



Prolegómenos

ISSN: 0121-182X

ISSN: 1909-7727

Universidad Militar Nueva Granada

Narváez Díaz, Omar Hernando
lura Novit Curia en la casación oficiosa: ¿detrimento del poder dispositivo y la congruencia?*

Prolegómenos, vol. XXVI, núm. 51, 2023, Enero-Junio, pp. 37-54

Universidad Militar Nueva Granada

DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.6175>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87677728004>

- ▶ [Cómo citar el artículo](#)
- ▶ [Número completo](#)
- ▶ [Más información del artículo](#)
- ▶ [Página de la revista en redalyc.org](#)

The logo for Redalyc.org, featuring the text 'redalyc.org' in a stylized font with a red dot above the 'y'.

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto



Iura Novit Curia en la casación oficiosa: ¿detrimento del poder dispositivo y la congruencia?*

Omar Hernando Narváez Díaz^a

Resumen: El *iura novit curia* comporta una potestad judicial, empero ¿cuál es el carácter instrumental para que resulte aplicable y/o procedente en el Derecho Penal y específicamente en la casación oficiosa, sin alterar la calificación legal y la neutralidad?, la finalidad del recurso está regida por causas taxativas, no obstante, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en su juicio de legalidad aplica la principalística, evitando el detrimento de la Constitución, el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad. El presente artículo constituye una reflexión socio-jurídica, cuyo método cualitativo parte del análisis de jurisprudencia y doctrina; se concluye que los rigores para promover ese mecanismo concurren flexibilizados, al punto de relativizar la consonancia e incidir en la verdad procesal, por cuenta de facultades *extra* y *ultra petita* para la solución de casos seleccionados.

Palabras clave: *iura novit curia*; casación; congruencia; proceso constitucional; dogmática

Recibido: 04/03/2022 **Aceptado:** 30/12/2022 **Disponible en línea:** 17/10/2023.

Cómo citar: Narváez Díaz, O. H. *Iura Novit Curia* en la casación oficiosa: ¿Detrimento del poder dispositivo y la congruencia? . Prolegómenos, 26(51), 37-54. <https://doi.org/10.18359/prole.6175>

* Artículo de reflexión socio-jurídica.

^a Magíster en derecho penal de la Universidad Libre, distinción cum laude; magíster en derecho con profundización en derecho procesal de la Universidad Sergio Arboleda; especialista en derecho probatorio de la Universidad Católica, en derecho procesal de la Universidad Libre y en casación penal de la Universidad La Gran Colombia; abogado de la Universidad Surcolombiana de Neiva; docente universitario y litigante. Bogotá, Colombia. Correo electrónico: omarh-narvaezd@unilibre.edu.co
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1512-1449>

Iura Novit Curia in informal cassation: detriment to the dispositive power and congruence?

Abstract: The *iura novit curia* is a judicial power, but what is the instrumental character for it to be applicable and/or appropriate in criminal law, specifically in informal cassation, without altering the legal qualification and neutrality? Taxable grounds govern the purpose of the recourse. However, the Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice's judgment of legality applies the principialistic, avoiding the detriment of the Constitution, the block of constitutionality, and the control of conventionality. This article is a socio-legal reflection whose qualitative method is based on the analysis of jurisprudence and doctrine; it is concluded that the rigors to promote this mechanism are relaxed, to the point of relativizing consistency and influencing the procedural truth, on account of *extra* and *ultra petita* powers for the solution of selected cases.

Keywords: *Iura novit curia*; cassation; congruence; constitutional process; dogmatics.

Iura novit curia na cassação oficiosa: detrimento do poder dispositivo e da congruência?

Resumo: O *iura novit curia* comporta uma potestade judicial, porém qual é o caráter instrumental para que resulte aplicável e/ou procedente no direito penal e especificamente na cassação oficiosa, sem alterar a qualificação legal e a neutralidade? O objetivo do recurso está regido por causais taxativas, mas o Tribunal Penal do Supremo Tribunal de Justiça em seu julgamento de legalidade aplica a principialística, evitando o detrimento da Constituição, o bloco de constitucionalidade e o controle de convencionalidade. Este artigo constitui uma reflexão sociojurídica, cujo método qualitativo parte da análise de jurisprudência e doutrinal. Conclui-se que os riscos para promover esse mecanismo concorrem flexibilizados ao ponto de relativizar a consonância e incidir na verdade processual devido às faculdades *extra* e *ultra petita* para solucionar casos selecionados.

Palavras-chave: *iura novit curia*; cassação; congruência; processo constitucional; dogmática.

Introducción

El presente artículo de investigación socio jurídica procura evidenciar algunos de los diferentes debates dentro de la dogmática jurídica sobre un planteamiento problemático, el *iura novit curia*, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), identificando una necesidad de delimitación de la casación oficiosa para que no incurra en un uso indiscriminado, menos cuando principios como el poder dispositivo de las partes y los derechos de las víctimas, solo en vigilia de los intereses que impulsan en el proceso, pueden instar esos cambios en la adecuación normativa de los hechos controvertidos o en la justicia material que amerita el caso particular.

Aunque la casación corresponde a un verdadero proceso constitucional, lo cuestionado identifica un adagio transformado en principio procesal, que le otorga facultades omnímodas a esa Corporación como cuerpo decisorial omnisciente, bajo el entendido que le autoriza aplicar el derecho con abstracción del invocado por las partes, pero no a interferir en el panorama fáctico que soporta la acción (Corte Constitucional, Sentencia T-851, 2010). La aserción adquiere connotación para encontrar restricciones a la potestad del órgano hermenéutico; a descartar cuando a pesar de no haberse formulado un cargo relacionado con una causal específica, ello no la obliga a pronunciarse *motu proprio*, salvo contadas singularidades; y, a establecer de qué manera incide en la imparcialidad.

Cuando se trata de advertir sobre los límites a los que está obligada la justicia administrada por el ordenamiento jurídico interno, las restricciones también se alegan frente a las condiciones que rigen a los órganos del sistema internacional, los cuales están supeditados a la voluntad de los Estados.

De esa forma, el precepto de convencionalidad no debe escapar a los cuestionamientos que se esbozan en el cuerpo de este discurso. Algunos autores expresan su descontento, por ejemplo, con la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuando este pareciera comprender que con el brocardo tiene permitido ampliar sus poderes, más allá del pacto que ratificó la Convención, pues, aunque conoce todo el espectro

jurídico, se habla de que esa virtud no le reviste de un poder inconmensurable.

Reconstrucción de la figura revelada

El fundamento medular que en la actualidad sustenta la funcionalidad del *iura novit curia* involucra dos características indispensables: (i) eximir de demostración probatoria situaciones dentro del proceso, acción oficiosa justificable, porque desde un comienzo permite legitimar el conocimiento del derecho objetivo que tiene el juez -presunción- para luego (ii) encausar la pretensión procesal de las partes, brindando un sentido en medio de la ambigüedad o la opacidad técnica de su proponente -principio-. En el derecho penal se ha implementado su aplicación, la cual va tomando más fuerza y flexibiliza su operatividad en la administración de justicia, con miras a la solvencia del garantismo constitucional. Hasta ahí, esa erudición implica un encuadramiento racional de los hechos relevantes en los presupuestos normativos que al caso particular le resulten procedentes, pero ¿cómo evitar que se desnaturalice si no cuenta con una instrumentalización que lo avale?

Cuando se indaga acerca del origen de este componente, sobresale su benevolencia de armonización entre la legislación y la jurisdicción; de modo que se acuda a la historia y a la filosofía del derecho para demarcar que su aparición es atribuida al padre de la filosofía occidental, cuando dejó en cabeza del juez determinar lo que el legislador dejó de explicitar (Aristóteles, 1999, pág. 164). El episodio de igual manera se remonta a la Edad Media con una evolución paulatina, desde el momento en que su expresión se acuñó para significar la intención del soberano, a través de un mecanismo jurídico determinado, de conservar uno de los atributos del poder y elegir la ley aplicable, separando de esa esfera de disposición y disquisición al gobernado, quien únicamente exponía los hechos que cimentaban su reclamo (Calvinho, 2006).

