para alcanzar la purificación del tribunal y evitar la confusión indicada, en caso de que se pretendiera cuestionar la función de instancia de la CSJ, advirtiendo las dificultades.

ii) Propuesta a la crisis de funcionamiento. Como posible medida ante la sobrecarga de actividad del tribunal, en la investigación se propone la consolidación de la facultad del tribunal de selección reglada de los recursos a decidir, en armonía con el cumplimiento de la finalidad institucional.

Esta medida se justifica en que el recurso de casación no hace parte del núcleo esencial del derecho al recurso y su interposición por el recurrente no comporta la obligación del tribunal de decidirlo, sino de solo aquellos en los cuales se armonice el cumplimiento de la finalidad de la casación, esto es, no sería suficiente el interés privado, sino que se requeriría que confluyera la finalidad pública.

iii) Propuesta a la crisis de autoridad. Si la CSJ unifica la interpretación jurisprudencial de los jueces de instancia, su decisión debe tener un valor. En la casación colombiana el mecanismo usado para otorgar el valor ha sido la doctrina probable, institución que presenta dos inconvenientes críticos: *a)* solo se predica de las decisiones en calidad de tribunal de casación, a pesar de que el tribunal decide otros recursos y; *b)* la exigencia del número mínimo de tres sentencias para su existencia es un criterio cuantitativo injustificado actualmente.

Por lo anterior, como propuesta *de lege ferenda*, se propugna por la supresión de la doctrina probable de la casación colombiana y, en su lugar, se defiende la tesis de la adopción del precedente judicial con carácter vinculante relativo.

iv) Frente al diálogo judicial. En estricto sentido, el diálogo judicial de la CSJ solo ha sido con la CC; no hay verdadero diálogo con los tribunales supranacionales, probablemente ha existido recepción de jurisprudencia.

Es necesario que la CSJ abra sus puertas definitivamente al diálogo con los tribunales constitucional y supranacionales. Esto contribuirá al fortalecimiento institucional, en la medida que un diálogo permite evitar conflictos y enriquece la jurisprudencia con criterios que otros tribunales han considerado en el ejercicio de su función, y la CSJ, como el tribunal más antiguo en la historia reciente del Estado moderno, tiene mucho por aportar a los demás.

Un diálogo judicial puede generarse a partir de la cooperación judicial y el intercambio de las experiencias comunes, como las jornadas académicas que permitan la promoción de estas relaciones institucionales.

RESULTADOS Y CONCLUSIONES

PRIMERA. LA RELACIÓN DE LA CASACIÓN CON LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA, EL DERECHO AL RECURSO Y LOS MODELOS DE TRIBUNALES SUPREMOS

i) Reafirmamos:

a) El principio de tutela jurisdiccional efectiva encuentra una limitación en la casación, en concreto frente al acceso de las partes al recurso, justificada por la finalidad y naturaleza jurídica de la institución. Esto en la medida que existe restricción frente al tipo de providencia recurrible y los motivos por los cuales se admite el recurso. Además, si se cumplen estas condiciones, se establece un filtro de selección con el propósito de alcanzar el funcionamiento adecuado del tribunal y el cumplimiento efectivo de la finalidad de la casación.

b) La casación no hace parte del núcleo esencial del derecho al recurso. Por tanto, la improcedencia o inadmisión en algunos casos, justificada por la finalidad y naturaleza jurídica de la institución, no constituye una afectación del derecho al recurso, como garantía que emana del debido proceso.

c) Siendo el tribunal de casación uno de los modelos de tribunales supremos en Occidente, se distingue por su finalidad y naturaleza jurídica, que considerando los anteriores puntos, permite sostener que el tribunal, con el propósito de cumplir sus funciones, debe tener la facultad de seleccionar los asuntos que tiendan a la garantía de la finalidad institucional, en aplicación de un filtro establecido en la regulación legal, en lo posible, con criterios claros de selección, que impliquen la decisión motivada.

SEGUNDA. EL ORIGEN FRANCÉS DE LA CASACIÓN Y LA RECEPCIÓN EN COLOMBIA DEL TIPO DE CASACIÓN DERIVADO ESPAÑOL

i) Reafirmamos:

a) La doctrina clásica y contemporánea, como regla general, coincide en considerar que la casación tuvo origen francés, concretamente en la Revolución francesa.

b) A pesar del carácter político inicial que tuvo la casación francesa, pronto se fue transformando hasta consolidarse en la institución moderna, de naturaleza jurisdiccional, con una finalidad pública que trasciende el interés particular de las partes en el proceso.

c) La casación fue recibida en varios países europeos, como Italia y España, pero en este no fue una recepción ciega, sino que se adaptó a las necesidades del contexto, incorporando algunos elementos esenciales que la distinguieron de la francesa, entre ellos, el carácter judicial del tribunal de casación, las funciones del tribunal, la finalidad del recurso y los motivos de casación.

d) La casación española ha sido trascendental para Colombia porque fue el tipo tomado como ejemplo para regular la institución en nuestro país a partir de su adopción en la Constitución de 1886 y su ordenación en la Ley 61/1886.

e) La casación colombiana siguió en los elementos indicados [lit. c)] a la española, además de otros, como la recepción de la doctrina legal.

f) La casación colombiana fue implantada en un contexto político, si bien diferente al francés de final del siglo XVIII y al español de inicio del siglo XIX, siendo un instrumento político de la Regeneración que asumía el poder, dejando atrás el federalismo para implantar el centralismo. Con el fin de garantizar la unidad del derecho, la casación fue concebida como un instrumento de poder político, pero no al nivel del caso francés, que persiguió la garantía de la división de poderes, en especial, el poder legislativo.

TERCERA. LA FINALIDAD DE LA CASACIÓN COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO ORIGINARIO QUE DEFINE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN

A partir de la revisión de la finalidad y naturaleza jurídica de la casación, siguiendo la doctrina clásica y pura, así como la literatura crítica, y previamente de la conexión entre la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho al recurso y los modelos de tribunales supremos:

i) Reafirmamos:

a) El tribunal de casación tiene justificación en la medida que cumple una finalidad distinta de la de los demás órganos jurisdiccionales, especialmente la pública.

b) La casación mantiene vigente, a pesar de cierta crítica, su finalidad pública y privada, entendiendo que ambos objetivos tienen la misma relevancia y, en lugar, de prevalencia, existe coordinación entre ellos.

c) A partir de los paradigmas de la constitucionalidad y la convencionalidad, a la casación se asignan nuevos fines, como la protección de los derechos constitucionales; así evoluciona incorporando los nuevos paradigmas, demostrando su vigencia en el Estado social de derecho.

d) El efecto consiste en la incorporación de los principios, derechos y garantías reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, como la interpretación y aplicación de la CADH por parte de la CIDH.

e) Estos nuevos paradigmas conducen al diálogo judicial entre el tribunal de casación y los tribunales constitucional y supranacionales. El primero no es ya el único juez supremo en el Estado moderno, lo acompañan los tribunales constitucional y supranacionales, todos con distinta naturaleza, finalidades y ámbitos de actuación, pero con un objetivo común: la garantía de la convencionalidad y constitucionalidad en las decisiones judiciales.

f) La casación limita la tutela jurisdiccional efectiva y no hace parte del derecho al recurso, lo que tiene dos efectos relevantes: *a.* la presentación del

recurso no implica la obligación de decidirlo y; *b.* el tribunal de casación tiene la facultad de seleccionar los asuntos que decidirá, que conlleven el cumplimiento de la finalidad de la casación.

ii) Proponemos:

a) La revisión de la amplia y diversa competencia del tribunal de casación, con dos propósitos: *a.* permitir al tribunal cumplir la finalidad del instituto y; *b.* permitir al tribunal funcionar adecuadamente frente a su sobrecarga de actividad. En especial, se propone la revisión de la competencia como juez constitucional (decisión de la acción de tutela).

b) La supresión del rigor formal o técnica de casación por innecesaria. El tribunal tiene el deber de interpretar el recurso para decidirlo. La casación no perderá su tradicional importancia por la eliminación de la técnica, su importancia no se basa en el difícil acceso, sino en la sabiduría de su jurisprudencia.

c) La regulación de la casación en una ley unificada para que el tribunal, que es único, pueda actuar a través de sus distintas salas especializadas, en cumplimiento de una misma finalidad, con unas mismas atribuciones, exigiendo unos mismos requisitos y un mismo trámite procesal del recurso.

CUARTA. EL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN Y LA NECESIDAD DE ADECUACIÓN PARA LOGRAR LA FINALIDAD DE LA CASACIÓN

i) Proponemos:

a) La revisión del *numerus clausus* de providencias recurribles en casación, en el sentido de que en algunos casos, se restringe, como en la casación laboral, a las sentencias emitidas en procedimiento ordinario, excluyendo las de procesos especiales, que convendría que la CSJ

conociera para alcanzar la unificación de la jurisprudencia en ciertas materias de relevancia constitucional.

Esta medida, que en principio parece incoherente por abrir la puerta de la casación a nuevas providencias, lo que podría generar mayor sobrecarga de actividad, resulta necesaria para garantizar la defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, p. ej., siguiendo con la casación laboral, en asuntos de derecho colectivo del trabajo, hoy excluidos del control de la CSJ y tan relevantes por tener fuente en convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

b) La revisión de los motivos o causales de casación para admitir solo aquellas que procuren que la casación cumpla su finalidad institucional.

c) La supresión de la *summa cassationis* debido a que constituye un obstáculo desproporcionado con la única justificación del funcionamiento del tribunal de casación. En su lugar, se propone la selección de los asuntos de trascendencia por una sala de magistrados, como lo hace la CC en la selección de las sentencias de tutela objeto de revisión.

También esta medida puede parecer inconexa con el planteamiento desarrollado en la investigación, pero en el fondo se pretende que el filtro de acceso a la casación no sea la cantidad económica del interés de las partes, sino la trascendencia del asunto frente a la finalidad de la institución. Si bien son de diferente naturaleza, un buen ejemplo lo constituye la selección de sentencias de tutela en la CC.

d) La utilización de la tecnología, como la inteligencia artificial, como apoyo a la labor de selección, de la cual es un ejemplo relevante el proyecto piloto Prometea en la CC.

QUINTA. LA CRÍTICA AL FUNDAMENTO CHIOVENDIANO DE LA LIMITACIÓN DEL PODER DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

Una crítica a la obra de Calamandrei, desde el punto de vista histórico-dogmático (cap. IV, núm. 5), recae sobre la fundamentación que hizo de la actuación del tribunal de casación y la prohibición de aplicar la regla *iura novit curia*, esto es, la limitación de su poder de decisión, basado en que el recurrente ejerce un derecho de acción de impugnación, como especie de la acción procesal, que lo condujo a la tesis de Chiovenda, de la acción como derecho potestativo, y siendo este un derecho privado, lo que no fue objeto de recurso, mal podría el tribunal decidir, sin desconocer ese derecho.

Como se observó, la tesis chiovendiana de la acción como derecho potestativo fue criticada y abandonada por la doctrina procesal, y desde la misma escuela italiana, con Carnelutti y Rocco como abanderados, se acogió la tesis de la acción como derecho público, lo que se acepta en Colombia, como en Iberoamérica. Lo que debió suceder a continuación fue la revisión de esa fundamentación que hizo Calamandrei de la limitación del poder de decisión, pero no fue así. En efecto, la CSJ continúa basándose en la obra de Calamandrei, ya superada en ese aspecto, para justificar su limitación; y la doctrina de la casación, como Morales Molina y Murcia Ballén, a su vez, siguieron a la Corte. De ahí que, en esta investigación se ha planteado esta crítica con el propósito de aclarar un punto esencial en la teoría de la casación, que tiene origen en otra institución procesal, el derecho de acción.

SEXTA. LAS CRISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE COLOMBIA Y SUS POSIBLES SOLUCIONES. LA CRISIS DE IDENTIDAD

i) Precisamos:

a) Partiendo de la distinción entre el tipo originario francés e italiano y el tipo derivado español, seguido por la casación colombiana, se concluye que nuestra CSJ no presenta la crisis de identidad, en la medida en que, desde su origen, tiene asignadas dos funciones diferentes: una es la actividad del tribunal en ejercicio de la función de casación y otra en la de instancia. En todo caso, para considerar teóricamente el tratamiento de una postura a favor de la crisis de identidad, como posible solución se han planteado en esta investigación dos medidas:

ii) Advertimos:

a) La supresión de esta función de instancia de la CSJ tendría diversos obstáculos (razones histórica, política, de congestión judicial de la segunda instancia y de mora judicial en la emisión de la sentencia de reemplazo) (cap. VI, núm. 1.2).

b) Como alternativa, se propone la asignación de la función de instancia a una sala o sección diferente a la sala de casación que ha anulado la sentencia impugnada, pero manteniendo en la Corte la función. Aun así, se insiste, en Colombia no existe la crisis de identidad.

