



UNIVERSIDAD DE MEDELLIN

TÍTULO:

ANÁLISIS DE LAS DECISIONES EN MATERIA DE CASACIÓN PENAL
PROFERIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA
DURANTE EL PERIODO 2010-2015, CUANDO SE CONFIGURA LA
CAUSAL DE VIOLACIÓN DIRECTA DE UNA DE UNA NORMA DEL
BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

VIOLED SOLEYDE ROLDAN ESPINAL

Maestría en Derecho Procesal

Año: 2016

ÍNDICE DE CAPÍTULOS PROPUESTO

RESUMEN	7
0. INTRODUCCIÓN	9
1. TITULO	
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	13
3. MARCO TEÓRICO	21
3.1 MARCO HISTÓRICO	21
3.1.1.1 Orígenes del Bloque de Constitucionalidad	22
3.1.1.2 Orígenes de la Casación	23
3.1.1.3 Tratamiento del Bloque de Constitucionalidad en Colombia	25
3.1.1.4 Marco Normativo	30
3.2 MARCO CONCEPTUAL	30
3.2.1 Etapa de investigación	30
3.2.2 Etapa intermedia	30
3.2.3 Etapa de juicio oral	30
3.2.4 Juicio	31
3.2.5 Sentido del juicio	31
3.2.6 Juicio oral	31
3.2.7 Juicio Penal	32
3.2.8 Oralidad	32
3.2.9 Derecho probatorio	33
3.2.10 Prueba	33
3.2.11 Evidencia material	33
3.2.12 Evidencia demostrativa	34
3.2.13 Descubrimiento	34

3.2.14 Ofrecimiento	34
3.2.15 Medios de conocimiento	34
3.2.16 Principio	34
3.2.17 Principio Constitucional	35
3.18. Bloque de Constitucionalidad	35
3.2.19 Casación	37
3.2.20 Debido Proceso	38
3.2.21 Derechos Fundamentales	39
3.2.22 Dignidad Humana	39
4. CAPITULOS	40
CAPITULO I.	
ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL EN COLOMBIA	41
1. EL SISTEMA PROCESAL PENAL, CARACTERÍSTICAS	43
1.1 EL modelo de ascendencia norteamericana	44
1.2 El modelo de ascendencia continental Europea	45
1.3 Los sistemas judiciales herencia del neoliberalismo	46
1.4 Neoinstitucionalismo	50
1.5 Sistema procesal penal en Colombia	52
1.5.1 Esquema del proceso penal	55
1.5.2 Principios que rigen el sistema procesal penal	59
1.5.2.1 Principio de Presunción de inocencia	60
1.5.2.2 El derecho a guardar silencio y no auto incriminación	61
1.5.2.3 Principio de Legalidad	61
1.5.2.4 Principio de Libertad Probatorio	62
1.5.2.5 Principio de Contradicción	64
1.5.2.6 Principio de Concentración	65
1.5.2.7 Principio de Inmediación	66

1.5.2.8 El Derecho a Probar	67
1.5.2.9 La Igualdad de armas	75
CAPITULO II	78
1. EI RECURSO DE CASACIÓN DESDE LA CONSTITUCIÓN POLITICA COLOMBIANA	78
1.1 Principios fundamentales de la Casación	80
1.2 Naturaleza de la casación	84
1.3 Fundamentos constitucionales	88
1.4. El recurso de Casación en materia penal	92
1.4.1 Causales de Casación en la Ley 906 de 2004	98
1.4.2 Causales generadoras de vicios in iudicando	99
1.4.3 Causales por vicios in iudicando en materia penal	103
1.4.4 Causales por vicios in procedendo en la Ley 906/2001	106
1.4.5 Procedencia del recurso	115
1.4.6 El recurso como control de constitucionalidad	
En la ley 906/2001	118
1.4.7 La incorporación de la legislación internacional	
En el derecho interno	124

CAPITULO III

1. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA DURANTE EL PERIODO 2010-2015, CUANDO SE CONFIGURA LA CAUSAL DE VIOLACIÓN DIRECTA DE UNA DE UNA NORMA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

134

4. OBJETIVOS	18
4.1 GENERAL	17
4.2 ESPECÍFICOS	
5. HIPOTESIS	
6. METOLOGÍA	230
6.1 Tipo de investigación	230
6.2 Tipo de estudio	230
6.3 Población	230
6.3.1 Muestreo	231
6.4 Instrumentos	231
6.5 Unidad de análisis	231
6.5.1 Gestión del dato	232
6.5.2 Obtención del dato	232
6.5.3 Recolección del dato	232
6.5.4 Procesamiento de la información	232
6.5.5 Control de sesgos	233
6.6 Hipótesis	233
6.7 Técnicas de análisis	234
7. RESULTADOS	235
7.1 CUADRO COMPARATIVO ENTRE OBJETIVOS PROPUESTOS Y RESULTADOS ALCANZADOS	235
8. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	266
9. CONCLUSIONES	269
10. RECOMENDACIONES	277

11. ÉTICA	283
12. BIBLIOGRAFIA	284
ANEXOS	297

RESUMEN

El derecho penal ha sido replanteado acorde a la funcionabilidad e ideología social, al servicio de los fines democráticos derivados de una estructura de poder participativa y pluralista, fundamentada en principios de solidaridad, reconocimiento de la diversidad política, igualdad material, dignidad humana como exaltación del ser libre y ser social, ¹todo lo cual emana de la fórmula política de la Carta Política Colombiana a la cual deben vincularse al torrente circulatorio del sistema jurídico por vía hermenéutica e interpretativa acorde con los principios y postulados que la misma Constitución consagra.

Reflejo de la nueva dogmática que rige al nuevo derecho penal a nivel mundial, lo constituye la incorporación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por el cual el recurso de casación como control constitucional y legal ²procede contra sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por: Falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.

Tal incorporación dinamiza la actividad interpretativa constitucional y legal, amplía el marco de protección de los derechos y garantías fundamentales, pero a la par, puede generar contraproducentes consecuencias, entre las cuales puede estar un posible colapso en la actividad jurisdiccional de

¹ RIVERA LLANO, Abelardo. Derecho Penal Posmoderno. Bogotá: Ediciones Temis, 2005. pg. 12

² Ley 906 de 2004, artículo 181. Código de Procedimiento Penal Colombiano: Bogotá: Legis 2007.. Pg. 40

competencia de la Corte Suprema de justicia, la cual ya se encuentra congestionada por serios retrasos. Esto por cuanto la interposición del citado recurso supera las viejas limitaciones en razón a la competencia, o a la calidad del delito, todo lo cual amerita el conocimiento de las técnicas de reenvío normativo en la construcción del bloque de constitucionalidad y los fundamentos constitucionales para el ejercicio efectivo del recurso en materia penal.

INTRODUCCIÓN

El derecho a impugnar es considerado como un derecho fundamental vinculado al debido proceso, ampliamente reconocido por la normatividad internacional, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de San José y la Convención sobre Derecho Humanos, entre otros. Nuestro ordenamiento procesal penal, incorporado mediante la ley 906 de 2004 acoge este garantismo, conforme al derecho postmoderno y consagra la prohibición de apelar las decisiones de la Fiscalía por parte de la defensa, ni las de la defensa por parte de la Fiscalía, toda vez que constituyen derecho de libertad de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, considerándoseles decisiones de parte.

La casación como recurso de naturaleza extraordinaria, ha sido objeto de constantes debates y conceptualizaciones legales, doctrinales y jurisprudenciales. El más álgido ha radicado en su excesivo formalismo, ritualismo y tecnicismo que lo hacen inalcanzable para el ciudadano común, desconociéndose así la naturaleza antropológica del Estado social de derecho, esto obedece en cierta medida, a la tradición literal interpretativa y por ende reduccionista, que no atiende a la teleología normativa, ni a la dialéctica contemporánea para darle sentido al derecho y a las demandas ciudadanas de materialización de la justicia.

El hecho de que en Colombia desde la promulgación de la Constitución de 1991, se haya promovido más de 15 demandas de inconstitucionalidad contra diferentes preceptos de la Casación, con el objetivo de obtener una declaración de inexecutable, constituye la expresión más clara del intenso debate sobre el recurso, su jerarquía, así como la constante dialéctica entre

reglas y principios, demostrándose así la imperiosa necesidad de adecuarlo al nuevo régimen constitucional.³

Siendo necesario reconocer que desde la promulgación de la Constitución Colombiana de 1991, se ha abierto el camino hacia reformulación de las fuentes del derecho, a partir de la creación de una teoría del precedente, en cuyo propósito la Casación se constituye en el recurso judicial que mayor permite la consecución de tal fin.

Tratándose de la Ley 906 de 2004,(Ley por la cual entró en Colombia el actual sistema procesal penal de tendencia acusatoria) el legislador fue coherente al catalogar tal recurso como de control constitucional y legal, estableciendo como finalidad del mismo, 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 jurisprudencia⁴, incorpora en consecuencia, la prevalencia de la efectividad del derecho material y el respeto de las garantías de los intervinientes, no contempladas en la Ley 600 de 2000(anterior sistema procesal penal), aunado a la causal de censura de la sentencia por violación de la ley, la constitución y del bloque de constitucionalidad, bien sea por errores in indicando y causales in procedendo, cuyo entendimiento ameritan un tratamiento y consideración especial, tanto desde su filosofía como de su ejercicio efectivo, práctico y actual en armonía con el derecho penal humanístico y global.

La existencia del bloque de constitucionalidad adquiere una gran importancia para todos los operadores en aquellos ordenamientos, como el colombiano,

³ TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. *Teoría y Técnica de la Casación*. Ediciones Doctrina y LEY Bogotá Colombia. 2005, pg. 537

⁴ AA.VV. Artículo 180 de la Ley 906 de 2004. *Código de Procedimiento Penal Colombiano*.1 edición. Bogotá. Legis. 2007 pg. 42

en donde la Constitución tiene fuerza normativa, y no solamente en los procesos propiamente constitucionales como las acciones de tutela, o en los procesos de control abstracto, sino también en los juicios ordinarios, ya que los jueces tienen el deber de tomar en cuenta la Constitución, también cuando resuelven casos penales, civiles o laborales. Sin embargo un Recurso de suma importancia como lo es el Recurso Extraordinario de Casación en materia ha tornado inoperante en materia penal cuando atañe a la violación directa de una norma que integra el bloque de constitucionalidad. En efecto, esta noción amplía los términos del debate constitucional, pues significa que los mandatos constitucionales que se deben tener en cuenta para resolver una controversia judicial no son exclusivamente los artículos de la constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir otros asuntos⁵.

Es por ello que el presente trabajo, se enfocó al estudio del recurso extraordinario de casación contemplado en la Ley Colombiana 906 de 2004, actual sistema procesal penal Colombiano de tendencia acusatoria, sus causales de procedencia, admisión, fundamento constitucional, principios que lo regulan, tramitación e improcedencia legal. Primordialmente a la causal que se configura por Violación directa una norma del bloque de Constitucionalidad.

Para desarrollar el presente trabajo se planteó como objetivo central el Análisis de las decisiones que en materia de Casación Penal fueron

⁵ UPRIMMY Rodrigo. *Bloque de Constitucionalidad y nuevo Procedimiento Penal*. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá: 2004. Pg. 22.

proferidas por la Corte Suprema de Justicia Colombiana durante el periodo 2010-2015, cuando se configura la causal de falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del Bloque de Constitucionalidad.

En consecuencia, aunque se haga referencia al campo penal, el trabajo reporta igualmente una óptica constitucional, desde la cual se analiza el bloque de constitucionalidad como causal de procedencia del recurso extraordinario de casación.

La metodología utilizada es del orden teórico-documental, analítica dentro de una investigación cualitativa, cuya población estará conformada por el conjunto de documentos y fuentes bibliográficas referidas a las normas que integran el bloque de constitucionalidad en materia penal, susceptibles de ser amparados mediante el recurso de casación contra sentencias de segunda instancia que resulten vulneratorias de garantías fundamentales por falta de su aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida. En tal análisis, se empleará sendas fichas tanto de resúmenes, como de análisis de sentencias, las cuales se diseñaron específicamente para este trabajo.

1. TITULO

ANÁLISIS DE LAS DECISIONES EN MATERIA DE CASACIÓN PENAL
PROFERIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA
DURANTE EL PERIODO 2010-2015, CUANDO SE CONFIGURA LA
CAUSAL DE VIOLACIÓN DIRECTA DE UNA DE UNA NORMA DEL
BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con la entrada en vigencia en Colombia del Acto Legislativo número 03 de 19 de diciembre de 2002, se reformó la Constitución Política Colombiana, se dio paso a la expedición de la Ley 906 de 2004, y con ella hacía un nuevo sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria, considerado como el ordenamiento procesal penal más ajustado a los cánones internacionales, que abogan por un mayor garantismo penal, prevalencia de la dignidad humana, respeto por el debido proceso, los derechos humanos, el acatamiento e interpretación del Constitucionalismo y por el surgimiento de un nuevo derecho, centrado en la antropología y sociedad humana. “Es este el sentido del derecho, la expresión de la proporción hombre a hombre, visto como la forma de entender de determinada manera las relaciones interindividuales que configuran una expresión cultural hecha norma en una sociedad y en un tiempo preciso de la historia “⁶.

El derecho penal ha sido replanteado acorde a la funcionabilidad e ideología social, al servicio de los fines democráticos derivados de una estructura de poder participativa y pluralista, fundamentada en principios de solidaridad, reconocimiento de la diversidad política, igualdad material, dignidad humana como exaltación del ser libre y ser social, ⁷todo lo cual emana de la fórmula política de la Carta y deben vincularse al torrente circulatorio del sistema jurídico por vía hermenéutica e interpretativa acorde con los principios y postulados que la misma Constitución consagra.

⁶ WURTENBERGER Toma. *La situazione spirituale Della ciencia penalistica in germania*, Milano, giuffre Editore, 1980 pg. 5 y s.s

⁷ RIVERA, Llano ABELARDO. DERECHO PENAL POSMODERNO. Editorial Temis S.A. 2005. pg. 12.

En virtud de lo anterior, el Código Procesal Penal Colombiano, (Ley 906 de 2004), consagra un catálogo de principios y garantías, a ser consideradas en toda la sistemática procesal penal y de consideración en el análisis de cada caso concreto. Entre estos principios, encontramos los previstos en el artículo 20 de la citada Ley, tales como la doble instancia, en consonancia con el artículo 180 del mismo ordenamiento, el cual dispone que: El recurso pretende por 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 jurisprudencia⁸. En este último evento, tiene relevancia el recurso extraordinario de casación, cuyo principio de interés público tiene como finalidad hacer efectivo el cumplimiento del derecho objetivo, evitando las ilegalidades y la arbitrariedad jurisprudencial al administrar justicia.

En materia procesal penal, se encuentra consagrado en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 (sistema procesal penal colombiano), al contemplar que:

“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:

1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.
2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

⁸ Artículo 180 Ley 906 de 2004. *Código de Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Legis, 2005. p. 49

3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.

4. Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil.⁹

La primera causal es considerada como violación del derecho sustancial, bien por vía directa, es decir, por violación de la ley, independientemente de cuestiones fácticas o probatorias y por vía indirecta cuando la violación de la ley, surge a causa de errores fácticos o probatorios. Es necesario aclarar, que uno de los hechos novedosos introducidos en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal aludido frente a esta causal, lo constituye la división que se hizo de la misma, en dos causales de manera autónoma, a saber: causal 1 y causal 3 que en el anterior sistema procesal penal integraban solo una.

Entre los cambios más significativos en materia de casación, lo constituye la procedencia del recurso cuando haya falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad o de una norma constitucional o legal, en cuyo caso se erigen diferentes posiciones interpretativas, en razón a que la existencia del bloque de constitucionalidad adquiere una gran importancia para todos los operadores jurídicos en aquellos ordenamientos, como el colombiano, en donde la Constitución tiene fuerza normativa y no solamente en los procesos propiamente constitucionales, como las acciones de tutela o los procesos de

⁹ Artículo 181 Ley 906 de 2004. *Código de Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Legis, 2015. p. 40

control abstracto, sino también en los juicios ordinarios, ya que los jueces tiene el deber de tomar en cuenta la Constitución también cuando resuelven casos penales, civiles y laborales. En efecto, esta noción amplía los términos del debate constitucional, pues significa que los mandatos constitucionales que se deben tener en cuenta para resolver una controversia judicial, no son exclusivamente los artículos de la constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos.¹⁰ Esto, sin duda alguna, dinamiza la Constitución Política, abre el campo de interpretación e integración de principios y derechos, sin embargo, en un ordenamiento como el colombiano atiborrado por un cúmulo de normativa, se torna inagotable el conocimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad, aún se trata de su aplicación para decisiones proferidas en segunda instancia, en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales. Tal situación como se anotó, consentiría la democratización del recurso, permitiendo un mayor ejercicio del mismo, a la par puede generar contraproducentes consecuencias, entre las cuales vale la pena citar, un posible colapso de la actividad jurisdiccional de competencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, que como bien ya es conocida, se encuentra congestionada con serios retrasos en las decisiones, sumado al hecho de que en materia penal la interposición del citado recurso, supera las viejas limitaciones en razón a la competencia, o a la calidad del delito, todo lo cual amerita el conocimiento de las técnicas de reenvío normativo en la construcción del bloque de constitucionalidad y los fundamentos constitucionales para el ejercicio efectivo del recurso en materia penal bajo la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

¹⁰ UPRIMMY, Rodrigo. *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*. Bogotá. Escuela Judicial Lara Bonilla. 2005. Pg.6

Por lo anterior, la propuesta, se encaminó al análisis del recurso de casación, especialmente cuando se afectan garantías fundamentales por falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, por lo tanto la formulación del problema consiste en determinar: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que en materia de Casación Penal fueron proferidas por la Corte Suprema de Justicia Colombiana durante el periodo 2010-2015, cuando se configuró la causal violación directa de una norma del Bloque de Constitucionalidad?

3. MARCO TEÓRICO

3.1 MARCO HISTÓRICO

La casación se fue perfilando históricamente en tres etapas hasta llegar finalmente a su versión actual.

Una primera etapa en el derecho romano, consideraba que una sentencia viciada por error de derecho poseía un vicio más grave que aquella viciada por error de hecho. El gran aporte del derecho Romano fue la individualización de los errores in iudicando en aquellos vicios que superaban el interés de los particulares para afectar las relaciones entre la ley y el juez.

Posteriormente se concede a las partes un remedio diverso de los otorgados para casos de simple injusticia, ya que en el derecho romano no hubo un medio especial para hacer valer la nulidad, ésta operaba declarando la inexistencia de la sentencia.

En la etapa del derecho intermedio, la nulidad deja de ser equiparada a la inexistencia, para convertirse en un vicio de la sentencia, acordándosele un recurso especial para impugnarla. Aparece la distinción entre *querella iniquitatis*, concedida contra errores de juicio, y *querella nullitatis* concedida contra errores in procedendo. Lo esencial de esta *querella nullitatis* fue el hecho de que el medio de impugnación de la sentencia no era ya concebido como una acción declarativa, sino como una acción modificativa, que procuraba por parte del juez superior, la anulación una sentencia viciada pero intrínsecamente válida. A lo largo de la evolución del concepto se llegó a la equiparación entre sentencia nula por defectos de actividad y sentencia nula por defecto grave de juicio, aunque el criterio para determinar la nulidad no fue ya político, como en el derecho romano, sino fundado en la evidencia

del error, admitiéndose que todo error in iudicando de hecho o de derecho podía dar lugar a la querrela de nulidad, con tal de que fuera notorio y manifiesto.

3.1.1. Orígenes Del bloque de constitucionalidad

La expresión bloque de constitucionalidad surgió en el derecho francés por interpretación de la doctrina, a raíz de la decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971, que incorpora la Declaración de 1789, el Preámbulo de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, a la constitución de 1958, cuestión que el constituyente del 58 no había querido. Jean Rivero expresó: “¹¹en ese momento que la Constitución francesa ha doblado su volumen por la sola voluntad del Consejo Constitucional”. “Es el concepto mismo de Constitución el que se ve entonces afectado por la dilatación de un bloc de constitutionnalite¹² con fronteras sin delimitar. No bastará leer la Constitución para conocer el contenido de las normas con valor constitucional”.

Para los franceses el “bloc de constitutionnalite”, designa el conjunto de normas, principios y reglas situadas en el nivel constitucional: esto es, principios y reglas de valor constitucional que tienen supremacía sobre la Ley. El Consejo Constitucional, reconoce como textos de nivel constitucional: La Constitución de 1958, Declaración de Derechos del Hombre y del

¹¹ DMITRI Georges, LAVROFF. *El Consejo Constitucional Francés y la garantía de las libertades*. En: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_003_043.pdf, diciembre 15 de 2009.

¹² Expresión francesa que dio origen al término bloque de constitucionalidad.

Ciudadano de 1789, Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios reconocidos por las leyes de la República.¹³.

En la doctrina española, hay quienes distinguen entre las expresiones “bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad, calificándolos como conceptos normativos autónomos, en virtud que acorde con la constitución tienen o representan funciones distintas. Se señala que en el caso del bloque constitucional, la Constitución actúa como norma de contenido abierto que llama a otras disposiciones a completar lo que ella misma no dice respecto de la estructura del sistema, mientras que el bloque de la constitucionalidad presupone esa estructura y se limita a ser suma de normas, cada una con una función intrínseca diversa, congregadas por el simple hecho de desempeñar una misma función extrínseca, esto es, una función de corte procesal como parámetro.¹⁴

3.1.1.2 Origen de la casación

El verdadero origen de la casación está en el derecho francés, en el Conceil de Parties del Ansien Régime que se ocupaba de los asuntos judiciales. Este consejo era una de las dos secciones del Conseil étriot o privé, a su vez desprendimiento del Conceil du roi. La otra sección era el Consejo de Estado que se ocupó de los asuntos políticos.

El Conceil de Parties aparece como una expresión de la lucha entre el rey y los parlamentos. Este, para afianzar su autoridad, enervaba por medio del

¹³ RIVERA Morales, Rodrigo. *Bloque de Constitucionalidad en Venezuela*. XXVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Bogotá: Ediciones Universidad Libre. 2005 pg. 123

¹⁴ REQUEJO Rodríguez. Paloma. *Bloque de constitucional y comunidades autónomas*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1998. pg. 117-119

Conceil las decisiones de éstos. Lentamente se fue configurando a través de éste instituto un recurso para los particulares análogo a la moderna casación.

Con el advenimiento de la revolución francesa se suprimió el Conceil de Parties, pero su esqueleto procesal continúa siendo el mismo. Al referirse a este punto sostiene la ¹⁵Corte Suprema de Justicia que la Casación surge como resultante de la evolución histórica, producto de las legislaciones de los romanos, germanos, el derecho estatuario italiano, el antiguo derecho francés y las instituciones jurídicas francesas anteriores a la revolución francesa.

La opinión que antecede es aceptada por la mayoría de los procesalistas, pues una institución de la complejidad de la Casación, destinada a velar por la exacta y correcta observación de la ley, y a unificar la jurisprudencia, no puede haber surgido espontáneamente con el movimiento revolucionario, que culmina con la toma de la Bastilla en 1789, sino que, fue un proceso lento que recogió aspectos relevantes de las instituciones del derecho romano, de los principios integrados y sistemáticos del derecho germánico. Sumadas a las instituciones anteriores de la revolución francesa, emanadas de las cartas de Cancillería, del Consejo del Rey y del Consejo de Partes.

El 27 de noviembre ó 1 de diciembre de 1790, se crea por decreto el Tribunal de Casación, pasando a ocupar el lugar del Conceil, pero adaptado a las nuevas ideas revolucionarias. El instituto se concibió como un órgano de control constitucional para vigilar la actividad de los jueces. Aunque su fin último era impedir la invasión del poder judicial, en la esfera del legislativo. La Casación no es una parte del poder judicial, sino una emanación del poder

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Magistrada ponente: ISaura Vargas Díaz Recurso de Queja No.26468.Acta No.41.Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de dos mil cinco (2005).

legislativo, el tribunal, una especie de comisión extraordinaria del cuerpo legislativo encargada de reprimir la rebelión contra la voluntad general de la ley.

Entonces la función del tribunal de casación era puramente negativa, limitada a la fiscalización, aunque la realidad lo llevó a cumplir una verdadera función jurisdiccional, ya que se estableció doctrinariamente que la sentencia no solo era casable por expresa violación al texto de la ley, sino, también cuando se hubiese violado su espíritu. Una vez derogado el Código de Napoleón se admitió ampliamente la casación por interpretación viciosa de la ley, lo que obligó al tribunal a indagar el espíritu de la norma, eliminándose así la prohibición de motivar la sentencia. Se reguló el reenvío adquiriendo así una función positiva.

El tribunal tomó el nombre de Cour de Cassation a partir del senado consulto de 28 Floreal año XII (18 de Mayo de 1803) adquiriendo así su naturaleza jurisdiccional definitivamente, incorporándose al poder judicial del Estado.

En el derecho Germano: surgió el mecanismo de desaprobación de la sentencia, consistente en la demanda y el enjuiciamiento contra la sentencia inicial, para que se determinara, independientemente de la cuestión, cuál era la norma jurídica existente de manera abstracta y general.

3.1.1.3 Tratamiento del bloque de constitucionalidad en Colombia como posible causal de Casación: La mayoría de autores reportan el apareamiento del recurso de Casación con la Constitución de 1886, pero entre sus inspiradores, encontramos a Simón Bolívar, quien en la Constitución de la República Boliviana de 1826, consignó como atribuciones

del Tribunal Supremo de Justicia: “Oír las dudas de los demás Tribunales Supremo de Justicia, en el ordinal VIII consignaba: “Oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley; y consultar al ejecutivo para que promueva la conveniente declaración en las cámaras”.

Con la Constitución de 1886 se consagra constitucionalmente el recurso y se le atribuye a la Corte Suprema de Justicia la facultad de actuar como Tribunal de Casación, consignando, en el numeral 1, que es atribución de la Corte Suprema: “Conocer de los recursos de Casación, conforme a las leyes”. Posteriormente, la ley 61 de 1886 organizó este recurso y le atribuyó como finalidad unificar la jurisprudencia, enmendando los agravios inferidos a las partes, procurando aplicar la ley debidamente. Desde esta fecha la Casación ha conservado su naturaleza, se han incluido modificaciones, especialmente relacionadas con las causales y factores.

El artículo 37 de la Ley 61 de 1886 señaló la competencia de la Corte Suprema en materia de Casación, para conocer de las sentencias que se pronuncien por la comisión de delitos en el artículo 29 de la Constitución de 1886, el cual rezaba: “ Sólo impondrá el legislador la pena capital para castigar, en los casos que se definan como más graves, los siguientes delitos, jurídicamente comprobados, a saber: traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería y ciertos delitos militares definidos por las leyes del ejército. Realmente el desarrollo del recurso durante esta época fue muy precario, a lo sumo, en algunas ocasiones ese tribunal consideró que el desconocimiento de una ley orgánica por parte de una ley ordinaria podía acarrear la inconstitucionalidad de ésta última, por infracción indirecta de la Carta, con lo cual tácitamente aceptó una cierta idea de bloque de constitucionalidad. Sin embargo, la Corte Suprema se negó siempre a

considerar que la violación de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia pudiera ser una causa de inexecutableidad, con lo cual rechazó toda posibilidad de incorporar esos tratados en el bloque de constitucionalidad. Esto fue desafortunado, ya que la carta de derechos de la Constitución de 1886 era bastante pobre, pero al mismo tiempo, en los años sesenta y setenta, Colombia había ratificado numerosos pactados de derechos humanos, como varios Convenios de la OIT, los Pactos de Naciones Unidas y la Convención Interamericana. En esa época hubiera sido entonces muy interesante haber aceptado una cierta noción de bloque de constitucionalidad, que incluyera los tratados de derechos humanos, a fin de fortalecer la fuerza jurídica de estos valores en el ordenamiento interno.¹⁶

Con la Constitución de 1991, se confiere fuerza jurídica a los instrumentos internacionales de derechos humanos. El artículo 53 de la Constitución incorpora los convenios internacionales a la legislación interna. “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, a su vez los artículos 93 la Constitución Política da prevalencia a ciertas normas internacionales de derechos humanos y el artículo 94 incorpora la cláusula de derechos innominados al precisar que: “la enunciación de los derechos vigentes, no debe entenderse como negación de otros, que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Como tal, la institución jurídica llamada bloque de constitucionalidad, se consagró normativamente en la Constitución de 1991, pero fue a partir de 1995 que jurisprudencialmente comenzó a encontrar desarrollo. Esto por cuanto antes de 1995 se empleó la expresión bloque de constitucionalidad,

¹⁶ VILLAMIL Portilla. Edgardo. *Bloque de Constitucionalidad una mirada alternativa*. XXI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Bogotá. 2005. pg.154

concretamente en las sentencias C-498 de 1993, C-089 de 1994 y C-555 de 1994, antes del 95 se utilizaba dicha expresión para expresar el criterio de que se consideraba la Constitución Política como un bloque armónico de preceptos que debía interpretarse de manera global y sistemática.¹⁷

En forma esquemática, es posible señalar que la recepción del bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico ha pasado por varias fases: (i) la jurisprudencia preconstituyente, que rechazó la posibilidad de incorporar esta noción; (ii) los tres primeros años de labores de la Corte Constitucional (1992-1994), en donde tácitamente y con algunos titubeos esta categoría empieza a tener incidencia jurídica, aunque no es mencionada expresamente por la jurisprudencia; (iii) los años 1995 y 1996, cuando la expresión ingresa en forma expresa y con fuerza en la jurisprudencia constitucional; (iv) los años posteriores (1996 a 2000), en donde la noción sigue expandiéndose pero la Corte intenta racionalizar su uso, y (v) finalmente el período actual (2001 a 2004), en donde, a pesar de que subsisten algunas polémicas, la Corte consolida una dogmática relativamente clara sobre esta noción.

3.1.1.4. Marco normativo

Son seis los artículos de la Carta que definen los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno:

a) El artículo 9º, el cual reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia;

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, Mp. Dr. Alejandro Martínez Caballero

b) El artículo 93, según el cual “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.”

c) El artículo 94, que establece que “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.”

d) El artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.”

e) El artículo 53 que preceptúa: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”.

d) El artículo 102 que dice en su inciso 2 que *“Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”*¹⁸.

¹⁸ ARANGO Olaya, Mónica. *El bloque de constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. En: Internet. <http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>. Enero 4 de 2010.

3.2 MARCO CONCEPTUAL

Estructura del proceso penal colombiano. De conformidad con los artículos el art. 250 y 251 de la Constitución Política Colombiana, modificado por el Acto Legislativo No. 003 de 2002, se estableció una nueva estructura procesal penal, que cuenta de manera sistemática y global, con una etapa de investigación, una etapa intermedia o preparación del juicio oral y una etapa de juzgamiento o juicio oral.

3.2.1 Etapa de Investigación. Tiene por objeto establecer la existencia del hecho, ubicar, identificar y preparar los medios u órganos de prueba y fundamentar la acusación o cualquier otra decisión conclusiva. Radica en cabeza de la Fiscalía quien controla jurídicamente la labor investigativa de la Policía judicial. En la Ley 906 de 2004, está consagrada en el Libro II, y se desarrolla desde los artículos 200 al 274.

3.2.2 Etapa Intermedia o de preparación del juicio Oral. Tiene como finalidad descubrir la información y la prueba, preparar el juicio oral, determinar su contenido y establecer los medios de prueba que se pretendan hacer valer durante su desarrollo. Su trámite, desarrollo y terminación, se hallan consagrados en los artículos 355y 356 de la Ley 906 de 2004.

3.2.3 Etapa del Juicio Oral. Es considerada como la etapa central del procedimiento penal acusatorio. Se compone de una o varias audiencias públicas y continuas, las cuales se desarrollaran de forma oral. Inicia con los argumentos de apertura de cada parte y continua con la actividad probatoria contradictoria, otorgándosele a las partes, la facultad de interrogar y contrainterrogar testigos, peritos e introducir los elementos materiales

probatorios, termina con los alegatos de conclusión, donde se argumentan las pretensiones de las partes, termina con el fallo del juez y posteriormente en otra audiencia, emite su sentencia.

3.2.4 Juicio. Latín *judicium*. Facultad del entendimiento por la que una persona puede conocer y comparar. 2. Acto de esta facultad. 3. fig. Cordura, prudencia: tener juicio. 4 fig. Opinión, criterio. 5. Tramitación de un pleito o una causa ante un juez o tribunal adecuado y su resultado.¹⁹ En cuanto al juicio penal, es considerada la última etapa procesal. Incluso se piensa que el juicio solo comienza cuando ha terminado el debate y se retira el juez penal a deliberar. Lo cierto en todo caso es que el juicio penal es discusión y esclarecimiento, ante el juez penal, de una causa legítima o de una cosa controvertida entre la parte acusadora y la parte acusada.²⁰

3.2.5 Sentido del Juicio. Latín *judicium*. Facultad del entendimiento por la que una persona puede conocer y comparar. 2. Acto de esta facultad. 3. fig. Cordura, prudencia: tener juicio. 4 fig. Opinión, criterio. 5. Der. Tramitación de un pleito o una causa ante un juez o tribunal adecuado y su resultado.²¹

En cuanto al juicio penal, es considerada la última etapa procesal. Incluso se piensa que el juicio solo comienza cuando ha terminado el debate y se retira el juez penal a deliberar. Lo cierto en todo caso es que el juicio penal

¹⁹ _____ *Diccionario Larrouse*. 1 impresión. Colombia. Larrouse S.A. 2004. pg. 587

²⁰ MUÑOZ VELÁSQUEZ, Felix Antonio. *El juicio penal ordinario en España y América latina*. Bogotá: Ediciones Trota, 2001. p. 5

²¹ Larrouse, Op. Cit., p. 587

es discusión y esclarecimiento, ante el juez penal, de una causa legítima o de una cosa controvertida entre la parte acusadora y la parte acusada.²²

3.2.6 Juicio oral. Momento procesal vertebral del sistema acusatorio, es la fase dentro de la cual se hará el juzgamiento conforme a las exigencias de concentración, inmediación, contradicción, oralidad y publicidad, para concluir con el anuncio del sentido del fallo.²³

3.2.7. Juicio Penal. El juicio penal consiste en un debate, una contradicción entre las partes, con igualdad de oportunidades, lo que exige un amplio y cabal reconocimiento del derecho de defensa, que es, en definitiva, lo que torna en racional y legítima la persecución penal y la pena que eventualmente llegue a imponerse y lo que nos permite hablar con propiedad de un verdadero juicio.

3.2.8 Oralidad. Proviene del latín oris, que significa boca. Es la expresión verbal utilizada para comunicarse. En el campo jurídico es considerada como un principio procesal que ofrece a las partes intervinientes, economía procesal, rapidez y coherencia.

En la actualidad tiene su núcleo básico en el plenario o juicio público, donde se realiza el debate oral y donde tienen cabal vigencia los principios relacionados con él, tales como la publicidad, la contradicción, la inmediación, y otros como la celeridad y la identidad del juzgador. La oralidad

²² MUÑOZ VELÁSQUEZ, Op, cit.p. 5

²³ VANEGAS GONZÁLEZ, David. *El sistema acusatorio. Estructura del proceso penal.* 3ª edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas, 2004. p.161.

rescata la importancia de la actividad del juzgador y de los demás sujetos procesales, otorgando al juzgamiento toda la importancia como aspecto central del debate, previo a la definición del proceso.²⁴

3.2.9 Derecho probatorio. Conjunto de disposiciones que regulan la demostración de los hechos dentro de la vida de relación. Es decir, que existe un concepto extraprocesal de la prueba y un concepto procesal. Extraprocesalmente es la verificación de hechos con trascendencia jurídica. Procesalmente ha sido definida en diferentes formas. Esas definiciones tienen aplicación en las distintas ramas del derecho procesal y desde luego en el proceso penal²⁵.

3.2.10 Prueba. La prueba procesalmente hablando, tiene diversas acepciones. Como medio de prueba designa elementos de juicio producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso. Se entiende por prueba también, la acción de probar, de hacer la prueba de los hechos por él afirmados y se denomina igualmente, prueba el fenómeno psicológico, el estado del espíritu producido en el juez por los elementos de juicio antes aludidos, o sea la convicción.

3.2.11. Evidencia material²⁶. Evidencia física o real y elementos materiales probatorios son los objetos tangibles que están directamente vinculados con

²⁴ PASARA, Luis. Los sistemas procesales. 1 edición. Bogotá: Trotta, 2001, p. 3.

²⁵ GARCÍA VALENCIA. Jesús Ignacio. Las pruebas en el proceso penal. Cuarta edición. Bogotá: Temis, 2003, pg. 63.

²⁶ HERNÁNDEZ González, Luis. *Sociedad para asistencia legal*. Bayamón, En: Taller de litigación sobre presentación de prueba e impugnación de testigos. Puerto Rico. 2004, p. 32

la controversia del caso. Son los productos o instrumentos del delito que deben ser presentados en el juicio oral (Artículo 275 del CPP.).

3.2.12 Evidencia Demostrativa: Es la evidencia que sin ser el objeto tangible, lo representa. Se utiliza para ilustrar, clarificar, o explicar otro testimonio, peritaje o evidencia material (artículo 423).

3.2.13 Descubrimiento: Es el acto mediante el cual las partes descubren a su oponente la evidencia que llevarán al debate oral (artículos 344 y 356 del CPP.).

3.2.14 Ofrecimiento: Es la solicitud de las partes al juez, para que decrete la práctica de sus pruebas en el juicio oral. El ofrecimiento se realiza en la audiencia preparatoria.

3.2.15 Medios de conocimiento. Son los instrumentos que la ley dentro de los principios de legalidad y libertad probatoria autoriza para probar los hechos: prueba testimonial, prueba pericial, prueba documental, prueba de inspección, elementos materiales probatorios o evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico que no vulnere el ordenamiento jurídico (artículo 382).

El código utiliza también la expresión medios de prueba (10-359- 360-78-380 y 408), con sentido igual a los medios de conocimiento²⁷.

3.2.16 Principio. Formulaciones indeterminadas y abiertas con carácter fundante, prioritario y principal. Definen y explican contenidos y desde una

²⁷ REYES MEDINA, Cesar. *Programa de fortalecimiento y acceso a la justicia.*, USA: Ediciones PEYA. 2005, p. 6

perspectiva negativa, excluyen los valores y conductas que los contrarían²⁸.

3.2.17 Principio constitucional: “Consagraciones normativas que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata tanto para el legislado como por el juez constitucional. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deban guiar los destinos institucionales y social con el objeto de algún día llegue a ellos...”²⁹.

3.2.18 Bloque de constitucionalidad: El bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional, lo cual entrevé su complejidad, al significar en primera medida que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, y que su interpretación puede ser mucho más exhaustiva al integrar normas de rango supralegal.

El Bloque de Constitucionalidad según ³⁰Rubio Llorente, opera desde el punto de vista del control de constitucionalidad de las leyes, con un concepto de Constitución que de alguna manera excede del concepto puramente formal de Constitución.

²⁸ GOMEZ JIMÉNEZ, John Jairo. *Las pruebas en el Código de Procedimiento penal*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2001, p. 45.

²⁹ Corte Constitucional Colombiana. sentencia T-406. 1992. Sala No. 1 de Revisión.

