



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA
ESPECIALIZACIÓN EN CASACIÓN PENAL

OMAR JESÚS CABARCAS FLÓREZ
JAVIER ENRIQUE HURTADO RAMIREZ
RUDDY DESCHAMPS MARTÍNEZ

LA FUERZA DE LA CASACIÓN OFICIOSA:
INFLUENCIA DEL AUTO FECHADO 20 DE NOVIEMBRE DE 2007, PROFERIDO
DENTRO DEL RADICADO No. 28432 POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,
SALA DE CASACIÓN PENAL, EN LAS GARANTÍAS PROCESALES

Bogotá D.C., Colombia, 2015

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA
ESPECIALIZACIÓN EN CASACIÓN PENAL

OMAR JESÚS CABARCAS FLÓREZ
JAVIER ENRIQUE HURTADO RAMIREZ
RUDDY DESCHAMPS MARTÍNEZ

Trabajo de grado para optar al título de Especialista en Casación Penal

Director de la Tesis: Leonel Mauricio Peña Solano

**LA FUERZA DE LA CASACIÓN OFICIOSA:
INFLUENCIA DEL AUTO FECHADO 20 DE NOVIEMBRE DE 2007, PROFERIDO
DENTRO DEL RADICADO No. 28432 POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,
SALA DE CASACIÓN PENAL, EN LAS GARANTÍAS PROCESALES**

Bogotá D.C., Colombia, 2015

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
DESARROLLO DEL PROBLEMA.....	5
PREGUNTAS DERIVADAS O SECUNDARIAS, OBJETIVOS PRINCIPAL Y SECUNDARIOS.....	6
Preguntas Derivadas	6
Objetivo Principal	6
Objetivos secundarios	7
HIPÓTESIS DEL TRABAJO Y FUENTES PRIMARIAS.....	8
Hipótesis del trabajo.....	8
Fuentes primarias	8
Fuentes Secundarias	8
1. DESCRIPCIÓN DEL OBJETO.....	10
1.1 El auto	10
2.2 Comparación con problemas semejantes	18
1.3 Capacidad Vinculante Vs. Dinámica de Transformación de la Jurisprudencia	22
2. ELEMENTOS DEL SISTEMA JURÍDICO.....	26
2.1 Cosa juzgada	26

2.2 Seguridad jurídica	32
2.3 Garantías jurídicas – Debido proceso.....	36
2.3.1 Casación oficiosa y principio de limitación.	37
2.3.2 Justicia Material.....	41
3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS EFECTOS DEL AUTO	44
3.1 El auto frente a la cosa juzgada, principio de limitación y seguridad jurídica.....	46
4. TRASCENDENCIA JURÍDICA	51
REFERENCIAS.....	54

RESUMEN

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, invocando la facultad de oficiosidad ha considerado viable extender su competencia para continuar con el trámite de casación, luego de aceptar el desistimiento manifestado por la parte interesada del recurso que admitido, limitó la intervención de la Corporación exclusivamente a la pretensión contenida en la demanda. Dicha posición se encuentra reflejada en el auto adiado 20 de noviembre de 2007, proferido por esa Colegiatura dentro del radicado No 28432 regido por los causes de la ley 906 de 2004. Esa prevalencia de la oficiosidad incide en principios y garantías de las partes sobre todo, la limitación, seguridad jurídica y cosa juzgada, en tanto que una vez desistida la demanda, la consecuencia que se espera es la firmeza del fallo y el fin del litigio, no su estudio de fondo por la Corporación.

ABSTRACT

The Criminal Chamber of the Supreme Court, invoking the power of officiousness considered feasible to extend its jurisdiction to continue the process of appeal, after accepting the resignation expressed by the interested part, the resource admitted, limited the intervention Corporation exclusively to the claim contained in the application. This position is reflected in the providence to november 20, 2007, issued by the Tuition in the filed 28432 in the law 906 of 2004. That prevalence of informality affects principles and guarantees of the parties on all, limitation, legal certainty and res judicata, because the expected result is a firmer judgment and end the dispute, not his substantial study by the Corporation.

INTRODUCCIÓN

La noción de «*recurso de casación*» nos representa aquel medio de impugnación extraordinario y discrecional, que tiene como finalidad dar efectividad al derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a esos, y la unificación de la jurisprudencia (art. 180 Ley 906/04).

Una definición completa del mismo, la proporciona el jurista Jorge Velásquez Niño cuando señala: «*el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario, discrecional y de efectos suspensivos que se interpone contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los tribunales superiores de distrito judicial (y el Superior Militar), con la pretensión de que uno de carácter supremo (la Corte Suprema de Justicia) revise y corrija los errores de juicio o raciocinio (in iudicando) o de procedimiento (in procedendo) existentes en la decisión de mérito, con la finalidad de procurar, previa su anulación, el restablecimiento de las garantías fundamentales que hayan podido ser quebrantadas, la aplicación exacta de la ley sustancial, la reparación de los agravios inferidos a las partes en una determinación injusta y la unificación de la jurisprudencia nacional*» (Velásquez Niño, 2012).

La naturaleza rogada del recurso, íntimamente relacionada con los principios de taxatividad y limitación que lo gobiernan, le impide al Tribunal de Casación decidir por fuera de los aspectos

acusados en la demanda por el recurrente. Debe limitarse, tal y como lo asegura el profesor Orlando Rodríguez Chocontá, «*a verificar la correcta formulación de la proposición y su desarrollo normativo*» (Rodríguez Chocontá, 2008).

Sin embargo, la figura de la casación oficiosa, entendida como la facultad jurídica que tiene la Corte de Casación para remediar situaciones procesales cuya trascendencia es la violación de derechos o garantías fundamentales, en los casos en que el recurrente no lo solicite, o yerre en el camino procedimental del recurso, resulta ser una excepción al principio de limitación que pretende evitar una grave lesión a esos derechos de las partes, y salvaguardar los fines a los cuales sirve el medio de impugnación extraordinario.

De modo, que cuando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, admite una demanda de casación, ya sea porque cumple con los condicionamientos mínimos o porque la Sala encuentra indispensable superar sus defectos para afianzar alguno de los fines de la casación, es indudable que su competencia queda atada al objeto del libelo, atendiendo el principio de limitación. Así mismo, podía también extenderse, con base en esa atribución, a restablecer derechos que observe vulnerados al estudiar el fondo del asunto, pero por virtud de la facultad de pronunciamiento adquirida por la vía de la admisión de la demanda¹.

Lo anterior, nos conduciría a considerar que si el casacionista desiste de su interés impugnatorio antes de que le sea resuelto el recurso, la Corte, indefectiblemente, perdería competencia para desatar la alzada, puesto que ésta quedó atada a la demanda y el desistimiento haría cesar el trámite

¹ En igual sentido Salvamento de Voto Auto 20 de abril de 2007, rad. No 28432, Sala Casación Penal Corte Suprema de Justicia.

extraordinario, dispositivo y rogado, dándole firmeza y carácter de cosa juzgada a la sentencia censurada².

No obstante, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, invocando la facultad de oficiosidad que mantiene para restablecer derechos fundamentales, ha considerado viable extender su competencia para continuar con el trámite de casación, luego de aceptar el desistimiento manifestado por la parte interesada del recurso que admitido, limitó la intervención de la Corporación exclusivamente a la pretensión contenida en la demanda.

Esta posición se encuentra reflejada en el auto adiado 20 de abril de 2007, proferido por esa Colegiatura dentro del radicado No 28432 regido por los causes de la ley 906 de 2004, donde el ente investigador, siendo el recurrente, desistió de la pretensión casacional dirigida a obtener la abolición de la sentencia que había absuelto a los procesados de los cargos imputados, para que, en su lugar, fueran condenados, y la Corte aceptó la manifestación de desistimiento, pero no cesó el trámite del recurso, invocando su facultad oficiosa, no obstante haber adquirido su competencia en virtud de la admisión de la demanda, con el agravante de que el fallo oficioso y definitivo resolvió casar la sentencia y condenar a los sindicados.

Con el trabajo que se expondrá a continuación, pretendemos hacer un breve, pero detallado análisis reflexivo, empleando una metodología descriptiva, que gravite, entre otros aspectos, sobre la posición jurídica asumida por nuestro órgano de casación, reiterada en otro asunto similar que estuvo bajo su conocimiento, para establecer si ella se aviene al ordenamiento jurídico,

² *Ibidem*.

especialmente al principio de limitación que regula el recurso extraordinario de casación; si responde a otros pilares de estirpe o raigambre constitucional y legal, como lo son la seguridad jurídica, la cosa juzgada y el respeto de las restantes gracias fundamentales que radican en cualquier procesado y, finalmente, si ello constituye una novel tendencia jurisprudencial con capacidad vinculante y potencialidad suficiente para transformar institutos jurídicos consolidados.

En esos términos huelga preguntarnos si trasgrede principios y garantías procesales la casación oficiosa en los términos del auto del 20 de noviembre de 2007 proferido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

Dicha tarea la cumpliremos recurriendo a fuentes primarias como los autos del 20 de noviembre de 2007 y 21 de abril de 2010 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en cuanto regula la figura de la cosa juzgada, del desistimiento y del recurso extraordinario de casación y a la jurisprudencia emanada de esa misma Corporación, así como a fuentes secundarias, sentencias de la Corte Constitucional y de Tribunales Internacionales; y doctrina entre las que se encuentran las obras y tratados escritos por reconocidos juristas nacionales como el doctor Hernando Devis Echandía, Jaime Bernal Cuéllar, Orlando Rodríguez Chocontá, Heliodoro Fierro Méndez, entre otros.