SÉPTIMA. LAS CRISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE COLOMBIA Y SUS POSIBLES SOLUCIONES. LA CRISIS DE FUNCIONAMIENTO

i) Evidenciamos:

a) La crisis de funcionamiento es una realidad de los tribunales de casación italiano, francés y español; así lo demuestra la estadística de su

actividad del periodo 2010-2019, lo que reafirma el problema planteado por la doctrina desde los siglos XIX y XX.

b) La Corte Suprema de Justicia colombiana soporta la crisis de funcionamiento. La creación de las Salas de Descongestión Laboral (Ley 1781/16) es un hecho evidente de su existencia.

c) La causa de la crisis en Colombia sobre todo recae en la competencia de la Corte como juez constitucional al decidir la acción de tutela, en primera y segunda instancia.

ii) Proponemos:

a) La selección reglada como facultad del tribunal de casación a partir de criterios previamente establecidos, que tiendan al cumplimiento de la finalidad de la casación. La selección debiera ser motivada en dichos criterios.

b) La revisión de la amplia y diversa competencia del tribunal de casación [Conclusión tercera, núm. ii), a)].

OCTAVA. LAS CRISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE COLOMBIA Y SUS POSIBLES SOLUCIONES. LA CRISIS DE AUTORIDAD

i) Reafirmamos:

a) La jurisprudencia, en concreto, la *ratio decidendi* de las decisiones del tribunal de casación debieran tener carácter vinculante relativo para el tribunal y los jueces de instancia, como sucede en Colombia. El carácter vinculante relativo armoniza dos aspectos en tensión, debido a que garantiza el principio de igualdad de los justiciables frente a la jurisdicción y permite el apartamiento argumentado de la resolución judicial en ejercicio de su independencia judicial.

ii) Argumentamos:

a) A pesar de que la doctrina probable tiene carácter vinculante relativo, es una institución que no siempre resulta coherente con la finalidad pública de la casación, en concreto con el aspecto de la defensa del ordenamiento jurídico, así como la defensa del interés privado de las partes. La exigencia de un número mínimo de sentencias uniformes privilegia el aspecto cuantitativo (tres decisiones) sobre el cualitativo, consistente en la solidez de sus fundamentos.

iii) Proponemos:

a) La supresión de la doctrina probable, sin que esto constituya una postura en contra del valor de las decisiones del tribunal de casación, que se resalta debiera tener un valor especial [núm. i), a)].

b) La adopción del precedente con carácter vinculante relativo para el tribunal y los jueces de instancia, permitiendo el apartamiento argumentado de la resolución judicial.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA. LIBROS

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

AGUDELO AGUDELO, Carlos Alberto. *"La democracia de los jueces". La 'rama menos peligrosa' como poder prodemocrático en la práctica constitucional*. Bogotá: Leyer, 2015. Corresponde a la tesis doctoral del autor, *La democracia de los jueces: la "rama menos peligrosa" como poder prodemocrático en la práctica constitucional*. Tesis doctoral. Director: Diego Eduardo López Medina. Bogotá: Universidad de los Andes, 2014. 718 p.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). t. II. Números 12-30*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. t. I. Parte general*. 2.ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 1956.

AMAYA, Jorge Alejandro. Marbury v. Madison*. Origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*. 5.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2017.

ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* 2.ª ed. Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2016.

ARCARO CONCI, Luiz y MEZZETTI, Luca. *Diálogo entre Cortes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

ARÉVALO GUERRERO, Ismael Hernández. *Jurisprudencia: de la interpretación al precedente*. Bogotá: Ibáñez, 2018.

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de derecho procesal. t. I. Teoría general del proceso*. 11.ª ed. Bogotá: Temis, 2016.

--------. *Manual de derecho procesal. t. II. Parte general*. 9.ª ed. Bogotá: Temis, 2015.

BARCO ALZATE, Carlos Arturo; OTÁLORA VAN HOUTEN, Carolina y ALONSO WILCHES, Bernardo (coords. académicos). *Recursos extraordinarios en materia laboral*. Bogotá: Legis y Colegio de Abogados del Trabajo, 2020.

BARRERA, Leticia. *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012.

BELLIDO PENADÉS, Rafael (dir.). *El recurso de casación civil*. Madrid: La Ley, 2014.

--------. *El recurso extraordinario por infracción procesal*. Madrid: La Ley, 2013.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero. *La casación civil*. Bogotá: Ibáñez, 2017.

BELSITO, Cecilia y CAPORALE, Andrés. *Tutela judicial efectiva*. Rosario: Nova Tesis, 2005.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. 2.ª ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2006.

BENEDETTI, Miguel Ángel y SÁENZ, María Jimena. *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2016.

BERIZONCE, Roberto O.; HITTERS, Juan Carlos y OTEIZA, Eduardo (coords.). *El papel de los tribunales superiores*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. Primera parte, 2006. Segunda parte, 2008.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. 1.ª ed., 5.ª reimpresión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

BERTOLINO, Pedro Juan. *El exceso ritual manifiesto*. 2.ª ed. La Plata: Platense, 2003.

BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto. *La casación civil. Teoría general, fundamentos y aspectos prácticos de la actuación y de su técnica*. Bogotá: Ibáñez, 2019.

BLOOM, Harold. *El canon occidental. La escuela y los libros de todas las épocas*. 9.ª ed. Traducción de Damián Alou. Barcelona: Anagrama, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Traducción de Eduardo Rozo Acuña. 3.ª ed. Bogotá: Temis, 2007.

BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. *Principio de completitud y creación judicial del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. Corresponde a la tesis doctoral del autor, *Principio de completitud de la ley escrita y creación judicial del derecho en conflictos contractuales civiles*. Director: Carlos Alberto López Cadena. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. 608 p.

BONET NAVARRO, José (dir.), y MARTÍN PASTOR, José (coord.). *El recurso de casación civil*. Pamplona: Aranzadi, 2010.

BORÉ, Jacques. *La cassation en matière civile*. Paris: Sirey, 1980.

BOURDIN, María. Justicia y medios. *La revolución comunicacional de la Corte Suprema Argentina. Cómo abrir a la sociedad la puerta de los Tribunales*. Buenos Aires: Sudamericana, 2013.

BRENNER, Saul y SPAETH, Harold J. Stare indecisis*. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1946-1992*. Traducción de Sebastián Figueroa Rubio y Camila Spoerer Grau. Madrid: Marcial Pons, 2017.

BREWER-CARÍAS, Allan R. y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro. *La casación civil. Estudio doctrinal sobre los fines casacionales*. Madrid: Dijusa, 2006. Corresponde a la tesis doctoral del autor, *Los fines de la casación*. Director: Jordi Nieva Fenoll. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2005. 396 p.

CABRERA DUSSÁN, Flavio. *Principios de casación en asuntos civiles*. Bogotá: Kelly, 1941.

CAJAS SARRIA, Mario Alberto. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. t. I. De la Regeneración al régimen militar, 1886-1958. t. II. Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015.

CALAMANDREI, Piero. *Casación civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1959.

--------. *Cassazione civile*. En: Nuovo Digesto Italiano. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, UTET, 1937.

--------. *Instituciones de derecho procesal civil. Según el nuevo código. vols. I y III*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

--------. *La casación civil. t. I y II. Historia y legislaciones. t. III. Bosquejo general del instituto*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2007.

--------. *La casación civil. t. I. Historia y legislaciones. vols. 1-2. t. II. Bosquejo general del instituto*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

--------. *La Cassazione civile. vol. I. Storia e legislazioni. vol. II. Disegno generale dell'istituto*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1920.

--------. *Los estudios de derecho procesal en Italia*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1959.

CALAMANDREI, Piero y FURNO, Carlo. *Cassazione civile*. En: Novissimo Digesto Italiano. II. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, UTET, 1958. pp. 1053-1104.

CALDERÓN BOTERO, Fabio. *Casación y revisión en materia penal*. Bogotá: Temis, 1973.

CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Traducción de Mónica Miranda. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

CÁRDENAS VELÁSQUEZ, Byron G. *El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: especial consideración de su aplicación en España y Nicaragua*. Barcelona: Bosch, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal. I. Derecho procesal civil. Derecho y proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1971.

--------. *Instituciones del proceso civil. vols. I y II*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1997.

--------. *Sistema de derecho procesal civil. III*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel y ALONSO SALGADO, Cristina (dirs.). *El género y el sistema de (in)justicia*. Valencia: Tirant, 2020.

CATALINA BENAVENTE, María de los Ángeles. *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant, 2010. Además, la tesis doctoral de la autora, *El recurso de casación y la tutela de los derechos fundamentales*. Tesis doctoral. Director: Víctor Moreno Catena. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2003. 642 p.

CHÉNON, Émile. *Origines, conditions et effets de la cassation*. Paris: L. Larose et Forcel, 1882. Disponible en: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57841400/f12.image.r=cassation%20chenon

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil. vols. II y III*. Traducción del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

--------. *Principios de derecho procesal civil. t. I*. Traducción española de la 3.ª ed. italiana. Prólogo y notas del profesor José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1922.

--------. *Principios de derecho procesal civil. t. II*. Traducción española de la 3.ª ed. italiana. Prólogo y notas del profesor José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1925.

CIPRIANI, Franco. *Batallas por la justicia civil*. Compilación y traducción de Eugenia Ariano Deho. Lima: Cultural Cuzco, 2003.

COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. *El proceso monitorio en el contexto iberoamericano. Un estudio desde la doctrina, el derecho comparado y el Código General del Proceso*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2019.

COLOMBO, Carlos J. *La Corte Nacional de Casación. t. I y II*. Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo, 1943.

CONDOMINES VALLS, Francisco de A. *El recurso de casación en materia civil*. Barcelona: Bosch, 1978.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil. t. I*. 3.ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1979.

--------. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ª ed. (póstuma), reimpresión inalterada. Buenos Aires: Depalma, 1976.

CRÉPON, Théophile. *Cour de cassation. Origines, organisation, attributions du pourvoi en cassation en matière civile. Tome premier*. Paris: L. Larose et Forcel, 1892. Disponible en: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5729776k.r=cassation%20crepon?rk=21459;2

CROSS, Rupert y HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Traducción de María Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Piero Calamandrei: Vida y obra. Contribución para el estudio del proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2019.

CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés (dir. científico). *Derecho procesal convencional. El nuevo desafío de la justicia constitucional*. Bogotá: Nueva Jurídica y otras, 2016.

--------. *Estudios de derecho procesal constitucional y convencional*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2015.

CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés; LOPES SALDANHA, Jânia Maria y FIGUEIRA TONETTO, Fernanda. *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*. Bogotá: Nueva Jurídica, 2015.

CUENCA, Humberto. *Curso de casación civil*. 2.ª ed. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1974.

DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. 11.ª ed., 2.ª reimpresión. Edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero. México: Universidad Nacional Autónoma de México y otros, 2017. Disponible en: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2792-los-grandes-sistemas-juridicos-contemporaneos-1a-reimp-de-la-11a-ed

DAZA GONZÁLEZ, Alfonso; FORERO SALCEDO, José Rory y LOZANO PACHECO, Luis Gonzalo. *Una aproximación al recurso extraordinario de casación penal desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Admisibilidad, errores y causales*. Bogotá: Universidad Libre, 2017.

DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina. *El precedente contencioso administrativo: teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, 1966.

--------. *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. t. I. Generalidades*. Bogotá: Temis, 1961.

--------. *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. t. IV. De los actos procesales (parte segunda)*. Bogotá: Temis, 1964.

EPP, Charles R. *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 7.ª ed. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAND, Frédérique. *Cassation française et révision allemande*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

FERRER BELTRÁN, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen (coedits.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. 2.ª ed., 2.ª reimpresión. Madrid: Marcial Pons, 2017.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant, 2013.