³⁰ LLORENTE Rubio. Francisco. *El bloque de Constitucionalidad*. Universidad de Sevilla. Edit. Civitas, S.A Madrid, 1991. pg. 191

El concepto de “bloque de Constitucionalidad” es uno más de los sintagmas que componen el conjunto de expresiones de que ha hecho uso en la jurisprudencia constitucional. Según se admite, la expresión es un tecnicismo para describir abreviadamente un conjunto ampliado de normas que gobiernan la solución de un caso constitucional. La expresión “Bloque de Constitucionalidad” corresponde a una idea expansiva que en el fondo quiere indicar que el libro constitucional no contiene todas las normas constitucionales.³¹

En suma, la idea de bloque de constitucionalidad surge para darle alcance a la constitución más allá de su contenido textual, obedece por consiguiente al carácter supranacional de los derechos fundamentales, de las garantías y libertades del ser humano, de la necesidad de establecer un expansionismo interpretativo y del reconocimiento del proceso de hominización de la humanidad, más allá de los reconocimientos que de índole positivo quiera o pueda hacer el legislador en un ordenamiento dado

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución³².

³¹ VILLAMIL Portilla, Edgardo. Op. cit. 123

³² Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

El bloque de constitucionalidad es entonces un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales, esto es, con fuerza constitucional, son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales, esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional.³³

El bloque de constitucionalidad es un término que comenzó a utilizar la Corte Constitucional colombiana sólo a partir de 1995, pero que como concepto se venía aplicando desde años anteriores, utilizando los valores y principios en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo³⁴ .

3.2.19 Casación. Los autores aceptan que cuando se habla de casación no se hace una simple referencia a un instituto procesal, sino que conjuntamente se alude al Tribunal de Casación que lo decide y que debe estar ubicado en una alta jerarquía judicial a fin de que sus fallos sean acatados. Existen distintas definiciones, la más aceptada es aquella que la define como una acción extraordinaria y específica de impugnación, mediante la cual se pretende anular total o parcialmente una sentencia definitiva proferida por un tribunal superior, cuando contiene errores injudicando o inprocedendo; acción impugnativa que es conocida por la Corte Suprema de Justicia que sólo procede por motivos taxativamente señalados por la ley procedimental.

³³ Uprimmy, Rodrigo. Op. cit. pPg. 6

³⁴ Sentencia C-574-92 MP: Ciro Angarita Barón. “Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional”.

Los doctrinantes señalan que el recurso de casación es un recurso extraordinario que con la finalidad de defender el derecho objetivo, de unificar la jurisprudencia nacional y de reparar el agravio de la parte afectada, se interpone ante la sala segunda de la Corte Suprema de Justicia, para anular parcial o totalmente con o sin reenvío una resolución (sentencia o auto) de segunda instancia dictada por algún Tribunal Superior de distrito judicial a la que se le atribuye vicios de in juridicidad, ya sea por errores improcedendo o por errores injudicando mediante la invocación de las causales taxativamente establecidas por la ley.

3.2.20 Debido proceso. Por debido proceso, en términos generales, se entiende como el derecho a un proceso justo. ³⁵Madrid Malo, lo define como: “Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material. Se le llama debido proceso, porque se le debe a toda persona como parte de las costas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica

El Proceso. Por proceso se ha entendido el conjunto de pasos organizados, o más bien actos procesales concatenados para un fin determinado. El diccionario de la Academia de la Lengua española, define proceso como el desarrollo, evolución de las fases sucesivas de un fenómeno. Método, sistema adoptado para llegar a un determinado fin. Institución mediante la cual el estado cumple a través de sus órganos de justicia su misión de defensa del orden jurídico y social, otorgando a los individuos que elevan una pretensión a los tribunales la oportunidad de satisfacerla.³⁶ Es quizás está

³⁵ MADRID M, Derechos Fundamentales, editor 3R, segunda edición, pg.146 Bogotá.1997.

³⁶ EL PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO. Op. cit. p.. 830.

definición, la que tradicionalmente ha sido entendida y aceptada, pero que en ultimas no nos dice para qué es el proceso, ni su trascendencia misma, reduciéndose a una definición desde el punto de vista formal.

3.2.21 Derechos fundamentales. Contenido esencial de un derecho, sin el cual este pierde su peculiaridad o dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga.³⁷

3.2.22 Dignidad Humana: Expone la Corte Constitucional Colombiana que: “la dignidad humana que es un bien irrenunciable, está implícita en el fin que busca el hombre en su existencia. El ser humano es fin en sí mismo, ya que toda la finalidad terrena, de una u otra manera, está referida a su ideal de perfeccionamiento”.³⁸

³⁷ COSSIO DIAZ, José Ramón. *Estado social y Derechos de prestación*, Centro de estudios constitucionales, primera edición, Madrid, 1989, pg. 35.

³⁸ Corte Constitucional Colombiana., Sala Plena, salvamento de voto, magistrados HERNANDEZ HERRERA, MORON y NARANJO. Sentencia C-221/94.

4. CAPITULOS

CAPÍTULO I

ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL EN COLOMBIA

En este capítulo se analiza la relación dialéctica entre Estado Social de Derecho y el cambio de sistema procesal penal en Colombia.

Sumario: 1. El sistema procesal penal de tendencia acusatoria. 1.2 Modelo continental europeo. 1.3 Los sistemas judiciales del neoliberalismo. 1.4 Neo institucionalismo. 1.5 El sistema acusatorio en Colombia. 1.5.1 Esquema del proceso penal Colombiano. 1.5.2 Principios del sistema 1.5.2.1 Presunción de inocencia. 1.5.2.2 Derecho a no auto incriminarse. 1.5.2.3 Legalidad. 1.5.2.4 Libertad probatoria. 1.5.2.5 Principio de contradicción. 1.5.2.6 Concentración. 1.5.2.7 Inmediación. 1.5.2.8 Derecho a probar. 1.5.2.9 igualdad de armas.

El Estado Social de Derecho parte de un supuesto básico: la interacción Estado - Sociedad, la cual significa un doble proceso en el cual el Estado interviene en aquella, coadyuvando a su configuración, y la sociedad a su vez interviene en el Estado, convirtiendo los poderes de la sociedad en inmediatamente políticos. Ya no se interpretan como sistemas distintos y con mínimas relaciones entre sí, sino como subsistemas interconectados dentro de una misma totalidad, como unidades fuerte y complejamente imbricadas, cuyos límites definitorios tienden a borrarse.³⁹

El concepto de Estado Social de Derecho supone e implica el entrecruzamiento, interacción o simbiosis de Estado y Sociedad, se edifica sobre el respeto y protección de los derechos humanos, la dignidad humana. Para el Estado social de derecho, el destinatario del poderío del Estado, de la economía, de la sociedad, de la cultura y de las instituciones es el hombre social concreto, bajo unas circunstancias singulares ciertas⁴⁰. Así, lo estipula el artículo 2 de la Constitución Política al señalar los fines esenciales del Estado y lo reitera la misma Carta en el artículo 5, cuando expresa que los derechos inalienables de las personas tienen primacía en el ordenamiento jurídico colombiano.

Con el Estado Social de Derecho, se abre paso al intervencionismo estatal, en procura de ofrecerle a la sociedad la satisfacción del mínimo de condiciones de existencia, lo que supone un reconocimiento de la desigualdad social y una proyección Constitucional, tendiente a menguar tales diferencias, a través de planes y políticas que exigen el compromiso e intervención estatal y comunitario.

Las instituciones creadas por la humana son el reflejo de las propias orientaciones y grados de civilidad en que la misma sociedad se desenvuelve. Los sistemas de gobierno encierran una concepción de poder y forma de regulación entre gobernantes y gobernados, que conllevan a un tratamiento dado de los derechos, deberes y libertades. Las exigencias sociales plantean nuevas tareas al Estado, éste ya no se limita a ser el

³⁹ Duran Víctor Manuel. *Estado social de derecho, democracia y participación*. <http://www.utal.org/movimiento/11c.htm>

⁴⁰ SAA VELASCO, Ernesto. *Teoría Constitucional Colombiana*, Santa fe de Bogotá. ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, pg. 88

garante de derechos, sino un interventor activo frente a las desigualdades reinantes, un artífice en la construcción del desarrollo individual y colectivo. En tal labor, la libertad como derecho y garantía se convierte en punto álgido de controversia y tratamiento, de una parte está la obligación estatal de amparar y por otra, la exigencia de aplicación de políticas que se encaminen a contrarrestar las desigualdades existentes en la sociedad, entre las cuales están aquellas que restringen la libertad individual, a cambio de seguridad y mejores condiciones de vida, para la realización de las diferentes dimensiones socioeconómicas del individuo

La concreción y realización de las diferentes relaciones sociales, matizan la naturaleza, organización del Estado y el ejercicio del poder, que se traduce en ordenamientos jurídicos democráticos y/o autoritarios. A su vez, las relaciones entre los particulares reflejan los criterios de justicia que la sociedad construye y reconstruye, al igual que los grados de organización y civilidad establecidos para la solución de los diferentes conflictos que en ella se suscitan, y que solo son posibles solucionarlos mediante la dialógica de contrarios encarnada en el proceso, como reflejo fiel del orden y estructuración del poder y derecho.

Las instituciones procesales, se moldean de conformidad con los cambios políticos. En ellas, se refleja la ideología imperante en un momento histórico determinado. Así las cosas, “el proceso considerado como “un método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y por tanto, sea justa y cierta, la justicia debe ser su cualidad interior o sustancial: la certeza, su cualidad exterior o formal: si el derecho no es cierto, los interesados no saben y si no es justo, no

sienten lo que es necesario para obedecer ⁴¹, se supedita paralelamente a la transformación del Estado.

La confianza social depositada en este instrumento, llamado proceso, surge no solo por detentar el Estado el uso de la fuerza legítima y por la regulación normativa a la que está sujeto el proceso mismo, sino también por el convencimiento de la sociedad, de que existe un mecanismo de mejor envergadura para solucionar sus diferencias, también, por la existencia de un ser de carne y hueso, capaz de comprender los problemas humanos del ser en comunidad, con un sentido racional y con una visión superior, que lo habilita para resolver los conflictos que ante sus ojos se presenta⁴².

1. EL SISTEMA PROCESAL PENAL CARACTERÍSTICAS

El proceso judicial, puede ser entendido como un método, entendiéndose por éste, la secuencia lógica y ordenada de pasos (actos procesales) que permite llegar a los fines que le son propios y cumplir su función, un proceso penal en un Estado Social de Derecho, visto desde esta perspectiva, supone la realización de una serie de actos procesales, orientado hacia cuatro fines básicos, a saber: a) Lograr una aproximación razonable al conocimiento de la verdad, b) respetar los derechos fundamentales de los individuos involucrados en el proceso, c) resguardar los intereses sociales en juego, d) flexibilizar, cuando es del caso, las normas de derecho sustancial.⁴³

⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. 5° edición. (1959) Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires 1959. p. 21-22.

⁴² SIERRA OSPINA, Graicy. La búsqueda de la verdad para la consecución de los fines del Estado Social de derecho. Investigación Jurídica y Sociojurídica en Colombia. Medellín: Editorial Medellín, 2006. pg. 2

⁴³ UPRIMY, Rodrigo. Op. cit., p. 47

Esta conceptualización del proceso judicial, permite reflexionar respecto a la importancia de la argumentación de toda reforma procesal y al análisis de la afectación del derecho sustancial, para alcanzar los fines constitucionales que el estado pretende. En consecuencia, se hace necesario ubicar y comprender las características del nuevo modelo procesal penal, toda vez que su identificación o diferenciación con un modelo de tendencia anglosajona o continental, incide en los fines del proceso y del Estado mismo.

1.1 El modelo de ascendencia norteamericana. Como características más sobresalientes de este modelo, se pueden citar:

- ❖ Flexibilidad en la persecución penal. El ejecutivo cuenta con poderes discrecionales en el ejercicio de la acción penal, ejemplo de ello, lo constituye el principio de oportunidad.
- ❖ Igualdad probatoria: Acusado y acusador se hallan en una relación de igualdad, la controversia procesal, es resuelta por un tercero imparcial, al cual se le prohíbe la práctica oficiosa de pruebas.
- ❖ El proceso se inicia propiamente, desde la formulación de la acusación. Se le compara al escrito de acusación con una demanda, antes de aquel, no se considera que hubiera proceso.
- ❖ Integración de jurados. Se considera que la ciudadanía debe participar en la toma de decisiones sobre responsabilidad penal, por ello, se eligen jurados que son previamente capacitados sobre algunos aspectos jurídicos elementales y técnicos.

- ❖ El Ministerio Público o Fiscalía, hace parte de la rama ejecutiva, con responsabilidades políticas.

1.2. Modelo de ascendencia continental europea. Por su parte, el Modelo de ascendencia Continental Europeo, se caracteriza, entre otras razones, por la fuerte tendencia acusatoria. Entre las características más significativas se pueden aludir las siguientes:

- 4 Preponderancia del principio de legalidad como fórmula que garantiza la igualdad de los ciudadanos ante el Estado y reduce al máximo las arbitrariedades. El principio de reserva legal, según el cual, las leyes penales y procesales solo deben tener origen en un congreso de elección popular, ubica el cumplimiento del principio democrático en la administración de justicia, esencialmente en el momento de la creación de las leyes penales y no en el de la toma de decisiones de responsabilidad. Por esta razón, a pesar de que algunos países de tradición jurídica continental europea han implementado jurados de conciencia, de derecho o mixtos, las decisiones sobre responsabilidad penal siempre deben estar explícitamente motivadas, de manera que pueda constatarse el cumplimiento de los presupuestos de legalidad del fallo⁴⁴.
- 5 El principio de legalidad es más flexible que en el sistema de tipo anglosajón, incluso en determinados casos, se le concede facultades oficiosas probatorias a los jueces, en aras de encontrar la verdad material. No considera de manera categórica la existencia de una igualdad entre las partes.

⁴⁴ Ibid., p.59.

Como regla general consta de dos etapas a saber, investigación y juicio, atribuidas a órganos diferentes.

- En algunos casos el ente acusador hace parte de la rama judicial y en otros de manera excepcional al poder ejecutivo.

1.3 El sistema judicial herencia del neoliberalismo. Todas las revoluciones sin duda alguna dejan huella en la historia, pero indiscutiblemente la Revolución Americana 1787 y la Revolución Francesa 1789 la dejaron en nuestras constituciones.

La predominancia de la razón, la búsqueda de la igualdad, la libertad, y el reconocimiento de la individualidad, se constituyeron en pilares para el reconocimiento de los derechos de la persona y en fundamento de los sistemas procesales reinantes.

Toda reforma de los sistemas penales y de seguridad ciudadana (desde nuestra perspectiva sugerida: bienestar para la totalidad de la población en igualdad de condiciones y no formal ni al servicio de la seguridad del Estado y de la seguridad nacional) deben mantener intactos los siguientes principios, derechos y garantías de derecho penal, procesal penal y penitenciario democráticos, ellos son:

- ❖ El principio de legalidad.
- ❖ La doctrina de la prohibición a la vaguedad.
- ❖ La exigencia del principio de la claridad y certeza de la norma penal.
- ❖ La presunción de inocencia del reo.

- ❖ La prohibición del uso de la analogía en el derecho penal.
- ❖ La prohibición de la retroactividad de la ley penal, salvo si es más benigna en beneficio del reo, o sea, la expresa prohibición de las leyes ex post facto.
- ❖ La abolición de la pena de muerte.
- ❖ La prohibición de penas crueles e inhumanas.
- ❖ La vigencia plena del debido proceso de ley o legalidad del procedimiento.
- ❖ La igual protección de las leyes.
- ❖ La prohibición a los registros y allanamientos irrazonables o inviolabilidad del domicilio, bienes y libertad personal, salvo mandato judicial debidamente fundamentado y con precisión de lo que debe registrarse.
- ❖ El derecho a un juicio justo e imparcial en público.
- ❖ El derecho a juicio por jurado.
- ❖ Vigencia del derecho a la protección contra la doble exposición y no ser penados dos veces por los mismos hechos.
- ❖ Protección y vigencia del derecho a la cosa juzgada.
- ❖ Derecho a la debida y oportuna notificación acerca del cargo por el que se le investiga o procesa penalmente.
- ❖ Derecho a tener abogado de defensa.
- ❖ Derecho a permanecer callado y no auto incriminarse.
- ❖ Derecho a contrainterrogar a los testigos de cargo en un juicio justo e imparcial.
- ❖ Derecho a ofrecer testigos o pruebas de descargo.
- ❖ Derecho a no sufrir pena sin un juicio legal.
- ❖ Derecho a juicio rápido, justo e imparcial.
- ❖ Derecho a la fianza y que no sea excesiva que garantice la concurrencia del reo al proceso penal.

- ❖ Derecho a no ser sentenciado sino con prueba indubitable.
- ❖ Derecho del reo a no ser sentado como testigo del fiscal.
- ❖ Derecho del reo para que ni el Fiscal ni nadie en el proceso penal comenten su silencio.
- ❖ Debe preservarse el privilegio del reo a la confidencialidad de las conversaciones privadas con su abogado defensor.
- ❖ Derecho del reo para una vez sentenciado, que el cumplimiento de la pena deba hacerse en unas condiciones decorosas y humanas en establecimientos penales que cumplan con los criterios que exigen los organismos internacionales.

Resumiendo, estas doctrinas, principios y teorías, expresan de manera concreta el pensamiento filosófico de las sociedades democráticas, del derecho penal y procesal penal democrático de nuestro tiempo. Además, son normas legales de carácter internacional, regional y nacional que deben ser preservadas, entre otras, en toda reforma del sistema penal procesal, penitenciario y de seguridad ciudadana en que el código penal, es una parte del engranaje del sistema penal y del sistema de seguridad ciudadana. Todo proceso de reinvención del Estado neoliberal o de la nueva gobernabilidad, no debe desechar estas tradiciones del sistema democrático liberal en aras de un Estado más eficaz.

Algunos autores contemporáneos critican la limitación de derechos individuales, por amparar derechos sociales, otros por el contrario critican la ineficiencia del estado benefactor. Adoptar un enfoque bien sea el del liberalismo radical o el neoconstitucionalismo, incide en el sistema de justicia reinante. Quienes comparten la postura filosófica liberal individualista, comparten la tesis que la verdadera libertad es la negativa, es decir, una libertad en todo su ejercicio sin intervenciones estatales o de particulares, en

cuanto a la propiedad consideran que es elemento fundamental para el desarrollo de la autonomía del individuo.

En cuanto al aspecto social consideran que el mercado es la expresión de la maximización de la libertad personal, por el aspecto consensual en que se desarrolla. Por eso, consideran que el estado debe amparar la propiedad, la iniciativa privada y las convenciones.

Desprendiéndose de esta forma un concepto de justicia social centrada en la protección de las interacciones mercantilistas, por parte del Estado y la negación de los derechos sociales.

La complementariedad de estos enfoques opera de la siguiente manera: el liberalismo individualista radical denuncia el engaño y autoritarismo de los derechos sociales y de las funciones redistributivas del Estado, y por ello concluye que la justicia social es, según la expresión de uno de sus representantes más conspicuos, un simple espejismo, que representa el camino a la servidumbre (Hayek, 1973, Tomo II). Por su parte, los economistas neoliberales argumentan que el Estado benefactor es inviable, debido a los problemas fiscales que genera y a la ineficiencia y mala calidad de sus servicios públicos. Finalmente, los neoinstitucionalistas insisten en la importancia para el desarrollo económico de que exista un sistema judicial eficiente pero centrado en la protección de los derechos liberales clásicos, como la propiedad y la libertad contractual. De esta manera, el esquema queda completo pues se unen un neoliberalismo “fundamentalista” radical de los filósofos, con un neoliberalismo “instrumental” más moderado de los economistas y los neoinstitucionalistas, para proponer una reforma judicial de orientación neoliberal ⁴⁵.

⁴⁵ UPRIMY, Rodrigo y otro. *Justicia para todos o seguridad de mercado*. El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América latina. Bogotá: ILSA, 2001. p. 2-3.

1.4 El neoinstitucionalismo. La anterior explicación, se hace necesaria, para establecer la relación entre el sistema de mercados, la intervención estatal en las políticas públicas y los sistemas judiciales reinantes. Si hay una deficiente administración de justicia esto incide en los costos de la economía estatal, si no hay sistemas judiciales confiables, se reduce la inversión extranjera, si hay altas imitaciones a la propiedad, se reducen los negocios comerciales y bancarios y así sucesivamente. Esto supone, según estos enfoques neoinstitucionales, que debe existir un poder judicial eficaz e independiente, que con base en criterios jurídicos estables sea capaz de proteger los derechos de propiedad y hacer cumplir los contratos. La conclusión que se sigue es obvia: es necesario reformar los aparatos judiciales para asegurar que cumplan esa función.

De otro lado, los análisis neoinstitucionales también insisten en que, dado que las instituciones crean incentivos para los agentes económicos, es indispensable establecer arreglos institucionales que favorezcan el desarrollo económico y reformar aquéllos que lo obstaculizan. Por ello, algunos de dichos análisis cuestionan el constitucionalismo social, pues consideran que la inclusión de cláusulas sociales generosas en las constituciones, en vez de ayudar al bienestar social, obstaculiza el desarrollo. Esto es así porque, desde esta perspectiva, el reconocimiento de derechos sociales estimula conflictos distributivos, dado que las personas consagran sus esfuerzos a la obtención de esos servicios estatales, en lugar de dedicarse a las actividades verdaderamente productivas que impulsan el desarrollo económico⁴⁶.

⁴⁶ Ibidem. Pg. 6

Es por eso que las reformas a la administración de justicia, se hacen orientadas a garantizar una economía de mercado, a proteger bienes, servicios, agentes económicos, y a contrarrestar los actores de violencia, que obstaculizan el libre ejercicio de la propiedad privada y los medios de producción. Consecuentemente se prioriza el orden público, la seguridad ciudadana, aún a costa de la institucionalización de sistemas autoritarios y la necesidad de contar con recursos económicos

Sin embargo, hay que reconocer que la visión globalizante irrigo igualmente en la dogmática penal, superando el estatalismo del poder y exigiendo al estado mayores garantías ciudadanas a cambio de limitaciones de la libertad individual, a cambio del aseguramiento de los intereses individuales y colectivos.

Se acortan así los espacios de la distribución desigual de la libertad, que la democracia busca combatir. Adquiere, entonces el derecho su condición de medio para la obtención gradual de fines, traducidos, en últimas, en la homeóstasis del sistema social, preocupación central del funcionalismo sistémico.⁴⁷

Reflejo fiel de tal evolución, lo constituye la transición del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, el primero, caracterizado por la concentración de los poderes, el autoritarismo y el desconocimiento del debido proceso, el segundo, por el respeto al principio del debido proceso, a la igualdad y a la dignidad humana, principios orientadores de raigambre político libertario de ideología revolucionaria francesa. Ahí comienza el proceso penal moderno,

⁴⁷ RIVERA, Llano ABELARDO. Op. cit. Pg. 239.

que hace reconocer las magnificencias del proceso penal antiguo, después de haberlo depurado o adaptado a las transformaciones del derecho, inspirado en las ideas democráticas que sustituyen el viejo concepto del derecho divino de los reyes por el de soberanía del pueblo.⁴⁸

1.5 El sistema procesal penal en Colombia. La justicia colombiana ha experimentado profundas transformaciones en sus sistemas procesales, pero de manera destacada en el campo penal. Varias reformas han estado ligadas a la inspiración de la Constitución de 1991, otras de ellas, a imposiciones políticas no del todo pacíficas.

Hoy más que nunca el poder judicial ha tomado gran fuerza de los debates políticos, el papel del juez en las decisiones judiciales y en la concepción del derecho se hace más notorios. Lo cual obedece entre otros factores al incremento de la violencia, a la corrupción y a la ineficacia del sistema judicial que han generado impunidad y a la postre, tratada de contrapesar mediante una mayor judicialización e intervención del derecho penal.

Es así como, el sistema acusatorio se implementó luego de múltiples debates sobre el particular, que en algunos eventos generaron posiciones a favor y en contra del sistema para Colombia. La comisión Constitucional Redactora hizo hincapié que el acto Legislativo No. 003 de diciembre 19 de 2002, superara las ataduras que impedían la introducción de un sistema acusatorio en Colombia, ya que con el sistema penal mixto con tendencia acusatoria, el fiscal podía practicar pruebas que en adelante, le serían útiles para darle aliento a sus propias decisiones, convertido por eso en verdadero juez de instrucción criminal, pruebas que tenían vocación de permanencia al

⁴⁸ GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. Op. cit pg. 29

poder ser tenidas en cuenta al dictar sentencia sin que hubieran sido presentadas, practicadas y controvertidas ante el juez de la causa, como ahora es requisito indispensable distinguido con el pedigrí de principio de la inmediación probatoria.⁴⁹

En sus orígenes, la Fiscalía General de la Nación⁵⁰ y la introducción del mal llamado sistema acusatorio en Colombia fue una propuesta de sectores autoritarios, que estaban interesados en aumentar la injerencia del ejecutivo en la investigación penal. Sin embargo, como explicaremos luego, las modificaciones que introdujo la Asamblea Constituyente llevaron a radicar la Fiscalía en la rama judicial. Se creó así un híbrido, que tiene enormes riesgos, pero también importantes virtudes, pues ese órgano ha asumido posiciones y llevado a cabo investigaciones que comprometen la responsabilidad gubernamental, y que no hubieran sido posibles de haber triunfado la propuesta inicial según la cual el Fiscal General debía ser de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente.

El sistema acusatorio encuentra su fundamento en los artículos 29 y 250 de la Constitución Política, el primero contempla el derecho de todo ciudadano a un proceso público sin dilaciones injustificadas, así como a presentar pruebas y a controvertir las que allegue en su contra:

Artículo 250: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia,

⁴⁹ RAMÍREZ Bastida. Yesid. *Sistema Acusatorio Colombiano*. En: www.acoldeseaida.org/congresos.../conferencia_yesid_ramirez.doc. Febrero 01 de 2010.

petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de garantías ⁵¹.

Con la entrada en vigencia del Acto Legislativo número 03 de 19 de diciembre de 2002, se reformó nuestra Constitución Política, dando paso a la expedición de la Ley 906 de 2004, y con ella un nuevo sistema de enjuiciamiento penal de tendencia acusatoria, considerado como el ordenamiento procesal penal más ajustado a los cánones internacionales que abogan por un mayor garantismo penal, prevalencia de la dignidad humana, respeto por el debido proceso, por los derechos humanos, y por el acatamiento e interpretación del Constitucionalismo, aunado al surgimiento de un nuevo derecho, centrado en la antropología y en la sociedad humana.

Quienes abogaron por la institucionalización Colombiana del sistema penal con tendencia acusatoria, consideraron que la igualdad material a la que hace alusión nuestro Estado Social de Derecho, podría ser garantizada de forma más efectiva, si se adoptaba este sistema, al considerársele como el que podría permitir mayor libertad e igualdad para las partes. Más aún, teniendo en cuenta, que no se le puede solicitar a la fiscalía la práctica de pruebas, ni el juez tampoco las puede decretar de oficio. Acusador y defensa, pueden aportar en el juicio, para su confrontación, los elementos

⁵¹ Artículo 250 *Código de Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Leyer 2005, pg. 54

materiales probatorios y las evidencias, los cuales servirán de base para fundamentar sus pretensiones, donde se enfrenten jurídicamente en igualdad de condiciones, entendiéndose por tanto que se está frente a un proceso justo.

Se erige como mejor opción el sistema con tendencia acusatoria, frente a los sistemas de enjuiciamiento penal de corte inquisitivo o mixto, al considerársele como el más acorde a las políticas organizativas de los estados contemporáneos, que demandan coherencia en la aplicación práctica de los derechos en el proceso judicial, ⁵²un proceso penal en un Estado Social de Derecho, visto desde esta perspectiva, supone la realización de una serie de actos procesales, orientado hacia cuatro fines básicos, a saber: a) Lograr una aproximación razonable al conocimiento de la verdad, b) respetar los derechos fundamentales de los individuos involucrados en el proceso, c) resguardar los intereses sociales en juego, d) flexibilizar cuando es del caso, las normas de derecho sustancial.

1.5.1 Esquema del proceso penal: Con el Acto legislativo No. 03 de 2002, modificatorio de los artículos 250 y 251 de la Carta Política se le otorgó a la Fiscalía General de la Nación la función de “adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio.

En virtud de esta disposición constitucional, el proceso penal queda constitutivo por dos fases, la investigación y juicio oral. Dentro de la primera, se encuentra una etapa de indagación previa a la formulación de la

⁵² UPRIMY, Rodrigo. Op. cit. pg. 47. (Uprimny)

imputación e igualmente entenderse como parte del segundo, como preparatoria al juicio oral. Cumpliéndose así la función de separación de poderes.

- Etapa de investigación. Tiene por objeto establecer la existencia de la conducta, de la cual se predica su prohibición, identificar los presuntos actores y partícipes de la misma, las circunstancias de su realización, ubicar, identificar y preparar los medios de prueba, todo con miras a fundamentar la acusación o cualquiera otra decisión conclusiva.⁵³ Esta etapa es de exclusividad del Fiscal, como director, coordinador de la misma y controlador de la labor investigativa de la Policía Judicial.
- Desarrollo del programa metodológico: Se inicia con la noticia criminal y tiene por objeto la realización de actividades de investigación para la identificación e individualización de los presuntos autores o partícipes de la conducta, descubrimiento y aseguramiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción; evaluación y cuantificación de los daños causados, asistencia y protección a las víctimas.⁵⁴

Cabe señalar que los elementos materiales probatorios, no son sinónimo de prueba, ya que por ésta solo debe entenderse la que ha sido practicada en el

⁵³ CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette y otros. *El proceso penal acusatorio colombiano*. Tomo II. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005, p. 4

⁵⁴ *Ibid.*, p. 6

juicio oral, con las posibilidades de ser controvertida y con la inmediación del juez.

- Etapa intermedia o de preparación del juicio oral. Una vez se presenta el escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la audiencia de formulación de la acusación y la audiencia preparatoria, constituyen entonces la etapa intermedia o preparatoria a la realización del juicio oral. Esta etapa tiene como fin garantizar el derecho de defensa, el descubrimiento de los elementos de prueba, estudiar las solicitudes de pruebas no admisibles y pruebas ilícitas, saneamiento del juicio de nulidades, determinación de la calidad de víctima y protección de la misma.

Concluida la audiencia de formulación de acusación, el juez señala fecha y hora para la celebración de la audiencia preparatoria, la cual deberá realizarse en un término no inferior a 15 días ni superior a 30.

Entre algunos de los temas que se ventilan en la audiencia preparatoria está el que las partes manifiesten observaciones al procedimiento de descubrimiento de la prueba, que se enuncien la totalidad de las pruebas que se pretenden hacer valer, que manifiesten lo relativo a estipulaciones probatorias, exclusión de prueba ilícita e ilegal, decisión sobre el orden de presentación de prueba y que el acusado manifieste si acepta o no los cargos.⁵⁵

El artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, señala que “durante la audiencia el juez dará la palabra a la fiscalía y luego a la defensa para que

⁵⁵ Ley 906 de 2004. Op. Cit., p. 12

soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión. El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código. Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso. “Excepcionalmente, agotadas las solicitudes desaprobatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica” ⁵⁶.

Esta etapa finaliza con la citación que el juez de conocimiento hace a los sujetos procesales para la realización del juicio oral.

- Etapa de juicio oral. Aquí, según lo sostienen algunos autores, comienza el verdadero proceso penal, con sus características de oralidad, publicidad, contradicción, concentración e inmediación, esto es, bajo la dirección permanente e inmediata del juez de conocimiento.

Todas las pruebas que se hayan practicado con anterioridad se repetirán de manera íntegra en el juicio. Los peritos y testigos serán llamados al estrado y serán interrogados por la Fiscalía y la Defensa en presencia del juez y del jurado, si así lo determina la ley, pues recuérdese que en la forma como quedó redactado el artículo 116 de la Constitución, no es obligatorio la conformación de jurados de conciencia o de derecho, aunque para algunos críticos, el jurado debe entenderse de la esencia

⁵⁶Ibid., p.75

del sistema acusatorio, en tanto que algunos otros aducen que su ausencia no desdice de la naturaleza del sistema.⁵⁷

La etapa del juicio oral es considerada como la fase más importante del proceso, en donde cada parte interviniente procura la consecución de sus pretensiones procesales y probatorias. El juicio oral inicia con la concesión de la palabra al acusado para que manifieste si se declara inocente o culpable, seguidamente se examina lo relativo a las manifestaciones de culpabilidad preacordadas; se llevan a cabo los alegatos o argumentaciones de apertura, obligatorios para el fiscal y potestativos para la defensa, en los que cada parte hace una exposición breve de su teoría del caso, entendiendo por ésta la hipótesis fáctica, jurídica y probatoria, para que el juez tenga una visión de la prueba que desfilará en el juicio y lo que se busca al presentarla. “Presentados los alegatos de apertura, se lleva a cabo la actividad probatoria, en la que las partes interrogan y conainterrogan los testigos y los peritos, introducen evidencias físicas o materiales y las analizan”.⁵⁸

Efectivamente, el juicio oral constituye la etapa procesal donde se ejerce un verdadero debate probatorio, y en donde se efectivizan los principios de inmediación, concentración, contradicción y publicidad

1.5.2 Principios que rigen el sistema procesal penal.

El actual Código Procesal Penal, consagra un catálogo de principios y garantías a ser consideradas en toda la sistemática procesal penal, en su

⁵⁷ VANEGAS GONZÁLEZ, David. *El sistema acusatorio*. Estructura del proceso penal. La investigación y juzgamiento de los delitos en el proyecto de Código de Procedimiento Penal. 3ª edición. Bogotá: jurídica, 2004, p.176-177.

⁵⁸ ARIAS DUQUE, Juan Carlos y otros. *El proceso penal acusatorio colombiano*. Las audiencias en el juicio oral. Bogotá: Ediciones jurídicas Morales, 2005, p.12

interpretación y aplicación al caso concreto que permitan una mejor aplicación del derecho de defensa, en coherencia con el Estado Social de Derecho, que posibilite el logro de los derechos y libertades hacia la búsqueda de las condiciones para que sean una realidad tangible., pues tal como lo afirmara Ferrajoli: “*en materia procesal y probatoria la concepción del Estado social y democrático de derecho, implica que ni el proceso ni la prueba se pueden aducir con la violación de los valores superiores de la vida, la dignidad humana, la libertad, etc., ni tampoco pueden desarrollarse para atentar contra ellos. El respeto a esos valores y principios es condición de validez*”.⁵⁹

Entre los principios de mayor relevancia en el actual sistema procesal penal Colombiano se destacan:

1.5.2.1 Principio de presunción de inocencia. Esta garantía fundamental, consiste en que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme una decisión definitiva sobre su responsabilidad penal (art. 29 constitucional y 7 del CPP). “Así el indiciado, imputado o acusado no puede ser tratado como culpable hasta tanto no exista una decisión en firme, ni está obligado a declarar, ni ser él, quien deba probar su inocencia. Como lo sintetiza el Tribunal Español la presunción de inocencia es el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas”⁶⁰.

1.5.2.2 El derecho a guardar silencio y no auto incriminación. De conformidad con el artículo 8 del CPP, en desarrollo de la actuación, una vez

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid, Edit. Trotta, 1999. pg. 19 y 20.

⁶⁰ REYES Medina, César. *La prueba en el sistema penal acusatorio*. Programa de Fortalecimiento y acceso a la justicia. Defensoría del Pueblo. USAID. En: http://www.pfyaj.com/chechchi/biblioteca/Mxdulo_de_Pruebas.pdf

adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho en plena igualdad, respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

- No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
- No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
- No se utilice el silencio en su contra.

Tenemos pues, que el acusado en una causa criminal tiene un derecho constitucional a ni siquiera ser llamado por el gobierno (ministerio o fiscal) a declarar.⁶¹

1.5.2.3 Principio de legalidad, Artículo 276. “La legalidad del elemento material probatoria y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes”⁶².

Este sometimiento a la legalidad implica la satisfacción del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 constitucional) para el defendido con sus garantías de:

⁶¹ CHIESA, Ernesto. *Tratado de Derecho Probatorio*. Tomo I. Bogotá: Publicaciones JTS, 1995, p. 208

⁶² Ley 906 de 2004, Op, cit., p.59.

- Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, e imparcial (art- 8 lt. K)
- Solicitar, conocer y controvertir las pruebas(art. 8 literal j)
- Obtener el control de la legalidad formal y material de los actos de investigación y los actos de prueba. (arts 2, 14, 66, 84, 114 No. 3, 154#1 y 7, 237, 239, 240, 242 a 245, 249, 297,298, 302,y 327)
- Solicitar la exclusión, el rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba por ilegales, inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos que no los requieren. (arts. 359 y 360 CPP).⁶³

El principio de legalidad constituye asimismo un criterio para la valoración probatoria, que aunque es descrito únicamente para los elementos materiales probatorios y evidencia física (art. 276 CPP) es perfectamente aplicable a todos los medios de conocimiento.⁶⁴

1.5.2.4 Principio de libertad probatoria. No podemos hoy, y por sobre todo frente a los acontecimientos mundiales, afirmar que triunfó la civilidad. Se debe seguir recalcando sobre los derechos inalienables de la persona humana, dentro de los cuales está la integridad psíquica. Esa necesidad de tener en cuenta esos derechos ha conducido a que algunos juristas afirmen que los medios de prueba deben estar, sobre todo en materia penal, taxativamente enumerados y concretamente se ha dicho: “Las normas sobre las pruebas penales son normas de garantía, por lo cual toda su disciplina

⁶³ REYES, Op. Cit., p. 11

⁶⁴ Ibid., p. 12

debería ser considerada como un instrumento de defensa para el imputado”⁶⁵.

El derecho penal de la modernidad, supera la postura formalista del derecho y ubica al hombre como centro y límite de toda acción. Obtener entonces la correcta representación del hombre como acto de auto comprensión, constituye una de las preguntas metodológicas fundamentales no solo para el legislador que quiere crear derecho correcto, sino para el operador jurídico que pretenda interpretarlo con justicia y equidad, esto es, como proporción del hombre al hombre, en su realidad existencial(C.P. arts 56 y 57). “Esta viene a ser en la evolución del derecho penal de la modernidad, la esencia, no solo de la culpabilidad normativa, sino también de la inclusión de aquella en la antijuridicidad, para conformar el injusto culpable evidenciándose de esta manera, que el derecho no es una formalidad jurídica”⁶⁶.

La constitución como norma fundamental y normativa, impone límites al legislador, que le impiden dictar normas que contravengan los que en ella aparezcan como derechos fundamentales. En consecuencia, el principio de libertad probatoria comparte la prueba de los hechos, mediante cualquier medio de prueba desarrollado en el código de Procedimiento Penal, como cualquier otro medio técnico o científico, siempre y cuando no vulnere los derechos humanos.

1.5.2.5 Principio de contradicción. El principio de contradicción aparece con frecuencia relacionado con el llamado principio de igualdad de armas, considerado con toda razón esencial en la jurisprudencia del Tribunal

⁶⁵ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: El Profesional Ltda., 2004, p.15.

⁶⁶ RIVERA, Op. cit. p. 609.

Europeo de Derechos Humanos, aunque limitándolo a la posibilidad de ofrecer pruebas y de interrogar a los testigos.

Como se ha observado en la doctrina, en la práctica de los tribunales el juicio queda decidido en buena medida durante la instrucción, en donde rige la “desigualdad de armas”⁶⁷. La contradicción es un principio general y esencial del proceso penal, respetuoso de los derechos humanos y de su dignidad, que se concreta en el debido proceso y el derecho de defensa.

