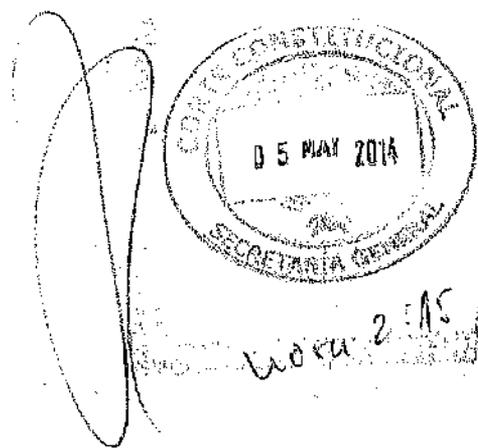


Protegido por Habeas Data

Abogado Penalista

D-10229
1 OK



Sr.: Presidente.
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.
Honorable Magistrados.
Corte Constitucional.
Bogotá. D C

Referencia: Acción Pública de constitucionalidad, demanda que pretende la declaratoria de inconstitucionalidad parcial del artículo 184 de la ley 906 de 2004 y del artículo 347 de la Ley 1.564 de 2.012.

“ LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA NO PUEDEN SOLUCIONARSE CON EL SACRIFICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS. EN CASO DE PRESENTARSE CONFLICTO ENTRE UN DERECHO FUNDAMENTAL E INALIENABLE DE LA PERSONA HUMANA, Y LA CONVENIENCIA DE ADECUAR UNA INSTITUCIÓN A OBJETIVOS PRÁCTICOS ALCANZABLES DE OTRO MODO, SIN DUDA HA DE PREVALECER LA GARANTÍA DEL PRIMERO. PARA AMBOS OBJETIVOS PRÁCTICOS DEBE HABER REMEDIOS ADECUADOS QUE NO RESULTEN VIOLATORIOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEL ORDENAMIENTO SUPERIOR.

LOS INTENTOS DE REESTRUCTURACIÓN INSTITUCIONAL QUE SE TRADUCEN EN CAMBIOS Y REFORMAS A LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES VIGENTES, NO PUEDEN CONVERTIRSE, SO PRETEXTO DE DOTAR A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MAYOR EFICIENCIA, EN UNA FORMA DE DESCONOCER GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE TODOS LOS CIUDADANOS, REPRESENTADAS EN EL PRINCIPIO Y DERECHO CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO.” Sent. C-252 del 28 de febrero de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Protegido por Habeas Data

Protegido por Habeas Data

Abogado Penalista

2

Protegido por Habeas Data, haciendo uso de la acción pública de constitucionalidad¹, demandamos parcialmente los artículos 184 de la Ley 906 de 2.004 y 347 de la Ley 1.564 de 2012, por estimar que vulneran principios de la Constitución Política de Colombia **como se demostrará más adelante**. Las normas vulneradas de la Carta Política son las siguientes: Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 13, 29, 89, 122, 123, 228, 229, 235, y 243. Las normas violadas de los Tratados sobre Derechos Humanos que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad son las siguientes: I) Pacto Universal de Derechos Humanos (Ley 74 de 1968), art 3, 5,14; II) Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972): Art 8, 24, 25, 28, 31,

Acumulación de demandas.

Conforme a lo previsto en el decreto 2067 de 1.991 Art. 5º, en caso de que exista coincidencia total o parcial de esta demanda con otra y en relación con la norma acusada, les rogamos se sirvan acumular las mismas.

CAPÍTULO I.- LAS NORMAS DEMANDADAS.

La norma parcialmente demandada es la siguiente:

"ARTÍCULO 184. **ADMISIÓN.** Vencido el término para interponer el recurso, la demanda se remitirá junto con los antecedentes necesarios a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que decida dentro de los treinta (30) días siguientes sobre la admisión de la demanda.

No será seleccionada, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: Si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundamentamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

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

¹ ARTÍCULO 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:

1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.

ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

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.

Para el efecto, se fijará fecha para la audiencia de sustentación que se celebrará dentro de los treinta (30) días siguientes, a la que podrán concurrir los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción dentro de los límites de la demanda. (La parte destacada es la demandada)

Para cumplir con la proposición jurídica completa de la demanda, se acusa igualmente, de manera parcial, el artículo 347 del Código General del Proceso, que contempla una institución similar a la norma del Código de Procedimiento Penal, demandada primeramente.

" ARTÍCULO 347. SELECCIÓN EN EL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN. La Sala, aunque la demanda de casación cumpla los requisitos formales, podrá inadmitirla en los siguientes eventos:

1. Cuando exista identidad esencial del caso con jurisprudencia reiterada de la Corte, salvo que el recurrente demuestre la necesidad de variar su sentido.
2. Cuando los errores procesales aducidos no existen o, dado el caso, fueron saneados, o no afectaron las garantías de las partes, ni comportan una lesión relevante del ordenamiento.
3. Cuando no es evidente la trasgresión del ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente." (La parte destacada es la demandada)

Los apartes demandados son los destacados.

CAPÍTULO II.- LAS NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD QUE HAN SIDO INFRINGIDAS.

A) Las normas vulneradas de la Constitución Política

Las contenidas en el Preámbulo de la Carta Política y los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 89, 122, 123, 228, 229, 235, 243, en los apartes destacados:

"PREAMBULO

El pueblo de Colombia,

en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, LA JUSTICIA, LA IGUALDAD, EL CONOCIMIENTO, LA LIBERTAD Y LA PAZ, DENTRO DE UN MARCO JURÍDICO, DEMOCRÁTICO Y PARTICIPATIVO QUE GARANTICE UN ORDEN POLÍTICO, ECONÓMICO Y SOCIAL JUSTO, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:

ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, FUNDADA EN EL RESPETO DE LA DIGNIDAD HUMANA, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

ARTICULO 2o. (...)

LAS AUTORIDADES DE LA REPÚBLICA ESTÁN INSTITUIDAS PARA PROTEGER A TODAS LAS PERSONAS RESIDENTES EN COLOMBIA, EN SU VIDA, HONRA, BIENES, CREENCIAS, Y DEMÁS DERECHOS Y LIBERTADES, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

* ARTÍCULO 4o. La Constitución es norma de normas. EN TODO CASO DE INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY U OTRA NORMA JURÍDICA, SE APLICARÁN LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES.

(...)

* ARTÍCULO 13. TODAS LAS PERSONAS NACEN LIBRES E IGUALES ANTE LA LEY, RECIBIRÁN LA MISMA PROTECCIÓN Y TRATO DE LAS AUTORIDADES Y GOZARÁN DE LOS MISMOS DERECHOS, LIBERTADES Y OPORTUNIDADES SIN NINGUNA DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SEXO, RAZA, ORIGEN NACIONAL O FAMILIAR, LENGUA, RELIGIÓN, OPINIÓN POLÍTICA O FILOSÓFICA

(...)

* ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

NADIE PODRÁ SER JUZGADO SINO CONFORME A LEYES PREEXISTENTES al acto que se le imputa, ANTE JUEZ O TRIBUNAL COMPETENTE Y CON OBSERVANCIA DE LA PLENITUD DE LAS FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO.

(...) A IMPUGNAR LA SENTENCIA CONDENATORIA, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

(...)

* ARTÍCULO 89. Además de los consagrados en los artículos anteriores, LA LEY ESTABLECERÁ LOS DEMÁS RECURSOS, LAS ACCIONES, Y LOS PROCEDIMIENTOS NECESARIOS PARA QUE PUEDAN PROPUGNAR POR LA INTEGRIDAD DEL ORDEN JURÍDICO, Y POR LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS INDIVIDUALES, DE GRUPO O COLECTIVOS, FRENTE A LA ACCIÓN U OMISIÓN DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS.

ARTICULO 94. LA ENUNCIACIÓN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES VIGENTES, NO DEBE ENTENDERSE COMO NEGACIÓN DE OTROS QUE, SIENDO INHERENTES A LA PERSONA HUMANA, NO FIGUREN EXPRESAMENTE EN ELLOS.

*ARTÍCULO 122. NO HABRÁ EMPLEO PÚBLICO QUE NO TENGA FUNCIONES DETALLADAS EN LEY O REGLAMENTO y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente

(...)

*ARTÍCULO 123. (...)

LOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTÁN AL SERVICIO DEL ESTADO Y DE LA COMUNIDAD; EJERCERÁN SUS FUNCIONES EN LA FORMA PREVISTA POR LA CONSTITUCIÓN, LA LEY Y EL REGLAMENTO.

(...)

ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley Y EN ELLAS PREVALECE EL DERECHO SUSTANCIAL. (...)

"ARTÍCULO 229. SE GARANTIZA EL DERECHO DE TODA PERSONA PARA ACCEDER A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. (...)

"ARTICULO 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

1. ACTUAR COMO TRIBUNAL DE CASACIÓN.

(...)

"ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

NINGUNA AUTORIDAD PODRÁ REPRODUCIR EL CONTENIDO MATERIAL DEL ACTO JURÍDICO DECLARADO INEJECIBLE POR RAZONES DE FONDO, MIENTRAS SUBSISTAN EN LA CARTA LAS DISPOSICIONES QUE SIRVIERON PARA HACER LA CONFRONTACIÓN ENTRE LA NORMA ORDINARIA Y LA CONSTITUCIÓN. (Lo destacado no lo es en el texto).

B) Normas del Bloque de Constitucionalidad vulneradas:

I) Pacto Universal de Derechos Humanos (Ley 74 de 1968):

"ARTÍCULO 3.

LOS ESTADOS PARTES EN EL PRESENTE PACTO SE COMPROMETEN A GARANTIZAR A HOMBRES Y MUJERES LA IGUALDAD EN EL GOCE DE TODOS LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS ENUNCIADOS EN EL PRESENTE PACTO.

"ARTÍCULO 5.

(...)

2- NO PODRÁ ADMITIRSE RESTRICCIÓN O MENOSCABO DE NINGUNO DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS O VIGENTES EN UN ESTADO PARTE EN VIRTUD DE LEYES, CONVENCIONES, REGLAMENTOS O COSTUMBRES, SO PRETEXTO DE QUE EL PRESENTE PACTO NO LOS RECONOCE O LOS RECONOCE EN MENOR GRADO

"Artículo 14º.

1. TODAS LAS PERSONAS SON IGUALES ANTE LOS TRIBUNALES Y CORTES DE JUSTICIA. TODA PERSONA TENDRÁ DERECHO A SER OÍDA PUBLICAMENTE Y CON LAS DEBIDAS GARANTÍAS POR UN TRIBUNAL COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL, ESTABLECIDO POR LA LEY, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de Menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

5. TODA PERSONA DECLARADA CULPABLE DE UN DELITO TENDRÁ DERECHO A QUE EL FALLO CONDENATORIO Y LA PENA QUE SE LE HAYA IMPUESTO SEAN SOMETIDOS A UN TRIBUNAL SUPERIOR, CONFORME A LO PRESCRITO POR LA LEY

DERECHOS Y LIBERTADES QUE SEAN RECONOCIDOS de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77. (Lo destacado no lo es en los textos)

Así ha entendido la Corte Constitucional el concepto de bloque de constitucionalidad:

" La Corte Constitucional ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones, las cuales de acuerdo con la Constitución tienen jerarquía constitucional (bloque de constitucionalidad *stricto sensu*). Hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción. (C-358 de 1997), los tratados limítrofes (C 191 de 1998) y los convenios 87 y 88 de la O.I.T (T- 568 de 1999), entre otros....-), o a partir de otras normas que aunque no tienen rango constitucional, representan parámetros para analizar la validez constitucional de las disposiciones sometidas a su control (bloque de constitucionalidad *lato sensu*)."².-

En fallo de constitucionalidad con radicado C-200 del 19 de marzo de 2002, respecto del bloque de constitucionalidad expresó lo siguiente:

" 3.2. El bloque de constitucionalidad y su significado en el presente proceso

Esta Corporación ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional³ -bloque de constitucionalidad *stricto sensu*-, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control -bloque de constitucionalidad *lato sensu*-.⁴

En este contexto, se ha dicho que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas⁵ y, (v) las leyes estatutarias⁶.

En relación con los tratados, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores⁷, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii)⁸.

En efecto ha dicho la Corte que:

" (...) de la Carta también hacen parte las normas y principios incorporados en el bloque de constitucionalidad, que "sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes,

² Sentencia C-774 del 25 de julio del 2001.- M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.-

³ Entre otros los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción. (C-358 de 1997), los tratados limítrofes (C-191 de 1998) y los convenios 87 y 88 de la O.I.T (T- 568 de 1999).

⁴ Ver Sentencias C-191 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-774-2001 M.P. Rodrigo Escobar.

⁵ Sentencias C-600A de 1995, C-287 de 1997, C-337 de 1993.

⁶ Sentencias C-179 de 1994, C-578 de 1995.

⁷ Sentencia C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁸ Al respecto puede consultarse las sentencias C-195 de 1993 y C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la Constitución”⁹, como sucede con ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno por disponerlo así el artículo 93 superior, precepto que “no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales ‘prohíben su limitación en los Estados de Excepción’ es decir que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los Estados de Excepción”¹⁰, caso en el cual se trata de principios y reglas de verdadero valor constitucional que deben ser respetados por el legislador”¹¹ y¹²

La Corte Constitucional ha desarrollado el anterior concepto cardinal, en aras del respeto de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho y de la concepción antropocéntrica de la Constitución Política, en virtud a que esta última, nos remite al respeto de los Tratados Internacionales suscritos por Colombia que protegen derechos fundamentales y de los tratados y convenios que sirven de parámetros de interpretación de los derechos fundamentales contenidos en la misma; el artículo 93¹³ de la Carta Política reconoce que los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación aún en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Por lo tanto, si una norma del ordenamiento jurídico interno, no sólo vulnera la Constitución Política, sino que además contraría una disposición de un Tratado Internacional de Derechos Humanos ratificado por Colombia, la misma deberá ser excluida del ordenamiento jurídico, porque tanto la una (Constitución), como las otras (Tratado Internacional) son inescindibles y conforman el bloque de constitucionalidad.

**CAPÍTULO III. DE LA INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA
CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 184 DE LA
LEY 906 DE 2004 Y DE LA EXISTENCIA DE COSA JUZGADA**

⁹ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencias No. C-225 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-295 de 1993. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹ Sentencia C- M.P. Fabio Morón Díaz

¹² MP. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

¹³ ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>
El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

**CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 347,
NUMERAL 1º DE LA LEY 1564 DE 2012.**

1. De la no existencia de cosa juzgada constitucional en relación con el artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Para que exista cosa juzgada constitucional, es necesario que exista un pronunciamiento expreso de la Corte Constitucional, en donde *definitivamente* sea resuelto un asunto llevado a su conocimiento por medio de la acción de constitucionalidad, pues de no existir una decisión de tales características, ésta no existirá.

Por ejemplo, en la sentencia C-397 de 1997, donde fungió como ponente el Dr. José Gregorio Hernández, respecto del tema tratado manifestó lo siguiente:

" El inciso primero del artículo 243 de la Constitución Política, establece:

" Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional."

De esta preceptiva constitucional se tiene que las decisiones que profiera la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, lo que significa que dichas decisiones se toman en definitivas e incontrovertibles de tal manera que sobre el tema resuelto no puede plantearse un nuevo proceso ¹⁴ "

Esa Honorable Corporación no ha hecho ningún pronunciamiento de constitucionalidad en relación con las normas ahora demandadas, por lo tanto no existe cosa juzgada constitucional.

2.- De la existencia de cosa juzgada constitucional en relación con el artículo 347 de la Ley 1.564 de 2.012.

En la ley 553 de 2000 se concretó lo que se denominó como "Respuesta inmediata", sobre el argumento de que la Sala de Casación Penal estaba sobrecargada de trabajo, podía no dar respuesta a las demandas de casación, cuando sobre el mismo punto de derecho ya se hubiese pronunciado la Sala de Casación, con el inventado artificio de la respuesta inmediata. En la mencionada norma se dispuso al respecto:

"Artículo. 226 A.- Respuesta inmediata. Cuando sobre el tema jurídico sobre el cual versa el cargo o los cargos propuestos en la demanda ya se hubiere pronunciado la Sala de Casación en forma unánime y de igual manera no considere necesario reexaminar el punto, podrá tomar la decisión en forma inmediata citando simplemente el antecedente." (Lo destacado no lo es en el texto).

¹⁴ C-397 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

La norma anterior fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-252 del 28 de febrero de 2001, con ponencia del H. M. Carlos Gaviria Díaz, que en relación con el terna, entre otras consideraciones, sostuvo las siguientes:

“ 4.2. Del renovado significado de la motivación de las providencias judiciales

Una de las consecuencias que se siguen de afirmar la necesidad de respetar los precedentes en materia judicial tiene que ver, indudablemente, con el renovado significado que adquiere la obligación del juez de motivar sus fallos. LA NECESIDAD DE COHERENCIA Y UNIFORMIDAD QUE SE EXIGE DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES QUE VERSAN SOBRE HECHOS SIMILARES, NO PUEDE SATISFACERSE AL PRECIO DE DESCONOCER LAS PARTICULARIDADES DE CADA CASO, O EVITAR UN EXAMEN RIGUROSO DE LOS HECHOS ESENCIAL DENTRO DE LA LABOR JUDICIAL. PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DE LA REITERACIÓN DE UNA LÍNEA ESPECÍFICA DE PRECEDENTES, o la conveniencia de apartarse de ella. Sobre estas materias, la disposición impugnada, inexplicablemente, guarda silencio.

VALGA ANOTAR QUE EL ASUNTO QUE EN ESTE ACÁPITE SE ANALIZA NO ES ASIMILABLE A LA SITUACIÓN QUE SE PRESENTA CUANDO LA CORTE CONSTITUCIONAL, A TRAVÉS DE SU CORRESPONDIENTE SALA DE SELECCIÓN, SE ABSTIENE DE ESCOGER UN FALLO DE TUTELA PARA SU REVISIÓN. EN ESTE CASO NO SE TRATA DE ANALIZAR LAS RAZONES QUE LA PARTE INTERESADA ADUCE CON EL PROPÓSITO DE INVALIDAR UNA SENTENCIA QUE CONSIDERA VICIADA, PUES NO SE ESTÁ EN PRESENCIA DE RECURSO ALGUNO. LO QUE HACE LA CORTE ES EJERCER UNA POTESTAD QUE DIRECTAMENTE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE ESTABLECER SI EN UN DETERMINADO FALLO, AL CONTRADICIR UNA DOCTRINA SENTADA POR LA CORPORACIÓN, SE HA DESCONOCIDO UN DERECHO FUNDAMENTAL DEL ACTOR Y, POR CONTRA SE HA VULNERADO, POR ESE MISMO HECHO, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. NO HAY DE POR MEDIO UNA DEMANDA CUYO PETITUM DEBA SER ANALIZADO Y RESPONDIDO MEDIANTE UNA SENTENCIA DE MÉRITO, QUE ACOJA O DESECHE LAS RAZONES DEL ACTOR.

ES EL PROPIO CONSTITUYENTE EL QUE HA DISPUESTO QUE EL PROCESO DE TUTELA CONCLUYA EN LA SEGUNDA INSTANCIA, SI HAY IMPUGNACION, O EN LA PRIMERA SI NO LA HAY, Y QUE LA REVISIÓN EVENTUAL POR LA CORTE TENGA POR OBJETO EL QUE ARRIBA SE ANOTÓ.

Resulta inexplicable, entonces, por qué el artículo 10 de la Ley 553 de 2000 no hace referencia alguna a estos asuntos, prefiriendo confiar el funcionamiento del sistema de precedentes a través de la respuesta inmediata, a la escueta citación de pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, análogos al caso que se estudia, sin cumplir las exigencias mínimas de justificación que deben respetar todos los pronunciamientos judiciales. Por esta vía, se están desconociendo las garantías básicas del debido proceso de los sujetos procesales que intervienen en el recurso de casación, en detrimento de derechos tan preciados para una comunidad democrática como la libertad personal y la primacía de la justicia material en todas las actuaciones judiciales. ESTAS RAZONES SON SUFICIENTES PARA DECLARAR LA INEXEQUIBILIDAD DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 553 DE 2000.

IGUALMENTE, LA CORTE RETIRARÁ DEL ORDENAMIENTO POSITIVO EL ARTÍCULO 214 DE LA LEY 600 DE 2000, QUE REPRODUCE LA DISPOSICIÓN QUE AQUÍ SE DECLARA INEXEQUIBLE¹⁵. (Lo destacado no lo es en el texto).

¹⁵ ARTÍCULO. 214. Cuando sobre el tema jurídico sobre el cual versa el cargo o los cargos propuestos en la demanda ya se hubiere pronunciado la Sala de Casación en forma unánime y de igual manera no considere necesario reexaminar el punto, podrá tomar la decisión en forma inmediata citando simplemente el antecedente.

El argumento central de ésta decisión es que toda providencia judicial sea adecuadamente motivada y con la consagración de la respuesta inmediata que autorizaba a la Corte a no hacer referencia concreta al fallo recurrido, sino que si con anterioridad se había producido una jurisprudencia que fallase un caso similar, bastaba que se citara tal precedente jurisprudencial, y en tales circunstancias, es claro que se producía una decisión no motivada. Pero es obvio, que con tal disposición se estaba autorizando que se fallaran definitivamente procesos de casación, sin haberse hecho siquiera referencia a los hechos y sin haberse hecho sin ninguna clase de motivación respecto a las cuestiones fácticas y puntos jurídicos del caso en concreto.

Es una realidad demostrada, que no existen dos conductas exactamente iguales, de la misma manera, que no existen dos procesos idénticos, así sean adelantados por delitos del mismo género. La individualidad de cada conducta y la singularidad de cada proceso, obligan a la judicatura, para efectos de cumplir con la exigencia constitucional de la motivación de las providencias, a que en cada caso se analicen esas particularidades de la conducta y esas singularidades de cada proceso.

Es imposible desde la perspectiva jurídica y fáctica, que en un citado precedente judicial, pudieran recogerse con exactitud todas las características de individualización de las conductas y las identidades singulares del proceso que es motivo de juzgamiento.

Es diáfano que existen procesos parecidos por la identidad de los delitos y muchas veces incluso, por la similitud de las circunstancias en que fueron consumados, pero al igual que la huella digital, no existen dos delitos, desde su perspectiva fáctica y subjetiva similares, y mucho menos, muchísimo menos, dos procesos iguales, que permitieran que con la simple referencia a una jurisprudencia anterior, pudiera relevar al juez de casación, para que no estudie las circunstancias personales, tanto del sujeto activo como de la víctima y tampoco se analicen las circunstancias de tiempo, modo y lugar, del proceso que se encuentra a estudio de esa corporación de casación, ni las consideraciones jurídicas, respecto de las normas adecuables a ese caso.

Es precisamente por esas razones que esa Honorable Corporación determinó la inconstitucionalidad de la norma que de tal manera creaba el instituto de la "respuesta inmediata", porque tales fallos, fundamentados en jurisprudencias anteriores y no en las circunstancias fácticas y humanas del caso que debía de ser fallado, carecía de la más absoluta motivación de la sentencia.

Por tener los fallos de constitucionalidad fuerza de ley y obligar por tanto a todos los habitantes del territorio nacional, fuerza *erga omnes*, el artículo 243 de la Carta, prohíbe reproducir el contenido material de la norma declarada inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Constitución, las disposiciones que llevaron a la declaratoria de inexecutable.

Es claro que el numeral 1º del artículo 347 de la Ley 1.564 de 2.012, es una reiteración de la norma previamente analizada que fue declarada inexecutable por esa Corporación, existiendo en tales circunstancias, cosa juzgada constitucional, porque con una redacción distinta, pero con un mismo objetivo y los mismos efectos de aceptar la inmotivación de las decisiones judiciales, con similitud en la forma de su consagración, se autoriza en éste caso a la Sala de Casación Civil, a que no motive la sentencia de casación en relación con las características concretas de cada caso en particular, sino que si precedentemente se ha producido jurisprudencia reiterada, que tenga identidad con el caso recurrido, la Sala podrá inadmitir la demanda de casación, a pesar de que la misma reúna los requisitos exigidos en la ley. En tal sentido se repite, la norma ahora demandada como contraria a la Carta Política, y ello constituye una clara violación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 243 de la Carta Política. La norma parcialmente demandada dispone:

" ARTÍCULO 347. SELECCIÓN EN EL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN. La Sala, aunque la demanda de casación cumpla los requisitos formales, podrá inadmitirla en los siguientes eventos:

1. Cuando exista identidad esencial del caso con jurisprudencia reiterada de la Corte, salvo que el recurrente demuestre la necesidad de variar su sentido.

..... (El apartado destacado es el demandado):

Podría decirse que la única diferencia entre la norma declarada inexecutable y la que ahora se demanda por haber vulnerado la cosa juzgada constitucional es que mientras en la primera se exigía que la jurisprudencia hubiera sido aprobada unánimemente, ahora se requiere que haya sido reiterada; razón suficiente para afirmar que respecto de la norma demandada ha operado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada material.

Pero es seguro que tal diferencia no altera, ni modifica la identidad de las normas, porque la nueva conserva el meollo del asunto que motivó la decisión de inexecutable, porque debemos insistir que al autorizar el legislador que no se hiciera ningún estudio fáctico ni jurídico, sobre los hechos del proceso que debía de ser fallado, sino que bastaba que con anterioridad se hubiera producido una jurisprudencia aprobada unánimemente que fallara un caso similar, bastaba a la Corte, citar el precedente y no era necesario estudiar a fondo el proceso. La Corte Constitucional consideró que esta norma autorizaba a que se fallaran definitivamente recursos de casación carentes de motivación, puesto que no se hacía en tales circunstancias un estudio fáctico, subjetivo, ni jurídico sobre los aspectos concretos de ese proceso.

Es perfectamente clara la reincidencia en la infracción constitucional, porque tanto en las normas declaradas inexecutables, artículo 10 de la Ley 553 de 2000, que adiciona el Código Penal con el artículo 226 A, y el artículo 214 de la Ley 600 de 2000 tienen dos elementos comunes con el ahora demandado artículo 347 de la Ley 564 de 2.012 a saber:

A) La existencia de un precedente jurisprudencial, que tenga similitudes con el caso comprendido en la demanda que no se selecciona;

B) No selección de la demanda, independientemente de que reúna los requisitos formales exigidas normativamente; y

C) No selección de la demanda, que conlleva de manera necesaria la falta de motivación en la decisión y negación al ciudadano del derecho de recibir una respuesta concreta sobre sus pretensiones demandatorias.

Esta identidad en las tres normas, las dos primeras declaradas inexecutable y la que ahora se demanda es evidente si se realiza su comparación:

Ley 553 de 2.000:

"Artículo 10.- Créase el artículo 226 A del Código Penal (sic) con el siguiente contenido:

Artículo. 226 A.- Respuesta inmediata. CUANDO SOBRE EL TEMA JURÍDICO SOBRE EL CUAL VERSA EL CARGO O LOS CARGOS PROPUESTOS EN LA DEMANDA YA SE HUBIERE PRONUNCIADO LA SALA DE CASACIÓN EN FORMA UNÁNIME Y DE IGUAL MANERA NO CONSIDERE NECESARIO REEXAMINAR EL PUNTO, PODRÁ TOMAR LA DECISIÓN EN FORMA INMEDIATA CITANDO SIMPLEMENTE EL ANTECEDENTE." (Lo destacado no lo es en el texto)

Ley 600 de 2.000:

" ARTÍCULO. 214. **CUANDO SOBRE EL TEMA JURÍDICO SOBRE EL CUAL VERSA EL CARGO O LOS CARGOS PROPUESTOS EN LA DEMANDA YA SE HUBIERE PRONUNCIADO LA SALA DE CASACIÓN EN FORMA UNÁNIME Y DE IGUAL MANERA NO CONSIDERE NECESARIO REEXAMINAR EL PUNTO, PODRÁ TOMAR LA DECISIÓN EN FORMA INMEDIATA CITANDO SIMPLEMENTE EL ANTECEDENTE.** (Lo destacado no lo es en el texto)

Ley 1.564 de 2.012:

" ARTÍCULO 347. **SELECCIÓN EN EL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN.** La Sala, aunque la demanda de casación cumpla los requisitos formales, podrá inadmitirla en los siguientes eventos:

1. CUANDO EXISTA IDENTIDAD ESENCIAL DEL CASO CON JURISPRUDENCIA REITERADA DE LA CORTE, SALVO QUE EL RECURRENTE DEMUESTRE LA NECESIDAD DE VARIAR SU SENTIDO.

2. Cuando los errores procesales aducidos no existen o, dado el caso, fueron saneados, o no afectaron las garantías de las partes, ni comportan una lesión relevante del ordenamiento.

3. Cuando no es evidente la trasgresión del ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente. (Lo destacado no lo es en el texto)

Se repite la inmotivación de la decisión, que es precisamente el punto central sobre el que descansa la decisión de inexecutable y lo que constituye la cosa juzgada constitucional.

El fenómeno jurídico de la cosa juzgada material, de acuerdo con la doctrina constitucional de la Corte se produce cuando:

" Por su parte, la cosa juzgada material, " **SE PRESENTA CUANDO NO SE TRATA DE UNA NORMA CON TEXTO NORMATIVO EXACTAMENTE IGUAL, ES DECIR, FORMALMENTE IGUAL, SINO DE UNA DISPOSICIÓN CUYOS CONTENIDOS NORMATIVOS SON IDÉNTICOS.** El fenómeno de la cosa juzgada opera así respecto de

los contenidos de una norma jurídica..." Sentencia C - 427 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. (Resaltado propio)

En las circunstancias precedentes se debe declarar la inexecutable de la norma demandada parcialmente para que sea respetada la cosa juzgada constitucional, en una de sus modalidades, como lo es la cosa juzgada material.

A pesar de la argumentación precedente, hemos querido en cada capítulo destinado a la demostración de la inconstitucionalidad del artículo 184 parcial, de la Ley 906 de 2004, hacer un subcapítulo referido directamente al numeral 1º del artículo 347 de la Ley 1.564 de 2.012, para demostrar que igualmente, así no existiese la cosa juzgada constitucional, estamos en presencia de una norma que infringe la Constitución Nacional.

**CAPÍTULO IV. DE LAS CONSIDERACIONES DEMOSTRATIVAS DE LA
CONTRARIEDAD DE LAS NORMAS DEMANDADAS CON ALGUNAS
PREVISIONES DE LA CARTA POLÍTICA.**

En el trámite y decisión del recurso extraordinario ha predominado y predomina lo puramente formal, porque es una realidad que ha sido creada, recreada y nuevamente modificada, siempre afecta y unida a la tramitología, a lo superfluo, a lo anodino, a lo puramente formal; sin que se tenga en cuenta la teleología que lo justifica: la integridad constitucional y normativa, la verdad y la justicia; es por ello que las sucesivas reformas a que se ha sometido la casación han sido pensadas más en beneficio de la eficiencia, evitando la congestión laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en las garantías, derechos y privilegios a que tienen derecho los ciudadanos.

Si como se encuentra demostrado, la congestión de trabajo que padecen los despachos judiciales es excesiva, se deben buscar soluciones que no pongan en peligro o causen detrimento a los derechos fundamentales de los ciudadanos. En la decisión mediante la cual se declaró la inexecutable de algunas normas de la Ley 553 de 2.000, por medio de la cual se creaban instituciones como la de la "Respuesta inmediata" en casación, que confería al Tribunal de Casación la facultad para no responder las demandas, si con anterioridad se había producido jurisprudencia que fuera aplicable al caso.

En la exposición de motivos de esa Ley, se dijo que la reforma se justificaba por el excesivo trabajo que enfrentaban los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. En las consideraciones que hizo nuestro Juez Constitucional, para fundamentar la declaratoria de inexecutable de varias de las nuevas instituciones procesales creadas, entre ellas la de la respuesta inmediata se sostuvo:

**" LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA NO PUEDEN
SOLUCIONARSE CON EL SACRIFICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS
PERSONAS. EN CASO DE PRESENTARSE CONFLICTO ENTRE UN DERECHO
FUNDAMENTAL E INALIENABLE DE LA PERSONA HUMANA, Y LA CONVENIENCIA**

DE ADECUAR UNA INSTITUCIÓN A OBJETIVOS PRÁCTICOS ALCANZABLES DE OTRO MODO, SIN DUDA HA DE PREVALECCER LA GARANTÍA DEL PRIMERO. PARA AMBOS OBJETIVOS PRÁCTICOS DEBE HABER REMEDIOS ADECUADOS QUE NO RESULTEN VIOLATORIOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEL ORDENAMIENTO SUPERIOR.

LOS INTENTOS DE REESTRUCTURACIÓN INSTITUCIONAL QUE SE TRADUCEN EN CAMBIOS Y REFORMAS A LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES VIGENTES, NO PUEDEN CONVERTIRSE, SO PRETEXTO DE DOTAR A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MAYOR EFICIENCIA, EN UNA FORMA DE DESCONOCER GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE TODOS LOS CIUDADANOS, REPRESENTADAS EN EL PRINCIPIO Y DERECHO CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO. Sent. C-252 del 28 de febrero de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Considérese o no una tercera instancia, sea o no un recurso extraordinario, lo cierto es que por encima de las previsiones legales que regulan la casación, se encuentran las previsiones constitucionales y de conformidad con ellas, de manera necesaria ha de predominar la verdad histórica de los hechos, el derecho material y, ante todo: la justicia, único valor con el que es válido el verdadero goce de la vida, la libertad, la dignidad humana y todos y cada uno de los derechos fundamentales inherentes al hombre como fin último del Estado de Derecho.

Para comprender mejor cuáles son los valores prevalentes en el proceso de administración de justicia en general, y de la casación en particular, se hace necesario que tengamos una visión panorámica de los valores fundamentales establecidos en la Carta Política y la incidencia que ellos deberían de tener en el trámite y fallo del recurso de casación; valores que hoy, en la última reforma introducida al recurso extraordinario dentro del sistema acusatorio, de manera inexplicable y lamentable, no los tiene.

En relación con esta temática se hace indispensable conciliar una serie de principios constitucionales que podrían aparecer o interpretarse como contradictorios, pero que en realidad, no lo son, y lo que debe hacerse es concordarlos y armonizarlos para de esta manera, cumplir a cabalidad con el mandato del Constituyente.

Dentro de la conciliación y conformidad de estos principios que constituyen la esencia misma del Estado de Derecho, es imprescindible que partamos de los mandatos que aparecen en el Preámbulo de nuestra Carta Política y en los primeros artículos, en donde se nos define en nuestra estructura estatal, nacional y social.

I- LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA EN EL PREÁMBULO CONSTITUCIONAL

Efectivamente, en el Preámbulo se establece que el Pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano representado por los delegatarios de la Asamblea Nacional Constituyente se reúnen para promulgar la Carta Política:

".....con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y *asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, LA JUSTICIA, LA IGUALDAD, el conocimiento, la libertad y la paz, DENTRO DE UN MARCO JURÍDICO, DEMOCRÁTICO y participativo que garantice un orden político, económico y social justo*...." (Lo destacado no lo es en el texto).

En el propio Preámbulo el Constituyente manifiesta la intención de crear un Estado Democrático, sustentado en unos valores fundamentales, que garanticen los

derechos básicos del ciudadano dentro de los que se destaca la justicia, situación que nos indica, con meridiana claridad, que es objetivo político de nuestra democracia la obtención de la justicia; siendo este un concepto complejo, pues ha de comprenderse lo social, la económica, la política y la jurídica; expresión que significa, en el ámbito del ejercicio del poder punitivo del Estado, la competencia que tienen los funcionarios de la rama jurisdiccional del poder público, de investigar hechos que hayan afectado derechos protegidos penalmente, lo que conlleva al procesamiento de ciudadanos como presuntos responsables de los mismos. Esto impone, a los funcionarios de la tercera de las ramas, a estar comprometidos en la búsqueda de la verdad histórica de los hechos¹⁶ y a juzgar y sentenciar dentro del marco constitucional y legal del debido proceso.

Pero débase destacar igualmente que se matiza en el Preámbulo, el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, y destacamos este principio, porque a lo largo del libelo, demostraremos, como las normas demandadas vulneran el principio de igualdad ciudadana, estableciendo incluso privilegios para los que no cumplen las exigencias legales y en claro detrimento para quienes si las cumplen, porque finalmente lo que se demanda en el artículo 184 de la Ley 906, es que se autorice a la Sala de Casación Penal para que no seleccione demandas que reúnen los requisitos de técnica y que en sentido contrario, se seleccionen demandas que no han cumplido con tales exigencias legales.

En relación con el contenido del Preámbulo de la Carta Política no debe olvidarse que se le ha reconocido valor normativo, porque hace parte del texto constitucional y por tanto tiene el mismo valor normativo que las restantes cláusulas constitucionales de estructura similar. En tal sentido se ha expresado la profesora Catalina Botero Marino al sostener:

" La Corte Constitucional, creada por la Constitución de 1991, ha considerado que el preámbulo de la Constitución hace parte del derecho constitucional y que, por consiguiente, tiene el mismo valor que las restantes cláusulas constitucionales de estructura similar.

La jurisprudencia de la Corte se funda en las siguientes premisas:

"HABIENDO SIDO APROBADO EL PREÁMBULO DE LA CARTA, CON EL MISMO PROCEDIMIENTO UTILIZADO PARA APROBAR LAS RESTANTES DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, NO EXISTE NINGUNA RAZÓN VÁLIDA PARA AFIRMAR QUE MIENTRAS ESTAS TIENEN VALOR JURÍDICO AQUEL CARECE DE TODO TIPO DE EFICACIA NORMATIVA. A ESTE RESPECTO, LA CORTE HA INDICADO QUE EL PREÁMBULO, COMO EL RESTO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES, CONSTITUYE

¹⁶ Ley 906 de 2004.- ARTÍCULO 10. **ACTUACIÓN PROCESAL.** La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. **EN ELLA LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES HARÁN PREVALECER EL DERECHO SUSTANCIAL.**

Para alcanzar esos efectos serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación.

El juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en este código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos.

El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.

El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes. (Lo destacado no lo es en el texto).

UNA DECISIÓN VINCULANTE DE QUIEN, POR MANDATO DEL PUEBLO DE COLOMBIA, EJERCIÓ, EN 1991, EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO.

(...)

... para la Corte Constitucional Colombiana, las disposiciones contenidas en el preámbulo integran el derecho constitucional y vinculan a los poderes públicos de la misma manera como resultan vinculados por las restantes disposiciones constitucionales que consagran valores.

Resulta necesario explicar entonces cual es, concretamente, el alcance jurídico de las disposiciones que componen el preámbulo.

En primer lugar, el preámbulo es criterio integrador y ordenador de todo el sistema constitucional. En consecuencia, debe entenderse que las disposiciones que lo componen, son parámetro de interpretación y aplicación de las restantes normas del ordenamiento jurídico. Sin embargo, para la Corte, tales disposiciones no constituyen un criterio auxiliar y prescindible. Por el contrario, se trata de un criterio obligatorio de interpretación constitucional. Al respecto la Corporación ha señalado:

" LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DEBE INSPIRARSE EN SU PREÁMBULO EN EL CUAL APARECE EXPRESADO DE MANERA VINCULANTE EL DESIGNIO CONSTITUYENTE Y EN LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES CONSAGRADOS EN SU TÍTULO I. VALORES Y PRINCIPIOS COMO EL DE JUSTICIA, IGUALDAD Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, ENTRE OTROS, SE HAN INCORPORADO CON PLENA FUERZA POSITIVA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL QUE EXIGE UNA HERMENÉUTICA QUE PROMUEVA SU ACATAMIENTO Y LOS INTEGRE A LA CONCIENCIA NACIONAL

En segundo lugar, las disposiciones del preámbulo -- al igual que las otras normas constitucionales que tienen la misma estructura --, constituyen razones importantes, aunque no suficientes, para fundar una determinada decisión judicial. En este sentido, se trata de normas que sirven para resolver una tensión constitucional o para fortalecer un argumento jurídico que pueda conducir a una determinada decisión....¹⁸ (Lo destacado no lo es en el texto).