GAMA, Leopoldo. *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*. Prólogo de Manuel Atienza. Madrid: Marcial Pons, 2019.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L. (trad.). *Cuerpo del derecho civil romano. t. III. Primera parte: Digesto*. Publicado por los hermanos KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN. Barcelona: Jaime

Molinas, Editor. 1897. Disponible en: https://bib-antonioreverte.um.es/Ficheros/GCorral/T3_1897/GCorral_Corpus3.pdf

GASCÓN ABELLÁN, Marina y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (coords.). *La construcción del precedente en el* civil law. Barcelona: Atelier, 2020.

GIANNINI, Leandro J. *El Certiorari. La jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Platense, 2016.

GIL BOTERO, Enrique. *Control de convencionalidad en Colombia. Una experiencia de diálogo judicial*. 2.ª ed. Valencia: Tirant, 2019.

GOENAGA, Alberto. *Recurso de casación*. Tesis de grado. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: Fénix, 1912.

GÓMEZ CASTRILLÓN, Luis Alberto. *La técnica de casación penal*. Bogotá: Leyer, 2016.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel. *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales. t. II*. Segunda edición, arreglada á la nueva ley de Enjuiciamiento civil. Madrid: Imprenta de D. F. Sánchez, 1856. Disponible en: https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5320474296&view=1up&seq=8

GÓMEZ LEE, Iván Darío. *La seguridad jurídica. vol. I. El caso de la responsabilidad fiscal en Colombia. vol. II. Una teoría multidisciplinaria aplicada a las instituciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. Corresponde a la tesis doctoral del autor, *Problemas y situaciones de la responsabilidad fiscal en Colombia analizados desde la seguridad jurídica en una propuesta con un enfoque multidisciplinario*. Director: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. 510 p.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho procesal civil. Volumen primero. Parte general. El proceso declarativo ordinario*. 8.ª ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1976.

GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge. *Entre la Ley y la Constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1984.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los protagonistas del derecho procesal. Desde Chiovenda a nuestros días*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004.

GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona: Bosch, 1998.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil. Tomo segundo. Parte especial*. 3.ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Traducción de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GUEVARA PALACIOS, Augusto. *Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Interpretación constitucional y convencional*. Barcelona: Bosch, 2012. Corresponde a la tesis doctoral del autor, *Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: delimitación, naturaleza y efectos jurídicos en los Estados americanos*. Tesis doctoral. Director: Santiago Ripol Carulla. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2007. 641 p.

GUPTA, Akhil, *et al*. *Las burocracias*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2014.

GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *El recurso de casación civil. (Control de hecho y de derecho)*. Valencia: Tirant, 1996.

HENAO OSPINA, Marino Tadeo. *Selección de jueces de altas cortes en el derecho público comparado*. Bogotá: Cuéllar, 2016.

HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. 2.ª ed. La Plata: Platense, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Traducción de la primera edición de *Reine Rechtslehre* (1934) a cargo de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez. Madrid: Trotta, 2011.

KISCH, Wilhelm. *Elementos de derecho procesal civil*. Traducción de la cuarta edición alemana y adiciones de derecho español por L. Prieto Castro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940.

KÖHLER, Ricardo Carlos. Amicus curiae*. Amigos del tribunal*. Buenos Aires: Astrea, 2010.

LAGOS PANTOJA, Luis. *El recurso extraordinario de casación laboral y la Constitución de 1991*. Bogotá: Doctrina y Ley, 1993.

LAURENT, François. *Principios de derecho civil. Tomo primero*. Primera traducción española. México: Joaquín Guerra y Valle, Editor, 1889. Disponible en: http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020013429_C/1020013429_T1/1020013429_T1.html

LETELIER LOYOLA, Enrique. *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Barcelona: Atelier, 2013. Corresponde a la tesis doctoral del autor, *La configuración del derecho fundamental al recurso en un proceso penal con todas las garantías*. Director: Lorenzo Bujosa Vadell. Coordinadora: María del Pilar Martín-Ríos. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1980.

LINARES GUTIÉRREZ, Julio Ernesto. *La casación civil en la legislación panameña*. San José, Costa Rica: Antonio Lehmann, 1968.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso. Parte general*. Bogotá: DUPRÉ, 2017.

LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. *La certeza del derecho*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1953.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2.ª ed., 16.ª reimpresión. Bogotá: Legis, 2017.

LÓPEZ PINZÓN, Luis Gerardo. *La casación en materia penal. Una técnica normalizada y al alcance de todos*. Bogotá: Ibáñez, 2017.

LOREDO COLUNGA, Marcos. *La casación civil. El ámbito de recurso y su adecuación a los fines casacionales*. Valencia: Tirant, 2004. Corresponde a la tesis doctoral del autor, del mismo título. Director: Fernando Gómez de Liaño González. Oviedo: Universidad de Oviedo, 2002. 499 p.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando y RON LATAS, Ricardo Pedro. *La independencia judicial*. Madrid: Dykinson, 2015.

MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada. t. VI*. 2.ª ed. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1905. Disponible en: https://bib-antonioreverte.um.es/Ficheros/Manresa/LEC/T6/Manresa_Lec_6.pdf

--------. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada. t. VI*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1895. Disponible en: https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/18095

MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra, 2007.

--------. *El derecho de acción como derecho fundamental*. Traducción de Laura Criado Sánchez. Bogotá: Temis, 2015.

--------. *La ética de los precedentes*. Traducción de Laura Criado Sánchez. Revisión de la traducción de Christian Delgado Suárez. Lima: Palestra, 2017.

--------. *Precedentes obligatorios*. Traducción de Christian Delgado Suárez. Lima: Palestra, 2013.

MATTIROLO, Luigi. *Tratado de derecho judicial civil. t. IV. El fallo del Juez. Sentencias. Medios para impugnarlas. La acción civil contra las autoridades judiciales y los funcionarios del Ministerio público*. Traducción de la quinta edición italiana completamente revisada y aumentada por el autor. Traducción de Ricardo Garrido Juan. Madrid: Reus, 1936.

MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de. *La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*. Madrid: Dykinson, 2012.

MERCADER, Amílcar A. *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*. Prólogo de David Lascano. Buenos Aires: Depalma, 1944.

MICHELI, Gian Antonio. *Curso de derecho procesal civil. vol. II. El proceso contencioso de cognición*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1970.

MILIONE FUGALI, Ciro. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant, 2015.

MOLINA MONSALVE, Carlos Ernesto. *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá: Temis, 2005.

MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal*. 3.ª ed. Valencia: Tirant, 2018.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de. *El espíritu de las leyes. t. I*. Vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906. p. 237. Disponible en la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, Fondo Antiguo Digital: https://archive.org/details/espirituDeLasLeyesT1/mode/2up

MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de derecho procesal civil. Parte general*. 4.ª ed. Bogotá: Lerner, 1960.

--------. *Técnica de casación civil*. 2.ª ed. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1983.

--------. *Técnica de casación civil*. Bogotá: Lerner, 1963.

--------. *Técnica de casación civil. Conferencias*. 2.ª ed. Edición privada. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1958.

MORELLO, Augusto M. *Estudio de la casación civil española*. La Plata: Platense, 2001.

--------. *La casación. Un modelo intermedio eficiente*. La Plata: Platense; Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

--------. *La Corte Suprema en acción*. La Plata: Platense; Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

--------. *La nueva etapa del recurso extraordinario. "El Certiorari"*. La Plata: Platense; Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

--------. *Tendencias dominantes en la litigación civil. Los congresos internacionales de derecho procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002.

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al derecho procesal*. 10.ª ed. Valencia: Tirant, 2019.

MURCIA BALLÉN, Humberto. *Recurso de casación civil*. 5.ª ed. Bogotá: Ibáñez, 1999.

--------. *Recurso de casación civil*. 3.ª ed. Bogotá: Librería El Foro de la Justicia, 1983.

--------. *Recurso de casación civil*. 2.ª ed. Bogotá: Temis, 1978.

NAVARRO PASQUALI, Fabio Alfredo. *Corte Suprema de Justicia en la República liberal. 1935-1939. Una Corte de oro*. Bogotá: Universidad Incca, 2018. Corresponde a la tesis de maestría del autor, del mismo título. Director: Roberto Vidal López. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2011. 113 p.

NIEVA FENOLL, Jordi y OTEIZA, Eduardo (dirs.). *La independencia judicial: un constante asedio*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

NIEVA FENOLL, Jorge. *El hecho y el derecho en la casación penal*. Barcelona: Bosch, 2000.

--------. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Barcelona: Bosch, 1998. Corresponde a la tesis doctoral del autor, del mismo título. Director: Manuel Serra Domínguez. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1997.

--------. *El recurso de casación civil*. Barcelona: Ariel, 2003.

NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Trotta, 2007.

ORTELLS RAMOS, Manuel (coord.). *Los recursos ante los tribunales supremos en Europa*. Madrid: Difusión Jurídica, 2008.

ORTELLS RAMOS, Manuel y BELLIDO PENADÉS, Rafael (dirs.). *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*. Madrid: Dykinson, 2016.

ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel. *Práctica general forense. Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los tribunales y juzgados y los procedimientos judiciales. t. II*. Madrid: Imprenta de José Rodríguez, 1856. Disponible en: https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5320475326&view=1up&seq=8

OTEIZA, Eduardo (coord.). *Cortes supremas. Funciones y recursos extraordinarios*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.

--------. (coord.). *Reforma procesal civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

PALACIO, Lino Enrique. *El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica*. 2.ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

--------. *Manual de derecho procesal civil*. 19.ª ed., reimpresión. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009.

PEGORARO, Lucio. *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*. Bogotá: Universidad Libre. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, 2011.

PÉREZ VIVES, Álvaro. *Recurso de casación en materias civil, penal y del trabajo*. 3.ª ed. Bogotá: Temis, 1966.

--------. *Recurso de casación en materias civil, penal y del trabajo*. 2.ª ed., aumentada y corregida. Bogotá: Librería Americana Ediciones Lex, 1946.

--------. *Recurso de casación en materia civil*. Bogotá: Talleres Mundo al Día, 1938.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. 2.ª ed. Barcelona: Bosch, 2012.

PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos*. El diálogo judicial. Buenos Aires: Astrea, 2017.

PIZZOLO, Calogero y MEZZETTI, Luca (coords.). *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales*. Buenos Aires: Astrea, 2016.

PLAZA, Manuel de la. *La casación civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. *Derecho procesal civil. vol. 1.°. Conceptos generales. Procesos declarativos. Recursos*. 3.ª ed. Madrid: Tecnos, 1975.

--------. *Derecho procesal civil. Volumen primero. (Derecho a la justicia, jurisdicción y organización de tribunales. –Proceso y derecho procesal civil. –Sistema del derecho procesal: Sujetos.*

Objeto. Procedimiento. Actos. Procesos declarativos. Recursos). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1968.

PRIORI POSADA, Giovanni (coord.). *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Lima: Palestra, 2015.

PROTO PISANI, Andrea. *La tutela jurisdiccional*. Traducción de Eugenia Ariano Deho y otros. Lima: Palestra, 2014.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *El control de convencionalidad*. 3.ª ed. Bogotá: Temis, 2017.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando y PEÑA HUERTAS, Rocío del Pilar. *Derecho de género y enfoque diferencial*. Bogotá: Universidad del Rosario y Tirant, 2020.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría general del derecho procesal*. 4.ª ed. Bogotá: Temis, 2008.

RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*. Bogotá: Tirant, 2019.

RAMÍREZ ARCILA, Carlos. *Teoría de la acción*. Bogotá: Temis, 1969.

REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil. t. II. El sistema de las impugnaciones de las sentencias. Procedimientos especiales de cognición y cautelares. Procedimientos de ejecución*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Prólogo por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1957.

RENGEL-ROMBERG, Arístides. *Tratado de derecho procesal civil venezolano. vol. V. Casación civil e invalidación*. 5.ª ed. Caracas: Organización Gráficas Capriles, 2007.

ROCA MARTÍNEZ, José María (dir.). *El acceso a la justicia*. Valencia: Tirant, 2018.

ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil. I. Parte general*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis; Buenos Aires: Depalma, 1969.

--------. *Tratado de derecho procesal civil. III. Parte especial. Proceso de cognición*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis; Buenos Aires: Depalma, 1972.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil. t. II. Libro segundo: el procedimiento de sentencia*. Traducción de Ángela Romera Vera y supervisión de Eduardo B. Carlos y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1955.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social o principios del derecho político*. Lyon: Librería de Cormon y Blanc, 1819. Disponible en la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, Fondo Antiguo Digital: https://archive.org/details/elcontratosocia01rousgoog/page/n11/mode/2up

ROZO ACUÑA, Eduardo. *La Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Temis, 1987.