El derecho de defensa y contradicción están indisolublemente ligados:

El real atendimiento de las consecuencias que el binomio acusación-defensa conlleva, con igualdad de oportunidades de alegación, prueba y contradicción, debatiéndose en el seno del proceso en marcha cuantas pretensiones se aducen, sin hurtar ningún aspecto de la acusación al conocimiento del afectado y a la posibilidad de su impugnación y más logrado debate y en tal sentido el derecho a la tutela judicial efectiva comporta, entre otros efectos, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, pues la indefensión se consume cuando una parte se ve impedida de ejercitar su posibilidad de alegar o de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio de indispensable principio de contradicción ⁶⁸.

Con toda rotundidad, afirma la Sentencia del Tribunal Español/1998 que el principio de contradicción:

Constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de

⁶⁷ BACIGALUPO. *La significación de los derechos humanos en el moderno proceso penal*, citado por VALLEJO, Jean. *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2005, p.27.

⁶⁸ GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. *Las pruebas en el proceso penal*. Medellín: Ediciones Morales, 2003. p. 98.

posibilitarlo”. También la STC 86/1999 ha hecho hincapié en la importancia de este principio, recordando su doctrina mantenida desde la STC 31/1981: “el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio, que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (...)”. Esta misma STC hace referencia a los supuestos de excepción a la regla general de la práctica de la prueba en el juicio, señalando la posibilidad de pruebas preconstituidas y pruebas anticipadas conforme a la ley procesal, “pero siempre que se reproduzcan en el juicio oral o se ratifiquen en su contenido los protagonistas o se dé a las partes la posibilidad de contradecirlas en dicho acto, no bastando la simple fórmula por reproducidas del uso forense y sin más atención sobre ellas, ni aun con el asentimiento del acusado ⁶⁹.”

1.5.2.6 Principio de concentración. La necesidad de que la prueba se forme ante el juez y el mismo juez, obliga a que la actuación se concentre en una sola etapa. En ella debe recaer toda la actividad procesal destinada a producir decisiones jurisdiccionales. Solo cuando circunstancias sobrevinientes de manifiesta gravedad impidan la continuidad de las audiencias y no exista alternativa alguna para su realización podrá el juez suspenderlas hasta que cese la gravedad.⁷⁰

El artículo 17 del CPP, estipula: Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda

⁶⁹ JAEN, VALLEJO. *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones en derecho penal.2002. Pg. 98.

⁷⁰ REYES, Op. cit., p.13.

por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará por que no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto.

De igual forma el artículo 454 del Código de Procedimiento Penal, consagra: La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trate de situaciones sobrevivientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión. El juez podrá decretar recesos, máximo por dos (2) horas cuando no comparezca un testigo y debe hacersele comparecer coercitivamente.

1.5.2.7 Principio de inmediación. La inmediación es el contacto directo del juez con las demás personas que intervienen en el proceso, especialmente con los testigos.

El artículo 16 del CPP, estipula que en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en éste código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías. “Si no se cumple con ésta exigencia, antes de proceder a la valoración de la prueba, realmente hay una carencia total de actividad probatoria, y por tanto, una

vulneración de la presunción de inocencia, por infracción grave de una de las garantías básicas del proceso penal”⁷¹.

1.5.2.8 El derecho a probar: La diferenciación entre lo que es considerado como prueba de lo que no es, nos remite a la clásica discusión entre tema de prueba y objeto de prueba, cuyo entendimiento es importante, antes de abordar los efectos de las excepciones probatorias al principio de inmediación.

Como primera medida, se hace necesario dilucidar qué es prueba, retomando lo que los tratadistas han enunciado al respecto, diferenciándola del medio que la incorpora, para llegar a la comprensión de su fin dentro del proceso y la posibilidad de admisión de excepciones probatorias, tales como la prueba de referencia.

El concepto de prueba puede tornarse inacabable, sin embargo, cualquiera que sea el alcance que se le dé, ha de orientarse a establecer relaciones entre lo ocurrido, lo aducido y pretendido, para crear en quien ha de decidir, el convencimiento de aquello que se pretende probar. Las partes conforme a las normas sustanciales y procesales, deben hacer uso de todas sus destrezas, capacidades y medios para aportarlas al proceso y conseguir el objetivo probatorio pretendido. Ahora bien, los estudiosos del derecho procesal, discurren en que esta facultad debe ser de competencia exclusiva de las partes y no del juez, en razón a que éstas persiguen un interés propio y excluyente, en el cual no debe intervenir quien tiene la función de decidir, bajo esta postura se considera que la misión del juez es resolver el conflicto intersubjetivo de intereses, sin incidir en su resultado, al hacerlo, está

⁷¹ *Ibíd.*, p.13.

quebrantando el equilibrio procesal, justificado sólo por un solidarismo judicial.⁷²

En el lenguaje común, prueba se usa como comprobación de la verdad de una proposición, sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar; no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se describe una verdad no afirmativa, sino por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada.⁷³

En realidad hay dos historias de la verdad. La primera es una especie de historia interna de la verdad, que se corrige partiendo de sus propios principios de la regulación: es la historia de la verdad tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias. Por otra parte, creo que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, hay otros sitios en los que se forma la verdad, allí donde se definen unas ciertas reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y, por consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, exterior de la verdad... En el derecho penal hay diferentes formas de verdad⁷⁴.

-La prueba jurídicamente puede ser entendida “como acción de probar, esto es, como la producción de elementos de convicción, como la actividad

⁷² SIERRA Ospina, Graicy. Op. cit.p. 429.

⁷³ CARNELUTTI, FRANCESCO., *Sistema de derecho procesal civil*. Tomo II. Buenos Aires, 1982, pág. 38

⁷⁴ Foucault, Michel. *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1980. Pg 17

procesal encaminada a obtener determinadas piezas judiciales dentro del proceso de verificación o representación de los hechos materia del debate. Es así como se dice en un momento dado, que el proceso está en período de prueba⁷⁵.

En síntesis, por prueba debe entenderse: los diversos medios, allegados al proceso mediante el cumplimiento de los requisitos legales, que contienen los motivos o razones para llevar al funcionario judicial, el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso⁷⁶. El tema de prueba está constituido por los hechos objeto de discusión dentro del proceso y que ameritan ser probados.

Diferentes tendencias dominan la carga de la prueba y de manera gradual, se arraigan en la mentalidad de los individuos y los jueces, aquella no se halla ausente de la influencia política de un estado determinado, de los fines e ideología de la sociedad. Es por ello que el estudio de la prueba, exige rigorismo y científicidad e integración con otras ciencias, especialmente en el campo de la lógica y la filosofía, superando el purismo jurídico, sin olvidar que en la realidad método y verdad se correlacionan, dado que el primero, no es otra cosa que el medio para encontrar lo segundo.

Montero Aroca, la define como "la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes,

⁷⁵ RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. *Derecho Probatorio Colombiano*.. 3 ediciones. Bogotá, ediculco, 1979, págs. 21-22

⁷⁶ Ibid., p. 69

certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos"⁷⁷.

Piero Calamendrei, afirmaba que “cuando en el proceso se habla de prueba, se hace siempre referencia a una prueba histórica, no a una prueba lógica o dialéctica, como la que ofrece el matemático “probando” un teorema: la prueba en sentido jurídico se dirige a suscitar en la mente del juzgador una imagen, una representación de la existencia o del modo de ser de los hechos concretos, esto es, de sucesos singulares de la vida, que han tenido existencia en el tiempo y en el espacio, bien en el mundo externo de los sentidos, bien en el interior del espíritu⁷⁸.

Eugenio Florían considera que el concepto de prueba es la síntesis de diversos aspectos, pues la figura de la prueba es poliédrico. Inclusive un análisis sucinto, nos muestra su complejo contenido, del cual debemos tener en cuenta los aspectos que más interés revisten para los fines prácticos del procedimiento penal.: “empero, si se le considera adentro del proceso penal, la prueba se presenta por un doble aspecto fundamental, y así puede hablarse de ella, en un sentido amplio, para designar el concepto de lo que se comprueba en el juicio, y también en sentido propio, restringido y específico, para indicar el concepto de lo que se comprueba en juicio con medios idóneos de prueba procesalmente establecidos. Es bien sabido que

⁷⁷ MONTERO Aroca, Juan. *La Prueba en el Proceso Civil*. Ediciones Civitas. 2ª Edición. Madrid 1998.

⁷⁸ CALAMENDREI, Piero. *El procedimiento monitorio o de intimación*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Edición 1946. Citado por: FLORES García, Fernando. *La prueba homenaje al Maestro Devis Echandia*. Bogotá. Universidad Libre. 2002.p.713

la comprobación puede conseguirse en el juicio penal aun sin el auxilio de especiales medios probatorios.⁷⁹

Tal como lo anotara ⁸⁰Silva Melero, la prueba procesal “no es más que un aspecto de la prueba general que, en el mundo de los valores, se nos ofrece de un modo polifacético, que unas veces se relaciona con el tráfico jurídico general; otras, afectando al dominio de la lógica, al de la investigación en las diferentes ciencias y adquiriendo particular relieve en las investigaciones sociales y humanas”

En suma, ⁸¹entendida la prueba como comprobación de la verdad del hecho , o como fijación formal del mismo, el resultado del empleo del medio o medios indicados sobre el objeto (percepción del hecho a probar) o sobre la fuente de ella (percepción del hecho diverso del hecho a probar y deducción de éste del hecho a probar), la actividad del juez y los hechos que sirven para la deducción se encuentran por tanto, respecto de la prueba, en una verdad de relación instrumental.

Así se puede colegir del artículo 372 de la Ley 906 de 2004: “Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”.⁸² De donde se

⁷⁹ GARCÍA Valencia Jesús Ignacio. Op. pg.65

⁸⁰ SILVA MELERO. *La prueba procesal*, Madrid, edit. Revista de derecho privado, 1963 tomo I, pg.30

⁸¹ CARNELUTTI, FRANCESCO. Op. cit. 80

deriva la necesidad de la actividad probatoria, concebida como "el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de elementos de prueba"⁸³. La prueba en el proceso penal acusatorio, está constituida por aquella actividad que han de desarrollar las partes exclusivamente, sin intervención judicial. Por parte del ente acusador, a objeto de establecer la culpabilidad del indiciado o imputado a desvirtuar el estado de no culpabilidad respecto del delito que se le atribuye o derecho a la presunción de inocencia, el cual es el punto de partida de toda consideración probatoria dentro de un proceso penal, que se inicia con la verdad provisional o interina de que el imputado es inocente.

La introducción de un sistema procesal penal de corte acusatorio, amerita un tratamiento y concepción particular sobre el tema de las pruebas y su incorporación y valoración en el proceso. La concepción y entendimiento de la prueba, resulta ser de enorme importancia para el sistema de justicia reinante en un ordenamiento político determinado, el tratamiento, valoración e incorporación, reflejan tanto el grado de civilidad de un sistema de enjuiciamiento, como el respeto por la condición humana y las garantías que le asisten a todo enjuiciado.

Este principio es uno de los más característicos de este sistema, toda vez que solo se considera prueba la presentada y discutida en el juicio, antes de esto, solo es elemento material probatorio o evidencia física. En aras de lograr la valoración directa del juez, la permanencia de la prueba que permita emitir una decisión basada y fundamentada en lo que se logre probar.

⁸² Artículo 372 Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Legis. Bogotá 2004. pg.76

⁸³ CAFERRATA NORES, José.. *La Prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 31.

-Fin de la prueba

Los medios probatorios son los elementos que en un sistema jurídico se consideran idóneos para producir certeza en el juzgador, implica elegir una opción fundamental y esta contribuye a caracterizar el sistema probatorio respectivo.⁸⁴ Denotándose una clara diferencia entre la finalidad de los medios probatorios en lo civil y en lo penal, que conduce a un tema mucho más álgido y polémico. En el nuevo sistema procesal penal acusatorio, la regulación jurídica del proceso de búsqueda de los hechos controvertidos por parte del juez, altera profundamente la función del proceso, el cual no sirve en realidad para conocer los hechos, o sea para establecer su verdad, sino únicamente para conseguir una fijación formal de ellos. En tal sentido, debe admitirse que la prueba se dirige únicamente a la persuasión del juez, esto obedece a la finalidad misma del proceso acusatorio, cuya finalidad política se encamina a la obtención y conocimiento de los hechos resultantes del proceso y fijados posteriormente en la sentencia, los cuales se consideran como las “verdades establecidas”, incluso aunque no lo sean frente a la realidad fáctica. Esto nos conduce necesariamente a corroborar lo aducido por ⁸⁵Goldschmidt cuando manifiesta que “la verdad formal es una no realidad, puesto que verdad no puede haber más que una, pero no puede olvidarse que de la verdad formal resulta luego la verdad material en el promedio de los casos.

Se constituye por consiguiente la prueba como la clave del debate adversarial que amerita un tratamiento y concepción particular, que va

⁸⁴ MENDEZ, María Lidia. *El derecho a la prueba como categoría jurídica*. En: <http://www.monografias.com/trabajos14/derechoalapueba/derechoalapueba.shtml>. Noviembre 03 de 2009.

⁸⁵ GOLDSMITH, James. *Principios Generales del Proceso*. Ed. Porrúa, S.A. México. 2001. Pg.15

desde la incorporación, la carga de la prueba y la valoración de ésta última, por cuanto el tema de la igualdad al interior del proceso se enfoca precisamente a: quien debe probar, quien puede probar y qué se pretende y puede probar, y qué fin se persigue con la prueba, por ello la historia permite colegir, que toda prueba se funda en una verdad, bien sea formal o material, orientada a formar el convencimiento del juez.

Prueba y verdad se hallan correlacionadas a tal extremo, que podría decirse que no hay verdad sin prueba, en cuanto la prueba es la piedra de toque, el medio de aquilatar, de admitir la evidencia incuestionable de la verdad, de verificar (*verum*) la verdad encontrada, de cerciorarnos (*certus*) de su exactitud, de su certeza legítima. Toda verdad debe resistir a la prueba de la duda y salir triunfante de ella, por medio de la prueba, de la cual podríamos decir que es hija de la duda y madre de la verdad.⁸⁶

La verdad en el proceso, no puede ser absoluta porque estamos frente a una ciencia social y humana, no exacta, pero no por ello, debemos desvirtuar la consecución de la verdad para plasmarla en una decisión que enaltezca la justicia y que legitime el poder del Estado ante la sociedad que espera de su ordenamiento jurídico, justicia, pero que dado su complejidad, no se sabe a ciencia cierta que debe entenderse por tal, aunque si se pueda catalogarse unánimemente ciertas conductas de injustas⁸⁷.

A propósito considera el maestro Alvarado Velloso, que la figura del juez investigador, a la que asocia con una búsqueda obsesiva de la Verdad y la

⁸⁶ DELLEPIANE. *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá: Editorial Temis. Colombia. 2003. p. 33

Justicia “como valores absolutos”. Se esfuerza en mostrar los riesgos de tal actitud y la necesidad gnoseológica de admitir, en el plano procesal, la relatividad de esos valores. Es claro que, como decíamos antes, las exageraciones no son buenas en general y, menos aún, dentro de ese marco tan particular y tan esencial para la vida de una sociedad que es el proceso judicial.⁸⁸

1.5.2.9 La igualdad de armas. El principio de igualdad de armas, consagrado en nuestra legislación procesal penal tiene un prosapia constitucional como lo es el debido proceso e igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29-13 y 229 de la Constitución Política)⁸⁹, donde se garantice a las partes las mismas posibilidades de alegación prueba e impugnación. Al respecto la Corte Constitucional Colombiana ha señalado:

“Algunos doctrinantes y la propia Fiscalía General de la Nación hacen referencia a él como el principio de ‘igualdad de armas’, queriendo indicar con ello que, en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. El Tribunal de Defensa de la Competencia Español (Resolución 240), ha establecido, por ejemplo, que el principio de igualdad de armas “exige que se conceda el mismo tratamiento a las partes que intervengan en el expediente”.

En la Convención Europea de Derechos Humanos, el principio de igualdad de armas se hace derivar del artículo 6.1, contenido del

⁸⁸ ALVARADO Velloso, Adolfo. *La prueba judicial*. En: <http://www.salvador.edu.ar/juri/avnv/PRUEBA%20JUDICIAL.pdf>. Diciembre 15 de 2009.

⁸⁹ Constitución Política Colombiana. Artículos 29-229. Bogotá: Legis. Colombia. 2007. p. 17

principio jurídico conocido bajo el brocardo “audiatur et altera pars” y que literalmente significa, escuchar también a la otra parte. Dice al respecto la Convención Europea:

Artículo 6: Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...

Así entonces, el principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección.

Desde otra perspectiva, el principio de igualdad de armas constituye una de las características más sobresalientes de la metodología de investigación que impone el entrante modelo acusatorio.⁹⁰

-El sistema procesal penal regulado por la Ley 906 de 2004, al permitir que sean las partes las que entablen el debate contradictorio probatorio y no un tercero, es considerado como el más garantista desde la óptica nugatoria que no comparte las facultades probatorias oficiosas en cabeza del juez. No obstante, tratándose de un principio como el de la igualdad, y en especial el de igualdad probatoria, sugiere para su concretización, lineamientos hermenéuticos, que permitan superar la abstracción del mismo, y le brinden al juez mayores elementos que posibiliten el acercamiento del ciudadano a la ley por intermedio del derecho procesal.

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2005. Magistrado Ponente Gerardo Monroy Cabra.

Según la Corte Constitucional ⁹¹el principio de igualdad está encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.

Acusador y defensa, pueden aportar en el juicio, para su confrontación, los elementos materiales probatorios y las evidencias, los cuales servirán de base para fundamentar sus pretensiones, donde se enfrenten jurídicamente en igualdad de condiciones, entendiéndose por tanto, que se está frente a un proceso igualitario y por ende justo, en el caso de equiparación de la igualdad como se expresó en anteriores apartados al valor justicia, y considerando la misma desde una noción de equivalencia, es decir igualdad como proporción igual, sin tener en cuenta ningún aspecto diferenciador entre sujetos, ni las diferentes condiciones subyacentes a los mismos

⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández

CAPÍTULO II.

1. EL RECURSO DE CASACIÓN DESDE LA CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA.

En este capítulo se analiza desde una óptica constitucional Colombiana el recurso de casación.

Sumario: 1.1 Principios que rigen la casación. 1.2 Naturaleza y características. 1.3. Fundamentos constitucionales. 1.4 El recurso de casación en la ley 906 de 2004. 14.1 Las causales en la Ley 906 de 2004. 1.4.2 Causales del recurso de casación por vicios in indicando. 1.4.3 Causales de casación por vicios in indicando. 1.4.4. Causales por vicios in procedendo en la ley 906 de 2004. 1.4.5. Procedencia del recurso. 1.4.6. El recurso de casación como control de constitucionalidad en la ley 906 de 2004. 1.4.7. La incorporación de la legislación internacional en el derecho penal.

No es posible escindir el derecho del fenómeno político. La relación dialéctica poder-derecho permite la expresión de la siguiente fórmula: el poder proviene del derecho, así como el derecho proviene del poder. Esta frase nos remite necesariamente al punto en el cual tiene lugar la interacción del poder y el derecho: el fenómeno constitucional. La constitución, como manifestación del poder político del poder constituyente, funge a su vez como norma de normas encerrando una doble naturaleza política-jurídica

que obliga a la aproximación de ambas esferas para una correcta comprensión del fenómeno constitucional.⁹²

El constitucionalismo contemporáneo impregna a las Constituciones de un carácter normativo y vinculante en aras de alcanzar los fines previstos en un modelo de estado. La nueva estirpe de estado traza nuevos ámbitos de protección que a diferencia del Estado de Derecho, ya no se enfoca sólo a la protección de los derechos fundamentales sino también los sociales y colectivos entre otros. Adicionalmente permite mayores facultades interpretativas en aras de la prevalencia del derecho sustancial, lo que produjo un aumento de la producción normativa y la constitucionalización del derecho colombiano. La interpretación constitucional se convirtió en un tema fundamental y polémico, por cuanto otorga mayor espacio para la actividad judicial, pero exige mayor capacidad de argumentación, valoración e interpretación legal y constitucional.

El recurso de Casación como pieza fundamental para la procura de las garantías y derechos ha sufrido importantes cambios desde la Constitución de 1991, entre las que se pueden citar, una disminución de las formalidades del recurso y la aparición de nuevas causales.

Desde el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, se introdujo una nueva modalidad de Casación llamada excepcional o por vía de discrecional, que concedía la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando se encontraba demostrada la violación a derechos fundamentales:

⁹² ESTRADA, Vélez Sergio. REVISION DE LA TEORIA DE LA TRIDIMENSIONALIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS. Universidad de Medellín. Ponencia del Primer encuentro internacional de teoría general del derecho. Medellín., 2004. Pg. 5

De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, puede admitir demanda de Casación contra sentencias de segunda instancia, distintas a las arriba mencionadas, a 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. Aunque esta modalidad desapareció con la Ley 906 de 2004, se denota un claro interés del legislador de otorgar instrumentos legales para la defensa y reivindicación de las garantías fundamentales.

Cabe igualmente recordar que en sentencia C-596-00 la Corte Constitucional Colombiana afirmó: “(...) en razón a la primacía que se reconoce a los derechos constitucionales fundamentales es obligatorio para el tribunal de casación pronunciarse oficiosamente sobre la violación de éstos, aun cuando el actor no formule un cargo específico en relación con dicha vulneración”. Así las cosas puede afirmarse que la Casación en Colombia está tomando un viraje importante haciéndose más asequible y necesaria su interposición como mecanismo idóneo en la consecución de los fines del Estado social de Derecho⁹³.

1.1 Principios fundamentales de la casación.

El fundamento y finalidad de la casación es resguardar el principio de igualdad ante la ley asegurando la interpretación unitaria de la ley de fondo, sometiendo en definitiva su interpretación al más alto tribunal de la Justicia

⁹³ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia. C-596-00. Santafé de Bogotá, D. C., mayo *veinticuatro* (24) de dos mil (2000). En: www.dmsjuridica.com. Enero 30 de 2010.

nacional o provincial, ante el cual la causa llega con los hechos del proceso definitivamente fijados, para que solamente se juzgue de la corrección jurídica con que han sido calificados", de una parte; y de la otra, preservar la observancia de las garantías de la libertad individual y en particular del juicio previo en el cual se asegure la defensa, haciendo efectiva la verdadera y amplia interpretación de la regla: juicio no sólo previo sino también legal. Podemos afirmar, que el recurso de casación, es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal, por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva.

Entre los principios que rigen tal figura están:

- Interés público: por medio del recurso de Casación se denuncian las transgresiones del orden jurídico, se unifica la jurisprudencia y la arbitrariedad en la administración de justicia. La casación hace efectivo el cumplimiento del derecho objetivo y de la ley en sentido abstracto.
- Principio de interés particular: además de la protección del interés público, el recurso de Casación busca el restablecimiento del derecho o la reparación del agravio, aunque se considere como un fin secundario, la articulación de una recta administración de justicia se concretiza en el caso concreto.
- Principio de taxatividad: Significa que el recurso solo puede invocarse bajo causales previamente contempladas en la ley de forma expresa.
- Principio de limitación: Significa este principio que el ámbito de competencia, discusión y fallo del asunto sometido a Casación lo fija

exclusivamente el recurrente. Esto es, la Corte sólo estudia las pretensiones o causales propuestas por el recurrente o recurrentes. De manera que este principio se subdivide en:

- Principio de limitación para las partes, por cuanto éstas deben someterse exclusivamente a las causales previstas en la ley.
- Principio de limitación para el juez o Tribunal de Casación, en cuanto que al estudiar y fallar el recurso, sólo lo puede hacer dentro de los rumbos y parámetros fijados por el recurrente en la demanda.⁹⁴
- Principio de prioridad o preeminencia: Se refiere al carácter lógico y ordenado en que se deben formular las diferentes causales que se invocan al atacar una sentencia, la Corte procede a examinar las causales alegadas y las resuelve unas causales en prelación a otras y en orden lógico.

El artículo 186 de la Ley 906 en cuanto a este principio estipula que: “a juicio de la Sala, por razones de unificación de la jurisprudencia, podrán acumularse para ser decididas en un mismo fallo, varias demandas presentadas contra diversas sentencias”.⁹⁵

- Principio del agravio. Solamente el recurrente que haya sufrido perjuicio con la sentencia está legitimado para interponer el recurso. Cuando la sentencia recurrida viola el interés de las partes, o de los intervinientes en el proceso, éstos se legitiman para recurrir en Casación.
- Principio de presunción de acierto y de legalidad del fallo recurrido: Al recurrir en Casación es necesario que el recurrente desvirtúe de

⁹⁴ TOLOSA VILLABONA, Luis. Op. pg.113

⁹⁵ Artículo 186 de la Ley 906 de 2004. Sánchez Ltda. 2007, pg. 326.

manera clara y demostrativa del error las presunciones legales: a) de acierto que significa que la sentencia es verdadera por cuanto cumple con el aspecto lógico jurídico en la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho b) la legalidad, en esencia significa que el fallo se ajusta a la Constitución, a la ley material y procesal y que se dictó conforme a derecho. Estas dos presunciones tienen que desvirtuarse para lograr la prosperidad del recurso de casación.

- Principio de la Justicia: La casación se constituye en un mecanismo idóneo para lograr este principio al permitir la reparación del agravio sufrido por el recurrente y la sustitución de la sentencia, corrigiendo los errores o reenviando el proceso al juez de instancia para que los reponga.
- Principio de corrección y de invalidación. De prosperar el recurso la Corte de Casación, al evidenciar la violación de la ley sustancial o la existencia de errores o vicios asume funciones de corrección. De ahí que el recurso de casación, salvo en asuntos laborales, tiene un fin renovador del proceso.
- Principio de la técnica: Conlleva al cumplimiento de unos principios mínimos de técnica y lógica jurídica, de tal suerte que no puede acusarse frente a la aplicación de la misma norma el fallo por aplicación indebida y al mismo tiempo por interpretación errónea, salvo que se acusen las normas de forma separada. Los motivos alegados en casación exigen un desarrollo lógico y coherente frente a las normas aducidas, tampoco pueden refundirse los errores de hecho y derecho.
- Principio de la Constitucionalidad. El recurso de Casación se encuentra consagrado en la mayoría de ordenamientos constitucionales, Su importancia radica entre otros aspectos, en el permitir un control jurisdiccional, la protección de los derechos

fundamentales como el debido proceso, posibilitando el ejercicio práctico del derecho objetivo y la reparación del agravio.

- Principio de autonomía: Cada cargo se debe presentar de forma autónoma que por sí solo pueda anular el fallo de forma parcial o total. La legalidad del fallo se quiebra en cuatro posibles sentidos:

Para convertir un fallo condenatorio en una decisión absolutoria: para convertir una condena en absolución; para lograr una morigeración de la pena; o para incrementar el monto de la condena. Pero cada discurso, cada causal, cada sentido de quebranto normativo tiene un discurso específico, luego es pertinente escindir el contenido como se debe sustentar cada cargo⁹⁶.

La falta de objetividad al asumir el recurrente el contenido de los fallos de instancia y el ataque, convierte el fundamento del cargo en otra perspectiva en la valoración de las pruebas, con la que se critica simplemente la realizada por el juzgador, pasando por alto que el juicio que se hace en casación sea la sentencia y jamás constituye una prolongación del debate sostenido en las instancias. Este tipo reargumentación al que se acudió en la demanda, carece de entidad para estructurar error sobre el cual se pueda edificar el reproche en casación, porque el análisis realizado por el fallador corresponde al ejercicio del poder discrecional conferido a él por la ley, en consecuencia, sus conclusiones probatorias prevalecen por llegar la sentencia a esta sede, amparada por la doble presunción de acierto y legalidad⁹⁷.

⁹⁶ CASTAÑEDA DIAZ, Augusto. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN Y LA ACCIÓN DE REVISIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. Colombia. Editorial Ibañez.2008, pg. 300.

1.2. Naturaleza de la casación.

En cuanto a su naturaleza jurídica puede afirmarse que la casación penal es medio de impugnación extraordinaria contra resoluciones judiciales de último grado, se caracteriza por su tecnicismo o formalidad, es limitado o restrictivo a ciertas resoluciones por las causales que la ley determina, que condiciona la decisión o fallos "secundum iuris".

- El recurso es de carácter extraordinario, ya que no puede proponerse frente a todo tipo de proceso ni a toda clase de sentencia, siendo necesario el agotamiento previo de todos los recursos. En efecto la casación reúne los principios que rigen la actividad impugnativa, pues su ejercicio está sujeto a un plazo, se requiere de la noción de agravio como presupuesto subjetivo para la impugnación, cuenta con un período de sustentación. Es un verdadero medio de impugnación ya que sólo procede contra sentencias o autos de último grado, es decir, de segunda instancia, se fundamenta en el derecho de pedir su anulación, se promueve ante un organismo especializado: la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; se desenvuelve como una fase extraordinaria del juicio, se apoya en causales taxativamente señaladas en la ley; y finalmente se limita a las expresamente propuestas. Por razón de esta característica, la Corte no sólo está vedada para reconocer causales de manera oficiosa, sino que, además, se encuentra inhibida para proceder a la complementación o rectificación de las omisiones, inconsistencias y defectos que se observen en la formalización de un recurso de casación, empero, esta limitación de los poderes del tribunal de casación, no opera de manera

⁹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 24/07/2003 Rad: 16453 M.P. Dr. Hernán Galán Castellanos.

absoluta, toda vez que cuando se anula el fallo recurrido se convierte en tribunal de segunda instancia y procede a dictar la resolución que corresponde.

- La Casación no se considera una instancia, porque ésta es el conjunto de actos procesales o de actuaciones que realiza el juez y las partes de manera sucesiva y preclusiva hasta proferirse un fallo. En la Casación se compara la sentencia con la norma jurídica procesal o sustancial para establecer el quebrantamiento de la ley y en tal caso proceder a anularla o casarla, no obstante esta afirmación es debatida por diferentes tratadistas al considerar el recurso como ordinario por cuanto está sometido a la interpretación más favorable bajo causales taxativas.
- La actuación del juez de Casación está limitada a lo alegado por el causante, no puede por tanto emitir un nuevo juzgamiento, sino proceder frente a lo impugnado, lo decidido en la sentencia y la norma jurídica.
- Es un recurso técnico y formalista, aspecto bastante cuestionado por cuanto las exigencias exacerbadas de requisitos de forma suelen anteponerse frente al derecho sustancial, conculcando incluso las finalidades del recurso, tornándose inalcanzable para el ciudadano, incluso para juristas de gran trayectoria.
- En materia penal el recurso de Casación se concede con efectos suspensivos.
- La sentencia se demanda en casación por errores in iudicando o por errores in procedendo, esta división de orden doctrinal, ubica las primeras causales cuando la sentencia quebranta la ley sustancial y las segundas cuando se quebranta la ley procesal.
- El recurso es dispositivo, nace de la voluntad de la parte, del procesado o autorizado legalmente, la decisión de la sentencia se

encuentra limitada por lo demanda misma. La actuación procesal inicial termina con el agotamiento de los recursos procedentes.

- La sentencia de Casación contempla un interés público, claro está que también un interés privado o particular frente a la pretensión y los errores que se alegan, pero su naturaleza es pública, ya que se busca la efectividad del derecho material, y el respeto por las garantías procesales.
- Toda sentencia, como disposición aplicadora del derecho, es una decisión política, pero las decisiones de los tribunales de primera y segunda instancia y las que recaen en un recurso de casación se diferencian, en que en los primeros dos casos el interés particular es lo esencial. Las partes ponen en movimiento la actividad jurisdiccional para satisfacer sus privativos intereses, mientras que en casación, aunque opera el principio dispositivo, el Tribunal se coloca en situación diferente: el interés que prima es el de aplicar la ley que ha sido quebrantada, restablecer la unidad del derecho vulnerado, garantizar la certidumbre jurídica.⁹⁸
- Es un recurso formalista. Como la casación no es una tercera instancia sino una fase extraordinaria del proceso, en la que se debate en estrictos derechos la legalidad del auto o sentencia impugnada, donde no existen plazos para la presentación de pruebas, se comprende que ella se desarrolla sobre la base de un memorial, que debe consignar el señalamiento de las causales alegadas los motivos que la acreditan, así como las disposiciones legales que se consideran infringidas. Este memorial no es una simple alegación de instancia, es un escrito sistemático que indica lógica y jurídicamente

⁹⁸ DUJARARIC HART. Marina. El Recurso de Casación. Editorial de ciencias Sociales, La HABANA, 1988. pg. 17-18.

los errores cometidos en la resolución, violación de una norma sustancial o procesal, ceñido a las exigencias mínimas de forma y contenido que precisa la ley

1.3 Fundamentos constitucionales.

Con la expedición de la nueva Carta Política de 1991, no sólo se dio un cambio de paradigma constitucional y estatal, sino que se consagró una gama de derechos fundamentales de realce europeo, enraizado en la revolución francesa y americana. Se consagró igualmente, una constitución de corte normativo e integrativo, al igual que la aplicación de principios individuales. Se dio paso a la primacía de los derechos sociales, superando el papel pasivo del estado de derecho y de la constitución de 1886, de corte programático. Tal cambio es consecuencia de la crisis social y económica que comenzó a manifestarse a mediados del siglo XIX, tal prototipo de estado colapsó, entre otras causas, por la sujeción ciega y exacerbada de la ley por la ley. Después de la segunda guerra mundial empieza a restablecerse la normalidad constitucional en Europa y los gobiernos tuvieron que concentrarse en actividades dirigidas a la protección real y efectiva de derechos básicos de toda la población. Las constituciones comenzaron a incluir amplios catálogos de derechos fundamentales, para proteger efectivamente la dignidad humana, en igual propósito se reconocieron una serie de mecanismos judiciales para la defensa y protección de los derechos tanto individuales como grupales.

Es así como en la Constitución Colombiana, encontramos el artículo 89 el cual enseña que “la ley establecerá los demás recursos 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 públicas⁹⁹. Y luego de introducir la acción especial de pérdida de investidura contra congresistas y le da un estatuto constitucional a la Casación.

De ahí que su naturaleza es de estirpe constitucional cuyo control y actividad está en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, la cual en su función, deberá cumplir con:

- La prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho instrumental de que trata el artículo 228 de la C.N.
- Asegurar el principio de igualdad en las diferentes actuaciones judiciales
- Garantizar el debido proceso
- Reparar los agravio que sufran las personas dentro del proceso con ocasión de las sentencias en las que el juez incurre en errores in indicando y errores in procedendo.
- Procurar la justicia en la actividad judicial.
- La correcta aplicación de la ley sustancial y procesal de conformidad con el artículo 29 CN.
- Cumplimiento del mandato de prohibición de la reformatio in peius, aunque en el procedimiento penal actual no aparece como causal autónoma, puede invocarse por vía de la causal primera.

El contenido principialístico y teleológico de la Constitución permite enjuiciar su quebrantamiento por vía de casación, en un cargo concreto. La prueba más contundente de ello, se encuentra en la excepción de inconstitucionalidad que consagra la Constitución Colombiana en su artículo 4°, por la cual en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y

⁹⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 89. Editorial Legis.2007. pg.15

una norma legal, el juez debe aplicar de forma preferente la disposición constitucional; por tanto la infracción de una norma constitucional en forma directa o indirecta, o por seleccionar la incorrecta o interpretar erróneamente la pertinente, sirve de apoyo para estructurar un cargo en casación.

La casación por consiguiente, debe mirarse no solo desde la óptica legal, sino desde una perspectiva constitucional, por cuanto el denominado bloque de constitucionalidad forma parte de la legislación interna y frente a ella no puede sustraerse el sentenciador.

La Corte Constitucional lo expresó en repetidas ocasiones, como en la sentencia C-225 de 1995 al manifestar que “en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo al ordenamiento interno nacional”.¹⁰⁰

De manera que las normas constitucionales, no sólo por virtud de la excepción de inconstitucionalidad, sino por la prevalencia de la parte normativa o dogmática de la Constitución sobre la parte orgánica, permiten sin vacilación alguna fundar un cargo en casación por violación de normas de la Constitución, pero además, si hay violación de los derechos fundamentales debe perentoriamente la Corte de Casación, en forma oficiosa pronunciarse sobre el particular, así no se haya invocado cargo alguno al respecto. Este criterio ha sido reiterado por ejemplo en la Sentencia C-596/2000 donde expresó la Corte Constitucional: “en relación con la exigencia procesal, en el sentido de que la acusación contra la sentencia debe basarse en la violación de la ley sustancial, anota la Corte lo siguiente:”

¹⁰⁰ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-225 de 1995. cuatro (4) de febrero de dos mil tres (2003) expediente D-4111.

El concepto de ley sustancial no solamente se predica o limita a las normas de rango simplemente legal. Este comprende por consiguiente las normas constitucionales que reconocen los derechos fundamentales de la persona, y aún aquellas normas de las cuales pueda derivarse la existencia de un precepto específico, por regular de manera precisa y completa una determinada situación”¹⁰¹.

La primacía constitucional que permite acusar las sentencias objeto de Casación por violación de las normas del bloque de constitucionalidad o de la Constitución se ve reflejada en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, materializando la tesis de prevalencia y aplicación directa de las normas constitucionales. Ello obedece a la inherencia de los derechos fundamentales en todo el conjunto de disposiciones legales, en especial en el derecho penal, lo cual ha demandado una teoría identificadora de los mismos, al respecto, el profesor Tulio Elí Chinchilla Herrera, plantea varios criterios para identificar los derechos fundamentales, argumenta a propósito que hay:

“Un criterio axiológico o material, según el cual un derecho fundamental se identifica por su naturaleza misma, por ser una cualidad valorativa o propiedad ética intrínseca que le otorga ese carácter, independientemente de cualquier otro dato externo, formal o técnico. Son fundamentales los derechos que admiten una sustentación axiológica basándose en cualquiera de estas dos vías: a) por ser inherentes o esenciales a la persona humana” de tal manera que sin ellos no es concebible la existencia del ser humano con sus atributos definitorios: racionalidad, libertad, autonomía moral y con el estatus de dignidad que le es inherente (de allí su carácter de inalienables); b) por ser una derivación inmediata, directa y evidente de ciertos valores y principios supremos que hacen las veces de axiomas éticos y como tales, dan sentido y fundamento moral a todo el orden constitucional. Esos valores o

¹⁰¹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia. C-596-00. Santafé de Bogotá, D. C., mayo *veinticuatro* (24) de dos mil (2000). En: www.dmsjuridica.com. Enero 30 de 2010.

principios axiales son: la dignidad de la persona humana, la libertad, la igualdad, el trabajo y la solidaridad; y por tanto, son fundamentales, desde esta perspectiva, todos los derechos que se revelen como imprescindibles para su realización, de tal manera que si no se tutelaron esos derechos, aquellos valores sufrirían lesión grave y sustancial o quedarían frustrados en forma insuperable”¹⁰².

1.4 El recurso de casación en materia penal.

La ley 906 de 2004, introdujo modificaciones importantes y sustanciales al recurso de casación. El capítulo IX de la citada ley, desarrolla en los artículos 180 al 198 lo relativo a este recurso. En primera medida, cabe señalar su finalidad, la cual se orienta a “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”, en cuanto a este aspecto se conservan las mismas finalidades establecidas en la ley 600 de 2000, solo que se adiciona “la efectividad del derecho material y el respeto por las garantías de los intervinientes.

El artículo 181 de la ley 906 de 2004 señala la procedencia del recurso de casación: “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:

1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.

¹⁰² CHINCHILLA Herrera, Tulio Eli. *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales*. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1999. pg.98

2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.
3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.
4. Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y l¹⁰³a cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil.