En esa línea, la comentada máxima fue aceptada en el siglo xix como potestad jurisdiccional restrictiva al sistema dispositivo, sin descontar que redujo el ligamen que tenía con el adagio *venite ad*

factum. Curia iura novit (por un lado (i) permitía la referencia a la actividad atinente a las partes, y, por otro, (ii) centralizaba un deber de la autoridad, juzgar), para atesorar la ideología centralista. Hasta nuestros días pervive con una orientación político criminal constitucionalista, materializada en la racionalidad que impregna a las decisiones jurisdiccionales en su función creadora, pero con la exposición al papel omnimodo del juzgador.

En ese avance de la historia, logra arribar el dogmatismo constitucional y posteriormente, hace eco en la esfera de los organismos de corte internacional, donde halla prerrogativas fundamentales, como la tutela judicial y los derechos humanos, respectivamente. De tal suerte que, pese a las falencias del proceso, se supeditara al juzgador a decidir sobre esa base, pues el funcionario ya contaba con insumos relevantes: la sapiencia sobre el ordenamiento y los planteamientos fácticos de los contendientes, para adentrarse así, en el fondo de los asuntos sometidos a su discernimiento. Por consiguiente, las disposiciones sustantivas y adjetivas, la obligatoriedad de los precedentes judiciales y los parámetros de la ciencia jurídica institucionalizada constituyeron la frontera de proyección de la racionalidad práctica del derecho (Pérez Luño, 2007).

Sin embargo, abriéndose paso dominante en el desarrollo encuentra un obstáculo que hoy reclama complementos, el canon de la congruencia, al figurar en su control el principio de contradicción que reside en los actores del modelo adversarial. Cabe aclarar que el precepto en mención incluye la oposición a los actos procesales y probatorios, así como el derecho a la defensa. En ese sentido, es discutido que en un escenario de casación no se brinde a las partes y demás intervinientes la oportunidad de pronunciarse acerca de los hechos que les atañen, así como a la juridicidad ajustable. Es en aquel grado decisional donde la instrumentalización que se presenta del aforismo refrenda la imparcialidad antes de un nuevo pronunciamiento, sin que ello se entienda como la aniquilación de la capacidad hermenéutica del órgano de cierre.

A nivel nacional, son pocos los estudios sobre la temática, para una muestra Bohórquez Hernández (2013) se encuentra de acuerdo con que en el Estado Constitucional y en el proceso judicial se usen

reglas y principios que salvaguarden las prerrogativas consagradas en la norma superior. Por ende, los jueces deben buscar las herramientas para que su respeto sea ineludible en la solución del caso concreto. De ahí que, el *iura novit curia* más que una simple regla del proceso se instituye como un precepto que desarrolla el derecho del acceso a la administración de justicia.

Adicionalmente, aclara que no puede quedarse en la idea de que a las partes corresponden los hechos y al juez el derecho, porque es deber acudir a la racionalidad de las decisiones judiciales para así evitar arbitrariedades. Por ejemplo, cuando el funcionario emplea ese principio en el cambio de la calificación jurídica, si bien colisiona con la congruencia de la sentencia que impone evitar variaciones del debate surtido, en su criterio, el punto de equilibrio entre esas dos figuras, es la pretensión procesal y sus elementos, espacio donde propone acudir a la manera de la excepción de inconstitucionalidad, sin pretermitir que las partes cuenten con una oportunidad para expresar previamente sus alegaciones en torno a tal modificación (Bohórquez Hernández, 2013).

Por su parte, Nieto Navia censura que esa herramienta del funcionario judicial convertida en un principio de utilidad adyacente, se admita compatible, pero en esta ocasión, con el diligenciamiento de responsabilidad por violación de derechos humanos adelantado por órganos internacionales como la Comisión y la Corte Interamericana. Esta recriminación se fundamenta en que, por más que se le equipare, su actuar no tiene habilitada la función de administrar justicia ni representa la estructuración de un proceso penal; además, están sujetos a los límites que impusieron los Estados miembros, entre ellos la imposibilidad de la aplicación del aforismo. Recalca un desequilibrio procesal, debido a que la presentación de casos y la formulación de cargos por parte de la primera que son resueltos por la segunda con facultades plenas, atinentes a la inobservancia de dichas garantías, concluyen en decisiones inapelables (2014).

Investigaciones realizadas por Ezquiaga Ganuzas (2018) concluyen que, si el funcionario judicial no está facultado para incorporar hechos, menos ostenta atribuciones infinitas para introducir el

derecho discrecionalmente, pues la decisión jurisdiccional no puede convertirse en un acto de absolutismo. Son las partes las que deben realizar los ajustes y/o modificar ciertos elementos fácticos, también su calificación jurídica, porque las normas adjetivas que consagran la regulación ancestral del *iura novit curia* adolecen de una inconstitucionalidad manifiesta, al transgredir el derecho de defensa en juicio y la imparcialidad judicial.

Además, Salido (2016) reivindica que la prevalencia del principio *ignorantia iuris non excusat* -de los ciudadanos *in genere*- y la *opacidad del Derecho* solo es posible cuando existe el aforismo *iura novit curia* -aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales-. Este puede considerarse una condición de aquel, debido a que los actos de aplicación jurídica se efectúan por el poder judicial al decidir la cuestión con sustento en la legislación, pero también es importante conocer con antelación el criterio de las autoridades que lo integran para prever las consecuencias frente a casos determinados.

En definitiva, se suma el enfoque de Meroi, cuya adaptación a este estudio surge pertinente para las inclinaciones del investigador; u detracción parte del hecho distorsionador en el que incurren las decisiones judiciales cuando estén motivadas por razones extrañas al derecho y las argumentaciones que las justifican se esgrimen como racionalizaciones. Preocupada por la necesidad de proteger la certeza de esos juicios, es partidaria de controlar el rol de los jueces que, en principio, son responsables de las postulaciones y la subsunción normativa, formulando el paradigma de una teoría dialéctica mejor aplicada, caracterizada por un mayor eco de los participantes del debate procesal, cuando ante la indeterminación de las pretensiones y las opciones alternas de la consecuencia jurídica, tienen algo más que aportar o refutar (2007).

Estado del arte

Su caracterización obedece a dos orientaciones:

i. Investigaciones nacionales: son pocos los análisis que se han desarrollado sobre la cuestión explorada. Con base en los repositorios consultados, sobre el punto específico solo pudo accederse a dos discursos.

ii. Investigaciones internacionales: hay más estudios en el derecho comparado, que permiten un desenvolvimiento más profundo en relación con la materia, resaltando el que se acoge para concluir este desarrollo.

Planteamiento pregunta de investigación o problema jurídico

¿Cuál es el carácter instrumental para que resulte aplicable y/o procedente el aforismo *Iura Novit Curia* en el Derecho Penal y específicamente en la casación oficiosa, sin alterar la calificación legal y la neutralidad?

Impresión de sentido

La pretensión impugnativa de la casación está regida por causales señaladas en la legislación, no obstante, la Sala Penal de la CSJ en su juicio de legalidad aplica -a pesar de las restricciones taxativas- la principalística, evitando el detrimento de la justicia material consagrada en la Constitución Política, (1991; art. 228) el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Tesis

Los rigores para promover el recurso extraordinario concurren flexibilizados con la potestad oficiosa del órgano de cierre de la (Ley 906, 2004; art. 184, inc. 3) al punto de relativizar el principio de congruencia e incidir de esa forma en la verdad procesal de las instancias, por cuenta del revestimiento de facultades *extra* y *ultra petita* para la solución de casos seleccionados.

Objetivo General

Revisar la trascendencia del principio *Iura Novit Curia* en el Derecho Penal para develar su operatividad en la casación oficiosa y, en consecuencia, armonizar la necesidad de la justicia material con el poder dispositivo de las partes en sus pretensiones de impugnación.

Objetivos específicos

Identificar si el aforismo *Iura Novit Curia* encuentra límite en el principio de congruencia procesal

o se trata de una potestad irrenunciable del órgano hermenéutico.

Determinar si a pesar de que el casacionista no formula un cargo relacionado con una causal específica, ello obliga a la Corte a pronunciarse *motu proprio*.