RÚA, Fernando de la. *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*. Buenos Aires: Zavalía, 1968.

--------. *La casación penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

--------. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991.

RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel. *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*. Valencia: Tirant, 2016.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo y CARAZO LIÉBANA, María José. *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*. Valencia: Tirant, 2013.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario. t. I-II*. 4.ª ed., 3.ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea: 2016.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dir.), SOLANES MULLOR, Joan y ROA ROA, Jorge Ernesto (coords.). *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant, 2017.

SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2.ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2012.

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos y VÁZQUEZ GARCÍA, David. *Recurso de casación civil. Cómo superar la fase de admisión*. Málaga: Editorial Ley 57, 2018.

SANDOVAL BERNAL, Álvaro. *La jurisdicción consultiva de las cortes internacionales*. Bogotá: Tirant, 2019.

SARMIENTO NÚÑEZ, José Gabriel. *Análisis crítico a la casación de oficio*. Caracas: Livrosca, 1996.

--------. *Condiciones sustanciales del recurso de casación*. Caracas: Arte, 1986.

SARTORIO, José. *La casación argentina*. Buenos Aires: Depalma, 1951.

SATTA, Salvatore. *Commentario al codice di procedura civile. Libro secondo. Parte seconda. Processo di cognizione*. Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1962.

--------. «Corte di Cassazione». En: *Enciclopedia del diritto. vol. X*. Direzione e coordinamento: Francesco Calasso. Milano: Giuffrè, 1962. pp. 797-829.

--------. *Manual de derecho procesal civil. vol. I. Las disposiciones generales. El proceso de cognición*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1971.

SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Traducción española de la quinta edición alemana por Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1950.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *El juez y el derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1957.

TAMAYO JARAMILLO, Javier y JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *El precedente en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Ibáñez, 2012.

TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*. Traducción de Juan J. Monroy Palacios y Juan F. Monroy Gálvez. 1.ª reimpresión. Lima: Palestra, 2006.

--------. *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

--------. *La motivación de la sentencia civil*. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. *Teoría y técnica de la casación civil, penal, laboral, penal militar, acciones de grupo, derecho comparado*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2008.

TORRES VILLAREAL, María Lucía. ed. *La séptima papeleta: historia contada por algunos de sus protagonistas. Con ocasión de los 20 años del movimiento estudiantil de la séptima papeleta*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

UGALDE GONZÁLEZ, José Ignacio. *El recurso de casación laboral*. Madrid: La Ley, 2009.

URIBE, Antonio José. *Jurisprudencia colombiana extractada y concordada por el Relator de la Corte Suprema y precedida de un estudio sobre el recurso de casación*. Bogotá: Imprenta Nacional, 1900. Disponible en: http://bdigital.unal.edu.co/5639/

USME PEREA, Víctor Julio. *Recurso de casación laboral. Enfoque jurisprudencial. vols. I-II*. 2.ª ed. Bogotá: Ibáñez, 2014.

VÁSQUEZ ALFARO, Mónica. *La ciencia útil. Una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *La casación civil. (Revisión crítica)*. Barcelona: Ediser, 1979.

VELÁSQUEZ NIÑO, Jorge. *¿La casación penal? ¡Pero si es muy fácil!* Bogotá: Doctrina y Ley, 2012.

VÉSCOVI, Enrique. *El recurso de casación*. 2.ª ed. Montevideo: Idea, 1996.

--------. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

VICENTE Y CARAVANTES, José de. *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios. t. IV*. Madrid: Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores, 1858. Disponible en: https://books.google.com.co/books?id=IAGqHYT0w_QC&pg=PA163&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Estructura de la sentencia judicial*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008.

VV. AA. *Recurso de casación civil. Cómo lograr su admisión. Doctrina, jurisprudencia, definición, formularios y esquemas procesales*. 3.ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2017.

WACH, Adolf. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Lima: ARA, 2006.

--------. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1977.

WALDRON, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el congreso y en los tribunales*. Edición al cuidado de Juan F. González Bertomeu. Buenos Aires: Siglo XXI, 2018.

WINDSCHEID, Bernhard y MUTHER, Theodor. *Polémica sobre la "Actio"*. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1974.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 11.ª ed. Madrid: Trotta, 2016.

ZULETA ÁNGEL, Alberto. *Conferencias de técnica de casación civil y laboral*. Bogotá: [s.n.], 1956.

DOCTRINA. CAPÍTULOS DE LIBROS

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. «Reflexiones sobre el diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana». En: PIZZOLO, Calogero y MEZZETTI, Luca (coords.). *Tribunales supranacionales y tribunales nacionales. t. I. América. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales*. Buenos Aires: Astrea, 2016. pp. 1-15.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. «Perspectivas de la casación». En: *Temas de casación y recursos extraordinarios. En honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata: Platense, 1982. pp. 503-541.

ANDREWS, Neil. «El Tribunal Supremo del Reino Unido y las sentencias de los tribunales ingleses». En: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 253-266.

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia. «El acceso a los recursos y las interpretaciones manifiestamente erróneas, rigurosas y formalistas». En: ORTELLS RAMOS, Manuel y BELLIDO PENADÉS, Rafael (dirs.). *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*. Madrid: Dykinson, 2016. pp. 275-293.

BELLIDO PENADÉS, Rafael. «La protección de los derechos fundamentales en el recurso de casación civil». En: BONET NAVARRO, José (dir.), y MARTÍN PASTOR, José (coord.). *El recurso de casación civil*. Madrid: Aranzadi, 2010. pp. 351-390.

--------. «Presente y líneas de reforma del sistema de recursos en el proceso civil español». En: ORTELLS RAMOS, Manuel y BELLIDO PENADÉS, Rafael (dirs.). *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*. Madrid: Dykinson, 2016. pp. 231-274.

BERIZONCE, Roberto Omar. «Las funciones de la Corte Suprema: en el tránsito hacia un nuevo modelo». En: OTEIZA, Eduardo (coord.). *Cortes supremas. Funciones y recursos extraordinarios*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011. pp. 107-138.

--------. «Sobrecarga, misión institucional de los tribunales superiores y desahogo del sistema judicial». En: BERIZONCE, Roberto O.; HITTERS, Juan Carlos y OTEIZA, Eduardo (coords.). *El papel de los tribunales superiores. Primera parte*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006. pp. 433-470.

BONET NAVARRO, José. «En torno al control de los derechos fundamentales de carácter procesal por la Sala Civil del Tribunal Supremo». En: BONET NAVARRO, José (dir.), y MARTÍN PASTOR, José (coord.). *El recurso de casación civil*. Madrid: Aranzadi, 2010. pp. 339-350.

BONETT ORTIZ, Samir Alberto. «La casación laboral justa». En: *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2012. pp. 811-843.

--------. «La oralidad en la casación laboral». En: *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2013. pp. 779-793.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M. «El valor de la jurisprudencia de las Altas Cortes: perspectiva española». En: PRIORI POSADA, Giovanni (coord.). *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Lima: Palestra, 2015. pp. 77-104.

--------. «Principios, derechos y garantías procesales. ¿Diferentes o iguales?» En: Guerra Moreno, Débora (coord.). *Constitución y principios procesales*. Bogotá: Ibáñez, 2020. pp. 19-40.

CADIET, Loïc. «El rol institucional y político de la Corte de Casación en Francia: ¿Tradición, transición, mutación?» En: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 175-204.

--------. «El sistema de la casación francesa». En: ORTELLS RAMOS, Manuel (coord.). *Los recursos ante los tribunales supremos en Europa*. Madrid: Difusión Jurídica, 2008. pp. 21-45.

CALAMANDREI, Piero. «La relatividad del concepto de acción». En: *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CAMPODONICO, Francesco. «La génesis de la ambigüedad. Apuntes para una investigación histórica sobre la conmixtión entre *jus constitutionis* y *jus litigatoris*». En: FERRER BELTRÁN, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen (coedits.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 109-130.

CARNELUTTI, Francesco. «La certeza del derecho». En: *Estudios de derecho procesal. vol. I. Doctrinas generales*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1952. pp. 321-337.

--------. «Nuevas reflexiones en torno a la certeza del derecho». En: *Estudios de derecho procesal. vol. I. Doctrinas generales*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1952. pp. 339-352.

CARPI, Federico. «El acceso a la Corte de Casación». En: OTEIZA, Eduardo (coord.). *Cortes supremas. Funciones y recursos extraordinarios*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011. pp. 17-32.

--------. «Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la reforma de 2006. Análisis comparado». En: OTEIZA, Eduardo (coord.). *Reforma procesal civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. pp. 629-648.

CHIOVENDA, Giuseppe. «La acción en el sistema de los derechos». En: *Ensayos de derecho procesal civil. vol. I. Acción y excepción. Historia. Sistema. Ley procesal. Literatura*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Prólogo por Eduardo. J. Couture. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, EJEA, 1949. p. 3-130.

CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. «La tutela contra sentencias judiciales. El caso de Colombia». En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. VII. Procesos constitucionales de libertad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México y otros, 2008. pp. 201-223. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2561/14.pdf

COURTIS, Christian. «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos». En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. IX. Derechos humanos y tribunales internacionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México y otros, 2008. pp. 361-438. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/20.pdf

CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. «Aspectos relativos al depósito para recurrir previsto por la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 2/2009, de 3 de noviembre». En: BONET NAVARRO, José (dir.), y MARTÍN PASTOR, José (coord.). *El recurso de casación civil*. Madrid: Aranzadi, 2010. pp. 473-485.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. «Presente y futuro de la casación civil». Ponencia general presentada a las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Valencia, Venezuela, 1978. En: *Estudios de derecho procesal. t. I*. Bogotá: ABC, 1979. pp. 9-105.

DÍAZ CANTÓN, Fernando. «Comentarios sobre "El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil"». En: ALONSO, Juan Pablo; DABOVE, María Isolina y DOUGLAS PRICE, Jorge E. (coords.). *Michele Taruffo. Verdad, justicia y derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2020. pp. 53-71.

DÍAZ SOLIMINE, Ignacio L. «El margen de apreciación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos». En: DÍAZ SOLIMINE, Omar Luís (dir.), y

DÍAZ SOLIMINE, Ignacio Luís (coord.). *El margen nacional de apreciación. Aportes a la soberanía jurídica de los Estados*. Buenos Aires: Astrea, 2020. pp. 111-161.

FÁBREGA PONCE, Jorge. «La falacia de la función nomofiláctica de la casación». En: *XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2004. pp. 745-751.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. «Las ideas de Piero Calamandrei y la recepción del recurso de casación en España». En: *Anales de la Universidad de Valencia*, curso 1956-1957, vol. XXX, cuaderno III. pp. 6-33.

--------. «Sobre la recepción en España del recurso de casación francés». En: *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1957, fasc. 3. pp. 661-692.

FERRER BELTRÁN, Jordi. «El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial». En: FERRER BELTRÁN, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen (coedits.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 177-191.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. «Presente y futuro en la casación civil a través del juicio de amparo mexicano». En: *Ensayos sobre el derecho de amparo*. México, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1980. pp. 197-234.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. «Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función?» En: GASCÓN ABELLÁN, Marina y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (coords.). *La construcción del precedente en el* civil law. Barcelona: Atelier, 2020. pp. 165-189.

GIMENO SENDRA, Vicente. «El recurso español de casación civil: Perspectiva de reforma». En: Ortells Ramos, Manuel (coord.). *Los recursos ante los tribunales supremos en Europa*. Madrid: Difusión Jurídica, 2008. pp. 117-152.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. «Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno». En: BERIZONCE, Roberto O.; HITTERS, Juan Carlos y OTEIZA, Eduardo (coords.). *El papel de los tribunales superiores. Segunda parte*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. pp. 307-338.

GROTE, Rainer. «El diálogo entre los tribunales en busca de la propagación del *"ius commune"*: el caso alemán». En: CASAS, Manuel Gonzalo, *et al.* (coord.). *Ius commune. ¿Hacia un orden jurídico global?* Buenos Aires: Astrea, 2020. pp. 253-270.