Por su parte el artículo 182 de la misma ley citada, expresa lo concerniente a la legitimación para recurrir: Están legitimados para recurrir en casación los intervinientes que tengan interés, quienes podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio¹⁰⁴.

Comenta la doctrina que se exige que el interviniente procesal recurrente haya sufrido agravio con la decisión atacada en casación, el cual puede surgir cuando se ha recurrido la sentencia de primera instancia, como, cuando no habiéndolo hecho, resultó afectado con el fallo de segunda instancia por modificación de su situación inicial o por inclusión personal en la decisión que inicialmente lo excluyó; pues, cuando en la sentencia de segunda instancia no se ha modificado su situación, así haya sufrido agravio con la de primera instancia pero que no recurrió en su momento, se carecerá de legitimación para recurrir en casación¹⁰⁵.

¹⁰³ Artículo 181 del Código de procedimiento penal colombiano. Op. pg. 326.

¹⁰⁴ Artículo 182 de la Ley 906 de 2004. Ley 906 de 2004. Op. 2007, pg. 326.

¹⁰⁵ AA.VV. Nuevo Código de Procedimiento Penal sistema acusatorio. Colombia. Jurídica Sánchez. 2007. Pg. 326.

El recurso de Casación se orienta por consiguiente, a la garantía o defensa de los derechos fundamentales, se erige como un control constitucional de la actividad judicial, proteccionista e humanístico que antepone la legalidad a la voluntad autoritaria, permitiendo denunciar los errores que los jueces cometen en sus sentencias, cuando afectan la legalidad del sistema jurídico. Resulta correlacional la teleología del recurso de casación a la nueva racionalidad del derecho, guardando una dialéctica comprensiva entre lo humano y las concepciones de justicia que ostenta una sociedad. Se acude a la visión antropológica del sujeto y su prevalencia sobre el objeto, para lograr una coherencia conceptual y política del ser fundado en el respeto por la dignidad humana.

Estamos entonces ante una nueva dogmática extrasistémica (abierta al problema) e integrada con los sistemas abiertos y autopoieticos que permite, hemos señalado, la reformulación de los factores estructurales de la conducta desviada, que está en la base de los conflictos sociales y permite que aquella sea el módulo de aplicación y que la política criminal, con sus disciplinas tributarias, lo sea de crítica debelación de la realidad, para hacer virtual y operativo el principio constitucional de la igualdad material que subyace en las normas citadas, a más de la culpabilidad, concebida en la forma ya indicada, es decir, como proporcionalidad y exigibilidad, o sea, atribuibilidad del hecho injusto a su autor en virtud de la capacidad de motivación frente a las normas pertinentes.¹⁰⁶

Asimismo, el recurso de casación tiene como finalidad la unificación de la jurisprudencia, pretende trazar criterios para los falladores, recuperando las fuentes del derecho para la resolución de los conflictos. Es uno de los fines

¹⁰⁶ RIVERA LLANO, Abelardo. Op. cit. 706

más importantes del recurso de Casación en el derecho continental. La jurisprudencia es una de las fuentes más tonificantes y refrescantes del derecho, porque día a día recrea su marco teórico permitiendo su actualización, frente al carácter pétreo y estático de la norma jurídica. Si bien es cierto que el derecho continental el juez está sometido al imperio de la ley, también goza de independencia o autonomía; él encuentra en la jurisprudencia una fuente orientadora, de manera que los precedentes pueden iluminar su trabajo histórico-jurídico en la fijación de criterios para la solución de cada caso concreto y en la aplicación de la ley.

Esta finalidad es de las más importantes del recurso, entre otras cosas por las siguientes razones:

- Evita los litigios y la disparidad de criterios, en cuanto fija armonía jurisprudencial.
- Fija criterios interpretativos de la ley
- Evita interpretaciones contrarias a la ley, decisiones contradictorias sobre el sentido de una norma.
- Permite la actualización de la ley frente a los momentos históricos.
- Evita la improvisación al imponer respeto al precedente fijando reglas abstractas, generales e impersonales.
- Otorga seguridad jurídica a los ciudadanos y da coherencia a un sistema jurídico.
- Protege la libertad ciudadana frente a las interpretaciones arbitrarias y caprichosas de los jueces que afectan las libertades socioeconómicas (libertad contractual), las libertades ciudadanas, los derechos fundamentales y las garantías.

- Legítima el principio de igualdad frente a la injusticia que surge cuando casos análogos son resueltos de forma diferente.¹⁰⁷

Desde la vigencia de la Constitución de 1991, el tema de la doctrina del precedente en la unificación de la jurisprudencia, constitucional, es uno de los temas que más ha ameritado precisión y claridad técnica, cuyo entendimiento se hace necesario para aclarar la pregunta respecto si en Colombia existe una doctrina del precedente constitucional. Tratadistas como Carlos Bernal Pulido, consideran que ¹⁰⁸el precedente constitucional es toda ratio decidendi que haya servido a la Corte Constitucional para fundamentar una decisión suya. En este sentido, el precedente constitucional es un argumento contenido en la parte motiva de toda sentencia de la Corte Constitucional y se diferencia de los obiter dicta o afirmaciones de carácter general en que en sentido estricto no representan un pilar de la sentencia, sino sólo una razón argumentativa de orden secundario. Abordar el tema de la unificación de la jurisprudencia requiere un tratamiento especial, más aún frente a la existencia de corrientes escépticas que descreen la posibilidad de fundamentar en las disposiciones de nuestro derecho la idea de que la jurisprudencia pueda tener fuerza vinculante. Se trata de una postura tradicionalista que establecen la sujeción de los jueces solo al imperio de la ley, de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Política, en contra posición, está la tesis optimista que presenta igualmente reparos del orden práctico, como lo es no contar con una única jurisdicción en donde se reconozca la superioridad jerárquica de una sola Corte.

¹⁰⁷ TOLOSA VILLABONA. Luis Armando. Op. pg. 81

¹⁰⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los Derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005 pg. 151

La unificación de la jurisprudencia Colombiana como uno de los fines de la Casación resulta imprescindible, aunado a la consolidación de la doctrina del precedente constitucional por vía jurisprudencial, para cuyo propósito se requiere entre otros aspectos la sujeción de los poderes públicos, pues tal como lo estipulara la Corte Constitucional en sentencia SU-047 de 1999, está obligado a aplicar el precedente constitucional “todo tribunal, y en especial el juez constitucional”. ¹⁰⁹Corroborar como razones que fundamentan la fuerza vinculante de la jurisprudencia en general y en particular, de la jurisprudencia constitucional las siguientes:

- Seguridad jurídica y coherencia del sistema jurídico, “pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.
- Protección de la libertad ciudadana y del desarrollo económico, “ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.
- Derecho fundamental a la igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez.
- Como mecanismo de control judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presenta caracteres análogos.

¹⁰⁹ *Ibidem.* pg. 172

Estas finalidades no fueron desconocidas en la ley 906 de 2004, pues tal como lo consagra el artículo 180: “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. Por su parte el artículo 181 de la misma disposición contempla la procedencia del recurso:

El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos garantías fundamentales por:

1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.
2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.
3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.
4. Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil”.

1.4.1 Causales de casación en la ley 906 de 2004.

1. Falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.
2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.
3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.

Y agrega: “Cuando la Casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente,

deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecida en las normas que regulan la casación civil”.

Las causales primera y tercera del citado artículo, se consignan como causales de Casación penal constitutivas de vicios in iudicando, mientras que la causal segunda actualiza y reclasifica las tradicionales causales constitutivas de vicio in procedendo en materia de Casación penal, apunta al control constitucional a la protección del bloque de constitucionalidad y la Constitución.

1.4.2 Causales generadoras de vicios in iudicando.

Como se dijo anteriormente, las causales generadoras de Casación pueden ser de dos tipos, las generadoras de vicios in iudicando y las constitutivas de vicios in procedendo.

Las primeras se constituyen por violación de la ley material o sustancial que ventilan errores de juicio, de hecho o de derecho, en la resolución de un caso concreto. Es decir, aquellas que surgen con ocasión de la actividad intelectual del juez y que en caso de demostrarse obligan al pronunciamiento de un nuevo fallo o el reemplazo de la sentencia. En materia penal es típica la causal por violación de la reformatio in peius, aunque no se encuentra consagrada como causal autónoma, como sí ocurre en materia civil, puede ser alegada por vía de la causal primera de casación. La conculcación de la reformatio in peius se considera como violación de la ley sustancial de rango constitucional, toda vez que el artículo 31 de la Constitución Política señala: “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”.¹¹⁰

La violación de la ley sustancial bien pueda darse por vía directa y por la vía indirecta.

- Violación por vía directa. La violación por vía directa proscribe las desavenencias fácticas entre el recurrente y la sentencia impugnada, porque la infracción lesiona inmediatamente la normatividad por haberse desconocido la voluntad abstracta del legislador al caso regulado por ella con respecto a su alcance, efectos o sentido. Se trata, entonces de una causal de puro derecho, eminentemente jurídica, ajena a aspectos fácticos. Esta causal se produce en todos los casos en que, aun cuando el juez haya hecho una correcta valoración de los medios probatorios que reposan en el proceso, deja de aplicar una norma jurídica clara, cuyo texto no ofrece dudas, que regula la situación de hecho debidamente comprobada y cuando habiendo aplicado la disposición que regula la situación planteada en el proceso, desconoce un derecho claramente reconocido en ella, es decir que aplica la norma en forma incompleta.

En la violación directa lo que se discute es la selección de la norma y la valoración jurídica o alcance de ella, más no el alcance probatorio. Las tres formas constitutivas de violación directa de la ley sustancial son:

-Falta de aplicación de la ley sustancial. Se constituye por negación de un precepto jurídico en el fallo emitido. Se trata de un error de derecho, por desconocimiento de la norma, o por no haberle reconocido validez, sea por desconocimiento del fallador o por rebeldía en su aplicación.

¹¹⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 31. En <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma>.

Se trata de un caso típico de error de existencia de una norma jurídica que el maestro Hernando Morales Molina acertadamente concretiza en los siguientes puntos

1. En los límites de la norma, por considerarlos más restringidos de los que realmente son, y por lo tanto, deja de aplicarse el precepto al caso.
2. En los principios emanados de la transición de una legislación a otra por no aplicar la norma que conforme ellos debía aplicarse, esto es, la Ley antigua o la nueva, según el caso.
3. En el derecho de las partes a derogar la ley supletoria o potestativa, por dejar de aplicar la ley que las partes no derogaron o no podían derogar por ser de orden público.
4. En el rango de las distintas normas, por no aplicar la de jerarquía superior (Constitución) en caso de oposición con la de inferior categoría. En la operancia de la norma en el espacio, o sea al no aplicar la ley nacional por entender que debía aplicarse la extranjera.¹¹¹

-Aplicación indebida de la ley sustancial. En este caso el juez aplica una norma pero no la llamada a regular el caso, por eso también es llamada error de selección o error de subsunción, que produce efectos diferentes a los que deberían producirse.

-Interpretación errónea: Se incurre en el error en la determinación del alcance jurídico del texto. Se trata por tanto de un problema de hermenéutica.

¹¹¹ MORALES MOLINA, Hernando. Técnica de Casación Civil. Ediciones Rosaristas. 2° Edición, Bogotá, 1983.Pg. 127

Como puede observarse, a diferencia de lo que ocurre en la violación directa y en la indebida aplicación de la ley, en donde el texto es claro y no se presta a confusión, en la interpretación errónea se parte del supuesto de que el texto de la norma es oscuro, y que al tratar de precisar su contenido y sentido, es cuando el juez comete un error, al otorgarle un alcance o sentido que compagina con su texto o espíritu, error que es el que precisamente se viene a denunciar a través de esta causal.

Cuando la ley se refiere a "inobservancia" y "errónea aplicación" contempla, en apariencia, casos diversos. Uno y otro sin embargo, quedan comprendidos en el concepto de violación de la ley sustantiva.

La inobservancia significa desconocimiento, desobediencia o falta de aplicación de la norma jurídica. No se trata de un error en el modo de aplicarla, sino de una omisión de cumplirla. Errónea aplicación es la inadecuación o falta de correspondencia de la norma aplicada con el caso concreto, es decir, una norma es observada o cumplida, pero no es la que debía aplicarse, o es aplicada con una mala interpretación de su mandato. En definitiva, la errónea aplicación implicaría siempre una inobservancia, y viceversa.

- Violación Indirecta. Tratándose de la vía indirecta, la discordancia versa sobre la existencia de los hechos debatidos que generan una transgresión mediata de la normatividad, a causa de yerros manifiestos como secuela de defectos de valoración probatoria, de la misma demanda o de su contestación¹¹². Se comete por apreciación probatoria,

¹¹² TOLOSA VILLABONA Luis Armando. Op. cit. 332.

que conllevan a falsos juicios sobre las pruebas, porque rechaza o altera total o parcialmente los hechos probados.¹¹³

Tratándose de la vía indirecta, la discordancia versa sobre la existencia de hechos debatidos que generan una trasgresión directa o indirecta de la normatividad, a causa de yerros manifiestos como secuela de defectos de valoración probatoria. Esta causal es conocida también como causal por error facti in iudicando, opera en la premisa menor del silogismo. La adulteración de la prueba genera violación de la ley sustancial y por lo tanto, repugna la interpretación errónea.

En la violación indirecta no existe interpretación errónea de un precepto o norma sustancial porque la interpretación errónea es un fenómeno ajeno a la falsa apreciación probatoria. En consecuencia, la violación indirecta no ocurre por interpretación errónea, es decir, no existe esta modalidad porque este concepto de violación supone la selección del precepto correcto, pero con error en el contenido, pensamiento, alcances o finalidad del precepto.¹¹⁴

1.4.3. Causales in iudicando en materia penal.

El artículo 181 de la ley 906 de 2004 consigna dos causales in iudicando la primera y la tercera. Con la nueva normatividad procesal penal se reclasificaron las causales, separa la violación directa para la primera causal y la violación indirecta con fundamento en errores probatorios en la causal tercera.

¹¹³ *Ibidem.* pg. 365

¹¹⁴ *Ibidem.* pg. 364

-Cuestiones de hecho y derecho. El numeral tercero del artículo 181 fija la procedencia del recurso extraordinario de casación cuando se presenta un error in indicando por manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y de apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia. Las reglas de producción de la prueba se discuten como errores de derecho, por tratarse de contemplación jurídica de las pruebas, aquí están el falso juicio de legalidad y el falso juicio de convicción (tarifa probatoria negativa y tarifa probatoria positiva). Las reglas de apreciación de la prueba se refieren a apreciación material de la prueba son los típicos errores de hecho.¹¹⁵

La doctrina clásica se basa fundamentalmente en la afirmación que dice que mediante el recurso sólo se puede intentar una revalorización jurídica del material fáctico establecido en la sentencia. A diferencia del recurso de apelación.

El Supremo Tribunal de Justicia de Colombia expreso: "La casación no constituye una nueva instancia sobre los hechos, cual recurso de apelación, donde el tribunal *ad quem* está facultado legalmente para practicar un reexamen *ex novo* de todo el material probatorio". Al tribunal de casación sólo le corresponde el control de la aplicación de la ley sustantiva por los tribunales de mérito. Por eso se ha podido declarar con razón que el tribunal de casación no es un tribunal de segundo grado con potestad para examinar "ex novo" la causa y corregir todos los errores de hecho y de derecho que pueda cometer el juez de sentencia, sino que es un "supremo guardián" del derecho sustantivo y procesal, tanto para evitar la inobservancia o errónea

¹¹⁵ *Ibidem.* pg. 135.

aplicación de la ley sustantiva como la inobservancia de las normas procesales¹¹⁶.

La norma penal contiene una regulación abstracta de la conducta humana, y esa regulación abstracta es el derecho, la concreción de la conducta supuesta en un acontecimiento real, es el hecho y los hechos son los que determina, ya en concreto y definitivamente, la sentencia del tribunal de juicio.

La norma penal, en cuanto describe fáctica e hipotéticamente una eventual conducta humana punible, suministra un concepto jurídico, entendido como regulación abstracta de la conducta, contenida en la ley penal: matar, hurtar, incendiar, la premeditación, la alevosía, son conceptos jurídicos, y no simples hechos.

En síntesis, para deslindar lo que puede ser materia de casación (derecho) de lo que no lo es (hecho), debe enfocarse a la sentencia a la luz de los instrumentos dogmáticos indicados: el instituto y el concepto Todo lo que sea valoración, inteligencia o interpretación de un concepto o de un instituto, constituye objeto de la casación.

Si, como repetidamente se sostiene, la función del juez es subsumir los hechos en la norma es esencial entonces que esta tarea sea correctamente realizada. Determinar por ejemplo si hubo robo dependerá de la previa comprobación acerca de la existencia de un desapoderamiento ilegítimo con fuerza en las cosas o violencia en las personas, encuadrar esto en el concepto de robo es una función secundaria derivada del hecho de que el juez haya comprobado en primer término la existencia de los presupuestos fácticos (si hubo fuerza o violencia).

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23/07/2003. Rad 12390; M.P Dr. Edgar Lambona Trujillo.

Revisar el razonamiento del juez, sin poder tocar la base fáctica en la que éste se asienta implica la imposibilidad de revisar lo sustancial de su decisión.

Creemos que es necesario resaltar que la función dikelógica es la que debe guiar los pasos del recurso de casación, y si ello implica la revisión de la base fáctica ésta deberá entonces ser llevada a cabo. Lo contrario implicaría una seria lesión a mandatos constitucionales y tratados internacionales.

1.4.4 Causales por vicios in procedendo en la ley 906 de 2004.

Estas se caracterizan por violación del debido proceso o la ley procesal, originadas por una actividad judicial incompleta o defectuosa y a diferencia de los vicios in indicando, normalmente se presentan en el proceso y por excepción en la sentencia. En la ley 906 de 2004, se encuentra como causal segunda: "Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

Es por tanto obligación del juez proferir una decisión de fondo congruente o consonante con los actos procesales fundamentales, es decir, se requiere una decisión de fondo que guarde relación de causa-efecto que debe existir entre los actos de iniciación del proceso y la decisión con actos de acusación. No cualquier violación o desconocimiento de una norma procesal consiente el recurso de casación por este motivo. Debe tratarse ante todo de una norma que establezca o determine una forma procesal; la errónea aplicación o interpretación de una norma adjetiva.

El juez debe examinar si las normas establecidas imponen imperativamente una conducta, de modo que su violación ocasione una sanción procesal, capaz de privar de sus efectos al acto en que no se las respete.

La garantía constitucional del juicio previo, en su verdadera y completa formulación, debe expresarse, como hemos visto, de esta manera: juicio previo y legal. Esto supone el respeto a las formalidades establecidas por la ley, para que el proceso pueda desembocar en una sentencia válida y a las propias de la sentencia misma, consideradas imprescindibles para que sea legítima. Es mediante las formas establecidas por la ley procesal como se aseguran los derechos de las partes y la rectitud del juicio.

Las normas de derecho procesal instituyen reglas a las cuales las partes y el juez deben subordinar su actividad; la norma sustancial establece el derecho que al término de esa actividad ha de aplicar el juez con relación a las pretensiones de las partes. La violación del derecho procesal se traduce en una contravención al comportamiento exterior que el juez o las partes debían observar al cumplir su actividad.

En este caso, el tribunal de casación cumple un verdadero examen fáctico en tanto debe examinar la conducta concretamente observada en el proceso por los sujetos procesales, a fin de decidir su conformidad o no con las normas de derecho procesal. Actúa en esto como juez del hecho para comprobar la materialidad de las circunstancias relativas a los actos de procedimiento. Aunque la recepción de pruebas no está prevista expresamente en el juicio de casación, negar su posibilidad implicaría la arbitraria exclusión de motivos fundados en infracciones reales que por falsedad u omisión no consten en el proceso.

- Incongruencia o inconsonancia en materia penal

La incongruencia es constitutiva de error in procedendo. En la Ley 906 de 2004 fue eliminada como causal autónoma de Casación, en consecuencia en caso de presentarse, la sentencia se debe acusar por las causales primera y tercera establecidas en la referida ley.

El demandante tiene la carga de formular, demostrar y sustentar que la condena desbordó “por exceso”, el marco de la acusación y que esa incoherencia entre las dos providencias, fallo y acusación, implicó un desmedro punitivo. Si quien alega es el funcionario (fiscal o procurador), el plano suele ser inverso, deberá mostrar que el fallo no respondió a todos los ítems de la acusación¹¹⁷

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha expresado: “En cuanto a la técnica para demandar la incongruencia entre ambas piezas procesales, que si bien se debe invocar la causal segunda, específicamente asignadas para esos efectos, también se puede admitir su planteamiento por la vía de la causal tercera, como lo hizo el demandante. Lo anterior, porque el yerro no sólo compromete la estructura del proceso sino que constituye un error de garantía que afecta el derecho a la defensa, al sorprenderse al procesado con imputaciones fácticas y jurídicas que no tuvo oportunidad de controvertir, por no haber sido incluidas en el pliego de cargos”.¹¹⁸

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, declaró: "que si bien la ley procesal no ha reglado el modo de determinar la existencia de extremos atinentes al recurso de casación penal fundado en motivos dependientes de

¹¹⁷ CASTAÑEDA DIAZ, Augusto. Op. cit.pg. 79.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23/07/2003. Rad: 12390; M.P. Dr. Edgar Lambona Trujillo. (Lombana)

un procedimiento probatorio, el tribunal del recurso debe admitir la prueba de aquellos extremos so pena de excluir ilegalmente dichos motivos"¹¹⁹.

Pero esta prueba no procede cuando se quiera demostrar que la prueba del debate fue diversa de la fijada por la sentencia, o que ésta ha omitido alguna. En síntesis, Lo que cuenta para decidir el tipo de error cometido es la naturaleza de la norma violada, y no su origen ni su inserción en determinado cuerpo legal. Es decir:

- a. Si la norma tiene por fin establecer y resguardar derechos subjetivos (derecho civil) o señalar el ámbito represivo de restricción de la libertad personal (derecho penal), su naturaleza es sustantiva.
- b. Cuando su fin es, en cambio, determinar el modo de conducta para hacer valer el derecho subjetivo desconocido o reprimir la violación a la prohibición penal, o sea, para pedir y otorgar el reconocimiento y eficacia jurisdiccional del derecho, su naturaleza es procesal. Sin embargo, hay casos, en que fines y efectos se entrecruzan. Por ejemplo: es el problema de las cuestiones prejudiciales.

Para que la norma sea sustantiva y objeto, por tanto, de juzgamiento, debe serlo tanto en su fin como en su efecto. Si el fin es sustancial pero el efecto es procesal, éste es el que prevalece para decidir su naturaleza, y su infracción constituirá un vicio in procedendo.

- La motivación de sentencia como vicio in procedendo

La motivación, a la vez que un requisito formal que en la sentencia no se puede omitir, constituye el elemento eminentemente intelectual, de contenido

¹¹⁹ *Ibidem*. Pg. 4

crítico, valorativo y lógico. Es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que se consignan habitualmente en los "considerandos" de la sentencia. Motivar es fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución.

La exigencia de motivación constituye una garantía constitucional que, al asegurar la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, permiten el control del pueblo, sobre su conducta, resguardando con ello a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces.

Además de asegurar un control republicano sobre la conducta de los jueces, y de poner a éstos frente a su propia responsabilidad, la motivación responde también a otros fines, ya que podrán los interesados conocer las razones que justifiquen el fallo, y decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Al mismo tiempo brinda al juez el material necesario para ejercer su control. Y por fin sirve para crear la jurisprudencia, entendida como el conjunto de las enseñanzas derivan de las sentencias judiciales.

La valoración de las pruebas y la determinación de las conclusiones inferidas de ellas, es potestad soberana del tribunal de mérito. El tribunal de casación sólo puede controlar si esas pruebas son válidas (legitimidad), si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano (logicidad), y si la motivación así constituida es expresa, clara, completa y emitida con arreglo a las normas prescriptas; en una palabra, si la motivación es legal. Fuera de éste límite el ejercicio de la libre convicción del juzgador está excluido del control de la casación.

Ese control de legalidad de los fundamentos del fallo, sólo procede cuando se dan los casos de nulidad de la sentencia previstos por la ley, esto es, que la sentencia será nula si faltare o fuere contradictoria la fundamentación

- Falta de motivación. Falta de motivación significa ausencia de motivación. Esa falta o ausencia puede verificarse totalmente, como carencia formal de un elemento estructural del fallo. Pero este caso puede ser considerado puramente teórico, porque no se concibe una sentencia en que la motivación esté totalmente omitida. Por eso se designa como falta de motivación, en realidad la ausencia de una exposición de los motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma a ese hecho, comprendiendo todas las cuestiones.

La ley prevé también, como motivo de casación, el caso de motivación contradictoria. La motivación es contradictoria cuando existe un insanable contraste entre los fundamentos que se aducen, o entre éstos y la parte resolutive, de tal modo que se excluyen entre sí y se neutraliza, por lo que el fallo queda así sin motivación alguna.

- Requisitos de la motivación. La motivación de la sentencia está sujeta a ciertas formas y debe tener cierto contenido. La forma comprende lo relativo al modo de emisión de la sentencia y a los modos de emisión de los votos; por su contenido, la motivación debe ser expresa, clara, completa, legítima y lógica.

En cuanto a la forma, Los jueces deben votar en forma conjunta o individual, en este caso según el orden que resulte por previo sorteo público, suministrando sus votos por escrito. El acto de fundamentación debe ser documentado. Este requisito comprende en realidad a la íntegra sentencia,

no solo la motivación. En cuanto al contenido, la motivación debe ser expresa, clara, legítima y lógica.

Debe ser expresa. El juez no puede suplirla por una remisión a otros actos, o a las constancias del proceso, o reemplazarlas por una alusión global a la prueba rendida. La ley exige que el juzgador consigne las razones que determinan la condena o a la absolución, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el iter lógico seguido por el para arribar a la conclusión.

Clara. En la sentencia, el objeto del pensar jurídico debe estar claramente determinado, de manera que produzca seguridad en el ánimo de quienes la lean, aun por los legos. Pero el defecto de claridad solo producirá la nulidad cuando por la oscuridad de los conceptos no se pueda inferir el pensamiento del juzgador.

Completa. La exigencia comprende a todas las cuestiones fundamentales de la causa, y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada conclusión. El tribunal está obligado a considerar todas las cuestiones esenciales o fundamentales que determinan el fallo. En este sentido, cualquier aspecto de la indagación susceptible de valoración propia, asume individualidad a los fines de la obligación de motivar; y habrá falta de motivación cuando se omita la exposición de los motivos sobre un punto de la decisión.

La motivación, para ser completa, debe referirse al hecho y al derecho, valorando las pruebas y suministrando las condiciones a que arribe el tribunal sobre su examen, sobre la subsunción del hecho comprobado en un precepto penal, y sobre las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan.

Hechos. El juez debe consignar las razones que lo llevan a tener por acreditados o no, e históricamente ciertos o falsos, los hechos que constituyen los elementos materiales del delito, enunciando las pruebas de que se sirve en cada caso y expresando la valoración que haga de ellas, es decir, la apreciación sobre si lo conducen, relativamente al supuesto de hecho investigado, a una conclusión afirmativa o negativa.

La necesidad de motivación impone al juez el deber de apreciar razonadamente las pruebas. No puede reemplazar su análisis crítico por una remisión genérica a las constancias del proceso, o a las pruebas de la causa, o con un resumen meramente descriptivo de los elementos que lo conducen.

Si la sentencia se refiere a distintas infracciones penales, debe contener un examen particularizado sobre cada uno de los hechos.

○ La falta de motivación en derecho puede consistir en :

-En la no descripción del hecho que debe servir de sustento a la calificación, es decir, cuando se aplica una norma jurídica que no tiene correlación con la individualización del suceso histórico que esa norma hipotiza.

Para ser motivada en los hechos, la sentencia debe suministrar las pruebas en que se fundan las conclusiones fácticas, esto es, demostrarlos. Para que sea fundada en derecho, la sentencia debe explicar los hechos objeto de subsunción jurídica, esto es, describirlos. Estaría privada de motivación en derecho la sentencia que pretendiera describir el hecho utilizando directamente el concepto legal constitutivo del tipo penal.

-En no justificar legalmente la calificación jurídica o el derecho al resarcimiento.

Para esto es bastante que el juez mencione concretamente los artículos de la ley que aplica a los hechos comprobados. Esto es suficiente para posibilitar el control jurídico de la casación y cumplir con las demás finalidades a que la motivación responde.

-Además de expresar el encuadramiento legal del hecho para motivar en derecho el juez debe también fundamentar la aplicación de las consecuencias jurídicas que de ese encuadramiento se deriven; en lo relativo a la pena, debe expresar las circunstancias de haber tenido en cuenta los criterios de valoración.

-Legítima: La legitimidad de la motivación se refiere tanto a la validez intrínseca de las pruebas valoradas en la sentencia, como a que ellas provengan del debate. La prueba invocada debe ser válida. La sentencia que se funda principalmente en una prueba ilegal es una sentencia legalmente inmotivada. Por lo tanto, la sentencia que se funda de manera esencial en una prueba procesalmente ilegítima, no está debidamente motivada. Si el defecto recae sobre un aspecto esencial de sentencia, procederá la anulación de ésta en casación.

También, por supuesto, será ilegítima la motivación si la prueba de cargo ha sido obtenida por un procedimiento violatorio de las normas constitucionales que consagran las garantías de la incoercibilidad del imputado y de la intimidad (Constitución Política Nacional).

La ley 906 de 2004 eliminó la causal tercera de Casación penal: “Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad” y adoptó la siguiente causal: “2. Desconocimiento del debido proceso por afectación de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”. En esta causal por supuesto quedan comprendidas todas las irregularidades o

defectos que afecten el debido proceso tanto en su estructura como en las garantías que deben rodearlo y por supuesto, las nulidades que trae la Ley 906 de 2004 a saber:

- a. Nulidad derivada de la prueba ilícita del artículo 455 que consigna la perentoria “cláusula de exclusión” de toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales por ser nula de pleno derecho
- b. La nulidad por incompetencia del juez por razón del fuero o porque el conocimiento esté asignado a los jueces penales del circuito especializado.
- c. Nulidad por violación de garantías fundamentales, es decir, del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

1.4.5 Procedencia del recurso.

La procedencia del recurso de casación está dada por el conjunto de requisitos necesarios para que pueda el Tribunal de casación pronunciarse sobre el fondo de la impugnación.

El recurso se concederá si ha sido interpuesto en forma y término por quien puede recurrir y si la resolución impugnada da lugar a él. Estos son los aspectos sobre los cuales debe recaer el examen por el cual, en consecuencia, se debe verificar si concurren los siguientes elementos: a) la existencia de un derecho impugnatorio, para lo cual es necesario que la ley otorgue la posibilidad de recurrir en casación una resolución determinada (impugnabilidad objetiva) y que el sujeto este legitimado para impugnar por tener un interés jurídico en la impugnación y capacidad legal para interponerla con relación al gravamen que la resolución le ocasiona (impugnabilidad subjetiva); y b) la concurrencia de los requisitos formales de modo, lugar y tiempo que deben rodear a la interposición del recurso como acto procesal.

El examen debe limitarse a la procedencia o improcedencia de la casación desde un punto de vista puramente formal.

-Derecho impugnatorio. Es el poder jurídico formal otorgado a un sujeto procesal para deducir el recurso de casación por los motivos admitidos, y en las condiciones de forma, lugar y tiempo prescriptas.

Por regla, el recurso se concede solo cuando la ley expresamente consagra el principio de taxatividad, según el cual la impugnación procede solo en los casos específicamente previstos. Es en virtud de esta regla que el criterio para juzgar su procedencia debe ser restrictivo, sin que sea necesario acudir a consideraciones fundadas en el carácter ordinario o extraordinario del recurso.

-Impugnabilidad objetiva. Las condiciones para la impugnación, consideradas desde un punto de vista objetivo, son el conjunto de los requisitos genéricos que la ley establece para su admisibilidad, sin vincularlas particularmente a un sujeto procesal determinado, señalando las resoluciones que pueden ser objeto del recurso de casación.

-Impugnabilidad subjetiva. Los requisitos de impugnabilidad subjetiva son aquellos establecidos por la ley con relación a los sujetos del proceso, estableciendo genéricamente la necesidad de que exista un interés en la impugnación, y específicamente la naturaleza o contenido de las resoluciones impugnables por cada sujeto en particular

-Interés en recurrir. Desde el punto de vista objetivo, para que exista un interés, la resolución debe tener un contenido desfavorable para el impugnante, a los efectos del ordenamiento jurídico, concretamente y no según su apreciación subjetiva. Debe ocasionarle un gravamen, esto es, un

perjuicio o una desventaja, consistente en una restricción a su derecho o su libertad.

El perjuicio debe consistir en la decisión dañosa para el interés del sujeto, contenida en la parte resolutive de la sentencia. Por ello, no procede el recurso deducido por quien resulta favorecido por la parte dispositiva, aunque discrepe con los fundamentos, como cuando se solicitó el sobreseimiento por prescripción y fue declarado por inculpabilidad, o viceversa.

Desde un punto de vista subjetivo, el interés debe surgir de la discrepancia del sujeto con la resolución impugnada, es decir, de la no aquiescencia a los efectos perjudiciales del fallo. La conformidad puede ser expresa, como cuando el sujeto, dentro del término para recurrir, manifiesta su aceptación de la sentencia o renuncia a recurrir. Puede ser tácita, lo que ocurre cuando se realiza un acto procesal claro, inequívoco y necesariamente incompatible con la voluntad de impugnar, como cuando se consienten sus efectos solicitando su ejecución, con alcance preclusivo. En este caso, la voluntad real, manifestada en concreto por la conducta asumida, tiene preeminencia sobre la voluntad declarada de recurrir, expresada en el recurso.

Se trata, en cierta manera, de una objetivación del interés en recurrir, no ya por el sentido gravoso del fallo, sino por su contenido y la entidad de ese gravamen. Pero al mismo tiempo implica la personalización del agravio, al vincular a cada sujeto a determinadas exigencias con relación a la sentencia, para la admisión de su recurso. De aquí deriva el principio de la personalidad del agravio según el cual el agravio generador del recurso debe afectar directamente al recurrente, quien no podrá invocar el causado a otro sujeto procesal.

1.4.6 El recurso de Casación como control constitucional en la Ley 906 de 2004.

De conformidad con el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, ya citado en el presente trabajo procede como recurso de control constitucional contra sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:

Falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso. (Negrilla fuera de texto).

Tal consagración es un reflejo fiel de la nueva dogmática procesal penal colombiana ajustado a los cánones internacionales en materia de derechos y garantías, de respeto por los derechos humanos y por la uniformidad y control de las leyes. Es de afirmar inicialmente que la transición al bloque de constitucional, no se limita al tema de la procedencia como causal de casación, sino a toda una tendencia interpretativa y fundamento normativo, ya expresado por la Corte Constitucional en numerosas sentencias, esto en razón a que el bloque de constitucionalidad no sólo constitucionaliza el procedimiento penal sino que obliga a analizarlo desde una perspectiva de derechos humanos. ¹²⁰Esto es indudablemente positivo, por cuanto contribuye a que en Colombia en la práctica avancemos hacia un sistema penal más garantista. Es pues importante que los distintos operadores jurídicos aprendan a manejar adecuadamente las implicaciones del bloque de constitucionalidad y aprovechen las posibilidades democráticas que derivan de esta figura. Esto es particularmente importante para los jueces de garantías y los jueces de conocimiento ya que a ellos corresponde

¹²⁰ Uprimmy, Rodrigo. Op.. Pg. 3 (Uprimny)

primariamente asegurar la efectividad de los derechos constitucionales en el proceso penal.

Concretamente, pensamos que el contenido de los principios jurídicos fuertes, coincide con los derechos naturales originarios o primarios, o derechos preexistentes, que le son atribuidos al hombre por la sola razón o título de su condición de tal, y que todo hombre conoce por connaturalidad o por evidencia analítica. Precisamente los principios jurídicos en sentido estricto tienen por objeto aquellos bienes básicos o derechos que infieren en la naturaleza humana y, consecuentemente implican las conductas que se debe o no realizar para garantizar el respeto de los mismos. Esos derechos humanos fundamentales o derechos naturales originarios son “principios del derecho” porque son punto de partida desde el que una cosa es, se hace o se conoce como jurídica, atento a que expresan la juridicidad primera o radical que permite constituir, confirmar o invalidar cualquier otra juridicidad creada por los hombres. Los principios del derecho, al enunciar los derechos fundamentales, nos ponen en contacto con aquello que identificamos como propio y como debido, leyendo en nuestra propia naturaleza, y además posibilita e insta a que la restante juridicidad que necesitamos para la vida social se configure respetando aquél núcleo jurídico y, consecuentemente, se pueda garantizar su reconocimiento como verdadero derecho al servicio del hombre. La tesis sintéticamente defendida hasta aquí, es que los principios del derecho o principios fuertes, o principios en sentido estricto coinciden con los genéricamente llamados derechos humanos fundamentales o derechos naturales o bienes humanos básicos.¹²¹

Sin embargo, a pesar de su uso creciente, este concepto de bloque de constitucionalidad es problemático en la doctrina y la jurisprudencia nacional.

¹²¹ VIGO, Luis Rodolfo. Los principios jurídicos. Ed. Depalma Buenos Aires. 2000 pg. 61

Así, esa noción sigue siendo un poco enigmática para muchos operadores jurídicos, que no entienden claramente ni su alcance ni su importancia, y por ello tienden a considerarla un extranjerismo innecesario. Además la propia Corte Constitucional no utiliza de manera unívoca esa categoría pues, este tribunal parece atribuirle tres sentidos parcialmente distintos y no existe ningún estudio doctrinario colombiano sistemático sobre el alcance del bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento, por lo cual, la doctrina parece haberse quedado rezagada en esta materia en relación con el dinamismo que ha tenido la evolución jurisprudencial. En síntesis, a pesar de la importancia creciente del bloque de constitucionalidad en nuestra práctica jurídica, no existe una dogmática clara sobre el significado y alcance de esta categoría. Reflejo de ello, lo constituye las desafortunadas inaplicaciones que la misma Corte Constitucional ha efectuado en algunas ocasiones al artículo 93 de la Constitución Política. Determinó la Corte Constitucional que la inmunidad que se concede a ciertas personas para no declarar en juicio seguido en su contra, sólo es aplicable a los procesos penales y correccionales. La conclusión de la Corte estuvo guiada por cuatro tipos de argumentación claramente diferenciables: a) la tradición constitucional en la materia; b) el fallo de la Corte Suprema de justicia de 17 de octubre de 1991, Sentencia 129 de octubre 17 de 1991, Magistrado ponente Rafael Méndez Arango, tomada con vista en la constitución de 1991 c) la prevalencia del derecho sustancial y la buena fe y d) la aplicación del artículo 93 de la Constitución según el cual “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, *se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”. La justificación de la Corte respecto a que el derecho a declarar contra sí, tiene aplicación sólo a los procesos penales, disciplinarios, correccionales y contravencionales, radicó en: “El principio establecido en el artículo 33 de la Constitución vigente, no es nuevo. Se plasma en algunas de las Constituciones, desde el pasado siglo,

pero siempre limitado a los asuntos penales, en general, es decir a aquellos en que se ejerce el poder punitivo del Estado...” sumado a lo anterior, la Corte Constitucional recurre al artículo 93 para armonizar el artículo 33 de la Carta Política con los instrumentos internacionales, dijo entonces: “hay, además este otro argumento: según el artículo 93 de la Constitución, “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Pues bien: en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, se consagra el derecho a toda persona a “no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”. Como este tratado, aprobado por la ley 16 de 1972, está en vigencia desde el 18 de julio de 1975, de conformidad con él hay que interpretar el derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución. Como se ve, la interpretación restrictiva que, en su momento, hizo la Corte Suprema de Justicia y que ahora prohija la Corte Constitucional, coincide con la norma del Tratado.