Los autores.

DESARROLLO DEL PROBLEMA

Según el auto del 20 de noviembre de 2007 proferido dentro del radicado No 28432, se considera que el desistimiento del recurso de casación no priva a la Corte de ejercer la casación oficiosa en procura de salvaguardar la justicia material.

De conformidad con dicha regla, se genera como problema jurídico, un ambiente conflictivo entre la búsqueda de la justicia material a través de la casación oficiosa y los principios de limitación, seguridad jurídica y cosa juzgada, en tanto que a pesar de haberse aceptado el desistimiento del recurso extraordinario que le otorgó competencia para conocer del caso, la Corte estima necesario superar barreras y prevalecer su facultad oficiosa; de manera que, es el alcance de esa prevalencia en los otros principios y garantías procesales, lo que se erige como la situación problema de esta investigación.

PREGUNTAS DERIVADAS O SECUNDARIAS, OBJETIVOS PRINCIPAL Y SECUNDARIOS

Preguntas Derivadas

- 1) Luego de aceptado el desistimiento del recurso extraordinario de casación puede tomarse una decisión de fondo sobre la demanda de casación?
- 2) Que efecto produce la aceptación del desistimiento de un recurso extraordinario de casación?
- 3) Puede la casación oficiosa remover los efectos de la cosa juzgada?
- 4) Aceptado el desistimiento del recurso extraordinario de casación la Corte pierde competencia?

Objetivo Principal

Determinar si la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 20 de noviembre de 2007 soslaya o no las garantías de seguridad jurídica y cosa juzgada.

Objetivos secundarios

1. Si las afecta, entonces de qué forma o como lo hace.
2. Establecer los efectos de la casación oficiosa de cara a la cosa juzgada, seguridad jurídica y principio de limitación

HIPÓTESIS DEL TRABAJO Y FUENTES PRIMARIAS

Hipótesis del trabajo

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando admite una demanda de casación se sujeta al principio de limitación y a los términos presentados por el recurrente, por manera que, al desistir el casacionista, pierde competencia y cobra firmeza el fallo, y en tal virtud, no le es permitido enaltecer la facultad oficiosa so pena de franquear la seguridad jurídica, cosa juzgada y el propio principio de limitación.

Fuentes primarias

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 28432. Auto del 20 de noviembre de 2007.
2. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 33558. Auto del 21 de abril de 2010.

Fuentes Secundarias

1. Doctrina
2. Jurisprudencia de la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia

3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional
4. Constitución Política de Colombia: art. 29.
5. Ley 906 de 2004: art. 21 (Cosa juzgada), 179F (Desistimiento de recursos), capítulo IX (Casación) 180 y ss.

1. DESCRIPCIÓN DEL OBJETO

1.1 El auto

El 20 de noviembre de 2007 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, profirió un auto que convoca a la mesa distintos principios del ordenamiento procesal penal, entre ellos, el principio de limitación, la justicia material, los fines de la casación, por citar, por el momento, los más visibles.

En el proveído en mención, la Corte se apresta a resolver *“la decisión que en derecho corresponda respecto del desistimiento del recurso de casación que presenta la Fiscal Décima Delegada ante esta Colegiatura.”*. Del recuento de la actuación se destaca que: *“Contra la sentencia del ad quem el Fiscal Once Delegado ante los Jueces Penales de Circuito Especializado de Cali interpuso recurso de casación en el cual propuso dos (2) reproches, de los cuales sólo fue admitido el primero mediante auto del pasado 10 de octubre, en el cual plantea la violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho por falso raciocinio...”*³

Se explica que hubo un cambio de fiscal y, en tal virtud, la nueva funcionaria delegada desistió del recurso presentado por su antecesor, por no encontrar suficiencia argumentativa para esperar

³ Auto del 20 de noviembre de 2007, CSJ, Sala de Casación Penal. Radicación 28432.

que la Corte case la sentencia de segunda instancia, pues, aunque se respetaban los planteamientos consignados por el demandante en su libelo, no se identificaba con los mismos al observar ajustada la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Con esa agitada antesala, la Corte en sus consideraciones inicia preludiando la decisión final de aceptar el desistimiento del recurso de casación y habilitarse para decidir de fondo, al advertir la posibilidad de que el fallo atacado responda a una motivación sofística o aparente derivada de yerros de hecho en la apreciación de las pruebas en punto a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, tal como lo reclamaba el Fiscal Once Delegado ante los Jueces Penales de Circuito Especializado de Cali que interpuso el recurso y allegó la respectiva demanda. Ello en tanto que le resulta incuestionable a la Sala que en su especial condición de guardiana de los derechos fundamentales y de las garantías de los intervinientes en el proceso penal, se sintió obligada a emitir la decisión de fondo que sobre tal temática correspondiera.

Para sustentar lo dicho, comienza con un recuento histórico de la Casación Oficiosa, que por su pedagogía merece ser transcrito:

“(ii) Una etapa de morigeración de dicha rigidez, que permitía a la Sala la casación oficiosa tratándose de los presupuestos de legitimidad de la actuación, esto es, la violación del derecho de defensa y del debido proceso, motivo por el que en el artículo 227 del Decreto 050 de 1987, cuyo texto fue similar a la norma transcrita en precedencia, se introdujo un inciso del siguiente tenor:

“Pero tratándose de la causal prevista en el numeral tercero del artículo anterior (‘Cuando la sentencia se hubiera dictado en un juicio viciado de nulidad’, se aclara), la Corte podrá declararla de oficio”.

(iii) Una época post constitucional, esto es, ulterior a la Carta Política de 1991, en la que aumenta la cobertura protectora del recurso y por ello, en el artículo 228 del Decreto 2700 del referido año se agregó a los preceptos citados un inciso en los siguientes términos:

“Igualmente podrá casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma atenta contra las garantías fundamentales”.

Además, en el artículo 219 del mismo ordenamiento el legislador señaló con pretensiones teleológicas:

“El recurso extraordinario de casación tiene por fines primordiales la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la reparación de los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida, y la unificación de la jurisprudencia nacional”.

Tanto en la Ley 553 de 2000, como en la Ley 600 de 2000 no hubo modificaciones sustanciales en cuanto atañe al aspecto analizado, y en términos generales reprodujeron la normativa del Decreto 2700 de 1991.

(iv) Un lapso de desarrollo jurisprudencial que vino a concretarse en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004. En efecto, ya en decisiones como la del 25 de agosto de 2004 dentro del radicado 21819, la Corte reconoció que la presencia de errores de hecho por falso juicio de identidad o de raciocinio,

proprios de la causal primera de casación, cuerpo segundo, comportaban vulneración de las garantías debidas a los sujetos procesales, de manera que se imponía casar oficiosamente las decisiones impugnadas.”⁴

Frente al principio de limitación referenció:

(v) La era actual, flexibilización teleológica del recurso, en procura de conseguir la prevalencia del derecho material, la guarda de las garantías, la reparación de agravios y la unificación de la jurisprudencia, todo lo cual se concretó en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, al disponer:

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”.⁵

A su vez, apuntala finalmente que no puede obviarse los fines de la casación cuales son la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia.

En virtud de esa doctrina, entendida como la construcción normativa que acaba de verse, la Sala fija la premisa mayor de su razonamiento cuando dice que el desistimiento del recurso de casación presentado por la Fiscalía no tiene la virtud de despojar a la Corte de su medular papel funcional como guardiana de las finalidades de la mencionada impugnación.

⁴ *Ibíd*em, Pág. 5-7.

⁵ *Ibíd*em, pág. 8.

Ese corazón de su decisión, sustento y premisa de la misma, pretende ser respaldado en el auto en mientes, con el precedente de la Corporación citado a renglón seguido cuando transcribe que: *“El derecho a la prerrogativa que tienen los sujetos procesales de desistir del recurso extraordinario de casación no puede impedir a la Corte, como órgano límite de la jurisdicción ordinaria y guardiana de la Constitución Política, enmendar las irregularidades atentatorias contra los derechos fundamentales so pretexto de la finalización o culminación de su competencia por razón del desistimiento, máxime cuando el debido proceso como máxima expresión del principio de legalidad se erige en garantía fundamental. Lo contrario implicaría una actitud permisiva e inadmisibles frente a una decisión injusta, sin sustento legal y, por lo mismo, constitutiva de una vía de hecho”*⁶.

Contrastando su premisa mayor con el caso puesto de presente, la Sala Penal, en el auto del año 2007:

“advierte oficiosamente en el fallo de segundo grado la eventual presencia de errores de hecho por indebida apreciación de las pruebas que condujeron a la aplicación del principio in dubio pro reo, es claro que de conformidad con su función constitucional y legal está obligada a pronunciarse de fondo en este asunto, con mayor razón si viene precisado que la facultad de casar de oficio las sentencias no se encuentra subordinada a la admisión del libelo casacional ni al interés del recurrente, al punto que aún frente a demandas inadmitidas o ausencia de interés del impugnante, la Sala tiene competencia para decidir de fondo en salvaguarda de la Carta Política y de la ley, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria y garante de la protección de los derechos y garantías fundamentales.”

⁶ Providencia del 31 de agosto de 2005. Rad. 21862. En sentido similar proveídos del 16 de marzo de 2005. Rad. 21296 y del 20 de octubre de 2004. Rad. 21302.

Quiere decir lo anterior, que la Sala Penal de la Corte, a pesar de coexistir una demanda de casación con un desistimiento de la misma, se habilita competencia para resolver el asunto al advertir múltiples las falencias del fallo, todo ello, en procura de salvaguardar las garantías esenciales de las partes y la justicia material, sin que el desistimiento afecte ese proceder, pues a pesar que en su momento se había admitido la demanda sobre la causal primera, el desistimiento del recurso y la facultad oficiosa de la Corte imponen el pronunciamiento de fondo.