En el Preámbulo Constitucional se dice que se promulga esa Carta Política para cumplir entre otros fines los siguientes:

".....con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y *asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, LA JUSTICIA, LA IGUALDAD, el conocimiento, la libertad y la paz, DENTRO DE UN MARCO JURÍDICO, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo*...." (Lo destacado no lo es en el texto).

Es evidente que al consagrarse en el artículo 184 de la Ley 906, la facultad para la Sala de Casación Penal de rechazar demandas que reúnan los requisitos de técnica casacional, pero al mismo tiempo que puedan seleccionar aquellas que no reúnan dichos requisitos, se está consagrando primero que todo una desigualdad para los ciudadanos, que por tal razón, o mejor, por tal sin razón, no tienen parámetros entendibles de lo que deben hacer para que su protesta sustentada en una demanda de casación sea objeto de revisión de fondo por esa Honorable Corporación, puesto que las exigencias legales dejan de ser una guía para quien intente demandar en casación una sentencia de segunda instancia.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-006192

¹⁸ Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica, Antonio Torres del Moral, Javier Tajadura Tejada (Dirs). Catalina Botero Marino, Preámbulo de la Constitución de Colombia, Pág 129 y ss, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.-

De la misma manera que se abre la opción para que se concrete una verdadera injusticia, porque si el ciudadano acude al recurso extraordinario de casación, es porque considera que las sentencias de instancia han afectado el derecho material, se han irrespetado sus garantías como interviniente procesal o porque aspira que se le reparen los agravios ocasionados con tales infracciones. Y si su demanda llena lo requisitos de técnica exigidos en la ley, pues lo menos a lo que puede aspirar es que sea seleccionada y se le dé una respuesta de fondo sobre sus pretensiones de haber sido víctima de la justicia de éste país, por medio de las decisiones dictadas en las instancias y que son motivo de la impugnación extraordinaria.

El hecho de crear una facultad incontrolada para seleccionar solo algunas de las demandas que llenen los requisitos de técnica exigidos en la ley, pero al mismo tiempo, de seleccionar las que quieran, porque están autorizados para ello por la propia ley, puesto que pueden escoger las que no reúnan los requisitos de técnica casacional, y en tales condiciones, se abren las puertas a la más absoluta discrecionalidad, facultad impropia e inconveniente en un verdadero Estado de Derecho, porque se carece de un referente claro y expreso en la ley, lo que convierte al intérprete en legislador y se propicia la posibilidad del capricho.

La postura que aquí se expone no es insular, porque fue en la misma Comisión Redactora, encargada de transformar en proyectos de ley, la principialística contenida en el Acto Legislativo 03 de 2002, quien en medio de las discusiones acerca de la naturaleza y operatividad del recurso de casación, en el acta No. 33 quedó plasmado lo siguiente:

" El doctor Jaime Granados manifestó que en la sesión que se presentó la primera versión, ha existido un intercambio de opiniones con el señor Ministro, A TRAVÉS DEL CUAL SE DIJO QUE TENIENDO EN CUENTA QUE VA A SER DISCRECIONAL EN EL SENTIDO DE QUE LA CORTE SELECCIONE LOS CASOS QUE ESTIME CONVENIENTE REVISAR, HAY QUE PRIVILEGIAR LA FUNCIÓN DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA FRENTE A LOS OTROS FINES.

Al respecto, EL DOCTOR YESID RAMÍREZ BASTIDAS INDICÓ QUE EN EL ARTÍCULO 6º DEL NUEVO PROYECTO SE ENCUENTRA CONSAGRADA LA DISCRECIONALIDAD, para cuya felicidad y necesario complemento resultan indispensables las reformas de los artículos 230 y 235-1 de la Carta para posicionar un sistema fuerte de precedentes a través de los cuales se unifique el decir de los jueces de casación de cara al amparo de los derechos esenciales de los ciudadanos, sin mayores ataduras de formalismos insulsos.¹⁹ (Resaltado propio)

Desde las discusiones de la comisión redactora quedó claro que la Sala Penal tendría la facultad de seleccionar las demandas que estimara convenientes, al punto que la Corte puede no seleccionar demandas bien presentadas, pero, igualmente, puede superar los defectos de demandas mal presentadas, es decir, tiene el poder discrecional de seleccionar lo que a bien tenga, sin que este atada a cumplir con los verdaderos fines de un recurso, que es resolver los aspectos que se consideran dañinos para el recurrente, convirtiendo a la casación en una acción.

En efecto, en el Acta No. 33 de la Comisión Constitucional Redactora que viene de citarse, en uno de sus apartes quedó plasmado:

" EL DOCTOR GÓMEZ VELÁSQUEZ PRECISÓ QUE LAS FINALIDADES DE LA CASACIÓN SON MUY AMPLIAS Y EN ESA MEDIDA SI EL RECURSO SE GINE MUCHO

¹⁹ RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. "CASACIÓN PENAL" Pág. 185. Editorial Leyer.

A LA ADMISIÓN, PUEDE QUE A LA CORTE NO LE INTERESE EL RECURSO EN SÍ, PERO EN LO QUE VA A DECIR, ENTONCES AHÍ DEBEN SER MÁS BIEN LAS FINALIDADES DE LA CASACIÓN QUE SON ABIERTAS. Por lo anterior propuso que se dijera "para cumplir las finalidades de la casación". El doctor Granados sugirió la siguiente redacción:

"Se admitirá aquéllas que a juicio de la Corte cumplen los fines de la casación".

Explicó que la Corte puede incluso corregir los defectos de técnica, como se indica en el inciso anterior. AGREGÓ QUE EN ESA MEDIDA SE DEJA A LA CORTE A SU SANA DISCRECIÓN DEFINIR CUÁLES SE REVISAN. El doctor Mejía señaló que el texto del párrafo segundo sirve para los dos eventos.

Por su parte, el Dr. Granados indicó que los efectos de técnica pueden ser superados por la Corte como se indica, LA CLAVE ESTÁ EN LA FINALIDAD Y EN DONDE ESTÉ REALMENTE ANCLADA LA DISCRECIONALIDAD Y EN LOS MOTIVOS DE CASACIÓN PORQUE ES LO QUE LE VA A PERMITIR A LA CORTE CREAR O DESARROLLAR LA JURISPRUDENCIA.²⁰ (Lo destacado no lo es en el texto).

Del contenido del acta queda claro que fue la intención de la comisión crear un mecanismo selectivo de las demandas de casación, cuyo núcleo en realidad lo es el cumplimiento de uno de los fines de la casación, - unificación de la jurisprudencia-, aspecto que dota a la Sala Penal de una muy peligrosa discrecionalidad al momento de decidir cuáles demandas son seleccionadas y cuáles no, aspecto que desnaturaliza el recurso y lo convierte en acción.

La casación es un recurso constitucional, porque es la Carta la que le otorga a la Corte Suprema de Justicia, la competencia para resolverlo. En la reglamentación del mismo, la ley en el artículo 180 de la Ley 906 se determina que las finalidades de la casación se encuentran los siguientes:

- A) La efectividad del derecho material;
- B) Propugnar por el respeto de las garantías de los intervinientes;
- C) La reparación de los agravios inferidos a éstos, y;
- D) La Unificación de la jurisprudencia.

Pretender establecer una jerarquía de los objetivos de la casación, como claramente se dejó claro en la comisión redactora, constituye un franco desconocimiento de específicos principios constitucionales, como son los establecidos en los artículos 1, 2, 29, 228 y 250 de la Carta, porque al privilegiarse la unificación de la jurisprudencia se olvida que la República fue fundada sobre la dignidad humana, que el Estado y sus servidores están concebidos para servir los intereses de los ciudadanos, que en el proceso de administración de justicia debe prevalecer el derecho sustancial y que las víctimas tienen derecho al restablecimiento del derecho, quebrantado por el delito.

La casación cumple objetos sociales y públicos y ese fue su origen histórico, pero con el devenir de los años, se reconocieron igualmente objetivos privados, que son los que fundamentalmente guían al impugnante y es desde toda perspectiva

²⁰ RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. "CASACIÓN PENAL" Pág. 205. Editorial Leyer.

inconcebible, que se creara un recurso, para que fuera interpuesto por los que eran vulnerados sus derechos en un proceso, para que finalmente se le diga, que sus intereses particulares deben ceder ante el interés general de la unificación de la jurisprudencia. Si esa fue la intención de la comisión redactora, no se debe engañar a los ciudadanos y el artículo 180 ha debido ser redactado indicándose que el único objetivo de la casación es la unificación de la jurisprudencia, para que se constate si en tales circunstancias habría muchos ciudadanos interesados en interponer el recurso extraordinario.

Es obvio, que igualmente se consagra una facultad discrecional, que permite a la Sala sustituir al legislador pues, frente a la ausencia de normas o criterios claros para considerar que existe precedente jurisprudencial será el intérprete de la norma quien termine decidiendo bajo criterios personales, lo cual constituye una clara violación del principio de reserva según el cual el legislador no juzga, ni el juez legisla, y la administración solamente auxilia y ejecuta. Además, siempre existirán razones para decir que el caso es similar a uno o varios fallados con anterioridad y se terminará violando el principio constitucional de la motivación de las sentencias, porque el ciudadano verá rechazada su demanda, sin que se le den razones de fondo, respecto a los hechos y a los puntos jurídicos comprometidos en el caso que lo motivó a acudir al recurso extraordinario y lo que es más grave, que finalmente no recibirá una respuesta de fondo a su impugnación, a pesar de haberse sometido a todas las exigencias legales.

Precisamente en relación a la falta de motivación de las sentencias, que motivó la declaratoria de inexecutable del artículo 10 de la Ley 553 que creaba el artículo 226 A, de la Ley 600 de 2000 y el artículo 214 de ésta última ley en la que se sostuvo:

" Pues bien: las decisiones que toma el juez, que resuelven asuntos sustanciales dentro de un proceso -v.gr. una sentencia-, deben consignar las razones jurídicas que dan sustento al pronunciamiento; se trata de un principio del que también depende la cabal aplicación del derecho al debido proceso pues, en efecto, si hay alguna justificación, en la base de las garantías que reconocen la defensa técnica, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el principio de contradicción o el de impugnación -todos reconocidos por el artículo 29 C.P.-, ha de ser precisamente la necesidad de exponer los fundamentos que respaldan cada determinación, la obligación de motivar jurídicamente los pronunciamientos que profiere el funcionario judicial. Siempre será necesario, entonces, aportar *razones y motivos* suficientes en favor de la decisión que se toma²¹, mucho más si de lo que se trata es de garantizar el derecho a la igualdad, acogiendo argumentos ya esbozados por la jurisprudencia para la resolución de un caso.

Buena parte de la eficacia de un sistema respetuoso de los precedentes judiciales radica en la necesidad de establecer un espacio de argumentación jurídica en el que el funcionario judicial exponga razonadamente los motivos que lo llevan a insistir o cambiar la jurisprudencia vigente, pues es él quien, frente a la realidad de las circunstancias que analiza, y conocedor de la naturaleza de las normas que debe aplicar, debe escoger la mejor forma de concretar la defensa del principio de justicia material que se predica de su labor.

Resulta inexplicable, entonces, por qué el artículo 10 de la Ley 553 de 2000 no hace referencia alguna a estos asuntos, prefiriendo confiar el funcionamiento del sistema

²¹ Sobre la necesidad de presentar las razones y motivos que soportan el seguimiento o modificación de una línea jurisprudencial pueden consultarse las siguientes sentencias: T-176 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández, T-123 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-267 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

de precedentes a través de la respuesta inmediata, a la escueta citación de pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, análogos al caso que se estudia, sin cumplir las exigencias mínimas de justificación que deben respetar todos los pronunciamientos judiciales. Por esta vía, se están desconociendo las garantías básicas del debido proceso de los sujetos procesales que intervienen en el recurso de casación, en detrimento de derechos tan preclados para una comunidad democrática como la libertad personal y la primacía de la justicia material en todas las actuaciones judiciales. ESTAS RAZONES SON SUFICIENTES PARA DECLARAR LA INEXEQUIBILIDAD DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 553 DE 2000.

IGUALMENTE, LA CORTE RETIRARÁ DEL ORDENAMIENTO POSITIVO EL ARTÍCULO 214 DE LA LEY 600 DE 2000, QUE REPRODUCE LA DISPOSICIÓN QUE AQUÍ SE DECLARA INEXEQUIBLE ²² (Lo destacado no lo es en el texto).

Lo dicho en precedencia constituyen argumentos suficientes para demostrar que las normas demandadas, art. 184 de la Ley 906 de 2004 y el art. 347, numeral 1º de la Ley 1564 de 2012, desconocen la prohibición consagrada en el inciso 2º del art. 243 de la Carta Política en cuanto reproducen el contenido material de normas que fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional pues, subsisten las normas de la Constitución que sirvieron para confrontar la validez de aquellas normas ordinarias.

Además de demostrarse la existencia de la cosa juzgada constitucional respecto del artículo 347, numeral 1º, de la Ley 1.564 de 2.012, se reitera que las nuevas normas ahora demandadas son contrarias a los principios constitucionales de la justicia y la igualdad dentro de un orden jurídico justo.

II- LA DIGNIDAD HUMANA. (ART. 1º DE LA CARTA).

En el artículo primero de la Constitución se institucionaliza que:

"Art. 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, FUNDADA EN EL RESPETO DE LA DIGNIDAD HUMANA, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general" (Lo destacado no lo es en el texto).

Quisimos concretar, en la Constitución de 1991, un modelo de Estado y de sociedad, fundamentalmente humanísticos, razón por la cual en la norma antes transcrita se establece que ese Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, participativa y pluralista, ha sido " fundada en el respeto de la dignidad humana ", y creemos que no podría ser otra la perspectiva, porque, de manera necesaria, se ha de reconocer que el Estado y el Derecho son herramientas instrumentales para encontrar, desarrollar y construir las condiciones sociales, políticas y económicas indispensables para que el hombre, visionario y arquitecto de

²² ARTÍCULO. 214. Cuando sobre el tema jurídico sobre el cual versa el cargo o los cargos propuestos en la demanda ya se hubiere pronunciado la Sala de Casación en forma unánime y de igual manera no considere necesario reexaminar el punto, podrá tomar la decisión en forma inmediata citando simplemente el antecedente.

esa estructura jurídico-política, como individuo pueda desarrollar libremente su personalidad y como miembro de la Nación pueda convivir en solidaridad, paz, felicidad y progreso.

La dignidad es un elemento fundamental en la vida del ser humano, tanto que podría afirmarse, que sin el respeto de la dignidad, es imposible la existencia del hombre, o la vida se hace inmerecida de ser vivida. Se destaca la importancia de este valor, porque la injusticia, cuando se concreta como disvalor en los procesos penales, vulnera la dignidad, pues acaso, ¿no constituye la más grande de las amarguras el saberse inocente pero condenado; o cuando se constata laceradamente que se lo condenó con artilugios, informalidades, arbitrariedades y violaciones al debido proceso constitucional ?.

" La dignidad significa excelencia, eminencia, grandeza y superioridad. Todo hombre tiene, en tanto ser creado, excelencia, eminencia y superioridad en el ser. Desde esta consideración, la dignidad se predica de la persona humana con una cierta dimensión relativa, pues quiere decir que el hombre es distinto, en su ser, de las criaturas, esto es, tiene una eminencia ontológica que lo hace participar más plenamente del ser ²³.

El orden normativo internacional, el nacional, y, de manera unánime, la doctrina, son consecuentes en sostener que el fundamento de los derechos humanos es la dignidad humana. Ello es tan cierto que en los Tratados se destaca este valor fundamental y es así como en el Pacto Internacional, en el Preámbulo, se dice:

" Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, LA JUSTICIA y la paz en el mundo TIENEN POR BASE EL RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD INHERENTE A TODOS LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA HUMANA y de sus derechos iguales e inalienables.

Reconociendo que ESTOS DERECHOS SE DESPRENDEN DE LA DIGNIDAD INHERENTE A LA PERSONA HUMANA (Lo destacado no lo es en el texto).

Igualmente en la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 11, numeral 1º, se estipula:

" Art. 11. Protección de la honra y de la dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

..... (Lo destacado no lo es en el texto).

Es reiterado y uniforme, en el pensamiento universal, la trascendencia que tiene la dignidad humana, para que la vida merezca ser vivida:

" Es una constante del pensamiento filosófico-jurídico contemporáneo el hecho de considerar que el principio de la dignidad humana expresa, primordialmente, la capacidad que tienen las personas de establecer relaciones intersubjetivas de conocimiento y de amor con las demás personas y de procurar su efectiva comunión con ellas. Como manifestaciones de esa dignidad se mencionan, a la vez, la posición erguida del ser humano, que lo sitúa ante un horizonte objetivo que nunca divisa por completo y su auto posesión, que le hace posible expresarse y relacionarse con los demás a través de sus actos. Esta capacidad o apertura del ser humano hacia la verdad y el bien implicaría – a mi

²³ La persona y sus derechos, Ilva M. Hoyos Castañeda, pág. 78. E. Temis, Bogotá, 2000.

juicio – superar una concepción de la dignidad humana centrada en la autonomía y en la inmunidad individuales y a partir de la cual los derechos humanos se considerarían realidades preexistentes a la sociedad, porque si el acento se pone en la libertad y en la autonomía del sujeto, entendido como pura razón, quedan anuladas cualquier referencia externa y cualquier consideración del otro

.....
Estas notas son claves, a su vez, para comprender la racionalidad de los derechos humanos, que -como ya lo expresé- es una racionalidad analógica referida a la realidad, a la cotidianidad, a la vivencia diaria de las relaciones intersubjetivas, cuyo ejercicio se enmarca en el respeto por el otro y en el reconocimiento del otro. Respetar al otro y reconocer al otro son, por tanto, las acciones radicales de la fórmula del principio de la dignidad humana, que podría formularse de las siguientes maneras: Todo hombre ha de ser respetado como persona²⁴.

La dignidad humana, como expresión fundante de una República Democrática que se constituye como un Estado Social de Derecho, se termina vulnerando cuando el ciudadano que ejerce el derecho constitucional de tener acceso a la justicia, cumple con sus deberes como partícipe del proceso, se somete a las previsiones normativas, pero pese a lo anterior, se faculta a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que aún en tales condiciones pueda no seleccionar las demandas de casación que reúnan todos los requisitos legales.

Se trata en realidad de verdad en una verdadera burla y se constituye en una grave afrenta a la dignidad humana, porque se le exige someterse a la normatividad vigente, luego de haber sido formado toda su vida dentro del concepto cívico de obediencia a la ley, para finalmente decirle que ese sometimiento y obediencia a la ley no le sirve para nada, porque existe una discrecionalidad absoluta que faculta a la Sala de Casación Penal a no seleccionar las demandas que han cumplido con todas las exigencias contenidas en la ley.

El negársele el acceso al recurso extraordinario, cuando el demandante cumplió con todas las exigencias legales, constituye una evidente violación a la dignidad humana y un verdadero contrasentido jurídico. En realidad de verdad, el legislador lo induce en el engaño, puesto que lo invita a interponer los recursos, le establece unas exigencias y cuando ha cumplido con ellas, se le niega el recurso, que le había sido prometido y que debía de concedérsele por haber cumplido con las exigencias de ley.

Pero además se vulnera el derecho de tener acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Carta, porque si el derecho de impugnación de la sentencia es un derecho constitucionalmente consagrado, al cumplir con las exigencias normativas para su concesión, no puede el legislador desconocer el principio constitucional, ignorar el cumplimiento de los requisitos legales para que sea concedido y negarlo finalmente, para vulnerar igualmente el acceso a la administración de justicia.

B) Las consideraciones precedentes, son igualmente aplicables para sustentar la inexecutable del artículo 347, numeral 1º de la Ley 1564 de 2012.

III. LOS FINES ESENCIALES DEL ESTADO Y LA RAZÓN DE SER DE LAS AUTORIDADES DE LA REPÚBLICA. (ART. 2º DE LA CARTA).

²⁴ De la dignidad y de los derechos humanos, Ilva Myriam Hoyos, Págs. 186 y ss. E. Temis, Bogotá, 2005.-

En el segundo artículo de la Carta se dispone:

"ARTÍCULO 2º SON FINES ESENCIALES DEL ESTADO: SERVIR A LA COMUNIDAD, PROMOVER LA PROSPERIDAD GENERAL Y GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DE LOS PRINCIPIOS, DERECHOS Y DEBERES CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

LAS AUTORIDADES DE LA REPÚBLICA ESTÁN INSTITUIDAS PARA PROTEGER A TODAS LAS PERSONAS RESIDENTES EN COLOMBIA, EN SU VIDA, HONRA, BIENES, CREENCIAS, Y DEMÁS DERECHOS Y LIBERTADES, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Lo destacado no lo es en el texto).

Si la Constitución Política consagra que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas...en su vida y sus derechos... y libertades" resulta palmario que aquella "facultad discrecional" de seleccionar las demandas de casación, a pesar de cumplir con las exigencias de la ley, desconoce el derecho de acceso a la administración de justicia consagrado en el art. 229 de la Carta Política.

De otro lado, constituye una verdadera contrariedad que una norma garantice el ejercicio de un derecho consagrado en la Carta Política y en los instrumentos internacionales de derechos humanos como es el derecho a impugnar la sentencia y al mismo tiempo limite su ejercicio al dejarlo a discreción del intérprete.

Obsérvese que es un fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y, como si fuera poco tan inmenso propósito, en el segundo inciso, se impone a las autoridades de la República la protección de todas las personas, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades constitucionales.

Si es un fin esencial del Estado servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios y derechos de los ciudadanos, ha de concluirse que la casación es un derecho constitucional, pues en esta Normatividad se la señala como una de las competencias de la Corte Suprema de Justicia, es decir, se crea como un recurso, al establecerse que el mismo es competencia del más alto tribunal de la justicia ordinaria, en tales circunstancias normativas, es elemental, que entre las funciones conferidas a las autoridades de la República, dentro de las que se encuentra la protección de todas las personas en sus derechos y demás libertades, ha de concluirse que es una función de los magistrados de la Sala de Casación Penal velar por los derechos de los recurrentes en Casación, cuando estos estiman que les han sido vulnerados en las sentencias emitidas por las instancias.

Si el objeto del Estado es finalístico, con el propósito de prestar los mejores servicios a los ciudadanos y garantizarles la integridad de sus derechos y garantías, es indudable que la existencia de un problema como lo es la congestión

laboral que ancestralmente ha sufrido la Corte Suprema de Justicia no se puede solucionar, cercenando o restringiendo derechos y garantías de los ciudadanos.

Así se sostuvo en la Cámara de Representante en la discusión de la que sería la Ley 906 de 2004 cuando se sostuvo:

" El recurso de casación la Corte Suprema de Justicia están íntimamente ligados, pues la Corte Suprema es un Tribunal de Casación. Por ello desnaturalizar el Recurso de Casación es debilitar las funciones de la Corte Suprema de Justicia. Los problemas prácticos de congestión judicial deben ser resueltos sin atentar contra instituciones que como la Casación salvaguardan los derechos fundamentales de los ciudadanos y del Estado de Derecho (Lo destacado no lo es en el texto).

Así, igualmente lo ha sostenido esa Corporación al manifestar:

" LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA NO PUEDEN SOLUCIONARSE CON EL SACRIFICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS. EN CASO DE PRESENTARSE CONFLICTO ENTRE UN DERECHO FUNDAMENTAL E INALIENABLE DE LA PERSONA HUMANA, Y LA CONVENIENCIA DE ADECUAR UNA INSTITUCIÓN A OBJETIVOS PRÁCTICOS ALCANZABLES DE OTRO MODO, SIN DUDA HA DE PREVALECEER LA GARANTÍA DEL PRIMERO. PARA AMBOS OBJETIVOS PRÁCTICOS DEBE HABER REMEDIOS ADECUADOS QUE NO RESULTEN VIOLATORIOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEL ORDENAMIENTO SUPERIOR.

LOS INTENTOS DE REESTRUCTURACIÓN INSTITUCIONAL QUE SE TRADUCEN EN CAMBIOS Y REFORMAS A LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES VIGENTES, NO PUEDEN CONVERTIRSE, SO PRETEXTO DE DOTAR A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MAYOR EFICIENCIA, EN UNA FORMA DE DESCONOCER GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE TODOS LOS CIUDADANOS, REPRESENTADAS EN EL PRINCIPIO Y DERECHO CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO. Sent. C-252 del 28 de febrero de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz." (Resaltado propio)

Al disponerse por la ley esta facultad absolutamente discrecional de poder seleccionar lo que los magistrados quieran, sin ningún tipo de limitantes, se les niega a los ciudadanos el poder ejercer esta función constitucional, de proteger los principios y derechos de los miembros de la comunidad que accedan a esa Alta Corporación en búsqueda de justicia, utilizando como instrumento de reivindicación, el recurso extraordinario de casación.

Que la voluntad del legislador fue dotar a la Sala de Casación Penal de una facultad absolutamente discrecional no puede ponerse en duda, porque eso fue lo sostenido por uno de los Honorables miembros de la Cámara de Representantes cuando el Proyecto de Ley 906 se discutió en el seno de esa Corporación. En la siguiente Sentencia de Casación se cita el fragmento que nos interesa:

" Entonces, es evidente que en la citada legislación corresponde al demandante exponer las razones por las cuales es necesaria la intervención de la Sala en el asunto y además, sujetarse a las reglas que rigen la postulación y el desarrollo de cada uno de los cargos de conformidad con el ámbito de las causales de casación, todo lo cual permite concluir que LA ADMISIÓN DE LOS LIBELOS DEPENDE DE LA POTESTAD DE SELECCIÓN REGLADA QUE LE CONFIRIÓ EL LEGISLADOR A LA SALA, como en efecto fue reconocido por el Representante Luis Fernando Almaric en el debate

previo a la aprobación de la citada legislación, surtido en la Comisión Primera de la Cámara, al exponer que "SE ESTÁ DEJANDO A DISCRECIONALIDAD DE LA CORTE TODA LA CASACIÓN, PARA TODOS LOS DELITOS, PARA TODAS LAS PENAS DESDE EL MENOR HASTA EL MÁS GRANDE"²⁵.

Así pues, en virtud de tal facultad y de conformidad con lo establecido en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, CORRESPONDE A LA SALA NO SELECCIONAR AL TRÁMITE CASACIONAL LAS DEMANDAS PRESENTADAS EN DEBIDA FORMA CUANDO ADVIERTA QUE LO PRETENDIDO NO REQUIERE DEL FALLO PARA CUMPLIR LAS FINALIDADES DEL RECURSO. A su vez, DEBE ADMITIR AL TRÁMITE LOS LIBELOS CON FALENCIAS FORMALES CUANDO ESTABLEZCA QUE ES NECESARIO SUPERAR TALES DEFECTOS A FIN DE CUMPLIR LOS FINES DE DICHA IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA o inclusive, puede admitir asuntos al procedimiento casacional cuando vislumbre la violación de garantías de los sujetos procesales o intervinientes. (Auto de no selección, proceso 24322 de 12 diciembre de 2005. M. P. Marina Pulida de Barón.

De la cita que se hace en ésta providencia de la Gaceta del Congreso se clarifica que fue el propósito de nuestro legislador el de crear una discrecionalidad absoluta en favor de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La decisión citada en precedencia se cuida de afirmar que se trata de una "potestad de selección reglada", para evitar que se pudiera afirmar que se trataba de una discrecionalidad absoluta y parece que se quiere entender que la potestad de selección reglada lo es, al haberse dispuesto que pese a llenar la demanda los requisitos de ley, se puede no seleccionar la misma, por estimarse que no se requiere para cumplir las finalidades del recurso. Pero es evidente que la potestad absoluta conferida es la facultad de seleccionar las demandas que no cumplen los requisitos de ley, y de no seleccionar las que sí cumplen con dichos requisitos.

Y es axiomático, que el rechazo de una demanda de casación que reúne los requisitos legales de sustentación para ese recurso extraordinario sea admitido o seleccionado, sobre el fundamento de que no se requiere para cumplir con las finalidades del recurso no puede considerarse que eso constituye una potestad de selección reglada, porque es diáfano que en el recurso se debaten intereses sociales y públicos, pero igualmente intereses perfectamente individuales que son los relacionados con los protagonistas del proceso, porque el motivo de la impugnación extraordinaria, es lo directamente relacionado con las afrentas y perjuicios sufridos por los intervinientes del proceso en el curso del mismo, o con errores *in iudicando* de las sentencias de las instancias, el recurso se interpone y sustenta es por el desconocimiento del derecho material, es la protesta contra violaciones constitucionales al debido proceso.

Aceptamos que en relación con la finalidad de la casación de unificar la jurisprudencia, la Sala, pudiera considerar que determinados fallos no se requieren para cumplir con ésta finalidad, pero es que además de ese interés que podríamos llamar magisterial o académico, en todo proceso penal hay una tragedia individual, familiar o social, trascendente para las víctimas o procesados, que tienen además, el más perfecto derecho, para que sus quejas contra el irregular trámite de proceso, - errores *in procedendo* -, o contra los errores *in iudicando*, contenidos en la sentencia impugnada, porque es absolutamente imposible que la Sala pudiera llegar a esa misma conclusión, cuando se trata de algunas de las otras finalidades, que protegen los derechos fundamentales de los particulares, porque no podemos menos que preguntarnos, ¿sobre qué base podría argumentar la Sala de

²⁵ Gaceta del Congreso No. 378. Julio 23 de 2004. Pg. 19.

Casación frente a las peticiones del condenado que considera haber sido injusta e ilegalmente condenado, que ese fallo no se requiere para cumplir con esa pretensión del ciudadano condenado, de poder reivindicar sus derechos de inocencia?; Y podría entonces argumentarse constitucionalmente, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que el fallo no se requiere para unificar la jurisprudencia, y por tanto al no seleccionarlo, sacrificar el interés ciudadano del recurrente, simplemente porque la jurisprudencia no necesita de ese fallo?. Cómo podría argumentar la Sala de Casación, que no se requiere de determinado fallo cuando la víctima considera que no ha sido reparado de los agravios ocasionados con la delincuencia?. Se pueden sacrificar los intereses individuales de los ciudadanos porque una Corporación considere académicamente que un determinado caso no se requiere para unificar la jurisprudencia?. Esta institucionalizado que la jurisprudencia como criterio auxiliar de la interpretación judicial está por encima de los derechos de los ciudadanos?.

Pero ese aparente límite para no seleccionar las demandas que hubiesen llenado los requisitos de Ley y de no selección de las que incumplieran con tales requisitos legales, es el no necesitarse del fallo para cumplir con las finalidades del recurso, o en sentido contrario, que se necesitara para que se cumpliesen las finalidades del recurso extraordinario, pero lo que finalmente consagra es una discrecionalidad absoluta, para que en el proceso de selección se pueda escoger lo que se quiera por los encargados de ésta gestión y de no seleccionar, lo que a ellos no les pareciere en su criterio particular. La función magisterial de la Corte, por encima de los derechos viscerales de los ciudadanos?.

Y si se analiza con detenimiento el contenido de la norma demandada parcialmente, con el artículo 180 de la Ley 906²⁶ que es el que señala las finalidades del recurso, se podrá verificar que en realidad de verdad, a esa discrecionalidad ilimitada y absoluta no se le impuso ningún límite, ni tampoco ningún control. De conformidad con la norma últimamente citada las finalidades del recurso de casación son los siguientes: ".....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."

Pero ante la falta de límites y controles, la Sala Penal, como lo veremos más adelante, procedió a crear un procedimiento *sui generis* por vía jurisprudencial, asimilando a la casación, instituciones propias de la tutela, que son de rango constitucional y no susceptibles de comparación, porque no debe olvidarse que el proceso de tutela termina con la sentencia de primera instancia si no es recurrida o con la de segunda, en sentido contrario.

La norma sería lógica y tendría razón de ser si hubiera dicho que la selección o no selección de las demandas de casación se haría si ello fuera necesario para la unificación de la jurisprudencia, porque nadie mejor que el ponente, o mejor, toda la Sala de Casación Penal, pudieran considerar si la sentencia que se pudiera dictar como consecuencia de una demanda de casación pudiera dar lugar a la necesidad o no de unificar la jurisprudencia. Pero aceptándose lo anterior, en relación con el cumplimiento de la finalidad de la unificación de la jurisprudencia, lo

²⁶ ARTÍCULO 180. FINALIDAD. El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia.

cierto es que cumplido el efecto social y público que se le señala a la casación para unificar la jurisprudencia, en qué situación queda el condenado o la víctima, que en virtud del cumplimiento de esa finalidad social y pública, queda finalmente sin respuesta de fondo de su pretensión impugnatoria y se le resuelve a través de un auto, no sentencia, que no se refiere a los hechos y problemas jurídicos del caso concreto, sino que se le termina diciendo que en relación con ese problema, la jurisprudencia se encuentra unificada y que por tanto no se requiere del fallo, siendo esta una forma de revivir la inconstitucional "respuesta inmediata".

Y si así es que se procede, al rechazar una demanda de casación porque no serviría para cumplir con una de las finalidades del recurso que es la unificación de la jurisprudencia, no es eso una "respuesta inmediata", sobre la que ya existe cosa juzgada constitucional, cuando esta Honorable Corporación declaró la inexecutable de esa institución, al considerar contrarios a la Carta el artículo 10º de la Ley 553 de 2004, mediante el cual se adicionaba el Código con el artículo 226 A, y el artículo 214 de la Ley 600 de 2000 ?. En ésta decisión, el fundamento central de la inconstitucionalidad lo fue porque se trataría de decisiones sin ninguna motivación²⁷.

Pero es que además, en la norma, art. 180 -, no se hace referencia únicamente a ésta, una de las finalidades de la casación, sino a todos los objetivos del recurso en general, y en tales circunstancias se incurrió en un garrafal error de redacción, porque en relación con las otras finalidades del recurso como son: a) la efectividad del derecho material; b) el respeto de las garantías de los intervinientes; c) la reparación de los agravios inferidos a los intervinientes; conteniendo estos objetivos de la casación además de intereses sociales, igualmente finalidades individuales o particulares, es imposible que se pudiera decir por la Corporación que no se precisa del fallo para cumplir con una de las finalidades del recurso, porque si lo interpone la víctima es porque estima que sus derechos constitucionales al restablecimiento del derecho (reparación, verdad y justicia) le han sido vulnerados y si el recurrente es el condenado, lo interpone es precisamente porque considera que le han sido vulnerados sus derechos y garantías, o que no se concretó la efectividad del derecho material. Frente a objetivos tan concretos del recurso, cómo podría argumentar la Sala de Casación que no se requiere del recurso. Y no podemos menos que preguntarnos, ¿ Si se considera que no se requiere del recurso, se podrá argumentar contra las pretensiones del condenado o de la víctima, que en realidad de verdad ese recurso no se requiere y por qué no se requiere ?. Si esa es la realidad, donde queda un Estado concebido por ideales pro-homine, de profundo contenido humanístico ?.

Entonces, si el recurrente demuestra el interés jurídico que le asiste para acudir a la casación, invoca correctamente la causal, y la desarrolla adecuadamente, ¿cuál sería el argumento para afirmar que del contexto de la demanda no se requiere del recurso para cumplir uno de sus fines ?. No constituye esa forma de razonar una verdadera aporía, un verdadero contrasentido ?. La respuesta es afirmativa, porque cumpliendo estos tres requisitos para acudir a la casación, no sabemos cómo, o de dónde se puede extraer un argumento racional para concluir que en esas específicas circunstancias de la demanda no se precisa del fallo para cumplir con uno o algunos de los fines del recurso.

²⁷ Sentencia C-252 del 28 de febrero de 2001, Ponencia H. M. Carlos Gaviria Díaz.

Pero más curioso aún, el inciso 3º del artículo 184, contrario a lo manifestado en el inciso 2º, expresa que la Corte puede seleccionar demandas que no cumplan con los requisitos de elaboración, es decir, demostración del interés jurídico para acudir al recurso, invocar correctamente la causal y desarrollar correctamente el cargo, facultando a la Corte para superar los defectos de la demanda en tres situaciones específicas: 1.- atendiendo los fines de la casación, 2.- la posición del impugnante en el proceso y 3.- la índole de la controversia planteada. Esto genera una discrecionalidad absoluta de la Corte al momento de seleccionar o no las demandas y genera una situación de desigualdad evidente entre quienes presentan una demanda en forma, cumpliendo las exigencias de ley y quienes no lo hacen, es decir, quienes no cumplen con los requisitos normativos.

La efectividad del derecho como una de las finalidades de la casación está estrechamente unida con el principio constitucional establecido en el artículo 228, en el que se determina la preeminencia del derecho sustancial. Entonces, qué argumentos podrían sostenerse, cuando el recurrente pretende la anulación del proceso, porque durante el trámite del mismo, se dio prelación a lo puramente ritual, con detrimento o vulneración del derecho material? Porque es una realidad que si se ha dado prioridad a los formalismos sobre el derecho material, se viola no solo el artículo 228 de la Carta sino el artículo 180 de la Ley 906, que consagra las finalidades de la casación entre las que se encuentra la primacía del derecho material.

La segunda finalidad de la casación es tutelar las garantías constitucionales y legales establecidas en favor de los intervinientes del proceso, dentro de las que tienen lugar destacado el debido proceso constitucional y todas y cada una de las garantías que lo integran como concepto complejo que es.

La reparación de los daños inferidos a los intervinientes, cuando hace referencia al procesado, podría ser por haberse condecorado a un inocente, por haberse impuesto una pena excesiva que no corresponde al delito juzgado, o al grado de participación; que se le hubiera negado un beneficio al que tenía derecho, que se lo haya condecorado en un proceso en el que la acción estaba prescrita o que no ha debido iniciarse porque requería de querrela o petición, para poder iniciarlo y muchas otras alternativas que pueden derivar en perjuicio de los intereses del procesado. Se podría afirmar en cualquiera de estas hipótesis que no se requiere del fallo?

Si se trata de la reparación de los daños inferidos a la víctima, los perjuicios pueden ser relacionados con la absolución del procesado, con la condena por hechos de menor gravedad o por el reconocimiento de atenuantes o rebajas punitivas injustificadas; puede ser igualmente relacionado con habersele negado los derechos de verdad y justicia, o que el proceso haya dejado por fuera a otros partícipes o a los verdaderos responsables y como en el caso anterior, muchas alternativas más. En cuál de esas hipótesis se podría afirmar válida y constitucionalmente que no se requiere del fallo? Y si se el fallo se da, cuál podría ser la justificación normativa, particularmente la constitucional?