A pesar de ello, nuestra Corte Constitucional ha decantado una doctrina constitucional con respecto al concepto de Bloque de Constitucionalidad que estimamos insuficiente, por cuanto se debe tener presente que si la Constitución tiene un carácter dinámico y fragmentario, quiere ello decir que los principios como normas que expresan la voluntad del poder constituyente, que se erigen a su vez en el fundamento del ordenamiento jurídico, deben ser estimados como normas materialmente constitucionales y emanaciones de él en sentido estricto¹²².

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son

¹²² ESTRADA, Vélez. Sergio. Op. cit.15

utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.¹²³

El artículo 93 de la Constitución Política Colombiana al señalar que “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 Colombia¹²⁴”. En la interpretación del citado artículo la Corte Constitución establece como condición de integración de las normas de alcance supranacional que se trata precisamente del reconocimiento de un derecho humano y que la limitación a tal derecho se prohíba durante los estados de excepción, tales como: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la

¹²³ Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

¹²⁴ Constitución Política de Colombia. Artículo 93. En <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf>. Febrero 02 de 2010.

sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al Habeas Corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados. Tampoco pueden ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos¹²⁵.

La anterior interpretación, que dio carácter vinculante a los tratados de Derecho Internacional Humanitario¹²⁶ con prevalencia en el orden interno, surgió de la protección a la dignidad humana en el derecho internacional a través de las normas *ius cogens* ya que tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto, como los convenios de Derecho Internacional Humanitario son normas de esta naturaleza¹²⁷. De la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad se deriva que el Estado colombiano deba adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del Derecho Internacional Humanitario con el fin de potenciar la realización material de dichos valores¹²⁸.

¹²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-578-95 Magistrada Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz. Septiembre 8 de 1995.

¹²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-225-95 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Diciembre 16 de 1994.

¹²⁷ *Ibidem*, pg. 72.

¹²⁸ *Ibidem*, pg. 83

1.4.7 La incorporación de la legislación internacional en el derecho interno.

El tema atinente a las garantías y normas que integran el derecho penal, no se reducen a la incorporación del orden legal, por el contrario los instrumentos internacionales declaraciones pactos, convenciones fijan el marco de referencia para un correcto diseño de las normas que han de regular el proceso penal regente en un Estado determinado, como la construcción del proceso en todas las áreas del derecho. Más aún, tal es la fuerza que en la actualidad se reconoce al derecho internacional de los derechos humanos, que por fin parece entenderse la incidencia que en materia de derechos y obligaciones adquieren los estados al suscribir o ratificar los tratados internacionales emanados en la materia, bajo el entendido de que dichos instrumentos, no se erigen en simples consagraciones retóricas, sino que su acogimiento genera compromisos a cumplir, los cuales usualmente vienen postulados en forma expresa por los propios convenios y tratados internacionales, conforme a los cuales los Estados se comprometen a respetar los derechos desde este ámbito establecidos.¹²⁹

Mediante las sentencias Sentencia C-358 de 1997 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional establece que no todos los tratados y convenios internacionales tienen jerarquía en el ordenamiento interno colombiano aunque hayan sido ratificados por Colombia, establece la Corte que, ¹³⁰ salvo remisión expresa de normas superiores , sólo constituyen

¹²⁹ PARRA Archiva, María Victoria. *Incidencia del bloque de constitucionalidad en materia procesal penal..* XXVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Bogotá 2005 pg. 123

¹³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-358/97. MP: Alejandro Martínez Caballero. Diciembre de 1997.

parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción.

Mediante la sentencia C-191 de 1998, la Corte Constitucional distingue dos sentidos del bloque de constitucionalidad, esto es en sentido estricto y en sentido amplio, el primero referido a) ¹³¹ las normas y principios establecidos en el texto de la Constitución propiamente y los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción.

El segundo caso, está compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, es decir, la Constitución , los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, las leyes orgánicas y en algunas ocasiones las leyes estatutarias¹³²

A la luz de lo anterior, el desarrollo del concepto del bloque de constitucionalidad se encontraba compuesto por los tratados internacionales de derechos humanos a que se refiere el artículo 93 del Estatuto Superior , las leyes orgánicas¹⁹ (C.P., Artículo 151), las leyes estatutarias (C.P., Artículo 152) y los tratados que integran el contenido normativo del artículo 101 de la Carta ¹³³.

¹³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-191-98 Magistrado Ponente.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³² *Ibidem*. Pg. 3.

¹³³ ARANGO Olaya, Mónica. Op. cit.85

De ahí que la Ley 906 de 2004 consagre como principio rector la ¹³⁴prevalencia de los tratados y convenios internacionales, ratificados por Colombia, dando desarrollo al llamado principio de integración normativa, conforme al cual los propios estatutos legales, en forma expresa incorporan a su cuerpo normativo las disposiciones que en la materia se han emanado desde el contexto internacional.

Cabe por consiguiente preguntarse cuáles disposiciones conforman en el actual sistema procesal penal, el llamado principio de integración normativa, y si las mismas se hallan por consiguiente estipuladas expresamente. En primer lugar, es de señalar que algunas de esas disposiciones se encuentran de forma implícita, tal es el caso del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, el cual evidencia su coherencia y articulación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 3 y 5 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.

En materia de protección a las víctimas, se reconoce la vigencia de los derechos que a su favor se han aceptado desde varios instrumentos internacionales, tales como la declaración sobre justicia y asistencia. De igual manera y en la misma integración, se encuentra el artículo 11 de la citada Ley, en materia de protección a las víctimas, tales como su derecho de representación y asistencia dentro del proceso, la recomendación No. R (85) del comité de ministros a los estados miembros sobre la posición de la víctima en el campo del derecho penal y procesal penal para las víctimas, dadas en Ottawa en el año de 1984, los principios fundamentales para las víctimas de delitos y del abuso del poder, adoptado por la Asamblea general

¹³⁴ Ley 906 de 2004, artículo 181. Código de Procedimiento Penal Colombiano: Bogotá: Legis 2007

de las naciones unidas en la Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985; declaración sobre justicia y asistencia para las víctimas de la sociedad internacional de victimología.

La Corte Suprema de Justicia a través de su jurisprudencia, ha sido contundente en indicar, que con fundamento en las normas Constitucionales internas y de normas de derecho internacional de los derechos humanos que integran el llamado Bloque de Constitucionalidad, la víctima, la comunidad y el Estado tienen derecho a conocer la verdad, en tal sentido la Corte dijo:

“Conviene precisar que el derecho a la verdad presenta una doble connotación, por cuanto a su vez es un derecho colectivo e individual. Desde la primera perspectiva, nos encontramos ante el derecho que le asiste a cada pueblo a conocer su historia, a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos, las circunstancias y los motivos que llevaron a la comisión de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Este derecho implica que se preserve del olvido la memoria colectiva, entre otras cosas para evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas. (...).

De igual manera, el derecho a conocer la verdad presenta una faceta subjetiva en cuanto a que, independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. Incluso, para autores como R. Mattarollo el derecho que tienen las

víctimas y sus familiares a conocer la verdad de lo ocurrido “íntegra hoy derecho internacional consuetudinario”. La garantía de esta faceta individual del derecho a conocer la verdad, pasa asimismo porque las víctimas y sus familiares puedan acceder a los documentos públicos en los cuales reposen las informaciones sobre la comisión de estos crímenes”.¹³⁵

Sobre el particular se hace necesario traer a colación lo expuesto por¹³⁶Claux Roxin, donde indica que si bien es cierto le corresponde al Estado a través del órgano de persecución penal, lograr el esclarecimiento de los hechos, ello tiene una limitación, a saber los derechos fundamentales y los derechos humanos. “La averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado”.¹³⁷

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en Sentencia C-396/07 consideró que:

“En esa búsqueda y concreción de la justicia penal, resulta indudable que el concepto de verdad adquiere una enorme relevancia, puesto que, aunque difusa e indeterminada, la verdad es el punto de partida de la decisión judicial que hace justicia. De hecho, una decisión judicial en el marco del derecho penal no es justa si está fundada en la comprobación equivocada, hipotética e inverosímil de los hechos o de las condiciones que condujeron a la producción del delito. Bien decía

¹³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-872 de 2003. Magistrado Ponente. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

¹³⁶ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. pg. 191

¹³⁷ *Ibidem*, pg. 191

Carnelutti, “cualquiera sea la sistemática procesal que se siga, el fin último de todo proceso penal, es el descubrimiento de la verdad”. Es, pues, la verdad en el proceso penal un presupuesto de la justicia y, por consiguiente, no es un asunto neutro o indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado”.¹³⁸

Agrega además la Corte:

“Con la introducción del sistema penal acusatorio, también cambiaron estructuras en la actividad probatoria que deben adecuarse a los nuevos roles del juez y de los intervinientes en el proceso penal. Dicho de otro modo, dentro de los rasgos estructurales más marcados en el procedimiento penal acusatorio colombiano, se encuentran los que modificaron la actividad probatoria en el proceso, puesto que el Constituyente y el legislador consideraron necesario modificar e intensificar la aplicación de reglas procesales importantes para condicionar la averiguación de la verdad en el proceso penal y, de esta forma, concretar el deber de buscar la justicia material en nuestro Estado Constitucional. En efecto, para la Sala es evidente que la aproximación democrática y pluralista de la verdad en el proceso penal impone el respeto, por parte de la legislación y de la jurisdicción, de los principios de la actividad probatoria que buscan conciliar la

¹³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-396/07. Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. veintitrés (23) de mayo de dos mil siete (2007).

tensión existente entre eficacia del derecho penal y respeto por los derechos y libertades individuales”.¹³⁹

Ahora bien, la Constitución dispone que la incorporación se realiza por vía de interpretación: “...se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Ello obliga a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características. Sólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales.¹⁴⁰

En los años 2003 y 2004 la Corte ha precisado el alcance del inciso 2 del artículo 93 de la Constitución para entender que *todo tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad*, y por

¹³⁹ *Ibíd.* Pg. 28

¹⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-1319-01 Magistrado Ponente. Rodrigo Uprimny Yepes. Febrero 26 de 2001.

lo tanto dichas normas son de obligatorio cumplimiento además de ser criterio de interpretación¹⁴¹

En materia de libertad, la ley 906 de 2004 acata los parámetros internacionales respecto al carácter excepcional de la limitación de tal derecho y la necesidad de justificar el decreto de la medida, se reafirma lo expuesto en tal sentido por la Corte Constitucional en sentencia C-774 del veinticinco de julio de 2001, por medio de la cual se declaró exequible condicionadamente el inciso 2 del artículo 356 de la ley 600 de 2000, al respecto el alto Tribunal considero:

“Para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, los criterios legales de procedencia y de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben concurrir con los mandatos constitucionales y podrían ser objeto de juicio de constitucionalidad cuando no se ajusten a los postulados de la Carta fundamental”.¹⁴²

¹⁴¹ Corte Constitucional .Sentencia C-067-03 Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra, cuatro (4) de febrero de dos mil tres (2003).

¹⁴² Corte Constitucional .Sentencia C-774. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. del veinticinco de julio de dos mil uno (2001).

De igual manera la Ley 906 de 2004 acoge los derechos y facultades que le asisten a la defensa, al contemplar en su artículo 124 que: la defensa podrá ejercer todos los derechos y facultades que los tratados internacionales relativos a derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la constitución y la ley reconocen a favor del imputado. Reconoce igualmente las atribuciones del imputado, al establecer en el artículo 130 de la citada ley que: (...)además de los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y que forman parte del bloque de constitucionalidad, de la Constitución Política y de la Ley, en especial de lo previsto en el artículo 8 de éste código, el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con su condición. Al respecto del artículo 8, vale resaltar que la prerrogativa otorgada reconocida al imputado para renunciar a sus derechos, no resulta compatible con el Estatuto de Roma incorporado a nuestra legislación en materia procesal penal, por cuando en aquel no se admite tal renuncia.

Asimismo, la Ley 906 de 2004 no reconoce el derecho autodefensa que sí reconoce los instrumentos internacionales, tales como el artículo 6.3.c del convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, el artículo 21.4 del Estatuto para el tribunal ad hoc para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del Derecho internacional Humanitario, cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia; el artículo 20.4d del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda y el art. 67.1 del estatuto de la Corte Penal Internacional.

Por su parte el artículo 336 de la Ley 906 de 2004, no admite control frente a la formulación de la imputación, basta con que el mismo soporte los requisitos legales, conforme a la inferencia que el Fiscal hace de los

elementos materiales probatorios y evidencia física que le permitan establecer con probabilidad de verdad la participación en la comisión de un comportamiento delictual. Este articulado, de igual forma quebranta lo establecido en el Estatuto de Roma, en el cual se prevé que en la audiencia de confirmación de cargos, se permite a la sala de cuestiones preliminares, determinar si hay las pruebas suficientes que permitan determinar que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa, a efecto que se le proceda a confirmar o no los cargos imputados, concediendo la potestad a la sala de asuntos preliminares, en aquellos eventos en que no se cuente con el material de prueba suficiente para la formulación de cargos para abstenerse de confirmar los mismos.

CAPÍTULO III

1. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE CASACIÓN PROFERIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA DURANTE EL PERIODO 2010-2015, CUANDO SE CONFIGURA LA CAUSAL DE VIOLACIÓN DIRECTA DE UNA NORMA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Para la obtención de las sentencias de Casación emitidas por la Corte Suprema de Justicia se acudió a la página de la Rama Judicial empleando diferentes ítems de búsqueda tales como: **A.** Área Penal, bloque de constitucionalidad, artículo 181. **B.** Corte Suprema de Justicia, Casación penal, bloque de constitucionalidad, interpretación errónea, violación de garantías fundamentales. **C.** Corte Suprema de Justicia, Casación penal, bloque de constitucionalidad, falta de aplicación, interpretación errónea, aplicación indebida. Cada proceso tenía en promedio 200 páginas, algunos incluso más de 400 páginas, pues la decisión de Casar o no una sentencia implica un análisis tanto de lo decidido en la primera como en la segunda instancia, lo que genera una gran dispendiosidad en la lectura y análisis de cada proceso, lo conllevó a la necesidad de realizar un muestreo aleatorio.

AÑO	RADICACIÓN	FECHA	Asunto	Seleccionado
2010	34482	Noviembre 24 de 2010	NOS BIS IN IDEM.	si
2011	30970	2 de marzo de 2011	NULIDAD POR VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO-	SI

			VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL	
2012	35572	22 de febrero de 2012	FALSO JUICIO DE IDENTIDAD- DESFIGURACIÓN DEL SUPUESTO FÁCTICO DE REBAJA DE PENA POR EL DELITO DE PECULADO	SI
2012	34962	Mayo 23 de 2012	INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY-FALSO JUICIO DE IDENTIDAD	No.
2012	208412	Febrero22 de 2012	VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL	No.
2013	41205	Julio 24 de 2013	ERROR DE INTERPRETACIÓN EN EL DELITO DE FRAUDE PROCESAL	SI
2013	32983	21 de octubre de 2013	NULIDAD POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA-	SI

			VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANTIVA SPOR ERROR DE HECHO	
2013	39834	20 de noviembre de 2013	PRINCIPIO DE NO RETRACTACIÓN- VIOLACIÓN DE GARANTIAS FUNDAMENTALES	No
2014	35113	5 de junio de 2014	AFECCIÓN DEL NOS BIN IN IDEM- DELITO DE LESA HUMANIDAD- POSICION DE GARANTE.	SI
2014	33409	3 de septiembre de 2014	VIOLACIÓN DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES	NO
2015	El sistema no arrojó procesos de este año			

AÑO 2010

Proceso N. 34482

MAGISTRADO PONENTE: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Fecha: noviembre veinticuatro de dos mil diez (2010).

HECHOS:

1. Con ocasión de múltiples procedimientos adelantados por la Policía Nacional en el mes de agosto de 2008, orientados a prevenir atentados terroristas que posiblemente serían realizados por la Columna Móvil Teofilo Forero de las Farc, el día 6 de los referidos mes y año se halló en un inmueble ubicado en la calle 4 No. 4 F – 21 de Soacha, una caja con 40 barras del explosivo *indugel*, a su vez en la calle 11 No. 8 -39 se encontraron 9 tubos de dinamita, un elemento cilíndrico con 250 gramos del mismo explosivo, 180 gramos de una sustancia conocida como C-4 y 61.208 gramos de una mezcla de nitrato de amonio, aluminio y magnesio, circunstancia que determinó la vinculación de *ORLANDO HENAO CARDONA*, quien junto con otras personas estaba encargado de ejecutar el plan terrorista.

2.. En audiencia realizada el 7 de agosto de 2008 ante el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, fue declarado legal el registro y allanamiento de varios inmuebles, así como la incautación de elementos con fines de comiso, la vigilancia de personas y la captura de *ORLANDO HENAO CARDONA*. En dicha oportunidad la Fiscalía le imputó la comisión del concurso de delitos de rebelión y concierto para delinquir agravado con fines terroristas, la cual no aceptó.

A instancia del ente acusador se impuso al mencionado ciudadano medida de aseguramiento de detención preventiva de carácter intramural.

3. El 19 de marzo de 2009 la Fiscalía presentó escrito acusación, en la cual se refirió a los mismos delitos planteados en la audiencia de imputación; no obstante, el 14 de mayo siguiente allegó acta de preacuerdo realizado con el inculcado asistido por su defensor, en la cual aceptó la comisión de las referidas conductas. El 29 de los mismos mes y año se realizó la correspondiente audiencia, y el 18 de junio de la citada anualidad se adelantó ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca la audiencia de individualización de la pena y sentencia, en la cual *HENAO CARDONA* fue condenado a la pena principal de cincuenta y siete (57) meses y dieciocho (18) días de prisión y multa equivalente a 9.030 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor penalmente responsable del concurso de delitos objeto de acusación. En dicho proveído le fue negada la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural.

4. Al conocer de la impugnación de la sentencia propuesta por la defensa, el Tribunal Superior de Cundinamarca decidió mediante proveído del 16 de septiembre de 2009 improbar el acuerdo.

5. Entonces, el 26 de noviembre del referido año ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca se realizó audiencia de formulación de acusación, en la cual *CARDONA HENAO* se allanó a los cargos. El 1º de diciembre siguiente fue proferido fallo de condena de primer grado, por medio del cual aquél fue condenado a la pena principal de ochenta y ocho (88) meses de prisión y multa por 1.889 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privación de libertad, como autor de los delitos por los cuales fue acusado.

6. En la misma providencia le fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como la prisión domiciliaria. Entonces, el defensor del acusado interpuso recurso de casación contra la decisión del *ad quem* y allegó la demanda oportunamente, la cual fue admitida mediante auto del 9 de agosto de 2010.

Al amparo de la causal primera de casación establecida en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante denuncia la violación directa de la ley sustancial derivada de la aplicación indebida de dos preceptos, en su criterio excluyentes, esto es, el de concierto para delinquir agravado con fines terroristas y el de rebelión, en quebranto del principio *non bis in ídem*.

CARGOS EXPUESTOS POR EL CASACIONISTA: La defensa reiteró su pretensión orientada a la casación del fallo, en el sentido de marginar el delito de concierto para delinquir agravado, según los argumentos expuestos en la demanda presentada. Ante tal argumento la Fiscal Quinta Delegada ante esta Colegiatura solicitó a la Sala no casar el fallo, por considerar que la solución propuesta por el demandante es político criminalmente insatisfactoria, resulta dogmáticamente incorrecta y en la sustentación del libelo se citan en forma descontextualizada antecedentes jurisprudenciales.

Destaca que fueron objeto de preacuerdo los actos ejecutivos de consecución de los elementos químicos y precursores para la elaboración de armas de destrucción masiva, con el objeto de generar zozobra en la población, con la implícita intención de atacar la vida de personas en abstracto, máxime si el lugar de elaboración de dichos artefactos era un segundo piso próximo a un jardín infantil donde se hallaban 19 infantes en una zona deprimida del municipio de Soacha.

Señala que el delito de rebelión ha tenido un tratamiento benigno en

comparación con otras conductas de asociación propias de la delincuencia común.

Doctrina y jurisprudencia han aceptado que en el delito de rebelión se encuentra inmerso el porte de armas, salvo cuando se trata de aquellas de destrucción masiva. Asevera que en este caso el desvalor del delito de rebelión no cobija el concierto para delinquir con fines terroristas, pues la desproporción en el accionar consiente en cuanto a la elección de los medios desborda la protección político criminal del bien jurídico del régimen constitucional y legal.

Aduce el accionante que no hay antecedente jurisprudencial aplicable a este asunto, pues no se trata de la escogencia de armas convencionales, sino de destrucción masiva, amén de que la compra de los insumos y su traslado hacia el lugar de elaboración desbordan el ámbito del delito de rebelión, motivo por el cual el punible de concierto para delinquir con fines terroristas conserva su autonomía, y por ello, concurra con aquél, de lo contrario se daría lugar a un margen de impunidad deslegitimante de los fines de prevención especial y general positiva de la pena derivados de estos comportamientos.

ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL:

1. El principio non bis in ídem

La Corte le da el carácter de norma rector a tal principio, la considera como una garantía amplia dentro del Debido Proceso, el cual establecer en su parte final el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho..

“Dicho postulado que se encuentra legalmente desarrollado en el artículo 8° del Código Penal de 2000, con carácter de norma rectora, prohíbe la doble incriminación, íntimamente articulada con el principio de la cosa juzgada (res iudicata), consagrado en el artículo 21 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que la prohibición de imputar más de una vez la misma conducta punible implica la imposibilidad de someter a nuevo juicio a quien le ha sido resuelta su situación jurídica de manera definitiva”.¹⁴³

Afirmó igualmente la Sala de Casación Penal, que “los referidos principios se encuentran reconocidos en la normativa internacional que conforma el Bloque de Constitucionalidad, cuyas leyes aprobatorias de los tratados sobre derechos humanos ostentan la especial condición de supralegales e infraconstitucionales, y por ello, resultan prevalentes en el ordenamiento interno de conformidad con la cláusula establecida en el artículo 93 de la Constitución. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York dispone en el numeral 7° de su artículo 14: Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. A su vez, el numeral 4° del artículo 8° de la Convención Americana de San José de Costa Rica establece: “El inculcado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.¹⁴⁴

El principio non bis in ídem precisa de tres presupuestos de identidad: En el sujeto (eadem personae), el objeto (eadem res) y la causa (eadem causa). El primero exige que el mismo individuo sea incriminado en dos o más

¹⁴³ Argumento expuesto por la Corte Suprema de Justicia. Proceso 34482

¹⁴⁴ Ibidem.

actuaciones; el segundo, la identidad de objeto, requiere que el factum motivo de imputación sea igual, aún si el nomen iuris es diverso; y el tercero, la identidad en la causa, postula que la génesis de los dos o más diligenciamientos sea la misma.¹⁴⁵

Posterior a tal pronunciamiento, la Corte Suprema entró al análisis de los elementos del delito de rebelión y el de concierto para delinquir. Respecto al delito de rebelión contemplado en su momento por la Ley 599 de 2000, estimó la Corte que el mismo exige la presencia de un ingrediente subjetivo referido a que la conducta se efectúe con la pretensión de derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, de modo que un motivo diferente desvirtúa la comisión de este comportamiento y puede dar lugar a otro punible, por ejemplo el de sedición, si la finalidad del empleo de las armas se orienta a impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes.

Estimó la Corte Suprema: que la rebelión tiene por antonomasia la condición de delito político, y en tal carácter sus autores se benefician de especiales prerrogativas, como se puede constatar en las siguientes normas constitucionales, artículos: 35,150, 17, 179, 201,299 de la Constitución Política de Colombia.

Argumentos dados por la Corte Suprema respecto al concurso aparente de delitos

Para no vulnerar el principio non bis in ídem, la Corte declaró que si un comportamiento se adecua de manera sincrónica a dos o más tipos penales

¹⁴⁵ Sentencia del 6 de septiembre de 2007. Rad. 26591.

(multiadecuación típica) hay presencia de la figura denominada concurso aparente de delitos, que impone acudir a alguna de las soluciones planteadas por la jurisprudencia y la doctrina. Tales soluciones corresponden a los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad.

Afirmó la Corte Suprema: “En virtud del primero, que interesa a este asunto, la ley especial deroga la ley general (*lex specialis derogat legi generali*), dado que uno de los tipos concursantes contiene todos los elementos del otro, pero además, se ocupa de otros aspectos, en cuanto tiene mayor riqueza descriptiva, sin que sea necesario que haya una relación de género a especie entre los dos (hurto simple y hurto calificado, por ejemplo), o que se trate de un tipo especial respecto de uno básico (v.g. homicidio por piedad y homicidio simple) o que ambos protejan el mismo bien jurídico tutelado (abuso de la función pública y prevaricato, por ejemplo)”.¹⁴⁶

Se advierte que el fundamento dado por la Corte consiste en evitar la vulneración de un principio de rango constitucional directamente estatuido como lo es el principio del *non bis in ídem*, pero a su vez la no vulneración de principios constitucionales que no se encuentran directamente en la Constitución como lo es el principio de proporcionalidad y sus tres gradas, a saber, idoneidad, necesidad y proporcionalidad como aspectos que deben tenerse en cuenta cuando hay concurrencia de dos o más delitos.

“En efecto, bien puede ocurrir que los tipos concursantes no tengan una relación de género a especie o de tipo especial a tipo básico y que ni siquiera protejan el mismo bien jurídico, como puede ocurrir, por ejemplo,

¹⁴⁶ Proceso n. ° 34482.MAGISTRADO PONENTE: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.Fecha: noviembre veinticuatro de dos mil diez (2010).

entre los delitos de sedición y porte ilegal de armas, los cuales protegen diversos bienes jurídicos, esto es, el régimen constitucional y legal el primero, y la seguridad pública el segundo, delitos que pueden concursar aparentemente, de modo que la solución para no quebrantar el principio *non bis in ídem* supone la aplicación del principio de especialidad, pues los elementos del segundo están incluido en los del punible se sedición”¹⁴⁷.

Argumentos dados por la Corte respecto al límite de los delitos conexos:

Estimó la Corte que conforme ha sido definido internacionalmente, no tienen el carácter de delitos políticos: Los crímenes de guerra, esto es, violaciones al derecho de la guerra (*ius in bellum*), de las que hacen parte tanto las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el marco de un conflicto armado internacional, como las violaciones graves al derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario con ocasión de un conflicto armado interno, (ii) Los crímenes de lesa humanidad, es decir, conductas de *asesinato*, exterminio, esclavitud, deportación o desplazamiento forzoso, encarcelación, tortura, violación sexual, prostitución forzada, esterilización forzada, persecución por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos u otros motivos definidos, desaparición forzada, apartheid u *otros actos inhumanos que causen graves sufrimientos o atenten contra la salud mental o física*¹⁴⁸, no cometidos necesariamente en el curso de un conflicto armado, suponen la

¹⁴⁷ En este sentido auto del 18 de octubre de 2005. Rad. 24275.

¹⁴⁸ Artículo 7o del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

existencia de un ataque generalizado¹⁴⁹ o sistemático¹⁵⁰, o (iii) En general, conductas que hayan vulnerado gravemente los derechos humanos o el derecho internacional humanitario.

En tal sentido ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que la facultad de otorgar amnistías sólo es procedente respecto de quienes fueron sancionados o procesados única y exclusivamente por haber participado en hostilidades, no así con relación a aquellos que quebrantaron la normativa del derecho internacional humanitario¹⁵¹.

“Además, otras instancias internacionales han señalado que las violaciones al ordenamiento internacional constituyen delitos internacionales y que por tanto, no pueden ser objeto de amnistía, en principio, o indulto¹⁵², dado que se trata de aquellos comportamientos cuya gravedad compromete la paz y la seguridad mundial, así como la estabilidad ética y política del orden internacional, y con cuya comisión se vulnera a la humanidad en su conjunto

¹⁴⁹ El carácter masivo de los ataques para que se estructuren los crímenes de lesa humanidad no fue invocado inicialmente en el Tribunal de Nuremberg, pues fue un elemento latente y evidente en las conductas que allí se investigaron.

¹⁵⁰ Así fue reconocido en 1961 por la Corte de Distrito de Jerusalén en el caso “Eichmann”, al acreditarse una campaña nazi de exterminio, mediante actos aparentemente aislados pero que formaban un todo. De igual manera el Tribunal para la ex Yugoslavia asume que las ejecuciones ocurridas en el hospital de Vukovar se integraban al contexto general y organizado del ataque a dicha ciudad.

¹⁵¹ Informe No. 1/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lucio Parada Cea y otros *versus* El Salvador. Párrafo 116.

¹⁵² Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Caso Celibici. Sentencia del 20 de febrero de 2001.

y no a la persona individualmente considerada, de manera que no pueden tener la condición de delitos políticos.”¹⁵³:

*“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia (...); Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes; (...)
Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales...”*

A criterio de la Corte, los comportamientos que por quebrantar el derecho internacional tienen la connotación de delitos internacionales y, por tanto, carecen de la condición de delitos políticos, en cuanto no pueden beneficiarse con indultos o amnistías..

Acerca de la noción de crímenes de lesa humanidad ha señalado la Corte Constitucional:

“En cuanto a la evolución del concepto de crímenes de lesa humanidad, este cobija un conjunto de conductas atroces cometidas de manera masiva o sistemática, cuyo origen es principalmente consuetudinario, y que han sido proscritas por el derecho internacional desde hace varios siglos.

¹⁵³ Proceso n.º 34482, Op,

La noción moderna de crímenes contra la humanidad nace en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y está contenida en su artículo 6(c) que incluye las siguientes conductas: ‘asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano cometido contra una población civil, antes o durante el curso de una guerra, así como persecuciones sobre bases políticas, raciales o religiosas, ejecutados en conexión con cualquier otro crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, haya existido o no violación del derecho interno del Estado donde fueron perpetrados’¹⁵⁴

Agrega la Corte: El crimen de lesa humanidad se distingue de otros crímenes, porque: a) no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que está dirigido contra una multitud de personas; b) es sistemático, porque se inscribe en un plan criminal cuidadosamente orquestado, que pone en marcha medios tanto públicos como privados, sin que, necesariamente, se trate de la ejecución de una política de Estado; c) las conductas deben implicar la comisión de actos inhumanos, de acuerdo con la lista que provee el mismo Estatuto; d) el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil; y e) el acto debe tener un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales.

“Como viene de verse, y ya ha tenido oportunidad de plantearlo la Sala, dentro del género correspondiente a los delitos de lesa humanidad, se encuentran por lo menos dos especies, una, desarrollada en los tratados internacionales que expresamente tipifican las conductas con tal carácter, y

¹⁵⁴ Sentencia C-578 de 2002.

la otra, referida a aquellos comportamientos que sin estar enlistados en la normativa internacional, satisfacen los postulados para identificarlos como graves atentados al género humano, que ofenden la conciencia de la humanidad y avergüenzan a la comunidad nacional e internacional.”¹⁵⁵

A partir de lo anterior, ha concluido la Corporación que el delito de concierto para delinquir agravado, el cual no está incluido en nuestra legislación dentro de los instrumentos internacionales como de lesa humanidad, puede tener tal condición de acuerdo con los delitos cuya comisión haya sido acordada.

La Corte Suprema en su análisis concluye que el comportamiento de concertarse para planificar y organizar la colocación de carobombas en cualquier sector de la ciudad, dirigidos a atacar de manera sistemática e indiscriminada a la población civil, objeto de protección central en los Convenios de Ginebra de 1949, sin dificultad se ubica dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad, pues además de que conforme a las máximas de la experiencia, por regla general tales conductas comportan pérdida de vidas humanas y lesiones personales (asesinato y atentados graves a la integridad física, en los términos del Estatuto de Roma).

En consecuencia la Corte Suprema decidió: **NO CASAR** la sentencia impugnada.

AÑO 2011

¹⁵⁵ Decisión del 13 de mayo de 2010. Rad. 33118.

Proceso No 30.970.

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

APROBADO ACTA No. 69

FECHA: dos (2) de marzo de dos mil once (2011)

ASUNTO:La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de ALEX GUILLERMO FONSECA LOZANO contra la sentencia dictada el 26 de junio de 2008 por la Sala Penal de Descongestión–Foncolpuertos del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó el fallo expedido el 13 de junio de 2007 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión–Foncolpuertos de la misma ciudad, por cuyo medio lo condenó en calidad de determinador de los delitos de peculado por apropiación agravado y prevaricato por acción, en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS: Tras el retiro del dirigente sindical ALEX GUILLERMO FONSECA LOZANO de la Empresa Puertos de Colombia Terminal Marítimo de Barranquilla, en la que laboró entre el 7 de mayo de 1974 y el 26 de noviembre de 1992 y cuyo último cargo fue el de liquidador de nómina, obtuvo el reconocimiento de una pensión proporcional de jubilación en cuantía de \$1.140.702,50.

A través de apoderado promovió sendos procesos ordinarios laborales que decididos en primera instancia sirvieron de base para reclamar ante su empleador el reconocimiento de cuantiosas reliquidaciones que fueron concedidas mediante resoluciones 102 del 4 de febrero de 1997, 1577 del 30 de octubre del mismo año y 2142 del 28 de mayo de 1998, las cuales

excedieron el tope máximo convencional de 17.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En sede de consulta, mediante fallos del 26 de noviembre de 2001 y 30 de enero y 18 de marzo de 2002 proferidos por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se revocaron las sentencias proferidas por los Juzgados Cuarto y Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla y se absolvió a la empresa demandada.

En consecuencia, el 1º de marzo de 2004, el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia, revocó parcialmente las resoluciones anotadas y ordenó el reintegro de lo pagado ilegalmente en exceso, en cuantía de \$907.029.1050.91.

2. Con base en un anónimo, el 14 de marzo del año 2002 un Fiscal adscrito a la Unidad Especial Investigativa de Foncolpuertos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cundinamarca, dispuso la apertura de investigación previa.

3. El 18 de agosto de 2004, la Fiscalía Sexta Seccional de Bogotá declaró abierta la investigación contra ALEX GUILLERMO FONSECA LOZANO. Igualmente, dispuso su vinculación.

4. Mediante resolución del 29 de agosto de 2005, resolvió la situación jurídica del indagado con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción, en calidad de determinador, en concurso homogéneo y sucesivo.

Recurrida la decisión en reposición y apelación, fue confirmada en primera instancia el 19 de octubre de 2005 y en segundo grado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá, el 25 de noviembre del mismo año..

5. La investigación se declaró cerrada el 26 de octubre de 2005, y el 23 de diciembre siguiente se calificó el sumario con resolución de acusación por los referidos delitos.

6. Contra esa providencia la defensa interpuso recurso de apelación que fue desatado el 23 de marzo de 2006 por un Fiscal adscrito a la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido de ratificarla.

7. El 27 de abril de 2006 el Juzgado Primero Penal del Circuito Descongestión Foncolpuertos de Bogotá asumió conocimiento del asunto y dispuso correr el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

8. El 13 de junio de 2007 el Juzgado de conocimiento dictó sentencia condenatoria en contra de ALEX GUILLERMO FONSECA LOZANO en calidad de determinador de los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo, y le impuso las penas principales de 95 meses de prisión y multa de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y el pago en perjuicios, en cuantía de 3867.56 salarios mínimos legales mensuales a la fecha de su cancelación, por cuanto el procesado se apoderó de \$913.522.732,35. Así mismo, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

9 El fallo fue recurrido por el defensor y modificado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia del 26 de junio de 2008, pero solo en cuanto fijó los perjuicios en \$ 907.029.150,91. En lo demás confirmó.

10. Contra la providencia de segundo grado, la defensa técnica interpuso recurso extraordinario de casación que fue sustentado en la oportunidad legal.

CARGOS ALEGADOS POR EL ACCIONANTE:

El defensor postuló cuatro cargos, el primero y el segundo (subsidiario) al amparo de la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, y el tercero y cuarto conforme a la causal primera, estos últimos en la modalidad de violación indirecta de la ley sustancial.

1. Causal tercera.

Primer cargo (principal). Nulidad por violación del debido proceso, en materia de responsabilidad (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

Con fundamento en los artículos 29 de la Constitución Política, 55 de la Ley 270 de 1996, 13.2 y 170 de la Ley 600 de 2000 y jurisprudencia de la Sala de Casación Penal el censor se refirió a la obligación de motivar la sentencia, la técnica que debe emplearse para atacar el incumplimiento de ese deber según se trate de ausencia absoluta de motivación, motivación deficiente o incompleta, motivación dilógica y motivación sofística, los componentes del fallo al tenor del artículo 170 del Código de Procedimiento Penal y la solución

que ha de adoptarse en sede de casación cuando se acredite el defecto de motivación.

En concreto, acusó el fallo de segunda instancia de dejar de explicar y desarrollar conforme a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia lo relativo a la calidad de determinador y el dolo, así como omitir dar respuesta a algunos de los fundamentos de la apelación.

Frente al primer tópico, recordó el contenido normativo del artículo 30.1 del Código Penal y explicó que dicha norma “exige que el “determinado realice al menos conducta antijurídica, que obviamente, debe estar precedida de comportamiento típico. Sin embargo, en el caso concreto el Tribunal no comprobó la tipicidad y la antijuridicidad de las conductas punibles atribuidas pese a que la defensa aportó copia de la preclusión que favoreció a los hipotéticos autores directos.

Al respecto, destacó que dicha prueba no fue atendida bajo argumentos puramente formales, como que la copia anexada era informal, había sido presentada extemporáneamente y que no había prueba de que no hubiera sido impugnada.

Consideró que el Ad quem no se ocupó de las exigencias decantadas por la jurisprudencia y la doctrina para establecer la calidad de determinador, entre ellas que todas las personas mancomunadas obren con el mismo fin; que deben estar vinculadas moralmente; que deben conformar una unidad de intención; que sin prueba de la determinación individual no es viable aludir a coparticipación; que el determinador actúa mediante mandato, orden, coacción, asociación, consejo, etc.; que es menester que haya comunicación entre determinador y determinado; que para que el determinador responda

penalmente es imprescindible que el determinado obre, al menos en grado de tentativa; que el inductor ejerce influencia determinante en el otro, en el encargado de materializar la conducta; que se requiere efectiva conjunción entre determinador y determinado; que el determinado debe aceptar la comisión del hecho de manera consiente y voluntaria; que se exige nexo causal, en el entendido que el hecho cometido por el determinado sea producto de la conducta del determinador; que la inducción tiene que ser directa, referida a una persona determinada, privada, porque si se hace abierta, publica y ampliamente, se podría pensar en otro delito.

Una vez citó los apartes de las sentencias de primer y segundo grado alusivos al tema propuesto, insistió en que los juzgadores no motivaron el fallo sobre dicho aspecto y destacó la variación argumentativa entre la acusación y las sentencias, toda vez que mientras la primera imputa al procesado la condición de determinador sobre HERNÁNDEZ CARRILLO, HERNÁNDEZ GARCÍA, GÓMEZ CORRERA y BARRIOS TORRES para que cometieran peculado y prevaricato, las segundas, fundan la determinación en la circunstancia de haber aprovechado sus calidades personales y el caos reinante en la entidad para hacer reclamaciones.

En este punto, sostuvo que aunque se alude a la noción de determinador, no comprueba en quién o quiénes su prohijado hizo nacer la idea criminal. Para el censor, tanto la Fiscalía como los falladores subjetivaron a los determinados, con la diferencia que en el último caso, no hay prueba de persona alguna determinada.