Así, en la parte resolutive del auto de calendas 20 de noviembre del año 2007 que viene citándose se resuelve: “*ADMITIR el desistimiento del recurso de casación presentado por la Fiscalía Décima Delegada ante esta Corporación. 2. REGRESAR las diligencias al Despacho de la Magistrada Ponente, a fin de que se proyecte el correspondiente fallo casacional, una vez en firme la decisión precedente.*”

Frente a esa decisión, la opinión mayoritaria tuvo su opuesto en el Magistrado Sigifredo Espinosa, quien a través del salvamento de voto consideró, sin ser reduccionistas, que los fines de la casación no justifican los medios. Mas derechamente expresado: no se opone el Magistrado a la facultad oficiosa de la Corte, sino, que considera que la solución adoptada en este particular caso está por fuera del ámbito dentro del cual la Corte puede ejercer de manera legítima su atribución como Tribunal de Casación, pues el instrumento casación oficiosa no justifica la trasgresión de principios caros en el ordenamiento jurídico.

Explica el disidente, que por dos vías se accede al estudio de la casación: por admisión de la demanda o, habiéndose inadmitido la misma, por virtud de la casación oficiosa; de lo cual se sigue

que, cuando la Corte opta por la admisión de la demanda, no está persiguiendo los principios generales de la casación, sino, se está apegando a la limitación de las partes y en ese contexto, no es dable, habiendo partido de ese interés, trocar por el interés general cuando el sujeto procesal desiste.

En palabras del disidente:

“en los casos en que la competencia de la Corte quedó atada a la demanda, es claro que el desistimiento del interesado hace cesar el trámite de la casación y lo que tenía carácter suspensivo, esto es, la sentencia demandada, adquiere firmeza y, por tanto, el carácter de cosa juzgada.

La cosa juzgada, huelga resaltar, también representa una garantía para las partes –no apenas a favor del procesado-, pues, desarrolla los principios de non bis in ídem y seguridad jurídica, caros a un sistema democrático de derecho.

Y, precisamente por esa importancia toral que reviste, su verificación opera como principio general sólo derrumbable por vía excepcionalísima –dígase la acción de revisión o eventual acción de tutela-, dentro de precisos motivos y conforme específica tramitación.

Esa seguridad jurídica, además, implica señalar de manera concreta y taxativa el momento en el cual cesa la actividad estatal encaminada a determinar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, pues, resulta obvio, no es del resorte del operador jurídico, pasando por encima de lo que la ley dispone, señalar a su antojo el momento en que ello ocurre o incluso, revivir oportunidades

procesales pérdidas para dejar sin efecto uno de esos momentos o actividades procesales que determinan cubierto el asunto con el manto de la cosa juzgada.”⁷

Se duele el Magistrado de conservar competencia la Corte para examinar oficiosamente un caso, pese no haberlo advertido así en la providencia que determinó admitir la demanda, superar sus defectos o inadmitirla, y menos aún, asumir el papel del demandante para hacer propios los reparos de éste en el libelo, porque de ser así se impone revisar si materialmente el desistimiento al recurso de casación no procede o su admisibilidad debe diferirse para el momento en que la Corte emita el pronunciamiento de rigor, pues la atribución que tiene como Tribunal de Casación, conferida por el artículo 235-1 de la Carta Política, dirigida a cumplir las elevadas finalidades que traza el artículo 206 de la ley 600 de 2000 o el artículo 180 de la ley 906 de 2004, se desarrolla, de un lado, de conformidad con los fines y principios que inspiran la Constitución y, por otro, de acuerdo con los parámetros legales.

Así, para el togado disidente, el auto atenta contra la cosa juzgada y seguridad jurídica en tanto que una vez se ha desistido de una demanda de casación, que fue admitida desechándose desde esa oportunidad la facultad oficiosa, debían activarse la ejecutoria inmediata y al no ser así, se vulneran aquellos principios que estima fundamentales e igualmente valiosos en el ordenamiento jurídico.

⁷ *Ibídem*, Pág. 17.

2.2 Comparación con problemas semejantes

El 21 de abril del año 2010, en el auto dictado dentro del proceso de radicación 33558, se emula en todo sentido, aquella decisión del 2007, objeto principal de esta investigación.

En el proveído en mención, la Corte se pronuncia *“sobre el desistimiento que, del recurso de casación interpuesto, presentó el Fiscal Noveno Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.”*. Del trámite de dicho recurso se destaca que: *“Pese a los defectos lógico argumentativos que exhibe el libelo, por auto del 15 de marzo de 2010 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia admitió la demanda correspondiente, promovida por el sendero de la violación indirecta de la ley sustancial, y fijó hora y fecha para la audiencia de sustentación oral (14 de abril siguiente a las 2:30 de la tarde).”*

El musculo de la decisión no admite demoras, la Corte, sin mayor ambages adujo que: *“En efecto, después de admitida la demanda por la Corte, el interés particular de la parte recurrente debe **ceder** para garantizar el interés general, la efectivización de los fines esenciales de la casación previstos en el artículo 180 del ordenamiento procesal penal vigente: la guarda de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios, la unificación de la jurisprudencia, especialmente, la realización del derecho material, y el principio de prevalencia de lo sustancial sobre las formas, postulados que rigen en provecho de la justicia y del conglomerado social y por supuesto, de los sujetos intervinientes en el proceso penal.”* (Negrillas nuestra)

El párrafo que antecede no es literatura de relleno, devela nada menos que una labor de ponderación de principios hecha por la Corte, en el que la oficiosidad, cuando persigue los intereses de la casación, especialmente el derecho material, inclina principios como el de limitación bajo el postulado de la primacía de lo material sobre lo formal.

A su vez, el auto trae como ejemplo lo intrascendente que resulta el desistimiento de la acción de tutela frente a la revisión de la misma en la Corte Constitucional, en la cual, se tiene como norte principal justamente el interés general.

Igualmente, como apoyo, se cita en el auto la decisión pretérita de la corporación del 20 de noviembre de 2007, vista en el acápite anterior, en el aparte siguiente: *“sin dificultad advierte la Sala que el desistimiento del recurso de casación presentado por la Fiscalía no tiene la virtud de despojar a la Corte de su medular papel funcional como guardiana de las finalidades de la mencionada impugnación.”*

Con la cita en mientes, el Tribunal de Casación compartió e hizo suya la premisa fundante del razonamiento; en esa medida: *“Acogiendo el precedente jurisprudencial y, como quiera que i) la sentencia demandada fue proferida en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, ii) el recurso fue interpuesto dentro del término legal por la Fiscalía -parte con interés jurídico para recurrir en casación-, iii) la impugnación se concedió válidamente por la Sala Penal de ese cuerpo colegiado y, iv) el libelo fue admitido por esta Corporación pese a los defectos técnicos de que adolecía, **por virtud de su facultad oficiosa, la Sala de Casación adquirió competencia para dar trámite a la censura.**”* (Negrillas nuestras)

Quiere decir lo anterior, que la Sala Penal de la Corte, una vez más, en busca de un fin general, adquiere competencia para resolver de fondo una demanda de casación que había sido interpuesta y desistido por el recurrente.

Coherente con esa motivación, en la parte resolutive la Corte dispone “*Primero. Aceptar el desistimiento del recurso de casación presentado por el Fiscal Noveno Delegado ante la Corte Suprema de Justicia. Segundo. Retornar el expediente al despacho del magistrado Ponente a efecto de emitir la sentencia respectiva.*”

En un ejercicio de similitud, el Magistrado Sigifredo Espinosa, economizó argumentos para disentir de la posición mayoritaria y se remitió al otrora salvamento que hiciera del auto del año 2007.

De otra latitud, no es primera ni será última ocasión en que con el fin de salvaguardar el interés general y la justicia material se haga ceder otras garantías de las partes. En la Corte Constitucional, por medio de sentencia T-218 de 2012, se ponderó entre la justicia material y la cosa juzgada constitucional para en últimas dejar sin efecto una sentencia que gozaba de la infranqueabilidad que otorga el haber pasado –sin éxito- el proceso de eventual revisión. De esa forma, en cuanto a la posibilidad que tenía la Corte para inmiscuirse en una tutela revestida de cosa juzgada constitucional, logró decir que:

“Así las cosas, es claro que la providencia que los demandantes pretendían materializar a través de una nueva acción de tutela fue considerada espuria por las referidas autoridades disciplinarias. A esa misma conclusión llegó la Corte Constitucional al analizar el material probatorio de la presente causa,

que no da lugar a dudar de la configuración de un fraude para intentar que una situación dolosa sea exigible coactivamente. Ahora bien, el siguiente análisis, realizado dentro de las circunstancias del caso objeto de estudio, no pretende controvertir la cosa juzgada constitucional del dos mil seis (2006), mas mostrar por qué tal providencia está maculada por un fraude que corrompería la administración de justicia.”

De esa manera, el alto foro no controvierte la cosa juzgada constitucional pero sí la validez del título (sentencia de tutela del 11 de diciembre de 2006) que se pretendía ejecutar con la nueva sentencia; así, atendiendo al principio de *El Fraude lo Corrompe Todo*, se habilitó para tal fin en procura de salvaguardar la justicia material.