Es claro que en la casación como recurso extraordinario se conjugan intereses puramente individuales y otros de carácter social y público; dentro de éstos últimos, el principal que dio el origen a la casación, es decir que su creación se justifica históricamente, para garantizar que los jueces aplicasen la ley impartida por el legislador, dentro del naciente Estado tripartita. Hoy, como acción

constitucional y legal²⁸, es para garantizar que con sus fallos los jueces no vulneren la Carta Política, ni la ley, fallando los procesos dentro del más estricto principio de legalidad, en el ámbito del derecho penal material, del derecho procesal y del derecho probatorio, y adelanten los procesos con estricto cumplimiento del debido proceso constitucional y legal, y de todos y cada uno de sus derechos y garantías; la necesidad de unificar la jurisprudencia, que es un objetivo trascendente, para que cumpla su cometido constitucional, de servir de instrumento auxiliar de interpretación para los jueces, pero que bajo ninguna circunstancia puede ser prioritario, sobre el presupuesto de no requerirse para la unificación de la jurisprudencia, cuando se está frente a un proceso ilegalmente tramitado o juzgado, cuando están de por medio los derechos de los intervinientes del proceso, que acuden al recurso extraordinario, precisamente porque estiman que los mismos les han sido vulnerados.

Como ya se dijo, es perfectamente incuestionable dentro de la finalidad de la unificación de la jurisprudencia, que la Honorable Corporación pudiera considerar que un caso determinado no es necesario para cumplir con tal finalidad, pero es que de manera absolutamente excepcional un demandante en casación va a acudir al recurso extraordinario con tan loable propósito; de manera generalizada se demanda en casación en busca de un beneficio determinado y perfectamente individual que persigue el demandante y es precisamente porque trata de obtener ese objetivo procesal a través del recurso extraordinario, es por ello que quien otorga el poder para la sustentación del recurso de casación, lo hace en búsqueda de intereses eminentemente particulares. Pero debe además precisarse que de lado de los intereses o finalidades sociales y públicos, marchan paralelamente los intereses particulares del demandante, es perfectamente posible que el fallo no pueda tener interés en la unificación de la jurisprudencia, pero en todo proceso hay un drama, una tragedia y unos intereses que llevan a los recurrentes, víctima, tercero civilmente responsable o procesado, a buscar una última solución en el recurso extraordinario de casación. Frente a esta indesconocible realidad, no podemos imaginarnos en qué hipótesis, la Honorable Sala de Casación Penal pudiera llegar a concluir que pese a las consideraciones sobre la realidad anterior pueda llegar a advertirse de su contexto: **..... fundamentado que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso**“.

Porque no se puede negar, que cuando no se selecciona la demanda por no precisarse del fallo, finalmente estamos en presencia de una decisión inmotivada, que no se refiere a los hechos específicos del caso, ni a la tragedia involucrada en cada proceso y ello nos lleva a concluir, que finalmente el ciudadano se encuentra con un fallo inmotivado, que en las más de las veces, ni siquiera se refiere a las singularidades de su caso y no podemos menos que preguntarnos, esa no sería una decisión inmotivada?

Si lo anterior es respecto de la demanda que cumple con las formalidades técnicas del recurso, ¿cómo, de igual manera, puede llegar a concluirse en relación con las demandas que no llenan esos requisitos normativos que: **“Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia**

²⁸ ARTÍCULO 181. **PROCEDENCIA.** El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:..... (Lo destacado no lo es en el texto).

planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo.
?"

Se presenta con esa segunda opción una desigualdad manifiesta, una verdadera discriminación, una real injusticia para el ciudadano que cumplió con las exigencias de ley, pero sin embargo no va a obtener una solución de fondo a su demanda y se crea la opción de la discrecionalidad absoluta y del capricho, que es lo más grave que puede suceder en un verdadero Estado de Derecho, donde algunos de sus funcionarios no tengan sus funciones debidamente reguladas por la Constitución o la Ley y puedan resolver en el ejercicio de sus funciones, no con las previsiones legales, sino con sus criterios subjetivos, absolutos e incontrolados.

La facultad que le confiere el artículo 184 a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia lo es hacer un indebido vaticinio de viabilidad o inviabilidad del recurso, un juicio *ex ante*, una especie de pronóstico, donde se hace un pronóstico sobre el futuro, dando lugar a la discrecionalidad absoluta, porque se decide cuáles demandas va a seleccionarse y cuáles no, actuación que no se compadece con la naturaleza que el recurso ha ostentado y que ha sido precisada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Pero si el objetivo de la norma es supuestamente disminuir la carga laboral de los más altos magistrados del país, que razón tiene, el que se los autorice para que seleccionen demandas que no reúnen requisitos de técnica casacional? Si la solución que se ofrece, es en la búsqueda de la eficiencia, lo lógico es que no se seleccionaran las demandas que no llenen requisitos de ley. Esta disposición legislativa no tiene ninguna relación con los objetivos de la reforma institucional a la casación, porque implica un mayor desgaste para la judicatura, porque nada hay más difícil que rehacer lo que otros hicieron mal, contra lo legalmente previsto. Es decir, es mucho más rápido, requiere de menos esfuerzo intelectual, confirmar la decisión del inferior o aceptar la demanda que se sustentó correctamente, que admitir una defectuosa y luego tener que superar sus defectos con una argumentación suficiente e idónea.

Lo anterior, indica que sobre el presupuesto del exceso de trabajo, se gesta una reforma institucional a la casación, pero entre las "soluciones" finalmente concretadas, hay algunas que van en contravía de este objetivo legislativo, porque como ya se demostró, significa una mayor recarga laboral para los integrantes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Pero la verdad es que, al amparo de tales objetivos legislativos, lo que se termina concretando es una absoluta discrecionalidad que le permite a la Sala de Casación Penal, de seleccionar lo que quiera y no seleccionar igualmente lo que no quiera, es decir, discrecionalidad absoluta.

Y si la justificación para esta solución, es porque es menester que se cumpla con los objetivos o finalidades de la casación, antes analizados, porque, sobre la misma fundamentación, no se seleccionan las demandas que si reúnen tales requisitos?

Nos parece que, con esta norma ha desaparecido el principio de limitación que desde tiempos ancestrales venía gobernando la casación y esta disposición legislativa no solo asimila el recurso extraordinario a los ordinarios, sino que los supera, porque no debe olvidarse que el superior en la apelación solo puede

manifestarse sobre los puntos objetos del recurso, o los inescindiblemente unidos al punto motivo del mismo en virtud del principio de limitación; al permitirse esta gran discrecionalidad puede llegarse a fallos que terminan produciendo modificaciones en la sentencia impugnada, sin que el recurso se hubiera admitido y por tanto, sin que hubieran adquirido competencia para modificar el fallo impugnado y sin escuchar el obligatorio concepto del Mrio Pco, como ya ha sucedido en varios casos.

Con fundamento en las consideraciones precedentes solicitamos comedidamente que se declare la inexecutable de la norma demandada.

B) Las argumentaciones precedentes igualmente son predicables para sustentar la inexecutable del inciso 1º del Artículo 347 de la Ley 1564 de 2012.

IV. LA PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO. (ART. 4º DE LA CARTA).

En el ordenamiento constitucional se consagra la primacía de esta Ley Superior, y se establece el deber que tienen todos, de aplicarla, dándole prelación sobre las leyes, cuando se presente contradicción entre Aquella y éstas.

En tal sentido se determina en el artículo 4º de la Carta Política:

" ARTÍCULO 4o. La Constitución es norma de normas. EN TODO CASO DE INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY U OTRA NORMA JURÍDICA, SE APLICARÁN LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es evidente que en un verdadero Estado Democrático y de Derecho, de la misma manera que no es posible concebir que existan cargos públicos que normativamente no tengan señaladas sus funciones, es imposible pensar en la existencia de funciones otorgadas por la ley, que no tengan límites de ninguna naturaleza, y que por tanto, el criterio subjetivo de los funcionarios sea el que predomine en el momento de tomar decisiones, dando lugar o espacio, para que se pudieran tomar, discrecional, caprichosa o arbitrariamente.

De la " *Respuesta inmediata* " declarada con antelación contraria a la Constitución, para efectos de evitar la cosa juzgada constitucional, se pasó a una situación similar, porque los efectos son los mismos, los magistrados quedan con un poder discrecional absoluto, que les permite escoger unas, que no deberían ser admitidas por no reunir los requisitos técnicos exigidos por la casación y otras, que a pesar de haber cumplido con los mismos, no fueron seleccionadas en virtud de ese poder discrecional. El panorama anterior nos lleva de manera necesaria a concluir, que es la voluntad omnímoda de los integrantes de la sala, los que determinan, qué se selecciona y qué no se selecciona, sin que el ciudadano que se sometió a las exigencias de ley, se quede sin respuesta de fondo, sobre el motivo de su impugnación.

Así lo probamos en el Acta de la Comisión encargada de debatir la configuración del recurso de casación penal en la L. 906 de 2004, que nos permitimos citar nuevamente:

" El doctor Jaime Granados manifestó que en la sesión que se presentó la primera versión, ha existido un intercambio de opiniones con el señor Ministro, A TRAVÉS DEL CUAL SE DIJO QUE TENIENDO EN CUENTA QUE VA A SER DISCRECIONAL EN EL SENTIDO DE QUE LA CORTE SELECCIONE LOS CASOS QUE ESTIME CONVENIENTES REVISAR, HAY QUE PRIVILEGIAR LA FUNCIÓN DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA FRENTE A LOS OTROS FINES.

Al respecto, EL DOCTOR YESID RAMÍREZ BASTIDAS INDICÓ QUE EN EL ARTÍCULO 6º DEL NUEVO PROYECTO SE ENCUENTRA CONSAGRADA LA DISCRECIONALIDAD, para cuya felicidad y necesario complemento resultan indispensables las reformas de los artículos 230 y 235-1 de la Carta para posicionar un sistema fuerte de precedentes a través de los cuales se unifique el decir de los jueces de casación de cara al amparo de los derechos esenciales de los ciudadanos, sin mayores ataduras de formalismos insulsos.²⁹ (Resaltado propio)

Desde las discusiones de la comisión redactora quedó claro que la Sala Penal tendría la facultad de seleccionar las demandas que estimara convenientes, al punto que la Corte puede no seleccionar demandas bien presentadas, pero, igualmente, puede superar los defectos de demandas mal presentadas, es decir, tiene el poder discrecional de seleccionar lo que a bien tenga, sin que este atada a cumplir con los verdaderos fines de un recurso, que es resolver los aspectos que se consideran dañinos para el recurrente, convirtiendo a la casación en una acción.

En efecto, en el Acta No. 33 de la Comisión Constitucional Redactora que viene de citarse, en uno de sus apartes quedó plasmado:

" EL DOCTOR GÓMEZ VELÁSQUEZ PRECISÓ QUE LAS FINALIDADES DE LA CASACIÓN SON MUY AMPLIAS Y EN ESA MEDIDA SI EL RECURSO SE CINE MUCHO A LA ADMISIÓN PUEDE QUE A LA CORTE NO LE INTERESE EL RECURSO EN SI, PERO EN LO QUE VA A DECIR, ENTONCES AHÍ DEBEN SER MÁS BIEN LAS FINALIDADES DE LA CASACIÓN QUE SON ABIERTAS. Por lo anterior propuso que se dijera "para cumplir las finalidades de la casación". El doctor Granados sugirió la siguiente redacción:

"Se admitirá aquellas que a juicio de la Corte cumplen los fines de la casación".

Explicó que la Corte puede incluso corregir los defectos de técnica, como se indica en el inciso anterior. AGREGÓ QUE EN ESA MEDIDA SE DEJA A LA CORTE A SU SANA DISCRECIÓN DEFINIR CUALES SE REVISAN. El doctor Mejía señaló que el texto del párrafo segundo sirve para los dos eventos.

Por su parte, el Dr. Granados indicó que los efectos de técnica pueden ser superados por la Corte como se indica, LA CLAVE ESTÁ EN LA FINALIDAD Y EN DONDE ESTÉ REALMENTE ANCLADA LA DISCRECIONALIDAD Y EN LOS MOTIVOS DE CASACION PORQUE ES LO QUE LE VA A PERMITIR A LA CORTE

²⁹ RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. "CASACIÓN PENAL". Pág. 185. Editorial Leyer.

CREAR O DESARROLLAR LA JURISPRUDENCIA³⁰ (Resultado propio)

Del contenido del acta queda claro que fue la intención de la comisión crear un mecanismo selectivo de las demandas de casación, cuyo núcleo en realidad lo es el cumplimiento de alguno de los fines de la casación, aspecto que dota a la Sala Penal de una muy peligrosa discrecionalidad al momento de decidir cuáles demandas son seleccionadas y cuáles no, aspecto que desnaturaliza el recurso y lo convierte en acción.

La casación penal no tenía una atadura irreductible a los fines públicos y privados que fundamentan el recurso, aspecto que se debatía al momento de proferir la sentencia de casación, sino más bien a la forma en que debía presentarse la demanda y al interés para acudir al recurso extraordinario, demostrando nuestra aserción en la evolución legal que nos permitimos desarrollar:

La ley 105 de 1890 definió los fines de la casación penal al siguiente tenor:

ARTÍCULO 366. Con el fin principal de uniformar la Jurisprudencia, y también con el de que se enmienden los agravios inferidos, se concede recurso de casación para ante la Corte Suprema contra las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en asuntos civiles y en juicio ordinario o que tenga carácter de tal, cuando ocurra alguna de las causales que se establecen en este Capítulo para el efecto de poder interponer el recurso. Es además indispensable que coexistan las circunstancias siguientes: 1ª. Que la sentencia se funde o deba fundarse en leyes que rijan o hayan regido en toda la República, a partir de la vigencia de la Ley 57 de 1887; o que se funde o deba fundarse en leyes de los extinguidos Estados, que sean idénticas en esencia a las nacionales que estén en vigor; 2ª. Que la sentencia verse sobre hechos relativos al estado civil de las personas, o sobre intereses particulares en que la cuantía del juicio sea o exceda de tres mil pesos; y 3ª. Que haya contrariedad en las sentencias de primera y segunda instancia en cuanto a la inteligencia, o indebida aplicación de las leyes en que se apoyan, o en cuanto a lo principal del pleito."

Como puede observarse, en la L. 105 de 1890 se consagran los fines de la casación pero no se consagra su naturaleza; no obstante ello, de forma deductiva podemos inferirla:

En nuestro criterio los fines consagrados en la citada ley obviamente guardan relación con la actividad desviada de los jueces, por lo tanto, cuando se evidencia un error en la aplicación de la ley, evento al que están circunscritas todas las causales de casación, es obvio que el recurso extraordinario entre a cumplir una función de control legal en la actividad de los jueces.

En la L. 169 de 1896 se concibe la casación de forma similar a cómo fue concebida en el ordenamiento previamente citado:

ARTÍCULO 1o. CON EL FIN PRINCIPAL DE UNIFORMAR LA JURISPRUDENCIA, Y CON EL DE ENMENDAR LOS AGRAVIOS INFERIDOS A LAS PARTES, se concede recurso de casación para ante la Corte Suprema de Justicia contra las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en asuntos civiles y en juicio ordinario o que tenga carácter de tal, y contra las que se

³⁰ RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. "CASACIÓN PENAL" Pág. 205. Editorial Leyer.

pronuncien en los juicios de concurso de acreedores y los de sucesión por causa de muerte, siempre que la cuantía en estos últimos sea o exceda de seis mil pesos (\$ 6.000). En los demás casos bastará que la cuantía del juicio al tiempo de la demanda sea o exceda de tres mil pesos (\$ 3.00).

(...) (Resaltado propio)

En la ley 40 de 1907 lo alusivo a los fines del recurso fue plasmado en idéntica forma a las dos legislaciones anteriormente citadas, relevando el hecho que el recurso de casación a pesar de no decir en la ley que era un control legal de la actividad del juez, tácitamente esta conclusión se podía extraer de los dos fines principales del recurso, como lo eran la unificación de la jurisprudencia y enmendar los agravios a las partes.

En la L. 94 de 1938 no se indicó cual era la naturaleza del recurso, como tampoco se hizo mención a los fines del mismo, pero en su contenido hace remisión al código judicial, ordenamiento que sí menciona estos fines.

Sólo hasta el año 1991, a través del D. 2700, en su artículo 219, se introdujeron de forma específica para la casación penal los fines públicos y privados del recurso extraordinario:

ARTICULO 219. FINES DE LA CASACION. El recurso extraordinario de casación *tiene por fines primordiales LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO MATERIAL Y DE LAS GARANTIAS DEBIDAS A LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA ACTUACION PENAL, LA REPARACION DE LOS AGRAVIOS INFERIDOS A LAS PARTES EN LA SENTENCIA RECURRIDA, Y LA UNIFICACION DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL*
(Resaltado propio)

Obsérvese que el cambio surtido con esta normatividad fue sensible, porque contrario a los dos fines plasmados en la L. 105 de 1890, en esta normatividad se incluyeron cuatro fines claramente diferenciables, como lo son: 1.- la efectividad del derecho material; 2.- las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal; 3.- la reparación de los agravios inferidos a las partes en la sentencia recurrida; y 4.- la unificación de la jurisprudencia.

En éste punto la discusión se torna interesante, porque en esta codificación se hace referencia a los fines públicos y privados del recurso extraordinario de casación, pero, la admisibilidad y procedencia de la demanda de casación no queda ligada a que la demanda contenga una explicación que vincule los cargos al cumplimiento de uno o varios de los fines de la casación, al menos en lo que respecta a la casación normal.

De acuerdo con el artículo 218 del D. 2700 de 1991 el recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias de 2ª instancia, para los delitos cuyo máximo de pena exceda de los 8 años, extendiéndose la posibilidad de acudir en casación por los delitos conexos.

Solo se presenta una novedosa excepción, en la cual se exige que la demanda de casación se invoque de cara con algunos de los fines de la casación, que fue normativizado en el artículo 218 ibídem y se relaciona con la procedencia de la casación excepcional, específicamente en el inciso tercero:

"DE MANERA EXCEPCIONAL, LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DISCRECIONALMENTE, PUEDE ADMITIR LA DEMANDA DE CASACIÓN CONTRA SENTENCIAS DE SEGUNDA INSTANCIA DISTINTAS A LAS ARRIBA MENCIONADAS, A LA SOLICITUD DE CUALQUIERA DE LOS SUJETOS PROCESALES, CUANDO LO CONSIDERE NECESARIO PARA EL DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA O LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, siempre que reúna los demás requisitos exigidos por la ley." (Resaltado propio)

De acuerdo con la norma citada, se crea la figura de la casación excepcional, que indica que la sala penal de la Corte Suprema de justicia puede admitir demandas en contra de sentencias de 2ª instancia, por delitos cuya pena sea igual o inferior a ocho años, siempre y cuando se realice una motivación suficiente en la demanda de casación que le indique a la Sala Penal que es necesario del fallo para la unificación de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales como fines de la casación, sin perjuicio claro está de los requisitos exigidos por la ley.

A no dudarlo esta posibilidad es abiertamente favorable a los recurrentes cuya condena lo sea por un delito cuya pena máxima sea igual o inferior a 8 años, así el umbral argumentativo sea más alto, porque en legislaciones pasadas, la casación en estos casos no procedía, erigiéndose esta figura como abiertamente favorable a los intereses del recurrente.

Quiere decir que en este excepcional caso la posibilidad de la Sala penal para admitir una demanda de casación no sólo se somete a la evaluación de los requisitos legales de la demanda (Art. 225 y 226) y el interés jurídico para recurrir en casación (Art. 226), es decir, que la sentencia le produzca un agravio al recurrente, sino que además de ello, se le debe indicar a la Sala la necesidad del fallo para cumplir con uno o algunos de los fines de la casación.

Debe tenerse en cuenta que ésta exigencia de demostrar la necesidad del fallo para cumplir con alguno de los fines de la casación se creó única y exclusivamente para la casación excepcional o discrecional, como figura favorable respecto a las legislaciones previas para los condenados por delitos cuya pena es inferior a 8 años; porque si se hace una lectura detenida de las normas que reglamentan el extraordinario recurso, puede concluirse que dicha exigencia no se predica de la casación normal, porque para acceder a ella, por ministerio de la ley procesal, sólo se requiere que se interponga contra la sentencia de 2ª instancia que se profiera por un delito cuya pena exceda de 8 años de prisión, cumplir con los requisitos de la demanda fijados en la ley y la demostración del interés jurídico para acudir al recurso.

En efecto, en el artículo 226 del D. 2700 de 1991, modificado por la L. 553 de 2000, respecto de la calificación de la demanda oportunamente presentada se establecía lo siguiente:

"ARTICULO 226. CALIFICACION DE LA DEMANDA. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 553 de 2000. Aparte subrayado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE. El nuevo texto es el siguiente:> Si el demandante carece de interés o la demanda no reúne los requisitos se inadmitirá y se devolverá el expediente al despacho de origen. En caso contrario se surtirá traslado al Procurador delegado en lo penal por un término de veinte (20) días para que obligatoriamente emita concepto. (Resaltado propio)

En este punto es claro que la admisión de la demanda depende del cumplimiento de los requisitos legales fijados en el artículo 225³¹ *ibidem* y de la demostración de un interés jurídico para acudir al recurso (Art. 226), el cual no tiene una relación intrínseca con los fines de la casación, porque como lo veremos más adelante, la necesidad de vincular la demanda a uno o varios de los fines de la casación se evidencia al momento de la creación legal de la casación excepcional o discrecional, cuya finalidad no fue otra que sumarle nuevas exigencias al recurrente que acude al recurso por una condena cuyo delito tiene una pena de prisión inferior o igual a 8 años.

Esto nos lleva necesariamente a la codificación procesal penal creada mediante la L. 600 de 2000, que en su artículo 205 indica que la casación procede contra las sentencias dictadas por el Tribunal superior en 2ª instancia o el tribunal penal militar, por procesos adelantados por delitos cuya pena máxima exceda de 8 años de prisión, así lo impuesto fuese una medida de seguridad:

"ARTÍCULO 205. PROCEDENCIA DE LA CASACION. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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.

La casación se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior. (...) (Resaltado propio)

En el tercer inciso, excepcionalmente y en sentido similar al D. 2700 de 1991, indica que la casación igualmente procede bajo las siguientes circunstancias:

"DE MANERA EXCEPCIONAL, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, **DISCRECIONALMENTE, puede admitir la demanda de casación contra sentencias de segunda instancia distintas a las arriba mencionadas**, a la solicitud de cualquiera de los sujetos procesales, **cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, siempre que reúna los demás requisitos exigidos por la ley.**" (Resaltado propio)

Con redacción similar al ordenamiento procesal anterior, se consagró la casación excepcional la cual procede contra sentencias de 2ª instancia por delitos cuya pena máxima sea igual o inferior a 8 años de prisión, siempre que se cumplan con los demás requisitos exigidos por la ley, y por supuesto, la demostración del interés jurídico para acudir al recurso extraordinario.

En la casación discrecional, como su nombre lo indica y lo propone, opera de acuerdo con la voluntad de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; pero, además de la necesidad de redactar la demanda de conformidad con los requisitos legales y la demostración del interés jurídico para acudir al recurso,

³¹ ARTICULO 225. REQUISITOS FORMALES DE LA DEMANDA. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 553 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> La demandá de casación deberá contener:

1. La identificación de los sujetos procesales y de la sentencia demandada.
2. Una síntesis de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal.
3. La enunciación de la causal y la formulación del cargo indicando en forma clara y precisa sus fundamentos y las normas que el demandante estime infringidas.
4. Si fueren varios los cargos, se sustentarán en capítulos separados.

Es permitido formular cargos excluyentes de manera subsidiaria.

requería demostrar en la demanda la necesidad de que la Corte se pronunciara para cumplir con uno de los fines de la casación, siendo esta una carga argumentativa adicional para el demandante, porque la demanda tenía una atadura indolegable a los fines de la casación.

De la descripción cronológico - legal realizada en precedencia, podemos establecer que en las dos últimas codificaciones que le precedieron a la L. 906 de 2004 existían dos posibilidades de acudir a la casación claramente diferenciables:

1.- La casación normal, que procedía y procede en contra de las sentencias de 2ª instancia proferidas por el tribunal superior o el tribunal militar, por delitos cuya pena máxima exceda de ocho años de prisión, así se trate de una medida de seguridad. Para poder acudir a esta modalidad de la casación debía demostrarse el interés jurídico para acudir al recurso extraordinario y el cumplimiento de los requisitos legales en la elaboración de la demanda. La demanda no exigía el demostrar a la Sala Penal la necesidad del fallo para el cumplimiento de uno o varios de los fines de la casación.

2.- La casación discrecional o excepcional que procede contra las sentencias proferidas en 2ª instancia, cuyos delitos tienen una pena máxima de prisión que es igual o inferior a 8 años. En esta modalidad de la casación, el censor además de tener la carga argumentativa de demostrar el interés y cumplir con los requisitos legales en la elaboración de la demanda, debe demostrar a la Sala Penal de la Corte porqué es necesario su fallo para el cumplimiento de alguno o algunos de los fines de la casación penal. Observamos que la carga argumentativa en la casación excepcional es mucho más exigente que los fijados para la casación normal, pero no obstante ello, es un privilegio para el recurrente, porque dicha figura procesal no existía en las legislaciones procesales previas al D. 2700 de 1991, siendo preferible la posibilidad de invocar la casación discrecional, así tenga unas cargas argumentativas más elevadas, o no contar con la facultad de acudir al recurso.

Pero la norma que consagra la casación discrecional en cualquiera de los dos ordenamientos enuncia que el Magistrado tiene la facultad de admitir discrecionalmente la demanda, es decir, que su trámite depende de su voluntad y no del cumplimiento de los requisitos para la sustanciación del recurso, creando un margen considerable de discrecionalidad a favor de la sala penal.

Finalmente llegamos a la casación estructurada en la L. 906 de 2004, que tal y como se pudo comprobar, limitó en gran medida el acceso al recurso extraordinario, porque lo que anteriormente se constituía como la excepción (*casación discrecional o excepcional*) se convirtió en la regla general, en razón a que las características de la casación discrecional a partir de la promulgación de dicha ley fueron trasladadas de forma generalizada a la casación implementada con la L.906 de 2004. Basta con leer detenidamente los artículos 180 y 184 ibídem para llegar a la conclusión que exponemos.

En efecto, el artículo 180 enuncia las finalidades del recurso al siguiente tenor:

" ARTÍCULO 180. FINALIDAD. El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia. (Resaltado propio)

De forma similar a las dos codificaciones anteriores, las finalidades atribuidas al recurso extraordinario son cuatro a saber:

1.- La efectividad del derecho material; 2.- El respeto de las garantías de los intervinientes; 3.- la reparación de los agravios inferidos a los intervinientes y 4.- la unificación de la jurisprudencia.

En lo que respecta a la legitimación para acudir al recurso, el artículo 182 indica que lo podrán hacer los intervinientes que "tengan interés", que se traduce en que el fallo de 2ª instancia les haya causado un perjuicio.

En lo atinente a los requisitos de la demanda, el artículo 183 los limita a que el demandante en la demanda de "manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos".

Hasta ahora podríamos afirmar, en principio, que las características del recurso extraordinario no difieren en lo sustancial con los ordenamientos procesales anteriores, pero, como lo veremos a continuación, el artículo 184 desmejora sensiblemente el panorama de la casación penal como mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales, porque en el acápite de la admisión de la demanda, que en realidad se trata de la selección de la demanda, enlaza la selección o inadmisión de la misma a que el demandante demuestra a la Corte la necesidad del fallo para el cumplimiento de uno de los fines de la casación.

"ARTÍCULO 184: **ADMISIÓN.** Vencido el término para interponer el recurso, la demanda se remitirá junto con los antecedentes necesarios a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que decida dentro de los treinta (30) días siguientes sobre la admisión de la demanda.

NO SERÁ SELECCIONADA, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: Si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación **O CUANDO DE SU CONTEXTO SE ADVIERTA FUNDADAMENTE QUE NO SE PRECISA DEL FALLO PARA CUMPLIR ALGUNAS DE LAS FINALIDADES DEL RECURSO.**

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.**

Para el efecto, se fijará fecha para la audiencia de sustentación que se celebrará dentro de los treinta (30) días siguientes, a la que podrán concurrir los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción dentro de los límites de la demanda. (Resaltado propio)

Del contenido de la norma citada se puede concluir que los fines del recurso pueden ser utilizados por los Magistrados de la Sala Penal para inadmitir demandas que cumplen con los requisitos legales de acuerdo con el inciso 2º de la norma citada si observan que del contexto de la demanda no se cumple con algunos de los aludidos fines de la casación.

La anterior es una propuesta imposible de suceder en la realidad de los estrados judiciales, porque aceptamos que en algunos casos, los mismos no sean

indispensables para la unificación de la jurisprudencia, pero no podemos menos que preguntarnos y cuando podría pensarse que el fallo de casación no sea indispensable para: 1. Garantizar la efectividad del derecho material; 2. Obtener el respeto de las garantías de los intervinientes; o, 3. Lograr la reparación de los agravios inferidos a los intervinientes. Quien siendo interviniente en el proceso va a acudir al recurso extraordinario, sin tener interés para ello, en virtud de haber sido afectado en una de las tres finalidades del recurso al que acude de manera extraordinaria ?.

Contrario *sensu*, la Sala Penal puede superar los defectos de las demandas presentadas de forma defectuosa, atendiendo entre otros aspectos, las finalidades del recurso. Lo anterior para relievár que, por ministerio de la ley, en la demanda de casación además de los requisitos de invocación clara y concisa de la causal y el interés para acudir al recurso, se debe indicar a la Sala Penal la necesidad de su fallo para cumplir con una o algunas de las finalidades del recurso, que son las mismas exigencias que operaban para la casación excepcional en el D. 2700 de 1991 y en la L. 600 de 2000.

En efecto, si se analiza juiciosamente el inciso 2º del artículo bajo análisis se indica que no será seleccionada la demanda que se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: 1.- el demandante carece de interés; 2.- prescinde de señalar la causal; 3.- no desarrolla los cargos de sustentación; y 4.- cuando del contexto de la demanda advierte que no se necesita de la sentencia para cumplir alguno los fines del recurso.

Este último numeral indica que no obstante el demandante cuente con el interés jurídico para acudir al recurso, se señale la causal y se desarrollen correctamente los cargos, es posible que no seleccionen la demanda, si la Corte advierte que no se necesita del recurso para cumplir con alguno de sus fines.

Ahora bien, si analizamos el inciso 3º se consagra el principio de limitación que rige el recurso, en el entendido que la sala penal sólo puede tener en cuenta las causales invocadas por el demandante, pero, a renglón seguido y de forma discrecional, faculta a la Corte a seleccionar demandas defectuosamente elaboradas y superar sus defectos, entre otros aspectos, en atención a los fines de la casación.

Quiere decir que en toda demanda de casación, además de las cargas argumentativas tradicionales, se agrega de forma permanente una nueva, que operaba para la casación discrecional, como lo es demostrar a la sala la necesidad del fallo para el cumplimiento de alguno de los fines del recurso.

En conclusión, las características de la casación excepcional o discrecional fueron implantadas de forma general al recurso de casación implementado en la L. 906 de 2004. Esta es una forma de limitar el acceso al recurso de casación, porque dificulta la carga argumentativa para el recurrente.

Del estudio legislativo desarrollado, se puede establecer que el legislador de forma paulatina a tratado de limitar el acceso al recurso, creando figuras que dificultan su acceso, e incluso, que lo hacen inoperante.

Finalmente, obsérvese que la casación en la L.906 de 2004, de acuerdo con el artículo 181 *"procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los*

procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales", redacción que nos indica que dejaron de existir los límites de pena para acudir al recurso, porque procede en contra de todas las sentencias de 2ª instancia y no sólo respecto de las sentencias proferidas por el Tribunal, sino que igualmente procederá en contra de sentencias proferidas por un juez penal del circuito, tal y como acontecía en la extinta casación excepcional o discrecional del D. 2700 de 1991 y la L. 600 de 2000.

Al equiparar el umbral argumentativo de la casación en la L. 906 de 2004, al que existía en legislaciones anteriores para figuras como la casación excepcional o discrecional, se dificulta, y en gran medida, el acceso al recurso extraordinario, porque el cumplimiento o no de los fines de la casación es un asunto que estará siempre librado a la discrecionalidad del funcionario judicial, creando una nueva limitante a quienes pretenden acudir al recurso como última opción de solución a su situación jurídica.

Parece poco probable, por no decir que imposible, que a un ciudadano condenado a una pena de prisión considerable, que demuestre el interés para acudir al recurso, que invoque correctamente la causal y que desarrolle adecuadamente los cargos, la Sala Penal pueda plasmar un argumento válido encaminado a demostrar que no se necesita del fallo para efectos de cumplir con alguna de las finalidades del recurso, porque una reflexión de esta naturaleza se erigiría como un verdadero prejuizgamiento de los llamados a administrar justicia y porque si se demuestra el interés, es imposible que se afirme que no se requiere del fallo para cumplir con las otras finalidades, que afectan derechos fundamentales del recurrente.

Normas legales que entronizan y patrocinan tal tipo de comportamientos, de manera necesaria, tienen que ser contrarios a la Carta Política y deben ser retirados del ordenamiento jurídico, en cumplimiento de la primacía constitucional consagrada en éste artículo.

En las tres normas hasta aquí analizadas, en nuestro criterio se condensan las ideas que fundan y conforman la República como superestructura, la Nación, como su objetivo político y social y el individuo como resultado histórico justificante de los anteriores. Es allí donde aparecen los ideales, expectativas y esperanzas que los creadores del Estado (*el pueblo soberano que detenta la soberanía nacional*) le señalan, para la obtención de las condiciones ideales para la supervivencia de la Nación y el desarrollo de la persona como individuo.

B) El inciso 1º del artículo 347 de la Ley 1.564 de 2.012, es igualmente contrario a la norma analizada, puesto que se violan los mismos principios constitucionales y valen para la pretensión de inconstitucionalidad de ésta norma, las argumentaciones antes ofrecidas.

V. LA IGUALDAD DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LA LEY. (ART. 13 C. P.).

El artículo 13 de la Carta Política consagra las formas clásicas de igualdad conocidas, entre ellas, la de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. La norma citada determina:

"ARTICULO 13. TODAS LAS PERSONAS NACEN LIBRES E IGUALES ANTE LA LEY, RECIBIRÁN LA MISMA PROTECCIÓN Y TRATO DE LAS AUTORIDADES y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.(Lo destacado no lo es en el texto).

La desigualdad con la que el legislador trata a quienes cumplieron los requisitos de ley, para tener derecho a tener una respuesta de fondo en el recurso de casación, y la autorización para dar una respuesta definitiva a quienes no cumplieron con ellos, genera igualmente una violación del principio del juez imparcial, porque permite a los integrantes de la Sala de Casación, a tratar discriminadamente a quienes cumplieron con la ley y quienes no respetaron esas directrices normativas.

La permanente congestión de los despachos judiciales es un problema ancestral de nuestra justicia, y si a ello se le agrega no solo el exceso de carga laboral que deben afrontar y padecer los jueces, sino la insuficiencia de infraestructura y de instrumentos idóneos para el desempeño de tan trascendental labor; pero, lo anterior, no justifica que los recursos legislativos a los que se ha acudido de manera reiterada, hayan conducido a sacrificar los derechos ciudadanos o al recorte de sus garantías procesales, cuando para solucionar tales problemas de excesiva carga laboral, se ha pensado más en el bienestar de los funcionarios, que en la justicia debida a los miembros de la Nación.

En la Ley 553 de 2.000, art 10º, se intentó, sobre el argumento de que la Sala de Casación Penal estaba sobrecargada de trabajo, no dar respuesta a las demandas de casación, con el inventado artilugio de la "Respuesta *inmediata*". En la mencionada norma se dispuso al respecto:

"Artículo. 226 A.- *Respuesta inmediata.* Cuando sobre el tema jurídico sobre el cual versa el cargo o los cargos propuestos en la demanda ya se hubiere pronunciado la Sala de Casación en forma unánime y de igual manera no considere necesario reexaminar el punto, podrá tomar la decisión en forma inmediata citando simplemente el antecedente."

La norma anterior fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-252 del 28 de febrero de 2001, con ponencia del H. M. Carlos Gaviria Díaz, ya citada parcialmente en precedencia.

La similitud entre los artículos 214 de la Ley 600 de 2.000 y el Artículo 10º de la Ley 553 de 2.000, que adiciona el código con el artículo 226A, ya declaradas inexecutables son de indiscutible similitud, semejanza que se reitera ahora con el artículo 347 de la Ley 1.564 de 2.012, norma demandada mediante este libelo; de la misma manera que son claros sus objetivos, disminuir la carga laboral en cabeza de los señores magistrados y también los efectos, negarle a miles de ciudadanos el derecho de tener acceso a la justicia³², por medio de un sistema regido casi por las

³² ARTICULO 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

leyes del azar, que también vulnera el derecho de igualdad del ciudadano ante la ley y del trato que debe recibir de los funcionarios públicos³³.

Las pretensiones legislativas de dejar a los ciudadanos sin la protección de la casación se concretaron en las siguientes normas:

Ley 553 de 2.000:

" Artículo 10.- Créase el artículo 226 A del Código Penal (sic) con el siguiente contenido:

Artículo. 226 A.- Respuesta inmediata. CUANDO SOBRE EL TEMA JURÍDICO SOBRE EL CUAL VERSA EL CARGO O LOS CARGOS PROPUESTOS EN LA DEMANDA YA SE HUBIERE PRONUNCIADO LA SALA DE CASACIÓN EN FORMA UNÁNIME Y DE IGUAL MANERA NO CONSIDERE NECESARIO REEXAMINAR EL PUNTO, PODRÁ TOMAR LA DECISIÓN EN FORMA INMEDIATA CITANDO SIMPLEMENTE EL ANTECEDENTE." (Lo destacado no lo es en el texto).

Ley 600 de 2.000:

" ARTÍCULO. 214. **CUANDO SOBRE EL TEMA JURÍDICO SOBRE EL CUAL VERSA EL CARGO O LOS CARGOS PROPUESTOS EN LA DEMANDA YA SE HUBIERE PRONUNCIADO LA SALA DE CASACIÓN EN FORMA UNÁNIME Y DE IGUAL MANERA NO CONSIDERE NECESARIO REEXAMINAR EL PUNTO, PODRÁ TOMAR LA DECISIÓN EN FORMA INMEDIATA CITANDO SIMPLEMENTE EL ANTECEDENTE.**
(Lo destacado no lo es en el texto):

Ley 906 de 2.004:

ARTÍCULO 184. ADMISIÓN. Vencido el término para interponer el recurso, la demanda se remitirá junto con los antecedentes necesarios a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que decida dentro de los treinta (30) días siguientes sobre la admisión de la demanda.

No será seleccionada, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: Si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación **O CUANDO DE SU CONTEXTO SE ADVIERTA FUNDADAMENTE QUE NO SE PRECISA DEL FALLO PARA CUMPLIR ALGUNAS DE LAS FINALIDADES DEL RECURSO.**

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.

³³ ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Para el efecto, se fijará fecha para la audiencia de sustentación que se celebrará dentro de los treinta (30) días siguientes, a la que podrán concurrir los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción dentro de los límites de la demanda." (Resaltado propio)

Ley 1.564 de 2.012:

" ARTÍCULO 347. **SELECCIÓN EN EL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN.** La Sala, aunque la demanda de casación cumpla los requisitos formales, podrá inadmitirla en los siguientes eventos:

1. CUANDO EXISTA IDENTIDAD ESENCIAL DEL CASO CON JURISPRUDENCIA REITERADA DE LA CORTE, SALVO QUE EL RECURRENTE DEMUESTRE LA NECESIDAD DE VARIAR SU SENTIDO.

2. Cuando los errores procesales aducidos no existen o, dado el caso, fueron saneados, o no afectaron las garantías de las partes, ni comportan una lesión relevante del ordenamiento.

3. Cuando no es evidente la trasgresión del ordenamiento jurídico en detrimento del recurrente. (Lo destacado no lo es en el texto).