Respecto al segundo aspecto, con similar orden argumentativo, esto es, aludiendo al artículo 22 del Código Penal y a los presupuestos del dolo el recurrente afirmó que si bien el Tribunal y el juez de primera instancia lo

dedujeron, el primero, de las maniobras orientadas a ajustar su mesada en cuantía mayor a la permitida, y de que hábilmente se apropió de bienes del Estado aprovechando sus calidades personales y el segundo del silencio hermético ante el incremento tan grande de su pensión y la incredulidad frente a la exculpación según la cual fue mal asesorado, siendo que había trabajado en Foncolpuertos en cargos que le permitían comprender lo sucedido, afirmó que estas argumentaciones son aparentes porque se limitaron a repetir y repetir lo mismo” sin lograr comprobar el dolo.

Como tercer aspecto no motivado en el fallo, el libelista aseguró que el Tribunal no se pronunció frente a varios de los argumentos formulados en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Así mismo, en cuanto al segundo punto afirmó el demandante que “le preocupó la determinación deducida en la acusación, es decir, respecto de personas individualizadas y predeterminadas, y la supuesta “determinación” que sirvió de base al juzgado”¹⁵⁶.

De igual modo, sobre el tercer punto, una vez recordó que por el principio de confianza para el cuerpo colegiado las otras personas involucradas fueron exoneradas, aclaró que no se estudió la jurisprudencia que analizó el defensor ni lo dicho por el defensor respecto a la sentencia del 28 de noviembre de 2002 en que se apoyó el juzgador para establecer la determinación, cuyo aparte citado en el fallo constituye una aseveración secundaria porque no mencionó cambio alguno de jurisprudencia.

Concluyó que el juzgador de segundo grado no sustentó jurídicamente lo esencial del tema debatido (la determinación y el dolo) y, del otro, aparte de

¹⁵⁶ Afirmación hecha por el Casacionista.

la somera forma, no respondió debidamente los estudios que le hizo la defensa cuando sustentó la apelación contra el fallo de 1er grado, defecto que como consecuencia de la violación a la presunción de inocencia genera la necesidad de casar el fallo impugnado, declarar la nulidad del mismo y retornar el expediente al Ad quem para que se pronuncie conforme a derecho.

Respecto al Segundo cargo (subsidiario). Nulidad por violación del debido proceso en materia de punibilidad. Alegó el actor que se lesionaron los artículos 29 de la Constitución Política, 8 del Código Penal y 19 del Código de Procedimiento Penal.

ANÁLISIS DE LA CORTE SUPREMA RESPECTO A LA CAUSAL PRIMERA: Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho.

Afirmó la Corte Suprema de Justicia que la providencia no señala ninguna prueba que conduzca a afirmar que el enjuiciado acordó el delito con su empleador, abogados, jueces laborales y funcionarios de la entidad.

El artículo 170 de la Ley 600 de 2000 exige que la sentencia, entendida como el instrumento judicial que define de fondo lo relativo a la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, esté debidamente soportada en las pruebas legal y oportunamente practicadas en la actuación, a través de un ejercicio lógico intelectual que subsume los hechos y el derecho, a fin de que el procesado conozca fundadamente las razones en que se soporta la determinación pertinente, de tal forma que se garantice el legítimo y efectivo ejercicio del derecho de defensa en su componente de contradicción.

Consideró la Corte que los defectos de motivación, bien sea por ausencia absoluta, deficiencia sustancial o ambigüedad, conllevan a la trasgresión de los derechos al debido proceso y a la defensa y pueden ser atacados por la vía de la nulidad, en tanto la acreditación de uno cualquiera de ellos haría evidente la imposibilidad para la defensa técnica y material de controvertir la decisión que carente de fundamentos probatorios o sustanciales afecte o restrinja sus garantías esenciales.

Sin embargo, estimó que la postulación específica de uno u otro tipo de error no es homogénea, pues la argumentación que los soporta es diversa en cada caso, en tanto el primero apunta a la categórica falta de fundamentación fáctico jurídica del fallo, el segundo, a la ausencia parcial de elementos de juicio suficientes de orden probatorio o legal que lo tornan incompleto y el último, a la confusa, contradictoria, ambigua, imprecisa o dilógica proposición de los argumentos de la decisión que la hace ininteligible. El cuarto defecto de motivación que no corresponde a un error in procedendo sino de juicio, denominado falsa motivación, en cambio, se ataca por la vía de la causal primera, cuerpo segundo, en el sistema de la Ley 600 de 2000.

A criterio de la Corte es necesario que en la Casación se especifique la modalidad de error de motivación en que estarían incursas las sentencias impugnadas, y ello en principio, impediría determinar si la fundamentación del cargo es coherente con el sentido del reproche. El error se circunscribe a la segunda de ellas, es decir, a la de motivación deficiente derivada de no explicar y desarrollar conforme a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia lo relativo a la calidad de determinador y el dolo y dejar de dar respuesta a algunos de los fundamentos de la apelación.

Consideró la Sala de Casación Penal que la sentencia de fondo debe definir claramente la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad en el caso concreto atendiendo para ello el principio de legalidad de los delitos y las penas.

Reiteró que en múltiples ocasiones manifestó que el funcionario judicial no está obligado a “adoptar un determinado esquema secuencial en la elaboración de la providencia, o asumir en capítulos separados el estudio de cada uno de los aspectos indicados en la norma, ni adentrarse necesariamente en complejas disquisiciones de orden teórico o dialéctico en relación con cada uno de ellos para que la decisión pueda considerarse suficiente motivada. Lo importante es que dentro de los parámetros que la propia ley señala, y que responden a la naturaleza de la decisión que ha de adoptarse, se presenten en forma clara y precisa las razones que la sustentan, de manera tal que los sujetos procesales puedan conocer sus fundamentos fáctico, probatorio y jurídico”.¹⁵⁷

La Corte entró al análisis de los elementos de motivación de la sentencia de segunda instancia, para cotejar si en verdad ellas eran incompletas, aparentes o por el contrario, satisfacían los presupuestos mínimos de fundamentación. Sostuvo la Corte que: “Una lectura atenta de los fallos de instancia que se complementan por virtud del principio de inescindibilidad en tanto conservan el mismo sentido de decisión- permite establecer que las deficiencias argumentativas replicadas por el libelista no se avienen probadas”¹⁵⁸

¹⁵⁷ Sentencia del 29 de enero de 2004. Radicado 15.787.

¹⁵⁸ Providencia 30970 del año 2011. Proceso 232525.

Estimó que las sentencias de primera y segunda instancia presentaron y apreciaron coherentemente los medios de convicción allegados a la actuación, dan respuesta suficiente a los alegatos de las partes, adecuan la conducta desplegada por el acusado en los tipos penales de peculado por apropiación y prevaricato por acción, respetando para tal fin los ingredientes normativos que los soportan, con especial énfasis en la deducción del grado de participación –determinador- y la intencionalidad impresa al comportamiento desplegado.

“Ninguna deficiencia en la motivación se percibe cuando acudiendo a la prueba documental e indiciaria e incluso al dicho del procesado, los fallos deducen que la emisión de dichos actos administrativos ocurrió porque el enjuiciado gestó el propósito criminal en los empleados con competencia para liquidar y reconocer las prestaciones sociales reclamadas, pues no de otra forma se explica que en tres oportunidades dichos funcionarios espontáneamente hayan resuelto quebrantar la ley laboral –convencional- para favorecer a un ex trabajador en cuantiosas sumas de dinero de propiedad Estatal”¹⁵⁹

Estimación de la Corte respecto a las normas que integran el bloque e constitucionalidad:

Respecto a la causal de casación por violación de una norma del bloque consideró la Corte que la sentencia de segunda instancia no hizo alusión expresa (soporte jurídico en las convenciones de 1989-1990 y 1991-1993, valoración del anónimo que denunció los hechos, conocimiento privativo por la jurisdicción laboral sobre las reliquidaciones pensionales y absolución de

¹⁵⁹ Ibidem.

los jueces laborales), lo cierto es que ello deviene intrascendente en la medida que la valoración conjunta de los medios de prueba brindó certeza acerca de la existencia de las conductas punibles y de la responsabilidad penal que le asiste al procesado a título de dolo en calidad de determinador de las mismas y ninguno de tales argumentos ofrece motivos fundados para mutar la decisión de condena impartida frente a FONSECA LOZANO.

“En verdad, es claro que aunque se afirme lo contrario, está probado que el artículo 107 de la Convención Colectiva de 1991-1993 vigente para la época de las reclamaciones laborales no autorizaba el reconocimiento de pensión de jubilación que superara el tope tantas veces mencionado de 17.5 s.m.l.m.v. Así mismo, resulta extraño a la pretensión defensiva procurar la valoración de un anónimo, que no siendo prueba únicamente podría ser tenido en cuenta como criterio orientador de la investigación o cuando quiera que los hechos denunciados encuentren efectiva comprobación a través de otros elementos de convicción, caso como el que nos ocupa donde una vez realizada la investigación y juzgamiento del procesado surgieron múltiples medios probatorios que confirmaron lo dicho en aquél, y cuya apreciación en sede de juzgamiento antes que favorecerlo podría perjudicarlo”.¹⁶⁰

A criterio de la Corte Suprema el principio de la sana crítica impide trasladar en idéntico sentido las conclusiones de la valoración realizada respecto de un específico medio de prueba y un procesado a los demás investigados pues en cada caso se impone realizar la apreciación en conjunto respectiva. En materia de reconocimiento de derechos laborales y prestaciones sociales, cuando en dicho ámbito se trasciende a comportamientos sancionados por la ley penal como punibles, por ejemplo, como cuando por virtud del

¹⁶⁰Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 30970.

reconocimiento ilegal de aquellas se defrauda el erario público, nada impide que la jurisdicción penal conozca de la acción que surge de la comisión de la conducta punible.

Respecto a la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho:

Afirmó la Corte que la proposición de la violación indirecta de la ley sustancial producida por error de hecho en el sentido de falso juicio de existencia la demanda del casacionista, el deber de acreditar, que el juzgador omitió valorar un medio de convicción, que tenía la capacidad probatoria de variar el sentido del fallo (supresión) o apreció como si efectivamente se hubiera practicado, una prueba que no obra en el proceso (suposición), para dar por probado algún supuesto de hecho o derecho, con efecto trascendente en la decisión de fondo definitiva.

Para el censor, ésta última alternativa es la que se verifica en el asunto examinado toda vez que contra cualquier evidencia de prueba alguna que acredite la determinación y el dolo, el juzgador dio por probada la existencia de tales categorías.

“Para la Sala, en cambio, la revisión pormenorizada de los fallos de instancia que conforman una unidad jurídica, permite establecer que tanto la determinación en cuanto grado de participación, como el dolo, fueron válidamente deducidos de la abundante prueba recaudada legalmente en la actuación.

Al respecto, nótese cómo la determinación resultó acreditada a partir del examen de la prueba documental que estableció la condición de extrabajador de Foncolpuertos de FONSECA LOZANO, el último cargo que desempeñó – liquidador de nómina-, el rango directivo que ostentó dentro del sindicato de trabajadores, las reclamaciones judiciales y administrativas y las sentencias y actos administrativos que se produjeron para dar respuesta a las mismas por cuyo medio se reconocieron reajustes pensionales ilegales y la deducción lógica construida por los falladores sobre la oportunidad para influir decididamente al interior de la entidad –terceros que hicieron las veces de autores materiales- dada su especial cercanía a la misma, y el conocimiento práctico del tema pensional a fin de obtener como en efecto lo consiguió, beneficios laborales que sobrepasaron con perjuicio del patrimonio del Estado, los definidos en sede convencional”.¹⁶¹

DECISIÓN DE LA CORTE: Consideró que no le asiste razón al libelista cuando predica falsos juicios de existencia por suposición en los que no incurrieron los falladores pues como se observa, prueba de las dos categorías dogmáticas en cuestión -determinación y dolo- es lo que justamente obra en el proceso y que fue valorada por los falladores aunque en sentido distinto al que pretende la defensa.

Por ende decidió NO CASAR la sentencia del 26 de junio de 2008, proferida por la Sala Penal de Descongestión-Foncolpuertos del Tribunal Superior de Bogotá.

¹⁶¹ Ibidem.

2012

PROCESO 35572

Magistrado Ponente: **JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA**

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil doce (2012).

ASUNTO: Decide la Sala el recurso extraordinario de casación presentado en nombre de ALBA LEONOR LÓPEZ SANDOVAL, contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué (Tolima), que confirmó parcialmente el emitido en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa ciudad, mediante el cual aquélla fue condenada como autora responsable de falsedad en documento privado y peculado.

HECHOS:

1. La señora ALBA LEONOR LÓPEZ SANDOVAL laboraba como auxiliar administrativo de la División de Apoyo Logístico de Asamblea Departamental del Tolima, cargo entre cuyas funciones estaba la de revisar las facturas por pagar por concepto de las líneas telefónicas de esa entidad, e informar a su superior, previa verificación de la contadora, el valor total con el fin de que éste girara el cheque con el que ella acudía a cancelar los respectivos recibos.

El 7 de mayo de 2004 el jefe de la precitada fue visitado en su oficina por el gerente de la entidad bancaria en la que iba a saldarse el servicio público de telefonía, quien le informó que entre las facturas había ocho que no eran de esa Corporación, motivo por el que aquél aplazó ese trámite y descubrió que los recibos ajenos correspondían a líneas particulares de cuyos usuarios la procesada, LÓPEZ SANDOVAL, había recibido el dinero en efectivo para pagar el servicio, pero los había incluido en la sumatoria de los de ese organismo, en tanto que en marzo y abril de ese año, mediante argucia semejante y alterando los

valores en algunas facturas de los abonados oficiales, había hecho girar cheques por un mayor valor del que en verdad debía cancelarse, apropiándose así, en total, de un millón setecientos veintiocho mil ochocientos sesenta y ocho pesos (\$ 1'728.868).

2. Con base en la denuncia instaurada por esos sucesos, el 31 de mayo de 2004 la Fiscalía General de la Nación inició investigación previa en la que, además de constatar los hechos de la queja, estableció que el 18 del citado mes LÓPEZ SANDOVAL consignó en favor de la Asamblea Departamental del Tolima, por concepto de reintegro, la suma de un millón ochocientos treinta y ocho mil pesos (\$ 1'838.000). Con posterioridad, el 24 de agosto siguiente, el instructor abrió formalmente investigación, vinculó mediante indagatoria a la sindicada y tras resolver de manera provisional su situación jurídica, el 4 de marzo de 2005 profirió contra ella resolución de acusación en calidad de autora de falsedad en documento privado en concurso material heterogéneo con peculado por apropiación (Ley 599 de 2000, artículo 289 y 397, inciso tercero), pliego de cargos que fue integralmente confirmado el 26 de octubre del mismo año.

3. La causa le correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué, despacho en el que la procesada radicó escrito expresando su voluntad de acogerse al mecanismo de sentencia anticipada, y de acuerdo con esto su titular, el 27 de noviembre de 2009, profirió contra ella fallo en el que la condenó a las penas principales de cincuenta y tres (53) meses, veintinueve (29) días y ocho (8) horas de prisión, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, y multa de un millón setecientos veintiocho mil ochocientos sesenta y ocho pesos (\$ 1'728.868) como autora de “peculado por apropiación en concurso homogéneo, falsedad en documento privado en concurso homogéneo, bajo la hipótesis del concurso medial.

En el mismo pronunciamiento declaró extinguida la acción civil por cuanto en la actuación no se acreditaron perjuicios y en cambio sí el reintegro de la suma apropiada, y le negó a la acusada la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero le otorgó la prisión domiciliaria como sustitutiva de la que debería cumplir en un centro penitenciario.

4. De la expresada decisión apeló la defensa y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante la suya de 19 de agosto de 2010, acogió la pretensión del impugnante en cuanto a la falta de congruencia con la acusación, motivo por el que la reformó en el sentido de declarar responsable a la enjuiciada de un concurso heterogéneo de peculado por apropiación y falsedad en documento privado, y en tal virtud le impuso pena principal de veintinueve (29) meses y dieciocho (18) días de prisión, término al que redujo la de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y en lo demás le impartió confirmación a la providencia recurrida, fallo de segundo grado contra el cual la misma parte interpuso y sustentó el recurso de casación, que esta Corporación declaró debidamente argumentado y respecto del cual un Delegado de la Procuraduría General de la Nación emitió el concepto de rigor.

CARGOS INVOCADOS POR EL ACCIONANTE:

1. El censor con fundamento en la Ley 600 de 2000, artículo 207, numeral 1º, inciso primero, pues considera que los juzgadores violaron de manera directa la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 63 del Código Penal, al negar a su representada la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pese a estar satisfechos los requisitos para ello.

Puntualiza que el yerro se configuró porque los funcionarios al sopesar el alcance del condicionamiento subjetivo previsto en el numeral segundo de la norma excluida, específicamente en lo relativo a la modalidad y gravedad de las conductas punibles por las que fue condenada su prohijada, entendieron que ese aspecto hacía referencia a las razones por las que el legislador elevó tales hipótesis a conductas punibles, vinculándolas a las funciones de prevención general y retribución justa de la pena, así como a las de prevención especial y reinserción social, para de esa manera concluir que la procesada no se hacía merecedora a dicho beneficio con miras a disuadir con la amenaza de la pena a los ciudadanos que incurrían en hechos delictivos y para lograr el afianzamiento del orden jurídico.

Destaca que el legislador tipificó como hechos punibles el apropiarse de dineros del Estado y la alteración de documentos que puedan servir de prueba porque consideró que esos comportamientos implicaban riesgo o afectaban de manera grave los bienes jurídicos que pretendía tutelar y de ahí que en proporción a su naturaleza y gravedad les señaló las respectivas sanciones.

Refiere que en acatamiento de la prohibición de doble incriminación o *non bis in ídem*, los fundamentos o motivaciones del legislador para tipificar como punible y trasgresor del orden legal un determinado comportamiento humano, no pueden ser utilizados al mismo tiempo para negar a quien es declarado responsable del correspondiente delito la suspensión condicional de la ejecución de la pena, habida cuenta que esa figura responde a consideraciones distintas.

Al efecto indica que, en lo concerniente a la modalidad y gravedad de la conducta, tal y como lo ha puntualizado la jurisprudencia, esos aspectos deben evaluarse con referencia a las circunstancias que rodearon el hecho concreto objeto de juzgamiento.

Asegura que en el asunto analizado, según lo encontraron acreditado los falladores, la procesada carece de antecedentes de todo orden, por lo que acudiendo a clásicos criterios criminológicos puede concluirse que se trata de un delincuente ocasional o no habitual; señala que con sujeción al monto ínfimo de lo apropiado, dentro de la estratificación hecha por el mismo legislador al tipificar el delito de peculado, el comportamiento de la enjuiciada reviste menor gravedad dado que la suma es muy inferior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes —no superó cinco salarios—, y que por el origen o destinación de los fondos, la ilicitud tampoco entraña mayor nocividad dado que no se trataba de dineros destinados a la salud, vivienda, alimentación o educación de las clases menos favorecidas.

Puntualiza que en virtud del cargo desempeñado por su defendida, ella no tenía asignadas funciones de manejo presupuestal, sino un ocasional contacto material con fondos del erario, y que por lo tanto los comportamientos ejecutados son menos reprochables, a diferencia de cuando quien los ejecuta es, por ejemplo, el jefe de la entidad, el ordenador del gasto, un alcalde, un gobernador o un funcionario de manejo y confianza, o cualquiera otro que por su ministerio ostente una posición reconocida y distinguida frente al conglomerado social.

Concluye que todas las anteriores circunstancias constatadas en la actuación y reconocidas por los sentenciadores de primero y segundo grado, eran las llamadas a nutrir o fundamentar el pronóstico o juicio de ponderación acerca de si por la modalidad y gravedad de las conductas delictivas resultaba o no viable otorgar a la encausada el subrogado de la condena de ejecución condicional, y por lo tanto pide a la Corte que con base en lo argumentado case parcialmente el fallo y conceda a su defendida ese beneficio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El primero de ellos se erige como un falso juicio de identidad por desfiguración del supuesto fáctico que viabilizó la rebaja de pena privativa de la libertad con base en el reintegro de la suma apropiada (Ley 599 de 2000, artículo 401); y el segundo con la falta de aplicación de los efectos inmanentes a ese precepto, y de los relativos al descuento por sentencia anticipada (Ley 906 de 2004, artículo 356-5).

La Corte argumentó acerca del delito de peculado por apropiación, el juzgador de primer grado, avalado tácitamente por el Tribunal, reconoció la restitución de la suma que constituyó el objeto material de la conducta, suceso fáctico acreditado en la actuación con el informe rendido el 28 de junio de 2004 por un agente del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía comisionado en la investigación previa para verificar los sucesos denunciados, documento público al que adjuntó como soporte de la devolución, la fotocopia del comprobante N° 126464405 de la consignación hecha a la cuenta corriente N° 22412196-2 de la Asamblea Departamental del Tolima, por valor de un millón ochocientos treinta y ocho mil pesos (\$ 1'838.000), efectuada por ALBA LEONOR LÓPEZ SANDOVAL.

Ese hecho, al dosificar la pena, lo apreció el a-quo como fundamento para activar la circunstancia específica de atenuación prevista en el artículo 401 de la Ley 599 de 2000, pero entendiendo que el mismo había ocurrido luego de iniciada la investigación y antes de dictarse la sentencia de segunda instancia, motivo por el que, respecto de la sanción privativa de la libertad individualizada para el delito de peculado, descontó una tercera parte de conformidad con el inciso segundo del citado precepto.

Allí radicó el primer grave desatino del juzgador, según lo analizado por la Sala de Casación Penal, pues por una descuidada apreciación objetiva de los medios de prueba que informan el suceso, no se percató que los elementos de persuasión de naturaleza documental, esto es, el comprobante de consignación N° 126464405 incorporado desde la investigación previa, según la impresión que ostenta de la máquina registradora del banco, acredita que la consignación de un millón ochocientos treinta y ocho mil pesos (\$ 1'838.000), la llevó a cabo la procesada el 18 de mayo de 2004 ("2004/05/18"), aspecto confirmado luego con las pruebas introducidas por la defensa, implicando ello que la restitución de la suma oficial apropiada se produjo antes de iniciarse la investigación, lo cual tuvo lugar el 31 de mayo del citado año, fecha del auto que dispuso el adelantamiento de la fase preliminar del proceso.

Por lo tanto, de haber apreciado con fidelidad los juzgadores las pruebas en cuestión, sin desfigurar el supuesto fáctico, habrían concluido que la circunstancia desencadenante de la atenuación específica de pena, se acomodaba a la primera de las hipótesis descrita en el artículo 401 de la Ley 599 de 2000, y que en consecuencia la magnitud de rebaja punitiva procedente era la mitad de la individualizada y no la tercera parte.

Agregó la Corte que el error también se presentó al omitir que la deducción contemplada en la disposición acabada de citar opera respecto de todas las penas principales previstas para las distintas especies de peculado, y por fuerza de esa pretermisión no aplicó rebaja alguna frente a la sanción pecuniaria, la cual fijó en un monto igual al de la suma apropiada.

"En idéntica falencia quedó incurso el juzgador de primer grado acerca del descuento por sentencia anticipada, ya que habiendo seleccionado por favorabilidad, con apoyo en jurisprudencia mayoritaria de esta Sala la aplicación

de la rebaja prevista en el artículo 356, numeral 5, de la Ley 906 de 2004, y que estableció en una tercera parte, activó los efectos de esa disposición únicamente en relación con la pena privativa de la libertad individualizada para los delitos concurrentes, excluyendo de tal beneficio, sin la menor consideración, la sanción pecuniaria correspondiente”.¹⁶²

Por consiguiente el desatino al que se alude en los dos últimos párrafos no constituye vicio de estimación probatoria, sino de juicio jurídico por falta de aplicación de los respectivos preceptos en lo que atañe a la multa, y dado que éstos ni el primero de los comentados dislates fueron advertidos y corregidos por el ad-quem, es deber constitucional y legal de la Sala enmendar esos desaciertos para restaurar la garantía de legalidad de la pena.

ARGUMENTOS RESPECTO A LA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA NORMA SUSTANCIAL.

La Corte estimó que no es correcta la crítica de la Delegada en cuanto a que el sentido de la violación directa —falta de aplicación— denunciado por el censor respecto del artículo 63 del Código Penal es equivocado.

Tiene dicho la Corte en reiteradas jurisprudencias que tratándose de las modalidades en que puede presentarse el agravio inmediato de una norma de contenido sustancial, la falta de aplicación o exclusión evidente se presenta, por regla general, cuando el juez yerra acerca de la existencia de la norma y por eso no la aplica al caso específico que la reclama. Ignora o desconoce la ley que

¹⁶² Según la Corte Suprema de Justicia, el fallador partió de 68 meses y 20 días por el peculado en concurso homogéneo y le sumo 12 meses por el concurso con falsedad en concurso homogéneo, para un total de 80 meses y 20 días. El Tribunal al corregir la incongruencia con la acusación y redosificar la pena, también incurrió en error porque entendió que ese aumento había sido del 31 %.

regula la materia y por eso no la tiene en cuenta, debido a que ha incurrido en error sobre su existencia o validez en el tiempo o el espacio.

“Por su parte, en la aplicación indebida, el juez desatina en la selección de la norma. El error se manifiesta en la falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla el precepto, ya que los sucesos reconocidos en el proceso no coinciden con las hipótesis condicionantes de aquél”¹⁶³.

Para la corte en la interpretación errónea, el juez selecciona bien y adecuadamente la norma que corresponde al caso en cuestión, y efectivamente la aplica, pero al interpretarla le atribuye un sentido jurídico que no tiene, asignándole efectos distintos o contrarios a los que le corresponden, o que no causa.

Las dos primeras especies de error directo se diferencian del último, en que mientras en la falta de aplicación y la aplicación indebida subyace un error en la selección del precepto, en la interpretación errónea el error es sólo de hermenéutica, pues en rigor lógico hay que partir de la aceptación de que la norma aplicada es la correcta, sólo que con un entendimiento que no es el que jurídicamente le corresponde, en razón del cual se le hace producir por exceso o defecto consecuencias distintas.

“Esto significa que si una determinada norma sustancial ha sido dejada de aplicar o aplicada sin corresponder al asunto, y ese error obedece a una equivocada

¹⁶³ Sentencia de 12 de noviembre de 2003, radicación 16161. En el mismo sentido consultar las sentencias de 26 de septiembre de 2000, radicación 13466; 26 de febrero de 2001, radicación 12108; 3 de mayo de 2001, radicación 13228; 18 de noviembre de 2008, radicación 27158; y 5 de mayo de 2010, radicación 27109, entre muchas otras.

auscultación de su alcance, habrá aplicación indebida o falta de aplicación, pero no errónea interpretación del precepto, pues para la estructuración de este último sentido de la violación directa se requiere que la norma haya sido y deba ser aplicada”.¹⁶⁴

En otras palabras, el concepto de interpretación errónea siempre implica que el precepto cuya vulneración se alega por obra de la decisión atacada fue correctamente seleccionado y en efecto aplicado, ya que el dislate consiste en que al determinar sus alcances en el caso concreto se restringen o exacerban sus efectos, y no puede confundirse ese fenómeno con el errada hermenéutica otorgada a la norma por el juez y que lo determina a no aplicarla, o a activar una que no corresponde.

En consecuencia la Corte argumentó que: “Consecuente con lo anterior, ningún reproche válido puede hacerse en relación con la postulación del cargo, ya que siguiendo las anteriores orientaciones el memorialista denunció la falta de aplicación del artículo 63 de la Ley 599 de 2000, porque a su defendida no le fue concedido el subrogado allí previsto, debido a que para llegar a esa exclusión el Tribunal no obstante reconocer la satisfacción del requisito objetivo, acogió la interpretación que del presupuesto subjetivo hizo el a-quo, la cual controvierte en ésta sede el demandante al estimarla equivocada”¹⁶⁵.

Respecto a los elementos subjetivos del delito y la dosificación de la pena impuesta La Sala de Casación argumentó que se hizo un juicio positivo en las instancias, así como las circunstancias particulares de los comportamientos

¹⁶⁴ Argumento Expuesto por la Corte Suprema respecto a la causal de violación directa de la norma sustancial. Proceso 33572 del 22 de febrero del Dos mil Doce.

¹⁶⁵ Ibidem.

investigados, las cuales aparecen relacionadas a lo largo de las consideraciones hechas en los fallos de primero y segundo grado, es de resaltar que el proceso se adelantó contra la acusada por conductas punibles que no exceden la intensidad propia de los comportamientos delictivos materializados; que descubierto su obrar al margen de la ley, ésta se apresuró a restituir no sólo la suma apropiada, sino una cantidad adicional para reparar los perjuicios —de los que de todas maneras fue exonerada—, aspecto ilustrativo de que el daño material causado fue resarcido a cabalidad; además, como lo destacó el actor, dentro de la escala de gravedad prevista por el legislador por las cuantías que determinan la pena en el delito de peculado, la apropiación cometida por la acusada se inscribe en la de menor rango, por una suma ínfima comparada al límite superior de esa gradación.

“Por lo tanto, si la finalidad de la suspensión condicional de la ejecución de la pena es brindar al condenado la oportunidad de que atendido el monto de la sanción impuesta y considerando sus rasgos personales, así como las características del hecho punible, bajo ciertas condiciones, pueda dejar de ejecutarse el castigo que le restringe su libertad, primero a manera de prueba durante un tiempo determinado y luego definitivamente, dado que en el asunto analizado la acusada no registra antecedentes y con sujeción a las circunstancias que rodearon la comisión de los delitos, el diagnóstico no puede ser sino favorable a la concesión del subrogado porque no se requiere de la ejecución efectiva de la privación de la libertad para dinamizar los fines y funciones de la pena de prisión¹⁶⁶”

Por lo anterior la Sala casó parcialmente la sentencia en cuanto al aspecto impugnado, y por estar satisfechas las exigencias previstas en el artículo 63 de la

¹⁶⁶ Ibidem.

Ley 599 de 2000, le otorgó la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, por un periodo de prueba de dos años, en el que deberá observar las obligaciones señaladas en los artículos 65 y 66 de la misma obra, que se entienden garantizadas con la caución prendaria que constituyó cuando le fue concedida la libertad provisional.

2013

PROCESO: 41205

ID: 244228

Magistrado Ponente: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ASUNTO: FRAUDEL PROCESAL EN SOCIEDAD COMERCIAL

Fecha: 24/07/2013

|HECHOS:

1. Se extracta del expediente que se presentó denuncia por parte de Camilo Alfonso López Riaño, por medio de la cual aseveró que mediante escritura pública No. 02721 de 10 de octubre de 1998 de la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá, se constituyó la sociedad SOUND STREET Ltda., de la cual hizo parte en calidad de socio con el señor Hernando Arcila López Riaño y la Sociedad ARCILA LÓPEZ E HIJOS, representada legalmente por los socios gestores LUIS EDUARDO ARCILA CASTAÑO y Elba Constanza López de Arcila, por lo que se designó al primero de éstos como Gerente General. El aporte al capital fue cancelado en su totalidad por los socios LÓPEZ RIAÑO según lo pactado y la Sociedad ARCILA LÓPEZ E HIJOS, aportó la transferencia del establecimiento de comercio SOUND STREET.

2. El establecimiento de comercio SOUND STREET fue objeto de hurto los días 12 y 14 de junio de 1999, hechos que fueron puestos en conocimiento de la autoridad competente por el procesado quien acudió ante la jurisdicción civil e instauró demanda ordinaria contra la Aseguradora Suramericana de Seguros S.A., para hacer efectiva, con ocasión del siniestro, la póliza de seguros que se encontraba vigente en dicha entidad, el cual (sic) correspondió al Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá despacho

que admitió la demanda en la cual se señaló que la Sociedad ARCILA LÓPEZ E HIJOS actuaba como propietaria del establecimiento SOUND STREET, cuando éste ya había pasado a los activos de SOUND STREET Ltda., según escritura pública.

3.El 4 de junio de 2007 la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito con sede en Bogotá, calificó el mérito probatorio del sumario con preclusión de la investigación a favor del procesado LUIS EDUARDO ARCILA CASTAÑO, mediante decisión que el 30 de mayo de 2008 la Fiscalía 13 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta revocó íntegramente, y en su lugar profirió resolución de acusación en contra del sindicado como presunto autor del delito de fraude procesal, definido por el artículo 453 de la Ley 599 de 2000, sin las modificaciones punitivas establecidas por la Ley 890 de 2004, en determinación que cobró ejecutoria el 4 de agosto siguiente, al conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta por el apoderado de la parte civil.

4.La etapa de juicio fue asumida por el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá, en donde se llevó a cabo la audiencia pública y el 17 de abril de 2012 se puso fin a la instancia condenando al procesado LUIS EDUARDO ARCILA CASTAÑO, a las penas principales de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y multa en cuantía de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 5 años, a consecuencia de hallarlo responsable del delito de fraude procesal, definido por el artículo 453 de la Ley 599 de 2000, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero le concedió la prisión domiciliaria, entre otras determinaciones.

5.- Recurrida esta decisión por la defensa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio del fallo proferido el 7 de noviembre de 2012 resolvió impartirle íntegra confirmación, al conocer en segunda instancia de la apelación interpuesta.

6.- Contra la sentencia de segunda instancia, la defensa del procesado LUIS EDUARDO ARCILA CASTAÑO interpuso recurso extraordinario de casación, presentándose la correspondiente demanda siendo admitida por la Corte.

CAUSALES PARA INVOCAR EL ACCIONANTE LA CASACIÓN:

1. El accionante consideró que la decisión proferida por el Tribunal estaba viciado de nulidad por la vulneración de la garantía del debido proceso, al haberse desconocido el principio de investigación integral (primer cargo); por violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 453 de la ley 599 de 2000, al estimar atípico el comportamiento por el que fue acusado su representado.

2. Por vulneración de la garantía de la favorabilidad derivada de la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 453 de la Ley 599 de 2000 y falta de aplicación del artículo 182 del Decreto 100 de 1980, en concordancia con el artículo 6º de ambos estatutos.

Con fundamento en lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, y como consecuencia, decretar la nulidad de lo actuado a partir del momento en que empezó a correr el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, para que se practique la prueba que extraña.

En el segundo cargo, esta vez postulado al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, el demandante censura la sentencia proferida por el Tribunal, por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 453 de la Ley 599 de 2000 que define el delito de fraude procesal, al ser atípico el comportamiento por el que fue acusado el doctor LUIS EDUARDO ARCILA CASTAÑO.

Estima que la actuación cumplida por el acusado no se adecua a la descripción que del punible de fraude procesal hace la ley penal, pues si bien es cierto, que al momento de adquirir las pólizas de seguros el acusado ya no era propietario del establecimiento comercial SOUND STREET, el cual había entrado a formar parte del capital social de SOUND STREET Ltda., también lo es, que como socio que era de esta última entidad, a través de la sociedad en comandita, le interesaba proteger ese capital, pues si se perdía por un siniestro iba a salir perjudicado.

Como la sociedad de responsabilidad limitada no fue registrada en la Cámara de Comercio, no podía iniciar actividades en desarrollo de la empresa social, y por ende no podía contratar, ni celebrar el contrato de seguro, ni probar su existencia y representación, conforme lo disponen los artículos 112, 116 y 117 del Código de Comercio, la póliza tuvo que ser tomada por la sociedad en comandita y/o SOUND STREET y no por SOUND STREET Ltda. Estima, por tanto, que nada puede haber de reprochable ni delictuoso en tomar una póliza de seguro para proteger el capital de la sociedad de la cual se es socio.

Solicita, en consecuencia, casar la sentencia recurrida y absolver al acusado del delito de fraude procesal por el que fue condenado.

3. En cuanto tiene que ver con el tercer cargo, subsidiario del anterior y postulado con fundamento en el cuerpo primero de la causal primera de casación, el demandante acusa el fallo de transgredir la garantía de la favorabilidad por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 453 de la Ley 599 de 2000 y falta de aplicación del artículo 182 del Decreto 100 de 1980, pero el tercer cargo no será detallado ya que no es objeto del análisis de los objetivos propuestos en la presente investigación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE SUPREMA:

1.- Prevalencia de la absolución sobre la declaración de nulidad. Línea jurisprudencial. Relativización del principio de prioridad.

La Corte estima que la Casación involucra un análisis de prevalencia de las causales impuestas, ya que si decidiera seguir el criterio tradicional en materia de casación, debería comenzar dando respuesta a la demanda por el análisis de la censura postulada al amparo del motivo tercero, atendiendo el criterio de mayor cobertura que una eventual declaración de prosperidad tendría para la validez de la totalidad del proceso o de parte de éste y, de ser el caso, continuar con el estudio de las censuras formuladas al amparo del motivo primero, pues de encontrar respaldo en la actuación los supuestos en que se sustenta el primer cargo, carecería de sentido proveer en lo relativo a la denuncia de la violación directa de disposiciones de derecho sustancial, dado que la causal que la recoge, por su propia naturaleza y alcance, implicaría partir del reconocimiento de que la sentencia fue proferida en juicio exento de mácula alguna, a efectos de posibilitar la emisión de la que debería reemplazarla, lo cual eventualmente no podría hacer en el

evento de aparecer acreditada la configuración de algún motivo de ineficacia de lo actuado.

“No obstante, tal como ha sido indicado por la Sala, la Corte se ha orientado por sostener que de llegarse a presentar tensión entre las alternativas de declarar la ineficacia de lo actuado a consecuencia de encontrar acreditada la configuración de vicios de estructura o de garantía que afectan exclusivamente al procesado, y la de excluirlo de responsabilidad penal, en sede extraordinaria debe resolverse a favor de la opción que le reporte mayor significación sustancial, que no es otra que la del derecho a la absolución por los cargos que le fueron formulados, como finalidad superior perseguida por la garantía fundamental de defensa técnica y material.¹⁶⁷

La Corte analiza el fin del Derecho de Defensa, señalando que su fin es proveer al sujeto pasivo de herramientas de defensa contra el poder punitivo del Estado:

Sobre dicho particular, ha señalado que:

“Si el derecho de defensa tiene como fin brindar al sujeto pasivo de la acción penal herramientas jurídicas para oponerse a la pretensión punitiva estatal y buscar, de esa forma y por regla general, desvirtuar las pruebas de cargo y, por consiguiente, obtener la declaración judicial de su inocencia, ninguna razón tiene invalidar la actuación con el único objetivo de garantizar el

¹⁶⁷ Sentencia de casación de 10 de junio de 2008 Rad. 28693 y casación 27816 de 17 de junio de 2009.

adecuado ejercicio del derecho de defensa cuando las pruebas recaudadas imponen el proferimiento de una absolución. En esos casos, la mejor garantía de protección del derecho de defensa es la adopción en este momento de la decisión favorable a los intereses del acusado”.¹⁶⁸

También la Corte recordó que el reconocimiento de la absolución como expresión del derecho de defensa implica que ante varios planteamientos de defensa se debe preferir aquel que prefiere la absolución. A este respecto, asimismo la Corte ha precisado lo siguiente:

“El reconocimiento de la absolución como expresión máxima de la garantía del derecho de defensa del procesado y su elevación a objeto de protección prevalente, implica que frente a varios planteamientos de la defensa, debe preferirse el que propone la absolución, por encima de los que plantean nulidades que sólo afectan garantías de quien las propone, es decir, de vicios que no aparejan vulneración simultánea de derechos de las otras partes o comprometan situaciones de interés general.