Establecer cuándo resulta ostensible el detrimento de garantías constitucionales que habilitan la casación oficiosa y su incidencia en la imparcialidad.

Metodología

El análisis que motiva el interés del autor [*Iura Novit Curia en la casación oficiosa*], a raíz de su experiencia profesional en la Sala de Casación Penal de la CSJ, se encamina a un intento por materializar la pretensión de que el trabajo desarrollado forme parte de la ciencia del derecho. Para ello se orienta inicialmente desde los parámetros fijados por (Courtis, 2009), teniendo en cuenta que un (i) objeto claro y una (ii) metodología adecuada aportan rigurosidad a la investigación dogmática, caracterizado el primero de esos elementos por tener como centro de estudio el ordenamiento jurídico (*sentencias de CSJ*), el cual no encierra mayor inconveniente para el jurista, dado que disposiciones normativas vigentes -legislación y jurisprudencia- en estricto sentido, ninguna dificultad, suponen.

El segundo de ellos, que será sobre el que se enfatizará para lograr el propósito dispuesto, contempla la selección de casos de ese tribunal de cierre, para una sistematización, específicamente sentencias de casación oficiosa, cuya unidad de sentido o conjunto determinado gira en torno al aforismo convertido en principio. Aspecto de relevante importancia porque es allí desde donde se postulará el problema que subyace a la reconstrucción de la figura revelada y a la interpretación del conjunto de tales decisiones judiciales. No tendrán una línea de identidad, pero sí una muestra que habilita la actividad crítica respecto del tratamiento discursivo y creador del derecho.

Acto seguido, se establecerán los fines y valores de la temática (el juez conoce y aplica el derecho que es), resaltando que se trata de providencias emitidas por el máximo órgano hermenéutico; también sobresale el análisis de la principalística

del canon 228 superior, así como de la legislación procesal penal, pues el interés del investigador es advertir que ese juez colegiado no puede desnaturalizar las facultades constitucionales y legales en poderes absolutos que ultimen en arbitrariedad. No puede dejarse de lado el examen comparativo con otros institutos como los preceptos extra y ultra *petita*, frente al principio de congruencia y al poder dispositivo de las partes y demás intervinientes del proceso penal.

A su turno, la descripción de las unidades deónticas de dicho aforismo, admitían hacer un breve recorrido por la historia para verificar su origen, como en precedencia se relató, y la actual aplicación en la jurisprudencia patria, así como en la emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud del control de convencionalidad. En este espacio, también se diseña un breve paralelo en la forma como los ámbitos civil y laboral propios entienden el objeto de estudio, destacándose que esta última es más benevolente frente a aquella que exige el carácter dispositivo, al insistir que a cargo del sentenciador está interpretar no solo el libelo introductorio, sino también el litigio -ausencias en la adecuación típica- para ajustarlo al derecho correspondiente, aplicando además del principio abordado, su equivalente de *narra mihi factum, dabo tibi ius* (dame los hechos que yo te daré el derecho) (Corte Suprema de Justicia, Sentencia AC4573, 2019).

Las antedichas proposiciones ostentan el planteamiento de un problema interpretativo en el área punitiva, en razón a que se proyecta una indeterminación en la *sententia lata*, comoquiera que exhibe inconvenientes relacionados con el carácter lógico de la jurisprudencia, al no propiciarse a las partes y demás intervinientes un escenario dialéctico, aún después del debate de instancias, ya que tópicos como la variación de la calificación jurídica, la dosificación de las penas, con excepción de los principios de legalidad (sanciones accesorias y causales de extinción de la acción penal) y *non reformatio in peius* que encuentran relativa justificación, podrían ir en detrimento de otras garantías como la imparcialidad.

Se presenta como alternativa de solución una teoría ecléctica [*de sententia o lege ferenda*] o de

los juicios como deberían ser, basada en que, si al juez no le está autorizado introducir hechos, ello también se extiende a los aspectos jurídicos, salvo contadas excepciones como se refirió en renglones precedentes, lo que habilita que sean los mismos contradictores interesados quienes en un debate natural ante esa sede de discusión, demanden los argumentos que los juzgadores individuales o colectivos quizás pretermitieron o soslayaron, o aquellos que en instancia culmen son propuestos, con motivo de la necesidad de impulsar el arte de la interpretación dentro de un sistema de normas mutables que auspicia la creación de subreglas de obligatorio cumplimiento.

Proposición

Pese a la metodología exhibida, como requerimiento para la objetividad del estudio abordado, emerge insoslayable que al margen de la meritoria intención de optimizar la producción, ejecución y transformación del derecho, cuestión aceptada por la comunidad académica y científica, no basta contemplar tan solo la permanencia del culto a la ley, tratando de describir el marco jurídico vigente en forma objetiva y en purgar sus deficiencias, sino también en contrastar el impacto que generan postulaciones como la de esta índole dentro de un determinado contexto histórico, político, económico o social para adoptar resoluciones plausibles con incidencia de elementos circunstanciales.

No puede olvidarse que, en medio de una sociedad como la colombiana, ávida de una verdadera democracia representativa, todavía pervive la legitimación de sus jueces como bastión del que se espera supla esa función de protección y control de exacerbaciones. Pero, como todo en exceso puede resultar nocivo, no puede auspiciarse un decisionismo que no se sustente en la razonabilidad de un Estado Social de Derecho donde la persona humana es el fundamento de la norma jurídica, en una estabilidad de la providencia que produzca un equilibrio, en aras de un sentido de la justicia. Por tanto, se amerita donde aún no hay el rompimiento del positivismo estático, una rigurosidad válida con acciones efectivas que posibilitan una variación de la calificación jurídica, la estructuración de una hermenéutica seria o que en ese recorrido

abren una puerta para tener en cuenta la tensión de derechos como los que reclaman las víctimas y el victimario.

Esta reflexión inicial que demarca el punto de partida en la actual investigación cobra relevancia frente a los pronunciamientos de la CSJ como órgano hermenéutico, por cuanto uno de los *principios* más llamativos y quizás menos desarrollados *in extenso* en su jurisprudencia es el *iura novit curia*. Aforismo que en la praxis judicial se estructura como una potestad del juez instructor, pero que se impone cada vez en el juez decisor sistemas aplicables en el ordenamiento jurídico interno- como quiera que este último entraña: (i) el dominio de las partes: a los contendientes defensa y fiscalía incumbe la aportación de los supuestos factuales y elementos de convicción que propician el debate, y, (ii) congruencia: según los hechos jurídicamente relevantes contenidos en la acusación y materializados en el juicio después de la práctica probatoria, el sentenciador puede seleccionar la hipótesis del catálogo normativo que encuentre más adecuado a la realidad del caso (Corte Suprema de Justicia, Sentencia AP219, 2016).

Sin embargo, teniendo en cuenta la salvaguardia convencional, constitucional y legal del recurso extraordinario de casación (Pabón Gómez, 2011, pág. 101) con miras a la efectividad del derecho material, la unificación de la jurisprudencia y el respeto de las garantías de los intervinientes, ¿hasta qué punto puede verificarse su relación con el mencionado aforismo? Dos aproximaciones iniciales consistirían en una doble línea de limitación superable e insuperable: (i) la introducción de inéditos aspectos procesales en sede extraordinaria, de cara a la preservación de la prerrogativa de defensa y la contradicción de todos los sujetos e intervinientes; y (ii) la novación jurídica que beneficia al condenado, a pesar de elementos no propuestos por el casacionista.

Ahora bien, con fundamento en lo anterior, la importancia y trascendencia del presente estudio no procura abordar las diferentes instancias del sistema regulado por las Leyes 600 de 2000¹, 906

1 Sistema inquisitivo.

de 2004² y 1826 de 2017³, sino el plano posterior, vale decir, el rol de la Sala Penal de la CSJ y la esfera de restricción, tanto para esta, asumiendo la competencia en el decreto de nulidades, la variación del *nomen iuris* del suceso factual y la casación de la sentencia ante la flagrante conculcación de garantías fundamentales, así como para el censor cuando postula la(s) causal(es) facultad dispositiva. Lo predicho desde dos ventajas del conocimiento judicial: la primera, como presunción, teniendo en cuenta que el juez conoce el derecho aplicable al caso; y, la segunda, como principio normativo donde el funcionario lo aplica (Ezquiaga Ganuzas, 2018; pp. 13-14).