Dicho entender no es insular, viene desde la sentencia C-252 de 2001 donde la alta Corporación indicó que el recurso extraordinario de casación en materia penal tiene por objeto reparar las violaciones cometidas dentro del proceso. Y en consecuencia: “(...) *Una sentencia que no ha sido dictada conforme a la ley sino contrariándola, jamás podrá tenerse como válidamente expedida y, mucho menos, puede ejecutarse. Si el objeto de la casación es corregir errores judiciales, plasmados en la sentencia de última instancia, lo que resulta ajustado a la Carta es que esa corrección se haga antes de que la decisión viciada se cumpla”.*

Posteriormente, en sentencia de tutela T-373 de 2014, la Corte igualmente indicó que “*En suma, cuando se profiere sentencia dentro de un proceso de acción de tutela y ésta es revisada por la Corte, o si es descartada de tal procedimiento, dicha providencia adquiere la característica de cosa juzgada, y por lo tanto es inmutable, intangible e indiscutible. Sin embargo, esas propiedades*

no se trasladan a sus efectos, pues estos están sujetos a la prevalencia de un orden justo, al ideal de justicia y, a la pretensión de corrección de los sistemas jurídicos”

Es visible, entonces, que en el sistema de ponderación y balanceo no hay principios de aplicación absoluta, pues máximas orientadoras como la prevalencia de lo general sobre lo particular, pueden aterrizar en forma de justicia material versus principio de limitación, o, justicia material versus la cosa juzgada y seguridad jurídica, siendo entonces labor del operador judicial argumentar y dar contenido razonable a ese tanteo judicial.

1.3 Capacidad Vinculante Vs. Dinámica de Transformación de la Jurisprudencia

Max Weber introdujo el concepto de racionalidad formal (Weber, 1954, pág. 61, 301) para describir la estructura lógica del derecho legal de corte clásico y tradicional de característica universalista y cuya pretensión se traduce en abarcar y solucionar preestablecidamente todos los casos posibles en el sistema jurídico. Pero advirtió la tendencia a la materialización del derecho formal, el auge de la racionalidad material, es decir, una forma de pensar más concreta y teleológica que busque la solución concreta de conflictos sociológicos desde la perspectiva jurídica. Y predijo la crisis de la racionalidad formal ante su imposibilidad de solucionar problemas de corte social producto de la interferencia necesaria de esta con el derecho, pero citó que *“en cualquier caso, la precisión jurídica de las decisiones judiciales se encontraría seriamente afectada si argumentos sociológicos, económicos o éticos tomaran el lugar de conceptos legales”* (Weber, 1954, pág. 320), puesto que la tendencia de la post modernidad iba dirigida a la inclusión de elementos materiales en el derecho.

En el contexto colombiano, el profesor Diego Eduardo López Medina hace un análisis del papel jurídico y político de la jurisprudencia en la crítica anti formalista al derecho y concluye que “de una concepción cerrada del sistema, el reformismo jurídico de Roscoe Pound (en Estados Unidos) y Francois Geny (en Francia) intenta mostrar que no todo derecho es producto de la legislación formal reconocida como legítima por el estado; ello se logra probando que, con claridad, el derecho preexistente imperfecto (está lleno de múltiples vacíos, ambigüedades y contradicciones) y que existen fuentes del derecho legítimas (como la doctrina o la jurisprudencia) que permiten resolver estos defectos, proveído que se critique y destruya la hegemonía del legalismo positivista” (López, 2006, pág. 316).

A nuestro modo de ver, en la realidad colombiana la crisis de la racionalidad formal se consolidó a partir de la expedición de la constitución de 1991, pues bastante problemático ha sido el adaptar el derecho tradicional de corte formal a las exigencias materiales de la sociedad colombiana, hasta el punto que solo progresivamente se han ido incluyendo elementos materiales (justicia material) en gran medida, a través de la jurisprudencia como mecanismo ágil e inclusivo.

Aceptase o no, y a tono con lo dicho por el doctrinal López Medina en su obra *El Derecho De Los Jueces*, compartimos que la dinámica transformadora de la jurisprudencia es tal, porque se logra acoplar el derecho a la misma velocidad de las variaciones en los principios organizativos de la sociedad y sus necesidades. La vía jurisprudencial ofrece, entonces, una alternativa más adecuada al momento de resolver la mutua indiferencia que se deriva de la autoridad epistémica de los distintos discursos contenidos en los sistemas sociales, en los cuales, el derecho debe actuar como mecanismo integrador o válvula entre el mismo y la realidad.

Por su parte, la capacidad vinculante de la jurisprudencia se extrae de la importancia antes vista. La fuerza normativa de la doctrina dictada por la jurisprudencia, puntualmente, de la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano que debe unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; y (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

Así, conforme lo indica la Corte Constitucional en sentencia hito C- 836 de 2001, el fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley –entendida ésta como el conjunto del ordenamiento jurídico- y de igualdad de trato por parte de las autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad –como objetivo y límite de la actividad estatal-, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces.

Es por ello, ergo, que el auto del 20 de noviembre de 2007 y el datado 21 de abril de 2010 comparten premisa jurídica mayor, pues por virtud del principio de equidad (en términos de Dworkin) o igualdad, la resolución de un caso merece ser –prima facie- impartida de conformidad a como se ha venido fallando anteriormente, siendo oportuno rescatar, que bien puede variarse de

precedente siempre y cuando se explicita el alcance de mismo y se arguyan razones para su intercambio, caso que no es el presentado por la Corte en la dualidad de proveídos traídos a este trabajo.

Lo dicho es así, en tanto que en las pluricitadas providencias, no se indica en qué manera el escenario antes de los autos era el mismo para los principios y derechos que se citan a la mesa, como tampoco se señala qué ocurría, y qué consecuencia habría de esperarse de ellos después del auto de noviembre del año 2007.

Ese diagnóstico, ex ante y ex post, es justamente el epicentro de este trabajo, pues habrá de centrarse la atención ahora en develar el sentido y alcance de esos principios y derechos antes del auto datado 20 de noviembre de 2007 para luego, valorar en qué medida esa decisión incidió en el núcleo esencial de los mismos.

2. ELEMENTOS DEL SISTEMA JURÍDICO

Atendiendo que es, en relación con los principios como el debido proceso, seguridad jurídica y cosa juzgada, en donde recae –en apariencia propia de la génesis de toda investigación- la afectación más protuberante que el auto objeto de análisis infringe, es dable ahora explicitar su contenido y alcance de manera detallada, con apoyo de las respectivas referencias jurisprudenciales y doctrinales.

2.1 Cosa juzgada

Al rastrear los orígenes de la cosa juzgada, es posible ubicar sus antecedentes históricos en el código de Hammurabi. En Chile, una tesis de grado titulada *Institución de la Cosa Juzgada Virtual Frente el Derecho de Defensa* condensó lo siguiente:

“... Para poder introducir el concepto de cosa juzgada es necesario remitirnos someramente a la historia de esta institución. Es así como encontramos que la cosa juzgada arranca mucho más atrás de lo que suponemos. El primer vestigio de ésta se encuentra en el código de Hammurabi, la recopilación legal más antigua de la que se tiene registro (1753 a.C.), en su precepto VI, & 551, donde se expresa que el juez que ha juzgado una vez sobre una causa no puede volver a juzgar más sobre esa causa; lo cual quiere decir que se prohíbe repetir el juicio. (Natalia Cifuentes 2013).”

La mentada institución jurídica, después de un largo viaje en el tiempo, llegó a nuestro derecho civil colombiano y demás ramas del derecho, entre ellas la penal, entendiéndose este concepto como la imposibilidad de modificar una sentencia luego de que esta adquiere o cobra ejecutoria, por razón de la improcedencia de recursos o la no interposición de los mismos, y llegando a ser considerada como una garantía para las partes –no apenas a favor del procesado-, pues, desarrolla los principios de non bis in ídem y seguridad jurídica, caros a un sistema democrático de derecho.

Los doctrinantes italianos, españoles y colombianos, coinciden en diferenciar entre dos dimensiones de este concepto: la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material.

Desde el punto de vista formal, dicho principio se refiere *a la imposibilidad de que alguien ejerza una acción ya ejercida o utilice una vía judicial para ventilar de nuevo un asunto en relación con el cual la jurisdicción ya ha proferido una decisión* (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett. 2013). Desde la otra perspectiva, la cosa juzgada material tiene que ver con la imposibilidad de repetir un juicio que ya ha tenido lugar.

Mientras la cosa juzgada formal acentúa la preservación de la sentencia dentro del mismo proceso, al convertir a las partes incompetentes para atacarla o impugnarla y al juez incompetente para modificarla, la cosa juzgada material pretende la preservación de la sentencia en relación con otros procesos que pudiesen iniciarse por separado. No obstante, en uno y otro caso, el efecto que tiene este valorado principio no será otro que darle a la sentencia *definitividad e inmutabilidad* (Devis Echandía. 2012), de lo cual brota su necesidad en el proceso penal.

Ahora bien, la existencia de la cosa juzgada exige como factores que la determinan y que, por consiguiente, funcionan como requisito de la misma:

“... que haya una sentencia; que se pronuncie en proceso en el cual no se excluya por mandato legal este efecto especial para esa sentencia; que no sea susceptible de impugnación por vía de recursos, sino que queden clausuradas las discusiones en razón de su firmeza, lo cual puede deberse a que no sea recurrible por disposición legal o a que los recursos posibles en principio no hayan sido interpuestos o a que hayan quedado resueltos.” (Devis Echandía. 2012 p. 20).

Por ello, para que se produzca el fenómeno de la cosa juzgada en materia penal debe existir una identidad fáctica o de simple hecho entre lo que fue materia de un proceso culminado con sentencia en firme y lo que será materia de un segundo proceso, al tiempo que no debe concurrir una circunstancia de favorabilidad que derrumbe la aplicación de este principio.