--------. «Las relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria a la luz de la experiencia alemana». En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. II. Tribunales constitucionales y democracia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México y otros, 2008. pp. 653-671. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2556/30.pdf

GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo. «El Tribunal Constitucional español y su conflicto con el Tribunal Supremo. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria». En:

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. II. Tribunales constitucionales y democracia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México y otros, 2008. pp. 673-703. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2556/31.pdf

HITTERS, Juan Carlos. «Fines de la casación». En: *Temas de casación y recursos extraordinarios. En honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata: Platense, 1982. pp. 27-46.

--------. «Incidencia de la jurisdicción de los tribunales supranacionales». En: BERIZONCE, Roberto O.; HITTERS, Juan Carlos y OTEIZA, Eduardo (coords.). *El papel de los tribunales superiores. Segunda parte*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. pp. 271-305.

KERN, Christoph A. «El rol de la Corte Suprema». En: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 53-76.

LETELIER LOYOLA, Enrique. «El rol de las Altas Cortes de Justicia en la tutela de los derechos fundamentales». En: PRIORI POSADA, Giovanni (coord.). *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Lima: Palestra, 2015. pp. 53-76.

LÖSING, Norbert. «El Código Procesal Civil Alemán (ZPO) en el curso de las reformas». En: FANDIÑO, Marco (dir.). *Estudios comparados sobre reformas al Sistema de Justicia Civil*. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Ceja, 2017. pp. 11-132.

MARINONI, Luiz Guilherme. «El precedente interpretativo». En: PRIORI POSADA, Giovanni (coord.). *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Lima: Palestra, 2015. pp. 213-232.

MITIDIERO, Daniel. «Dos modelos de Cortes de vértice – Cortes Superiores y Cortes Supremas». En: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 77-122.

NIEVA FENOLL, Jordi. «La relevancia social de la casación: la importancia del *ius litigatoris*». En: *XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2006. pp. 587-614.

NIKKEN, Pedro. «La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». En: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México: UNAM, 1999. pp. 160-181. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/10.pdf

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. «La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes». En: GASCÓN ABELLÁN, Marina y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (coords.). *La construcción del precedente en el* civil law. Barcelona: Atelier, 2020. pp. 83-108.

ORTELLS RAMOS, Manuel. «Eficiencia de la justicia civil y sistema de recursos. Las reformas españolas en el contexto europeo». En: ORTELLS RAMOS, Manuel y BELLIDO PENADÉS, Rafael (dirs.). *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*. Madrid: Dykinson, 2016. pp. 23-61.

--------. «La casación en España: selección de recursos y carga de trabajo del Tribunal Supremo». En: BONET NAVARRO, José (dir.), y MARTÍN PASTOR, José (coord.). *El recurso de casación civil*. Madrid: Aranzadi, 2010. pp. 31-86.

--------. «La selección de asuntos para su acceso a la casación en Derecho Español: Las técnicas de "unificación de doctrina" y de "interés casacional"». En: *Los recursos ante los tribunales supremos en Europa*. Madrid: Difusión Jurídica, 2008. pp. 163-231.

OTEIZA, Eduardo. «El uso del precedente en el diálogo entre Cortes nacionales y transnacionales». En: FERRER BELTRÁN, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen (coedits.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 157-175.

--------. «Jurisprudencia y debido proceso. La Corte Suprema argentina y la Corte Interamericana». En: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 123-156.

--------. «La función de las Cortes Supremas en América Latina. Historia, paradigmas, modelos, contradicciones y perspectivas». En: *Reforma procesal civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. pp. 669-721.

PEGORARO, Lucio. «Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado». En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant, 2013. pp. 33-80.

PRÜTTING, Hanns y FALCO, Sandra de. «Estudios de proceso civil alemán contemporáneo». En: Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción de Álvaro J. Pérez Ragone y Juan Carlos Ortiz Pradillo. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra de Falco. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Montevideo, 2006. pp. 33-150.

QUINTANA OSUNA, Karla I. «Diálogo entre la jurisprudencia interamericana y la legislación interna: el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos humanos». En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. t. IX. Derechos humanos y tribunales internacionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México y otros, 2008. pp. 573-592. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/26.pdf

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. «La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo». En: SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dir.), SOLANES MULLOR, Joan y ROA ROA, Jorge Ernesto (coords.). *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant, 2017. pp. 12-26.

SENTÍS MELENDO, Santiago. «Calamandrei. El hombre y la obra». *Prólogo a Instituciones de derecho procesal civil. vol. I*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: El Foro, 1996.

TARUFFO, Michele. «Las funciones de las Cortes Supremas». En: OTEIZA, Eduardo (coord.). *Reforma procesal civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. pp. 649-667.

--------. «Las funciones de las Cortes Supremas. Aspectos generales». En: TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel (coords.). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016. pp. 231-251.

--------. «Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidad y justicia». En: PRIORI POSADA, Giovanni (coord.). *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Lima: Palestra, 2015. pp. 133-144.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. «*"Requiem"* por la mejor casación civil del mundo (y por otras creaciones procesales hispanas)». En: BERIZONCE, Roberto O.; HITTERS, Juan Carlos y OTEIZA, Eduardo (coords.). *El papel de los tribunales superiores. Segunda parte*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. pp. 205-268.

VERGOTTINI, Giuseppe de. «El diálogo entre tribunales». En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant, 2013. pp. 481-500.

VÉSCOVI, Enrique. «Antecedentes históricos de la casación». En: *Temas de casación y recursos extraordinarios. En honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata: Platense, 1982. pp. 3-26.

TESIS DOCTORALES

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel*. Tesis doctoral. Director: José Antonio Pastor Ridruejo. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015. 368 p.

AÑAÑOS BEDRIÑANA, Karen Giovanna. *El sistema interamericano de protección de derechos humanos y la aplicación de los tratados de derechos humanos en el derecho constitucional peruano*. Tesis doctoral. Director: Enrique José Guillén López. Granada: Universidad de Granada, 2015. 581 p.

CÁRDENAS VELÁSQUEZ, Byron Guadalupe. *El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: especial consideración del caso de España y Nicaragua*. Tesis doctoral. Directora: Juan Carlos Gavara de Cara. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona. 2015. 427 p.

CASTILLO SÁNCHEZ, Camilo Ernesto. *El origen de la cooptación en la elección de la Corte Suprema de Justicia (1949-1957)*. Tesis doctoral. Directora: Tatiana Rincón Covelli. Bogotá: Universidad del Rosario, 2016. 222 p.

COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. *El proceso monitorio en la reforma procesal de Colombia*. Tesis doctoral. Directores: Lorenzo Bujosa Vadell y Rodrigo Rivera Morales. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016. 419 p.

CORDEIRO LOPES, Anselmo Henrique. *La integración de los derechos humanos en América Latina*. Tesis doctoral. Directora: Ana María Carmona Contreras. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2015. 939 p.

DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina. *El precedente contencioso administrativo: teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*. Tesis doctoral. Directores: Alexei Julio y Dominique Rousseau. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Université Paris 1 Phantéon Sorbonne, 2017. 572 p.

DELGADO CASTRO, Jordi. *El recurso de casación para la unificación de doctrina en el proceso laboral*. Tesis doctoral. Directores: José Luis Vázquez Sotelo y David Vallespín Pérez. Barcelona: Universitat de Barcelona. 2009. 423 p.

DÍAZ SAMPEDRO, Braulio. *La politización de la justicia: el Tribunal Supremo (1836-1881)*. Tesis doctoral. Director: José Sánchez-Arcilla Bernal. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2004. 569 p.

GIANNINI, Leandro J. *El 'Certiorari' y la jurisdicción discrecional de los superiores tribunales*. Tesis doctoral. Director: Juan Carlos Hitters. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2013. 909 p.

GONZÁLEZ ALONSO, Alicia. *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución española*. Tesis doctoral. Director: Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2012. 839 p.

GRAU GÓMEZ, Luis. Marshall vs. Taney*, los primeros 75 años del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Tesis doctoral. Director: Manuel Martínez Neira. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2012. 683 p.

JIMÉNEZ FORTEA, Francisco Javier. *El recurso de casación para la unificación de doctrina en el proceso laboral (Problemas fundamentales)*. Tesis doctoral. Director: Juan Montero Aroca. València: Universitat de València. Facultat de Dret. 1998. 486 p.

LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal de. *El recurso de casación penal. Los recursos en el sistema procesal penal guatemalteco y en el derecho comparado*. Tesis doctoral. Directora: Roser Martínez Quirante. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona. 2005. 266 p.

LINARES GUTIÉRREZ, Julio Ernesto. *La casación civil en la legislación panameña*. Tesis doctoral. Director: Jaime Guasp Delgado. Madrid: Universidad de Madrid (hoy Cumpletense), 1957. 112 p. Disponible en: https://eprints.ucm.es/54386/

ORTIZ TORRICOS, Marcela Rita. *El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales de la Región Andina y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hacia un derecho americano y global de los Derechos Humanos*. Tesis doctoral. Director: Alexandre H. Català I Bas. València: Universitat de València, 2014. 804 p.

TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. *La jurisprudencia como medio para la protección de los derechos fundamentales*. Tesis doctoral. Directora: Ana Yasmín Torres Torres. Bogotá: Universidad Libre. 2020. 397 p.

UGALDE GONZÁLEZ, José Ignacio. *El recurso de casación laboral*. Tesis doctoral. Director: Manuel Gómez del Castillo. Huelva: Universidad de Huelva. Departamento Theodor Mommsen. 2007. 580 p.

VÁSQUEZ ALFARO, Mónica. *La ciencia útil. Una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina*. Tesis doctoral. Director: Diego Eduardo López Medina. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012. 303 p.

VIVEIROS, Mauro. *El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual*. Tesis doctoral. Directora: Asunción García Martínez. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2011. 448 p.

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN DE MAESTRÍA

AGUDELO OSORIO, Julián David. *Choque de trenes: tutela contra sentencias, concepciones del Derecho y constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano*. Tesis de Maestría. Director: Jorge Octavio Ramírez. Medellín: Universidad de Antioquia, 2016. 567 p.

CRUZ RODRÍGUEZ, Michael. *Las relaciones entre el poder judicial y la clase política institucionalizada 1991-2013. Tres estudios sobre la independencia práctica*. Tesis de Maestría. Director: Camilo Alberto Borrero García. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2013. 189 p.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia. «La evolución de la *Cour de Cassation* francesa». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Diciembre, 2014. núm. 2, pp. 287-337. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://2019-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#WW/vid/559017530

ARMENTA DEU, Teresa. «Recurso de casación: Entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales». En: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. Enero, 2018. núm. 1, pp. 1-49. Barcelona, España: Universitat Pompeu Fabra. Disponible en: https://indret.com/recurso-de-casacion-entre-eficacia-y-nuevas-orientaciones-de-fines-tradicionales/?edicion=1.18

BARRERA, Leticia y SÁENZ, Jimena. «Corte Suprema y participación ciudadana: reflexiones a partir de una audiencia pública de la Corte argentina». En: *Revista Socio-Jurídicos*. Enero-junio, 2020. vol. 22, núm. 1, pp. 263-291. Bogotá: Colombia: Universidad del Rosario. Disponible en: https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/8069

BELLOSO MARTÍN, Nuria. «Del precedente judicial a los precedentes obligatorios: ¿Ventaja o amenaza para los tribunales inferiores?» En: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Setembro a dezembro, 2018. ano 12, vol. 19, núm. 3, pp. 591-626. Rio de Janeiro, Brasil: Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Disponible en: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/39181

BONETT ORTIZ, Samir Alberto. «El principio dispositivo de la casación». En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Agosto, 2013. núm. 39, pp. 287-298. Disponible en: http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/38

CAJAS SARRIA, Mario Alberto. «Alfonso López Pumarejo y la última Corte Suprema de Justicia de la hegemonía conservadora, 1934-1935». En: *Revista de Derecho*. Julio-diciembre, 2013. núm. 40, pp. 98-135. Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte. Disponible en: http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/5924/3588

--------. «La Corte Suprema de Justicia bajo el gobierno del general Gustavo Rojas Pinilla». En: *Revista de Estudios Sociales*. Septiembre-diciembre, 2014. núm. 50, pp. 127-139. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes. Disponible en: https://revistas.uniandes.edu.co/doi/abs/10.7440/res50.2014.13

CAMACHO SERRANO, Julia. «Procedimientos de cooperación de los tribunales penales españoles con la Corte Penal Internacional». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Noviembre, 2006. núm. 3-4, pp. 201-254. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#WW/vid/441835

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. «Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional». En: *Revista Derecho del Estado*. Julio-diciembre, 2014. núm. 33, pp.