Ha sido entonces un propósito reiterativo del legislador, de tratar de solucionar los problemas de eficiencia de la justicia, a costa de los derechos de los ciudadanos, y no sirvió la declaratoria de inexecutable de estas normas, porque una fue repetida, vulnerándose el precepto constitucional 243, y por el otro lado, se elaboró una norma diferente, pero que produce los mismos efectos de la inicialmente declarada contraria a la Carta Política.

Se viola el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, porque de manera lamentable es la misma ley la que crea la desigualdad al disponer una selección de las demandas sin ningún criterio rector que garantizara el acceso a la justicia, la igualdad, la incolumidad de los derechos constitucionales de los intervinientes procesales y por sobre todo la verdad, la equidad y la justicia.

La desigualdad ante la ley se configura en el mismo momento en que el legislador crea en favor de los Honorables Magistrados una facultad discrecional omnimoda, sin límites, ni controles de ninguna naturaleza, que le garanticen al ciudadano la integridad de los derechos vulnerados con las sentencias de las instancias y con la injusta no selección, en aquellos casos en los que la demanda llena los requisitos exigidos por la ley respecto de la técnica casacional. Pero la desigualdad se eleva a magnitudes desconcertantes, cuando la misma ley autoriza a los Honorables Magistrados para que seleccionen demandas que no reúnan los requisitos legales.

Es inadmisibles dentro del Estado de Derecho, y dentro de los conceptos de igualdad de los ciudadanos ante la ley, que el legislador pueda autorizar el rechazo de demandas que reúnen todos los requisitos legales exigidos y en sentido contrario que se admitan demandas que no cumplen con las exigencias legales.

Es tal el propósito de burlar los objetivos reivindicativos de los demandantes que se consagra un curioso e inexistente recurso, que es denominado: " recurso de insistencia " que no aparece enumerado entre los recursos ordinarios, ni entre los extraordinarios, que de manera increíble no puede ser interpuesto por el demandante que es el afectado con la no selección, consagrándose que solo puede ser interpuesto por el Mrio Pco o por alguno de los Magistrados de la Sala, que fueron precisamente los que emitieron la decisión de no selección, será posible que

alguno de ellos se vaya contra su propia decisión y la recurra de ésta manera tan singular ?.

El recurso de insistencia aparece como tal en el artículo 33 del Decreto 2.591 de 1.991, reglamentario de la acción de tutela, y puede ser interpuesto por los restantes miembros de la Corporación, que no hicieron parte de la sala dual que hizo la correspondiente selección de tutelas ³⁴.

En ese estatuto tiene razón de ser, porque cómo se puede concebir que los magistrados que intervinieron en la decisión de no selección de la demanda de casación, pudieran con posterioridad a la misma, interponer recurso de insistencia contra su propia decisión ? . En el Estatuto reglamentario de la tutela tiene su razón de ser porque al estar integrada la Sala de Selección por dos magistrados, los que no hicieron parte de la misma, pueden interponer el recurso de insistencia, para que se reconsidere por la Sala de Selección, la decisión negativa.

Lo anterior contraría la lógica jurídica, porque los recursos están instituidos para que aquellos sujetos procesales o intervinientes que habiéndose sido afectados negativos con la misma, o que no compartan una decisión judicial puedan oponerse a ella. Pero en este caso a quien ha cumplido con las exigencias de la ley y su demanda de casación no es seleccionada por "motivos discrecionales" se le niega la posibilidad de recurrir. Pero la misma ley faculta a quien no tiene interés jurídico para recurrir – Ministerio Público o alguno de los magistrados que firmó el auto de no selección – para que recurra ante los magistrados restantes.

Esta forma de legislar es discriminatoria y propicia la desigualdad pues no se entiende cómo se niega el derecho de "insistir" a quien tiene interés jurídico para recurrir pero se le concede a quien no lo tiene. Es el propósito de negar el acceso a la justicia a los ciudadanos a quien injustamente no se le seleccione su demanda, con criterios eminentemente subjetivos.

La desprotección del ciudadano es absoluta, y al negársele al demandante de recurrir con la insistencia, es la prueba palpable que lo que se quiso por parte del legislador, era negar la opción del recurso extraordinario a miles de ciudadanos, y consagrar de tal manera, una facultad discrecional absoluta, que no tiene controles de ninguna naturaleza, puesto que el único interesado o afectado con la no selección, es precisamente el único que no puede interponer la insistencia.

Criterio similar se sostuvo en una Aclaración de voto; a un auto de no selección de una demanda de casación cuando se sostuvo:

"Allí advertí que aunque estaba de acuerdo con la decisión que culminó en la inadmisión de la demanda de casación presentada por el recurrente extraordinario con ocasión de este asunto, sin embargo era mi parecer que el *recurso de insistencia* en el sistema acusatorio que hoy nos rige no tiene cabida, como quiera que dicho instituto no se encuentra establecido en la nueva codificación procesal penal como recurso ordinario o extraordinario -Arts. 176 a 198-, criterio que ahora refrenda la Sala en la providencia materia de esta aclaración.

³⁴ ARTICULO 33. REVISION POR LA CORTE CONSTITUCIONAL. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses.

En aquella oportunidad, repito, sostuve y aún lo sigo haciendo, que el legislador partiendo de lo dispuesto para tal efecto -la insistencia- en el Art. 33 del Dto. 2591 de 1991 para la revisión de las sentencias de tutela por parte de los magistrados de la Corte Constitucional que no intervinieron en el proceso de selección pertinente, introdujo un tal mecanismo en el trámite casacional sin echar de ver la disimilitud del procedimiento que impera en uno y otro evento, pues a diferencia de lo que ocurre en la regulación contenida en el citado precepto, bien cabe advertir que cuando ello ocurre en el proceso penal, el magistrado que no comparte la decisión de la mayoría está llamado a salvar su voto o a aclararlo, lo cual consulta la lógica si con esa actuación del magistrado o magistrados disidentes se obliga la Sala a revisar los argumentos planteados en los respectivos salvamentos y/o aclaraciones.

Empero, además, los recursos en derecho procesal y en la teoría general del proceso son mecanismos de impugnación que el legislador reserva a las partes y sujetos procesales con capacidad de intervención en el debate, para hacer operante el derecho de contradicción, situación que no compagina con las estipulaciones previstas en el inciso 2º del Art. 184 de la Ley 906 de 2004, cuando sea el magistrado de la Sala el que interponga el denominado recurso de insistencia.

En efecto, si la determinación de no seleccionar una demanda de casación debe ser tomada en auto motivado por los integrantes de la Sala, no se concibe cómo a uno o a algunos de sus miembros les asista la atribución de impugnar una tal decisión, si para su adopción hubieron de tomar parte en la discusión pertinente. Dicho canon establece:

"Artículo 184. Admisión:

"(...)

"No será seleccionada, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: Si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

"(...)"

Ahora, para lo que interesa al caso presente, no se puede olvidar que la norma en mención también faculta al Ministerio Público para interponer el llamado recurso de insistencia, en tratándose de uno cualquiera de los supuestos que impiden la selección de la correspondiente demanda de casación. Allí, es precisamente donde se alude al Ministerio Público con interés para el recurso de insistencia, lo cual, como se dijo antes, no tiene cabida toda vez que éstos -los recursos- están definidos en la novísima legislación procesal penal en el Título 5º, Capítulo 8º, Arts. 176 y Ss., y entre ellos no se encuentra relacionado el de insistencia.

Surge, entonces, el interrogante: ¿Si no está consagrado el recurso de insistencia como uno de los ordinarios establecidos en el Código, será que se trata de uno de los extraordinarios que tampoco está establecido como tal? Aclaración de voto del H.M. Sigifredo Espinosa Pérez al Auto de no selección del 12 de diciembre de 2005, dictado en el proceso 24322. M. P. Marina Pulido de Barón. (Lo destacado no lo es en el texto).

El conocido principio de interpretación de las normas jurídicas, a partir del "efecto útil" de éstas, enseña que, entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero.

Las dos normas demandadas (artículo 184 de la ley 906 de 2004 y del artículo 347 de la Ley 1.564 de 2.012.) admiten dos interpretaciones: i) que si el demandante tiene interés, señala las causales y desarrolla los cargos, la demanda debe ser

admitida; y ii) que a pesar de cumplirse con las exigencias legales anotadas, es posible no seleccionarla.

La primera interpretación produce consecuencias jurídicas como es el acceso a la administración de justicia y el derecho a que la sentencia sea revisada por una instancia superior dictada por un órgano de cierre; mientras que la segunda interpretación a nada conduce en cuanto niega los derechos que reconoce la primera interpretación. En consecuencia, debe preferirse la primera interpretación.

Pero además de lo anterior, el "recurso" de insistencia es una mera ilusión, por las razones que nos permitimos enunciar:

1.- Excluye a casi la totalidad de los intervinientes, salvo al Ministerio Público, entonces, cuando el recurrente en casación a quien no se le seleccionó la demanda lo es el procesado o la víctima, no tiene la posibilidad legal de invocarlo de forma directa, sino por intermedio de un magistrado de la Sala Penal o el representante del Ministerio Público. En el primer caso, ¿podrá el magistrado que firmó la decisión de no seleccionar la demanda insistir ante el resto de la Sala? En segundo caso, el Ministerio Público que solicitó y obtuvo la condena del acusado ¿podrá "insistir" para que se admita una demanda que pretende que se revoque lo que él logró ?

Pero es importante destacar que el traslado obligatorio que se hacía al Mrio Pco fue suprimido en la actual codificación procesal y por tanto, a menos que sea el Mrio Pco el mismo recurrente, es prácticamente imposible que un Agente de ésta institución vaya a interponer insistencia, tratándose como se trata de proceso desconocidos en los que no tiene ningún interés.

2.- No es un recurso ordinario y menos extraordinario, porque su invocación supone la ejecutoria de la sentencia de 2ª instancia, aspecto jurídico que nos indica que al terminar definitivamente el proceso con el auto de no selección, no se puede hablar de recurso.

3.- Su reglamentación no lo fue a través de una ley de la República, o de un Decreto, sino que la Sala Penal reglamentó jurisprudencialmente el mismo "recurso", invadiendo la órbita de competencias del legislativo y del ejecutivo. Como prueba de ello, nos permitimos citar un antecedente jurisprudencial en el cual la Corte reglamenta el aludido "recurso":

"c) EL MECANISMO DE "INSISTENCIA".

Señala el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 que contra el auto *-debidamente motivado-* a través del cual no se selecciona la demanda de casación procede el "recurso" de insistencia *"presentado por alguno de los Magistrados de la Sala o por el Ministerio Público"*.

COMO QUIERA QUE EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL NO REGULA EL TRÁMITE A SEGUIR PARA QUE SE APLIQUE EL REFERIDO INSTITUTO PROCESAL, OBLIGADO SE IMPONE ABORDAR EL TEMA A FIN DE DEFINIR LAS REGLAS QUE HABRÁN DE SEGUIRSE PARA SU APLICACIÓN.

En esta dirección, BIEN ESTÁ PRECISAR QUE DE LA SIMPLE LECTURA DE LOS ARTÍCULOS 176 A 198 DEL NUEVO ESTATUTO PROCESAL PENAL SE COLIGE QUE LA INSISTENCIA NO FUE CONTEMPLADA POR EL LEGISLADOR COMO RECURSO ORDINARIO O EXTRAORDINARIO. A su vez, es también claro que este

mecanismo, llamado a provocar la reconsideración de ciertas decisiones que adoptan las altas Cortes, fue introducido por primera vez al ordenamiento jurídico en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, que prescribe:

"REVISION POR LA CORTE CONSTITUCIONAL. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrán solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses".

A su turno, examinados los debates que precedieron la expedición de la Ley 906 de 2004, NÍTIDAMENTE SURGE QUE FUE VOLUNTAD DEL LEGISLADOR HACER EXTENSIVO ESE MECANISMO EXCEPCIONAL PREVISTO PARA LA ACCIÓN DE TUTELA AL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN EN MATERIA PENAL. Fue así como en las discusiones para segundo debate, el Senado de la República examinó la propuesta introducida por el Representante a la Cámara Luis Fernando Almarín, en el sentido de adicionar la procedencia de un "recurso" de insistencia contra la decisión de esta Sala en la que no se selecciona una demanda de casación, propuesta justificada en los siguientes términos:

"Yo sí creo que por lo menos pongámosle a proceder un recurso. Yo he redactado esto. En la parte donde dice que no procede ningún recurso lo he sustituido por esto, no será seleccionada por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los Magistrados de la Sala o por el Defensor del Pueblo, la demanda y el resto sigue igual, por lo menos que exista esa posibilidad, que si uno cree que le han violado sus derechos fundamentales y la Corte no seleccionó esa casación por lo menos que uno tenga un derecho de pataleo, aunque sea de llegada a un Magistrado o enviándole una carta, o ir a la Defensoría del Pueblo y decir mire por favor insista ante la Corte, porque es que en tanta cantidad de cosas es muy difícil que vayan a poner cuidado a mi situación personal".

Propuesta que recibió aprobación de las Cámaras, introduciéndose sólo una variante frente a la intervención de la Defensoría del Pueblo, reemplazada por el Ministerio Público, tal y como se anotó en las actas correspondientes al informe para segundo debate, así:

"A propuesta del Representante Almarín, se prevé el recurso de insistencia ante la no selección de la demanda de casación a instancia de alguno de los Magistrados de la Sala correspondiente o del Defensor del Pueblo. Sin embargo, los ponentes propondremos que a cambio de este último pueda hacerlo el Ministerio Público".

Visto lo anterior, SE CONCLUYE QUE SI BIEN TANTO EN LA PROPUESTA SOMETIDA A CONSIDERACIÓN DEL CONGRESO COMO EN EL TEXTO FINALMENTE APROBADO, SE HIZO EXPRESA MENCIÓN A QUE SE TRATABA DE UN "RECURSO", NO CABE DUDA QUE NO ES ESTA LA NATURALEZA PREDICABLE DE LA "INSISTENCIA", TANTO POR LOS FINES A CUYO PROPOSITO SIRVE LA FIGURA, COMO POR HABER RESERVADO EL LEGISLADOR SU IMPULSO A QUIENES NO OSTENTAN LA CALIDAD DE INTERVINIENTES DENTRO DEL PROCESO PENAL, TITULARES POR EXCELENCIA DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN.

Ciertamente, no se concibe que la facultad de "impugna" la decisión a través de la cual no se selecciona una demanda de casación, quede radicada en cabeza de un Magistrado de la propia Sala, que como tal intervino en la discusión y aprobación de la decisión sobre la cual procedería el "recurso"³⁵.

³⁵ Recuérdese que la decisión de no seleccionar una demanda al ser "motivada" como lo exige la ley, se adopta mediante auto de Sala, y por ello, demanda del concurso de todos sus integrantes, escenario natural para que se debatan todas las tesis en favor de acceder al recurso extraordinario o para no darle curso.

A su turno, tampoco puede considerarse que la *insistencia* sea un medio de impugnación radicado exclusivamente en cabeza del Ministerio Público que actuó al interior del proceso penal dentro del cual fue presentada la demanda de casación a la postre no seleccionada, como quiera que el ejercicio de las facultades que la ley otorga a este especial interviniente en el proceso penal a fin de que supervigile el respeto del debido proceso y de los derechos y garantías fundamentales, tiene cabal realización a su interior por vía de los instrumentos ordinarios y extraordinarios de defensa previstos para los restantes intervinientes - *Fiscalía, imputado, defensor y víctima* - a cuyo acceso lo autoriza la ley en las mismas condiciones y oportunidades otorgadas a ellos, sin que pueda admitirse que a diferencia de los demás cuenta con un mecanismo adicional de impugnación sólo previsto para él, en desmedro del equilibrio que el proceso ha de ofrecer a todos ellos.

DE ALLÍ QUE LA INSISTENCIA SOLO PUEDA ENTENDERSE COMO UN INSTRUMENTO PREVISTO PARA QUE LA SALA, A INSTANCIA DE LOS DELEGADOS DEL MINISTERIO PÚBLICO QUE INTERVIENEN EN EL TRÁMITE CASACIONAL O DE ALGUNO DE LOS MAGISTRADOS INTEGRANTES DE ELLA, REEXAMINE LAS RAZONES QUE TUVO A BIEN ESGRIMIR PARA NO SELECCIONAR LA DEMANDA, NATURALEZA QUE PRECISAMENTE ES LA QUE EL LEGISLADOR LE ATRIBUYÓ A ESTE SUI GENERIS MECANISMO JUDICIAL EN PRETERITA OCASIÓN FRENTE A LA ACCIÓN DE TUTELA.

A su vez, SI EL OBJETO DE DEBATE ES EL ACTO POR EL CUAL NO SE SELECCIONA LA DEMANDA, ES TAMBIÉN CLARO QUE LA PROPOSICIÓN DE LA INSISTENCIA COMPETE EXCLUSIVAMENTE AL DEMANDANTE, QUIEN EN RAZÓN DEL INTERÉS QUE LE ASISTE EN QUE EL PROCESO SEA EXAMINADO POR LA CORTE Y QUE HIZO MANIFIESTO AL PRESENTAR LA DEMANDA DE CASACIÓN, PUEDE ELEVAR PETICIÓN AL MINISTERIO PÚBLICO, A TRAVÉS DE SUS PROCURADORES DELEGADOS PARA LA CASACIÓN PENAL, PARA QUE ELLOS EXAMINEN SI POR LA JUSTEZA DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS, DEBEN SOLICITAR O NO A LA SALA LA RECONSIDERACIÓN DE SU DECISIÓN, O PUEDE PROVOCARSE POR CONDUCTO DE ALGUNO DE LOS MAGISTRADOS INTEGRANTES DE LA SALA QUE HUBIERE SALVADO EL VOTO FRENTE A LA DECISIÓN MAYORITARIA DE NO SELECCIONAR LA DEMANDA DE CASACIÓN.

Igualmente, ENCUENTRA LA SALA QUE ES POTESTATIVO DEL MINISTERIO PÚBLICO O DEL MAGISTRADO ANTE QUIEN SE FORMULA LA INSISTENCIA, OPTAR POR LLEVAR EL ASUNTO A CONSIDERACIÓN DE LA SALA O DENEGAR LA PETICIÓN MEDIANTE COMUNICACIÓN DIRIGIDA AL SOLICITANTE, CONCLUSIÓN A LA QUE SE ARRIBA TENIENDO EN CUENTA QUE EN ESTE ESPECIAL TRÁMITE, AQUÉLLOS SERÍAN LOS ENCARGADOS DE LLEVAR LA VOCERÍA DEL PETICIONARIO EN LA INSISTENCIA, DE SUERTE TAL QUE TENDRÍAN QUE COMPARTIR PLENAMENTE LAS RAZONES QUE HACEN NECESARIO QUE LA SALA RECONSIDERE SU DECISIÓN, RAZÓN DE MÁS PARA QUE ESTE ESPECIAL MECANISMO SE PROMUEVA BIEN ANTE EL MAGISTRADO QUE SE APARTÓ DE LA DECISIÓN MAYORITARIA DE NO SELECCIONAR LA DEMANDA, ORA ANTE LOS PROCURADORES DELEGADOS PARA CASACIÓN PENAL, Y COMO TALES, AJENOS A LO ALLÍ DECIDIDO.

Por último, es preciso puntualizar que al no ser la *insistencia* un medio de impugnación, su trámite no está llamado a producir efecto alguno frente al término de prescripción de la acción penal, diverso del que naturalmente seguiría en caso de que prosperara la petición.

Dicho en otros términos, UNA VEZ NOTIFICADO EL AUTO A TRAVÉS DEL CUAL NO SE SELECCIONA LA DEMANDA DE CASACIÓN, LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA CONTRA EL CUAL SE DIRIGE ADQUIERE EJECUTORIA.

Sólo en el evento en que formulada la *insistencia* por parte del Ministerio Público o de algún Magistrado, la Sala llegue al convencimiento de que debe accederse a la petición y, por ende, seleccionar la demanda, dicho término prescriptivo habrá de tenerse por no interrumpido, en tanto que solamente esa determinación conlleva dejar sin efecto el auto en el que se optó por la no selección de la impugnación extraordinaria.

De lo dicho en precedencia se desprende que:

(I) LA INSISTENCIA NO ES UN RECURSO. SE TRATA DE UN MECANISMO ESPECIAL AL QUE PUEDE ACUDIRSE LUEGO QUE LA SALA DECIDIÓ NO SELECCIONAR LA DEMANDA DE CASACIÓN, CON EL FIN DE PROVOCAR QUE ÉSTA RECONSIDERE SU DECISIÓN.

(II) LA INSISTENCIA SÓLO PUEDE SER PROMOVIDA POR EL DEMANDANTE, POR SER ÉL A QUIEN ASISTE INTERÉS EN QUE SE RECONSIDERE LA DECISIÓN. LOS DEMÁS INTERVINIENTES EN EL PROCESO NO TIENEN DICHA FACULTAD, EN TANTO QUE HABIENDO TENIDO OCASIÓN DE ACUDIR AL RECURSO EXTRAORDINARIO, EL NO HACERLO SUPONE CONFORMIDAD CON LOS FALLOS ADOPTADOS EN SEDE DE LAS INSTANCIAS.

(III) LA SOLICITUD DE INSISTENCIA PUEDE ELEVARSE ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO, A TRAVÉS DE SUS DELEGADOS PARA LA CASACIÓN PENAL, O ANTE ALGUNO DE LOS MAGISTRADOS INTEGRANTES DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL, SEGÚN LO DECIDA EL DEMANDANTE.

(IV) LA SOLICITUD RESPECTIVA PUEDE TENER DOS FINALIDADES: LA DE REBATIR LOS ARGUMENTOS CON FUNDAMENTO EN LOS CUALES LA SALA DECIDIÓ NO SELECCIONAR LA DEMANDA, O PARA DEMOSTRAR POR QUÉ NO EMPECE LAS INCORRECCIONES DEL LIBELO, ES PRECISO QUE LA CORTE HAGA USO DE SU FACULTAD PARA SUPERAR SUS DEFECTOS Y DECIDIR DE FONDO.

(V) ES POTESTATIVO DEL MAGISTRADO DISCIDENTE O DEL DELEGADO DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE QUIEN SE FORMULA LA INSISTENCIA, OPTAR POR SOMETER EL ASUNTO A CONSIDERACIÓN DE LA SALA O NO PRESENTARLO PARA SU REVISIÓN, EVENTO ÚLTIMO EN QUE INFORMARÁ DE ELLO AL PETICIONARIO. ASÍ MISMO, CUALQUIERA DE ELLOS PUEDE INVOCAR LA INSISTENCIA DIRECTAMENTE ANTE LA SALA DE MANERA OFICIOSA.

(VI) EL AUTO A TRAVÉS DEL CUAL NO SE SELECCIONA LA DEMANDA DE CASACIÓN TRAE COMO CONSECUENCIA LA FIRMEZA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA CONTRA LA CUAL SE FORMULÓ EL RECURSO, CON LA CONSECUENTE IMPOSIBILIDAD DE INVOCAR LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, EFECTOS QUE NO SE ALTERAN CON LA PETICIÓN DE INSISTENCIA, NI CON SU TRÁMITE, A NO SER QUE ELLA PROSPERE Y CONLLEVE A LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA.

A su turno, como quiera que la ley no establece términos para el trámite de la insistencia, es preciso fijarlos conforme la facultad que en tal sentido se consagra en el artículo 159 de la Ley 906 de 2004.

Con tal propósito, teniendo en cuenta que la decisión a través de la cual no se selecciona la demanda está contenida en un auto a cuyo enteramiento o publicidad debe procederse obligatoriamente, con arreglo a lo dispuesto en sentencia C-641 del 13 de agosto de 2002, por vía del procedimiento señalado en el artículo 169 inciso 3, de la Ley 906 de 2004, esto es "mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes", se establecerá el término de cinco (5) días contados a partir de la fecha en que se produzca alguna de las anteriores formas de notificación al demandante, como plazo para que éste solicite al Ministerio Público o a alguno de los Magistrados integrantes de la Sala, si a bien lo tiene, insistencia en el asunto.

A su vez, teniendo en cuenta que el examen de la solicitud de insistencia supone un estudio ponderado de la solicitud, de la demanda, del auto por el cual no se seleccionó y de la actuación respectiva, se otorgará al Ministerio Público o al Magistrado respectivo un término de quince (15) días para el examen de la temática planteada, vencido el cual

podrán someter el asunto a discusión de la Sala o informar al peticionario sobre su decisión de no darle curso a la petición³⁶." (Resaltado propio)

Obsérvese que la Corte se abrogó en este tema las facultades que competen en exclusividad al legislador y al ejecutivo, y que no se nos diga que estamos planteando un cargo por omisión legislativa absoluta, no, lo que estamos diciendo es que la insistencia no podía ser reglamentada por la Sala Penal de la Corte, y menos manifestar, como en efecto lo hizo la Sala, que la insistencia no es un recurso, cuando precisamente la ley, específicamente el artículo 184, inciso 2º, así lo expresa:

" No será seleccionada, por auto debidamente motivado QUE ADMITE RECURSO DE INSISTENCIA....." (Resaltado propio)

Pero lo más grave es que de acuerdo con dicha reglamentación irregular se indica que la insistencia puede ser promovida sólo por el demandante en casación a quien no le fue seleccionada su demanda, **afirmación que no es verdadera**, porque los recursos se interponen ante la autoridad que tomó la decisión que se impugna, situación que no ocurre en este caso, lo que se consagra es la facultad de solicitar ante el Ministerio Público, o ante un Magistrado de la Sala Penal, indicando con argumentos convincentes, para que los pueda convencer, para que ellos a su vez, interpongan el recurso de insistencia, lo que indica una carga argumentativa demasiado elevada, porque debe convencer con sus argumentos, sea al Ministerio Público o a un Magistrado de la Sala, para que a su vez, una vez convencido alguno de ellos, proceda a convencer a la Sala acerca de la necesidad de seleccionar la demanda. Como se observa, en la práctica el mal denominado "mecanismo" de insistencia se convierte en algo abiertamente inoperante, y curiosamente reglamentado por los llamados a aplicarlo.

Al existir la insistencia en estas condiciones, lejos de ser una garantía para el demandante en casación, se convierte en un artilugio más, para de tal manera garantizar que la Corte conozca de la demanda respecto de la cual se insiste.

Sobra expresar que paralelamente se viola el derecho constitucional de defensa en juicio, puesto que uno de los instrumentos para ejercer el derecho defensivo es precisamente la interposición de los recursos, para todos los intervinientes procesales que consideren le han vulnerado sus derechos. Es claro que ante la negativa de conceder el recurso y la imposibilidad de tener otro instrumento para atacar esa negativa, se derrumba el derecho defensivo. La hipótesis planteada normativamente sería tanto como si frente al recurso de casación civil, cuando el mismo es negado el recurrente no tuviera a su disposición el recurso de queja³⁷.

³⁶ Sentencia 22.322 de 2005. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. MP. Dra. Marina Pulido.

³⁷ Código General del proceso. Ley 1564. ARTÍCULO 30. **COMPETENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** La Corte Suprema de Justicia conoce en Sala de Casación Civil:

1. De los recursos de casación.
2. De los recursos de revisión que no estén atribuidos a los tribunales superiores.
3. Del recurso de queja cuando se niegue el de casación.

ARTÍCULO 352. **PROCEDENCIA.** Cuando el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja para que el superior lo conceda si fuere procedente. El mismo recurso procede cuando se deniegue el de casación.

La desigualdad ante la ley es más que evidente, razón más que suficiente para solicitar la declaratoria de inexecutable del artículo 184 parcial, de la Ley 906 de 2004.

Tampoco se nos puede oponer como argumento que la declaratoria de inexecutable de la norma demandada dejaría huérfano de reglamentación un instituto jurídico procesal como la casación penal, porque simplemente la casación seguiría regida por el principio de limitación y por tanto, la Sala de Casación Penal admitiría las demandas que respeten la técnica casacional e inadmitiría las que no lo hicieran.

De otro lado, se vulneran los derechos de las víctimas los cuales son reconocidos en las sentencias C-454-06, C-209-07 y C-516-07, entre otras.

Si quien interpone el recurso de casación y cumple con los requisitos legales de la demanda es la víctima, y la Corte decide no seleccionar la demanda carece en absoluto de mecanismos para oponerse a tal decisión. Acaso, el llamado recurso de insistencia -regulado por la Corte- a través de un tercero como es el Ministerio Público ¿puede considerarse como un mecanismo idóneo que satisface la exigencia del "efecto útil" ?

VI. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, EL DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO, EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA Y CONSECUENCIALMENTE EL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL. (ART. 29 C.P.).

En el artículo 29 de la Carta, se consagran varias garantías, que con otras esparcidas en varias normas, integran el concepto del debido proceso constitucional, entre las que se deben destacar, el principio de legalidad, la observancia de las formas propias de cada juicio y el derecho de impugnación de la sentencia condenatoria, y el derecho de defensa en juicio, que en nuestro criterio son vulneradas con las normas demandadas.

La norma citada en precedencia dispone:

"ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

NADIE PODRÁ SER JUZGADO SINO CONFORME A LEYES PREEXISTENTES al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente **Y CON OBSERVANCIA DE LA PLENITUD DE LAS FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO.**

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se

alleguen en su contra: A IMPUGNAR LA SENTENCIA CONDENATORIA, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Lo destacado no lo es en el texto).

Para los efectos de la demanda que nos interesa, en esta norma hay cuatro garantías fundamentales que concitan nuestro interés:

- A) El principio de legalidad;
- B) La observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio;
- C) El derecho de impugnar la sentencia condenatoria;
- D) El derecho a la defensa en juicio.

En tal orden los analizaremos brevemente:

A) El principio de legalidad.

Es una realidad que el principio de legalidad no solo tiene trascendencia en el ámbito del derecho penal material, para efectos de la tipificación de las conductas punibles y del señalamiento de las penas, sino que es igualmente trascendental en el ámbito procesal penal, pero dentro de éste no solo para efectos de la creación y la predeterminación del juez natural, sino que es absolutamente indispensable en la determinación y precisión de las formas y ritos procesales y dentro de éstas, no estamos haciendo referencia a las normas neutras o indiferentes, sino a las normas procesales de contenido sustancial o material.

Al determinarse por el legislador que la Sala de Casación Penal puede seleccionar las demandas que llenen las formalidades legales, pero que al mismo tiempo puede no seleccionarias y que igualmente puede escoger o no escoger las demandas que no reúnan los requisitos de técnica casacional, está creando un arbitrio absoluto en los funcionarios a los que se da tal atribución, que necesariamente va en perjuicio de los intereses de los integrantes de la Nación.

Si bien es cierto que la norma dispone que la no selección debe hacerse " *fundadamente* ", podría argumentarse que al ser una decisión motivada, se descarta la posibilidad del arbitrio ilimitado, pero ello no es así, como lo demostramos con anterioridad, porque en la primera parte del inciso segundo del artículo 184 comienza por estipular que no será seleccionada la demanda si presenta alguna de las siguientes falencias:

- A) Si el demandante carece de interés;
- B) Si el demandante prescinde de señalar la causal;
- C) Si el demandante no se desarrolla los cargos de sustentación.

El cumplimiento de las tres exigencias precedentes debería llevar a la Sala de Casación Penal, a admitir la demanda, pero a renglón seguido, el legislador crea la discrecionalidad al agregar, que además de no incurrir la demanda en las anteriores falencias, puede no ser seleccionada;

D) " O cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso ".

Es claro, que ésta última opción está reservada para las demandas que cumplieron con las exigencias de técnica casacional, es por ello que gramaticalmente se afirma que no se seleccionan las demandas porque presentan por lo menos una falencia en relación con las exigencias técnicas, de tal manera que cuando agotada esa enumeración el legislador acude a la conjunción " o " disyuntiva, está diciendo que en otros casos, pese a haber cumplido con las tres exigencias técnicas de la casación, puede no ser seleccionada, cuando la Sala estime " fundadamente " que no se requiere de fallo de casación.

Y no podemos menos que preguntarnos, cómo puede la Sala decidir "fundadamente " que no se requiere del fallo, cuando es el ciudadano afectado con las sentencias de las instancias quien ha demostrado tener interés en acudir al recurso extraordinario y si demostró ese interés, cómo, dialécticamente podría llegar a demostrarse de conformidad con las finalidades del recurso, que no es menester del fallo ? Como se podría argumentar la no necesidad del fallo, si el recurrente precisó el cargo contra la sentencia de segunda instancia y lo sustentó adecuadamente. En tales circunstancias, si el recurrente demostró el interés para acudir en casación, si el cargo fue correctamente ubicado en la causal correspondiente y si fue debidamente sustentada, es porque con tal demostración pretende:

- A) Obtener la efectividad del derecho material;
- B) Que se garantice el respeto de las garantías que le fueron vulneradas; o
- C) Que se le garantice la reparación de los agravios inferidos por medio de la conducta delictiva.³⁸

Pero como el recurso extraordinario ahora también cumple un control constitucional y legal del proceso y de la sentencia, es perfectamente viable, que el recurrente en casación tenga como objetivo o finalidad del recurso, demostrar la violación de un principio constitucional o legal durante la tramitación del proceso, o con la sentencia recurrida ³⁹; y si ello es así, cómo podría la Sala de Casación Penal, decidir " *fundadamente* " que no se requiere del fallo ?

También podría contra-argumentarse, que si la no selección tiene " *recurso de insistencia* ", no se puede hablar de arbitrio, o indefensión del ciudadano afectado, porque tiene la opción de acudir a la " *insistencia* ", pero como ya se demostró la " *insistencia* " no es un recurso ordinario, ni extraordinario, no aparece regulado por la

³⁸ ARTICULO 180. **FINALIDAD.** El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia. (Lo destacado no lo es en el texto).

³⁹ ARTICULO 181. **PROCEDENCIA.** El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:

legislación procesal y fue una "transferencia" inconsulta, indebida y equivocada del recurso de insistencia que aparece consagrado en la norma que regula la selección de las tutelas ante la Honorable Corporación a la que nos dirigimos.

Ante la no selección, el ciudadano queda desprotegido, porque es el único de los intervinientes en casación que no puede interponerlo y piensan ustedes, Honorables Magistrados que sería posible concebir, que lo interpusiera uno de los Magistrados de la Sala de Casación, que precisamente firmó la decisión de no selección?. Como ya se demostró en el Código General del proceso, el casacionista en materia civil, tiene mayor protección porque puede acudir al recurso de queja, que es un verdadero recurso que puede interponer el afectado con la decisión de no selección.

Se podría igualmente argumentar que puede solicitarle al agente del Mrio. Pco. que lo interponga, pero no podemos menos que contra-argumentar y por qué el sujeto procesal que es el directamente afectado con la decisión, tendría que solicitarle a otro interviniente, que le haga el favor, para que interponga un recurso inexistente normativamente, en el que posiblemente no está interesado, porque no lo afecta, porque no le interesa o porque no está de acuerdo con el mismo. Y la situación podría ser mucho más grave, porque si se trata de un condenado y la Procuraduría con sus delegados, en las diversas instancias, ha solicitado acusación y condena, estaría dispuesto a acceder a la petición del recurrente?. Esto demuestra la verdadera indefensión de aquel sujeto procesal o interviniente que cumpliendo con las exigencias legales la Corte decide no seleccionar la demanda para su estudio. De otro lado, es absolutamente imposible que si el Ministerio Público solicitó y obtuvo la condena de un acusado vaya, de buenas a primeras, a solicitar a la Corte, a través del llamado "recurso de insistencia", que modifique aquella sentencia con la cual estuvo de acuerdo. Y menos puede esperarse que un Magistrado de la Corte que firmó el auto mediante el cual se decidió no seleccionar la demanda vaya a "insistir" ante sus compañeros de Sala para que se revoque una decisión que él mismo firmó.

Si se analiza la filosofía de los recursos se concluirá que los mismos fueron hechos, para que los afectados negativamente con una decisión judicial, puedan pretender ante el mismo funcionario o ante su superior, que la decisión recurrida sea revocada, modificada, adicionada o mejorada en cualquier sentido que pudiera beneficiar al afectado y recurrente. Cómo se puede llegar a calificar de recurso, a un medio impugnativo que no obedece a la filosofía de los recursos, tal como éstos están instituidos a nivel universal?

Ahora, debemos partir de una realidad que no puede ser desconocida, si la figura se inventó sobre el presupuesto de que la Sala de Casación tenía mucho trabajo (afirmación cierta), de tal manera que la finalidad de la institución de la "respuesta inmediata" y de las similares que la han sucedido, como es el caso de la no selección, tiene como objetivo descargar de trabajo a los magistrados de la Sala de Casación Penal. Si esto es cierto, ha de concluirse que el estudio que se hace de una demanda y del proceso correspondiente para determinar si se selecciona o no la demanda, no tiene la profundidad, ni la *sindéresis* que requiere el estudio que se hace del proceso y de la demanda para dictar sentencia de casación y mi experiencia personal me lo demuestra en los diez años que fungí como magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde experimenté que el estudio que se hacía de la demanda, para admitirla o rechazarla, era más que todo la verificación de si se llenaban las exigencias normativas puramente formales, y otro muy distinto era, el que se hacía de ese proceso y de esa demanda para elaborar la respuesta en una sentencia de casación.

Es entonces claro, que se ha consagrado por parte del legislador un arbitrio absoluto, para que se seleccione o no se seleccionen las demandas de casación, arbitrio que afecta sustancialmente los derechos ciudadanos, pero por sobre todo, la de aquellos ciudadanos que acudieron al recurso de casación, cumplieron en sus demandas con las exigencias formales de recurso y a pesar de ello, su recurso no fue objeto de selección y obviamente no produjeron una sentencia que diera respuesta de fondo a los cargos que dieron fundamento a la demanda.

Hemos afirmado que se afecta el principio de legalidad, porque todas las funciones de los servidores públicos deben estar regladas por la Constitución, o la Ley y es claro que al crearse una atribución que en su ejecución no depende de lo dispuesto en la norma, sino en el criterio subjetivo del funcionario, estaría actuando no bajo la sombra de la ley, sino al amparo de lo que determine su omnimoda voluntad.

Pero la violación del principio de legalidad no queda allí, porque en el inciso tercero de la norma demandada, se consagra un perfecto y absoluto arbitrio para los integrantes de la Sala de Casación Penal, porque se inicia el artículo, haciendo mención al principio de limitación que siempre había gobernado el recurso de casación y se afirma que " En principio..." la Corte, no podrá tener en cuenta causales diferentes a las alegadas por el demandante, queriendo indicar que en casos especiales o excepcionales la Sala podría desarrollar cargos y causales no contenidas en las demandas de casación y viene entonces la consagración agravada del arbitrio, cuando se sostiene que atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos y posición del impugnante dentro del proceso é indole de la controversia " deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo ".

Podría argumentarse que la Sala no está autorizada para formular cargos no contenidos en la demanda, pero la claridad gramatical de la primera parte del inciso tercero indica otra cosa, porque obsérvese que en ese inciso hay dos frases separadas por un punto seguido y si la voluntad del legislador hubiera sido de que simplemente la Sala superase los defectos de la demanda, no habría tenido que incluir la frase: "En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante ". Si esa hubiera sido su voluntad no tendría razón de ser la frase que acabamos de transcribir, lo que nos indica que en el inciso tercero se consagran dos facultades: la primera de formular cargos no contenidos en la demanda y la segunda, superar los defectos contenidos en la demanda.