Con ese entendimiento doctrinal, conviene ahora decir, que en el ámbito jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal (rad. 23806) antes del auto del 20 de abril de 2007, tenía claro que:

“El principio fundamental de la cosa juzgada, según el cual las sentencias judiciales ejecutoriadas, en cuanto ostentan carácter definitivo e inmutable, son material y jurídicamente intocables y resultan de obligatorio acatamiento para el juez, las partes, los particulares, y, en general para el conglomerado, se halla íntimamente vinculado con el principio de non bis in idem que prohíbe a las autoridades juzgar dos veces o aplicar doble sanción por unos mismos hechos cuando exista identidad de sujetos, objeto y causa que han sido materia de pronunciamiento definitivo e irrevocable en otro proceso (res iudicata).

En materia penal, los principios de la cosa juzgada y non bis in idem se encuentran previstos normativamente en los artículos 8 de la ley 599 de 2000 y 19 de la ley 600 de ese mismo año. La primera de las citadas disposiciones, formulada al amparo de la prohibición de doble incriminación, establece que “a nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales”. La segunda, por su parte, prevé que “la persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva actuación por la misma conducta, aunque a ésta se le dé una denominación jurídica distinta”.

(...) la jurisprudencia de esta Corte⁸ ha indicado que:

*“Constituyen una manifestación del debido proceso las garantías procesales relacionadas con la cosa juzgada (*res iudicata pro veritate habetur*) y la prohibición de la doble valoración (*ne bis in idem*), desarrolladas como norma rectora en los artículos 9º del Código Penal, 1º y 15 del Código de Procedimiento Penal.*

“Los principios en mención tienen como propósito impedir que se repita la imputación penal parcial o totalmente, en el mismo o en otro proceso. En tal virtud, si se ha resuelto de fondo un asunto, el juez penal queda vinculado con la decisión adoptada y por tanto está obligado a abstenerse de hacer nuevo pronunciamiento de mérito, una vez conozca de la existencia de esa resolución judicial.

⁸ Cas. 13 de junio de 2001. Rad. 15833.

“2.1. La cosa juzgada se opone a revivir actuaciones judiciales agotadas, prohíbe decidir nuevamente, es un atributo reconocido por la ley a la sentencia en firme, a la decisión de la que se puede predicar que es irrefragable o inmutable como garantía de seguridad jurídica.

“La esencia del principio de la cosa juzgada es la certeza judicial. El hecho ha sido debatido y aprobado en juicio, de ahí que la decisión no represente una simple verdad formal sino que constituya un verdadero acto de justicia material. En estas condiciones, la providencia que asuma tal naturaleza – de cosa juzgada -, por cumplir los requisitos que se expresan enseguida, permite en otra actuación que tenga por objeto idéntico hecho al ya juzgado aplicar el non bis in idem.

“Son pues requisitos para que una decisión judicial alcance la categoría jurídica de cosa juzgada: a) La existencia de una providencia de fondo, b) Ejecutoria de la decisión y que haga tránsito a cosa juzgada. Por lo tanto, no alcanzan este efecto, la resolución inhibitoria, la sentencia de juez extranjero en los términos de los artículos 14, 15-1, 16 y 17-2 del C.P, la amnistía y el indulto a que se refiere el artículo 78 ídem, la acción de revisión, la rehabilitación del condenado (526 del C.P.P.), los subrogados penales, los asuntos que deban ser revisados por efectos del principio de favorabilidad, entre otras.

De esa forma, queda claro que antes del trascendental auto del año 2007, para la Sala Penal de la Corte, los pronunciamientos judiciales no son infalibles y que su intangibilidad enfrenta muchas veces problemas de justicia material, de ahí que el principio de la *cosa juzgada* ha dejado de ser absoluto para abrir espacio a ciertas posibilidades procesales conforme a las cuales es factible estudiar su remoción, como fenómeno jurídico excepcional, si se verifica el cumplimiento de las condiciones legales impuestas para ese menester.

Desde el prisma constitucional, la cosa juzgada es un principio de tal envergadura, tal como viene siendo reconocido por la guardiana de la constitución, quien además sitúa a la acción de revisión como una excepción a la misma, veamos.

“En este punto, resulta pertinente exponer el pronunciamiento efectuado por esta Corte en la sentencia T-218 de 2012, que define a la cosa juzgada como un institución que supone un bien para la sociedad, “pues reduce la incertidumbre sobre la situación jurídica de un asunto (sea la propiedad sobre un bien, el reconocimiento de una prestación, o la reparación de un daño, etc.), revistiéndose de suma relevancia por motivos de orden público, de justicia y de paz social, pues si los conflictos humanos no pudieran dirimirse de manera definitiva, difícilmente podría alcanzarse «un orden jurídico, económico y social justo”, como lo exige el Preámbulo de la Carta»”.

14.2 De igual forma, cabe recordar la sentencia C-252 de 2001 que a propósito del recurso de casación, expuso que las “[s]entencias que desconocen el valor de la justicia al desacatar abiertamente la Constitución y lesionar derechos fundamentales de las personas (valga reiterarlo), no pueden tener eficacia jurídica, es decir, ser ejecutadas, como ocurriría si se avalara la ley demandada. La cosa juzgada, en tal caso, resulta ser una mera ficción lindante con la arbitrariedad”. Razonamiento que también opera para procesos de revisión, cuando la decisión tuvo sustento en ilegalidades o ilicitudes.”⁹

Lo traído hasta el momento, solo nos revela un interés global de nuestro sistema jurídico en hacer de la cosa juzgada una institución cuyas condiciones de derrotabilidad sean definidas de manera clara en la ley, so pena de calar hondamente en la seguridad jurídica.

⁹ T-373/14

2.2 Seguridad jurídica

De la lectura de la sentencia C-250 de 2012, se puede entender que la seguridad jurídica, como principio constitucional, supone una garantía de certeza, una confianza en que las prescripciones del derecho se ejecutarán, materializarían y/o aplicarán de las formas preestablecidas en la ley en sentido amplio.

En la sentencia T- 502 de 2002, la corte indicó que:

La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta.

La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas.

Lo anterior implica que la seguridad en materia penal, además, supone señalar de manera concreta y taxativa el momento en el cual cesa la actividad estatal encaminada a determinar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, pues, resulta obvio, no es del resorte del operador jurídico, pasando por encima de lo que la ley dispone, señalar a su antojo el momento en

que ello ocurre o incluso, revivir oportunidades procesales pérdidas para dejar sin efecto uno de esos momentos o actividades procesales que determinan cubierto el asunto con el manto de la cosa juzgada.

El teórico alemán Gustav Radbruch resulta ser un referente inescindible para darle contenido a este principio. Así no los cita el doctor Ricardo García Manrique en su obra el Valor de la Seguridad Jurídica, haciendo una amplia mención de sus ideas, abordando adecuadamente el tema de la formalización de la seguridad jurídica.

Radbruch viene a plantear que, junto a la justicia, el bien común es el fin del derecho. Sin embargo, para superar los obstáculos que, conforme al relativismo acuñado por él mismo, se pudieron presentar para definir la idea del bien común, es que se plantea un tercer aspecto de la idea del derecho: la seguridad jurídica de la que se distingue la faceta de la positividad, la cual se requiere para que el derecho pueda realizar la justicia, para dar lugar a un estado de orden y de seguridad (José Antonio 2008. pág. 43).

Para Radbruch la seguridad jurídica es una forma de hacer realidad la justicia; de darle vigencia a los derechos humanos, lo cual constituye una exigencia absoluta para el derecho, pues un sistema normativo no puede ser calificado como derecho si no reconoce o garantiza el derecho natural, entendido como determinados derechos subjetivos del hombre, que son anteriores a la legislación estatal e indisponibles pero, sin embargo, históricos, esto son, los derechos fundamentales y los derechos humanos; y de proporcionar el orden o paz social. Pero en todo caso la seguridad jurídica

no logra ser mirada como un valor absoluto, ni como la aplicación del derecho justo, sino como la ejecución segura del muchas veces defectuoso derecho positivo (José Antonio 2008. pág. 43).

Ahora bien, al plantearse el problema del concepto y de la validez del derecho, Radbruch considera que el cuestionamiento no puede resolverse sin referencia a la justicia. Para Radbruch la validez de una norma no depende únicamente de su contenido formal, esto es, de que haya seguido todos los requisitos formales establecidos en el ordenamiento jurídico para ser admisible, independientemente de si su contenido es razonable o racional, como lo pregona el positivismo clásico, sino también de su eficacia. Radbruch plantea que la ley extremadamente injusta no es derecho. Él aboga por un derecho supralegal (José Antonio 2008. pág. 44).

Entonces, el conflicto que se presenta entre la justicia material y la vigencia del sistema normativo o la seguridad jurídica, fue resuelto por Radbruch, luego de la caída del nazismo, dándole mayor preponderancia a la justicia material, no obstante estar considerado como positivista. En ese sentido indica:

...El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debe resolverse con primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, a menos que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance proporción tan insoportable, que deba considerarse “derecho incorrecto”, teniendo que ceder al paso a la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de antijuridicidad legal y de las leyes válida a pesar de su contenido incorrecto; pero otro límite podrá distinguirse con toda claridad: allí donde nunca se procuró la justicia, donde la igualdad que integra el núcleo de la justicia se negó de manera consciente a la regulación del derecho positivo, de ahí que la ley no fuera acaso sólo “derecho incorrecto”, sino más

bien algo privado de la naturaleza de la cosa, por tanto, del derecho, pues el derecho positivo no se puede definir de otra manera que como un orden o estatuto, que de acuerdo con su sentido está determinado a servir a la justicia. (José Antonio 2008 pág. 49).