Y es que esos últimos presupuestos permiten colegir, inicialmente, que no se desborda la previsión del Código de Procedimiento Penal, art. 181 comoquiera que en dicha disposición se consagran las alegaciones taxativas con las cuales las partes vinculan a la corporación. Tampoco la establecida en el inciso tercero del canon 184 del mismo compendio, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación, posición del impugnante dentro del proceso e, índole de la controversia planteada, una vez suplidos los defectos de la demanda para decidir de fondo.

Vale explicar que no se rehúye la Constitución Política en su art. 228, la Ley 906 de 2004, art. 10 porque la casación en estricto sentido y con mayor ahínco la excepcional aparecen como sus medios de materialización dentro de esta especialidad. Sin embargo, simplemente por poner un ejemplo preliminar para ubicar al lector en la crítica que se procura, llama la atención uno de los pronunciamientos (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3070, 2019) donde figura explícita la casación excepcional⁴; contexto donde la demanda formulada por la defensa procurando la absolución, estipula la existencia de duda frente a la responsabilidad del

sentenciado, toda vez que el fallo condenatorio por homicidio culposo, se afirmaba, vulneró directamente la ley sustancial por la exclusión del Código Penal (art.32, núm. 10) Obrar con error invencible.

Aunque la sentencia citada abordó un tema bastante novedoso: la pena natural, (Ley 599, 2000, art. 134, inc. 2) sobre el cual no recae el reproche, ya que no es el objeto de esta discusión académica, concluye refrendando la materialidad del hecho y la responsabilidad del autor, tema que tampoco se contraría, pero sí sobre tópicos no incluidos en los debates del proceso, menos en los cargos del recurso, vale decir, (i) duda en la responsabilidad penal y deber de cuidado de la víctima; y, (ii) la prescindencia de la pena imponible, a partir de una relación de afinidad no acreditada en los parámetros de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005 unión marital de hecho. Por consiguiente, la inobservancia del principio de contradicción, como particularidad cardinal del sistema de enjuiciamiento podría terminar repercutiendo negativamente en las aspiraciones formuladas por la Fiscalía y las víctimas.

Entre muchos, el anterior es un claro ejemplo de la labor del órgano de cierre, pero emergen otros patrones donde se revoca el monto de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, ya que éste no puede superar el límite fijado por la (Ley 599, 2000; arts. 51 y 52); la redosificación punitiva cuando el juzgador no acudió al sistema de cuartos; la transgresión del precepto de la *non reformatio in peius* establecido en la (Constitución Política, 1991; art. 31, inc. 2) y (Ley 906, 2004; art. 20, inc. 2) la legalidad de los delitos y las penas en la modalidad de tipicidad estricta; la ausencia de imputación fáctica del cargo por el cual se impuso condena y la violación del precepto de congruencia; y la estructuración del fenómeno extintivo de la acción penal (la prescripción).

La investigación que suscita este artículo pretende arribar a que, al margen de la exigencia del rigor legal y procesal para la admisibilidad del recurso extraordinario de casación, la jurisprudencia nacional se proyecta cada vez hacia un garantismo sustancial en el ámbito penal, inclusive haciendo mayormente aplicable y/o procedente la casación

2 Sistema penal acusatorio.

3 Procedimiento penal especial abreviado.

4 Ver CSJ, AP7365, 26 oct. 2016, Rad. 47742: La regla general en esta sede es la inexistencia de una revisión oficiosa de la sentencia recurrida, ya que se supedita a los alegatos del casacionista.

oficiosa, de cara a un sistema mixto instrucción del proceso, verificación del debate probatorio y decisión, porque la resolución implica revisar con mayor amplitud la indeterminación para así racionalizar y ponderar. Ello es comprensible, sin lugar a duda, por las injusticias que pudieren cometerse en las diferentes instancias y que el tribunal de cierre logra y tiene la obligación de advertir, con ocasión de la activación de tal mecanismo. Pero no resulta menos importante sostener que tal atribución puede reñir con la verdad procesal y las postulaciones sustanciales y procedimentales que también restringen su accionar, por virtud de la congruencia.

Evocando a Michel Foucault, esta última reflexión invita a un llamado de atención desde el criterio de que esos dominios de saber y poder, derivados de las prácticas judiciales (2003), originan formas de subjetividad por parte de quien tiene atribuida la competencia para, en principio, proyectar «una verdad jurídica». No obstante, la consecuencia no puede estar cimentada, ni conllevar a un conocimiento autocrático donde la influencia de la situación sea desplegada tan solo por el juez plural que lo ejerce o por el saber que posee.

El haber entendido como aquellas substancias, significaciones y técnicas; diseña representaciones jurídicas que deben complementar el rescate de la Constitución y los parámetros de control constitucional, más no favorecer el poderío que obnuble la posibilidad hermenéutica hacia una verdad procesal y un fin de justicia material. Obliga estar abierto a la refutación para alcanzar pretensiones de validez.

El poder, a pesar de la magnificencia del *ius puniendi* o facultad sancionadora del Estado, abrigada por tal saber o conocimiento, alerta acerca de indudables riesgos de arbitrariedad judicial, porque las relaciones de mando que pudieren oponerse a la verdad y justicia perseguidas no están excluidas, menos en el contexto del derecho penal que cada día trata de erigirse como la única ética pública que representa nuestra realidad (Donini, 2015, pág. 139), toda vez que pretende acudirse a este como censurante pese al deficiente funcionamiento de las instituciones punitivas.

***Iura Novit Curia* en el Derecho Penal colombiano y en el contexto internacional**

Cuando se aborda un concepto, brocardo, aforismo o principio general del derecho, como el que respalda la operatividad del instituto procesal comentado, se parte de la comprensión ontológica y teleológica de su naturaleza, así como de una situación que en apariencia resulta abstracta, ya que su *aplicabilidad incierta* puede desbordar las potestades que él mismo autoriza, aspecto sumamente delicado tratándose de la administración de la justicia. Al hablar de abstracciones o incertidumbres, en contraposición a certezas y objetividades anheladas, no se intenta devastar de un plumazo el terreno que esa figura jurídica ha ganado históricamente, menos su alcance en la jurisprudencia, pero sí insinuar la falta de morigeración de su repercusión en los casos que la Sala de Casación Penal de la CSJ resuelve.

Esto a raíz de que el principio de oficiosidad o rol activo que el juez asume en la conducción del proceso concede más atribuciones a la jurisdicción, si se compara con el dispositivo que atañe a las partes y demás intervinientes, aunque se reconoce el salto positivo de un mecanismo de defensa extraordinario cuya activación entrañaba predominio facultativo, a un proceso constitucional. Este tipo de modelo que responde al Estado constitucional vigente alerta a contemplar el razonamiento judicial ingenioso o deslumbrante con ciertas cautelas entre la creación y la interpretación del derecho (Tamayo Jaramillo, 2013), ya que ni la administración de justicia se salva de las subjetividades de los hermeneutas ni de las enmiendas que la norma superior puede incorporar por disposición de un mandatario estatal en un tiempo específico, apoyado por su adepta y mayoritaria bancada legislativa.

Casación oficiosa expresa y tácita

Ahora, del análisis riguroso de la jurisprudencia nacional no es inexacto afirmar que el aforismo traducido en que el funcionario conoce y adjudica

el derecho, no se encuentra definido o reglado, aunque sí desarrollado expresa o tácitamente en la práctica judicial de dicha autoridad. Cuando se alude al primer despliegue, es porque la (Ley 906, 2004; art. 184, inc. 3) así lo permite inferir, inclusive en la parte resolutive de las providencias, que después de la verificación de los requisitos generales, admiten o resuelven el recurso se incorpora la expresión *oficiosa* para distinguirla de que a pesar de las falencias del censor, su demanda fue estimada por las excepciones legales que el juez colectivo con mayor amplitud y sin necesidad de medios probatorios valoró, interpretó y subsumió.