149-172. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3960

CRUZ RODRÍGUEZ, Michael. «Corte Suprema de Justicia y parapolítica en Colombia (2007-2013). Una interpretación socio-jurídica». En: *DÍKÊ. Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*. Octubre 2016-marzo de 2017. año 10, núm. 20, pp. 237-270. Puebla, México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Disponible en: http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/article/view/245/222

DELGADO CASTRO, Jordi. «La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina». En: *Revista de Derecho (Valparaíso)*. 2009. núm. XXXIII, pp. 345-367. Valparaíso, Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200009

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. «Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva». En: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. Enero, 2013. núm. 1, pp. 1-37. Barcelona, España: Universitat Pompeu Fabra. Disponible en: https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/262229

ETCHEVERRY, Juan B. «¿Cómo ha resuelto el desafío de la sobrecarga de trabajo la Corte Suprema de los Estados Unidos?» En: *Revista Chilena de Derecho*. 2016. vol. 43, núm. 3, pp. 987-1004. Santiago, Chile. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n3/art09.pdf

FÁBREGA PONCE, Jorge. «Finalidad de la casación en los ordenamientos latinoamericanos». En: *Estudios de derecho*. Marzo y septiembre, 1984. vol. 43, núms. 105 y 106, pp. 386-394. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia. Disponible en: https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/332611/0

GARRÓS FONT, Imma y CONTRERAS SOLER, Beatriz. «El rigor formalista del acceso al recurso de casación Contencioso-administrativo *versus* el derecho a la tutela judicial efectiva». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Diciembre, 2016. núm. 2, pp. 461-497. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://2019-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#WW/vid/667944097

GIANNINI, Leandro J. «El "certiorari positivo" ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires». En: *Jurisprudencia Argentina – Suplemento especial: "Constitución y proceso"*, 07/02/2018. Disponible en: https://www.academia.edu/35971653/El_certiorari_positivo_ante_la_Suprema_Corte_de_la_Provincia_de_Buenos_Aires

--------. «Las Cortes Supremas y los filtros de selección. Aportes para su análisis comparado». Ponencia general presentada en XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan,

Argentina. 2019. Disponible en: https://www.aadproc.org.ar/publicaciones/biblioteca-virtual/congreso2019

GILSANZ USUNAGA, Javier. «El *certiorari* ante el Tribunal Supremo americano: una aproximación desde el derecho español». En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo, 2016. vol. 8, núm. 1, pp. 125-149. Madrid: España: Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3023

GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge. «La casación como forma de centralización del poder. Una mirada histórica». En: *Revista de Derecho Público*. Julio-diciembre de 2007, núm. 20, pp. 1-22. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes. Disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub123.pdf

GUEVARA RIVERA, Yenny Carolina. «Perfil socio-profesional de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en el período comprendido entre 1991 y 2013». En: *Precedente*. Julio-diciembre de 2015. vol. 7, pp. 153-196. Cali: Universidad ICESI. Disponible en: https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2102

HUALDE LÓPEZ, Ibon. «Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil francés». En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo 2017. vol. 9, núm. 1, pp. 161-214. Madrid: España: Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3618

--------. «El proyecto de reforma de la casación francesa». En: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. Julio, 2017. núm. 3, pp. 1-31. Barcelona, España: Universitat Pompeu Fabra. Disponible en: https://indret.com/el-proyecto-de-reforma-de-la-casacion-francesa/

LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. «Naturaleza y dimensiones del *"stare decisis"*». En: *Revista Chilena de Derecho*. 2006. vol. 33, núm. 1, pp. 109-124. Santiago, Chile. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf

LÓPEZ MENUDO, Francisco. «El recurso de casación: ¿Jurisprudencia y/o justicia?» En: *Revista de Administración Pública*. Septiembre/diciembre, 2018. núm. 207. pp. 13-41. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC. Disponible en: http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=1405&IDA=38530

LORENZETTI, Ricardo. «Las audiencias públicas y la Corte Suprema». En: *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Diciembre, 2013. vol. 14, pp. 1-8. Buenos Aires, Argentina: Universidad Torcuato di Tella. Disponible en: https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10618

LORETO, Luis. «El hecho y el derecho en la casación civil venezolana». En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*. 1966. núm. 34, pp. 9-26. Caracas,

Venezuela: Universidad Central de Venezuela. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/34/rucv_1966_34_9-26.pdf

MANRESA Y NAVARRO, José María. «Observaciones sobre el recurso de casación en España». En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Abril, 1860. pp. 1-41. Disponible en: https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5321601866&view=1up&seq=1

MARINONI, Luiz Guilherme. «El derecho de acción en la Constitución brasileña». En: *Ius et Praxis*. 2007. vol. 13, núm. 2, pp. 57-80. Talca, Chile: Universidad de Talca. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v13n2/art04.pdf

NIEVA FENOLL, Jordi. «El modelo anglosajón en las Cortes Supremas: ¿solución o elusión del problema de la casación?» En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Noviembre, 2011. núm. 3-4, pp. 355-376. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#WW/vid/330744034

--------. «El origen inglés de la casación francesa». En: *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*. 2020, vol. 1. pp. 1-18. Madrid, España: Marcial Pons. Disponible en: http://www.rivitsproc.eu/es/articulos/el-origen-ingles-de-la-casacion-francesa/

--------. "¿Un juez supremo o un legislador «supremo»?" En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Enero, 2015. núm. 1, pp. 31-60. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#WW/vid/582089606

--------. «La enunciación de los motivos de casación en las leyes procesales». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Octubre, 2006. núm. 1-2, pp. 157-187. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#WW/vid/441756

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile». En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2013. Año XIX, pp. 511-553. Bogotá, Colombia: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Disponible en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/4050/3554

OTEIZA, Eduardo. «El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso». En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Abril, 1998. año 3, núm. 1.°, pp. 71-85. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Palermo. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica06.pdf

PADILLA, Jorge; RUEDA, Natalia y ZAFRA SIERRA, Málory. «Labor creadora de la jurisprudencia de la "Corte de Oro". Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas». En: *Revista de Derecho Privado*. Enero-junio, 2014. núm. 26, pp.

105-156. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3797/3990

PÉREZ RAGONE, Álvaro y PESSOA PEREIRA, Paula. «Función de las cortes supremas de Brasil y Chile en la generación y gestión del precedente judicial entre lo público y lo privado». En: *Revista de Derecho (Valparaíso)*. Enero-junio, 2015. núm. XLIV, pp. 173-214. Valparaíso, Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n44/a06.pdf

PROTO PISANI, Andrea. «Crisi della Cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta». En: *Il Foro Italiano*. Aprile, 2007. vol. 130, núm. 4, pp. 121/122-127/128. Roma, Italia: Societa Editrice Il Foro Italiano ARL. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/23202771?seq=1

--------. «Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata». En: *Il Foro Italiano*. Ottobre, 2009. vol. 132, núm. 10, pp. 379/380-381/382. Roma, Italia: Societa Editrice Il Foro Italiano ARL. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/23206434

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. «La beneficiosa dialéctica Tribunal Constitucional/Tribunal Supremo». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Octubre, 2006. núm. 1-2, pp. 47-62. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#search/jurisdiction:ES+content_type:4+source:133/ramos+m%C3%A9ndez/p3/WW/vid/441751

RENGEL-ROMBERG, Arístides. «La casación francesa y la revisión alemana. Estudio comparativo». En: *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Monteávila*. 2002. núm. 3, pp. 49-60. Caracas, Venezuela: Universidad de Monteávila. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/3/deryso_2002_3_49-60.pdf

RÍO FERRETTI, Carlos del. «La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y *iurisprudentia novit curia* en una futura reforma legal». En: *Revista Chilena de Derecho*. 2015. vol. 42, núm. 2, pp. 483-513. Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponible en: http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v42n2/art05.pdf

ROMERO PÉREZ, Xiomara Lorena. «Minorías marginadas, ocultas o invisibles». En: *Revista Derecho del Estado*. Enero-junio, 2011. núm. 26, pp. 153-173. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2883

SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo. «El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, ¿Hacia la instauración de un juez de casación en lo contencioso-administrativo?» En: *Vniversitas*. Julio-diciembre, 2011. núm. 123, pp. 247-282. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14317

SATTA, Salvatore. «Passato e avvenire della Cassazione». En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. anno XVI (1962). Direttori: Enrico Redenti y Tito Carnacini. Milano: Giuffrè, 1962. pp. 946-967.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. «¿El Tribunal Supremo legislador? (El valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Diciembre, 2017. núm. 2, pp. 21-79. Barcelona, España: Bosch. Disponible en: https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#WW/vid/704214309

TARUFFO, Michele. «Consideraciones sobre la teoría chiovendiana de la acción». En: *Revista de Derecho Privado*. Enero-diciembre, 2007. núm. 12-13, pp. 127-139. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/562

--------. «Consideraciones sobre el precedente». En: *IUS ET VERITAS*. Diciembre, 2016. núm. 53, pp. 330-342. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16552/16898

--------. «Precedente y jurisprudencia». En: *Precedente – Anuario Jurídico*. Diciembre, 2007, pp. 85-99. Cali, Colombia: ICESI. Disponible en: https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434

TOSCANO LÓPEZ, Fredy Hernando. «Aproximación conceptual al "acceso efectivo a la administración de justicia" a partir de la teoría de la acción procesal». En: *Revista de Derecho Privado*. Enero-junio, 2013. núm. 24, pp. 237-257. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3486/3373

VÁSQUEZ ALFARO, Mónica. «La función unificadora de la Corte Suprema de Justicia 1886-1890». En: *Revista de Derecho Público*. Julio-diciembre, 2010. núm. 25, pp. 1-21. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes. Disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub72.pdf

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. «Ineficacia de la casación bajo el peso de la dogmática». En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Noviembre, 2010. núm. 3-4, pp. 97-118. Barcelona: Bosch. Disponible en: https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#search/jurisdiction:ES+content_type:4+source:133/vazquez+sotelo/WW/vid/330536854

YÁÑEZ MEZA, Diego Armando. «El derecho de los jueces y el derecho de la administración pública: de la doctrina legal más probable al procedimiento de extensión de la jurisprudencia». En: *Revista Academia & Derecho*. Julio-diciembre, 2019. año 10, núm. 19, pp. 195-231. Cúcuta: Universidad Libre Seccional Cúcuta. Disponible en: http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/361

REFERENCIAS NORMATIVAS

Alemania. Código Procesal Civil (ZPO). Traducción de Álvaro J. Pérez Ragone y Juan Carlos Ortiz Pradillo. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra de Falco. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Montevideo, 2006.

Argentina. CONGRESO DE LA NACIÓN. Ley 23774, de 5 de abril de 1990. “Amplíase el número de jueces que la integran. Sustitúyense los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial”.

--------. CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución de la Nación Argentina de 22 de agosto de 1994.

Bolivia. ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL. Código Procesal Civil. Ley 439 de 19 de noviembre de 2013.

Brasil. CONGRESO NACIONAL. Código de Proceso Civil. Ley 13105 de 16 de marzo de 2015. Traducción de Renzo Cavani. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

Chile. CONGRESO NACIONAL. Código de Procedimiento Civil. Ley 1552 de 28 de agosto de 1902.

Colombia. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991 (4, julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá, 1991. núm. 116, 20 de julio.

--------. ASAMBLEA NACIONAL DE COLOMBIA. Acto Legislativo 3 de 1910 (31, octubre, 1910). Reformatorio de la Constitución Nacional. Diario Oficial. Bogotá, 1910. núm. 14.131, 31 de octubre.

--------. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 105 (24, noviembre, 1890). Sobre reformas a los procedimientos judiciales. Diario Oficial. Bogotá, 1891. núm. 8296, 7 de enero.

--------. Ley 169 (31, diciembre, 1896). Sobre reformas judiciales. Diario Oficial. Bogotá, 1897. núm. 10.235, 14 de enero.

--------. Ley 103 (5, diciembre, 1923). Sobre organización judicial y procedimiento civil. Diario Oficial. Bogotá, 1923. núm. 19.498 a 19.509, 18 de febrero de 1924.

--------. Ley 26 (5, noviembre, 1924). Por la cual se dictan varias disposiciones sobre procedimiento judicial y se crea una comisión. Diario Oficial. Bogotá, 1924. núm. 19.746, 7 de noviembre de 1924.