Conforme lo explicado, debe entenderse que, según el profesor Radbruch, en el caso de que el derecho viole gravemente los derechos humanos, deja de ser derecho y la justicia material debe prevalecer sobre la seguridad jurídica, para evitar la extrema injusticia. En el resto de los casos parece que deberá preponderar la seguridad jurídica.

Pasando del libro a la curia, en el ámbito nacional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (radicación 22813) en el año 2006, es decir, uno antes del auto que abrió el debate e interés en esta investigación, tenía por entrado que:

*“...en la vida en comunidad y de cara a la organización estatal, a la par de los derechos esenciales de vida-libertad-igualdad, cobra especial relieve para hacer real y efectivo el valor de dignidad, el **derecho a la seguridad**, y dentro de este el de **seguridad jurídica**. No en vano ya desde Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789, se ubicó dentro de los “derechos imprescriptibles del hombre, la libertad, la propiedad, la **seguridad** y la resistencia a la opresión”, siendo esta disposición el precedente histórico más claro del actual artículo 5 de la Constitución colombiana, cuando reconoce “la primacía de los derechos inalienables de la persona”.*

*Así es como el **derecho a la seguridad** viene a cobrar especial relevancia en el orden a la protección de la dignidad, la vida, la libertad y la igualdad. Sin **seguridad material y jurídica** de nada sirve la formulación abstracta de derechos, el establecimiento de un Estado de Derecho se tornaría inane e insignificante, pues la incertidumbre, la inseguridad, la variabilidad de las situaciones y por*

tanto la injusticia, cundirían, anegándose la vida social y la justicia en un subjetivismo peligroso que propiciaría la inconformidad, la violencia y la guerra civil.

III

*Devienen entonces los **derechos fundamentales** en garantías sustantivas y procedimentales que hacen posible la **seguridad material y jurídica**, los cuales por su especial significación cobraron ya entre los clásicos desde Beccaría, John Locke y otros, especial valoración e importancia, para constituir la visión demo-liberal de la sociedad fundada en el principio de **dignidad humana**.”*

2.3 Garantías jurídicas – Debido proceso

Las garantías procesales, por su parte, son modos de cumplir con los principios de seguridad jurídica, de igualdad ante la ley, de equidad, para asegurar la garantía más general del debido proceso, y evitar que el Estado en ejercicio de su poder punitivo avasalle derechos fundamentales de sus habitantes. Estas garantías están constitucionalmente protegidas en todos los países democráticos.

En términos de la Corte Constitucional, en sentencia C-371 de 2011:

“Esta Corporación ha explicado que el derecho al debido proceso se descompone en varias garantías que tutelan diferentes intereses ya sea de los sujetos procesales, o de la colectividad a una pronta y cumplida justicia. Entre ellas, el artículo 29 de la Constitución, en forma explícita consagra tanto el principio de celeridad, como el derecho de contradicción y controversia probatoria. (...)Ha destacado así mismo la jurisprudencia que en el proceso de producción del derecho, como en el de su

aplicación, las distintas garantías que conforman la noción de debido proceso pueden entrar en tensión. (...) Al respecto la jurisprudencia ha señalado que algunas de las garantías procesales son prevalentes, pero también ha aceptado que otras pueden verse limitadas a fin de dar un mayor alcance a intereses públicos legítimos o a otros derechos fundamentales implicados.”

Así, conforme se vio, el derecho al debido proceso se descompone en varias garantías que tutelan diferentes intereses ya sea de los sujetos procesales o de la colectividad, a una pronta y cumplida justicia. Por ser garantías, son un seguro a favor de las partes, quienes esperan el cumplimiento de las mismas.

Todas ellas extraíbles del artículo 29 y afines de la constitución política. Interesa, en este trabajo, los siguientes componentes del debido proceso judicial.

2.3.1 Casación oficiosa y principio de limitación.

En cuanto a la casación oficiosa, está consagrada en el artículo 184 de la ley 906 de 2004, cuando dicho canon 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.*

(Negrilla fuera del texto)

El texto legal que antecede es explicado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (radicación 41417), cuando en sentencia del 27 de noviembre de 2005 detalla el sentido de la casación oficiosa en los pedagógicos términos que a continuación se transcriben:

CASACIÓN OFICIOSA Esta Corporación en su esencial función de administrar justicia, debe hacer efectivos los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, según emana de su artículo 2º y de los artículos 1º y 9º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, al tiempo que debe velar por la salvaguarda de los derechos de las partes e intervinientes en el proceso penal y propender por un proceso justo, artículo 29 superior. República de Colombia Corte Suprema de Justicia Casación inadmite N° 41417 LEY 906 DE 2004. 4 Estas finalidades del ejercicio de la actividad judicial son desarrolladas por la ley procesal penal del año 2004, en su artículo 138, que fija como deberes de los operadores de justicia, resolver los casos con sujeción a los principios y garantías que orientan la actividad jurisdiccional. A su turno, el artículo 180 de la Ley 906 de 2004 impone como finalidades de la casación, la efectividad del derecho material y el respeto a las garantías debidas a partes e intervinientes, aspectos que permiten que en ciertas situaciones se supere el principio de limitación que rige la casación, con el fin de que la Corte en su condición de juez, patentice el derecho de acceso a la administración de justicia, interviniendo más allá de los cargos propuestos en la demanda, en orden a que se adopte una decisión justa, como el fin primordial de asegurar los postulados del Estado social de derecho. De allí, por ejemplo, que en materia de casación oficiosa la Corporación haya aceptado que la misma no solo tiene lugar cuando se advierta la trasgresión de garantías atacables por la vía de la causal tercera, sino también incluso, cuando observe violaciones directas o indirectas de la norma sustancial o desconocimiento del principio de congruencia...”

De lo visto podemos entender que la casación oficiosa tiene como finalidad remediar situaciones procesales cuya trascendencia es la violación de derechos o garantías fundamentales, en los eventos en que el peticionario no lo solicite, o equivoque el camino procedimental de la casación. De allí que sea una excepción al principio de limitación, que pretende evitar una

ostensible violación a esos derechos de las partes, y salvaguardar los fines a los cuales sirve este recurso extraordinario.

La casación oficiosa opera cuando al estudiar el cargo propuesto, bien por el motivo alegado por el recurrente, ora por otro enmarcado en diferente causal, se encuentra una razón de invalidación distinta a la alegada; o cuando aparezca de modo ostensible un motivo que atenta contra las garantías fundamentales o afecta gravemente el proceso. De ello se deduce que la sentencia ha de llegar al juez de casación porque se interpuesto el recurso extraordinario y no porque la Corte traiga de oficio la sentencia,

“...es decir, la casación oficiosa opera en virtud de la interposición del recurso por alguno de los legitimados para la acción y que a consecuencia de ello, y si no habiéndose planteado en el recurso ni la nulidad ni la violación a una garantía fundamental, la sala encuentra tales violaciones, ahí debe declararlas de oficio.” (Fierro Méndez. 2013 p. 15).

En la casación oficiosa no puede faltar un motivo de invalidación enmarcable dentro de una de las causales no alegada o alegada de manera deficiente, o una ostensible violación de derechos fundamentales o del proceso. Por ello, deben necesariamente concurrir como elementos propios de la figura (i) la presentación del recurso de casación, (ii) una proposición judicial deficiente o un hecho o motivo de invalidación distinto al alegado, o bien, una ostensible violación de derechos fundamentales o del proceso, y (iii) la necesidad de preservar y materializar los fines del recurso (Fierro Méndez. 2013).

Ello es así, porque por definición, el recurso extraordinario de casación es limitado; por tanto se le da un carácter específico, que le impide al juez de casación saltarse la barda que le impone en censor mediante la proposición jurídica, por lo que no corrige ni adiciona demandas.

El principio de limitación, entonces, hace referencia a que la Corte de Casación asume competencia funcional para decidir únicamente en cuanto respecta a los aspectos singularmente acusados en la demanda correspondiente, con la salvedad de nulidades y violaciones de garantías fundamentales. De modo que la “limitación” surge de la necesidad de buscar preservar la legalidad de la sentencia y no convertirse en una tercera instancia en la que está permitido revisar en su integridad el proceso sometido a examen. Por ello se afirma, con atino, que la censura es limitada tanto para quien ataca el fallo como para quien la resuelve.

Este principio se hace notorio cuando la Corte se circunscribe a verificar la correcta formulación de la proposición jurídica enmarcada en una causal de casación y su desarrollo normativo, prefiriendo una decisión conforme a la alegación propuesta, pues su *competencia está limitada para decidir solo en cuanto a los aspectos acusados en la demanda* (Pabón Gómez. 2014). En otras palabras, el principio de limitación opera cuando la Corte no puede proceder a la complementación o rectificación de las omisiones, inconsistencias y defectos que se observen en la formulación de una demanda de casación, o para escoger dentro de las formas y/o motivos indiscriminadamente presentados uno y otros como sustento del análisis.

Ya para finalizar este capítulo, en este trabajo es imposible obviar el contenido de la justicia material, en tanto que entrará en juego con todos los participantes antes vistos.

2.3.2 Justicia Material

En la tarea de determinar el desarrollo y alcance dado al concepto de Justicia Material en nuestro sistema jurídico vigente, el teórico alemán Gustav Radbruch resulta ser un referente inescindible para aproximarnos a su entendimiento.