La desigualdad que se establece es desconcertante, porque se consagra la opción para que se rechacen las demandas correctamente presentadas, y en sentido contrario, e igualmente injusto, se acepten las indebidas e ilegalmente presentadas y esto se ha de concluir cuando, como consecuencia de la selección de demandas ilegales, se autoriza a la Sala a que no solamente corrija los defectos de la demanda, sino que la facultá para proponer cargos y causales no contenidas en la misma.

No podemos menos que preguntarnos, no se convierte la Sala de Casación Penal, en un verdadero contradictor de quien sí cumplió con los requisitos exigidos en la Ley ? Porque, no debe olvidarse la opción bastante frecuente por cierto, de que sean varios los demandantes en casación, con intereses contrapuestos, casos en los cuales, no podemos menos que plantearnos el peligro que corre el recurrente que cumplió con los requisitos de ley, que ya no solo se encuentra enfrentado a una

demanda mal presentada, sino a un insólito adversario que es, nada más y nada menos que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Podría en tales circunstancias presentarse una opción disparatada, porque en un sistema procesal adversarial, como lo es el sistema acusatorio, en el que al juez competente se le niega la competencia para tomar ciertas decisiones, que de manera general deben ser tomadas por el juez de garantías, de la misma manera que se le prohíbe practicar pruebas de oficio, para evitar que asuma un criterio determinado en relación con el problema de fondo y pudiera llegar a parcializarse en un sentido determinado al momento de dictar el fallo definitivo. Esta novedosa institución podría conducir a que el fallo de casación no sea el resultado de los argumentos formulados por el demandante, sino que como consecuencia de las correcciones y adiciones que hizo el propio juez de Casación, en el fallo final se le conceda la razón al demandante ilegal, pero no por los argumentos esgrimidos en la demanda, sino, como consecuencia de los argumentos surgidos de las correcciones y adiciones aportados por la propia Sala de Casación. Serán posibles estas hipótesis, sin que se desnaturalice el recurso extraordinario de casación? Será imaginable ésta opción, dentro de un Estado de Derecho, sin que se quebrante la estructura y característica del sistema acusatorio, caracterizado como un sistema eminentemente adversarial y de partes?, una de cuyas virtudes estructurales es precisamente la imparcialidad de los jueces?

Si el juez de conocimiento no puede producir pruebas oficiosamente para efectos de no crear una desigualdad entre los intervinientes⁴⁰, porque debe recordarse que estamos en un sistema procesal de partes, podría pensarse que la Sala de Casación Penal, en su calidad de juez del recurso extraordinario pudiese, no solo corregir la demanda mal elaborada, adicionarla con cargos y causales no contenidas en ella y que como consecuencia de tales mejoras, realizadas por el juez de conocimiento, el proceso sea fallado en contra de los intereses del demandante que sí cumplió con los requisitos de técnica casacional exigidos en la norma y resulte triunfante el que no cumplió con los mismos, gracias a los aportes proporcionados por la propia Sala de Casación Penal.

Es para evitar este exabrupto, que desde siempre la Casación ha estado gobernada por el principio de limitación, con el propósito de garantizar la imparcialidad del juez de casación y para evitar que algunas de las partes, resulten enfrentando a un nuevo y singular adversario: el propio juez de casación.

Y si lo anterior lo puede realizar el juez de casación, no podría el juez de conocimiento de primera instancia corregir y adicionar la acusación del fiscal en la audiencia de juzgamiento, y la segunda instancia, dentro de la misma permisividad, no podría, igualmente corregir y adicionar los recursos de apelación, sustentados por los intervinientes?

Tampoco se puede argumentar que se trata de un problema similar al que enfrenta la Corte Constitucional cuando, selecciona algunas de las tutelas que han sido

⁴⁰ ARTÍCULO 361. PROHIBICIÓN DE PRUEBAS DE OFICIO. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.

- Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-396-07 de 26 de mayo de 2007. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

falladas en una o en las dos instancias, respecto de las cuales tiene especial interés para hacer un pronunciamiento en virtud del interés de los hechos del caso o del asunto jurídico debatido.

Y no se trata de un problema similar porque primero que todo debemos decir, que esa selección eventual que hace la Corte Constitucional obedece a un mandato constitucional cuando se establece en el artículo 86, segundo inciso:

" La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. (Lo destacado no lo es en el texto).

La disimilitud de los fenómenos ha sido destacada por la propia Corte Constitucional cuando sostuvo:

" VALGA ANOTAR QUE EL ASUNTO QUE EN ESTE ACÁPITE SE ANALIZA NO ES ASIMILABLE A LA SITUACIÓN QUE SE PRESENTA CUANDO LA CORTE CONSTITUCIONAL, A TRAVÉS DE SU CORRESPONDIENTE SALA DE SELECCIÓN, SE ABSTIENE DE ESCOGER UN FALLO DE TUTELA PARA SU REVISIÓN. EN ESTE CASO NO SE TRATA DE ANALIZAR LAS RAZONES QUE LA PARTE INTERESADA ADUCE CON EL PROPÓSITO DE INVALIDAR UNA SENTENCIA QUE CONSIDERA VICIADA, PUES NO SE ESTÁ EN PRESENCIA DE RECURSO ALGUNO. LO QUE HACE LA CORTE ES EJERCER UNA POTESTAD QUE DIRECTAMENTE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE ESTABLECER SI EN UN DETERMINADO FALLO, AL CONTRADECIR UNA DOCTRINA SENTADA POR LA CORPORACIÓN, SE HA DESCONOCIDO UN DERECHO FUNDAMENTAL DEL ACTOR Y, POR CONTERA, SE HA VULNERADO, POR ESE MISMO HECHO, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. NO HAY DE POR MEDIO UNA DEMANDA CUYO PETITUM DEBA SER ANALIZADO Y RESPONDIDO MEDIANTE UNA SENTENCIA DE MÉRITO, QUE ACOJA O DESECHE LAS RAZONES DEL ACTOR.

ES EL PROPIO CONSTITUYENTE EL QUE HA DISPUESTO QUE EL PROCESO DE TUTELA CONCLUYA EN LA SEGUNDA INSTANCIA, SI HAY IMPUGNACIÓN, O EN LA PRIMERA SI NO LA HAY, Y QUE LA REVISIÓN EVENTUAL POR LA CORTE TENGA POR OBJETO EL QUE ARRIBA SE ANOTÓ. "

La selección de las tutelas que realiza la Honorable Corte Constitucional tiene las siguientes características:

- A) Es un mandato constitucional;
- B) La tutela no llega a la Corte como consecuencia de un recurso y no lo es, porque el proceso de tutela termina en primera o segunda instancia y una vez terminado, por mandato constitucional se deben remitir todos los procesos terminados, para que entre ellos la Corte Constitucional haga una eventual selección de algunos de ellos;
- C) Como no es un recurso, no hay una sustentación del mismo, que atea a la Corporación respecto de lo que debe resolver;
- D) El proceso de tutela finaliza con el fallo de primera instancia, cuando el mismo no es recurrido, o con la segunda instancia, cuando se recurre el fallo de primera instancia.

⁴¹ Sentencia C-252 del 28 de febrero de 2001. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

E) La selección de una tutela es entonces un facultad discrecional que eventualmente puede ejercer la Honorable Corte Constitucional, sin que tenga que dar explicaciones de las razones que motivaron su decisión;

F) La insistencia fue creada en el artículo 33 del Decreto 2.591 de 1992, que regula el proceso de tutela, y lo pueden interponer los magistrados de la Corte Constitucional que no hayan conformado la Sala Dual de Selección de Tutelas. En una decisión de respeto a la igualdad de los intervinientes, la selección de tutelas ante la Corte Constitucional la puede solicitar la parte afectada en el proceso de tutela, al contrario de lo que sucede con el recurso de insistencia en la casación.

Dadas las anteriores características, que no son similares con el recurso de insistencia en la Ley 906, para la no selección de las demandas de casación, ha de concluirse, que no se podría argumentar ni en la validez, ni en la similitud con el proceso de selección de las tutelas y del recurso de insistencia allí creado, en reglamentación propia de un mandato constitucional.

Es entonces una realidad que la norma demandada parcialmente vulnera el principio de legalidad, en cuanto a que se trata de una importantísima función relacionada con la aceptación o rechazo de una demanda de casación, que no se encuentra debidamente regulada por la ley, y se deja al criterio subjetivo de los magistrados, que tomen la decisión correspondiente.

B) Las argumentaciones precedentes son igualmente válidas para demostrar la contrariedad del numeral 1º del artículo 347 de la Ley 1564 de 2.012, en cuanto a que se trata de facultades creadas sin ninguna reglamentación normativa.

B) LA OBSERVANCIA DE LA PLENTUD DE LAS FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO. (ART. 29 C. N.)

Bien se sabe, porque así lo ha sostenido la jurisprudencia y la doctrina, que el procedimiento es de orden público y por tanto imperativo, razón suficiente para que ni los funcionarios de la administración de justicia, ni los distintos intervinientes pueden adelantarlo como a bien tengan, sino que se tienen que someter integralmente a sus previsiones.

Lo anterior supone de manera necesaria que todas las actuaciones, actos procesales, audiencias y demás actuaciones, estén debidamente reguladas por la ley y de ésta manera el proceso se convierte en una serie de actos que se realizan sucesivamente, pero siempre en el orden de prelación establecido por la ley y de conformidad con las formalidades y ritos establecidos.

Ni los jueces y fiscales, ni los participantes pueden crear institutos procesales, ni hacer innovaciones que no estén contempladas por la ley. De manera perfectamente excepcional se consagra la facultad a los jueces para crear términos para determinadas actuaciones que no están previstos en las normas, porque en todo lo demás el proceso de manera minuciosa y específica debe estar regulado y previsto por la ley.

Lo anterior significa en términos constitucionales que todos los procedimientos deben estar previstos en la ley y que los partícipes del proceso se deben someter a la observancia de la plenitud de las formas propias indicadas o previstas para cada clase de procedimiento.

En relación con éste punto se debe precisar que el propósito constitucional no es la preservación de las formas como tales, sino que su objetivo es la preservación de las mismas, en cuanto a que con las mismas se termina protegiendo unos derechos o garantías constitucionales. Es decir, se busca proteger las formas procesales, en cuanto a que con ellas se trata de evitar la conculcación de un derecho o garantía del ciudadano. Es decir, las formas no constituyen un fin en sí mismo, sino que se erigen como un instrumento para lograr la protección de garantías superiores.

En las circunstancias precedentes se viola la norma constitucional que se comenta, porque al crearse una selección de las demandas de casación, sin que los requisitos que orienten la misma se encuentren regulados en la ley, se le abre la puerta a la más absoluta discrecionalidad, que termina afectando los derechos de los ciudadanos y de la sociedad en general.

No existen en la norma que es objeto de demanda, " *las formas propias* ", esto es, los requisitos o supuestos, que deben ser tenidos en cuenta para determinar la selección o no, de una demanda de casación.

Ante este evidente vacío los Honorables Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, deben tener en cuenta su propio criterio para determinar qué demanda se selecciona o cuál es rechazada.

Es palmaria entonces la violación constitucional de la garantía que se comenta, consagrada en el artículo 29 de la Carta Política.

B) Idéntica falencia se evidencia en la ausencia de formas propias, en la previsión del artículo 347, inc 1º de la Ley 1564 de 2012.

C) El derecho de impugnar la sentencia condenatoria.

El derecho de impugnación de las sentencias condenatorias es consagrado genéricamente en el artículo 29 de la Carta al establecer:

" ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

..... (Lo destacado no lo es en el texto).

Al utilizarse por parte del Constituyente una expresión genérica en referencia a que todo condenado puede "impugnar" la sentencia, no se está refiriendo a un recurso específico, ni haciendo diferencia entre los ordinarios y el extraordinario. En tales circunstancias ha de concluirse que todo condenado tiene derecho a impugnar la sentencia que ha determinado imponerle ese castigo.

Si se hace un análisis literal de la expresión constitucional, se podría concluir que este derecho de impugnación no puede tener limitantes de ninguna naturaleza, pero dadas las diferencias estructurales que existen entre el recurso extraordinario de casación y los recursos ordinarios, debemos aceptar que en relación con ésta impugnación extraordinaria se pueden imponer por parte del legislador algunos requisitos que deben ser cumplidos por quien acude a este excepcional recurso.

Lo que si no está dentro de la libertad de configuración legislativa, es que establecidos dichos requisitos, limitantes al acceso de la casación, el legislador no puede tener la capacidad para determinar que el impugnante que acuda en casación, con el cumplimiento de las exigencias de ley, pudiera establecer, que a pesar de ello, su demanda no fuera fallada de fondo y menos aún, que la decisión estuviera marcada por motivos absolutamente discrecionales.

Esta Honorable Corporación ha interpretado la expresión constitucional en relación con la impugnación de las sentencias condenatorias, respecto de la cual ha sostenido:

"SENTENCIA CONDENATORIA-Impugnación.

Impugnar una sentencia es oponerse con razones a lo resuelto en ella, en general interponer un recurso. Si la sentencia es condenatoria, el condenado la impugnará para ser absuelto o, al menos, disminuir la pena. Conviene no olvidar que el artículo 29 utiliza el verbo impugnar, que es genérico, y no se refiere a una forma de impugnar en particular. Como tampoco menciona recurso alguno. En el procedimiento penal colombiano existen diversos medios de impugnación de las sentencias. Haciendo uso de uno o más de los recursos que existen, todo reo puede impugnar la sentencia condenatoria⁴². (Lo destacado no lo es en el texto).

Es importante destacar que en la expresión que se analiza quedan excluidas las apelaciones de las sentencias absolutorias, pero esta limitante del precepto constitucional que se analiza, es reiterado igualmente en el Pacto y en la Convención Americana de Derechos Humanos, pero a nivel interno se subsana esta omisión, con la previsión del artículo 31, al establecer que toda sentencia puede ser objeto de apelación⁴³.

En esta norma si se hace referencia específica a que el derecho a protestar cualquier sentencia es por la vía de la apelación, mientras que el derecho de acudir a una revisión ante el superior de las sentencias condenatorias es con el verbo genérico "impugnar", que engloba de manera necesaria los recursos ordinarios y el extraordinario de casación.

⁴² Sentencia C-142 del 29 de abril de 1993. M. P. Jorge Arango Mejía.

⁴³ ARTICULO 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

La norma que se comenta tiene su reiteración en los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por nuestra patria, en los que se dispone el derecho de impugnación que tiene el inculpaado respecto de las sentencias condenatorias, es decir, se reitera la expresión del artículo 29, y no la del artículo 31 al establecerse:

Pacto Universal de Derechos Humanos. Ley 74 de 1968. ARTÍCULO 14.1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.

5.- Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. (Lo destacado no lo es en el texto).

Convención Americana de Derechos Humanos. Ley 16 de 1972. ARTÍCULO 8o. **GARANTÍAS JUDICIALES.** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable,

h). Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es diáfano que al establecer el legislador, que las demandas de casación que cumplan con las exigencias de la ley, pueden no ser seleccionadas para producir un fallo de fondo, es vulnerante del derecho de impugnación establecido en el artículo 29 de la Carta.

B) Idéntica falencia se evidencia en el derecho de impugnación de las sentencias condenatorias, en la previsión del artículo 347, inc 1º de la Ley 1564 de 2.012.

D) El derecho a la defensa en juicio.

El derecho de contradicción probatoria, se ha tenido, o asimilado, con el derecho a la defensa, porque es obvio, que la defensa se realiza produciendo la prueba que demuestre los objetivos estratégicos de la defensa o produciendo la prueba necesaria para controvertir la de acusación de la Fiscalía.

Pero el derecho de contradicción, como una identificación con el derecho a la defensa, no se queda solo en el ámbito probatorio, sino que lo debemos referir a la contradicción argumentativa o dialéctica y es claro que no podría existir el derecho a la defensa, sino se tuviera el derecho a controvertir los argumentos de los funcionarios que ejercen la represión, tanto en la primera instancia, como ante los superiores, cuando las decisiones iniciales afectan los intereses procesales del procesado.

Una de las formas más claras de expresión del derecho a la defensa, es precisamente cuando se interponen los recursos ordinarios o el extraordinario, contra una decisión que afecta negativamente los intereses procesales del procesado.

Al disponerse por el legislador que pese a haberse cumplido con las exigencias de la ley, el impugnante puede quedarse sin tener una respuesta de fondo por no haberse

seleccionado su demanda, se viola de manera innegable el derecho a la defensa en juicio, porque su protesta contra la decisión impugnada se queda finalmente sin respuesta y sin opción para forzar a que la misma se pudiera llegar a producir, porque como ya se dijo, estamos frente a un recurso muy singular, la insistencia por el único que no puede interponerse es por el demandante, afectado con la no selección de la demanda.

B) Idéntica vulneración se evidencia en el derecho de defensa en juicio, en la previsión del artículo 347, inc 1º de la Ley 1564 de 2.012.

VII. LA IMPARCIALIDAD DE LOS JURCES. (ARTS. 29 Y 13 C. P.).

El principio del juez natural previamente determinado por la ley, competente, independiente e imparcial aparece consagrado en el Bloque de Constitucionalidad de la siguiente manera:

" ARTICULO 29: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ANTE JÓEZ O TRIBUNAL COMPETENTE y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

....." (Lo destacado no lo es en el texto).

" ARTICULO 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley. RECIBIRÁN LA MISMA PROTECCIÓN Y TRATO DE LAS AUTORIDADES y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

.....(Lo destacado no lo es en el texto).

ARTICULO 228: La Administración de Justicia es función pública. SUS DECISIONES SON INDEPENDIENTES. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. (Lo destacado no lo es en el texto).

Pacto Universal de Derechos Humanos. Ley 74 de 1968.

" Artículo 14º. 2. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. TODA PERSONA TENDRÁ DERECHO A SER OÍDA PÚBLICAMENTE Y CON LAS DEBIDAS GARANTÍAS POR UN tribunal competente, independiente e IMPARCIAL, ESTABLECIDO POR LA LEY, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.(Lo destacado no lo es en el texto).

II) Convención Americana de Derechos Humanos Ley 16 de 1972:

" Art. 8º. Garantías judiciales. 1. TODA PERSONA TIENE DERECHO A SER OÍDA, CON LAS DEBIDAS GARANTÍAS y dentro un plazo razonable, POR UN JUEZ O TRIBUNAL competente, independiente e IMPARCIAL, establecido con anterioridad por la ley, EN LA SUSTANCIACIÓN DE CUALQUIER ACUSACIÓN PENAL FORMULADA CONTRA ELLA, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (Lo destacado no lo es en el texto).

El principio del juez natural, es una trascendental garantía propia del debido proceso constitucional, de reciente creación, porque en realidad de verdad, su teorización solo comienza a gestarse con posterioridad a la Revolución Burguesa de París, y de manera más concreta como consecuencia de la publicación de la obra " El espíritu de las Leyes " de Montesquieu, porque superada la monarquía absoluta y consecuentemente la aparición primigenia del Estado moderno, caracterizado por la tripartición del poder y el apareamiento novedoso del concepto del juez natural, entendido como la expresión soberana y autónoma de una rama del poder, que de manera permanente, tiene una burocracia profesionalizada, competente, independiente e imparcial, dedicada de manera exclusiva a resolver los conflictos interpersonales que se presenten en el medio social o entre éstos y las instituciones del Estado.

Dentro de la estructura del juez natural, una de sus caracterizaciones es la del juez natural imparcial, que no aparece explícitamente consagrado en el artículo 29, donde el Constituyente de manera antitécnica solo habla de juez natural previamente determinado por la Ley y competente, debiéndose recurrir a una concordancia con el artículo 13 de la Carta, que consagra las formas clásicas de igualdad, estipulándose el deber de los servidores públicos de tratar a todos los ciudadanos de manera igualitaria y el derecho de los mismos a no ser objeto de ninguna clase de discriminación por ningún motivo. Si esta previsión constitucional se proyecta sobre las funciones cumplidas por los jueces, ha de concluirse de manera necesaria, que allí aparece consagrada constitucionalmente el principio de la imparcialidad judicial; principio que de manera más técnica aparece consagrada en los artículos 14 y 8º del Pacto Universal y de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente.

El principio de la imparcialidad judicial se vulnera, cuando el legislador autoriza a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a seleccionar demandas de casación que no cumplan con los requisitos exigidos por la ley y al mismo tiempo, la autoriza para superar los defectos de la demanda, una vez, la misma es seleccionada, la Sala debe superar los defectos, facultad que podría llevarse hasta la formulación de cargos y causales no previstas por el demandante, adicionar la demanda en lo que se crea necesario y no advertir las falencias y vacíos que la misma pudiera contener.

Es evidente que si el juez de casación admite una demanda que no reúne los requisitos exigidos en la ley, de antemano sabe, que en el momento del fallo, debe corregirla, enmendarla, adicionarla, con un objetivo determinado, esto es, que tenga eficacia en los cargos formulados contra la sentencia, porque de no ser así, no tendría razón que se admita una demanda llena de falencias, se superen todos sus defectos y finalmente la sentencia no correspondiera a los esfuerzos realizados en la corrección de sus errores, precisamente para garantizar su éxito.

Recuérdese que en relación con el principio de limitación que gobierna la casación, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, solo ha admitido una excepción y es la declaración oficiosa de nulidades que afecten la validez y la legalidad del proceso y de la sentencia. Y solo se ha admitido esa excepción, porque realizándose un control constitucional y legal de la sentencia es obvio, que no se puede hablar de debido proceso y menos de Estado de Derecho, cuando los procesos y las sentencias contentivas de graves irregularidades que afecten la validez de los mismos, pudieran seguir teniendo validez y lo que es más grave que pudieran llegar a consolidarse con el instituto de la cosa juzgada.

El principio de limitación solo ha aceptado como excepción la declaratoria oficiosa de las nulidades, porque si se admite que la Sala de Casación pueda enmendar y adicionar las demandas en cualquier sentido, es claro que deja de ser un juez de casación y se convierte en un sujeto procesal o en un interviniente, con claras y precisas inclinaciones dentro del proceso y dentro de lo finalmente resuelto.

Recuérdese que incluso el principio de limitación que tradicionalmente había gobernado la casación, prácticamente desaparece, en cuanto a que el juez de casación puede adicionar, enmendar, corregir en todo lo que fuere necesario para "superar" sus defectos y que por la redacción del tercer inciso de la norma demandada parcialmente, cuando se utiliza la expresión: "En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante..... para finalmente agregar ".....deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo", es más que indicativo que el juez de casación incluso, podría agregar causales y cargos no contenidos en la demanda y tal conclusión surge de la redacción gramatical de la expresión "En principio.....", es indicativa de que en principio se debe respetar el principio de limitación, al considerar solo las causales contenidas en la demanda, pero al mismo tiempo abre el espacio, para que en casos excepcionales, se pueda superar esa limitación y proponer causales no contenidas en la demanda.

Como decíamos en precedencia, esta situación coloca al demandante que si cumplió con los requisitos legales de la demanda, ante un adversario insólito, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, porque la demanda no sería la del demandante que ha debido ser rechazada por no llenar los requisitos de ley, sino que la demanda sería la corregida y adicionada por la propia Sala. No podemos menos que preguntarnos, con esta facultad conferida por el legislador, no se rompe acaso el equilibrio de la balanza de la justicia que representa la imparcialidad de sus jueces?

Pero allí no queda la vulneración del principio constitucional de la imparcialidad, porque bien se sabe que fue propósito del Constituyente introducir el sistema acusatorio, que tiene como una de sus características fundamentales el de garantizar la imparcialidad de los jueces. Para lograrlo, se concibe una investigación realizada por una institución independiente y autónoma, mientras que el juicio, es adelantado por el juez de conocimiento, que nada tiene que ver con lo que se hizo en la investigación y la acusación, puesto que se convierte la entidad acusadora, en un sujeto procesal más, y el juez, desconoce el proceso y obviamente no está comprometido con la prueba que se va a practicar en el juicio, ni con los incidentes que se hayan podido ocasionar en la investigación en relación con las evidencias o las pruebas que se fueren a practicar en el juicio. Esta especial estructura se concibió para garantizar la mayor imparcialidad posible.

Una de las grandes críticas formuladas a los procesos de orientación inquisitiva ha sido precisamente la parcialidad, porque de manera general, el funcionario y la institución que investigan, son los mismos que formulan la acusación, que luego tramitan el juicio y finalmente dictan la sentencia.

Para evitar que el juez pudiera tomar partido parcializado por una de las varias hipótesis procesales, se establecieron grandes restricciones a la actividad del juez competente, tal el caso de no poder ordenar práctica probatoria de ninguna naturaleza, oficiosamente; tampoco la defensa puede solicitar la preclusión en el

juicio, para evitar que se inicie una controversia probatoria, que podría contaminar al juez de conocimiento para decisiones posteriores. Para garantizar la imparcialidad judicial del juez de conocimiento, se le confieren al juez de garantías una serie de asuntos, para evitar la contaminación del juez que ha de dictar el fallo ⁴⁴.

Tan cierto es ello que se consagraron dos normas rectoras dentro de la Ley 906 con el propósito de garantizar la imparcialidad judicial⁴⁵.

Es imposible concebir la actuación del juez de casación, que admite la demanda que no reúne los requisitos de ley, que la corrige y adiciona, sin un objetivo determinado. Es de lógica elemental que si realiza esos esfuerzos por superar los defectos de la demanda, es con el propósito de que la misma tenga éxito en el fallo final, porque de no ser así, no tendría sentido, ni lógica de ninguna naturaleza, que realizara tales esfuerzos, con el propósito de negar finalmente las pretensiones de esa demanda ilegal, que fue corregida o adicionada por el propio Tribunal de casación. No se puede entender que lo haga con el propósito de negar las pretensiones contenidas en ella, porque si ese fuese el propósito, simplemente no la selecciona y se evitaría de tal manera los esfuerzos de corrección para superar sus defectos.

Lo anterior es demostrativo de que la norma demandada parcialmente termina vulnerando el principio constitucional de la imparcialidad, que no solo infringe la norma constitucional que la contiene, sino que desnaturaliza todo el sistema acusatorio, fundamentado sobre la base de la imparcialidad.

B) Este aparte es ajeno a lo que se demanda en el inciso 1º del artículo 347 de la Ley 1.564 de 2.012, porque la misma no contiene esa facultad de corrección.

VIII. LA IGUALDAD DE LOS CIUDADANOS ANTE LA LEY. (ART. 13 DE LA C.P.)

La Carta Política al consagrar las tres clásicas expresiones de la igualdad, establece, la paridad de los ciudadanos ante la ley, que significa, que en las previsiones legislativas, no pueden consagrar situaciones o circunstancias que vayan en detrimento de determinados grupos de personas, ni que consagren privilegios excepcionales a quienes no los merecen o no los necesitan.

⁴⁴ Sentencia C-396 del 23 de mayo de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Declaró la exequibilidad del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, que prohíbe al juez de conocimiento decretar pruebas de oficio.

IMPARCIALIDAD JUDICIAL EN PROCESO PENAL- Instrumentos para garantizar imparcialidad objetiva

Entre los instrumentos diseñados por el constituyente y la Ley 906 de 2004 para garantizar la imparcialidad objetiva del juez se encuentran los siguientes: i) el funcionario que instruye no juzga, ii) la pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues se entiende como un tercero imparcial que busca la justicia material y, iii) la carga de la prueba de la responsabilidad penal corresponde a la Fiscalía.

⁴⁵ ARTÍCULO 5o. **IMPARCIALIDAD.** En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

ARTÍCULO 19. **JUEZ NATURAL.** Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal ad hoc o especial, instituido con posterioridad a la comisión de un delito por fuera de la estructura judicial ordinaria.

Y se hace la acotación anterior, porque es más que evidente, que cuando el Constituyente autoriza al Estado para promover las condiciones que sean necesarias para que la igualdad sea real y efectiva, debiendo adoptar medidas en favor de los grupos discriminados o marginados; o cuando impone las obligaciones del Estado Social respecto de las personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta por circunstancias físicas, económicas o mentales, no está vulnerando el principio de igualdad, trata por el contrario de que la igualdad sea real y efectiva y por eso trata de proteger a los marginados y discapacitados para que se unan al resto de la colectividad en condiciones verdaderas de igualdad.

La norma vulnerada con el artículo demandado es el artículo 13 de la Carta Política al establecer:

"ARTÍCULO 13. TODAS LAS PERSONAS NACEN LIBRES E IGUALES ANTE LA LEY, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.(Lo destacado no lo es en el texto).

La desigualdad establecida por las normas que se demandan es más que evidente, y para demostrarlo basta señalar las innegables consecuencias que surgen de sus disposiciones:

A) La demanda de casación que reúna los requisitos de ley, por demostrar tener interés, por señalar la causal y por sustentarla adecuadamente, es seleccionada, pero no puede ser corregida en los errores de técnica que la misma presente y en relación con este punto, es preciso destacar, que la técnica casacional se ha ido refinando a lo largo de los años, hasta llegar a verdaderas minucias, que en más de una ocasión han llevado a la Sala de Casación, a que se desechen las pretensiones del recurrente porque el demandante falló en la técnica por haber incurrido en el sacrilegio de demandar por la vía indirecta, cuando ha debido hacerlo por la directa; o porque habiendo demandado por violación indirecta no demostró la trascendencia de la violación o por haber calificado el error de hecho, cuando era de derecho; o por haber cometido el pecado mortal de haber hablado de un falso juicio de convicción, cuando en realidad era un falso juicio de identidad; o porque siendo de convicción no estableció el alcance asignado a un medio de prueba, ni tampoco la incidencia irrefutable que el error tuvo en el fallo para cambiar su sentido; o por la gravísima falta de haber demandado por violación directa y haber hecho relación a la parte fáctica, o por no haber hecho la crítica probatoria dentro de las reglas de la sana crítica. En tales casos, la Sala no podría corregir los errores de la demanda y en tales circunstancias, el fallo definitivo podría ser adverso para quien cumplió con las exigencias de la ley, pero cometió algunas fallas en la técnica casacional o porque no se identificó con la última línea jurisprudencial respecto a determinados aspectos de la técnica.

Esta técnica casacional además de ser injusta, es tan variable como el humor de los hombres, porque ha sucedido en centenares de ocasiones, que el demandante se sujeta en su demanda a la técnica aceptada en las últimas jurisprudencias, con la mala fortuna que a su caso le toca un cambio jurisprudencial donde se imponen nuevos criterios técnicos y obviamente al haberse modificado el contenido de la jurisprudencia, la demanda igualmente se desestima por antitécnica, porque no corresponde a los criterios que se acababan de imponer precisamente en ese fallo.

Ha llegado a tales niveles de exageración las exigencias técnicas de la Corte, que en ocasiones parece que no es la sentencia de segunda instancia la demandada y la que debe ser objeto de análisis en el recurso de casación, sino que la impugnada fuera la demanda de casación, y que el objetivo del recurso no fuera otro que con lupa y microscopio tratar de descubrir los posibles o presuntos errores de técnica, y no los errores *in procedendo* o *in iudicando* en que hubieran podido incurrir los jueces en el trámite del proceso o en el momento de dictar la sentencia que es precisamente la que es objeto de la impugnación extraordinaria.

B) Si se trata de una demanda que no cumple con las exigencias técnicas previstas en la ley, la Sala puede corregirla, adicionarla, enmendarla, e incluso, puede agregar cargos y causales que no están contenidas en la demanda.

En tales circunstancias se establece una prebenda o privilegio en favor de quienes no cumplieron las exigencias legales, que coloca en situación de desigualdad a quienes si cumplieron con los requisitos de ley.

Esa Honorable Corporación en la Sentencia C-104 de 1993, hizo una importante concordancia entre los artículos 13 y 229 de la Carta al sostener:

"DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Aleance/LEY:Aplicación

El artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 ídem, de tal manera que el derecho a "acceder" igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares. Ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario. La igualdad en la aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales⁴⁶. (Lo destacado no lo es en el texto).

Es evidente entonces el tratamiento diferencial que da el legislador a los diferentes recurrentes, uno, muy estricto, para quienes cumplen con las exigencias legales y otro, muy favorable y muy laxo, para quienes no cumplen con ellas.

Es incomprensible y causa perplejidad, el tratamiento diferencial que se aplica a quien si cumplió con las exigencias de ley, y no podemos menos que destacar que se encuentra en mejor situación y recibe mejor tratamiento de la ley quien incumple las exigencias de la ley, que quien se preocupa y efectivamente cumple con ellas.

Es meridiana la infracción constitucional de la igualdad, y este tratamiento diferencial nada tiene que ver con el propósito de la ley, que fue el de descongestionar laboralmente a la Sala de Casación Penal de la Corte, por el contrario, como ya se demostró, cuando la Sala selecciona una demanda inepta, se compromete con una mayor actividad de trabajo, que cuando selecciona la demanda que ha cumplido con los requisitos legales, porque en el primer caso tiene que corregir los entuertos y desaciertos y bien se sabe el inmenso esfuerzo que este tipo de tareas exige.

⁴⁶ Sentencia C-104 del 11 de marzo de 1993, Magistrado Sustanciador: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

B) El inciso 1º del artículo 347 de la Ley 1564 de 2.012, no plantea la facultad de admitir las ineptas demandas, sino que solo autoriza no seleccionar demandas que llenen requisitos, por existir precedentes jurisprudenciales similares al contenido en la demanda que no se selecciona, es por esta razón que aplica la cosa juzgada constitucional, porque es el caso clásico de la " respuesta inmediata ", excluida del repertorio jurídico por no ser motivada, y que lleva a su exclusión de la normatividad nacional, por el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

LX. LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS. (ART. 89 DE LA C. P.

1.

Si bien es cierto que la casación es un recurso extraordinario, ha de reconocerse igualmente, que es un recurso de consagración constitucional, porque al señalarse las funciones de la Corte Suprema de Justicia en el artículo 235, establece que una de sus atribuciones es actuar como tribunal de casación ⁴⁷.

En el artículo 89 de la Carta, el Constituyente establece como un deber todos los recursos, acciones o los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la defensa de la integridad del orden jurídico y para la protección de sus derechos individuales. En tal sentido se dispone:

"ARTÍCULO 89. Además de los consagrados en los artículos anteriores, LA LEY ESTABLECERÁ LOS DEMÁS RECURSOS, LAS ACCIONES, Y LOS PROCEDIMIENTOS NECESARIOS PARA QUE PUEDAN PROPUGNAR POR LA INTEGRIDAD DEL ORDEN JURÍDICO, Y POR LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS INDIVIDUALES, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas. (Lo destacado no lo es en el texto).

El legislador violó la norma precedente, porque es evidente que al ser la casación un recurso extraordinario, es deber del legislador reglamentar su interposición, trámite y fallo. Dentro de tal reglamentación es claro que está dentro de la libertad de configuración legislativa, establecer los requisitos que considere necesarios o que sean propios a las características de cada uno de los recursos.

Se establece entonces para el legislador un deber reglamentario y para los ciudadanos, un derecho de tener acceso a tales recursos, para que en su ejercicio, puedan propugnar por la integridad del orden jurídico o en la protección de sus derechos individuales.

En tales circunstancias, establecidos los recursos y los requisitos indispensables para su impugnación, sustentación, trámite y fallo, no está dentro de la libertad de configuración del legislador, establecer excepciones a los requisitos ya señalados, y menos cuando las mismas están destinadas a establecer diferencias perjudiciales, precisamente para quienes se sometieron a las exigencias de la ley, y presentaron su respectiva demanda de casación, demostrando tener interés para interponer y sustentar el recurso extraordinario de casación, haciendo el señalamiento correspondiente de la causal o causales alegadas y sustentándolas adecuadamente.

⁴⁷ ARTÍCULO 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

1. Actuar como tribunal de casación.

Aceptamos la congestión existente en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pero la existencia de un problema de esa naturaleza, no puede solucionarse a costa y en perjuicio de los derechos y garantías constitucionales establecidos en bien de los ciudadanos.

Establecida la casación como un recurso en la Carta Política, el legislador puede consagrar los requisitos y exigencias que quiera, teniendo en cuenta que se trata de un recurso extraordinario, pero no está dentro de la libertad de configuración legislativa, que sea el propio legislador quien vulnere el derecho de tener acceso a la justicia, precisamente a quienes se sometieron a los requisitos de ley.

La facultad que le confiere el artículo 184 a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia lo es hacer un indebido vaticinio de viabilidad o inviabilidad del recurso, un juicio *ex ante*, en el cual de forma absolutamente discrecional decide cuáles demandas va a seleccionar y cuáles no, actuación que no se comparece con la naturaleza que el recurso ha ostentado y que ha sido precisada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La ley desnaturalizó el recurso de casación en una de sus características esenciales, porque de la figura de admisibilidad de la demanda, pasó a la figura de la selección de la misma, acepciones que no son sinónimos, pues una cosa es la admisión de la demanda y otra muy distinta lo es la selección de la misma, produciendo una sustitución de una de las características esenciales del recurso extraordinario de casación, temática que ya había sido abordada por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-252 de 2001, en la cual, el alto tribunal expresó que el legislador no contaba con la libertad de configuración legislativa para sustituir una figura jurídico procesal como la casación.

"Si bien es cierto que EL LEGISLADOR CUENTA CON ATRIBUCIONES PARA ESTABLECER LOS RECURSOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS QUE PROCEDEN CONTRA LAS DECISIONES JUDICIALES, ELLO NO IMPLICA QUE PUEDA MODIFICAR LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE CADA UNO DE ELLOS QUE LOS IDENTIFICAN Y DIFERENCIAN DE LOS DEMÁS, O QUE CON ELLOS PUEDA VULNERAR O RESTRINGIR GARANTÍAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS. La casación penal, entendida como medio de impugnación extraordinario, TIENE ELEMENTOS ESTRUCTURALES Y DE CONTENIDO PROPIOS QUE NO PERMITEN CONFUNDIRLA CON OTRAS INSTITUCIONES, por tanto, no puede la ley modificarla de forma tal que la desnaturalice o la convierta en otra figura jurídica, menos eficaz conforme a los fines que se le atribuyen." (Resaltado propio)

Al tratar de asimilar la selección de las demandas, a la facultad constitucional de selección predicada de la Honorable Corte Constitucional en sede de tutela se termina desnaturalizando una característica esencial del recurso extraordinario de casación, que lo diferencia de los demás.

Comencemos por decir que desde el punto de vista lingüístico la acepción "admisión" es muy distinta a la acepción "selección", permitiéndonos citar el significado del Diccionario de la Lengua Española:

Admisión. (Del lat. *Admissio*, -onis). F. Acción y efecto de admitir. II 2. Der. TRÁMITE PREVIO EN QUE SE DECIDE, ATENDIENDO A ASPECTOS DE FORMA, SI UNA DEMANDA O RECURSO DEBEN PASAR O NO A SER RESUELTOS EN CUANTO AL

FONDO. Il 3. Mec. En los motores de combustión interna, primera fase del proceso en la que la mezcla explosiva es aspirada por el pistón. V. derecho de-." (Resaltado propio)

Del significado de la acepción "Admisión" y su significado podemos decir con toda claridad que la admisión es una decisión que atiende aspectos de forma, referente a si una demanda o recurso deben ser resueltos o no en su fondo.

El significado de la acepción "selección" que nos trae el diccionario de la lengua española es el siguiente:

Selección. (Del lat. *Selectio*, -onis) f. Acción y efecto de elegir a una o varias personas o cosas entre otras, separándolas de ellas y prefiriéndolas. (...)" (Resaltado propio)

Del significado de las palabras se puede claramente colegir que existe una clara diferencia entre las acepciones admisión y selección, porque mientras la primera hace alusión a la decisión que atiende aspectos de forma, referente a si una demanda o recurso deben ser resueltos o no en su fondo, la selección implica una facultad de elegir a una entre varias personas o cosas, separándolas de ellas y prefiriéndolas.