Pero ese presupuesto no es óbice para que, en el otro extremo, de selección del libelo porque se ajustó a la técnica requerida, se encuentren decisiones contentivas de un despliegue argumentativo creativo, a raíz de la sabiduría del juzgador en la materia. Es en ese entorno donde la casación tácita impera para complementar con la dogmática jurídica, la doctrina o la jurisprudencia internacional, las omisiones o errores en que pudo incurrir el postulante de los alegatos o la sentencia de segunda instancia confutada. Hasta ahí no se discute esa actividad jurisdiccional, pero, se destaca la fuerte influencia de la axiología y la principialística sin que en muchas ocasiones resulte sistematizada su concordancia con los tipos de discurso en el lenguaje jurídico (Muñoz Machado, 2017, pp. 24-32), incurriéndose en yerros silogísticos o de lógica formal.

Decisiones ultra y extra petita

La aplicación del derecho que saben los jueces no podía dejar de comentarse sin comparar la relación que sostiene con las demás áreas del derecho, verbigracia el civil que en el artículo 336 del Código General del Proceso consagra la casación oficiosa cuando se afecta el orden o patrimonio público y los derechos *ius* fundamentales, sin consideración a la cuantía que se pide en aras de alcanzar el interés económico para recurrir; el laboral por el contrario, no acepta subsanar de oficio la demanda de casación (Corte Suprema de Justicia, Sentencia AL5534, 2019), dado el carácter dispositivo del recurso (Decreto-Ley 2158, 1948; art. 93). Una característica

diferencial encontrada en ambas especialidades, pese a que uno admite la oficiosidad, mientras el otro la excluye, está bosquejada en el objeto del proceso civil que es determinado por la pretensión del accionante en su libelo o en la fijación del litigio. Lo anterior se explica porque las providencias emitidas con resoluciones que contienen elementos más allá o por fuera de lo pedido también se encuentran ligadas con el aforismo en mención.

Una mirada internacional

El proceso de responsabilidad por la conculcación de derechos humanos en el Sistema Interamericano [integrado por la Comisión (CIDH) y la Corte Interamericana Corte (IDH)] actúa desde el marco de formulación de cargos por parte de la CIDH, aspectos por los que el Estado convocado responde ante la Corte IDH. De manera que según Nieto Navia (2014, pág. 1-2), para la adopción de la resolución definitiva se nutre del contenido demandatorio, de las adiciones de los representantes en el curso del proceso y de la adjudicación del *iura novit curia* con fundamento en sus propios precedentes.

En efecto, la Corte IDH para la adopción de varias de sus decisiones se ha valido de ese principio, con sustento en que “*el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente*”⁵. Luego para trasladar ese postulado, recuérdese que la Convención Americana atribuye a los Estados la carga de ajustar su legislación interna a las disposiciones de aquella. Pero, como dicho asunto no constituye el objetivo primordial de esta investigación, puesto que daría lugar para otra, su alusión obedece a que ese entorno decisional influyente en el ordenamiento interno por virtud del *pacta sunt servanda*, sin duda, envuelve problemas similares o disímiles de los que se precisarán en el análisis de casos de la jurisprudencia patria, que corresponde a otro acápite ulterior.

5 Corte IDH, Caso Godínez Cruz, supra nota 70, párr. 172; Caso Durand y Ugarte, supra nota 111, párr. 76 y Caso Castillo Petruzzi y otros, supra nota 68, párr. 166.

La casación oficiosa en la sala penal de la csj

La casación es entendida, en principio, como un mecanismo extraordinario de defensa judicial. Si bien, requiere de una interpretación y aplicación de postulados del derecho vigente que amerita una postulación (justicia rogada), no menos cierto es que más allá de dicha exigencia formal, debe propiciar el desarrollo de un juicio técnico, lógico y jurídico de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad de la sentencia de instancia que es objeto de análisis (clasificación de errores) (Daza González, 2017). Empero, pese a las inconsistencias en que hubiese podido incurrir su proponente, ello no es óbice para que no se active la potestad jurisdiccional oficiosa, procurando no soslayar la prevalencia del derecho material (Ley 906 de 2004; art. 180 y Ley 600, 2000; art. 206), ya que así se evita el detrimento de las garantías inviolables que ostentan los sujetos procesales y demás intervinientes dentro del proceso penal, talantes que merecen la injerencia del órgano de cierre en la especialidad.

El antedicho constructo de aproximada definición de ese instituto parte de dos aspectos indispensables, a saber: (i) la casación como recurso; y, (ii) la casación como proceso constitucional. Nótese que en un análisis tangencial la similitud entre ambos patrones es que beben de una misma fuente, el Derecho Procesal. Pero en una característica diferencial, puede afirmarse sin desacierto alguno que, en cuanto a medio o acto jurídico para objetar una decisión judicial (recurso), va encaminado a su revocación, modificación o invalidación. Por el otro, se estructura desde una triada que lo caracteriza esencialmente: (i) el derecho de acción, (ii) el proceso y (iii) la jurisdicción (Velandía Canosa, 2010).

Cuando se habla del medio para atacar una providencia, mayores inconvenientes no figuran, teniendo en cuenta los presupuestos que la misma legislación aplicable sustentan para su trámite, de modo que sobre este elemento no se entre a discernir en la presente investigación jurídica, debido a que es clara la superación de la casación como un elemento más de poder estatal y de los jueces.

Diferente ocurre cuando se invoca, desde la perspectiva doctrinaria, el enfrentamiento entre la vieja dogmática del Derecho Penal y el nuevo concepto frente a la necesidad de un derecho no apenas sancionador, sino garantista (juicio constitucional) (Martínez Quintero, 2014).

Así pues, establecido referencialmente el último tópico, para entender el asunto que verdaderamente interesa al argumento (la casación como proceso constitucional), cabe resaltar la comprensión del derecho de acción como garantía esencial del usuario de la administración de justicia para acceder al poder judicial y efectivizar sus derechos (Constitución Política, 1991; art. 40-6). Respecto al proceso puede aducirse que exige el adelantamiento de un trámite con sus bemoles e instrumentos inherentes y el acatamiento del artículo 29 superior. A su vez, en cuanto a la jurisdicción la visión es dual, en razón a que contempla la constitucional (función jurisdiccional y procesal) objeto sobre el cual recae el estudio del asunto.

En ese orden, es claro que la casación exige el ejercicio de un acto procesal de quien ostenta interés legítimo para intervenir en la postulación. A su turno, que la reclamación de la técnica, aunque no obedece a una simple ritualidad, si justifica que el juez colegiado del órgano de cierre sea persuadido lógica y jurídicamente de un tema con relevancia supranormativa, al margen de su posibilidad oficiosa. Por último, desde la teleología de la Constitución Política, art. 86 y de la (Ley 270, 1996; art. 43, inc. 2), todos los jueces de la República pertenecen en un sentido funcional a la jurisdicción constitucional.

Así las cosas, la casación se erige como un verdadero proceso de esa naturaleza, tanto adjetiva como materialmente, puesto que no puede confundirse que más allá de provenir de la jurisdicción ordinaria, especialidad penal, la necesidad de intervención estatal a través de la rama judicial se justifica en «*decir el derecho que es*». Y ello solo puede calificarse desde el respeto por las diversas situaciones sociales que impregnan el ordenamiento, porque es insoslayable que el procedimiento suele estar recubierto de desaciertos o yerros, de inobservancias o inconsistencias, de dilaciones o

pretermisiones, mientras las decisiones, en ocasiones, también suelen contaminarse con criterios subjetivos que requieren una especie de sistema de contrapesos que solo los sujetos procesales pueden propugnar.

Lo anterior obedece a esa litigiosidad de los derechos fundamentales que sobrepasa las fronteras de la estricta legalidad y demarca el derrotero de la constitucionalización de la justicia (principio de supremacía constitucional), con un mayor peso desde el control de convencionalidad, significado este último como vinculante del Derecho Internacional y mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte IDH, en el evento que la legislación interna sea incompatible con la Convención Americana.