De este modo encontramos que Radbruch nos proporciona un buen acercamiento a la noción de justicia material partiendo de la idea del derecho. En ese sentido, vemos que concibe al derecho como lo que el derecho *debe ser* en contra posición al concepto del derecho que es lo que el derecho *es*. A partir de esta idea del derecho, plantea que su concepto debe extraerse deductivamente, en la medida en que es obra humana, y como toda obra humana, solo puede comprenderse a través de su idea: *el derecho solo puede comprenderse en el círculo de la conducta impregnada de valor. El concepto del derecho solo puede determinarse como conjunto de datos cuyo sentido escriba en la realización de la idea del derecho.* (Gustav Radbruch 1933. pág. 4). En ese orden, concibe que la idea del derecho debe estar constituida por un valor, que, dice, no puede ser otro que el de la justicia, por lo que *derecho es la realidad cuyo sentido estriba en servir a la justicia* (ibídem).

La justicia viene a ser, entonces, entendida como predecesora del concepto del derecho, *como un valor absoluto que no descansa en uno superior o que no puede derivarse de ningún otro* (Gustav Radbruch 1974. pág. 7) y *caracterizada como la propiedad de aquellas relaciones humanas basadas en la igualdad, bien sea absoluta, dando lugar a la justicia conmutativa, bien sea proporcional, originando la justicia distributiva* (Ricardo García pág. 150), planteando así el concepto de justicia formal.

Los inconvenientes que comporta la noción de la justicia formal, que basada en el principio de igualdad ha de llevar a la necesidad de averiguar quiénes han de ser iguales y quiénes desiguales, obliga a Radbruch a introducir un segundo elemento en la idea de derecho: su *adecuación a fin*, utilidad o bien común, que conduce al nacimiento de la llamada *justicia material*. Este segundo elemento *alude a los fines sustantivos que el derecho debe realizar, y que, una vez determinados, permitirán dotar de contenido a la forma de justicia* (Ricardo García pág. 151). Dicho criterio material se orienta al bien común que, en últimas va ser el fin del derecho.

Pero Radbruch considera imposible hablar de un único fin del derecho. Antes bien estima una pluralidad de ellos. De este modo, existen tres tipos de objeto que pueden ser referentes de valor: las personalidades individuales humanas, las personalidades colectivas humanas, y las obras humanas. En cuanto a sus sustratos, se distinguen, tres clases de valores: individuales, colectivos y de las obras o del trabajo. Cada tipo de valor está orientado a un aspecto de la realidad humana. Los valores individuales se orientan hacia el propio individuo y están presentados por la moral; los de la obra hacia las creaciones humanas, y los colectivos hacia los individuos en cuando miembros de grupos organizados (José Antonio 2008. pág. 40).

De allí se derivan tres concepciones con respecto al fin supremo del derecho: la individualista, para quien los valores de las obras y de la colectividad están al servicio de la personalidad y su meta suprema es la libertad; la supraindividualista, que, por el contrario, presenta los valores de la personalidad y de las obras al servicio de los valores colectivos, es decir, la moralidad y la cultura, al servicio del Estado y del derecho; y la transpersonal, donde los valores colectivos y los de la personalidad se encuentran al servicio de las obras y del trabajo y su finalidad es la cultura.

Así, con este insumo es, ahora sí, posible acceder a un nuevo plano de análisis crítico, entre los invitados a la mesa de discusión, ya conocidos con suficiencia, y el auto de noviembre del 2007.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS EFECTOS DEL AUTO

El presente acápite tiene como objeto develar, en qué manera el auto del 20 de noviembre de 2007, incidió en principios denunciados por el Magistrado disidente Sigifredo Espinosa, como la cosa juzgada y la seguridad jurídica; antes, conviene entender el problema que supone un conflicto de normas o principios para sí abordar esa problemática con las herramientas conceptuales menesteres para su comprensión.

De ese entonces, tenemos que ambos, normas o principios se aplican ya sea por subsunción o por ponderación, la segunda de estas formas hace referencia a los principios, en especial, después de la transformación del Estado de Derecho clásico a Estado social de derecho; esto hace que la ponderación se haya convertido en un método o *Ars Iuris* indispensable para la operabilidad de la función jurisdiccional y, de modo principal en el de los Tribunales o Cortes Constitucionales ya que las normas referentes a Derechos Fundamentales tienen estructura de principios al carecer de supuestos jurídicos y ser textos de estructura semántica abierta. Por lo tanto, su ponderación necesariamente lleva a dotarlas de un supuesto Jurídico que implica inevitablemente una labor hermenéutica.

En la teoría constitucional reciente, y de gran vigencia y aceptación nacional, los principios son definidos como mandatos de optimización, *deberes que ordenan que algo sea realizado en la*

mayor media posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes (Robert Alexy. 1997 págs. 86 y 87), son normas de gran nivel de abstracción y poca concreción, a diferencia de las normas jurídicas, cuyo nivel de concreción pretende llegar a la plenitud, y su abstracción es mucho menor.

En ese contexto, a diferencias de los principios, un conflicto entre normas jurídicas de naturaleza ordinaria, goza de diferentes opciones, todas enmarcadas en los métodos de resolución de antinomias: ley posterior deroga la anterior, ley superior deroga ley inferior y ley especial deroga la general, criterio cronológico, de jerarquía y de especialidad respectivamente.

Ahora, cuando de derechos fundamentales o principios constitucionales hablamos, ambos gozan del mismo nivel de jerarquía, promulgados al mismo tiempo en la expedición de la constitución que los contenga, en este caso, por esto la resolución del conflicto no podría venir de los métodos de resolución de antinomia de reglas, sino a través de la ponderación, y esto, porque los principios tienen un peso abstracto y concreto, el cual los obliga a ser medidos a efectos de determinar quién tiene más peso concreto que el otro en determinadas circunstancias. Las reglas por el contrario no son susceptibles de medición, su ubicación en una balanza no arrojaría ninguna variación, los principios sí.

Lo dicho hasta este momento gobierna, en gran medida, el objeto de nuestra investigación, pues determinar la respuesta jurídica a la tensión entre el principio de limitación, de casación oficiosa y su reflejo en el de cosa juzgada supone la aplicación de las categorías que vienen señalándose, sobre todo, el método hermenéutico de resolución de conflictos entre principios.

El auto del 20 de noviembre de 2007, enarbola, como estandarte supremo, la justicia material, por ello, habrá de evaluarse de qué dialoga con principios como el de la cosa juzgada y seguridad jurídica. En ese entendido, auto, casación oficiosa y justicia material vienen a integrarse como un todo en contraste con los siguientes principios.

3.1 El auto, frente a la cosa juzgada, principio de limitación y seguridad jurídica.

En no pocas oportunidades los principios los hallamos enquistados en un texto normativo, de hecho, las categorías que viene destacándose, entre ellas, la casación, se encuentra en la codificación procesal reciente, ley 906 de 2004 en el artículo 180, cuando dice que 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. O como cuando en la ley 600 de 2000, en el artículo 205, enseña que la casación procede contra las sentencias ejecutoriadas proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en los procesos que se hubieren adelantado por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad. Norma que en lo que respecta a sus fines en el 206 ejusdem dice: *la casación debe tener por fines la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia nacional y además la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada.*

Visto así, es un lugar común que la casación instrumentaliza unos fines superiores de la justicia, como son el derecho material, garantías procesales y unificación de jurisprudencia, hasta el punto que no se entiende dicho medio judicial sino a partir del sentido que esos objetivos repercuten en el sistema judicial.

El anterior entendimiento de la casación se codea con la cosa juzgada, que a su vez, está plagada en la ley procesal penal colombiana como cuando la ley 600 de 2000 dicta que la persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a una nueva actuación por la misma conducta, aunque a ésta se le dé una denominación jurídica distinta.

O de igual forma, la ley 906 de 2004 enseña que la persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia.

La secuencia normativa que ha venido observándose enseña que la cosa juzgada en materia penal es una garantía procesal en cabeza del procesado a partir de la cual se cierra el debate judicial que sobre él se haya iniciado una vez una providencia -auto o sentencia- de alcance terminal quede ejecutoriada. Visto así las cosas, una de esas sentencias que tiene la virtualidad de activar la cosa

juzgada es precisamente la que se profiere en el curso de un trámite casacional y, con el mismo sentido, si hay una que pretende trastocarla es el recurso extraordinario en mientes.

El citado recurso, como forma de acceder ante el ordenamiento jurídico y específicamente ante la Corte Suprema de Justicia, en busca de la efectividad del derecho material del procesado cuando éste observe que ha sido afectado con un fallo de segunda instancia arbitrario e injusto, ha tenido históricamente fundamento legal a través del tiempo, siempre conservando sus principios, los fines para los cuales fue instituido y como forma de garantizarle al recurrente una última oportunidad para que demuestre los yerros que afecten la sentencia y de esta forma romper la presunción de acierto y legalidad de la cual vienen revestidas las decisiones de los jueces.

Empero, en esa búsqueda incansable la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema se ha topado con la cosa juzgada de una manera muy impensada, y es, maximizando el principio de casación oficiosa por encima del de limitación en casos donde el casacionista desiste del recurso, situación que de primera nos debería concluir en la firmeza de la sentencia demandada, pero que en el caso aporetico que nos motivó a la investigación, condujo a una condena sin consideración de la ejecutoria que se esperaba después de decaimiento del recurso.