La primera atiende criterios de forma previamente establecidos, mientras que la segunda implica el poder discrecional de elegir a una entre varias cosas o personas.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual del Guillermo Cabanellas respecto a la acepción "admisión" expresa lo siguiente:

"ADMISIÓN. Acción y efecto de admitir. (v.). II En Derecho Civil se dice *admisión de pago*; en el comercial, *admisión de socio*; **EN EL PROCESAL, ADMISIÓN DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS Y DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS POR LA PARTES, PROCESALMENTE, Y CON REFERENCIA A QUERELLAS Y ALGUNOS RECURSOS, CONSTITUYE EL TRÁMITE PREVIO A LA SUBSTANCIACIÓN DE FONDO, EN EL CUAL EL JUEZ O TRIBUNAL RESUELVE SI SE HAN CUMPLIDO DETERMINADOS REQUISITOS DE FORMA, SI LAS PRUEBAS ADUCIDAS EN APOYO DEL MISMO OFRECEN CIERTAS GARANTÍAS MÍNIMAS Y SI EXISTEN OTROS SUPUESTOS ESTABLECIDOS EN LA LEY.** (v.; Derecho) de admisión; Readmisión; Recurso de casación.)

La misma obra respecto de la acepción "selección" dice:

"SELECCIÓN. **ELECCIÓN ENTRE VARIAS PERSONAS O COSAS** II **PREFERENCIA**. II Lo mejor de una colectividad o clase. II Representación de mayor mérito o calidad.

Entonces, mientras la admisión se refiere al cumplimiento de unos requisitos de ley para la substanciación del fondo de un recurso o acto procesal, la selección implica la libre facultad de elegir entre varias personas o cosas.

Al variar la admisión del recurso de casación por un mecanismo de selección del mismo, se sustituyó un aspecto sustancial del recurso de casación como recurso extraordinario, como lo es la admisibilidad que antaño se ha plasmado en las leyes procesales anteriores, admisión que surge de la propia naturaleza de un recurso extraordinario, no es una tercera instancia, no se debaten los hechos y la cuestionada es la sentencia de segunda instancia, razón por la cual se trata de un recurso eminentemente técnico, que tiene que ser estudiado previamente para determinar si reúne los requisitos mínimos de admisibilidad, impuestos por la naturaleza técnica del recurso.

En efecto, en los últimos ordenamientos procesales penales la casación se habla de la admisibilidad de la demanda de casación y no de la selección de la misma.

La ley 94 de 1938, en su artículo 563 respecto de la admisibilidad del recurso decía:

"ARTÍCULO 563. Recibido el expediente en la Corte y repartido, el Magistrado sustanciador ordenará inmediatamente fijar el negocio en lista por el término de cinco días para que, dentro de ellos, LAS PARTES PUEDAN ALEGAR SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO.

VENCIDO DICHO TÉRMINO LA SALA DECIDIRÁ DENTRO DE LOS TRES DÍAS SIGUIENTES SI ES O NO ADMISIBLE EL RECURSO. Si fuere rechazado, se devolverá el proceso al inferior; si admitido, se ordenará dar traslado a la parte recurrente por el término de quince días para que formule la demanda de casación. Cuando fueren varios los recurrentes, cada uno ellos tendrá derecho al término expresado.

El D. 1345 de 1970, en sus artículos 569 y 570 respecto de los requisitos de la demanda y su admisibilidad expresaba:

"ARTÍCULO 569. <Decreto derogado por el artículo 769 del Decreto 409 de 1971> REQUISITOS DE LA DEMANDA. La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la información del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.

Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una.

"ARTÍCULO 570. <Decreto derogado por el artículo 769 del Decreto 409 de 1971> RESOLUCIÓN SOBRE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO. El recurso de casación se tramitará así:

Repartidos el expediente en la Corte, LA SALA DECIDIRÁ DENTRO DE LOS DIEZ DÍAS SIGUIENTES SI ES O NO ADMISIBLE EL RECURSO. SI FUERE ADMITIDO, ORDENARÁ EL TRASLADO AL RECURRENTE O RECURRENTES POR TREINTA DÍAS, A CADA UNO, PARA QUE DENTRO DE ESTE TÉRMINO PRESENTEN LAS DEMANDAS DE CASACIÓN. En caso contrario dispondrá que se devuelvan los autos al tribunal de origen.

Los artículos 577 y 578 del D. 409 de 1971 respecto de la admisibilidad y calificación de la demanda expresaban:

"ARTÍCULO 577. RESOLUCIÓN SOBRE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO. <Decreto derogado por el artículo 678 del Decreto 50 de 1987> El recurso de casación se tramitará <sic> así:

Repartido el expediente en la Corte, LA SALA DECIDIRÁ DENTRO DE LOS DIEZ DÍAS SIGUIENTES SI ES O NO ADMISIBLE EL RECURSO. SI FUERE ADMITIDO, ORDENARÁ EL TRASLADO AL RECURRENTE O RECURRENTES POR TREINTA DÍAS, A CADA UNO, PARA QUE DENTRO DE ESTE TÉRMINO PRESENTEN LAS DEMANDAS DE CASACIÓN. En caso contrario dispondrá que se devuelvan los autos al Tribunal de origen.

"ARTÍCULO 578. RESOLUCIÓN SOBRE LA DEMANDA. <Decreto derogado por el artículo 678 del Decreto 50 de 1987> PRESENTADA EN TIEMPO LA DEMANDA DE CASACIÓN, LA SALA RESOLVERÁ SI SE AJUSTA A LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN EL ARTÍCULO 576. Si así lo hallare, dispondrá que se dotra traslado de ella a quienes no sean recurrentes, por quince días a cada uno, para que formulen sus alegatos. Si la

demanda no reúne los requisitos legales, o no se presentare en tiempo, se declarará desierto el recurso.

Observe que en el código procesal de 1971 el recurso estaba sujeto a las reglas de admisibilidad del recurso, seguido de la evaluación de los requisitos de técnica de la demanda, que de cumplirlos daban lugar buscar el pronunciamiento de los demás sujetos procesales.

En el D. 50 de 1987, en su artículo 223 se habla de la admisibilidad de la demanda de casación en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 223. RESOLUCIÓN SOBRE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO. <Decreto derogado por el artículo 573 del Decreto 2700 de 1991> REPARTIDO EL PROCESO EN LA CORTE, EL MAGISTRADO SUSTANCIADOR DECIDIRÁ DENTRO DE LOS DIEZ (10) DÍAS SIGUIENTES SI ES O NO ADMISIBLE EL RECURSO. SI FUERE ADMITIDO, ORDENARÁ EL TRASLADO AL RECURRENTE O RECURRENTES POR TREINTA (30) DÍAS A CADA UNO, PARA QUE DENTRO DE ESTE TÉRMINO PRESENTE LA DEMANDA DE CASACIÓN. En caso contrario ordenará que se devuelva el proceso al Tribunal de origen. (Resaltado propio)

En el artículo 225 de mismo ordenamiento, se habla del cumplimiento de los requisitos formales de la demanda que dan lugar al examen de la demanda de casación, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 225. RESOLUCIÓN SOBRE LA DEMANDA. <Decreto derogado por el artículo 573 del Decreto 2700 de 1991> SI LA DEMANDA SE AJUSTA A LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN EL ARTÍCULO ANTERIOR, SE ORDENARÁ CORRER TRASLADO DEL PROCESO AL PROCURADOR GENERAL POR VEINTE (20) DÍAS PARA QUE EMITA SU CONCEPTO Y POR QUINCE (15) DÍAS COMUNES A LAS DEMÁS PARTES PARA ALEGAR.

Si la demanda no reúne los requisitos, se declarará desierto el recurso y se devolverá el proceso al Tribunal de origen. (Resaltado propio)

Observe que en los ordenamientos procesales citados hasta ahora el recurso de casación es sometido en primer término a la admisibilidad del recurso, y una vez admitido, se corre el traslado de ley para presentar la demanda, y si la misma cumple los requisitos se procede a correr traslado al procurador para la casación para que se pronuncie en un término legal, al igual que el traslado de los demás intervinientes.

Obviamente la admisibilidad del recurso está íntimamente ligada al interés jurídico para acudir a la casación, es decir, que la sentencia de 2ª instancia le cause un agravio al recurrente y el trámite estaba regido por el cumplimiento o no de los requisitos formales de la demanda, porque en estos ordenamientos procesales no existía la facultad de seleccionar las demandas, sino que demostrado el interés y cumplidos los requisitos formales de la demanda, el recurso debía terminar en sentencia de casación y debía agotarse su trámite.

En el D. 2700 de 1991 en el artículo 226 respecto de la admisibilidad de la demanda de casación se expresaba lo siguiente:

"ARTÍCULO 226. CALIFICACION DE LA DEMANDA. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 553 de 2000. Aparte subrayado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE. El nuevo texto es el siguiente:> SI EL DEMANDANTE CARECE DE INTERÉS O LA DEMANDA NO REÚNE LOS REQUISITOS SE INADMITIRÁ Y SE DEVOLVERÁ EL EXPEDIENTE AL

DESPACHO DE ORIGEN. En caso contrario se surtirá traslado al Procurador delegado en lo penal por un término de veinte (20) días para que obligatoriamente emita concepto.

Observen Sres. Magistrados que a partir de la promulgación del decreto citado se produjo un cambio sensible en lo que respecta a la admisibilidad del recurso, porque mientras que en los ordenamientos anteriores el recurso se admitía de forma previa a la presentación de la demanda, a partir del D. 2700 de 1991 el estudio de admisibilidad de la demanda se concentra en el contenido de la demanda, en la cual se debe probar el interés jurídico para acudir a la casación y el cumplimiento de los requisitos formales de la demanda, que cumplidos, dan lugar a la admisión del recurso, de lo contrario, la demanda será inadmitida.

El cambio legislativo es sensible porque la admisibilidad del recurso de casación en los ordenamientos procesales penales anteriormente citados se limitaba al estudio del interés jurídico para acudir en casación, pero a partir del D. 2700 de 1991 la admisibilidad del recurso no se limita al interés jurídico para impugnar en casación, sino que además de ello se erige como una evaluación de la demanda, en procura de que cumpla con los requisitos formales fijados en la ley. Cumplidos los requisitos formales de la demanda y demostrado el interés para acudir a la casación, el recurso debía admitirse y tramitarse de fondo.

En la L. 600 de 2000, en el artículo 213 respecto de la admisibilidad del recurso se dice:

"ARTICULO 213. CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2006 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> **SI EL DEMANDANTE CARECE DE INTERÉS O LA DEMANDA NO REÚNE LOS REQUISITOS SE INADMITIRÁ Y SE DEVOLVERÁ EL EXPEDIENTE AL DESPACHO DE ORIGEN.** En caso contrario se surtirá traslado al Procurador delegado en lo penal por un término de veinte (20) días para que obligatoriamente emita concepto. (Resaltado propio)

En similar sentido a lo establecido en el D. 2700 de 1991, la admisibilidad de la demanda de casación abarca un espectro más amplio en relación con los ordenamientos procesales anteriores, porque dicho estudio se circunscribe no sólo al interés jurídico para impugnar en casación, sino a la evaluación del cumplimiento de los requisitos formales de la demanda. En todo caso, demostrado el interés y cumplidos los requisitos formales de la demanda, el fondo del recurso debía ser tramitado por la Corte Suprema de Justicia. La inadmisión de la demanda se erigía como una sanción procesal que derivaba de dos situaciones claramente diferenciables como lo eran: 1.- la no demostración del interés jurídico para acudir a la casación y 2.- el incumplimiento de alguno o algunos de los requisitos formales de la demanda fijados en la ley.

Como lo pueden ver Sres. Magistrados, el significado semántico de los términos "admisión" y "selección" es en extremo relevante en los argumentos de la presente demanda, porque tal y como se ha probado con la citación de los ordenamientos jurídicos que precedieron a la ley 906 de 2004, la casación siempre se ha regido por el método de la admisión o inadmisión de la demanda, que se traduce en la verificación de unos requisitos formales de la demanda y la demostración de un interés para recurrir en casación, mientras que en la ley 906 de 2004 termina por sustituirse el método de la admisión por el de la selección de la demanda, el cual resulta ajeno a un recurso extraordinario como el de casación.

Los recursos, sean ordinarios o extraordinarios se admiten, se conceden o se inadmiten, **jamás se seleccionan**, porque un medio de impugnación no se puede convertir en un mecanismo intermitente de protección de los derechos y las garantías fundamentales, porque al facultar al operador judicial con un método selectivo en los recursos, estos dejan de convertirse en garantía y resultan ajenos a la dinámica de un proceso que se supone debe estar revestido de garantías tan caras para el ser humano como la facultad de impugnar la sentencia condenatoria y obtener una decisión motivada de su recurso.

La figura de la selección es ajena a la naturaleza de los recursos judiciales, puesto que la misma es propia de la acción constitucional de tutela y predicable en exclusividad de los Magistrados de la Corte Constitucional, en ejercicio de la facultad de seleccionar tutelas para su eventual revisión. La facultad de selección es propia y exclusiva de la Corte constitucional y se aplica para la acción constitucional de tutela.

Al sustituir el método de admisión de la demanda de casación por el de la selección se introdujo una figura ajena al recurso extraordinario, al punto que sustituyó uno de los elementos esenciales que lo caracterizan como recurso extraordinario, como en efecto lo es la figura de la admisión de la demanda, que implica la demostración del interés jurídico para impugnar en sede de casación y el cumplimiento de los requisitos formales de la demanda, que cumplidos, daban lugar a la obtención de una decisión de fondo a través de una sentencia de casación.

Pero el desconocimiento de las características estructurales del recurso extraordinario de casación no se quedan allí, porque como ya lo habíamos comentado con anterioridad, desaparece el principio de "limitación" que desde siempre ha caracterizado a la casación y que tiene como objetivo fundamental, garantizar la imparcialidad del juez de casación, porque es incuestionable, que si la corte de casación puede corregir o adicionar las demandas, está ubicándose parcializadamente en pro de la demanda corregida o adicionada.

Pero la desaparición del principio de limitación, que prohibía al juez de casación tocar temas no abordados por la demanda, corregirla o adicionarla, es todavía más grave en un proceso de tendencia acusatoria, que cuenta como una de sus grandes virtudes el de garantizar en mejor medida que otros sistemas procesales la imparcialidad judicial.

La desaparición del principio de limitación en el recurso de casación es grave, y como lo ha sostenido la Corporación a la que nos dirigimos, no está dentro de la libertad de configuración legislativa del Congreso, el modificar las características esenciales de los recursos y de las instituciones procesales.

B) Esta argumentación es igualmente aplicable para demostrar la inconstitucionalidad del numeral 1º del Artículo 347 de la Ley 1564 de 2012.

X. LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE QUE TODOS LOS EMPLEOS PÚBLICOS TENGAN SUS FUNCIONES DETALLADAS EN LA LEY O EL REGLAMENTO, Y EL DEBER DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE

EJERCER SUS FUNCIONES EN LA FORMA PREVISTA NORMATIVAMENTE. (ARTS 122 Y 123 C. P.).

Se trata de dos principios íntimamente relacionados, porque mientras en la primera norma se establece que todos los cargos públicos deben tener sus funciones detalladas normativamente, en la segunda, se impone correlativamente a los servidores públicos que deben actuar de conformidad en las previsiones normativas, actuando siempre al servicio de la comunidad del Estado. En tal sentido se dispone:

"ARTICULO 122. NO HABRÁ EMPLEO PÚBLICO QUE NO TENGA FUNCIONES DETALLADAS EN LEY O REGLAMENTO y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

.....(Lo destacado no lo es en el texto).

"ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

LOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTÁN AL SERVICIO DEL ESTADO Y DE LA COMUNIDAD; EJERCERÁN SUS FUNCIONES EN LA FORMA PREVISTA POR LA CONSTITUCIÓN, LA LEY Y EL REGLAMENTO.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. (Lo destacado no lo es en el texto).

En la norma impugnada sobre la selección de las demandas de casación, se consagra la más absoluta discrecionalidad para efectos de señalar los parámetros que deben ser tenidos en cuenta para la eventual selección de una demanda; proceso de escogencia que se va a constituir en el mayor obstáculo para que el proceso sea la expresión de la justicia porque en dicha labor los magistrados auxiliares se regocijarán sacando a relucir sus conocimientos de la más excelsa y estricta técnica para que el trabajo que finalmente llegue a sus superiores no constituya una carga excesiva. Porque, finalmente, ese es el propósito político de la selección, descongestionar los despachos de los señores magistrados, sin importar que con ello se afecte el derecho ciudadano de tener el derecho de acceder a la justicia.

Pero, el refinamiento elaborativo de la norma fue de tal naturaleza riguroso que, finalmente, cometieron el mayor de los errores, porque en nuestro criterio, la Sala en principio, de conformidad con el contenido gramatical de la norma objeto de impugnación, debería dar trámite a la totalidad de las demandas y esta afirmación surge de la interpretación literal de uno de los apartados de la norma que se demanda, porque en la parte final de la enumeración de los factores por los cuales una demanda no debe ser seleccionada se dice: ".....o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso".

Si las finalidades del recurso son buscar la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos

a estos y la unificación de la jurisprudencia (art. 180), nos preguntamos *¿ cuándo será que se va a dar ese caso, en el que el pronunciamiento de la Corte de Casación no sea indispensable para cumplir con alguna de las señaladas finalidades de la casación, particularmente aquellas relacionadas con la reparación de los agravios cometidos en perjuicio del recurrente, del irrespeto de sus garantías y la efectividad del derecho material ?*

Nos preguntamos, si partimos de la hipótesis normativa, *¿ cuándo sería posible que el Tribunal de Casación pudiera tener argumentos válidos para afirmar que la selección de una determinada demanda de casación no es necesaria para reparar los agravios inferidos al recurrente, la efectividad del derecho material, o el respeto de las garantías de los intervinientes ?*

Y si se trata, de que no es necesaria la unificación de la jurisprudencia, se podrían, sacrificar los derechos individuales, en pro de un beneficio social y público, como es la unificación de la jurisprudencia, pero que al fin y al cabo, no es absolutamente trascendental para sacrificar unos derechos individuales, que podrían significar la consolidación de una gran injusticia o de una grave violación constitucional ?

Creemos que esa decisión de no selección nunca se podría producir, sobre todo si se argumenta que el fallo no es necesario para hacer respetar las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos al recurrente o la efectividad del derecho material.

El proceso mismo de selección garantiza que no serán escogidos un número mayor de procesos de los que haya determinado la Corporación para fallar mensualmente y el proceso mismo de la selección será necesariamente superficial, porque la Sala encargada de seleccionar las demandas no tendrá tiempo suficiente para hacer un estudio profundo de las mismas y meros hacer un análisis pormenorizado al interior de los procesos; por la dinámica del proceso, será un estudio superficial e individual de cada caso, en el que los restantes miembros de la Sala, aprobarán con fundamento en la credibilidad y buena fe de quien rinde el informe para que determinadas demandas no sean seleccionadas; en tales circunstancias será un proceso formal que tiene como única obligación garantizar que no serán seleccionados un número mayor de demandas de las previamente autorizadas por la Sala de Casación. Al fin y al cabo, la razón de ser de las últimas reformas a la casación, han estado concebidas para disminuir la excesiva carga laboral de las salas de casación.

Pero la realidad nos demuestra que ese no es el camino escogido por la jurisprudencia, sino que son muchas las demandas en búsqueda de justicia, que son rechazadas con criterios discrecionales, porque, con la fuerza argumentativa que confiere el idioma, siempre se encuentran y encontrarán mil razones válidas o inválidas para concluir que la mayoría de las demandas no sean seleccionadas, porque las mismas no son necesarias para cumplir con alguna de las finalidades del recurso.

Las decisiones de no selección se convierten, en un verdadero monumento a los formalismos y a la exégesis técnica, porque de su refinamiento es que se podrá garantizar que sólo llegue a los despachos, el trabajo en la cantidad que determine la Sala.

Lo anterior es una realidad, precisamente porque el proceso de selección no aparece reglamentado por la ley, y creemos que tampoco por el reglamento; y precisamente en esto es que se concreta la violación de las normas constitucionales que se comentan, porque en un verdadero Estado de Derecho, no puede haber lugar para una discrecionalidad absoluta, porque precisamente la mejor defensa de los derechos y garantías de la persona, del Estado y de la Nación, radica en la pormenorizada reglamentación de las funciones atribuidas a todos y cada uno de los cargos públicos, para que de tal manera el servicio público en el ejercicio de las funciones de cada servidor, sea la expresión de la voluntad del legislador y el estricto contenido de la ley.

No debemos olvidar que la potestad reglamentaria es perfectamente limitada y por tanto no puede, llenar los vacíos de la ley, de la misma manera que no puede contradecirla. En el caso concreto que se debate, es claro, que ante la ausencia de reglamentación de la selección de las demandas, el reglamento administrativo interno o la propia jurisprudencia de casación, no podrían llenar el vacío dejado por el legislador.

La norma que se demanda parcialmente es contradictoria y confusa, porque se quiso evitar incurrir en la violación de la cosa juzgada constitucional, como así se comentó en la discusión del Proyecto de Código Procesal al interior de la Cámara de Representantes:

"El Congreso al aprobar la Ley 553 de 2000, "Por la cual se reforma el Capítulo VIII del Título IV del Libro I del Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991, Código de Procedimiento Penal", quiso que el recurso extraordinario de Casación operara contra sentencias ejecutoriadas; es decir que mientras el recurso se tramitaba la sentencia penal se ejecutaba y se cumplía.

CIUDADANOS ACUCIOSOS DEMANDARON LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 553 Y TRAS ACUMULAR LOS EXPEDIENTES Y VENTILAR LA POLEMICA EN AUDIENCIA PUBLICA ESCUCHANDO DIFERENTES POSICIONES, LA CORTE CONSTITUCIONAL PROFIRIO EL FALLO C 252 DE 2001 Y DECLARÓ INCONSTITUCIONALES LAS NORMAS QUE INTENTARON CAMBIAR LA CASACION.

EL FALLO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LAS INTERVENCIONES EFECTUADAS ALLI MERECE SER ESTUDIADAS Y TENIDAS EN CUENTA (Lo destacado no lo es en el texto.)

En ese propósito de hacerle el esguince a la cosa juzgada constitucional, la norma resultó, como ya lo veníamos diciendo, contradictoria porque si se hace una interpretación literal de la expresión: " ...o cuando de su contexto se advierta *fundadamente* que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso ", se tendría que concluir que prácticamente la totalidad de las demandas que reúnan las exigencias legales, deberían ser seleccionadas, porque es imposible que se pudiera argumentarse de cualquier forma, para concluir frente a un condenado o a la víctima afectada con una sentencia absolutoria, que el fallo en ese caso específico no se requiere para lograr la efectividad del derecho material, el respeto de los garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos por el delito o la unificación de la jurisprudencia.

La expresión es de una vaguedad tal, que finalmente es el criterio y el arbitrio personal de cada magistrado el que lleva a que se seleccione o no una demanda de casación.

La discrecionalización general de la selección de las demandas de casación, es una clara vulneración de las normas constitucionales que se analizan, porque se está en presencia de funciones propias de un cargo público que no están determinadas por la ley, y el reglamento no lo ha hecho, pero frente a derechos fundamentales como el de la legalidad, derecho de contradicción y derecho a la defensa por no citar sino algunos de los transgredidos, es claro que el reglamento no podría asumir una posición legisladora, porque son bien conocidas las limitaciones de la potestad reglamentaria; estamos entonces, en presencia de trascendentales funciones públicas por servidores del Estado y de la comunidad, que no están debidamente reguladas en la norma. El mecanismo de selección, como se dijo atrás, se reglamentó por vía jurisprudencial, actitud inadmisibles en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, porque dicho procedimiento no puede ser reglamentado a su antojo por el organismo encargado de aplicar las instituciones que no han sido objeto de reglamentación por el legislador.

Pero además de lo anterior, el mecanismo de la selección no es propio de un recurso extraordinario como el de casación. Que el Constituyente haya querido establecer el sistema de selección para las tutelas, es un problema completamente diferente, como ya se demostró precedentemente, en razón a que su existencia y aplicación sólo está en cabeza de los Magistrados de la Corte Constitucional, quienes mes a mes, conforman una sala dual que se encarga de seleccionar las tutelas que llegan a la Corte para su eventual revisión. Al implementar el mecanismo de la selección en el recurso extraordinario de casación, terminaron por desnaturalizarlo; porque lejos de ser un mecanismo idóneo y permanente para la sujeción de los jueces a la ley, al momento de hacer las respectivas selecciones de las demandas, la convierten en un mecanismo intermitente de no protección de las garantías de los intervinientes.

B) La argumentación precedente es igualmente válida para demostrar la inconstitucionalidad del numeral 1º del artículo 347 de la Ley 1564 de 2012.

XI. LA PRIMACIA DEL DERECHO SUSTANCIAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. (ART. 228 C. N.).

El Constituyente Colombiano, armonizando las características y la estructura del Estado de Derecho, dispone en el artículo 228, que en el proceso de administración de justicia, debe prevalecer el derecho sustancial al determinarse:

"ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y EN ELLAS PREVALECERA EL DERECHO SUSTANCIAL. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. (Lo destacado no lo es en el texto).

Al hablar de la armonización de los diversos principios constitucionales, necesariamente, hemos de mencionar y comentar la primacía del derecho sustancial que se establece en el artículo 228 constitucional, que sirve de fundamento Superior para sostener, válidamente, la impugnabilidad de las sentencias dictadas por fuera de los canales normativos, constitucionales o legales.

El principio, antitécnicamente enunciado - puesto que hoy hablar de derecho sustancial, constituye acudir a un verdadero arcaísmo jurídico -, porque la locución ha sido ampliamente superada por la historia. Pero, pese a su antitecnicismo lingüístico es una realidad que la voluntad que el Constituyente quiso concretar en el texto Superior, es que las previsiones constitucionales tienen como objetivo, central y principal, el de concretar la justicia y que, por tanto, por encima de los formalismos puramente procesales y rituales, las decisiones de los jueces deben aspirar a que su contenido sea justo y que corresponda a la realidad histórica de los hechos. Es decir que debe ser objetivo histórico y político de la judicatura y de manera más concreta del Estado, que los fallos judiciales sean justos, entendiendo por tal la célebre expresión de Ulpiano:

"JUSTICIA ES LA VOLUNTAD CONSTANTE Y PERPETUA DE DAR A CADA CUAL SU DERECHO" (*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*);

o el concepto contrario, expresado en la luminosidad del mismo autor:

"INJUSTICIA ES CUANDO SE HACE SIN DERECHO" (*Injuria est omne, quod non jure fit*).

El principio de la primacía del derecho sustancial sobre el puramente adjetivo o procesal es desarrollado como principio rector en el artículo 10 del C. de P. P., al establecerse como deber imperativo, de los funcionarios judiciales, el hacer prevalecer el derecho sustancial⁴⁸, principio que es reiterado precisamente en el artículo 180⁴⁹, donde se precisan las finalidades u objetivos de la casación, señalándose, entre ellos, el de la efectividad del derecho material.

Estas normas indican, entonces, que la decisión judicial debe ser una manifestación de la voluntad del Estado, en cumplimiento de sus fines políticos últimos, por medio de la cual se resuelve un conflicto social interpersonal, que debe ser solucionado dentro del más estricto encuadramiento con la normatividad constitucional y del derecho penal y del debido proceso, cuyo contenido debe ser la expresión o concreción del derecho material, que debe ser un resumen de equidad y de justicia, fundamentado siempre sobre la verdad histórica de los hechos, de conformidad con

⁴⁸ ARTÍCULO 10. **ACTUACIÓN PROCESAL.** La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. **EN ELLA LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES HARÁN PREVALECCER EL DERECHO SUSTANCIAL.**

Para alcanzar esos efectos serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación.

El juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en este código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos.

El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.

El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes. (Lo destacado no lo es en el texto).

⁴⁹ ARTÍCULO 180. **FINALIDAD. EL RECURSO PRETENDE LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO MATERIAL,** el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos, y la unificación de la jurisprudencia. (Lo destacado no lo es en el texto).

lo demostrado, en el proceso, por medios de convicción regular, oportuna y legalmente producidos dentro del mismo.

No debe olvidarse lo resuelto en la sentencia C-590 del 8 de junio de 2005 por medio de la cual se declaró la inexecutable de la expresión "NI ACCIÓN" del artículo 185 de la ley 906⁵⁰, por medio de la cual se había establecido conspirativamente que contra las sentencias de casación, no cabía la interposición de la acción de tutela.

En dicha decisión, del 8 de junio de 2005, con ponencia del H. M. Jaime Córdoba T., nuestro juez constitucional fundamentó la decisión de inexecutable con las siguientes consideraciones:

"Conclusión

46. En las condiciones que se han dejado expuestas, entonces, es claro para esta Corporación que una ley ordinaria no puede modificar o suprimir la Constitución Política y con mayor razón uno de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales en ella consagrados; que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales en los casos en que esta Corporación ha establecido y con cumplimiento de los presupuestos generales y específicos ya indicados; que al proferir la Sentencia C-593-92, la decisión de la Corte no fue excluir la tutela contra decisiones judiciales; que la procedencia de la acción de tutela contra tales decisiones está legitimada no sólo por la Carta Política sino también por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto instrumentos de derecho internacional público que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que vinculan al Estado colombiano, y que los argumentos expuestos contra la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son infundados y, por lo mismo, fácilmente rebatibles.

Esta carga argumentativa permite concluir que una norma legal que dispone que contra la sentencia que resuelve el recurso extraordinario de casación en materia penal no procede recurso ni acción, salvo la de revisión, vulnera el principio de supremacía de la Constitución consagrado en el artículo 4º y la acción de tutela consagrada en el artículo 86. De allí el imperativo de expulsarla del ordenamiento jurídico, como, en efecto, lo hará la Corte.

48. Finalmente, esta Corporación no puede atender la solicitud formulada por uno de los intervinientes en el sentido que el efecto de ese pronunciamiento se extienda al régimen legal de la casación civil y laboral pues, como se sabe, un Tribunal Constitucional no es un juez oficioso de la constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico. Por el contrario, cuando se trata de un control desatado en virtud del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, su competencia se circunscribe, en cada caso, a aquellas normas que han sido demandadas por el actor, con excepción de los supuestos de unidad normativa, ninguno de los cuales concurre en el presente caso.

Con la precedente armonización de los principios constitucionales se entiende la sabiduría de los fallos de la Corte Constitucional, que frente a una posición inicial de inimpugnabilidad de los fallos con autoridad de cosa juzgada, aceptó paulatinamente, que cuando las decisiones judiciales fueran el producto de actuaciones de hecho, eran susceptibles de ser atacadas mediante la acción de tutela.

⁵⁰ ARTÍCULO 185. **DECISIÓN.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Cuando la Corte aceptare como demostrada alguna de las causales propuestas, dictará el fallo dentro de los sesenta (60) días siguientes a la audiencia de sustentación, contra el cual no procede ningún recurso ni acción, salvo la de revisión. La Corte está facultada para señalar en qué estado queda el proceso en el caso de determinar que este pueda recuperar alguna vigencia. En caso contrario procederá a dictar el fallo que corresponda. Cuando la Corte adopte el fallo, dentro del mismo lapso o a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, citará a audiencia para lectura del mismo.

Pero la pretensión de evitar que las sentencias pudieran ser atacadas mediante la acción de tutela, revela una persistente posición de los magistrados de las Altas Cortes, al considerarse como órganos límites de la justicia ordinaria, contenciosa o disciplinaria, concluir que sus fallos no pueden ser objeto de ninguna impugnación o ataque posterior, ni siquiera por la constitucional acción de tutela. Es con la misma pretensión, que en el artículo 181, que señala la procedencia de la casación, le agregaron una nueva finalidad, no comprendida en las legislaciones previas sobre éste recurso extraordinario; el de control constitucional, para de esa manera poder argumentar, que si la casación constituía un control constitucional del proceso y de la sentencia, no tenía justificación, ni razón de ser, que por la vía de tutela que es un control constitucional, con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia de casación, se pudiera concretar un nuevo control de cara a la Carta Política. En tal sentido en la norma citada se determina:

"ARTÍCULO 181. PROCEDENCIA. EL RECURSO COMO CONTROL CONSTITUCIONAL Y LEGAL PROCEDE CONTRA LAS SENTENCIAS proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por....." (Lo destacado no lo es en el texto).

Frente al principio constitucional de la primacía del derecho sustancial, la cosa juzgada, como entelequia puramente formalista, que tiene como objetivo político garantizar la seguridad jurídica a los asociados que saben, en virtud de este principio, que de manera regular los fallos, una vez han adquirido ejecutoria, son definitivos; y que, además, garantiza al ciudadano, individualmente considerado, que una vez juzgado no podrá ser sometido a un nuevo juzgamiento; pero esa garantía de seguridad jurídica y de definitividad sólo puede pregonarse cuando la sentencia haya sido dictada por el juez competente dentro de un proceso con el lleno de la totalidad de los requisitos normativos señalados al efecto y la incolumidad de los derechos fundamentales de los participantes del proceso. Entonces, pregonar la intangibilidad del fallo inconstitucionalmente dictado, del producido sin competencia, del arbitrario o definitivamente injusto, sería concretar afirmaciones contrarias a la Carta Política, y también opuestas con los principios generales del derecho.

La cosa juzgada en un verdadero Estado de Derecho solo puede ser válida frente a procesos y sentencias producidas dentro del más irrestricto respeto al debido proceso constitucional y legal. Por encima de la justicia ordinaria, se encuentra la justicia constitucional y ésta no tiene límites frente a decisiones producidas por las llamadas Corporaciones de cierre en la justicia ordinaria, disciplinaria, militar o contencioso administrativa, porque nunca debe olvidarse, que por respetables que sean las decisiones judiciales, siempre existirá una jerarquía superior, la de la Carta Política y la de los fallos de la Justicia Constitucional.

Creemos por el contrario, que cuando la justicia reconoce sus errores y los corrige, evitando así la perpetuación de una injusticia, la perennidad de una sentencia dictada contra *iuris constitutionis* o contra *legem*, la anulación o modificación de una decisión arbitraria, no produce en el medio social sensación de inseguridad jurídica, sino que por el contrario, la reacción social es positiva, en cuanto se percibe el ánimo de la administración de justicia y del Estado en general de acertar y de evitar que sentencias injustas o ilegales, puedan conservarse válidas indefinidamente por un equivocado, infranqueable, absolutista e inaceptable concepto de la cosa juzgada.

Todas las teorías que, de una u otra manera, se han ocupado de la cosa juzgada, admiten que por la precariedad de la justicia de los hombres, el fallo judicial no siempre concuerda con la verdad histórica de los hechos. De ahí que autores como Savigny hablen de la sentencia como ficción de verdad, y otros hablen de presunción de verdad. Si ello constituye una realidad, es claro que, pese a la importancia política que la cosa juzgada pudiera tener, no es un concepto de carácter absoluto.

En relación con la búsqueda de la verdad y la forma como debe ser buscada⁵¹, en el proceso penal, Muñoz Conde consigna:

"En el proceso penal, la búsqueda de la verdad está limitada además por el respeto a unas garantías que tienen incluso el carácter de derechos humanos reconocidos como tales en todos los textos constitucionales y leyes procesales de todos los países de nuestra área de cultura.

PRINCIPIOS COMO EL DE PROPORCIONALIDAD O EL DERECHO A LA INTIMIDAD IMPIDEN UTILIZAR, DE UN MODO ABSOLUTO O RELATIVO, TÉCNICAS DE AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD COMO LA TORTURA, EL EMPLEO DEL LLAMADO "SUERO DE LA VERDAD", EL DETECTOR DE MENTIRAS O LAS GRABACIONES O CONVERSACIONES TELEFÓNICAS SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

LA AFIRMACIÓN DE QUE EL OBJETO DEL PROCESO PENAL ES LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD MATERIAL, DEBE DE SER RELATIVIZADA, Y, DESDE LUEGO, SE PUEDE DECIR, ENTONCES, SIN TEMOR A EQUIVOCARSE, QUE EN EL ESTADO DE DERECHO EN NINGÚN CASO SE DEBE BUSCAR LA VERDAD A TODA COSTA O A CUALQUIER PRECIO.

SE REAFIRMA QUE EL OBJETO DEL PROCESO PENAL ES LA OBTENCIÓN DE LA VERDAD SÓLO Y EN LA MEDIDA EN QUE SE EMPLEEN, PARA ELLO, LOS MEDIOS LEGALMENTE RECONOCIDOS. SE HABLA, ASÍ, DE UNA "VERDAD FORENSE" QUE NO SIEMPRE COINCIDE CON LA VERDAD MATERIAL PROPIAMENTE DICHA. ÉSTE ES EL PRECIO QUE HAY QUE PAGAR POR UN PROCESO PENAL RESPETUOSO DE TODAS LAS GARANTÍAS Y DERECHOS HUMANOS CARACTERÍSTICOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO⁵²

Ferrajoli en relación con el mismo tema nos enseña:

"Hay además numerosas normas y mecanismos procesales que entorpecen inútilmente la búsqueda de la verdad. Normas de este tipo llegaron a su máximo desarrollo en los viejos regímenes inquisitivos, que inventaron "una multitud de formalidades", "dilaciones", "intrigas y laberintos" (cuyo sólo efecto fue hacer) "complicada la simple máquina de los juicios públicos: hasta el punto de que la historia del procedimiento penal le pareció a Bentham" lo contrario que la de las demás ciencias: en las ciencias se van simplificando cada vez más los procedimientos respecto al pasado; en la jurisprudencia, en cambio, se van complicando cada vez más, y mientras todas las artes progresan la jurisprudencia retrocede multiplicando los resultados con el empleo de medios más reducidos; la jurisprudencia retrocede multiplicando los medios y reduciendo los resultados." Hoy, respecto al proceso penal, se ha invertido esa evolución, pero todavía son muchos, como veremos, los impedimentos procesales que obstaculizan o retrasan inútilmente la investigación judicial y su posibilidad de control, alejándola de las normas sustantivas, que necesariamente, y a veces insensatamente, condiciona y desvía la búsqueda de la verdad procesal. De ahí se sigue, entre otras cosas, una ulterior deformación profesional de la subjetividad del juez y de los demás hombres de

⁵¹ Ver igualmente: La pretensión de verdad en el derecho, Ulfrad Neuman U. Externado de Colombia, Bogotá, 2006; El valor de la verdad, Hermenéutica, semántica, política, María J. Frápolli, Juan A. Nicolás (editores) E. Comiáres, Granada 2000; El derecho sin verdad, Anna Pintore, Dikynson, Madrid, 2005; La verdad en el proceso penal, Una contribución a la epistemología jurídica, Nicolás Guzmán, Buenos Aires, 2006.-

⁵² La búsqueda de la verdad en el proceso penal, Francisco Muñoz Conde, Págs. 111 y ss. E. Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

leyes que se mueven en el proceso; es decir, esa específica cerrazón del "espíritu forense, espíritu de litigio, enredo y cábala", que todavía hoy les hace maestros en complicar lo que es simple y en simplificar lo que es complejo y que hizo definir a Bentham a la jurisprudencia como "el arte de ignorar metódicamente lo que es conocido por el mundo entero"⁵³. (lo destacado no lo es en el texto).