--------. Ley 105 (17, octubre, 1931). Sobre organización judicial y procedimiento civil. Diario Oficial. Bogotá, 1931. núm. 21.823, 24 de octubre.

--------. Ley 16 (30, diciembre, 1972). Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Diario Oficial. Bogotá, 1973. núm. 33.780, 5 de febrero.

--------. Ley 22 (10, mayo, 1977). Por la cual se modifican las cuantías para el señalamiento de la competencia en materia civil, penal, laboral y contencioso administrativa y se dictan otras disposiciones sobre recursos procesales. Diario Oficial. Bogotá, 1977. núm. 34.796, 31 de mayo.

--------. Ley 270 (7, marzo, 1996). Estatutaria de la administración de justicia. Diario Oficial. Bogotá, 1996. núm. 42.745, 15 de marzo.

--------. Ley 446 (7, julio, 1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Diario Oficial. Bogotá, 1998. núm. 43.335, 8 de julio.

--------. Ley 592 (12, julio, 2000). Por la cual se modifica el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Bogotá, 2000. núm. 44.082, 14 de julio.

--------. Ley 599 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial. Bogotá, 2000. núm. 44.097, 24 de julio.

--------. Ley 600 (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, 2000. núm. 44.097, 24 de julio.

--------. Ley 712 (5, diciembre, 2001). Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 2001. núm. 44.640, 8 de diciembre.

--------. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (31, agosto, 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, 2004. núm. 45.658, 1.° de septiembre.

--------. Ley 1095 (2, noviembre, 2006). Por la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política. Diario Oficial. Bogotá, 2006. núm. 46.440, 2 de noviembre.

--------. Ley 1285 (22, enero, 2009). Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial. Bogotá, 2009. núm. 47.240, 22 de enero.

--------. Ley 1395 (12, julio, 2010). Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Diario Oficial. Bogotá, 2010. núm. 47.768, 12 de julio.

--------. Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá, 2011. núm. 47.956, 18 de enero.

--------. Ley 1563 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 2012. núm. 48.489, 12 de julio.

--------. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 2012. núm. 48.489, 12 de julio.

--------. Ley 1781 (20, mayo, 2016). Por la cual se modifican los artículos 15 y 16 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial. Bogotá, 2016. núm. 49.879, 20 de mayo.

--------. CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. Ley 84 (26, mayo, 1873). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial. Bogotá, 1873. núm. 2867, 31 de mayo. Adoptado por Ley 57 de 1887.

--------. CONSEJO NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1886 (5, agosto, 1886).

--------. CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 61 (25, noviembre, 1886). Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales. Diario Oficial. Bogotá, 1886. núms. 6881 y 6882, 5 de diciembre.

--------. Ley 57 (15, abril, 1887). Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional. Diario Oficial. Bogotá, 1887. núm. 7019, 20 de abril.

--------. Ley 153 (24, agosto, 1887). Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y 57 de 1887. Diario Oficial. Bogotá, 1887. núm. 7151, 28 de agosto.

--------. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 528 (9, marzo, 1964). Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1964. núm. 31.330, 1.° de abril.

--------. Decreto 1400 (6, agosto, 1970). Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Bogotá, 1970. núm. 33.150, 21 de septiembre.

--------. Decreto 50 (13, enero, 1987). Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá, 1987. núm. 37.754, 13 de enero.

--------. Decreto 2282 (7, octubre, 1989). Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Bogotá, 1989. núm. 39.013, 7 de octubre.

--------. Decreto 3976 (11, noviembre, 2006). Por el cual el Gobierno Nacional se une a la conmemoración de los 120 años de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación y le confiere la condecoración “Orden de Boyacá”. Diario Oficial. Bogotá, 2006. núm. 46.449, 11 de noviembre.

--------. Decreto 1983 (30, noviembre, 2017). Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela. Diario Oficial. Bogotá, 2017. núm. 50.433, 30 de noviembre.

--------. Decreto Legislativo 2158 (24, junio, 1948), adoptado como legislación permanente por el Decreto Legislativo 4133 (16, diciembre, 1948). Sobre los procedimientos en los juicios del trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 1948. núm. 26.754, 26, junio.

--------. Decreto Ley 2591 (19, noviembre, 1991). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario Oficial. Bogotá, 1991. núm. 40.165, 19 de noviembre.

--------. Decreto Ley 2651/91 (25, noviembre, 1991). Por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales. Diario Oficial. Bogotá, 1991. núm. 40.177, 25 de noviembre.

Costa Rica. ASAMBLEA LEGISLATIVA. Código Procesal Civil. Ley 9342 de 3 de febrero de 2016.

Ecuador. ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Constitución de la República del Ecuador de 20 de octubre de 2008.

--------. ASAMBLEA NACIONAL. Código Orgánico General de Procesos. Ley de 22 de mayo de 2015.

España. Constitución española. Aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

--------. CORTES GENERALES. Ley de Enjuiciamiento Civil, de 13 de mayo de 1855.

--------. JEFATURA DEL ESTADO. Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

--------. Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

--------. Ley 29/1998, de 13 de julio. Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

--------. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

--------. Ley 36/2011, de 10 de octubre. Reguladora de la jurisdicción social.

--------. Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1.° de julio, del Poder Judicial.

--------. MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

--------. Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Real Decreto de 3 de febrero de 1881, por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil.

Honduras. CONGRESO NACIONAL. Código Procesal Civil. Decreto 211-2006 de 20 de febrero de 2007.

Italia. Codice di procedura civile del Regno D'Italia de 1865 (Regio Decreto, 25 giugno 1865, n. 2366, Per l'approvazione e pubblicazione del Codice di procedura civile).

--------. Codice di procedura civile del Regno D'Italia de 1940 (Regio Decreto, 28 ottobre 1940, n. 1443, Codice di procedura civile).

--------. Decreto-Legge 22 giugno 2012, n. 83.

--------. Legge 18 giugno 2009, n. 69. Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitivita' nonche' in materia di processo civile.

--------. Legge sull'Ordinamento giudiziario de 1865 (Legge, 6 dicembre 1865, n. 2626).

--------. Legge sull'Ordinamento giudiziario de 1941 (Regio Decreto, 30 gennaio 1941, n. 12).

--------. Regio Decreto, 24 marzo 1923, n. 601.

--------. SENATO DELLA REPUBBLICA. Constitución de la República italiana. Costituzione italiana. Edizione in lingua spagnola, 2018. Disponible en: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_SPAGNOLO.pdf

Nicaragua. ASAMBLEA NACIONAL. Código Procesal Civil. Ley 902 de 4 de junio de 2015.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, aprobada por Colombia por la Ley 16 de 1972, vigente desde el 18 de julio de 1978.

--------. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Reglamento Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado de 16 al 28 de noviembre de 2009.

--------. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ONU. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

--------. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

--------. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, vigente desde el 23 de marzo de 1976.

Panamá. Código del Trabajo. Decreto del Gabinete 252 de 30 de diciembre de 1971 (contiene las modificaciones de la Ley 44 de 12 de agosto de 1995).

Paraguay. CONGRESO NACIONAL. Código Procesal Civil. Ley 1337 de 18 de diciembre de 1988.

Perú. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Legislativo 768 de 4 de marzo de 1992. Código Procesal Civil.

Unión Europea. PARLAMENTO EUROPEO. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, adaptada en 2016, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea C202 de 7 de junio de 2016. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC

--------. Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, versión consolidada, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea C202 de 7 de junio de 2016. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016ME/TXT&from=ES

Uruguay. SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES. Ley 15982 de 6 de octubre de 1988. Se aprueba el Código General del Proceso.

Venezuela. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 30 de diciembre de 1999.

--------. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Procedimiento Civil de 18 de septiembre de 1990. Gaceta Oficial 4209 Extraordinario de 18 de septiembre de 1990.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Colombia. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SALA PLENA. Sentencia de 1.° de agosto de 2019, rad. 68001-33-33-001-2013-00046-01(58317), CP María Adriana Marín.

--------. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Sentencia de 4 de septiembre de 2017, rad. 68001-23-31-000-2009-00295-01(57279), CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

--------. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-586/92, de 12 de noviembre de 1992, MP Fabio Morón Díaz.

--------. Sentencia C-018/93, de 25 de enero de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero.

--------. Sentencia C-131/93, de 1.° de abril de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero.

--------. Sentencia C-215/94, de 28 de abril de 1994, MP Fabio Morón Díaz.

--------. Sentencia C-496/94, de 3 de noviembre de 1994, MP Alejandro Martínez Caballero.

--------. Sentencia C-140/95, de 29 de marzo de 1995, MP Vladimiro Naranjo Mesa.

--------. Sentencia C-470/97, de 25 de septiembre de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero.

--------. Sentencia C-596/00, de 24 de mayo de 2000, MP Antonio Barrera Carbonell.

--------. Sentencia C-1489/00, de 2 de noviembre de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero.

--------. Sentencia C-252/01, de 28 de febrero de 2001, MP Carlos Gaviria Díaz.

--------. Sentencia C-836/01, de 9 de agosto de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil.

--------. Sentencia C-1195/01, de 15 de noviembre de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

--------. Sentencia C-426/02, de 29 de mayo de 2002, MP Rodrigo Escobar Gil.

--------. Sentencia C-590/05, de 8 de junio de 2005, MP Jaime Córdoba Triviño.

--------. Sentencia C-454/06, de 7 de junio de 2006, MP Jaime Córdoba Triviño.

--------. Sentencia C-335/08, de 16 de abril de 2008, MP Humberto Antonio Sierra Porto.

--------. Sentencia C-713/08, de 15 de julio de 2008, MP Clara Inés Vargas Hernández.

--------. Sentencia C-520/09, de 4 de agosto de 2009, MP María Victoria Calle Correa.
--------. Sentencia C-141/10, de 26 de febrero de 2010, MP Humberto Antonio Sierra Porto.
--------. Sentencia C-372/11, de 12 de mayo de 2011, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
--------. Sentencia C-539/11, de 6 de julio de 2011, MP Luis Ernesto Vargas Silva.
--------. Sentencia C-898/11, de 30 de noviembre de 2011, MP Luis Ernesto Vargas Silva.
--------. Sentencia C-461/13, de 17 de julio de 2013, MP Nilson Pinilla Pinilla.
--------. Sentencia C-511/13, de 31 de julio de 2013, MP Nilson Pinilla Pinilla.
--------. Sentencia C-180/14, de 27 de marzo de 2014, MP Alberto Rojas Ríos.
--------. Sentencia C-792/14, de 29 de octubre de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.
--------. Sentencia C-621/15, de 30 de septiembre de 2015, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
--------. Sentencia C-337/16, de 29 de junio de 2016, MP Jorge Iván Palacio Palacio.
--------. Sentencia C-213/17, de 5 de abril de 2017, MP Alejandro Linares Cantillo.
--------. Sentencia C-200/19, de 15 de mayo de 2019, MP Gloria Stella Ortiz Delgado.
--------. Sentencia C-304/19, de 10 de julio de 2019, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.
--------. Sentencia T-1306/01, de 6 de diciembre de 2001, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.
--------. Sentencia T-698/04, de 22 de julio de 2004, MP Rodrigo Uprimny Yepes.
--------. Sentencia T-302/08, de 3 de abril de 2008, MP Jaime Córdoba Triviño.
--------. Sentencia T-1151/08, de 25 de noviembre de 2008, MP Jaime Córdoba Triviño.
--------. Sentencia T-429/11, de 19 de mayo de 2011, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
--------. Sentencia T-794/11, de 20 de octubre de 2011, MP Jorge Iván Palacio Palacio.
--------. Sentencia T-538/17, de 17 de agosto de 2017, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.
--------. Sentencia T-078/19, de 26 de febrero de 2019, MP Antonio José Lizarazo Ocampo.
--------. Sentencia SU047/99, de 29 de enero, MP Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.
--------. Sentencia SU1158/13, de 4 de diciembre de 2003, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.
--------. Sentencia SU310/17, de 10 de mayo de 2017, MP Aquiles Arrieta Gómez.
--------. Sentencia SU217/19, de 21 de mayo de 2019, MP Antonio José Lizarazo Ocampo.
--------. Sentencia SU267/19, de 12 de junio de 2019, MP Alberto Rojas Ríos.
--------. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Auto de 31 de agosto de 2009, rad. 73319-31-03-002-2001-00161-01, MP Edgardo Villamil Portilla.
--------. Auto de 30 de abril de 2010, rad. 11001-0203-000-2010-00247-00, MP Edgardo Villamil Portilla.
--------. AC1490-2015, de 24 de marzo de 2015, MP Jesús Vall de Rutén Ruíz.
--------. AC2540-2015, de 15 de mayo de 2015, MP Ariel Salazar Ramírez.
--------. AC1324-2018, de 6 de abril de 2018, MP Luis Alonso Rico Puerta.
--------. AC5524-2018, de 19 de diciembre de 2018, MP Margarita Cabello Blanco.
--------. AC5613-2018, de 11 de enero de 2019, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