En otras palabras, la casación oficiosa, cuando prevalece sobre el principio de limitación aparece un peligro ostensible sobre la cosa juzgada, pues de haberse demandado una sentencia absolutoria, habiéndose desistido de la casación, el sujeto que viene favorecido espera no otra cosa que la firmeza de su fallo y la implantación de la cosa juzgada a su beneficio, no obstante, la aplicación de los fines de la casación, representados en el proceder oficioso de la Corte puede llevar a una

modificación de la sentencia tal, que quien esperaba con brazos abiertos la firmeza de la sentencia resulte con un panorama totalmente opuesto.

Pues bien, la fricción que viene siendo objeto de análisis no es un tema menor, pues la cosa juzgada es un principio que cuando favorece al procesado se constituye en una garantía clásica que nos recuerda el porqué del nacimiento del derecho penal, que en palabras de Cesare Beccaria no es otro que para limitar el poder punitivo del Estado. Pero la otra orilla del río también reclama acierto y argumentos, los fines de la casación no se contraen a una revisión formal de la justicia del caso, sino también material y, en esa medida, perseguir la justeza de la decisión y la unificación de la jurisprudencia son objetivos aceptados y anhelados por el sistema jurídico en materia penal.

En el artículo 199 de la ley 600 de 2000, reproducido por el 179F de la ley 906 de 2004, está consagrada la posibilidad del recurrente de *desistir* de los recursos interpuestos. Ciertamente no se indica, expresamente, en ningún lugar del ordenamiento jurídico la consecuencia que tal acto debería producir frente a la decisión cuestionada con el mismo, aun cuando de la debida armonización de las normas señaladas y los conceptos jurisprudenciales definidos en precedencia, podría llegarse a concluir que el desistimiento del recurso (ordinario o extraordinario) presentado contra una sentencia habría de derivar en su firmeza y materialización de la cosa juzgada.

En ese contexto, la presente investigación ha focalizado su punto más álgido en esa lucha de opuestos al mejor estilo hegeliano, donde el producto de esa dialéctica -objeto de investigación-, produce un resultado síntesis que se ubica como el mejor modo de conjugar el *versus* jurídico que nos gobierna.

La tendencia de nuestro Tribunal de Casación, es a darle primacía al principio de justicia material al encontrarlo relacionado con el principio de vigencia de un orden justo y, por ende, con el imperativo del Estado de promover ese orden, en contravía del principio de seguridad jurídica, que lo hace bajo la forma del valor de la cosa juzgada, considerando que no constituye desarrollo de un derecho absoluto y, por lo mismo, admite restricciones en función de un interés constitucional relevante, como en este caso sería la imposibilidad de que un fallo absolutorio, que se considera no ajustado a la legalidad, pueda convertirse en una garantía de impunidad.

Según ese criterio, la seguridad jurídica, se nos muestra de carácter relativo y, por ende, se advierte una especie de limitación ante la efectividad de valores superiores, necesarios para la realización de un nivel superior de justicia material, representada en la realización de los principios del Estado Social de Derecho.

4. TRASCENDENCIA JURÍDICA

Es este el momento de toda investigación donde se recuerda y cobra protagonismo la pregunta que sirvió de insumo a la identificación del problema jurídico, cual fue *¿Trasgrede principios y garantías la casación oficiosa en los términos del auto del 20 de noviembre de 2007 proferido por la corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en el proceso seguido con el radicado 28432?*. La respuesta es posible resolverla en este estado del trabajo, preludivando desde ya que ha de ser positiva.

En este trabajo de investigación corroboramos las preocupaciones del Magistrado disidente en el proveído analizado y, con ello, la hipótesis de la investigación, al entender que la cosa juzgada y seguridad jurídica al ser principios igual de caros que los que componen las garantías procesales, solo pueden ceder cuando la propia ley consagre una excepción a ellos y, en el caso planteado en el auto génesis de la investigación, no se trata precisamente de uno de esas circunstancias excepcionales, franqueándose aquellas garantías procesales.

La hipótesis fue demostrada en tanto que: al divisar en conjunto todos los principios y garantías que entraban en dialogo, concretamente, al desentrañar el sentido y alcance de la cosa juzgada, principio de limitación y seguridad jurídica, fue posible notar que como garantías procesales suponen una barrera al límite punitivo del Estado a partir de las cuales habrá lugar a la aplicación

o no de consecuencias jurídicas siempre y cuando estas estén previstas en la ley, todo ello, a efectos que quien se halla inmerso en el riel judicial conoce de antemano las reglas por las que será conducido su proceso (seguridad jurídica); con ello en mente, al saberse cuáles son esas directrices, una alteración de las mismas por una vía no preestablecida legalmente afecta, en primer lugar, el principio de limitación, pues habiéndose admitido la demanda sobre la base del interés del recurrente, el desistimiento de él conlleva al fin del litigio y con ella al establecimiento de la cosa juzgada, la cual también se mengua al comprender que esta hace parte de la base de la infranqueabilidad del debate cuando no hay causa legal que la exceptúe y, de paso, se afecta – igualmente- la seguridad jurídica, pues una medida de esa trascendencia debe estar precavida, anticipadamente, en el ordenamiento legal, como sucede, por ejemplo, con la acción de revisión.

Podemos concluir que ha de resultar incorrecto desconocer el efecto de cosa juzgada que se produce en la sentencia recurrida en sede de casación, cuando el mismo demandante desiste del recurso extraordinario presentado por él y admitido por la Corte en virtud de su alegación, pues superada positivamente la etapa de admisión de la demanda, el principio de limitación restringe el actuar de esa Corporación únicamente al estudio de las censuras contenidas en ella y previamente aceptadas para su estudio, de modo que al mediar la renuncia de la pretensión casacional, la Corte pierde competencia para seguir conociendo del caso, así invoque la potestad oficiosa consagrada en la ley, pues ésta, tal como se puntualizó, es excepcional y otorga competencia sólo en aspectos que no han sido demandados por las partes en el respectivo libelo, y no para aquellos sobre los que recaen las censuras debidamente admitidas cuando se asumió el estudio formal del escrito introductorio.

Es cierto, entonces, que la facultad de casar oficiosamente entra en tensión con el principio de limitación, seguridad jurídica y cosa juzgada en aquellos eventos en que los procesados que, no obstante vienen absueltos dentro del respectivo proceso penal, pueden ser condenados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de haberse aceptado el desistimiento del recurso extraordinario propuesto.

De esa manera, en el auto del 20 de noviembre de 2007, se empieza a sentar un precedente, ya acogido en el auto reflejo del año 2010, que empieza a tener capacidad vinculante, en el que en vez de enarbolarse la cosa juzgada, y con ello el fin del pleito, se abre paso a la posibilidad de resolver de fondo el caso bajo la invocación de una facultad oficiosa que desde la admisión de la demanda se había desechado. Supone ello, una amenaza en la resolución de casos futuros, pues se abre paso a un precedente en el que frente a la justicia material, es viable disminuir la garantía de otros principios igual de valiosos en el ordenamiento jurídico.

No estamos en desacuerdo con la primacía de la justicia material, No, lo verdaderamente rechazable es que restricciones a principios tan importantes como la seguridad jurídica, cosa juzgada y si se quiere, el de limitación, no se hallen suficientemente consagradas ex ante, para que quien se somete al escrutinio judicial sepa, que entre las excepciones a la seguridad jurídica y otros se halla, por ejemplo, la acción de revisión y, desde el auto del año 2007, la facultad oficiosa de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal.

REFERENCIAS

- Alexi, R. (1993) Teoría de los derechos Fundamentales, Madrid: obra traducida por Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Antonio Santos, J. (2008). Arthur Kaufmann en la Encrucijada de la Filosofía Jurídica Alemana de la Posguerra, España: Editorial Comares.
- Bernal Cuéllar, J. & Montealegre Lynett, E. (2013). El Proceso Penal. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Buitrago Castañeda, Sandra y Araujo Palomino, Carlos. (2002). Recurso Extraordinario de Casación Laboral. En tesis: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS40.pdf>.
- Cifuentes Smolko, Natalia E. (2013). Institución de la Cosa Juzgada Virtual Frente el Derecho de Defensa. En tesis: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2013/fjc569i/doc/fjc569i.pdf>.
- Devis Echandía, H. (2012). Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

Fierro Méndez, H. (2013). El Recurso de Casación Civil y Penal. Bogotá: Leyer S.A.

García Manrique, Ricardo. (2012). El Valor de la Seguridad Jurídica, España: Biblioteca Jurídica Básica.

López Medina, Diego Eduardo, (2006) El derecho de los Jueces, ed. Legis: Bogotá.

Pabón Gómez, G. (2014). De la Casación Penal en el Sistema Acusatorio. Bogotá: Universidad de los Andes

Radbruch Gustav. (1974). Introducción a la Filosofía del Derecho, México: Fondo de Cultura Económica. Ricardo García.

Radbruch, Gustav. (1933). Filosofía del Derecho, España: en revista de Derecho Privado, trad. J Medina Echavarría de la 3ª Ed. Alemana de 1932.

Rodríguez Chocontá, O. (2008). Casación y Revisión Penal. Bogotá: Temis S.A.

Weber, Max, (1954) Max weber on law in economy and societ, Cambridge: Harvard university press.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional. Sentencias:

- C-047 de 2001.
- C-250 de 2012.
- C-252 de 2001.
- C-554 de 2001.
- T-218 de 2012.
- T-373 de 2014

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

- Rad.41417. Sentencia del 27 de noviembre de 2005
- Rad.22813. sentencia del 13 de marzo de 2006.
- Rad. 23806. Sentencia del 11 de abril de 2007
- Rad. 28432. Auto del 20 de noviembre de 2007.
- Rad. 26.591. Sentencia 6 de septiembre de 2007
- Rad. 33558. Auto del 21 de abril de 2010.