La posición asumida por la Corte Constitucional coincide con el criterio de Calamandrei, en relación a que la fuerza de la cosa juzgada sólo puede ser adquirida por aquellas sentencias que se hayan dictado de conformidad con los ordenamientos constitucionales y legales, como se observa en el hecho de haber tutelado varias sentencias definitivas por considerar que se había incurrido en vías de hecho y por las decisiones de inconstitucionalidad de la norma del decreto reglamentario de la tutela que limitaba a 60 los días, después de la decisión judicial, para interponerla y la reciente declaratoria de inexecutable de la expresión "Ni acción" del artículo 185 procesal que impedía que contra las sentencias de casación se pudiera interponer acción de tutela.

Recordemos el pensamiento siempre sabio del maestro Camelutti quien al respecto sostiene:

"EL RESULTADO DE ESTAS OBSERVACIONES ES QUE EL VALOR DEL FALLO, EN MONEDA DE VERDAD Y DE JUSTICIA, ES INEVITABLEMENTE RELATIVO, PRESCINDIENDO DE LA FIABILIDAD DEL JUICIO HUMANO, LOS INSTRUMENTOS QUE LA LEY PONE A DISPOSICIÓN DEL JUEZ, SON Y NO PUEDEN DEJAR DE SER TAN IMPERFECTOS QUE NO DAN NINGUNA GARANTÍA SEGURA DE QUE EL FIN DEL PROCESO PUEDA SER ALCANZADO. HAY UN MARGEN, QUE QUEDA DESGRACIADAMENTE EN DESCUBIERTO, EN MAYOR O MENOR MEDIDA, ENTRE FIN Y RESULTADO. POR ESO, NO SE DICE QUE LA COSA JUZGADA ES LA VERDAD, SINO QUE PRO VERITATE HABETUR"

" Para expresar este desnivel entre fin y resultado uno se sirve a menudo de la distinción entre verdad sustancial y verdad formal. Son modos de decir acaso cómodos, pero inexactos. La verdad es una sola; pero desgraciadamente inalcanzable. Tiene lugar entre aquello que la cosa juzgada es, y aquello que debería ser; la misma diferencia que entre el oro puro y el oro amonedado. **EL FALLO, COMO UNA MONEDA DE ORO, NO ES ORO DE VEINTICUATRO QUILATES; SE TRATA DE UNA LIGA, EN LA QUE LA VERDAD SE AMALGAMA CON EL ERROR. LA VERDAD FORMAL NO ES OTRA VERDAD; MÁS BIEN ES MENOS VERDAD, UN GRADO DE VERDAD INFERIOR A LA VERDAD PURA**"⁵⁴. (la parte destacada no lo es en el texto).

En las condiciones precedentes cuando se está en presencia de un fallo injusto, de una decisión judicial tomada en contravía de la normatividad constitucional y legal del debido proceso, no puede pretenderse que frente al recurso extraordinario, pudieran concretarse, de manera preeminente, una serie de entelequias puramente formalistas, porque con ello se estaría vulnerando la prevalencia del derecho sustancial impuesto como valor supremo de la Justicia por el propio Constituyente.

Hemos de entender, por derecho procesal, adjetivo, formal o instrumental, aquel que regula la actividad jurisdiccional del Estado en todas sus etapas, tanto las de impulso como las de decisión; para que en un fallo judicial se concreten las pretensiones procesales de los diversos sujetos que intervienen en el proceso o se reconozcan los derechos de las personas involucradas en él.

⁵³ Derecho y Razon, Teoria del garantismo penal, Luigi Ferrajoli, Pág. 60, E. Trotta, Madrid, 1995.

⁵⁴ Derecho y proceso, Francesco Camelutti, pag. 304, E. J. E. A., Buenos Aires, 1971.

Por el contrario, ha de entenderse por derecho material, sustantivo o sustancial, aquel que define o precisa los derechos y obligaciones de los miembros de la comunidad.

Dentro del área de nuestro conocimiento hemos de entender por derecho sustancial, aquel que define las conductas dignas de reproche penal y les asigna una sanción determinada y aquellas instituciones procesales que, a pesar de serlo, por contener el ejercicio, dentro del proceso, de derechos o garantías constitucionales igualmente han sido considerados como derechos sustanciales o materiales; y por derecho adjetivo, formal o instrumental, el que contiene o indica las actividades investigativas, de acusación y de juzgamiento que deben realizarse para que el Estado eventualmente pueda ejercer su función represiva a través del descubrimiento de la verdad histórica de los hechos, que significa demostrar la efectiva infracción a la ley penal, llegar al descubrimiento de los autores y partícipes, a su correspondiente identificación o individualización, y la consecuente deducción de culpabilidad y responsabilidad si hubiere lugar a ella.

Es una realidad que la doctrina, la jurisprudencia y la legislación han reconocido que hay de dos clases de normas procesales: unas, las de contenido sustancial o material, que por tener que ver con el desarrollo, ejercicio o tutela de derechos fundamentales dentro del proceso penal, se las ha denominado así; son aquellas que tienen que ver con derechos o garantías, generalmente, de rango o estirpe constitucional y de tanta importancia como el derecho de contradicción, de defensa, *reformatio in pejus*, presunción de inocencia, favorabilidad, derecho a no declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes, investigación integral, acceso a la justicia y otros igualmente trascendentes; y otras, las normas neutras o indiferentes que son de contenido puramente ritual, que generalmente sirven de impulso procesal o son las que señalan las áreas de competencia de los funcionarios de la rama judicial dentro de la jurisdicción ordinaria.

En el artículo 6º de la ley 906⁵⁵ se hace expresa referencia a la ley procesal de efectos sustanciales, aunque con mayor precisión el mismo artículo 6º de la ley 600 no solo aludía a las leyes sustanciales, sino a las neutras de aplicación inmediata⁵⁶.

Como ya lo hemos sostenido en otras oportunidades, el debido proceso, y las múltiples garantías constitucionales y legales que lo conforman, constituye un límite a la capacidad represiva del Estado; y al constituirse en una muralla limitante en el ejercicio del *tus puniendi* es obvio que se convierte en garantía para

⁵⁵ ARTÍCULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser investigado ni juzgado, sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia. (Lo destacado no lo es en el texto).

⁵⁶ ARTICULO 6o. LEGALIDAD: Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

La ley procesal tiene efecto general e inmediato. (Lo destacado no lo es en el texto).

los ciudadanos, especialmente para los que se encuentran involucrados en un proceso penal.

En tales condiciones el objetivo del proceso penal es el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos y, con tal verificación, la determinación de las responsabilidades a que hubiere lugar, pero, ese descubrimiento de la verdad y la precisión de las responsabilidades han de hacerse con el respeto de las garantías que el propio Constituyente quiso crear en favor de los ciudadanos sometidos a proceso.

Frente a tales circunstancias y con fundamento en las previsiones constitucionales y legales sobre la primacía del derecho sustancial o material, el juez debe buscar con intensidad obtener certeza sobre la verdad histórica de los hechos que tuvieron ocurrencia y con ella, emitir un juicio de responsabilidad o no, que es la concreción del derecho sustancial, porque con ese juicio de responsabilidad positivo o negativo, el juez aplica la ley referida al caso, concretándose de tal manera la primacía del derecho sustancial y consecuentemente la emisión de un fallo con justicia, entendiéndose por tal, el reconocimiento de lo que le corresponde a cada cual.

De conformidad con lo precedentemente expuesto, el objeto, fundamental, del proceso penal es determinar si existió o no infracción a una norma penal consagratoria de delitos a los que se tiene asignada una pena, y, una vez realizada tal verificación, determinar la identidad o individualidad de los autores o partícipes y concluir en la existencia o no de la consecuente responsabilidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, cuando el Constituyente alude a la administración de justicia, en el artículo 228 constitucional, le señala como un objetivo propio de ella, - que es de la esencia de un Estado Democrático, y Social de Derecho -, que en las decisiones de nuestros jueces debe prevalecer el derecho sustancial sobre el puramente adjetivo o instrumental. Es decir que se alude al derecho sustancial, entendiéndose por tal, - el que tipifica los delitos y señala las penas, y a las normas procesales que por contener reglamentaciones respecto a garantías de naturaleza constitucional son igualmente consideradas dentro de este rango -, contra el adjetivo, procesal o instrumental, que señala las pautas e impulsos de la investigación y el juzgamiento para que finalmente se concluya en la sentencia, con un proceso de adecuación típica o no, juicio de culpabilidad y responsabilidad si hubiere lugar a ello, para que se imponga la pena que el legislador señaló a ese tipo penal específico e individualizado o se reconozca la inocencia plena del ciudadano sometido a proceso mediante una sentencia de absolución si existe certeza de los hechos, o el reconocimiento de la duda, con aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Dentro de la interpretación constitucional de la expresión gramatical utilizada en el artículo 228, ha de entenderse, de manera meridiana, que la alusión a la primacía de las normas de derecho sustancial, debe ser entendida tanto a las del derecho penal material, que tipifican los delitos y señalan las penas, como a las normas procesales que desarrollan las garantías procesales de naturaleza constitucional; porque cuando el Constituyente habla de la primacía del derecho sustancial, lo hace dentro de la filosofía de un Estado Democrático y Social de Derecho, en el cual lo que importa es el descubrimiento de la verdad sobre el fundamento de una eventual infracción a la ley penal y todos los desenvolvimientos que posteriormente debe contener el ejercicio de la acción penal en el desarrollo de la

potestad punitiva del Estado. Lo anterior significa que la expresión constitucional del artículo 228 constitucional comprende no sólo las normas penales relacionadas con la tipificación de los delitos y el señalamiento de las penas, sino todas las normas procesales de naturaleza sustancial, que lo son por ser desarrollo de garantías y derechos de rango constitucional.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del H. M. Gustavo Rendón Gaviria, precisó el alcance de la ley procesal sustancial favorable en los siguientes términos:

" 3ª) En la ley penal, tomada en su contenido sustantivo, que define los hechos punibles y determina las sanciones, el principio general de la no retroactividad rige para el común de las leyes, pero está excepcionado, por razones preponderantes, en beneficio de los infractores, para hacerla retroactiva cuando es más favorable o benigna que la ley anterior bajo cuyo imperio pudieron tener ocurrencia hechos todavía no juzgados, e incluso sentenciados.

" 4ª La consagración por el constituyente del equitativo principio de que: " la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable ", a que alude el inciso 2º del art. 26, no ampara a la persona en el juicio criminal solo por el aspecto sustantivo del derecho penal, como pudiera entenderse de las normas contenidas en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887.

LO QUE LA CARTA ESTABLECE EN CUANTO A LA LEY PREEXISTENTE, EN MATERIA CRIMINAL, COMPRENDE POR IGUAL LOS PRECEPTOS SUSTANTIVOS Y DE PROCEDIMIENTO, DEJANDO, ESO SÍ, A SALVO EL CANON FUNDAMENTAL DE LA RETROACTIVIDAD CUANDO LA LEY POSTERIOR ES MÁS FAVORABLE AL IMPUTADO DE LA COMISIÓN DE UN DELITO "

5ª. Admitido que las normas procesales son de orden público, no sujetas a dilaciones en su cumplimiento y aplicación, porque respecto de ellas no puede hablarse de " derechos adquiridos " que inhiban al legislador para modificar la competencia y la ritualidad de los procesos que cursan, y que por tal razón no prima la ley de procedimiento vigente al momento de la infracción, como es opinión de algunos tratadistas de derecho constitucional y de derecho procesal penal, lo evidente es que, aun frente a ese supuesto que interpretaría con arbitrarias restricciones la primera parte del artículo 26 de que se trata, la segunda parte del mismo texto hace imperativo, en lo sustantivo y en lo procesal, caso de tránsito entre las legislaciones, aplicar la ley más favorable⁵⁷.

6ª. **Las leyes de procedimiento no solo están destinadas a fijar competencias y disponer ritualidades adjetivas de los juicios criminales. MUCHAS DE SUS DISPOSICIONES, LAS MÁS IMPORTANTES, CONSAGRAN LOS RECURSOS CONTRA LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES, LOS TÉRMINOS PROBATORIOS, EL DEBATE DENTRO DEL PLENARIO, LA ASISTENCIA PROFESIONAL DEL ACUSADO, LOS MEDIOS DE DEFENSA, LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS, LOS MOTIVOS DE DETENCIÓN PREVENTIVA, ENTRE OTRAS COSAS, TODAS ELLAS FUNDAMENTALES, QUE DE UN PROCEDIMIENTO A OTRO PUEDEN, DE MODO ESENCIAL, AFECTAR LOS DERECHOS DEL SUJETO PASIVO DE LA ACCIÓN PENAL.**

7ª. **SERÍA CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL IMPONER A UN PROCESADO UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO, LIMITADO Y ESTRECHO EN CUANTO A RECURSOS Y MEDIOS DE DEFENSA, SI CUANDO ESTE ACUSADO DELINQUIÓ REGÍA UN SISTEMA, UNA INSTITUCIÓN DE PROCEDIMIENTO CRIMINAL MÁS FAVORABLE EN LO TOCANTE AL DERECHO INALIENABLE DE DEFENSA.**

⁵⁷ Art. 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

8º. El alcance del artículo 26 de la Constitución nacional y de los textos penales antes transcritos no permiten dudar sobre las anteriores consideraciones. EL JUICIO PREVIO DEBE DESCANSAR EN LA LEY ANTERIOR AL HECHO DEL PROCESO, Y LA APLICACIÓN DE UNA LEY POSTERIOR A ESE EVENTO ESTÁ CONDICIONADA A SU CARÁCTER PERMISIVO FAVORABLE PARA EL ACUSADO (Lo destacado no lo es en el texto).(Págs 166 y 167) (G. J. Nro 2238, marzo de 19961)⁵⁸

Jurisprudencia reiterada cuando sostuvo el 7 de julio de 1961:

" EN CONSECUENCIA, SI CUANDO ALGUIEN DELINQUIÓ REGÍA UN ESTATUTO DE PROCEDIMIENTO CRIMINAL QUE, CONFRONTADO CON LA LEY NUEVA, RESULTA MENOS GRAVOSO PARA EL PROCESADO, EN CUANTO CONCIERNE AL DERECHO DE DEFENSA, POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA LEY DEBE APLICARSE LA NORMA PREEXISTENTE.

LA APLICACIÓN DE LA LEY RESTRICTIVA O DESFAVORABLE CONFIGURA, POR TANTO, UNA NULIDAD SUPRALEGAL"⁵⁹. G. J. XCVI, núms 2242-2244, pág 453.

Posteriormente reiteraría esa jurisprudencia, tal como lo hizo en sentencia de casación del 21 de febrero de 1969 al sostener:

" LA CORTE, COMO TRIBUNAL DE CASACIÓN, Y LOS TRIBUNALES SUPERIORES, APOYÁNDOSE EN LAS NORMAS DE LA LEY FUNDAMENTAL, HAN EXTENDIDO LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, EN CASOS CONCRETOS, A LAS LEYES PROCESALES, PREFERIENDO LA ANTIGUA A LA NUEVA, A FIN DE NO EMPEORAR LA SITUACIÓN DEL QUE SE ENCUENTRA SUB JUDICE AL TIEMPO DE EFECTUARSE EL CAMBIO DE LA LEY BAJO LA CUAL SE INICIÓ EL PROCESO. NI LAS RAZONES DE ORDEN LÓGICO EN QUE SE FUNDA EL PRINCIPIO DE LA IRRECTROACTIVIDAD DE LAS LEYES, NI LOS MOTIVOS DE JUSTICIA QUE DEN ORIGEN A LA REGLA CONSTITUCIONAL SOBRE APLICACIÓN DE LA LEY QUE DEN ORIGEN A LA REGLA CONSTITUCIONAL SOBRE APLICACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE EN MATERIA CRIMINAL, AUTORIZAN SITUAR LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO FUERA DE LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN LA APLICACIÓN DE LAS LEYES EN EL TIEMPO."⁶⁰

La favorabilidad de las normas procesales no se extiende a la forma externa de las diligencias, ni al modo de adelantar la actuación.⁶¹

Las leyes que establecen los tribunales y determinan el procedimiento entran a regir inmediatamente, según el artículo 40 de la ley 153 de 1887.⁶²

LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO CON ARREGLO A LO DISPUESTO EN EL ART. 40 DE LA LEY 153 DE 1887, SON DE APLICACIÓN INMEDIATA, SALVO EN AQUELLOS CASOS EN QUE, COMO LO HA ADVERTIDO LA CORTE, " VISIBLEMENTE RESULTEN PERJUDICIALES PARA EL ACUSADO"^{63 64} (Lo destacado no lo es en el texto).

⁵⁸ Citada por Benjamín Irigorri Díez, Instituciones de Derecho Procesal Penal, pág 166, 167. E. Temis, Bogotá, 1974.

⁵⁹ Citado por Fabio Calderón Botero, en " Casación y Revisión en materia Penal ", Pág 128, 2ª Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, cas, octubre 29 de 1945, G. J. T. LIX, p. 1009.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, sent., mayo 13 de 1941, G. J. T. LI, p. 39.

⁶² Corte Suprema de Justicia, auto, 21 de mayo de 1948, G. J. T. LXIV, p. 559.

⁶³ Corte Suprema de Justicia, sent. de cas. Penal, febrero 21 de 1969, G. J. T. CXXIX, núms 2306-2308, p. 195.

El mandato constitucional se concreta en la sentencia del juez, que con fundamento en la verdad, emite un juicio de responsabilidad, decisión conclusiva de un proceso en el que se aplica la ley ajustada al caso, proceso que ha debido adelantarse de conformidad con el respeto a todas las ritualidades y formalidades previstas para la realización de todos los actos procesales, la práctica, recolección o allegamiento de todos los medios de convicción, y la práctica en general de todas las diligencias procesales.

La expresión constitucional: "...EN ELLAS PREVALECE EL DERECHO SUSTANCIAL...", ha de ser entendida como el esfuerzo de la justicia por llegar al descubrimiento de la verdad histórica de los hechos, al igual que a la ubicación de los autores o partícipes, de su adecuada individualización o identificación y en el adelantamiento de un juzgamiento que con certeza lleve a la condena de los responsables o a la absolución de los inocentes y de aquellos respecto a los cuales no fue posible llegar al grado de conocimiento de la certeza (*in dubio pro reo*). Que todo lo anterior se haga por parte de jueces previamente determinados por la ley, competentes, independientes e imparciales y que tanto la investigación, como la práctica probatoria, y el desarrollo del juicio, se hagan con estricto cumplimiento de todas y cada una de las garantías que integran el concepto constitucional del debido proceso.

De donde resulta que no sólo es trascendente llegar al descubrimiento de la verdad, para con ella tomar las decisiones de absolución o de condena que fueren pertinentes, sino que a esa verdad no se puede llegar de cualquier manera, sino que ha de conseguirse por las vías estrictamente señaladas en la normatividad, porque así se tratase del verdadero responsable, no se podría pretender su condena cuando la confesión se obtiene mediante la tortura o los hechos fueron probados por medio de otros medios de convicción ilícitos o con la consumación de cualquier otra irregularidad o arbitrariedad con la suficiente entidad como para producir la invalidez de la actuación irregular o de todo el proceso.

Estas argumentaciones valen, porque no podría pretenderse desviar el sentido de la afirmación constitucional, para entender sólo por normas de contenido sustancial aquellas que definen los delitos y hacen el señalamiento de las penas, ya que es, también, importante, precisar la conducta motivo de reproche, la sanción aplicable a cada caso, las garantías y derechos constitucionales que controlan, limitan y regulan el poder represivo del Estado, que, en tales circunstancias, se constituyen en garantías en pro de los derechos ciudadanos; en relación con este punto es trascendental hacer precisiones, pues lo único que se pretende dentro del esquema ideológico de un Estado Social y Democrático de Derecho, es el descubrimiento de la verdad y, en consecuencia con ella, deducir las responsabilidades que sean pertinentes; consecuentemente, todas las normas procesales, incluidas las de contenido sustancial, son el camino garantista que ha de seguir la justicia para determinar la verdad y establecer las responsabilidades penales que de ella pudieran surgir.

Y lo anterior no es un despropósito. La Constitución, en una serie importante de normas de su propia esencia, regula y garantiza los principios instrumentales de la

⁶⁴ Citada por Benjamín Iragorri Diez; Instituciones de Derecho Procesal Penal, pág. 170, 171. E. Temis, Bogotá, 1974.

investigación y el juzgamiento y, por tanto, esas normas instrumentales que, por ser de rango constitucional, son de contenido sustancial, comprendidas dentro del concepto expresado por el artículo 228 constitucional.

El juez al término del proceso debe adecuar la norma aplicable al caso concreto, pero la verdad obtenida con certeza, ha debido serlo con el más estricto respeto de las normas instrumentales, que como garantía de los derechos fundamentales del ciudadano han establecido el Constituyente y el Legislador. Solo cuando esa verdad ha sido obtenida con el respeto de todas y cada una de las garantías que integran el concepto constitucional del debido proceso se podrá afirmar que en ese proceso prevaleció el derecho sustancial. Es decir que el concepto constitucional es una verdadera amalgama entre las normas penales materiales, y las procesales, que permiten al final del túnel ver la verdad, pero una verdad obtenida con el respeto de las garantías del ciudadano sometido a proceso.

La primacía a que alude el artículo constitucional comentado hace relación es al objetivo último por el cual una comunidad o nación, que domina un territorio decide constituirse en Estado; porque ese Estado, dentro de cualquiera de sus conceptos estructurales e ideológicos - el del Contrato Social de Rousseau, el del Leviatán de Hobbes, o el de la sociedad igualitaria de Moro, Campanella, Engels y Marx-, lo único que puede aspirar es a que se administre justicia correctamente y ello supone de manera necesaria que, con el descubrimiento de la verdad se condene a los culpables y se absuelva a los inocentes; pero el anterior presupuesto, de un Estado de derecho, no significa que las garantías procesales, que controlan su poder, no sean sustanciales, o que no estén comprendidas dentro de aquellas a las que se hace referencia en el artículo 228 constitucional.

Dentro de los presupuestos teóricos formulados no puede pensarse, bajo ninguna circunstancia, que cuando el artículo 228 habla de la preeminencia del derecho sustancial, esté haciendo referencia únicamente a las normas del derecho penal material, en cuanto sirven de medio para la realización de los objetivos constitucionales, que no pueden ser otros que los de la verdad histórica de los hechos, obtenida con el debido respeto a la vida, la integridad, la dignidad y a los otros derechos fundamentales de los sometidos a proceso para cumplir el sabio aforismo de Ulpiano:

" JUSTICIA ES LA VOLUNTAD CONSTANTE Y PERPETUA DE DAR A CADA CUAL SU DERECHO. *Justitia este constans et perpetua voluntas ius solum cuique tribuendi.*

Concluimos, de manera necesaria, que pese a tratarse de normas de naturaleza diferente - penales y procesales -, todas ellas (las procesales de contenido sustancial, y las penales) hacen parte del derecho sustancial, que por el mandato constitucional que se analiza, deben de tener primacía dentro del proceso penal.

Podría contra argumentarse que el artículo 228 de la Carta Política hace referencia, única y exclusivamente, a las normas materiales del derecho penal, pero tal formulación no puede tener validez, si advertimos que el objetivo del proceso penal no es la obtención de la verdad de cualquier forma y manera, lo cierto es que el desconocimiento y vulneración del debido proceso y de las garantías que lo integran podrían llevar a la justicia a " verdades " equivocadas o erróneas, porque por medio de procedimientos arbitrarios e ilícitos la verdad puede llegar a ser alterada, con ese tipo de actuaciones de hecho se puede poner en grave riesgo la vida, la integridad física y psíquica de los procesados, su

libertad y su dignidad, entre los múltiples derechos que se pueden vulnerar en el proceso penal con el desconocimiento y vulneración del debido proceso constitucional.

Es evidente que el desconocimiento del debido proceso y de las garantías que lo integran altera la verdad, al vulnerar los derechos de probar, de contradicción y de defensa del sindicado. La verdad es que en el proceso penal se presenta una desigualdad procesal, particularmente desde la perspectiva investigativa que sitúa al organismo investigador y a los otros sujetos procesales en una situación de privilegio que puede conducir, finalmente, a la obtención de una "verdad predeterminada", a una "verdad condicionada", a una "verdad interesada" y regida por los más diversos objetivos.

En las circunstancias precedentes, son tan protagónicamente sustantivas las normas del derecho penal material, como las normas procesales, por medio de las cuales se controla y limita el poder del Estado y de los funcionarios que ejercen la represión en su nombre, convirtiéndose estas últimas, por tales razones, en normas fundamentales, porque en realidad de ellas depende que, finalmente, la conclusión sobre la existencia o no de un delito y de una decisión de responsabilidad o no, surja de la forma como se adelante el proceso, tanto en la etapa investigativa, como en la de juzgamiento, del respeto de esas garantías constitucionales que, por serlo, son irrenunciables y cuando son vulneradas, son perfectamente inconválidas.

Lo anterior nos lleva a concluir que dentro de los derechos y garantías constitucionales, pese a tratarse de conceptos de naturaleza diferente, todos quedan enmarcados dentro de la expresión constitucional de derecho sustancial, y sólo podrá cumplirse con el objetivo del proceso penal con el estricto cumplimiento de las garantías procesales. Sólo con ellas se podrá obtener la aplicación correcta de la norma de derecho penal material adecuada al caso. Cuando en desarrollo del principio constitucional analizado, el legislador determina como una norma rectora la prevalencia del derecho sustancial, está haciendo referencia a esa unión inescindible de normas penales y procesales, porque las primeras serán finalmente inaplicables o lo serán de manera distorsionada, si no se acatan y aplican las segundas, como mecanismos únicos de respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales. La norma comentada determina en su primer inciso:

"ARTÍCULO 10. **ACTUACIÓN PROCESAL:** La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial. (Lo destacado no lo es en el texto.)

Esos objetivos del proceso penal no pueden ser otros que los de la realización de la justicia material y si ello es así, el único valor que de ella deviene es la justicia, ésta contrastada con la verdad histórica de los hechos y obtenida de conformidad con las previsiones constitucionales y legales.

Es imprescindible que debemos distinguir, dentro de la normatividad constitucional, cuáles son los derechos instrumentales y cuáles los que cumplen los objetivos últimos del hombre, de la sociedad y del Estado. Si son todos fundamentales y, por esta razón, insertos en la Carta Política, lo único cierto es que no por eso dejan de ser medios para obtener los fines últimos del Estado.

Los derechos y garantías procesales, de naturaleza instrumental, no por ello dejan de ser sustanciales, porque la verdad es que con ellos es que se concreta la búsqueda de la verdad y la aplicación de la justicia integral. Los principios constitucionales instrumentales, son el medio para que la investigación, la práctica de los medios de convicción, el juzgamiento y en definitiva todos los actos y actuaciones procesales se hagan de conformidad con la normatividad y con el estricto cumplimiento de los derechos fundamentales inherentes al ser humano. Cuando el artículo 228 habla de la prevalencia del derecho sustancial, no alude únicamente al descubrimiento de la verdad, sino que la misma se haga por los caminos instrumentales validados por el Estado, respetándose siempre en la medida en que el proceso lo permita la libertad, la intimidad de las comunicaciones y la inviolabilidad domiciliaria; debe garantizarse de maneara integral que el proceso sea adelantado sin vulnerar la integridad física y psicológica de los sujetos procesales, la vida, la autodeterminación y la dignidad humanas. No puede permitirse que la verdad sea conseguida de cualquier manera, atropellando y vulnerando estos derechos fundamentales del ser humano. En tal sentido es que tanto los derechos estrictamente sustanciales (derecho penal material), como los instrumentales (procesales) son igualmente sustanciales, porque es que mediante los últimos se consiguen adecuadamente los primeros.

Es por ello que se contraría este principio constitucional, cuando los jueces de casación se abstienen de conocer el fondo de los asuntos que llegan a su conocimiento, con fundamento en lo atribuido indebidamente por el legislador, porque si el recurrente cumplió con las exigencias legales referidas a la técnica casacional, no existen razones de fondo o sustanciales, que pudieran llevar a la Honorable Corte Suprema de Justicia a considerar que no se requiere del fallo, porque no es necesario efectivizar el derecho material, porque no es menester concretar el respeto de las garantías debidas a los intervinientes, o que no es indispensable fallar respecto de los agravios inferidos por el delito motivo de juzgamiento.

En relación con el nacimiento de la casación, tal como se entiende en el mundo contemporáneo, y para demostrar cómo ha sido mal entendida por nuestro legislador y por nuestro juez de casación, hemos de recurrir a la historia, para que sea ella la que nos indique, dentro de las enseñanzas de Calamandrei, por qué surgió la casación y cómo la solución de un problema de congestión laboral, no se puede solucionar con el detrimento de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De ahora en adelante algunas reflexiones históricas de Piero Calamandrei en una de las obras más importantes que se han escrito sobre el tema de la casación.

1) La fuerza obligante e imperativa de la decisión judicial deviene directamente de la ley, de allí que cuando la decisión del juez contraviene o desobedece las exigencias positivas, pierde ese carácter de obligatoriedad y, en palabras del maestro italiano, al desaparecer la causa (obediencia a la ley) debe desaparecer el efecto (la decisión judicial contraria a la ley), que por su discordancia con la norma pierde no sólo su legitimidad, sino el poder coercitivo. En tal sentido Calamandrei nos enseña:

"Aun prescindiendo de la personificación plena de imagen que ofrecen las palabras de Macro (y de la que podría argüirse que el derecho romano hubiere adivinado, anticipándose casi en

dos mil años, la idea, de la cual la Revolución Francesa debía después desarrollar el instituto de la Casación, de un conflicto entre el poder legislativo y el poder judicial y de una intervención del primero para destruir el pronunciamiento del juez que contravenga a la ley. EL CONCEPTO SOBRE EL CUAL SE BASA LA NULIDAD DE LAS SENTENCIAS DADAS CONTRA IUS CONSTITUTIONIS, ES MUY SIMPLE, Y MUY PRÓXIMO A LAS IDEAS MODERNAS; ASÍ COMO LA JURISDICCIÓN ES APLICACIÓN DE LEY EXISTENTE AL CASO PRÁCTICO, Y LA FUERZA OBLIGATORIA QUE ES INHERENTE A LA SENTENCIA DEL JUEZ LE DERIVA SOLAMENTE DE LA LEY, DE LA QUE ELLA ES CONCRETA ESPECIALIZACIÓN, LA DECISIÓN DADA EN ABIERTA OPOSICIÓN CON LA LEY PIERDE EL PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE SU OBLIGATORIEDAD, Y NO PUEDE YA, POR CONSIGUIENTE, TENER FUERZA PARA CONSTITUIR LA COSA JUZGADA: LA OBLIGATORIEDAD DEL FALLO ES EL EFECTO DE LA LEY DECLARADA POR EL JUEZ: DESDE EL MOMENTO EN QUE FALTE LA CAUSA, DEBE NECESARIAMENTE DESAPARECER TAMBIÉN EL EFECTO. CON OTRAS PALABRAS, SE PUEDE DECIR QUE MIENTRAS EL ORDENAMIENTO PÚBLICO RECONOCE EFECTOS OBLIGATORIOS AL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ CUANDO EL MISMO EJERCITA EL PODER QUE SE LE HA CONFERIDO DE RESOLVER LAS CONTROVERSIAS SEGÚN LA LEY, NO RECONOCE YA TALES EFECTOS CUANDO EL JUEZ DECIDE CONTRA LA LEY, EXCEDIENDO EL PODER DENTRO DEL CUAL SOLAMENTE SU DICTAMEN PUEDE CONSIDERARSE SENTENCIA⁶⁵ (Lo destacado no lo es en el texto)

2) Tanto en Roma, como en la Francia pre-revolucionaria, tanto el poder imperial como el regio, querían centralizar el poder, de allí que controlaran las sentencias de los jueces de los países conquistados y de las provincias francesas, para verificar que se aplicasen las leyes del imperio o de la monarquía para que, finalmente, la decisión del juez fuese la obediencia del mandato del legislador. Calamandrei en tal sentido sostiene:

" Pero, aun no pasando de hipótesis, la idea de Kohler, es, a los efectos de mi tema, atrayente y sugestiva, porque, si la misma correspondiera a la realidad, constituiría en el derecho romano una singular coincidencia con el movimiento político del que nació en Francia la jurisdicción del *Conseil des parties*, precursor de la Corte de casación. TAMBIÉN EN FRANCIA, COMO VEREMOS A SU TIEMPO, EL PODER REGIO SE ARROGÓ EL DERECHO DE ANULAR LAS DECISIONES JUDICIALES QUE CONTUVIERAN VIOLACIONES A LAS ORDONNANCES; Y ESTE DERECHO SE LO ARROGÓ PARA SERVIRSE DE EL COMO ARMA EN LA LUCHA ENTRE REY Y PARLAMENTOS. ENTRE PODER CENTRAL Y JURISDICCIÓNES LOCALES; EL CONFLICTO, EN FRANCIA TENÍA ORIGENES Y NATURALEZA ABSOLUTAMENTE DIVERSOS DE LOS DEL CONFLICTO QUE SE DESARROLLÓ EN EL IMPERIO ROMANO; PERO UNA Y OTRA LUCHA SE DESARROLLARON IGUALMENTE ENTRE EL PODER CENTRALIZADOR DEL SOBERANO, QUE QUERÍA IMPONER EN TODAS PARTES DE SU DOMINIO UNA LEY ÚNICA; Y LOS PODERES LOCALES QUE, EN LAS DECISIONES JUDICIALES, INTENTABAN ELUDIR EL MANDATO DE LA LEY CENTRAL. TANTO EN ROMA COMO EN FRANCIA EL SOBERANO COMBATÍA POR LA CONSOLIDACIÓN DEL PODER, PERO TAMBIÉN POR EL TRIUNFO DE LA UNIDAD DEL DERECHO: LO MISMO EN ROMA QUE EN FRANCIA LA MEDIDA QUE EL PODER CENTRAL ELIGIÓ PARA LOGRAR SU FIN FUE LA DE LA SUPRESIÓN DEL FALLO QUE SE REBELABA AL MANDATO DEL SOBERANO Y AL MISMO TIEMPO VENIA A PONER EN PELIGRO LA UNIDAD DEL DERECHO⁶⁶ (Lo destacado no lo es en el texto).

3) Las nulidades dictadas por los magistrados especiales, encargados de mantener la exacta observancia de las leyes, en los fallos dictados en discordancia con las normas, no tenían como objetivo el de resolver un conflicto, sino que el interés motivador era defender la obra del legislador y corroborar el poder del soberano sobre el poder del juez. En tal sentido el procesalista italiano sostiene:

⁶⁵ La Casación Civil, Piero Calamandrei, pág. 72 Tomo I, Ob. Cit.

⁶⁶ La Casación Civil, Piero Calamandrei, pág. 81, 82 Tomo I, Ob. Cit.

" LAS NORMAS QUE ESTABLECEN LA NULIDAD DE LAS DECISIONES DICTADAS CONTRA LOS ESTATUTOS O CONTRA LAS CONSTITUCIONES Y LA INSTITUCIÓN DE MAGISTRADOS ESPECIALES ENCARGADOS DE MANTENER LA EXACTA OBSERVANCIA DE LAS LEYES NO RESPONDEN A LA FINALIDAD DETERMINANTE DE LA JURISDICCIÓN, QUE ES LA DE RESOLVER AUTORITARIAMENTE LAS CONTROVERSIAS NACIDAS ENTRE LOS CIUDADANOS PRIVADOS; UN INTERÉS DIVERSO DEL QUE PRESIDE A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL GUÍA AL LEGISLADOR AL ESTABLECER LAS CAUTELAS INDICADAS ARRIBA; Y ES PRECISAMENTE EL INTERÉS DE DEFENDER SU OBRA DE LEGISLADOR CONTRA LOS ATAQUES DE LOS JUECES, DE RESOLVER EN FAVOR PROPIO EL DESACUERDO QUE PUEDE SURGIR ENTRE EL PODER SOBERANO Y EL PODER JUDICIAL.

Yo no digo, desde luego, que en los estatutos municipales o en las constituciones piemontesas se tuviese la noción precisa de la " división de poderes ", que debía después constituir en Francia el punto de apoyo de la construcción revolucionaria: digo, solamente, que cuando se encuentran en las leyes del derecho intermedio medidas de nomofilaquia semejantes a las examinadas, se debe reconocer que las mismas no están puestas inmediatamente al servicio de la buena marcha de la justicia, sino, en primer término, del mantenimiento de aquel exclusivo poder de formar las leyes que el soberano quiere reservarse. Con ellas se busca no tanto cooperar al mejor éxito de la función jurisdiccional cuanto impedir que, en el ejercicio de tal función, venga a ser desconocido por los jueces el absoluto imperio de la ley: el poder legislador aparece así no como cooperador, sino como antagonista del poder juzgador, no como deseoso de colaborar en la recta manifestación de la justicia, sino como celoso custodio de las propias prerrogativas⁶⁷. (Lo destacado no lo es en el texto).

4) Inicialmente los errores *in procedendo* sólo podían dar origen a la casación, si contravenían una ordenanza regia, destacándose, nuevamente, el interés de que predominase la voluntad del legislador y no la del juez. Calamandrei nos dice:

" POR LO QUE SE REFIERE A LOS ERRORES IN PROCEDENDO, ESTOS PUDIERON EN SU ORIGEN DAR LUGAR A CASACIÓN SÓLO EN CUANTO DERIVASEN DE UNA CONTRAVENCIÓN A UNA ORDENANZA; DE LOS MÚLTIPLES VICIOS PROCESALES QUE EL DERECHO COMÚN HABÍA CONSIDERADO COMO CAUSAS DE NULIDAD, FUERON MOTIVOS DE CASACIÓN SÓLO AQUELLOS QUE CHOCABAN CONTRA UNA REGLA EXPRESAMENTE ESTABLECIDA POR LOS REYES FRANCÉSES PARA REGULAR EL PROCESO⁶⁸. (Lo destacado no lo es en el texto).

5) En relación con los errores *in iudicando*, daban lugar a casación sin importar la injusticia que el fallo conllevase, puesto que lo determinante era que el fallo no contraviniera una ordenanza del poder central. Los errores de hecho no daban lugar a la casación, porque el error del juez así conllevaba injusticia, no desconocía la voluntad del legislador y del soberano. En tal sentido el maestro Calamandrei preceptúa:

" También en cuanto a los errores *in iudicando* como motivo de recurso de casación tuvo aplicación en su origen la limitación que ya se ha considerado a propósito de los errores *in procedendo*: NO TODA INJUSTICIA CONTENIDA EN LA PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA SE CONSIDERÓ UN MOTIVO VÁLIDO DE CASACIÓN, SINO SÓLO AQUELLA INJUSTICIA QUE DERIVASE DE UNA CONTRAVENCIÓN AUX ORDONNANCES, DE LA MISMA MANERA QUE EN EL DERECHO ROMANO EL CONCEPTO DE NULIDAD SE EXTENDIÓ TAMBIÉN, POR UN MOTIVO POLÍTICO, A ALGUNOS CASOS ESPECIALES DE INJUSTICIA. El error sobre la cuestión de hecho no dio lugar a la casación, ya que cuando el juez se engañaba en cuanto a la existencia o en cuanto al modo de ser de la relación concreta sometida a decisión, no venía con esto a

⁶⁷ La Casación Civil, Piero Calamandrei, págs. 235 y 236 Tomo I, Ob. Cit.