“También presupone una variación en el concepto tradicional del principio de prioridad, que enseña que los cargos de nulidad deben necesariamente prevalecer en su postulación, estudio y efectos inherentes a ellos,

¹⁶⁸ Sentencia del 11 de diciembre de 2003, radicación 19775

sobre los que sólo plantean errores in iudicando o de juicio, pues frente a esta nueva interpretación doctrinal pierde el carácter absoluto que lo caracterizaba, para tornarse relativo, en virtud de la introducción de nuevos referentes de valoración, distintos de la simple legalidad o ilegalidad del procedimiento.

“Es posible que esta nueva postura doctrinal no sintonice con la lógica casacional tradicional, ni con la técnica propia del recurso, pero rescata, sin lugar a dudas, la realización de derechos y principios trascendentes en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el derecho a una justicia pronta, a la presunción de inocencia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo, todos ellos de rango constitucional”.¹⁶⁹

La Corte resume los cargos del demandante en la solicitud de nulidad por violación de garantías, que conduciría a la pretensión de absolución, y un tercero, también por violación directa, en el cual solicita realizar una rebaja punitiva como consecuencia de aplicar la disposición sustancial que le resulta más favorable al acusado.

Pronunciamiento frente a la causal de casación por violación directa de la ley:

¹⁶⁹ Providencia del 5 de mayo de 2010. Rad. 30948

Al respecto la Corte retrotrae el pronunciamiento del Tribunal, el cual determinó la responsabilidad del procesado en el ilícito a él atribuido.

La Corte analiza la definición típica que el legislador ha hecho con respecto del delito de fraude procesal, así como el alcance que a dicho comportamiento ha dado la jurisprudencia de la misma Corte, al respecto precisó:

“Sin dificultad ninguna se establece que, no sólo desde el punto de vista objetivo, sino también del subjetivo, la conducta atribuida al encausado lejos estuvo de la posibilidad de enmarcarse en el contenido del artículo 453 de la Ley 599 de 2000, aplicado al caso, sin las modificaciones punitivas establecidas por el artículo 11 de la Ley 890 de 2004, cuyo tenor es el siguiente:

“ART. 453.-Fraude Procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

170

Analizó la Corte Suprema los elementos de tipo del delito de fraude procesal, tanto los objetivos como los subjetivos, estimado que al no existir la inscripción en el registro mercantil del acto que afectaba la propiedad del establecimiento de comercio Sound Strteet, ni del de constitución de la sociedad comercial Sound Street Ltda. dichas actuaciones eran inoponibles a

¹⁷⁰ SENTENCIA 41205. Magistrado Ponente JOSÉ LEONEL BASTIDAS. Julio 24 de 2013.

terceros “*aunque se haya consumado la entrega de los aportes de los socios*” a voces del artículo 112 del Código de Comercio, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29, los actos y documentos sujetos a registro, sólo producirán efectos frente a terceros a partir de la fecha de su inscripción, la cual debe probarse con el certificado expedido por la respectiva Cámara de Comercio o, de ser el caso, mediante inspección judicial practicada en el registro mercantil.

Dijo la Corte: “Se tiene entonces que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Código de Comercio, mientras no se hiciera el correspondiente registro mercantil de la escritura de constitución, la Sociedad Sound Street Ltda., no podía iniciar actividades en desarrollo del objeto social; tampoco el administrador, en este caso el gerente, podía realizar actos dispositivos sin haber llenado dicho requisito, a riesgo de tener que responder solidariamente ante los asociados y ante terceros de las operaciones que en tales condiciones se celebraran o ejecutaran por cuenta de la sociedad”.¹⁷¹

Concluye por consiguiente que sí hubo equivocación del Tribunal, pues si bien, acorde con la prueba recaudada reconoce que la Sociedad Sound Street Ltda. No fue inscrita en la Cámara de Comercio, razón por la cual el contrato social no sólo era inoponible a terceros sino que además, “no podían iniciar las actividades en desarrollo de la empresa social, siendo éstas las únicas consecuencias que devenía con la no inscripción de la sociedad, es lo cierto que yerra en la conclusión final según la cual:

Así las cosas, al no cumplirse el presupuesto de tipicidad de la conducta atribuida al acusado doctor LUIS EDUARDO ARCILA CASTAÑO, se impone

¹⁷¹ Ibidem.

declarar la prosperidad de la censura propuesta por su defensor, casar la sentencia recurrida, y absolver al acusado de los cargos que le fueron formulados en la acusación.

En consecuencia la Corte decidió casar la sentencia impugnada y absolver al procesado, y devolvió la actuación al Tribunal de origen, el cual procederá a cancelar las órdenes de captura que se hubieren impartido y las cauciones que hayan sido prestadas, así como a levantar la prohibición de salir del país y las medidas cautelares sobre bienes que habiendo sido dictadas en este proceso se encuentren vigentes.

PROCESO: 32983

ID: 245906

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS

Fecha: 21 de octubre de Dos Mil Trece

ASUNTO: Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado contra la sentencia de segunda instancia proferida el dieciocho de junio de dos mil nueve por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de (...), por el delito de acceso carnal violento agravado.

HECHOS: El 11 de mayo de 2007, la señora O.C.A.C., acude ante la Fiscalía General de la Nación con el fin de interponer denuncia penal en contra del señor L.M.P.O.(no se suministró en el proceso el nombre del procesado como tampoco el del menor para proteger su identidad)., con quien hacía vida marital, en razón a que el antes mencionado, venía accediendo carnalmente a su menor hija G.A.A.¹⁷², desde que la menor tenía una edad aproximada de 11 años, realizando tal acción hasta que la menor cumplió una edad aproximada de 16 años, es decir, desde finales del año 2000 o principios del 2001 hasta, al parecer, abril del año 2007.

Tal situación fue puesta al descubierto cuando la menor víctima decidió contarle lo sucedido a la madre, ante un altercado familiar suscitado días antes de la fecha de la denuncia, manifestándole que no había decidido relatar nada ante la presión psicológica que ejercía el agresor L.M.P.O., cuando la amenazaba con hacerle daño a la madre o llevarse a sus hermanos menores

¹⁷² Se omite el nombre completo de la menor en protección de sus derechos fundamentales conforme a los artículos 15 y 44 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 47 numeral 8 y 193 numeral 7 de la Ley 1098 de 2006.

2.- Una vez asumido el conocimiento del asunto, después de adelantarse algunas diligencias preliminares de verificación de manera autónoma por parte de investigadores del CTI, que incluyeron la evaluación psicológica especializada a la víctima, así como llevar a cabo entrevistas a algunos familiares y amigos de ésta, el 29 de mayo de 2007 la Fiscalía 13 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, decretó la apertura de investigación y la consecuente vinculación mediante indagatoria de L.M.P.O., definiéndole su situación jurídica mediante la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

3.- Posteriormente, previa clausura del ciclo instructivo, el 25 de septiembre de 2007 se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra del procesado L.M.P.O. como presunto responsable del concurso de delitos de acceso carnal violento agravado, definido por los artículos 205 y 211 numerales 2 y 4 del Código Penal, mediante determinación que cobró ejecutoria en esa instancia al no haber sido objeto de impugnación.

4.- La etapa de juicio fue asumida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar, en donde se llevó a cabo la vista pública y el 7 de noviembre de 2008 se puso fin a la instancia condenando al procesado L.M.P.O. a la pena principal de 132 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por término igual al de la privación de la libertad, entre otras decisiones, a consecuencia de hallarlo penalmente responsable del concurso de delitos de acceso carnal violento agravado, de que tratan los artículos 205 y 211, numerales 2 y 4, del Código Penal de 2000, sin las modificaciones punitivas establecidas por la Ley 890 de 2004, a él imputado en la resolución de acusación.

5.- Recurrida esta decisión por la defensa -quien demandó la revocatoria y la consiguiente absolución del procesado-, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial, por medio del fallo de segunda instancia proferido el 18 de junio de 2009, decidió impartirle íntegra confirmación, al conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta.

6.- Contra la sentencia de segunda instancia, en oportunidad el defensor interpuso recurso extraordinario de casación presentándose la correspondiente demanda, siendo admitida por la Corte.

ARGUMENTOS EXPUESTOS POR EL CASACIONISTA:

La Corte analizó los dos cargos formulados por el accionante con el apoyo en las causales tercera y primera del fallo del Tribunal en los que lo acusa de haber sido proferido en un juicio viciado de nulidad por la violación del derecho de defensa (primer cargo), y por violación indirecta de la ley sustancial debido a errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria (segundo reparo).

En la primera censura, formulada con apoyo en la causal tercera, sostiene que la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad, por vulneración de la garantía del derecho de defensa como componente del debido proceso.

Sostiene al efecto que el fundamento probatorio de responsabilidad en las sentencias de instancia, lo constituyó el señalamiento de la menor en su entrevista ante la policía judicial y luego ante la Fiscal de instrucción, concluyendo que la verdad de los hechos está dada en la forma como lo dijo en esas oportunidades, descartando la declaración rendida en el juicio en la que se retracta y deja claro que todo se trató de una invención, adicionalmente que

las otras declaraciones recaudadas en la fase de investigación, principalmente la de la señora (madre de la menor), corroboran el dicho de la alegada víctima.

Sostiene que el escenario de producción de tales probanzas, se dio en ausencia de la garantía de contradicción, como una de las dimensiones más importantes del derecho a la defensa.

Asimismo, dice, sin citación previa y sin la debida publicidad, se escuchó la declaración de la señora madre de la menor, en cuya diligencia la defensa no tuvo la posibilidad de intervenir.

Sostiene que el escenario de contradicción, en la fase del juicio, se dio a iniciativa de la defensa, escuchándose en declaración a dos testigos quienes reconocen haberse equivocado al haberle conferido crédito a la niña; también se recibe el testimonio de ésta, quien se retracta de su versión anterior y explica el motivo por el cual incriminó a su padrastro.

Considera que en las condiciones que pone de presente, “es claro que la sentencia condenatoria resulta ilegal, haciéndose necesario recurrir a la nulidad como único remedio para reparar el agravio y consiguiente revocatoria de la condena que la contiene, para en su lugar proceder a la sentencia que corresponde”.¹⁷³

Con fundamento en lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y declarar la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia o de la fase procesal que se estime por la Sala.

¹⁷³ Afirmación efectuada por el abogado de la defensa.

En cuanto tiene que ver con el cargo subsidiario, postulado con apoyo en la causal primera de casación, cuerpo segundo, sostiene que en la sentencia se incurrió en errores de hecho por falsos juicios de existencia por suposición, falso juicio de identidad y falso raciocinio; de igual modo, dice, se cometieron errores de derecho por falso juicio de convicción, todos los cuales determinaron la aplicación indebida de los artículos 205 y 211 numerales 2 y 4 de la Ley 599 de 2000, y a la vez la falta de aplicación de los artículos 29 de la Carta Política, 7º y 232 de la Ley 600 de 2000.

Después de hacer algunas consideraciones en torno a la presunción de inocencia y a la carga de la prueba como principios que deben orientar la decisión judicial, señala que el falso juicio de existencia por suposición consistió en haber dado por cierto un reconocimiento por parte del procesado, respecto de la existencia de relaciones sexuales con la menor, pero además que éstas fueron consentidas, cuando este reconocimiento no se presentó en la realidad.

Señala que el juzgador se equivocó al considerar que las afirmaciones de los defensores en sus memoriales, constituyen prueba de la responsabilidad penal del acusado, sin tomar en cuenta el derecho a la no autoincriminación de que goza el procesado, y que su renuncia se debe dar al interior del proceso, con todas las garantías, y no a disposición de los defensores.

Con relación al falso juicio de identidad, sostiene que éste consistió en dar como demostrado que el dictamen pericial sexológico -en cuanto determina desfloración antigua en los órganos genitales de la menor-, también está demostrando que ello fue producto del acceso carnal por parte del acusado, cuando lo único que este medio de convicción acredita, es que la menor tuvo relaciones sexuales anteriores.

Censura que los juzgadores hubieren incurrido en falso raciocinio al apreciar las declaraciones anteriores de la menor, de manera aislada, sin atender el contexto en que se produjo la última declaración, cotejándola con otros medios de convicción y con la observancia de las reglas de la sana crítica, particularmente las de experiencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.- Prevalencia de la absolución sobre la declaración de nulidad. Línea jurisprudencial. Relativización del principio de prioridad.

El primer aspecto estudiado por la Corte se orienta al análisis de la censura según la causal tercera invocada, en razón a que rige el principio de prevalencia de la absolución sobre el resto de causales, que en caso de prosperar no requeriría del análisis de las otras causales invocadas.

A este respecto, asimismo la Corte ha precisado lo siguiente:

“El reconocimiento de la absolución como expresión máxima de la garantía del derecho de defensa del procesado y su elevación a objeto de protección prevalente, implica que frente a varios planteamientos de la defensa, debe preferirse el que propone la absolución, por encima de los que plantean nulidades que sólo afectan garantías de quien las propone, es decir, de vicios que no aparejan vulneración simultánea de derechos de las otras partes o comprometan situaciones de interés general.

“También presupone una variación en el concepto tradicional del principio de prioridad, que enseña que los cargos de nulidad deben necesariamente prevalecer en su postulación, estudio y efectos inherentes a ellos, sobre los que sólo plantean errores in iudicando o de juicio, pues frente a esta nueva interpretación doctrinal pierde el carácter absoluto que lo caracterizaba, para tornarse relativo, en virtud de la introducción de nuevos referentes de valoración, distintos de la simple legalidad o ilegalidad del procedimiento.

“Es posible que esta nueva postura doctrinal no sintonice con la lógica casacional tradicional, ni con la técnica propia del recurso, pero rescata, sin lugar a dudas, la realización de derechos y principios trascendentes en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el derecho a una justicia pronta, a la presunción de inocencia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo, todos ellos de rango constitucional”.¹⁷⁴

CAUSAL PRIMERA: ÚNICO CARGO. (Violación indirecta de la ley sustancial).

Según se indicó en el resumen que se hizo de la demanda, el censor sostiene que el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por

¹⁷⁴ Providencia del 5 de mayo de 2010. Rad. 30948

la aplicación indebida de las disposiciones que definen el concurso de delitos de acceso carnal violento agravado, y la falta de aplicación de aquellas que aluden al principio del in dubio pro reo, debido a la comisión de errores de hecho por falsos juicios de existencia, de identidad y de raciocinio y de derecho por falso juicio de convicción, en la apreciación de la prueba en que se fundamentó la declaración de condena “que de no haberse presentado, la sentencia definitivamente hubiera sido de carácter absolutorio, en la medida en que el Estado no hubiera desvirtuado la presunción de inocencia que asiste a todo ciudadano vinculado como procesado al proceso penal, con la garantía de que cualquier duda debe ser resuelta a favor del procesado, siempre que no haya manera de eliminarla”.¹⁷⁵

La Corte respecto a tal causal invocada entra al análisis de lo decidido en primera y segunda instancia, considerando frente al primero su declaración de condena fundamentalmente en los relatos de la víctima, la evaluación psicológica que le fuera realizada, el dictamen médico legal que se le practicó, y las versiones rendidas por la madre, una tía y una amiga de la menor, así como por la psicóloga que la valoró a solicitud de la asistente de Investigación Criminalística IV, cuando la dirección de la investigación aún no había sido asumida por Fiscal alguno, y el relato de una persona cercana a la víctima, persona ésta que anteriormente había tenido algún tipo de relación afectiva con la denunciante, con quien la víctima tenía algún grado de confianza y a donde concurrió después de haber reñido con su padre.

“Cabe señalar, que los testimonios de la madre, la tía, y la amiga de la menor, así como el rendido por el señor S.M. -salvo en lo atinente a las circunstancias que rodearon el disgusto que degeneró en agresión física,

¹⁷⁵ Argumentos expuestos por el abogado casacionista frente a la causal primera.

sostenido entre el procesado y su hijastra-, fueron realizados a partir de lo que a ellos les comentó la joven en relación con la conducta que le atribuyó al acusado, sin que ninguno estuviera en condiciones de respaldar o desmentir la versión de la víctima”.¹⁷⁶

En la evaluación psicológica practicada a la menor, la funcionaria de Policía Judicial concluyó que el relato realizado era altamente creíble, y agregó que “la evaluación psicológica de la menor arrojó fuertes trastornos en la conformación de la estructura de personalidad, especialmente en la conformación del yo y en el manejo de sus miedos y angustias ante lo cual la menor actualmente se muestra en choque emocional. Todos estos signos y comportamientos hacen parte de la entidad TRASTORNO DE ESTRÉS POST TRAUMÁTICO, es necesario que la menor inicie inmediatamente la intervención terapéutica pertinente para solventar los daños encontrados”¹⁷⁷.

El Tribunal, a su turno, al resolver la apelación interpuesta, con respecto a la situación planteada por el defensor, consideró, entre otras cosas, lo siguiente:

“A ello se responde, que la retractación no opera de forma automática o in situ fundamentalmente porque respecto de esta figura y según la jurisprudencia penal actual de la Corte, exige que para que se acepte válidamente o de recibo legal, debe estar fortalecida o ratificada sin fisura por otros medios probatorios, legales y regulares en el proceso, o dicho de otra manera que

¹⁷⁶ Argumentos expuesto por el Tribunal de primera instancia.

¹⁷⁷ Ibidem

aquel motivo que inspiró a la declarante, para retractarse y dejar sin piso sus anteriores evocaciones sea serio, probado y sometido al raso de la persuasión racional.

“La defensa en el libelo de apelación, para mejorar o morigerar el compromiso penal que le pueda caber a su asistido en este proceso, por último, nos trae un argumento que la Sala categoriza como **neutro** o sin ninguna altura probatoria que pueda esquilmar la acusación por el delito de acceso carnal violento que se le hace al presunto agresor, sustancialmente porque resulta del todo anfibológico o al extremo bifronte ya que postula que el dictamen médico forense –sexual- que se le hiciera a la menor G, arroja como resultado que su himen se manifiesta con desfloración antigua y subsiguientemente como complaciente. En tales condiciones perfectamente podía haber acceso carnal, que en nuestro caso es violento y en el de la defensa es consentido, porque también el himen complaciente puede romperse si, como en el caso de estudio, el agresor sexual tiene una apreciable diferencia física con la víctima (hombre mayor de edad frente a una niña de 11 años, para la primera relación). Es decir, que resulta erróneo pensar-creer que un himen complaciente no admite desgarros, los cuales están debidamente probados por medio del dictamen médico-legal y que es una prueba contundente para avalar las declaraciones primeras rendidas por la menor víctima y no la retractación que implicaría que la menor jamás fue

accedida carnalmente, en franco bofetón a una prueba científica que la defensa no pudo cuestionar seriamente. Finalmente, tampoco puede afirmarse que el testimonio de la menor haya sido la única prueba del delito porque precisamente el dictamen como prueba técnica es categórico en afirmar que el himen de la menor está desgarrado y por la misma razón el acceso carnal denunciado sí existió”¹⁷⁸.

La Corte al respecto de tales argumentos expuestos por el Tribunal consideró que estaba claro el vínculo civil existente entre el procesado y la madre de la ofendida, en cuanto se ha afirmado que son esposos y que la menor convivía bajo el mismo techo en el hogar formado por aquellos, dos hijos comunes y la hija de la denunciante, como también estaba claro que a la fecha de la denuncia, la joven contaba con 16 años de edad, y que de conformidad con el dictamen médico legal sexológico practicado a iniciativa de una asistente de Investigación Criminal IV del CTI, se concluye que, salvo la desfloración antigua, no presenta ninguna huella de lesión traumática a nivel de los genitales externos.

Que entre el procesado y su hijastra se presentó una fuerte discusión, originada en un mensaje de texto recibido en el teléfono móvil de la joven, que desencadenó en agresión física por parte del presunto victimario, la cual fue presenciada por la madre de la joven, después de lo cual, aprovechando que su madre y padrastro no se encontraban, ésta abandonó el hogar para refugiarse en casa de un antiguo compañero sentimental de la progenitora.

¹⁷⁸ Argumento expuesto por el Tribunal de Segunda instancia respecto a la Apelación Interpuesta

Consideró la Sala Penal de la Corte que el juzgador no incurrió en el error de hecho por falso juicio de existencia denunciado por el libelista, al suponer que el acusado reconoció haber tenido relaciones sexuales con la menor, pero que estas fueron consentidas, pues si bien el Tribunal dedicó amplio espacio a cuestionar los fundamentos de disenso expuestos en el escrito de sustentación de la apelación interpuesta contra el fallo de primer grado, es lo cierto que la referencia al consentimiento de la víctima, obedeció a la respuesta del sentenciador al reparo propuesto por el impugnante sobre el error en la denominación jurídica de la conducta ante la ausencia de huellas de violencia en el cuerpo de la víctima, como así se establece del siguiente aparte del pronunciamiento de segunda instancia:

“Tal atentado sexual es aceptado de manera elíptica o implícita por el recurrente cuando en su primera incursión argumentativa y en busca de mejor suerte para su protegido judicial, adviera en el libelo de apelación que hubo por parte del Delegado Fiscal que califica el mérito del sumario, una errónea subsunción de los hechos en el tipo penal de acceso carnal violento, porque tal como lo postula se trata de un acceso abusivo con menor de 14 años, que aun cuando ambos protegen los mismos bienes jurídicos, libertad, integridad y formación sexual- éste último es el que mejor se adecua a la realidad de lo acontecido, porque no hubo violencia y además igual las relaciones sexuales, que no discute sobre su existencia el recurrente, en este segmento de su alegato, fueron consentidas –Artículos 205 y 208 del

Código Penal”.¹⁷⁹

Afirmó la Corte que el sentenciador no dedujo la responsabilidad a partir de presuntas confesiones, sino de la evaluación que hizo del arsenal probatorio, al punto de expresar que el acusado buscaba los momentos propicios y adecuados para dar rienda suelta a su líbido, con el propósito ineludible e inexcusable de acceder carnalmente a la menor, no como equivocadamente lo propone la defensa al estimar que este acceso fue consentido, si ello es así, no se discute el acceso carnal, el cuestionamiento brota en punto de que no fue con violencia el acceso carnal.

De otra parte, considera la Corte que tampoco le asiste razón al censor cuando sostiene que el sentenciador tergiversó el dictamen pericial que da cuenta de la desfloración antigua de la víctima, pues eso precisamente es lo que la prueba científica informa, de suerte que el pregonado error de hecho por falso juicio de identidad cae en el más absoluto vacío. La Corte no desestimó todos los argumentos del casacionista, respecto a las afirmaciones hechas en el sentido de que los juzgadores violaron las leyes de la ciencia, los postulados de la lógica y las reglas de experiencia en la apreciación de las declaraciones anteriores de la menor, “sin atender el contexto de su última declaración con otras probanzas, con inobservancia de las reglas de la sana crítica.

Al respecto consideró la Corte que en verdad los juzgadores incurrieron en un cúmulo de desaciertos en la ponderación de los medios, que no podían

¹⁷⁹ Argumento esgrimido por la Corte Suprema, Sala de Casación Penal respecto al cargo del casacionista.

traer consecuencia diversa de la falta de aplicación de lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 600 de 2000 sobre la presunción de inocencia y el principio del in dubio pro reo y la consecuente aplicación indebida de los preceptos sustanciales que definen el concurso de delitos de acceso carnal violento con circunstancias de agravación.

Ciertamente, como se pregona por el defensor, los juzgadores no solamente desconocieron la gravedad de las circunstancias en que se produjo la sindicación de parte de la menor, sino que dejaron de ponderar la versión la joven ofrecida en la vista pública, en conjunto con la totalidad de la prueba recaudada, que incluía los dictámenes periciales válidamente practicados a iniciativa del funcionario judicial en la audiencia pública, los cuales, cotejados con el relato inicial de la menor y algún sector de la literatura científica, le habrían permitido al Tribunal establecer que la razón estaba de lado del recurrente.

Agregó la Corte que: “Cierto es, como se indica en los fallos, que en los casos en los cuales las víctimas de la violencia sexual sean menores, la declaración de éstas adquiere gran relevancia y constituye prueba de preponderante mérito persuasivo, pero esto no significa, en manera alguna que su dicho deba apreciarse aún con prescindencia de la totalidad de la prueba válidamente recaudada, como al parecer ha sido entendido por los juzgadores en el presente evento. De otra manera no se entiende cómo si, según dijo, los actos contra la libertad, integridad y formación sexuales de la joven, se venían presentando desde cuando ésta contaba con escasos once años de edad, solamente vinieron a ponerse en conocimiento de la familia y de la autoridad seis años después, sin que durante ese amplio margen de tiempo nadie llegara a percatarse de lo que estaba sucediendo con la

menor".¹⁸⁰

La Corte tomó como referente lo expresado en anteriores sentencias¹⁸¹ en el sentido de que la declaración del menor víctima de abusos sexuales, no obstante contar con un enorme valor probatorio debiéndose tomar en consideración la situación de indefensión en que pudiera encontrarse, de todos modos, acorde con la ley procesal penal está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE RESPECTO AL DESCONOCIMIENTO DIRECTO DE LAS LEYES SUSTANCIALES:

A criterio de la Corte el error de raciocinio del Tribunal fue evidente, al desconocer las leyes de las ciencias de la salud, incluidas la medicina, la psiquiatría y la psicología, en el cual no habría incurrido si se hubiera tomado el trabajo de cotejar la alegación del recurrente con la cita de la obra científica que la defensa sometía a su consideración, donde se indicaba que una cosa era la desfloración propia del primer contacto sexual, y otra diversa la ausencia de lesiones graves adicionales a la simple falta de integridad del himen.

También calificó de desproporcional el dictamen de Medicina Legal al afirmar que de haberse presentado el acceso, en los términos de la literatura científica, habría ocasionado las lesiones anotadas (ruptura de la horquilla,

¹⁸⁰ Argumentos expuesto por la Corte. Proceso 32983-fecha 21 DE octubre del Dos Mil Trece-

¹⁸¹ Sentencia de casación de 26 de enero de 2006. Rad. 23706

desgarro del tabique retrovaginal), que por su gravedad requerían atención médica de urgencia, nada de lo cual se refleja en el informe pericial integral sexológico forense practicado a la menor, pues allí no se indica la presencia de huellas de lesión traumática en otras áreas de los genitales externos femeninos, ni de tales lesiones se informó por ésta o por alguno de sus familiares y allegados.

Estimó la Corte Suprema que si la joven reaccionó imputándole falsamente al esposo de su progenitora la realización de repetidas conductas atentatorias contra su dignidad, integridad y formación sexual, por el hecho de haberle inferido un castigo físico, igualmente reprochable, no cabe duda que en tales condiciones la respuesta a través de una denuncia contraria a la verdad sería absolutamente desproporcionada al hecho que la origina, tal como fue deducido por el Tribunal de segunda instancia, pero explicable si se la relaciona con los rasgos de personalidad antisocial, psicopática y paranoide, puestos de presente por el psiquiatra forense.

Agrega que la retractación no hace perder eficacia a las declaraciones anteriores del testigo, sino que en la ponderación de su dicho resulta indispensable realizar un esfuerzo analítico mayor en orden a establecer no solamente cuál de sus varias versiones se ajusta a la realidad de lo acontecido sino de los motivos que tuvo para haber mentido o para retractarse de lo expuesto ante el órgano judicial, en el caso presente se tiene que ninguna de las dos versiones expuestas por la menor, cuenta con sólido respaldo probatorio para tenerla como verdad irrefutable de lo sucedido, pues así como hizo afirmaciones indefinidas sobre las circunstancias en que supuestamente se produjeron los ataques sexuales contra su voluntad, no logra entenderse cómo mantuvo dicha postura por tanto tiempo para retractarse sólo ad portas de la finalización del proceso,

todo lo cual se ofrece censurable.

Hizo un llamado de atención al hecho de que la Fiscalía no investigó varios aspectos que debieron serlo producto de las explicaciones dadas por el sindicado en la indagatoria, por ejemplo que el procesado habitualmente recogía en su vehículo a la menor, primero en el colegio y luego en la universidad, o que a veces la joven iba a buscar al implicado en el consultorio donde éste ejercía su profesión de odontólogo, y cotejar estas circunstancias con lo que de ordinario suele presentarse en casos como el que fue puesto de presente ante la Fiscalía, debiendo incluso allegar fotografías o videos de reuniones familiares en los que apareciera el procesado, la víctima o ambos, por épocas coincidentes con aquellas en que se dice ocurrieron los hechos y someterlas a valoración por expertos en comportamiento humano, en orden a tener mayores elementos de juicio para evaluar la credibilidad de lo dicho por la joven, la situación se torna aún más incierta, pues nada de ello se hizo.

Aspectos que a criterio de la Corte debieron investigarse tanto para la presunción de inocencia o para la declaratoria de culpabilidad, bajo un análisis en conjunto de las pruebas.

Sobre el instituto en comento, la Corte señaló lo establecido en anteriores sentencias:

“Este procedimiento, impone, entonces, la elaboración de un juicio probatorio, que de suyo, conlleva un raciocinio, una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción que se tenga sobre la existencia de un hecho o su negación, con el ítem de que en punto de la actividad probatoria procesal, su apreciación no puede

partir de hipótesis, sino de hechos probados, los que contradictoriamente valorados, permitan o que todos los medios obtenidos para su demostración conduzcan a una sola verdad, o que, por el contrario, su conjunto haga que, de la misma forma, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia común, uno de ellos sucumbe frente al objeto por demostrar, o que quedando los dos extremos en igual grado de credibilidad, imposibiliten llegar a la certeza sobre la existencia de una determinada conducta, de un hecho o de un preciso fenómeno, pudiendo, entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o la certeza o la duda de su inexistencia”¹⁸².

Dijo en consecuencia la Corte:

“Lo cierto del caso es que al no saberse con certeza si los hechos tuvieron realización como lo manifestara la joven en su primera intervención procesal, o si por el contrario, éstos nunca existieron como lo dijo después la misma menor en la vista pública y ha sido repetidamente dicho por el acusado a lo largo del trámite judicial, en total coincidencia con el casacionista, a la Corte no le cabe más alternativa que resolver las dudas a favor del procesado, casar la sentencia recurrida y absolverlo por el concurso de delitos de acceso carnal violento agravado, pues, como ha sido dicho por la Sala en la

¹⁸² Sentencia de casación. 24 de junio de 2009. Rad. 26909.

providencia que párrafos arriba se evoca, “ante la falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia, ha de acudirse al amparo del apotegma in dubio pro reo, expresamente consagrado en el vigente ordenamiento procesal penal en su artículo 7º (Ley 600 de 2000), para prevenir el inaceptable riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva falladora más grave que el de absolver a un eventual responsable, pues, la justicia es humana y, por lo mismo, falible; de ahí que el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena ha de estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absoluta”.¹⁸³

En consecuencia el cargo prosperó.

DECISIÓN DE LA CORTÉ: 1.- CASAR la sentencia impugnada. 2.- ABSOLVER al procesado del cargo que por el concurso de delitos de acceso carnal violento agravado, le fuera imputado en la resolución de acusación.3.- DISPONER la libertad inmediata e incondicional del procesado en los términos indicados en la parte considerativa de esta providencia.

¹⁸³ Argumento expuesto por la Sala de Casación Penal respecto al cargo invocado. PROCESO 32983.

AÑO 2014

RADICACIÓN 35113.

Magistrado Ponente: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Fecha: Bogotá D.C., cinco (5) de Junio de dos mil catorce (2014).

Hechos:

1. El 12 de julio de 1997 arribaron al aeropuerto de San José del Guaviare dos aeronaves provenientes de los municipios de Apartadó y Necoclí, localizados en el Urabá Antioqueño, transportando aproximadamente treinta integrantes de las Autodefensas Unidas de Colombia.

2. Posteriormente los hombres se dirigieron por vía terrestre hacia el sitio conocido como «Trocha Ganadera» para reunirse con otros miembros de esa agrupación que operaban en los Llanos Orientales, trasladándose así un número aproximado de ciento cincuenta sujetos por vía fluvial y terrestre hacia el municipio de Mapiripán (Meta), lugar al que llegaron en la madrugada del 15 de julio siguiente.

3. En ese sitio empezaron una incursión armada, así como en el corregimiento aledaño denominado La Cooperativa, allí impidieron la libertad de locomoción y comunicación de los habitantes, clausuraron las vías de acceso terrestres y fluviales, cerraron oficinas públicas, retuvieron y ultimaron a varios de sus pobladores tras señalarlos de ser auxiliares de la guerrilla, desmembraron sus cuerpos y luego los lanzaron al río Guaviare. Los cadáveres de tres víctimas que habían sido degolladas fueron encontrados en el perímetro urbano de la población.

4. Como víctimas fatales aparecen: José Ronald Valencia, despachador del aeropuerto; un joven oriundo de Caño Jabón de apellido Carvajal; Agustín N;

Álvaro Tovar Muñoz, alias «Tomate», Teresa N., apodada «La Muerte», Jaime Pinzón, Edwin Morales, Manuel Arévalo y Sinaí Blanco Santamaría, comerciante.

5. Varios habitantes fueron retenidos una vez que los sujetos armados les pedían identificación, otros fueron sacados de sus casas y conducidos al matadero municipal, sin que se sepa la suerte que corrieron, como el caso de Antonio María Barrera conocido como «Catumare», Gustavo Caicedo Rodríguez, los hermanos de 15 y 16 años Hugo Fernando y Diego Armando Martínez Contreras, así como Nelson N.

6. Pese a que desde el mismo 15 de julio de 1997 el Comandante (E) del Batallón de Infantería «Joaquín París», Mayor Hernán Orozco Castro, había sido informado de la situación por comunicación telefónica sostenida con el Juez Municipal, Leonardo Iván Cortés Novoa, y que aquél ese mismo día llamara también por teléfono al Comandante de la Séptima Brigada, Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ, quien le solicitó pasarle por escrito tal reporte, que se materializó mediante oficio 2919 del 15 de julio, recibido vía fax al otro día, el sometimiento de la población se prolongó hasta el 20 de julio de la anualidad en cita, en tanto que el Ejército Nacional hizo presencia sólo el 21 de julio, cuando los miembros de las Autodefensas ya se habían marchado.

7. Iniciadas las investigaciones contra miembros del Ejército, aparecieron dos oficios número 2919 con el mismo radicado y fecha, ambos suscritos por el Mayor Hernán Orozco Castro y dirigidos al Brigadier General USCÁTEGUI RAMÍREZ, cuyo contenido, aunque mencionaba el contacto telefónico previo que Orozco Castro había sostenido con el Juez Municipal, Leonardo Iván Cortés, acerca de un juicio popular que le había hecho la guerrilla al

funcionario judicial, de manera diferente se aludía a la presencia de las Autodefensas en la zona: mientras en uno se alertaba por una inminente matanza en la población ya que desde hacía días los sujetos armados habían hecho presencia en el sector en cuanto impidieron el tráfico fluvial «considero yo que si los paras han venido desde tan lejos, no ha sido precisamente para deleitarse con el paisaje de la región, pronostico en los próximos días una serie de matanza y asesinatos¹⁸⁴», al tiempo que recomendaba una operación rápida y sorpresiva, en el otro se anunciaba la presencia de gente armada en el pueblo, «*posiblemente paramilitares*», pero se solicitaba el envío de tropa a otro lugar, Calamar, para contrarrestar el accionar de frentes de las FARC.

8. El Juzgado Noveno Penal del Circuito Especializado de Bogotá mediante sentencia de 28 de noviembre de 2007, absolvió al Brigadier General del Ejército JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, concurriendo los de secuestro agravado en la misma modalidad, mientras que lo condenó como autor del ilícito de falsedad material de servidor oficial en documento público.

9. Idéntica decisión de condena adoptó en torno al civil Miguel Enrique Vergara Salgado, pero como coautor del concurso homogéneo y heterogéneo de los referidos ilícitos contra los bienes jurídicos de la vida y la libertad individual, así como de los punibles de concierto para delinquir agravado y terrorismo.

¹⁸⁴ Afirmación textual realizada por el General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ. Proceso 35113.Junio5 del Dos Mil Catorce.

3. En virtud del recurso de apelación promovido por el apoderado de la parte civil, los defensores de Orozco Castro y Vergara Salgado, los Delegados de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio Público, el Tribunal Superior de Bogotá, a través de sentencia de 23 de noviembre de 2009, revocó la absolución de USCÁTEGUI RAMÍREZ, en su lugar, lo condenó como coautor de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo, en concurso heterogéneo con los de secuestro agravado y falsedad material de funcionario oficial en documento público.

10. Inconformes con tal determinación, los apoderados de USCÁTEGUI RAMÍREZ y de Orozco Castro, impugnaron extraordinariamente allegando las respectivas demandas de casación. La Corte Suprema de Justicia admitió sólo tres de los varios cargos formulados por aquél, en tanto que no admitió el libelo presentado por el último. De otra parte, declaró la prescripción de la acción penal derivada del delito de falsedad material de servidor público en documento público, cesando procedimiento por tal ilícito en favor de ambos procesados.

CARGOS PRESENTADOS POR EL ACCIONANTE EN CASACIÓN

Primer cargo: Nulidad: El defensor denuncia la pretermisión del debido proceso ante la falta de individualización de los delitos por los que se profirió condena. Señala que el Tribunal en la sentencia mencionó de forma abstracta y plural los comportamientos, desconociendo el deber de establecer cuántos y contra quiénes se cometieron los ilícitos de homicidio y secuestro imputados.

Explica que no se relacionaron los nombres de las víctimas fatales, ni se precisó cuáles lograron ser identificadas, tampoco se detallaron las

condiciones de lugar, tiempo y modo en las que fueron ultimadas y si fueron incluidas tres personas que arribaron al pueblo en una avioneta o las de un corregimiento denominado La Cooperativa, falencia latente incluso desde la resolución de acusación.

Alega que hay una afectación al principio *non bis in ídem*, pues habría lugar a la iniciación de procesos por responsabilidad civil extracontractual ante Tribunales Contencioso Administrativos o Cortes Internacionales.

Segundo cargo: Falta de consonancia entre la acusación y la sentencia.

El libelista pone de presente que su asistido fue acusado en calidad de garante (por omisión), de los delitos de homicidio y secuestro agravados pero condenado finalmente como coautor (por acción).

Bajo esa premisa, asegura que el Tribunal modificó la imputación fáctica sobre la cual se basó la resolución de acusación al estimar que su defendido se alió con los miembros de las Autodefensas para cometer los aludidos punibles, en clara vulneración al derecho de defensa, en cuanto se le sorprendió con una imputación fáctica y jurídica sustancialmente distinta.

Tercer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial.

Pregona un error de hecho por falsos juicios de existencia, que condujo a la indebida aplicación de las normas relacionadas con los delitos de homicidio y secuestro, con la consecuente exclusión evidente de artículo 2º del anterior Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980).

Explica la diferencia entre mando operacional y jefatura administrativa, para precisar que era sólo esta última la que ejercía sobre el batallón el General USCÁTEGUI para la época de los sucesos, como lo aclaró el General Bocanegra en su testimonio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema acoge argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional al revisar una acción de tutela interpuesta por el apoderado de la parte civil, luego de destacar cuáles delitos cometidos por militares con ocasión del servicio deben ser conocidos por la jurisdicción ordinaria y cuáles por la justicia penal militar, hizo énfasis en que este caso no podía ser calificado como acto relacionado con el servicio, cualquiera fuera la forma de imputación (acción u omisión) y el grado de participación, pues encajaba en los denominados delitos de lesa humanidad o grave violación a los derechos humanos.

Luego de destacar que el fuero militar no es aplicable cuando las conductas: i) se producen en una situación que ab initio busca fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la carta; (ii) surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se desvía el curso de esa actividad; (iii) no se impiden graves violaciones a los derechos humanos (miembro de la fuerza pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil, no evita la producción del resultado), concluyó que:

“El vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. Esta regla tiene como base la idea de que nunca podrán ser considerados como

actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que de manera flagrante aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados”¹⁸⁵.