Algunos casos de la jurisprudencia nacional: facultades dispositivas y oficiosas en el sistema penal y el principio de congruencia

Es innegable que la jurisprudencia origina cierta dinámica o tendencia institucional al constituirse como fuente creadora de derecho. En esa propensión, el recurso de casación aparece para acentuar un mayor margen de apreciación de la legislación, pero más que una labor técnico-jurídica o una función nomofiláctica suscita en el órgano de cierre la reivindicación de las prerrogativas *ius* fundamentales como fin último de la justicia. En este acápite se desarrolla un breve ejercicio práctico con la presentación de algunos casos desde el 2008, hasta la actualidad período de un poco más de 12 años de desarrollo del sistema penal acusatorio, criticables en la forma como la CSJ ha dilucidado temas desde la casación oficiosa expresa o tácita en el ámbito penal, donde se advierten las siguientes problemáticas para lo que se quiere lograr con el instituto inspeccionado.

De lógica formal y pisos epistémicos

La Corte Suprema de Justicia, Sentencia Radicado 28441, 2008) estudió un homicidio culposo a raíz de un accidente de tránsito ocurrido el 30 de mayo de 2006, a las 6:00 p.m. en la carretera que de San Gil transporta a Bucaramanga, falleció una mujer quien iba de parrillera en una motocicleta conducida por

otra persona, la cual no conservó la distancia exigida, después que chocara la parte trasera de una buseta de servicio público, rodante éste último que venía en sentido contrario de un tracto camión que adelantó en curva con prohibición de sobrepaso, y que por esa razón tuvo que salirse de la vía para no impactarlo de frente, además de detenerse abruptamente, ocasionando que la víctima saliera por los aires, cayera al pavimento y fuera arrollada por el causante del acto imprudente.

La primera instancia condenó al autor de la conducta punible (conductor del tracto camión) a la pena de 35 meses de prisión, impuso multa de 30 salarios mínimos legales mensuales y le prohibió conducir vehículos por el lapso de 4 años, además de la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción principal. El segundo grado revocó para absolver, en razón a la concurrencia de riesgos, donde el resultado lo originó de forma exclusiva la conducta peligrosa del conductor de la motocicleta. Los padres de la víctima descontentos con el último fallo promovieron el recurso extraordinario de casación, cuya demanda resultó inadmitida, aunque la Sala en el escrutinio facultativo para admitir y resolver, partió de la tesis relativa a motivación judicial sofisticada o equivocada, como flagrante detrimento al debido proceso, defectos en la valoración probatoria o solución jurídica inapropiada, respecto a la norma seleccionada para la definición (Ley 599, 2000; arts. 9, 10 y 109) sobre Violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación.

La Corte casó la providencia recurrida y mantuvo la condena inicial, tras efectuar un juicio de imputación jurídica u objetiva -componente de la tipicidad que completa al requisito de causalidad a partir de razonamientos valorativos (Ley 599, 2000; arts. 9-10) - diferente a la teoría lógica de la causalidad -la tipicidad surge de la conexidad entre el riesgo creado y el resultado generado- (Poveda y Poveda, 2021), donde las leyes de la lógica formal le permitieron razonar que el causante del riesgo inicial responde por todas las consecuencias derivadas directamente de su proceder contrario a derecho -elevación del riesgo permitido-, atribuyéndole así las perspectivas objetiva y de causalidad.

Aunque la solución, brinda la utilización de un sistema de deducción o reglas de razonamiento, sienta una base epistémica a partir de la figura de los *cursos causales hipotéticos* o probabilidad, que conduce a confrontar la inevitabilidad del resultado (Sancinetti, 2008), cuestión que entraña ausencia de valoración de la concausalidad y la teoría de la equivalencia de las condiciones (Baraona y otros, 2008), al no descartar la concurrencia de los dos riesgos creados pero concluyendo que el sentenciado incrementó el peligro permitido al transgredir la normatividad de tránsito, mientras su imprudencia fue decisiva para el deceso de la víctima cuando precipitó su caída. Del contenido de la decisión de casación se desprende que el motociclista también envuelto en el insuceso no fue vinculado al proceso penal; sin embargo, se afirma que el hecho de no haber guardado la distancia reglamentaria con la buseta no constituyó una amenaza al bien jurídico agraviado.

Este tipo de aseveraciones conclusivas por parte de la Corporación Judicial contiene variaciones al sentido fáctico y jurídico inicial de la dialéctica surtida en las instancias ordinarias. De tal suerte, el condenado es sometido a una calificación legal distinta respecto de la cual diseñó su estrategia defensiva, con la sorpresa que esa misma técnica debe serle útil frente a una de las categorías de las reglas de la sana crítica -la lógica formal-. En ese orden, ante un argumento falaz del juzgador que lo absolvió, con el método aplicado por la sede de cierre sobreviene la multiplicidad de escenarios posibles en un delito imprudente, cuestión jurídica inédita que demanda un espacio pertinente para el desarrollo del principio de contradicción, como límite a ese *iura novit curia* tácito de la sentencia.

De variación en la calificación jurídica

En reciente ocasión se emitió un pronunciamiento (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP2920, 2021) donde la prevención general de la norma o el sentido social de la misma quedó en entredicho. Con ocasión de los hechos investigados: el 20 de enero de 2020, a las 15:15 horas mientras un menor de 13 años, 8 meses y su amigo de 12 caminaban por un parque de Ibagué, fueron abordados por un

sujeto de 65 años, quien les obsequió algunas monedas, al tiempo que preguntó *por* sus respectivas edades, obteniendo como respuesta del primero que tenía 15. Acto seguido, ofreció a éste mismo la suma de \$12 000 a cambio de sexo oral. La reacción del joven, ante la propuesta impúdica, se tornó airada logrando captar la atención de la comunidad y ocasionar la huida del adulto, el cual, minutos más tarde, fue aprehendido por la Policía, la fiscalía solicitó condena hasta el juicio por el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años agravada (Ley 599, 2000; art. 217A), modificada por ese ente en los alegatos de conclusión por el ilícito de acto sexual con menor de 14 años.

El juez de conocimiento absolvió al implicado con base en la ausencia de prueba respecto de este último tipo penal (Ley 599, 2000; art. 209) dado que la simple oferta resultaba insuficiente, máxime, cuando el órgano acusador incumplió el deber de lograr la comparecencia del menor. El fallo fue revocado por el *Ad quem* para en su lugar condenar por ese delito, verbo rector inducir, a 9 años de prisión y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, tras considerar que el *a quo* no podía auspiciar actos de revictimización, menos soslayar la entrevista rendida por el menor antes del juicio ante profesionales idóneos, prueba que fue debidamente incorporada y controvertida en su oportunidad procesal por la defensa.

El apoderado del procesado promovió el recurso extraordinario con sustento en los cargos de violación directa e indirecta de la ley sustancial, traducidos en error de tipo respecto de la edad del sujeto pasivo de la conducta, error invencible excluyente de responsabilidad y duda probatoria. La demanda fue admitida saliendo avante la pretensión absolutoria por atipicidad objetiva o ajena a la prescripción normativa, dicho de otra forma, en atención a que la manifestación lasciva era insustancial o irrelevante para repercutir en la libertad, integridad y formación sexuales del presunto afectado. Al respecto, la Corte reiteró acerca del juicio de tipicidad, que no basta constatar la subsunción, sino también la perturbación al bien jurídico, lo

que implica una doble valoración. Por tanto, tuvo en cuenta el error de la edad en el que fue inducido el acusado y el pleno convencimiento de este para exteriorizar la propuesta, motivo que cimentó la subsidiariedad del derecho penal.

Es este punto álgido del argumento el que ocasiona un cuestionamiento relativo a por qué la Corporación no acudió a la variación de la calificación por el tipo penal inicialmente imputado, cuya respuesta con seguridad orientaría, en honor al garantismo, a que no podía asumirse uno de mayor entidad punitiva que hiciera más pesada la carga del encartado, aun cuando respetara el eje fáctico de la acusación. No obstante, llama la atención el sinsabor que deja el hecho de que los cargos formulados tanto en la etapa preliminar como en la de juzgamiento, no puedan incluir limitadas y sensatas posibilidades que eventualmente contemplan una solución plausible a la tensión de derechos entre el procesado y las víctimas, como en este caso se vio con la existencia de dos punibles que conservaban el marco fáctico.