⁶⁸ La Casación Civil, Piero Calamandrei, pág. 387, Tomo I, Ob. Cit.

desconocer la autoridad del soberano contenida en el precepto general y abstracto de las ordenanzas. (Lo destacado no lo es en el texto)-

6) El Tribunal de Casación, en la Francia revolucionaria, surge paralelo con el principio, igualmente revolucionario, de la igualdad jurídica de los ciudadanos frente a la ley. Calamandrei en tal sentido anota:

" El nacimiento del Tribunal de casación, pues, conectado a este nuevo contenido que las doctrinas de Rousseau dieron en general al concepto de ley. Pero este nacimiento está más particularmente unido a un principio que la Revolución, en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, proclamó, siguiendo las líneas de la teoría del contrato social: el principio de la originaria igualdad jurídica de todos los miembros de la consociación, y la consiguiente igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Les hommes - afirma el art. 1 de la *Déclaration des droits - naissent et demeurent libres et égaux en droits*; y, en armonía con tal premisa, el art. 6 de la misma *Déclaration* proclama que *la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle permette*. Dados estos principios, establecidos en la *déclaration* entre los cánones fundamentales de la vida estatal, SE COMPRENDE LA IMPORTANCIA QUE ASUMIÓ A LOS OJOS DE LOS REFORMADORES EL HALLAZGO DE UN MEDIO PRÁCTICO IDÓNEO PARA GARANTIZAR QUE, AUN EN LA APLICACIÓN CONCRETA, LA LEY FUERE IGUAL PARA TODOS: LA PROCLAMACIÓN TEÓRICA DE LA IGUALDAD DE TODOS LOS CIUDADANOS ANTE LA LEY, LA CREACIÓN DE UN CUERPO ÚNICO DE LEYES IGUALES EN ABSTRACTO PARA TODOS, SE HABRÍA CONVERTIDO EN LA REALIDAD EN UNA CAÓTICA DESIGUALDAD, CUANDO, EN LA ADAPTACIÓN POSITIVA DE LA LEY A LOS CASOS ESPECÍFICOS SINGULARES, UNA MISMA NORMA HUBIESE PODIDO, EN CASOS DIVERSOS, SER LLEVADA POR LOS JUECES A SIGNIFICADOS DIVERSOS. El Tribunal de *cassation* era elevado así no sólo a custodio de aquella voluntad general que, según la doctrina de Rousseau, era la primera fuente del Estado, isino también a defensor de la igualdad jurídica de todos los consociados, que era, al mismo tiempo, el presupuesto y la consecuencia del contrato social diseñado por Rousseau⁶⁹. (Lo destacado no lo es en el texto).

7) El Tribunal de Casación surge de las ideas de Montesquieu sobre la separación de los poderes, el respeto de los jueces en sus decisiones, a las determinaciones normativas del legislador y para que ese control al poder judicial, no siguiera dependiendo del ejecutivo, como sucedió en el *ancien regime*. Calamandrei en relación con este tema nos dice:

" El Tribunal de *cassation* surgió, pues, como todos los institutos revolucionarios, a la sombra de las abstractas ideologías de Rousseau; pero un influjo mucho más concreto y directo sobre su constitución positiva le derivó de las doctrinas de Montesquieu, especialmente del famoso principio de la separación de los poderes, en el que la Asamblea quiso, con tanta fidelidad, inspirar toda su obra.

El dogma fundamental de la separación de los poderes que la Asamblea, aceptándolo directamente de los escritos de Montesquieu, introdujo también en la *Déclaration des droits*, cuyo art. 16 proclamaba que *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution*, TUVO INFLUJO SOBRE LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE UN DOBLE MODO: POR UNA PARTE, CONFIRMANDO CON RAZONES FILOSÓFICAS LA NECESIDAD, YA DEMOSTRADA POR LA EXPERIENCIA HISTÓRICA DE IMPEDIR QUE EL PODER JUDICIAL INVADIESE EL CAMPO DEL PODER LEGISLATIVO; POR OTRA, EXCLUYENDO QUE LA FUNCIÓN DE CONTROL DIRIGIDA A IMPEDIR TAL INVASIÓN, CONTINUASE ESTANDO, COMO LO HABÍA ESTADO, BAJO EL ANCIEN RÉGIME, CONFIADA AL PODER EJECUTIVO⁷⁰. (Lo destacado no lo es en el texto).

⁶⁹ La Casación Civil, Piero Calamandrei, págs. 27 y 28 Tomo II Ob. Cit.

⁷⁰ La Casación Civil, Piero Calamandrei, págs. 28 y 29, Tomo II Ob. Cit.

8) El Tribunal de Casación surge como una especie de control sobre el control, puesto que los jueces como encargados de controlar la conducta de los súbditos, están igualmente sometidos a un control superior, para verificar que la actividad judicial se adelantase dentro del ámbito de la legalidad. Sobre ese control que la casación cumplía sobre el poder de los jueces, Calamandrei nos enseña:

" En todos los ordenamientos positivos se encuentran, en efecto, institutos especiales destinados a verificar que los órganos del Estado se muevan dentro de los propios límites de atribución: incluso sobre los órganos investidos de la función legislativa se encuentran en algunos Estados ejemplos de esta actividad (se puede pensar en el control sobre la constitucionalidad de las leyes, ejercido por la Corte Suprema de los EE.UU. de América; pero el mismo es mucho más frecuente sobre los órganos ejecutivos, que no pueden llevar a cabo su función social fuera de los límites trazados por el derecho, e incluso sobre los mismos órganos encargados de ejercer el control jurídico sobre los súbditos, como, por ejemplo, sobre los mismos órganos jurisdiccionales.

EN ESTE ÚLTIMO CASO, NOS ENCONTRAMOS ANTE EL CARACTERÍSTICO FENÓMENO DE UN CONTROL SOBRE EL CONTROL: EL ÓRGANO JURISDICCIONAL, INSTITUIDO PARA CONTROLAR QUE LA CONDUCTA DE LOS SÚBDITOS CORRESPONDA A LOS PRECEPTOS JURÍDICOS DE QUE LOS MISMOS SON DESTINATARIOS, ESTÁ SOMETIDO A SU VEZ AL EXAMEN DE UN ÓRGANO SUPERIOR, ENCARGADO DE CONTROLAR SI LA ACTIVIDAD DE CONTROL EJERCIDA POR EL JUEZ SE HA DESARROLLADO EN EL ÁMBITO DE LA LEGALIDAD; SE PUEDE PRECISAMENTE DECIR QUE AQUÍ EL ÓRGANO SUPERIOR " CUSTODIT IPSOS CUSTODES "

La distinción antes indicada de los órganos de control jurídico en dos categorías (los destinados a controlar la legalidad de la conducta de los particulares, y los destinados a controlar la legalidad de la conducta de los órganos del Estado) nos permite volver al problema dejado momentáneamente en suspenso. Sabemos ahora que todos los órganos de control, cualquiera que sea la categoría a que pertenezcan, tienen común la atribución (diversa de la de establecer la ley, y de la de ejecutar la ley), de vigilar el que la ley sea observada (ejecutada en sus voluntades concretas) por sus destinatarios; y así como los órganos de la jurisdicción civil forman parte típicamente, como se ha visto, de una categoría de los órganos de control, así también es lícito decir que la fórmula adoptada por el art. 122 LOG para definir la función de la Corte de casación es literalmente aplicable a aquéllos, que están precisamente instituidos "para mantener la exacta observancia de la ley" por parte de los particulares. Pero si desde este punto de vista muy general, la función de todos los órganos jurisdiccionales se identifica por su contenido con la de la Corte de casación, la identidad desaparece cuando se piensa en la diversidad del objeto sobre el cual se manifiesta la función de control en los varios casos: en efecto, mientras los órganos de la jurisdicción civil diversos de la Corte de casación ejercen su control sobre la conducta de los particulares, el control de la Corte de casación tiene por objeto la conducta de los órganos jurisdiccionales; en cuanto la actividad de éstos se halle regulada por normas jurídicas de derecho público. Esta diferencia, que constituye, por decirlo así, el punto de apoyo de todo el instituto, no se encuentra ni siquiera indicada en la letra del art. 122, pero la misma, que surge ya de la exposición histórica, y que, como se demostrará más adelante en este volumen, debe ser puesta en evidencia ya desde ahora, si se quiere dar un significado preciso al artículo mismo, cuyo tenor debería ser integrado de este modo: "LA CORTE DE CASACIÓN ESTÁ INSTITUIDA PARA MANTENER LA EXACTA OBSERVANCIA DE LAS LEYES POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES" (Lo destacado no lo es en el texto).

9) Tanto en sus labores investigativas, como en las decisorias, el juez debe someterse a las previsiones legales que le indican cómo debe investigar y de qué

⁷¹ La Casación Civil, Piero Calamandrei, págs. 35 y 36, Tomo III Ob. Cit.

manera debe raciocinar para llegar a una determinada decisión. En ambas actividades, tanto las de investigación, como las de decisión, el juez se encuentra profundamente sometido a las determinaciones de la ley. Calamandrei afirma:

"Sabemos, por noción elemental, que tendremos ocasión de profundizar más adelante, que el proceso está formado por una serie de actos que los sujetos de la relación procesal (juez y partes) deben llevar a cabo según las modalidades establecidas por el derecho. La actividad que el juez desarrolla en el ejercicio de su función no está, pues, desligada de todo vínculo, porque el Estado ha regulado preventivamente cómo están formados y en qué esfera de atribuciones pueden obrar los órganos de la jurisdicción (ordenamiento judicial) y cómo debe desarrollarse en el proceso la conducta del juez y de las partes (derecho procesal); DE SUERTE QUE EL JUEZ, CUANDO ESTA INVESTIDO DEL CONOCIMIENTO DE UNA LITIS, ENCUENTRA QUE DE UNA SERIE DE NORMAS ABSTRACTAS DE DERECHO PÚBLICO NACEN RESPECTO DE ÉL OTROS TANTOS IMPERATIVOS CONCRETOS, QUE LE PRESCRIBEN CÓMO DEBE COMPORTARSE PARA LLEGAR A LA SENTENCIA EN AQUEL DETERMINADO PROCESO.

Las actividades que el juez, desde el inicio del procedimiento debe llevar a cabo a través de la fase instructora para recoger los materiales de decisión, tienen el carácter de actividades exteriores, cuya existencia se revela materialmente, en cambio, CUANDO EL JUEZ, RECOGIDOS LOS ELEMENTOS QUE DEBERÁ VALORAR EN LA FASE DECISORIA, SE DISPONE A SACAR DE ELLOS SU DECISIÓN, DEBE DESARROLLAR EN SU PENSAMIENTO UNA SERIE DE ACTIVIDADES MERAMENTE INTELLECTUALES E INTERNAS, QUE CONSTITUYEN EN SU CONCATENACIÓN LÓGICA EL MOMENTO CARACTERÍSTICO DE SU FUNCIÓN. ESTO ES, EL JUICIO, CUYO RESULTADO SE EXPRESARÁ DESPUÉS EN AQUEL ACTO EXTERNO, CONCLUSIVO DEL PROCESO, QUE ES LA SENTENCIA.

TANTO EN OCASIÓN DE LOS ACTOS EXTERIORES IN PROCEDENDO, COMO EN OCASIÓN DE LAS ACTIVIDADES LÓGICAS IN IUDICANDO NACEN DE LAS LEYES JUDICIALES, RESPECTO DEL JUEZ, CONCRETOS PRECEPTOS JURÍDICOS QUE SE DIRIGEN A DISCIPLINAR SU CONDUCTA NO SOLO EN LAS CONTINGENCIAS MATERIALES DEL PROCEDIMIENTO, SINO INCLUSO EN LA ESTRUCTURA Y EN LA SUCESIÓN DE LOS RAZONAMIENTOS A TRAVÉS DE LOS CUALES REALIZA SU JUICIO. ESTOS PRECEPTOS JURÍDICOS, CONSIDERADOS EN SÍ MISMOS, BIEN TRATEN DE REGULAR LA CONDUCTA EXTERNA DEL JUEZ, BIEN TRATEN, POR EL CONTRARIO, DE REGULAR SU ACTIVIDAD LÓGICA, TIENEN NATURALEZA IDENTICA, YA QUE LOS UNOS Y LOS OTROS, PRESCRIBEN AL JUEZ UN DETERMINADO COMPORTAMIENTO; PERO, EN CAMBIO, A QUIEN CONSIDERE LA NATURALEZA PROFUNDAMENTE DIVERSA DE LA ACTIVIDAD QUE ESTOS DOS GRUPOS DE PRECEPTOS TRATAN DE REGULAR, SE LE PRESENTA COMO EVIDENTE LA ABSOLUTA DIFERENCIA DEL EFECTO QUE LOS MISMOS TIENDEN A PRODUCIR EN LOS DOS CASOS. EN EL PRIMER CASO, EN EFECTO, EL JUEZ SE ENCUENTRA ANTE UN PRECEPTO JURÍDICO QUE LE PRESCRIBE OBRAR EN UN DETERMINADO MODO; EN EL SEGUNDO CASO, POR EL CONTRARIO, EL PRECEPTO JURÍDICO DEL CUAL EL JUEZ RESULTA SER DESTINATARIO, LE PRESCRIBE JUZGAR EN UN DETERMINADO MODO, O SEA SEGÚN DETERMINADAS NORMAS LÓGICAS Y JURÍDICAS, LAS CUALES EL JUEZ DEBE TENER EN CUENTA EN SU RAZONAMIENTO; DE SUERTE QUE, MIENTRAS EN EL PRIMER CASO EL DEBER JURÍDICO IMPUESTO AL JUEZ SE AGOTA EN LA REALIZACIÓN DE UN DETERMINADO ACTO EXTERNO, EN EL SEGUNDO CASO EL IMPERATIVO DIRIGIDO AL JUEZ LE IMPONE LA OBLIGACIÓN DE REFERIRSE AL JUZGAR A ULTERIORES NORMAS JURÍDICAS DIVERSAS DE AQUELLA DE LA CUAL HA NACIDO EL IMPERATIVO MISMO⁷² (Lo destacado no lo es en el texto).

10) En sus orígenes, el Tribunal de Casación era un " centinela de la ley " y la casación era un control que se encontraba por fuera del poder judicial. Hoy, cuando

⁷² La Casación Civil, Piero Calamandrei, pág. 42 y 43 Tomo III, Ob. Cit.

la casación hace parte del poder jurisdiccional, no debe de olvidarse que los límites señalados originariamente, al ejercicio de sus funciones se justificaron por razones de orden constitucional y político, -garantizar la tripartición del poder, y la autonomía de las ramas -, esto es, para controlar el poder de los jueces y así garantizar que sus decisiones fueran la expresión de un estricto obediencia a la ley. En tal sentido Calamandrei nos enseña:

"Me parece haber llegado así a aclarar el sentido en que se puede repetir todavía aquella frase con la cual en un determinado tiempo el acostumbrado énfasis oratorio de los miembros de la Asamblea Nacional había definido el Tribunal de *cassation* como un " centinela de la ley ". Esta frase, hoy en día, no tiene ya el significado que pudo tener en los orígenes del instituto, cuando la Casación era considerada como un órgano extraño al poder judicial, cuya función de control tenía carácter más de administración que de jurisdicción; pero, SIN EMBARGO, AUN CUANDO LA CASACIÓN HAYA ENTRADO A FORMAR PARTE, COMO ÓRGANO PREENMINENTE, DE LA JERARQUÍA JUDICIAL, Y SU CONTROL HAYA ASUMIDO NATURALEZA GENUINAMENTE JURISDICCIONAL, NO SE DEBE POR ESTO OLVIDAR QUE LOS LÍMITES ORIGINARIAMENTE TRAZADOS AL EJERCICIO DE SU FUNCIÓN SE JUSTIFICARON POR UNA RAZÓN DE ORDEN CONSTITUCIONAL Y POLÍTICO, QUE REPRESENTA TAMBIÉN HOY, AUN DENTRO DE LAS NUEVAS FORMAS QUE LA CASACIÓN HA ASUMIDO, LA RAZÓN PRINCIPAL DE LA PERMANENCIA DEL INSTITUTO EN NUESTRO ORDENAMIENTO"⁷³. (Lo destacado no lo es en el texto).

De los extractos transcritos de la obra de Calamandrei (tal vez lo mejor que se ha escrito sobre la casación y sus orígenes), se puede colegir que este recurso extraordinario se origina, en sus antecedentes históricos más remotos, en el deseo de controlar, por parte del emperador romano, el que se aplicasen sus decretos y leyes, contra la tendencia de los jueces de las provincias conquistadas de imponer las leyes provinciales con claro desconocimiento de los mandatos imperiales.

Fenómeno político que se vislumbra igualmente en la monarquía pre-revolucionaria donde el *Conseil des parties* tenía por fin, verificar que los jueces aplicasen las ordenanzas dictadas por el soberano y controlar sus fallos cuando desconocían la voluntad del rey, como lo dice más exactamente Calamandrei cuando explica la función política de este Consejo al sostener:

" El definitivo triunfo del absolutismo centralizador sobre las tendencias disgregadoras del feudalismo, había hecho ya general en Francia bajo el ancien régime la idea de un control único que desde la cúspide del Estado vigilase el recto funcionamiento de los múltiples órganos jurisdiccionales, entre los cuales estaba distribuido el territorio francés, y que coordinase y disciplinase la actividad de los mismos a base de criterios homogéneos"⁷⁴.

En la época revolucionaria y post-revolucionaria, sus gestores, influidos por el Contrato Social de Rousseau y por la tripartición del poder de Montesquieu, precisaron y determinaron los límites de actuación o funcionalidad de los tres poderes y en tales circunstancias, el Tribunal de *cassation* se crea para controlar el poder de los jueces, en cuanto a su obligación de aplicar la ley aprobada por el legislador y evitar que en sus fallos desconociesen el poder y la labor de ese otro segmento del Estado.

⁷³ La Casación Civil, Piero Calamandrei, pág. 63, Tomo III Ob. Cit.

⁷⁴ La Casación Civil, Piero Calamandrei, pág. 17 Tomo II, Ob. Cit.

Aquí, el Tribunal de Casación tenía como objetivos políticos garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley⁷⁵, de manera concreta en su aplicación y de ejercer un estricto control del poder judicial para evitar que avasallara y desconociera el poder legislativo con sus fallos⁷⁶.

Esos objetivos políticos, unidos a la importancia unificadora de la jurisprudencia y la trascendencia de la misma como precedente, para que sirviese de guía en las futuras interpretaciones de la ley en casos similares, completa la función de la casación en sus orígenes y la distingue de los fallos de instancia, señalándole precisos derroteros para no convertirse en una tercera instancia.

Esos objetivos y finalidades políticas que tuvo la casación en sus orígenes han sido conservados en nuestro estatuto procedimental y es así como cumple una función de control de legalidad sobre el trámite del proceso y de la sentencia, de allí que como única excepción al principio de limitación que gobernaba la casación, estaba la declaratoria oficiosa de las nulidades⁷⁷, de tal manera se ejercía, efectivamente, el control antes advertido.

Ahora, con el estatuto procesal que impuso el sistema acusatorio, se le asignó a la casación un control constitucional sobre el proceso y la sentencia, que con la declaratoria de inexecutable de la expresión "ni acción" del artículo 185 de la ley 906, si bien perdió el objetivo político buscado, esto es que las sentencias de casación no tuvieran posibilidad de ser cuestionadas por la vía de la tutela, si se convierte en un prodigioso instrumento para que se concrete la tesis que proponemos, pero, deben dejarse de lado el atropello de los derechos ciudadanos, con el propósito de buscar una mayor eficiencia de la justicia, problema que necesariamente debe ser solucionado por la búsqueda de soluciones diversas, para que la sentencia de casación sea un resumen de verdad, debido proceso, justicia y constitucionalidad plena de esa decisión y de todo el proceso.

Es absolutamente claro que si la casación debe cumplir un control constitucional y legal, sobre el proceso y la sentencia, el mismo no puede quedar supeditado al criterio subjetivo de los encargados de haber la selección de las demandas de casación, porque es impensable que el recurrente que cumpla con determinadas exigencias técnicas, no le sea seleccionada la demanda, con base en criterios no determinados por la normatividad, de la misma manera que no puede aceptarse que

⁷⁵ Declaración Francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano, 26 de agosto de 1789. Art. 6. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir, personalmente o por medio de representantes, a su formación. Debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos.

⁷⁶ Declaración Francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano, 26 de agosto de 1789. Art. 7. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o preso en virtud de la ley debe obedecer al instante y si resiste se hace culpable.

Art. 16. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución.

⁷⁷ ART. 216.—*Limitación de la casación.* En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas a las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Pero tratándose de la causal prevista en el numeral tercero del artículo 220, la Corte deberá declarar de oficio. Igualmente podrá casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma atenta contra las garantías fundamentales.

ese control solo pueda ejercerse sobre aquellos procesos que sean seleccionados en el recurso extraordinario, porque estando de por medio la verificación de si en el curso del proceso y en el acto de elaboración de la sentencia se cumplieron o no con los derechos y garantías constitucionales, tal control no puede quedar subordinado, a una condición que resulta prácticamente de las leyes del azar (la selección), y menos aún, que se coloque en situación de privilegio a quienes no cumplieron con las exigencias de ley.

Y entre esos objetivos se encuentra la efectividad del derecho material (adecuación correcta de la ley aplicable a cada caso), el cumplimiento de las garantías debidas a las personas (control de legalidad en relación con el respeto de los derechos fundamentales debidos a la persona), la unificación de la jurisprudencia y la reparación de los agravios inferidos a los sujetos procesales⁷⁶.

Es decir, que nuestra casación no mantiene mayores diferencias con la casación en sus orígenes, por el contrario, sus identidades son asombrosas.

Pese a esa coincidencia de tipo histórico y político, lo cierto es que las exigencias técnicas del recurso han dejado de lado la verificación del acierto o desacierto del juzgador de instancia al haber seleccionado la norma, de haber valorado las pruebas de conformidad con los parámetros legales y de haber dictado sentencia dentro de un proceso adelantado de conformidad con los principios y garantías que integran el debido proceso constitucional. Y se hace la anterior afirmación, porque excepto la declaratoria oficiosa de las nulidades, cualquier error de técnica cometida por el recurrente es suficiente para que la demanda sea inadmitida (rechazo *in limine* antes, o que no sea seleccionada, ahora, pero bien se sabe que ésta última hipótesis es desconcertantemente tratada con un doble racero que permite rechazar las demandas técnicamente elaboradas y admitir las antitécnicamente presentadas.

Tan cierta es nuestra afirmación que debe recordarse que en la legislación anterior, se podía casar la sentencia cuando fuera ostensible que la misma afectaba las garantías fundamentales. Y en este caso la casación ni siquiera era imperativa, puesto que se utilizaba la inflexión verbal " podrá ". Efectivamente en el artículo 12 de la ley 553 de 2000, reformativo del artículo 228 del Código procesal de ese momento se disponía:

" Artículo 228. **Limitación de la casación.** En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas a las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Pero tratándose de la causal prevista en el numeral tercero del artículo 220, la Corte deberá declararla de oficio. Igualmente **PODRÁ** casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma atenta contra las garantías fundamentales." (Lo destacado no lo es en el texto).

Tan cierto era el desfase legal frente a la vulneración constitucional, que se precisó por la Corte que la expresión " podrá " no debía entenderse como una facultad discrecional, sino que el correcto entendimiento de la norma debía entender como introducir una autorización para que la Corte case la sentencia de oficio. En tal sentido nuestro juez constitucional sostuvo:

⁷⁶ ART. 206. --**Fines de la casación.** 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.

" 5. EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY 553 DE 2000

El fundamento de la acusación que se presenta contra algunos apartes del artículo 12 de la Ley 553 de 2000 (que modifica el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal), consiste en que dicha norma consagra una opción potestativa para el juez, de casar o no la sentencia que atenta ostensiblemente contra las garantías fundamentales. Dicho precepto vulnera la Constitución Política, pues "resulta inimaginable -y contrario a las garantías contenidas en la Carta Política- que el juez de casación tenga dentro de su criterio potestativo corregir o no, una infracción evidente de los derechos fundamentales de cualquier sujeto procesal"⁷⁹

Si bien la norma impugnada hace parte de una nueva ley que modifica el capítulo del Código de Procedimiento Penal correspondiente a la casación, el texto contenido en la novel regulación es idéntico al anterior, y sobre el particular, es decir, sobre la potestad que se le reconoce al juez para no tener en consideración causas de casación distintas a las expresamente alegadas por el demandante, la Corte Constitucional ya tuvo la oportunidad de realizar el estudio jurídico correspondiente. Así, por existir cosa juzgada material, es menester reiterar los argumentos ya expresados por este Tribunal:

" La violación ostensible de las garantías fundamentales por la sentencia que se recurre en casación (artículos 228 y 226).

A JUICIO DE LA CORTE LA EXPRESIÓN "PODRÁ" NO HACE REFERENCIA A UNA ESPECIE DE DISCRETIONALIDAD ABSOLUTA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA POR CUYA VIRTUD, ANTE LA VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES POR LA SENTENCIA QUE EXAMINA EN CASACIÓN, ESTARÍA FACULTADA POR LA NORMA PARA DECIDIR A SU ARBITRIO SI CASA O NO CASA LA SENTENCIA. EL CORRECTO ENTENDIMIENTO DE LA NORMA ENSEÑA QUE MEDIANTE LA EXPRESIÓN "PODRÁ", LO QUE EL LEGISLADOR PRÉTENDIÓ FUE INTRODUCIR UNA AUTORIZACIÓN PARA QUE LA CORTE CASE LA SENTENCIA EN LA QUE SE PERCIBA OSTENSIBLEMENTE EL VICIO ANOTADO, A LO CUAL PROCEDERÁ DE OFICIO, PUES DE LO CONTRARIO, SE EXPONDRÍA ELLA MISMA A QUEBRANTAR ESAS GARANTÍAS DESCONOCIENDO QUE LA CASACIÓN TIENE POR FINES PRIMORDIALES LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO MATERIAL Y DE LAS GARANTÍAS DEBIDAS A LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA ACTUACIÓN PENAL..." (art. 219 C.P.P.)⁸⁰

Ahora bien, la referencia a una violación ostensible de las garantías fundamentales, guarda relación con la naturaleza excepcional del recurso de casación, pues -como ya se ha tenido la oportunidad de decir-, esta es una figura procesal que vela por la integridad del fallo producido por los jueces ordinarios, al verificarse circunstancias que evidencian la flagrante, abierta, notoria, en últimas, ostensible violación del ordenamiento jurídico. No se trata, entonces, de un recurso ordinario, puesto que en estos eventos la ley -en evidente desarrollo de la Constitución- ha señalado otros procedimientos y autoridades competentes, haciendo previsible y necesario que el legislador establezca ciertas condiciones, más rigurosas sin duda, cuando el examen de los fallos de instancia lo realiza, de manera excepcional, la Corte Suprema de Justicia.

Por estas razones, la Corte declaró exequible la expresión "cuando sea ostensible" contenida en el aparte final del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, tal como fue modificado por el artículo 12 de la ley 553 de 2000. Y ordenará estarse a lo resuelto en la sentencia C-657 de 1996, respecto de la expresión "podrá" de la parte final del mismo artículo, por existir cosa juzgada material. (Lo destacado no lo es en el texto).

⁷⁹ Cfr. folio 151 del expediente.

⁸⁰ Corte Constitucional Sentencia C-657 de 1996. M.P. Fabio Morón Díaz.

Frente a la frialdad inhumana de la técnica casacional, frente al alejamiento de la casación del vibrante apasionamiento del hombre y de su compleja y laberíntica posición frente al delito y al proceso, no podemos menos que recordar a Ferrajoli cuando se queja de los formalismos que alejan al proceso de la verdadera búsqueda de la verdad:

"HAY ADEMÁS NUMEROSAS NORMAS Y MECANISMOS PROCESALES QUE ENTORPECEN INÚTILMENTE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD. NORMAS DE ESTE TIPO LLEGARON A SU MÁXIMO DESARROLLO EN LOS VIEJOS REGÍMENES INQUISITIVOS, QUE INVENTARON " UNA MULTITUD DE FORMALIDADES " "DILACIONES" "INTRIGAS Y LABERINTOS" CUYO SOLO EFECTO FUE HACER "COMPLICADA LA SIMPLE MÁQUINA DE LOS JUICIOS PÚBLICOS: HASTA EL PUNTO DE QUE LA HISTORIA DEL PROCEDIMIENTO PENAL LE PARECIÓ A BENTHAM" LO CONTRARIO QUE A LA DE LAS DEMÁS CIENCIAS: EN LAS CIENCIAS SE VA SIMPLIFICANDO CADA VEZ MÁS LOS PROCEDIMIENTOS RESPECTO AL PASADO; EN LA JURISPRUDENCIA, EN CAMBIO, SE VAN COMPLICANDO CADA VEZ MÁS. Y mientras todas las artes progresan multiplicando los resultados con el empleo de medios más reducidos, la jurisprudencia retrocede multiplicando los medios y reduciendo los resultados"⁸¹. (Lo destacado no lo es en el texto).

Como conclusión final, ha de afirmarse que el principio constitucional de la primacía del derecho sustancial, es conculcado con la norma parcialmente demandada, puesto que se niega el recurso de casación a quien ha cumplido con las exigencias de ley, sobre la base de que ese caso concreto no produce la necesidad del fallo. Necesidad que no se ha establecido en que marco de trascendencia pueda estar, para efectos de negar a un condenado o la víctima afectada con el delito de buscar la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes o la reparación de los agravios inferidos.

Igualmente se afecta el derecho sustancial, cuando para solucionar un problema de eficiencia de la justicia, el legislador no tuvo ningún inconveniente en arrasar con los derechos de los ciudadanos intervinientes en los procesos y como si no fuese suficiente lo anterior, establecer una inaceptable desigualdad entre los que cumplen las exigencias legales y quienes no lo hacen.

Es la supremacía de lo superfluo y de lo puramente formal, sobre el principio constitucional de la trascendencia del derecho sustancial.

B) La argumentación precedente es igualmente válida para demostrar la inconstitucionalidad del numeral 1º del artículo 347 de la Ley 1564 de 2012.

XII. EL DERECHO CIUDADANO DE TENER DERECHO DE ACCEDER A LA JUSTICIA. (ARTÍCULO 229 DE LA C. P.).

El acceso a la justicia se consagra en el artículo 229 al disponerse:

"ARTÍCULO 229. SE GARANTIZA EL DERECHO DE TODA PERSONA PARA ACCEDER A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. (Lo destacado no lo es en el texto).

⁸¹ Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal, Luigi Ferrajoli, Pág. 61, E. Trotta, Madrid, 1995.

El acceso a la justicia es, en nuestro criterio, uno de los derechos más importantes y trascendentales garantizados al ser humano:

"El acceso a la justicia para ejercer los derechos y defender las libertades es el principal derecho – el más importante de los derechos humanos, en un sistema legal moderno e igualitario que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar, los derechos de todos. Así lo considera la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer que los Estados tienen el deber de organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Si una persona pretende ejercer los derechos que las convenciones le garantizan y, por su posición económica, está imposibilitada de pagar la asistencia legal o cubrir los costos del proceso, queda discriminada y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley"⁸².

Entre nosotros, Moreno Ortiz, en relación al núcleo esencial del derecho de acceso a la justicia, sostiene:

" El núcleo esencial singulariza aquella parte del derecho que es irreductible; es decir, determina aquello que no puede desconocerse en ningún caso. Lo que se considere como núcleo esencial, dependen estrictamente de lo que se considera como derecho. Así, pues, la Corte Constitucional ha considerado que: "EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ES UN DERECHO FUNDAMENTAL CUYO ALCANCE NO PUEDE CONCEBIRSE DENTRO DE LOS ESTRECHOS MOLDES DE UNA POSIBILIDAD FORMAL DE LLEGAR ANTE LOS JUECES, O EN LA SIMPLE EXISTENCIA DE UNA ESTRUCTURA JUDICIAL LISTA A ATENDER LAS DEMANDAS DE LOS ASOCIADOS. SU NÚCLEO ESENCIAL RESIDE EN LA CERTIDUMBRE DE QUE, ANTE LOS ESTRADOS JUDICIALES SERÁN SURTIDOS LOS PROCESOS A LA LEY DEL ORDEN JURÍDICO APLICABLE, CON LA OBJETIVIDAD Y LA SUFICIENCIA PROBATORIA QUE ASEGUREN UN REAL Y PONDERADO CONOCIMIENTO DEL FALLADOR ACERCA DE LOS HECHOS MATERIA DE DECISIÓN"⁸³.

.....LOS INDIVIDUOS NO TIENEN DERECHO SIMPLEMENTE A OBTENER UNA DECISIÓN POR PARTE DEL ESTADO, SINO QUE, ADEMÁS, TIENEN EL DERECHO A QUE TAL DECISIÓN SEA LO MÁS JUSTA QUE SEA POSIBLE ESPERAR. EN CONSECUENCIA, TODA DECISIÓN INJUSTA, IRREGULAR, INFUNDADA, IRRAZONABLE O EQUIVOCADA, EN LUGAR DE PROPORCIONAR A LAS PERSONAS LA JUSTICIA QUE ELLAS TIENEN DERECHO A RECLAMAR DEL ESTADO, Y, EN NO POCOS CASOS, CAUSA DE DESORDEN SOCIAL Y DE VIOLENCIA"⁸⁴. (Lo destacado no lo es en el texto)

Si la Carta Política, establece la casación como un recurso y si ese mismo Estatuto Superior afirma que los condenados tienen derecho a "impugnar" la sentencia condenatoria, y si esa Honorable Corporación, en su jurisprudencia ha sostenido que en la Norma Superior, no se distingue qué clase de recurso se refiere el artículo 29 de la Carta, porque se utiliza un verbo genérico, ha de concluirse que el derecho de tener acceso a la administración de justicia, significa para el ciudadano sometido a

⁸² Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas. Haydée Birgin Beartiz Kohen (compiladoras). El acceso a la justicia como derecho. Pág. 16. Haydée Birgin y Beatriz Kohen. E. Biblos. Buenos Aires, 2006.

⁸³ Sent. C-084 de 1995.

⁸⁴ Acceso a la justicia, Luis Javier Moreno Ortiz. Pág. 99 y ss. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2000.

proceso, que se le debe fallar de fondo el recurso de casación, si ha cumplido dentro del mismo, con las exigencias formales establecidas en la ley.

Es claro entonces que la norma demandada parcialmente, infringe el principio constitucional comentado, porque habiendo cumplido el recurrente con las exigencias procesales concernientes al recurso extraordinario, la demanda no es seleccionada y en tales condiciones se le niega el derecho de obtener un fallo de fondo y definitivo dentro del proceso que lo motiva a recurrir extraordinariamente, negándosele de tal manera el derecho constitucional a tener acceso a la justicia.

B) La argumentación precedente es igualmente válida para demostrar la inconstitucionalidad del numeral 1º del artículo 347 de la Ley 1564 de 2012.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y PETICIÓN FINAL

Las consideraciones precedentes prueban los siguientes hechos relevantes, tendientes a demostrar la contrariedad con la Carta Política de las normas parcialmente demandadas:

1) En ambos casos, con las normas demandadas, se trata de solucionar un problema de congestión judicial, con el sacrificio de los derechos de los ciudadanos intervinientes en los procesos judiciales;

2) En el caso del artículo 347, numeral 1º, de la Ley 1564 de 2012, se incurre en una clara violación del artículo 243 de la Carta Política que establece la cosa juzgada constitucional y la expresa prohibición de repetir las normas declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, cuando permanecieren vigentes las normas que dieron lugar a esa decisión;

3) En referencia al artículo 184 de la Ley 906 de 2004, se establece una odiosa desigualdad, entre los demandantes que cumplieron las exigencias de ley y quienes no las tuvieron en cuenta;

4) La ausencia de control normativo sobre la facultad de seleccionar las demandas de casación abre la posibilidad de una discrecionalidad no reglada y sin referentes normativos claros.

5) La expresión ".... no se precisa del fallo....", es lo suficientemente amplia y carente de mojoneros delimitadores de su alcance, tanto que dentro del contenido de la misma, todas las demandas pueden ser seleccionadas o todas pueden ser no seleccionadas;

6) En ambos casos, la decisión final de selección es inmotivada, porque así en el artículo 184 se estipula que la no selección debe ser "fundadamente", lo cierto es que los ciudadanos intervinientes en los procesos no van a recibir una decisión final y de fondo sobre sus intereses impugnativos;

7) Es una realidad incontrovertible que en ambos casos, se les niega a los ciudadanos el derecho de tener acceso a la administración de justicia, porque se trata de un recurso constitucionalmente establecido, porque la Carta establece el derecho de impugnación de las sentencias condenatorias y porque esa Honorable Corporación ha sostenido, que la expresión gramatical utilizada en el artículo 29 de la Carta es genérico y por tanto no se refiere a un recurso en especial;

8) No está dentro de la libertad de configuración legislativa de nuestro Congreso, establecer unos requisitos de impugnación respecto de un recurso determinado, y luego, sin causa justificante de ninguna naturaleza, establecer que pese al cumplimiento de los requisitos inicialmente contemplados, sobre criterios gaseosos, subjetivos y no reglamentados, se podría no dar respuesta a la demanda que cumplió con los requisitos inicialmente exigidos por ese mismo legislador; Al producirse una variación de un elemento esencial del recurso extraordinario de casación, se terminó por sustituir el instituto jurídico procesal, facultad que no se puede calificar como el ejercicio de la libertad de configuración legislativa del congreso.

9) No está dentro de la libertad de configuración legislativa de nuestro legislador, luego de haber impuesto unas exigencias, determinar que pese al no cumplimiento de las mismas, concluir que ciertas demandas podrían ser seleccionadas pese a sus falencias y además facultar al juez de casación para que supere todas sus deficiencias;

10) La facultad mencionada en precedencia coloca es una situación de evidente desventaja a los otros intervinientes, porque las demandas que si cumplieron con las exigencias legales, no pueden ser mejoradas o adicionadas porque esa facultad es solo respecto de las demandas deficientes.

11) La facultad de corregir y adicionar las demandas deficientemente presentadas, coloca a los otros recurrentes, los que si cumplieron con las exigencias legales, en una situación de desigualdad total, porque intuimos que la Sala de Casación, no va a seleccionar una demanda deficiente, no se va a tomar el trabajo de corregirla y mejorarla, para luego rechazar sus pretensiones en la sentencia de casación;

12) La facultad comentada en el numeral inmediatamente anterior, coloca al juez de conocimiento en una situación de parcialidad, que por supuesto no solo viola el principio constitucional, sino que desconoce una de las principales características y virtudes del sistema acusatorio que es precisamente el de la imparcialidad de los jueces, porque al admitirse y corregirse una demanda deficientemente elaborada, coloca a los magistrados en situación de manifiesta parcialidad respecto de las

pretensiones contenidas en ese libelo mejorado y con grave detrimento de los otros recurrentes que habiendo cumplido con las exigencias legales, sus demandas fueron igualmente aceptadas, pero que son contrarias a las pretensiones del que no cumplió con las exigencias legales, pero que es patrocinada e impulsada por el propio juez de casación.

Con fundamento en los argumentos anteriormente expuestos, de manera comedida, solicitamos se decrete la inexecutable parcial de los artículos 184 de la Ley 906 de 2004 y el numeral 1º del artículo 347 de la Ley 1564 de 2012.

De los señores magistrados, cordialmente

Protegido por Habeas Data

la I.
/

la J.

Cali.
J.

MEMORIAL DE CALIFICACION
NOTARIO DE LAS CIUDADES DE CALI
Cali, Valle, Hoy: 29 ABR 2014
Este memorial va dirigido a: COLTE
CONSTITUCIONAL
Fue presentado personalmente ante el Suscrito
Notario por GONZALO RODRIGO PAZ
MAHECHA . . . T.P. 23.322 (S)
Identificado con C.C. 16.590.653
Expedida en CALI
Firma: 



Bogotá, abril de 2014.