--------. AC2336-2019, de 19 de junio de 2019, magistrado Ariel Salazar Ramírez.
--------. AC2671-2019, de 8 de julio de 2019, MP Luis Alonso Rico Puerta.
--------. AC2673-2019, de 8 de julio de 2019, MP Luis Alonso Rico Puerta.
--------. AC3572-2019, de 27 de agosto de 2019, MP Luis Armando Tolosa Villabona.
--------. AC665-2020, de 27 de febrero de 2020, magistrado Luis Alonso Rico Puerto.
--------. Sentencia de 31 de mayo de 1966, MP Flavio Cabrera Dussán.
--------. Sentencia de 23 de marzo de 2000, rad. 5259, MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
--------. Sentencia de 23 de junio de 2000, rad. 5475, MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
--------. Sentencia de 7 de octubre de 2009, rad. 05360-31-03-001-2003-00164-01, MP Edgardo Villamil Portilla.
--------. Sentencia de 14 de diciembre de 2010, rad. 50001-3110-001-2006-00050-01, MP Ruth Marina Díaz Rueda.
--------. Sentencia SC10304-2014, de 5 de agosto de 2014, MP Luis Armando Tolosa Villabona.
--------. Sentencia SC1131-2016, de 5 de febrero de 2016, MP Luis Armando Tolosa Villabona.
--------. Sentencia SC20187-2017, de 1.° de diciembre de 2017, MP Álvaro Fernando García Restrepo.
--------. Sentencia SC22036-2017, de 19 de diciembre de 2017, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
--------. Sentencia SC1656-2018, de 18 de mayo de 2018, MP Luis Armando Tolosa Villabona.
--------. Sentencia SC301-2020, de 11 de febrero de 2020, MP Ariel Salazar Ramírez.
--------. Sentencia STC059-2020, de 16 de enero de 2020, MP Luis Armando Tolosa Villabona.
--------. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Providencia de 19 de marzo de 2002, rad. 13.396, MP Luis Gonzalo Toro Correa.
--------. Sentencia de 2 de agosto de 1994, rad. 6735, MP Hugo Suescún Pujols.
--------. Sentencia de 11 de mayo de 2000, rad. 13.561, MP Germán G. Valdés Sánchez.
--------. Sentencia de 18 de octubre de 2000, rad. 13.396, MP Luis Gonzalo Toro Correa.
--------. Sentencia de 7 de febrero de 2001, rad. 14.992, MP Carlos Isaac Nader.
--------. Sentencia de 4 de septiembre de 2003, rad. 21.100, MP Eduardo López Villegas.
--------. Sentencia de 19 de febrero de 2008, rad. 32.182, MP Luis Javier Osorio López.
--------. Sentencia de 24 de abril de 2012, rad. 39.797, MP Carlos Ernesto Molina Monsalve.
--------. Sentencia de 5 de junio de 2012, rad. 39.892, MP Carlos Ernesto Molina Monsalve.
--------. Sentencia de 30 de octubre de 2012, rad. 39.631, MP Carlos Ernesto Molina Monsalve.
--------. Sentencia de 27 de noviembre de 2012, rad. 42.277, MP Carlos Ernesto Molina Monsalve.
--------. Sentencia SL9766-2016, de 13 de julio de 2016, rad. 53.260, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
--------. Sentencia SL14476-2016, de 21 de septiembre de 2016, rad. 44.364, MP Jorge Luis Quiroz Alemán.

--------. Sentencia SL2566-2017, de 15 de febrero de 2017, rad. 47.172, MP Gerardo Botero Zuluaga.
--------. Sentencia SL3424-2018, de 9 de agosto de 2018, rad. 70.342, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
--------. Sentencia SL5312-2019, de 27 de agosto de 2019, rad. 47.503, MP Rigoberto Echeverri Bueno.
--------. Sentencia SL4544-2019, de 23 de octubre de 2019, rad. 67.919, MP Gerardo Botero Zuluaga.
--------. Sentencia SL263-2020, de 29 de enero de 2020, rad. 79.436, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
--------. Sentencia SL2348-2020, de 24 de junio de 2020, rad. 81.142, MP Omar Ángel Mejía Amador.
--------. Sentencia SL2416-2020, de 8 de julio de 2020, rad. 81.811, MP Luis Benedicto Herrera Díaz.
--------. Sentencia SL2808-2020, de 22 de julio de 2020, rad. 80.390, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
--------. Sentencia SL3140-2020, de 29 de julio de 2020, rad. 78.612, MP Fernando Castillo Cadena.
--------. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. AP3191-2019, de 6 de agosto de 2019, rad. 54.548, MP Eugenio Fernández Carlier.
--------. AP5417-2019, de 12 de diciembre de 2019, rad. 55.236, MP Eugenio Fernández Carlier.
--------. AP108-2020, de 22 de enero de 2020, rad. 53.337, MP Patricia Salazar Cuéllar.
--------. Sentencia de 26 de mayo de 2010, rad. 33.331, MP Alfredo Gómez Quintero.
--------. Sentencia SP1750-2018, de 23 de mayo de 2018, rad. 49.009, MP Fernando Alberto Castro Caballero.
--------. Sentencia de tutela STP3130-2019, de 14 de marzo de 2019, rad. 103.463, MP Luis Antonio Hernández Barbosa.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 26 de junio de 1987 (Excepciones preliminares).
--------. Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia de 22 de enero de 1999 (Reparaciones y costas).
--------. Caso Las Palmeras vs. Colombia. Sentencia de 6 de diciembre de 2001 (Fondo).
--------. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).
--------. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.
--------. Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas).
--------. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
--------. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

--------. Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Sentencia de 5 de julio de 2011 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
--------. Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
--------. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones).
--------. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Sentencia de 22 de junio de 2015 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
--------. Caso Wong Ho Wing vs. Perú. Sentencia de 30 de junio de 2015 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
--------. Caso Omeara Carrascal y otros vs. Colombia. Sentencia de 21 de noviembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas).
--------. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Garantías judiciales en Estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

DOCUMENTOS E INFORMACIÓN OBTENIDA DE TRIBUNALES DE CASACIÓN, CONSTITUCIONALES, SUPRANACIONALES Y OTROS

Colombia. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Informe al Congreso de la República, 2017. Disponible en: https://www.ramajudicial.gov.co/web/publicaciones/129
--------. CORTE CONSTITUCIONAL. Estadísticas de la Corte Constitucional (1992-2020). Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php
--------. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Antología jurisprudencial. Corte Suprema de Justicia 1886-2006. t. I-VI*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, 2007.
--------. *Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia*. Disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/reglamento-general-de-la-corporacion/
--------. Revista Corte Suprema. *Corte de Casación, 120 años*. Revista, año 9, núm. 22. Bogotá, noviembre de 2006. Disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/publicaciones/R22.pdf
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, núm. 7.°: Control de Convencionalidad*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf

--------. *Diálogo entre cortes regionales de derechos humanos*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo-es.pdf

CORTE INTERAMERICANA Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Diálogo transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Zutphen, Países Bajos: Wolf Legal, 2015. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo_transatlantico_spa.pdf

España. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. La justicia dato a dato. Estadística judicial (años 2010-2019). Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/

--------. TRIBUNAL SUPREMO. Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-6519

--------. TRIBUNAL SUPREMO. Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017. Disponible en la página Web del Poder Judicial: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/En-Portada/La-Sala-Primera-acuerda-los-criterios-de-admision-de-recursos-de-casacion-y-extraordinario-por-infraccion-procesal

Estados Unidos. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Rules of the Supreme Court of the United States* (adopted December 5, 1989). Disponible en: https://www.supremecourt.gov/pdfs/rules/rules_1989.pdf

--------. Supreme Court of the United States. *Rules of the Supreme Court of the United States* (adopted April 18, 2019). Disponible en: https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf

--------. Supreme Court of the United States. 2019 *Year-End Report on the Federal Judiciary*. Disponible en: https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2019year-endreport.pdf

Francia. COUR DE CASSATION. *El papel del tribunal de casación francés*. Disponible en: https://www.courdecassation.fr/institution_1/in_6_2850/espa_ol_3722/del_tribunal_17513.html

--------. *Statistiques* 2019. Disponible en: https://www.courdecassation.fr/institution_1/activite_chiffres_58/statistiques_2019_44208.html

Italia. CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. *La Cassazione civile – Annuario statistico 2019, periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*. Disponible en: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/La_Cassazione_civile_-_Annuario_statistico_2019.pdf

--------. *La Cassazione penale – Annuario statistico 2019, periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*. Disponible en: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/La_Cassazione_penale_-_Annuario_statistico_2019.pdf

--------. *Relazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione de la sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, Giovanni Mammone. Inaugurazione dell'anno giudiziario 2020, Roma, 31 gennaio 2020. p. 43. Disponible en: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Primo_Presidente_Cassazione_Cassazione_2020.pdf

MATERIAL SOBRE METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN Y ESCRITURA

Colombia. INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS Y CERTIFICACIÓN, ICONTEC. *Norma Técnica Colombiana, NTC 1486: Documentación. Presentación de tesis, trabajos de grado y otros trabajos de investigación*. (23, julio, 2008).

--------. *Norma Técnica Colombiana, NTC 4490: Referencias documentales para fuentes de información electrónicas*. (28, octubre, 1998).

--------. *Norma Técnica Colombiana, NTC 5613: Referencias bibliográficas. Contenido, forma y estructura*. (23, julio, 2008).

COURTIS, Christian. «El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática». En: *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006. pp. 105-156.

ECO, Umberto. *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*. Versión castellana de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibáñez. 11.ª reimpresión. México: Gedisa, 1989.

ESCUDERO ALDAY, Rafael y GARCÍA AÑÓN, José. *Cómo se hace un trabajo de investigación en Derecho*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2013.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Metodología, docencia e investigación jurídicas*. 2.ª ed. México: Porrúa, 1984.

HERNÁNDEZ, Carlos Arturo, *et al. Metodología de la investigación jurídica*. Colección Tendencias contemporáneas del derecho, núm. 42. Bogotá: Universidad Libre, 2017.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, María del Pilar. *Metodología de la investigación*. 6.ª ed. México: McGraw Hill Education, 2014.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Manual de escritura jurídica*. Bogotá: Legis, 2018.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. Actualización 2019. Versión electrónica. Disponible en: https://www.rae.es/

--------. *Diccionario panhispánico de dudas*. 2005. Versión electrónica. Disponible en: https://www.rae.es/dpd/

--------. *Diccionario panhispánico del español jurídico*. 2020. Versión electrónica. Disponible en: https://dpej.rae.es/

--------. *Libro de estilo de la lengua española según la norma panhispánica*. Madrid: Espasa, 2018. (Edición colombiana: Bogotá: Planeta, 2019).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Y ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Nueva gramática de la lengua española. Manual*. Madrid: Espasa, 2010.

--------. *Ortografía de la lengua española*. Madrid: Espasa, 2010. (Edición colombiana: Bogotá: Planeta, 2011).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Libro de estilo de la Justicia*. Dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO. Madrid: Espasa, 2017. (Edición colombiana: 3.ª ed. Bogotá: Planeta, 2019).

SARLO, Oscar. «El marco teórico en la investigación dogmática». En: COURTIS, Christian (ed.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006. pp. 175-208.

UNIVERSIDAD LIBRE. CONSILIATURA. Acuerdo núm. 3, de 21 de agosto de 2020. Por el cual se reforma y unifica el Reglamento de Posgrados de la Universidad Libre. Disponible en: http://www.unilibre.edu.co/la-universidad/ul/1677-acuerdo-n-3-de-2020-21-de-agosto#_Toc48891259

--------. FACULTAD DE DERECHO. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. *Guía para la elaboración de proyectos de investigación*. Reimpresión de la 3.ª ed., 2011.