Como significación de la tipicidad objetiva, el error de tipo no es una circunstancia soslayable, menos el carácter volitivo que impone la verificación de si hubo una verdadera lesión al bien jurídico tutelado. No obstante, el comportamiento reprochable de un adulto mayor frente a un menor de edad, considerado desde el momento de la exteriorización voluntaria de un ofrecimiento dinerario del primero con fines de obtener una satisfacción sexual del segundo, no debe eludir (i) la prevención general como función de la pena, bajo el pretexto de su intrascendencia; menos (ii) la validación alterna de si en el primer escenario pudo acaecer la alegada vulneración a esa prerrogativa inmaterial. Obsérvese que la decisión revisada, no brinda una reseña más despejada del sorprendente cambio de calificación, exponiendo la fragilidad del acontecer y suerte de un proceso penal.

De prohibición de la non reformatio in peius

En la (Corte Suprema de Justicia, Sentencia Radicado 23521, 2008) se analizó lo que primero fue calificado como por la fiscalía como un homicidio

preterintencional, variado posteriormente en el juicio a homicidio simple: por hechos ocurridos el 15 de agosto de 2001 en la vereda San Martín de Gachancipá donde un menor de 2 años por causa de golpes violentos que le produjeron lesiones de gravedad resultó muerto. Se atribuyó la responsabilidad a su padrastro porque era quien estaba encargado de su cuidado ante el estado de gravedad de la madre, y catalogado por el Juez Penal del Circuito de Chocontá como homicidio culposo. La segunda instancia modificó para restablecer la autoría del homicidio preterintencional e imponer pena de 78 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, multa de 20 salarios mínimos legales mensuales e indemnización por daños morales a favor de la ascendiente por igual cuantía.

El recurso de casación fue incoado por el defensor de confianza del condenado, solicitando la adecuación alterna en el tipo culposo de menor entidad, con fundamento en que el fallo recurrido incurrió en: (i) falso juicio de existencia por suposición, porque, en su criterio, el procesado tenía la posición de garante; (ii) falso razonamiento en la apreciación de la prueba; y, (iii) violación indirecta de la ley por aplicación indebida. El juez extraordinario anuló la sentencia opugnada a partir de la resolución de acusación, tras encontrar un error en la calificación jurídica, corrigiendo de forma oficiosa el desacierto, ya que los hechos se adaptaban al punible de homicidio agravado a título de dolo eventual, conducta que debía evaluarse a la luz de circunstancias tales como el parentesco -adoptante-, los politraumatismos que sufrió el infante -sevicia- y la situación de indefensión o inferioridad de la víctima.

En esta oportunidad, con independencia de lo reprochable que pueda ser una conducta ilícita cometida en contra de un sujeto de especial protección, se rebate la reforma peyorativa (Ley 600, 2000; art. 204) efectuada por la Sala de Casación Penal, en razón a que el yerro de la calificación jurídica contraría todo un entramado de constitucionalidad (Constitución política, 1991; art. 31) sanciona el proceso declarando su invalidez al disponer la restauración de la actuación, aun

cuando mantenga incólume la prueba practicada y recaudada. Por más loable que sea la intención de verificar la concordancia de la imputación con el supuesto fáctico, cuya actividad inicial hace parte de las obligaciones del ente acusador, es indudable el riesgo de un desfase de poder punitivo centralizado en la autoridad jurisdiccional vértice.

Conclusiones

Después de escrutar el origen, desarrollo y efecto del *Iura Novit Curia* en el Derecho Penal, logra develarse su operatividad en la casación oficiosa desde dos ópticas: una positiva, para flexibilizar o ampliar la juridicidad, en aras de consolidar un Estado Social de Derecho donde la dignidad humana sea eficazmente el pilar del ordenamiento; y una negativa, que puede abrir la puerta para que una interpretación judicial efectúe lo contrario a su teleología. La finalidad de la casación oficiosa es loable cuando se instituye para interpretar el respeto a las garantías, pero también a no desmejorar las que respaldan a las víctimas o al victimario. Es por esa razón, que se han tomado las sentencias diseccionadas, procurando alcanzar el propósito dispuesto y reflejar unos cuantos yerros que pueden conducir a su desnaturalización o perversión a partir de la mirada del que va a decidir.

Se advierten los peligros de una ilimitada función jurídica creadora, camuflada en relaciones de poder e individualidades relativas del ser humano, que se consuma legitimada en la legislación y en el precedente judicial, hasta el grado de cosificar las figuras extraordinarias -el recurso reglado y el principio-. Con ese propósito, sin desconocer que el precepto aludido enuncia prescripciones generales y lo convierte en un dispositivo de aplicación en el presente (Corte Constitucional, Sentencia T-406, 1992), este trabajo propone la armonización entre la necesidad de la justicia material y la verdad procesal en sede casacionista. Para ese efecto, es necesaria la propiciación de una fase igualmente excepcional en dicha fase procedimental, con el despliegue del dominio dispositivo de las partes y demás intervinientes en sus pretensiones de impugnación, que con las postulaciones interpretativas del tribunal vértice y ante flagrantes omisiones

que produzcan indefensión, permitan la solución de casos seleccionados.

Se puede señalar, que la pregunta problema respectiva al carácter instrumental de dicho aforismo, queda respondida en la identificación de los límites insinuados por los preceptos estructurales de congruencia procesal y dialéctica, al punto de autorizar la variación calificadora sin alterar la neutralidad, cuando se relativiza la inconmensurable potestad del órgano hermenéutico en la imposición de su criterio absoluto. Con ese equilibrio que pudiera autorizarse, las decisiones ostentarían una mayor racionalidad en el tratamiento de la alegación fáctica y en el derecho ajustable, siempre y cuando no se favorezca el desarrollo de una ficción abstracta que pueda llenar su contenido de cualquier manera con la erudición jurisdiccional. De todos modos, el conocimiento judicial, por más de tener a su alcance insumos como la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, no escapa de los desatinos, menos a apoderarse de la posición discrecional que otorga el saber, para constituir la óptica negativa antedicha -la arbitrariedad-.

La reflexión crítica que se ha dejado expuesta no apoya la idea de convertir el método dogmático de la casación oficiosa, expresa o tácita, en un tecnicismo reducido a la lógica formal o a la instrumentalización solemne de que “*el juez conoce y aplica el derecho*”. Bastante se tiene de esa forma con la reverencia al intérprete de la norma como para aumentar su endiosamiento en un mundo terrenal donde ninguno, por más docto que parezca, se libra de la falibilidad. La propuesta recae en que la cuestión metódica del recurso extraordinario involucre la correlación con el objeto del proceso penal, así la justicia y la verdad no resultarán de una presunción, sino de una intervención judicial que en su función creadora no pretermite la juridicidad ni las cuestiones de los contendientes en las variables que acontezcan en el curso final de la actuación.

La casación es muy concreta en su ejercicio y resultado con independencia del positivismo, pero necesita de una sociología jurídica como elemento de interpretación social en su conflictividad y

resolución judicial, para no anclarse a la pulcritud del método ni a la subjetividad del poder. Actuar de esta última forma es lo que ha demostrado la afectación de intereses, particularmente de las víctimas que reclaman un papel más eficiente en la actuación. Nótese que lo expuesto sugiere un mesurado cambio en el derecho procesal penal con un llamado a condicionar *-de sententia o lege ferenda-* la forma actual de la autoridad jurisdiccional que conserva los rezagos del centralismo o que se rehúsa a equilibrar su posición circunstancial o discrecional.

Los resultados que aquí se proyectan no constituyen un cierre en la dirección de la temática *-atenuación en la monopolización del poder y tensión de garantías-*, sino un postulado para ampliar la discusión en torno a inconvenientes distintos de los colegidos *-de lógica formal, variación en la calificación y prohibición de la reforma en peor-*, así como a la perspectiva de los organismos internacionales cuando acuden al brocardo *-sin contar con la facultad de los Estados Partes, ni reconocimiento aparente como autoridades judiciales-*. No se descarta que allí también puede predicarse un detrimento al (i) poder dispositivo de los Estados en relación con las consideraciones previas a la decisión que novan la calificación y (ii) de la congruencia en la función contenciosa.

Sin caer en el fatalismo o en el pesimismo, es incierto que en un panorama tan fluctuante como el de las democracias latinoamericanas, desde cualquier extremo, sin mencionar ejemplo alguno, se refuerce el autoritarismo de los actuales regímenes presidenciales que con sus tentáculos conduzcan a la monopolización de la actividad jurisdiccional. Recuérdese que las prácticas judiciales forman dominios de saber, ya se analizó un principio que da cuenta de esa cognición, luego parafraseando a (Foucault, 2003; pág. 31) detrás de todo conocimiento está en juego una lucha de poder y el control político no está ausente de ello. De hecho, la administración de justicia en la actualidad connota unos casos sobre otros, es decir, publicita sucesos que exponen nuestra realidad de una forma distinta, pero que al final, termina por hacernos entender que cualquier conducta punible no proscribire esferas en la sociedad y que las deficiencias

institucionales parecieren no evidenciarse para algunas circunstancias.

Referencias

- Aristóteles. (1999) Retórica. Madrid: Editorial Gredos S.A. <https://cursosdelenguajeyhermeneutica.files.wordpress.com/2015/08/aristc3b3teles-retc3b3rica.pdf>
- Baraona González, J.; Carnevali Rodríguez, R.; Corral Talciani, H.; y, Vargas Pinto, T. (2008) La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal. Cuadernos de Extensión Jurídica 15. <https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/03/Cuaderno-de-Extensi%C3%B3n-Jur%C3%ADdica-N%C2%B0-15-La-Relaci%C3%B3n-de-Causalidad.pdf>
- Bohórquez Hernández, V. E. (2013) El iura novit curia en la aplicación del derecho en la decisión judicial. Estudio desde el derecho fundamental al acceso a la justicia. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/9836/1/BohorquezVictoria_2013_IuranovitcuriaDecisionJudicial.pdf
- Calvinho, G. (2006). La Regla Iura Novit Curia en beneficio de los litigantes. Código de Procedimiento Penal [CPP] Ley 600 de 2000. 24 de julio de 2000. (Colombia) https://oig.cepal.org/sites/default/files/2000_col_ley600.pdf
- Código de Procedimiento Penal [CPP] Ley 906 de 2004. 31 de agosto de 2004. (Colombia) https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_procedimiento_penal_colombia.pdf
- Código General del Proceso [CGP] Ley 1564 de 2012. 12 de julio de 2012. (Colombia) <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48425>
- Código Penal [CP] Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000. (Colombia) <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388>
- Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social [CPTSS]. Decreto-Ley 2158 de 1948. 24 de junio de 1948. (Colombia) <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5259>
- Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia). <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>
- Corte Constitucional. Sentencia T-406/92, M.P. Ciro Angarita Baron; 17 de junio de 1992. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T-851/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 28 de octubre de 2010 <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-851-10.htm>

- Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11005>
- Corte IDH. Caso Durand y Ugarte, Sentencia de 5 de marzo de 1996. <https://leyesperu.tripod.com/jurisprudencia/id8.html>
- Corte IDH. Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=194
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AC4573, Radicado 05615 31 03 001 2012 00192 01, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo; 22 de octubre de 2019.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AL5534, 4 de diciembre de 2019. <https://vlex.com.co/vid/auto-interlocutorio-corte-suprema-845684396>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP1063, Radicado 47677. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 22 de febrero de 2017. <https://vlex.com.co/vid/668489617>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP219, Radicado. 4487, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero; 25 de enero de 2016 <https://vlex.com.co/vid/691973541>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Expediente 23521, M.P. Alfredo Gómez Quintero; 5 de noviembre de 2008. <https://vlex.com.co/vid/providencia-corte-suprema-justicia-874108268>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 33844, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán; 4 de mayo de 2011. <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-874064197>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP1201, Radicado 49751, M.P. Eyder Patiño Cabrera; 3 de abril de 2019. <https://vlex.com.co/vid/777164113>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP13670, Radicado 46172, 7 de octubre de 2015.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP1653, Radicado 49157, M.P. Diego Eugenio Corredor; 5 de mayo de 2021. <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-875210128>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP16935, Radicado 48369, M.P. José Luis Barceló Camacho; 23 de noviembre de 2016.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP28441, M.P. María Del Rosario González De Lemos; 2 de julio de 2008. <https://vlex.com.co/vid/providencia-corte-suprema-justicia-874152988>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP2920, Radicado. 49686, M.P. Hugo Quintero Bernate; 30 de junio de 2021. <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-875206954>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP3070, Radicado 52750, M.P. Eyder Patiño Cabrera; 6 de agosto de 2019. <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-842010921>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP4419, Radicado 51817, M.P. E.P.C.; 10 de octubre de 2018. <https://vlex.com.co/vid/744079733>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP5492, Radicado 49156, M.P. Eyder Patiño Cabrera; 12 de diciembre de 2019. <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-842191821>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP921, Radicado 50889, M.P. Cristian Camilo Correa Pinilla; 6 de mayo de 2020. <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-845371102>
- Courtis, C. (2009) *Ecos cercanos. Estudios sobre derechos humanos y justicia*. Bogotá: Siglo del hombre Editores.
- Daza González, A.; Forero Salcedo, J. R.; y, Lozano Pacheco, L. G. (2017) *Una aproximación al recurso extraordinario de casación penal desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Admisibilidad, errores y causales*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Libre. 49-59. <https://doi.org/10.18041/978-958-8981-80-2>
- Donini, M. (2015). *Poder judicial y ética pública. La crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*. Montevideo: B de F.
- Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2018) *“Iura Novit Curia” y aplicación judicial del Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Foucault, M. (2003). *La verdad y las formas jurídicas*. 2ª ed. Barcelona: Editorial Gedisa S.A. Ley 1826 de 2017. 12 de enero de 2017. D.O. No. 50.114 https://acmineria.com.co/acm/wp-content/uploads/normativas/ley_1826_de_2017_-_acusador_privado.pdf
- Ley 270 de 1996. 7 de marzo de 1996. D.O. No. 42745 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6548>
- Ley 54 de 1990. 28 de diciembre de 1990. D.O. No. 39615 <https://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/pdhulbq/html/Programas/LEY%2054%20DE%201990.htm>
- Martínez Quintero, R. (2014) *“La casación: De recurso extraordinario a proceso constitucional de la sentencia penal a partir de sus fines”*. *Misión Jurídica*, 6(6), 259–272. <https://doi.org/10.25058/1794600x.72>
- Meroi, A. A. (2007) *Iura Novit Curia y Decisión imparcial*. *Revista Ius et Praxis*, 13 (2), 379 390. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000200015>

- Muñoz Machado, S. (2017). Libro de estilo de la justicia. Madrid: Espasa.
- Nieto Navia, R. (2014) La aplicación del principio Iura Novit Curia por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément, Córdoba. *Advocatus*, 618-639. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33025.pdf>
- Pabón Gómez, G. (2011). De la casación penal en el sistema acusatorio. Bogotá: Ibáñez.
- Pérez Luño, A. E. (2007) Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. *Revista Teoría Y Realidad Constitucional*, 20, 495. <https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6776>
- Poveda Perdomo, A. y Poveda Rodríguez, A. (2021) *Leciones de Derecho Penal colombiano. Parte General*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Salido, M. B. (2016). El Iura Novit Curia y su incidencia en el derecho de defensa en juicio y en la garantía de la imparcialidad del juzgador. Montevideo: B de F.
- Sancinetti, M. A. (2008) ¿Incidencia de los cursos causales hipotéticos en el Derecho Penal? Buenos Aires-Argentina. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080604_02.pdf
- Tamayo Jaramillo, J. (2013) *La decisión judicial, tomos I y II*. Bogotá: Biblioteca jurídica Díké.
- Velandia Canosa, E. A. (2010) *Derecho Procesal Constitucional: Memorias del primer congreso de Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: VC Editores Ltda.