Agrega que: “En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal. Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán

¹⁸⁵ Argumento expuesto por la Corte Suprema de Justicia. RADICACIÓN 35113. Magistrado Ponente: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. Fecha: Bogotá D.C., cinco (5) de Junio de dos mil catorce (2014).

considerarse como un acto relacionado con el servicio. En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho¹⁸⁶.

Se exalta en el presente proceso que la Corte Suprema de Justicia reivindica la función unificadora de la Corte Constitucional como órgano de cierre en ese ámbito, tiene el carácter teleológico de unificar criterios, desarrollar un tema específico o dar claridad a un asunto importante, con lo cual se asegura la efectividad de los derechos, al tiempo que esa estabilidad genera seguridad jurídica y confianza en el sistema judicial. Al igual que destacó el efecto de la cosa juzgada constitucional al señalar que una vez ha quedado en firme una sentencia de tutela por decisión judicial de ese Cuerpo, no hay lugar a reabrir el debate sobre lo decidido. Sin embargo, no se puede desconocer que sus efectos son *inter partes*, esto es, sólo obliga

¹⁸⁶ Ibidem.

en el caso concreto y por ende se declaró competente para conocer del caso.

En el análisis de prescripción de la acción penal la Corte Suprema adujo que por tratarse de un delito de lesa humanidad, se torna imprescriptible de acuerdo con el artículo primero de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (ONU 1968).

“Desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerza Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). En Mapiripán se violó de manera flagrante el deber de respeto por la dignidad humana, por parte de un grupo que disputa el monopolio del uso de la fuerza en manos del Estado. Es decir, se violaron los principios fundamentales del orden constitucional, cuya preservación estaba encargadas a los investigados. Su posición de garante les exigía intervenir para evitar la ocurrencia de los hechos degradadores de la humanidad y perseguir a los usurpadores del poder estatal”¹⁸⁷.

¹⁸⁷ La Corte Suprema reitera lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fallo de 15 de septiembre de 2005, caso «Masacre de Mapiripán vs Colombia»:

Para la Corte Suprema otra Característica de los Delitos de Lesa Humanidad es su imprescriptibilidad, no tiene límites temporales de la acción penal.

“Otra consecuencia jurídica que recae sobre los crímenes de lesa humanidad, es el hecho de que su enjuiciamiento y castigo está librado de los marcos temporales a los cuales se someten los delitos ordinarios, conforme lo prevé la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2391 del 26 de noviembre de 1968, vigente desde el 11 de noviembre de 1970, y lo ratifica el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional al señalar que los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán, es decir, los de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz, con las precisiones que en su momento consignó la Corte Constitucional, de la forma como sigue.

Es decir, sólo de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, se predica, sin limitaciones de ninguna índole, la imprescriptibilidad de la acción o de la pena, cualquiera sea la época en que hayan ocurrido, lo cual implica, necesariamente, identificar si la conducta en cuestión corresponde típicamente, según el derecho internacional, al delito de genocidio, a un crimen de guerra, a un delito de lesa humanidad, o a un crimen de agresión.”¹⁸⁸

1. Primer cargo: Nulidad

¹⁸⁸ Sentencia C- 578 del Dos Mil Dos.

En cuanto a la anulación solicitada por el casacionista ante la indeterminación en el número de víctimas de los delitos de secuestro y homicidio, así como su identificación, lo que a su juicio impedía proferir fallo de condena, es necesario hacer preliminarmente las siguientes acotaciones:

“Cuando se trata de derechos o bienes jurídicos personalísimos, es decir, aquellos que son inseparables de la persona, como la vida, la integridad, la honra o libertad sexual, entre otros, no es dable agruparlos como si fuera una sola conducta, porque deviene claro que cada ilícito dependerá del número de víctimas o sujetos pasivos de la acción o de cuantas veces se ejecute materialmente la conducta. Por ello se habla de la inviabilidad jurídica de predicar un delito continuado cuando se está frente a reiterados atentados contra un bien jurídico personalísimo por parte del sujeto activo. Por ejemplo, tratándose de delitos de homicidio, con cada deceso se incurre en un delito”¹⁸⁹.

Con respecto al cargo de nulidad, la Corte Suprema consideró que el número de homicidios no fue un factor tenido en cuenta por el Tribunal para aumentar la sanción a partir del tipo base contra la vida, pues simplemente sumó las penas mínimas de cada uno de los delitos atribuidos, dada su gravedad e intención con la que fueron cometidos y por tanto no había lugar a la redosificación de la pena.

Respecto a la posibilidad de iniciar procesos de índole administrativa, la Corte dijo que no se configuraba una trasgresión al principio del non bis in

¹⁸⁹ Argumento expuesto por la Sala de Casación penal respecto al cargo de nulidad invocado por el casacionista. Proceso 35113

ídem, pues en esos eventuales trámites no se discutirá la responsabilidad penal que le pueda asistir al procesado.

Bajo estas consideraciones, el cargo de nulidad no prosperó pero se precisará en la parte resolutive las personas que se excluyen como víctimas.

Segundo cargo: Falta de consonancia entre la acusación y la sentencia.

La Corte se ocupó de reseñar cómo la jurisprudencia a la luz del Código Penal de 1980 y de la Constitución Política de 1991, estableció los criterios normativos para configurar los deberes de aseguramiento o las obligaciones de actuar y que de cumplirlas el sujeto evitaría la producción del resultado (garante de la evitación del resultado).

Allí se destacó que en el Decreto-Ley 100 de 1980 al consagrar como modalidad del hecho punible tanto la acción como la omisión (art. 19), también se previó en el artículo 21 el principio de causalidad, según el cual, «Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste no es consecuencia de su acción u omisión. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo».

De tales preceptos emerge la «cláusula de equivalencia» entre acción y omisión, equiparando la acción con el no hacer y no impedir conscientemente el resultado.

Se subrayó que si bien en el anterior estatuto sustantivo no se precisaron los deberes jurídicos o las fuentes de la posición de garante y con la

Constitución Nacional de 1886 se dificultaba la punición de conductas omisivas impropias, en cuanto mediaba una amplia discrecionalidad judicial para integrar la comisión por omisión, con la Constitución Política de 1991 y el replanteamiento del modelo sociopolítico del Estado, el fundamento de las relaciones entre gobernantes y gobernados, el ámbito de las garantías ciudadanas, el establecimiento y preeminencia de valores superiores que se dio con la expedición de la nueva norma superior, se establecieron deberes jurídicos no sólo para los servidores públicos, sino para los particulares, que les fija, en uno y otro evento, el deber de evitar ciertos resultados típicos.

“Principalmente, desde el artículo 1° de la Constitución Política al contemplar que Colombia es un Estado social y democrático de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general, así como por la consagración en el artículo 95 de los deberes y obligaciones ciudadanos, específicamente el de «obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas», se dijo que se predicaban deberes de competencia institucional y también por organización, es decir, obligaciones normativamente específicas para los servidores públicos que como agentes estatales deben siempre atender los fines esenciales del Estado, o deberes generales de los ciudadanos de velar por la conservación de determinados bienes jurídicos”¹⁹⁰

“En la posición de garante que surge de la competencia institucional, como obligaciones normativas específicas, el deber jurídico emerge del propio

¹⁹⁰ Argumento esgrimido por la Corte Suprema, sala de Casación Penal, respecto a la causal segunda por falta de consonancia entre la acusación y la sentencia interpuesta por el casacionista. Proceso 1355 del Dos Mil catorce

artículo 2º del texto superior, según el cual, 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, sin alguna discriminación, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado”.¹⁹¹

Agregó la Corte que: “el artículo 6º del mismo texto al contemplar que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de lo cual se dibujan unos deberes positivos frente a la amenaza de los bienes jurídicos y tratándose de miembros de la fuerza pública, se ha dicho que proviene de las finalidades de las fuerzas militares, de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional (artículo 217 de la Constitución), o de la Policía Nacional del mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes en Colombia, convivan en paz (artículo 218 de la Constitución)”.¹⁹²

ARGUMENTOS DADOS POR LA CORTE RESPECTO AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La Corte Suprema adujo la obligación que le asiste al Estado Colombiano en su posición de garante del cumplimiento de los instrumentos internacionales que protegen a la población civil en caso de conflicto armado interno, específicamente, los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² Ibidem.

12 de agosto de 1949 y 8 de junio de 1977, que en sus artículos 4° y 13 preceptúan:

ARTÍCULO 4. Garantías fundamentales.

1º. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

Artículo 13: Protección de la población civil.

1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares.

2º No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

3º Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación¹⁹³.

Como colorario de lo expuesto por la Corte, se tiene que el delito por omisión es predicable del Estado y se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, se debe analizar la relación que éstos tengan con el bien

¹⁹³ Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y 8 de junio de 1977 citados por la Corte Suprema. Proceso 1355 del Dos Mil catorce

jurídico, pues no se trata de edificar un deber de garantía ilimitado y absoluto.

Incorre en delito por vía de la omisión impropia aquél en quien concurren los requerimientos para que ostente la posición de garante, correspondiéndole la misma sanción del delito que se ejecuta por una conducta activa.

En la resolución de acusación adoptada contra el procesado se destacó en primer lugar que tuvo conocimiento los días 15 y 16 de julio de 1997, de la presencia en el perímetro urbano de Mapiripán de aproximadamente 60 integrantes de las autodefensas y de los hechos no solo intimidatorios que se estaban realizando contra la población, sino de su gravedad al dar muerte y retener a varios de sus habitantes.

Explica la Corte Suprema de Justicia, que tal presencia del grupo armado al margen de la ley le fue comunicada telefónicamente y luego por escrito por parte de oficial Orozco Castro, quien la había recibido de primera mano por parte del Juez Promiscuo Municipal Leonardo Iván Cortés Novoa, testigo directo de los acontecimientos, sin que desplegara una acción oportuna, operacional o funcional «quedando de lado los deberes de protección y salvamento de la población, como deber específico al cual estaban obligados estos superiores del Ejército en su condición de comandantes militares y quienes debían amparar y proteger la zona donde tales hechos se estaban produciendo», como se plasmó en la aludida calificación sumarial.

“Existió una conspiración entre el grupo de las AUC y miembros del Ejército regular, lo cual permite colegir la existencia de órdenes y contra órdenes de autoridad al interior del estamento militar, arraigadas desde luego en los peldaños de mayor jerarquía que

dispensaron la abierta y osada operación. Es en este espectro que los comandantes de la VII Brigada y del Batallón Bipar (Batallón Joaquín París) ven comprometida en alto grado su responsabilidad al demostrarse fehacientemente como se ha anticipado que desde el 15 de julio tuvieron conocimiento de la presencia de los paramilitares en Mapiripán y la ejecución del inicio de los despiadados actos que por demás se advertían venir, dejando en absoluto desamparo a los habitantes de esa población. Esa codelincuencia mancomunada la conformaron los integrantes de las AUC y varios miembros del Ejército Nacional con típica distribución de tareas pero con unidad de designio y voluntad hacia los funestos resultados que se registran, y es a este espectro que se aviene el comportamiento asumido por los acusados Hernán Orozco Castro y Jaime Humberto Uscátegui Ramírez según las probanzas examinadas y confrontadas en el presente fallo, las cuales evidencian la ejecución de actos materiales necesarios y unívocos a la ejecución de la acción criminal, y desde esta óptica deviene concluir que los hechos no se dieron simplemente con la contemplación y permisibilidad del estamento militar involucrado, sino con la intervención material y eficaz de la autoridad que ostentaban como se deja plasmado en el análisis del elemento probatorio incorporado al plenario”.¹⁹⁴

Según el análisis de la Corte en el caso en comento, la intervención de los militares implicados en la ejecución de las conductas delictivas no fue simplemente un comportamiento de comisión por omisión fincado en la posición de garante, ya que hicieron parte del acuerdo criminal al que

¹⁹⁴ Argumentos dados por la Corte Suprema respecto a las normas que integran el bloque de Constitucionalidad. Proceso 1355.

necesariamente debieron llegar los paramilitares con las autoridades castrenses del lugar para atacar a los habitantes, trasladarse desde el otro extremo del país y permanecer en la localidad por un lapso de cinco días con plena libertad para cometer los lamentables hechos.

Estima la Sala que el cambio hecho por el Tribunal, en manera alguna implica la atribución de hechos diferentes a los narrados en la acusación, toda vez que tanto en ésta como en la sentencia la base fundamental es la «inercia militar», cuando se enfatiza en que USCÁTEGUI no ejecutó alguna acción para la protección de las personas de Mapiripán, habiendo tenido conocimiento de la presencia de los paramilitares en el lugar desde el primer día de la incursión armada, con el fin de permitir la libre acción de los mismos.

Considero la Corte que tanto en la acusación como en la condena se pondera la falta absoluta de actuación por parte del Brigadier General, conducta omisiva propia del incumplimiento de deberes, sólo que aquella es propia de la posición de garante, en tanto que en ésta hace parte del plan criminal. No obstante, esa diferente consecuencia jurídica en torno al grado de participación no constituye una afrenta al principio de congruencia, por ejemplo, en un caso en el que se acusó como determinador:

“La desarmonía jurídica es aparente, pues si los determinadores concurrieron a la ejecución del hecho y mantuvieron el dominio del mismo, bien podrían ser calificados como verdaderos coautores materiales, como se hizo en la sentencia. Finalmente, si se tiene en cuenta que se defendieron de los hechos que les fueron imputados, sin que se les hubiere sorprendido, que su situación no fue

desmejorada y que la pena para los autores materiales y determinadores, conforme al artículo 23 del Código Penal entonces vigente, era la misma, se concluirá que en ningún vicio se incurrió”¹⁹⁵

Diferente es el caso cuando se modifica el grado de participación con consecuencias más onerosas para el procesado, v.gr. se le acusa como cómplice pero se le condena como autor.

“El principio de congruencia no se desconoce cuando en la sentencia se realizan valoraciones de tipo jurídico o dogmático distintas a las formuladas en la resolución de acusación o su equivalente, o bien a las consideradas por el Fiscal durante los alegatos finales, mientras ello no represente desde el punto de vista de la punibilidad un tratamiento desfavorable para los intereses del procesado ni tampoco altere el núcleo fáctico de la imputación. Por ejemplo: la Fiscalía profiere resolución de acusación en contra de un mando intermedio de una organización criminal, por la realización de la conducta punible de homicidio agravado a título de lo que en la doctrina nacional se conocía tradicionalmente como autor intelectual. En los alegatos finales, el representante del organismo acusador solicita la condena de esta persona como determinador, aduciendo que tal figura resulta más coherente desde el punto de vista sistemático de la teoría del delito que maneja. En ninguno de estos casos se desconocería el principio de congruencia, en la medida en que las consecuencias punitivas para cualquiera de las figuras señaladas (autor intelectual,

¹⁹⁵ Radicación 11780, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia. Agosto de 2002.

determinador, coautor y autor mediato) resultarían idénticas a la inicialmente planteada¹⁹⁶. (Subrayado fuera de texto).

Tampoco se vulnerarían derechos fundamentales en cabeza del procesado, toda vez que la defensa técnica jamás podría verse sorprendida por un aspecto que, en últimas, no sería propio de la situación personal del procesado ni incidiría en el núcleo central de los hechos imputados en su contra, sino que es de corte académico o dogmático, o incluso argumentativo, y que por lo tanto depende del sistema de la teoría del delito que cada operador jurídico asuma, que debe ser del conocimiento y dominio de todos los profesionales del derecho. En este orden de ideas, es lógico colegir que la congruencia debe predicarse de la imputación fáctica y la adecuación típica de la conducta formulada en la resolución de acusación o su equivalente, mas no de la argumentación dogmática ni de las distintas posturas inherentes a la teoría del delito asumidas por los operadores jurídicos que en el campo de la punibilidad no operen en detrimento de los intereses del procesado”.

Según la Corte el que se le hubiese tratado como coautor por acción y no como autor de comisión por omisión dada la posición de garante, ninguna relevancia tiene en relación con las garantías y con la pena que se le impuso, pues con sustento en los hechos debidamente demostrados, se tiene que USCÁTEGUI RAMÍREZ adecuó su conducta a esta última (autor).

Tercer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial.

¹⁹⁶ Argumento establecido por la Sala de Casación penal respecto al principio de congruencia. Proceso 35113 de junio del Dos Mil Catorce.

La Corte Suprema hizo un análisis de todos los testimonios y pruebas documentales existentes, concluyendo tal cual lo señalaba el defensor que esos elementos de prueba no fueron mencionados en la sentencia del Tribunal de Bogotá; sin embargo, deviene claro no sería un yerro trascendente, pues la valoración en conjunto obliga a otorgarle credibilidad a la arista que acredita que el mando operacional sobre el batallón lo tenía la Séptima Brigada.

A consideración de la Sala de Casación, el procesado luego de ocurridos los hechos y de que se hiciera palpable la anunciada masacre, desplegó maniobras para justificar su falta, como cambiar el contenido del oficio 2919 de 1997, a fin de hacer ver que no había sido enterado de la gravedad de los hechos que estaban sucediendo en Mapiripán del 15 al 20 de julio de 1997.

“USCÁTEGUI tenía conocimiento que el resultado aún no se había concretado para el momento en el que fue avisado de la presencia de paramilitares en el casco urbano de Mapiripán, pero se iba a producir, pues en el aludido oficio se narra minuciosamente no sólo el número de sujetos provenientes de otro lugar del país, la clase de armas, la posibilidad que su jefe estuviera allí, sino también las acciones que iniciaron, como el cerco de la población, los allanamientos a las viviendas y con lista en mano se llevaban a varios de sus habitantes, acciones que se prolongaron durante los días posteriores a la fecha en la que fue informado por escrito de esos graves hechos. En la citada diligencia, rendida antes de recepcionarle su indagatoria, hizo referencia a que el juez municipal Cortés Novoa remitió durante la toma de Mapiripán un fax a la Cruz Roja Internacional y otro al Presidente del Tribunal Superior, encontrando «inexplicable» que ninguna de esas entidades «hayan alertado por cualquier medio a la VII Brigada o a las

autoridades civiles en el municipio de Villavicencio». Adujo como exculpación que: i) el juez no lo llamó al comando de la Brigada en Villavicencio «no obstante que el mayor OROZCO le recomendó que lo hiciera»; ii) la información dada por ese servidor judicial al mayor OROZCO «fue muy vaga y fue la única»; iii) «para poder realizar operaciones se requieren de varias informaciones concretas que permitan establecer la veracidad de los hechos», y por lo mismo ante un solo informe muy vago, desconociendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la amenaza, era imposible organizar, planear y dirigir una operación militar”.¹⁹⁷

Para la Corte, aun careciendo de dicho mando operacional, a fin de cumplir con su posición de garante, el procesado USCÁTEGUI tampoco debía agotar una actividad de inteligencia y luego sí reproducir la información al comandante que él considerara competente para desarrollar la operación militar de contrarrestar a los miembros de las autodefensas, pues su actuación debía ser inmediata y no condicionarse a que los datos suministrados por el Mayor Orozco Castro fueran confirmados a través de un procedimiento de verificación que podría demandar tiempo valioso en momentos en que era urgente una respuesta de las tropas ante el auxilio requerido por la población.

Además las Fuerzas Armadas están organizadas y distribuidas territorialmente de modo que sus diferentes unidades asumen de primera mano la custodia de una zona específica, ello no significa que el cumplimiento de la misión constitucional por parte de cada unidad militar esté limitado exclusivamente al área de su jurisdicción, ya que cuando la

¹⁹⁷ Prueba documental oficio 2919 del 15 de julio de 1997 obrante en el proceso a folio 162 punto de argumento tomado por la Corte Suprema para enjuiciar el cargo por violación indirecta de la Ley sustantiva.

circunstancias lo ameriten, pueden actuar en áreas diferentes a la propia, desde luego con la previa coordinación táctica.

De manera que la postura mayoritaria de la Sala fue que no es dable reconocer la ausencia de conocimiento de la ilicitud del actuar omisivo al representarse el militar de alto rango equivocadamente la realidad del deber jurídico que le correspondía de reaccionar en defensa de las personas, es decir, del deber legal de evitar un resultado o ser garante de la no producción de lesión a un derecho, porque precisamente su carrera está signada por esos fines de protección, que implican de manera obvia, preparación, conocimiento, experiencia de mando y operación.

La Corporación reafirma así que de acuerdo con la Constitución Política, la Fuerza Pública tiene respecto de los habitantes de Colombia una posición de garante por institución. No se aviene con los postulados de un Estado social y democrático de derecho, sustentado por antonomasia en el valor superior de la persona humana y su dignidad, considerar de recibo que un General de la República pretexto el equívoco de no saber de dónde emanan sus deberes de salvamento, para reconocer así que ante la duda, lo mejor es la abstención, en lugar de emprender el más mínimo cometido en procura de salvaguardar la vida e integridad de los ciudadanos, pensar así es desconocer el deber de protección que la Carta Política le asignó a los militares.

En materia de protección de derechos humanos no vale la máxima aplicable a otras materias, que «ante la duda abstente»; todo lo contrario, en el ámbito de la posición de garante de las autoridades militares surge la máxima contraria, ante la duda constate, proceda, verifique, proteja, asegure, realice, no omita sus deberes.

En consecuencia, no resulta consonante con tal función esencialmente preventiva del Estado social, auspiciar que una duda sobre a quién compete la protección de derechos humanos en el contexto de una inminente y luego actual matanza de personas, se convierta en un factor de disminución sustancial de la pena imponible.

Para la Corte no tiene cabida la ausencia de dolo cuando se configura un delito por omisión en posición de garante, para tal Corporación tratándose del error de tipo, si es invencible, se enerva la categoría dogmática de la tipicidad por ausencia de dolo, y si vencible, se procede por la modalidad culposa de tal conducta, siempre que así la haya dispuesto el legislador; en caso contrario, el comportamiento será atípico, pero en este caso tal figura dogmática no tiene cabida, por la inexistencia de yerro en la conducta del procesado.

Como corolario de lo expuesto, se descarta el obrar equivocado del procesado, ya que sin ninguna dificultad podría representarse una situación tal para conocer sus deberes de salvamento con respecto a los habitantes de la localidad y las consecuencias jurídicas de su omisión, dada su experiencia, antigüedad, rango, profesionalismo y las circunstancias específicas del caso concreto, pues eran de su dominio y manejo las siguientes premisas:

- Tenía pleno conocimiento de las circunstancias fácticas.
- Sabía de su obligación fundada en los reglamentos y deberes militares, que le competía a él solamente, no a los demás, a partir del momento en que recibió la información.

-Los resultados le son atribuibles con base en la teoría de la acción esperada.

-Obró con voluntad y conocimiento, esto es, a ciencia y paciencia de la realidad que lo conminaba a reaccionar de manera inmediata y rápida, lo que no deja dudas que sabía de las prohibiciones de su obrar omisivo y las consecuencias por los resultados ilícitos.

DECISIÓN DE LA CORTE: 1.- NO CASAR la sentencia por razón de las censuras formuladas en la demanda presentada por el defensor de JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ, contra la sentencia de 23 de noviembre de 2009 del Tribunal Superior de Bogotá. 2.-PRECISAR que la condena impuesta al Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ y el entonces Mayor —hoy Teniente Coronel en retiro—, Hernán Orozco Castro, en relación con los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo, en concurso heterogéneo con los de secuestro agravado es a título de autores (comisión por omisión), dado que ostentaban la posición de garantes de la población de Mapiripán, surgida de la competencia institucional, como miembros de la fuerza pública.

4. OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GENERAL

Analizar las decisiones de Casación Penal, emitidas por la Corte Suprema de Justicia Colombiana durante el periodo 2010-2015, cuando el accionante invocó la causal de violación directa de una norma del Bloque de Constitucionalidad.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

-Determinar los criterios constitucionales que la Corte Suprema de Justicia Colombiana exigió durante el periodo 2010-2015 en las decisiones de Casación Penal cuando el accionante se invocó la causal de violación directa de una norma del Bloque de Constitucionalidad.

-Establecer los requisitos procesales que la Corte Suprema de Justicia Colombiana exigió durante el periodo 2010-2015 en las decisiones de Casación Penal cuando el accionante se invocó la causal de violación directa de una norma del Bloque de Constitucionalidad.

-Determinar las razones de procedencia e improcedencia de las decisiones de Casación penal, emitidas por la Corte Suprema de Justicia, cuando el accionante invocó la causal de violación directa de una norma del Bloque de Constitucionalidad, durante el periodo 2010-2015.

5. HIPÓTESIS

La utilización del recurso Extraordinario de Casación en materia penal por violación directa de una norma del bloque de constitucionalidad, presentado ante La Corte Suprema de Justicia Colombiana, cuando actuó como Tribunal de Casación durante el periodo 2010-2015, resultan ineficaces.

6. METODOLOGIA

6.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Corresponde a una investigación analítica dentro del método total, entendiéndose por este aquél que incluye elementos de análisis cualitativos y cuantitativos. Los aspectos cualitativos consistieron en el análisis de los presupuestos teóricos que constituyen el objetivo general y los elementos cuantitativos consistieron en la selección numérica y aleatorio de un número determinado de decisiones proferidos por la Corte Suprema de Justicia Colombiana, durante el periodo 2010-2015 cuando actuó como Tribunal de Casación, cuando se configuró la causal de violación directa de una norma del bloque de constitucionalidad.

6.2 TIPO DE ESTUDIO

Corresponde a un estudio teórico, analítico-documental.

6.3 POBLACIÓN

Está constituida por el conjunto de sentencias que en materia de Casación Penal profirió la Corte Suprema de Justicia, durante el periodo 2010-2015, cuando se configuró la causal de violación directa de una norma del Bloque de Constitucionalidad. En total fueron 10 sentencias de Casación Penal. Para la obtención de las sentencias de Casación emitidas por la Corte Suprema de Justicia se acudió a la página de la Rama Judicial empleando diferentes ítems de búsqueda tales como: **A.** Área Penal, bloque de constitucionalidad, artículo 181. **B.** Corte Suprema de Justicia, Casación penal, bloque de constitucionalidad, interpretación errónea, violación de garantías fundamentales. **C.** Corte Suprema de Justicia, Casación penal, bloque de constitucionalidad, falta de aplicación, interpretación errónea, aplicación

indebida. Cada proceso tenía en promedio 200 páginas, algunos incluso más de 400 páginas, pues la decisión de Casar o no una sentencia implica un análisis tanto de lo decidido en la primera como en la segunda instancia, lo que genera una gran dispendiosidad en la lectura y análisis de cada proceso, lo conllevó a la necesidad de realizar un muestreo aleatorio de una sentencia por año dentro del periodo objeto de medición delimitado en el trabajo, esto es 2010 al 2015.

6.3.1 Muestreo

El muestreo fue aleatorio toda vez que las sentencias objeto de análisis revestían una extensión de más de 160 páginas, algunas de las cuales pasaban las 300 páginas, motivo por el cual se tomó una por año dentro del periodo 2010-2015. De las cuales se escogieron las siguientes:

6.4 INSTRUMENTOS

Se utilizó ficha de análisis de sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, durante el periodo 2010-2015

6.5 UNIDAD DE ANÁLISIS

Está compuesta por cada una de las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en materia de Casación Penal durante el periodo 2010-2015, cuando se configuró la causal de violación directa de una norma que integra el Bloque de Constitucionalidad.

6.5.1 Gestión del dato: Para la obtención del dato se realizaron las siguientes acciones, la primera de ellas, consistió en seleccionar las fuentes bibliográficas, tanto legales como doctrinales referidas al tema de bloque de constitucionalidad, igualmente las que abordaban la temática de casación penal y la causal de violación de una norma del bloque por interpretación errónea. En segunda medida, se realizó una búsqueda de la jurisprudencia de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se acudió directamente a la página de la Rama judicial mediante diferentes motores de búsqueda enunciados en el ítem de la metodología correspondiente a la población, posteriormente se realizó la lectura y análisis de las sentencias seleccionadas correspondientes al periodo 2010-2015 y posteriormente se agruparon tales análisis para presentar los respectivos resultados. La obtención del dato fue directa, no se requirió asistir a ninguna oficina, o dependencia, o la solicitud de algún permiso.

6.5.2 Obtención del dato: se obtuvo mediante la revisión de las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia Colombiana, como Tribunal de Casación durante el periodo 2010-2015, cuando se configura la causal de violación directa de una norma del Bloque de Constitucionalidad. También mediante la **revisión** de las normas constitucionales, acudiendo igualmente a otras fuentes tales como: bibliografía doctrina y jurisprudencia, para lo cual se utilizaron fichas de análisis.

6.5.3 Recolección del dato: Estuvo a cargo de la maestranda, utilizando fichas de resumen y fichas de análisis de sentencia.

6.5.4 Procesamiento de la información: se utilizó el programa Word, tanto para la elaboración del marco teórico como para el análisis de las sentencias de Casación. Al ser la población escasa y el muestreo aleatorio, no fue necesario el empleo de Excel para elaborar estadísticas o porcentajes comparativos, tratarse de una investigación documental jurisprudencial y no meramente cuantitativa. Lo procesado fueron las unidades de análisis que configuraban el objeto para lo cual se empleó sendas fichas de análisis de Sentencias, al igual que fichas de análisis de fuentes bibliográficas.

6.5.5 Control de Sesgos: Para controlar los sesgos se realizaron dos aspectos, el primero, una prueba piloto respecto a los motores de búsqueda de las sentencias, toda vez que sentencias de Casación que arrojaba la página de la Rama judicial fueron inicialmente más de 523 sentencias de casación penal, pero ajenas a la violación directa de una norma del bloque de constitucionalidad. Algunas de ellas fueron encontradas mediante la palabra “bloque de constitucionalidad”, pero al leer su contenido no se referían a la causal delimitada en el presente trabajo, sino a otras causales que establece igualmente el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal. Por ello, el control de sesgos implicó leer sendas sentencias de Casación Penal antes de seleccionar puntualmente cuales servían para el objeto del trabajo. Es de anotar que las sentencias se obtuvieron por medio electrónico al tratarse de asuntos de Casación que solo puede conocer la Corte Suprema de Justicia. El tipo de análisis y trabajo no requería extraer expedientes de juzgados, o la realización de entrevistas o encuestas

6.7. TÉCNICAS DE ANÁLISIS

La información se recopiló mediante lecturas temáticas, análisis de documentos y la observación directa no participante.

7. RESULTADOS

7.1 CUADRO COMPARATIVO ENTRE OBJETIVOS PROPUESTOS Y LOS RESULTADOS ALCANZADOS.

OBJETIVO	RESULTADO	CONCLUSIONES
<p>GENERAL</p> <p>Analizar las decisiones de Casación Penal, emitidas por la Corte Suprema de Justicia Colombiana durante el periodo 2010-2015, cuando el accionante invocó la causal de violación directa de una norma del Bloque de Constitucionalidad..</p>	<p>Respecto a la prescripción de la acción penal en los delitos de Lesa Humanidad, la Corte Suprema adoptó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que la prescripción de la acción penal no puede operar válidamente para generar impunidad en los delitos de lesa humanidad, además de que dar validez a las normas internas sobre prescripción en estos casos comporta una violación de la obligación del Estado, se impone declarar que respecto de los hechos definidos en esta actuación, por corresponder a crímenes de lesa humanidad, no opera a favor de los autores o partícipes el fenómeno de la prescripción, pues se trata</p>	<p>El Recurso de Casación es un medio de impugnación extraordinario contra las resoluciones judiciales de ultimo grado que se caracteriza por su formalidad y su tecnicismo, además, es limitado y restrictivo a ciertas resoluciones por las causales que la ley determina.</p> <p>El bloque de constitucionalidad constituye vía de integración e interpretación en la labor de los jueces, pero su extensión normativa hace difícil tal labor.</p> <p>El bloque de constitucionalidad constituye vía de integración e interpretación en la labor de</p>

	<p>de comportamientos imprescriptibles</p> <p>Se evidenció una tendencia interpretativa acorde a los postulados del D. Internacional tanto en lo referente a los Derechos Humanos, como del Derecho Internacional Humanitario proveniente de los Tratados como el consignado en instrumentos Internacionales, esto se reflejó en sus diferentes interpretaciones referidas a la posibilidad de casar una sentencia cuando se vulneró una norma de rango constitucional sea en sentido estricto como en sentido amplio. Lo que supera la visión meramente sustancialista que durante siglos caracterizó el Recurso de Casación</p> <p>La Corte Constitucional no se limitó al estudio de las causales invocadas por los casacionistas, sino que en la interpretación de las normas rectoras y los derechos</p>	<p>los jueces, pero su extensión normativa hace difícil tal labor.</p> <p>El derecho internacional de los derechos humanos, coloca a disposición del operador jurídico, las bases, que permitirán al mismo, materializar en la práctica el ideal de investigar, juzgar y condenar a quienes incurren en comportamientos delictuales, a través de la realización juicios justos en los cuales impera la necesidad de obtener la máxima eficiencia en la aplicación de la coerción penal, pero siempre bajo la égida de un respecto absoluto de los derechos humanos; de allí que reiteremos una vez más, la invitación a todos, para propugnar no por la vigencia de una sistema determinado, pero sí por la necesidad de garantizar la realización de una justicia que permita a todos, convivir en un país que clama día a día por alcanzar la paz.</p>
--	---	--

	<p>fundamentales lo hicieron desde el punto de vista material, no simplemente legalista. Sin embargo, ello no da lugar a afirmar que la Corte constitucionalizó toda su interpretación, sino que empleó argumentos de tipo constitucional para solidar la estructura argumentativa, particularmente en aquellos casos concernientes a Delitos de Lesa Humanidad, sus elementos y configuración.</p> <p>En cuanto a la elaboración de la decisión judicial, la Corte reitera la libertad y autonomía que tienen los jueces de inferiores jerarquías, sin que estén obligados a adoptar una forma particular de la sentencia o del estudio de la norma en relación, ni adentrarse necesariamente en complejas disquisiciones de orden teórico o dialéctico en relación con cada uno de ellos para que la decisión pueda considerarse suficiente motivada. Lo importante es que dentro de</p>	<p>Con respecto a los delitos considerados como de Lesa Humanidad, la Corte Suprema de Justicia estimó que existe una visión moderna de tales crímenes, cuyo inicio se encuentran en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, que incluye delitos tales como: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano cometido contra una población civil, antes o durante el curso de una guerra, así como persecuciones sobre bases políticas, raciales o religiosas, ejecutados en conexión con cualquier otro crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, haya existido o no violación del derecho interno del Estado donde fueron perpetrados.</p> <p>Se ha cimentado Jurisprudencia por parte del Corte Suprema sobre el Crimen de Lesa Humanidad</p>
--	--	--

	<p>los parámetros que la propia ley señala, y que responden a la naturaleza de la decisión que ha de adoptarse, se presenten en forma clara y precisa las razones que la sustentan, de manera tal que los sujetos procesales puedan conocer sus fundamentos fáctico, probatorio y jurídico</p> <p>A criterio de la Corte Suprema el principio de la sana crítica impide trasladar en idéntico sentido las conclusiones de la valoración realizada respecto de un específico medio de prueba y un procesado a los demás investigados pues en cada caso se impone realizar la apreciación en conjunto respectiva.</p> <p>Cuando se alega el error por indebida selección de la norma por parte del juez, el error se manifiesta en la falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla el precepto, ya que los sucesos reconocidos en el proceso no coinciden con las</p>	<p>y su distinción con otros crímenes, precisando que no se trata de un acto aislado de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población, es decir un plan criminal orquestado, tales actos son además inhumanos y el móvil es de naturaleza discriminatorio, políticos, ideológicos, étnicos o nacionales.</p> <p>Desde el punto de vista del Estado democrático, edificado sobre las ideas de libertad de las personas y de su igualdad, y de un concepto de su dignidad que pasa en esencia por la atribución de ambas cualidades, se revela como necesaria la protección de quienes carecen de capacidades de autoprotección. Más allá de la idea del Estado democrático y derivada ya de la propia idea del Estado viene a colación la función de defensa de la colectividad frente a los ataques externos, la función de</p>
--	--	--

	<p>hipótesis condicionantes de aquél.</p> <p>Para la corte en la interpretación errónea, el juez selecciona bien y adecuadamente la norma que corresponde al caso en cuestión, y efectivamente la aplica, pero al interpretarla le atribuye un sentido jurídico que no tiene, asignándole efectos distintos o contrarios a los que le corresponden, o que no causa.</p> <p>Mientras que en la falta de aplicación y la aplicación indebida subyace un error en la selección del precepto, en la interpretación errónea el yerro es sólo de hermenéutica, pues en rigor lógico hay que partir de la aceptación de que la norma aplicada es la correcta, sólo que con un entendimiento que no es el que jurídicamente le corresponde, en razón del cual se le hace producir por exceso o defecto consecuencias distintas.</p> <p>El vínculo entre el hecho delictivo y la actividad</p>	<p>protección de los ciudadanos frente a los ataques de otros conciudadanos, y la protección de los ciudadanos y de la sociedad frente a los daños graves que proceden de la naturaleza.</p> <p>El Estado social, como el declarado en nuestra Constitución Política, se caracteriza por hacer y por dar, todo ello en procura de cumplir cometidos preventivos, no reactivos, a fin de satisfacer las necesidades de las personas y asegurar efectivamente sus derechos fundamentales.</p>
--	---	---

	<p>relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. Esta regla tiene como base la idea de que nunca podrán ser considerados como actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que de manera flagrante aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados</p>	
<p>ESPECIFICO 1</p> <p>Establecer los requisitos procesales que la Corte Suprema de Justicia Colombiana exigió durante el periodo 2010-2015 en las decisiones de Casación Penal cuando el accionante se invocó la causal de violación directa de una norma del Bloque de</p>	<p>Las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación cuando se quebranta o vulnera una norma del bloque de constitucionalidad, tales como un principio rector, o una norma de rango internacional proveniente de un Tratado sobre Derechos Humanos o sobre Derecho Internacional Humanitario estuvieron acordes al</p>	<p>Con relación a las causales en el fondo se manifiesta de forma clara la formalidad excesiva del recurso, mucho menos atenuada en las causales de forma, pero igualmente el recurso es sumamente formalista.</p> <p>En referencia a los fines y</p>

<p>Constitucionalidad</p>	<p>proteccionismo Internacional, en aspectos tales como el carácter de norma rectoras de los principios del Debido proceso, el non bis in ídem, la presunción de inocencia, entre otros.</p> <p>A diferencia de la Casación prevista en el Código de Procedimiento Penal anterior (ley 600 de 2000), que revestía mayor formalismo, en los casos analizados regulados por la Ley 906 de 2004 se notó igualmente el rigor de la TÉCNICA de Casación, pero la fundamentación de la Corte Suprema pasó de ser legalista y más normativista en el sentido amplio de la palabra. Es decir paso de darle mayor importancia a la ley sustancial, para darle paso a la ley en sentido amplio.</p> <p>En los delitos de omisión donde se tiene la posición de garante como es el caso de las fuerzas Armadas, vale la</p>	<p>sobre las causales de la casación penal, resulta interesante observar cómo se complementan las finalidades objetivas y subjetivas en el análisis jurisprudencial efectuado por la Corte Suprema, no obstante hay demasiado legalismo a los aspectos sustanciales más que al análisis constitucional en sentido amplio.</p> <p>La violación directa de una norma del bloque se configuró por violación de los principios rectores, especialmente vulneración del non bis in ídem y el debido proceso, respecto a los cuales la Corte Suprema fue enfática respecto al carácter supralegal, prevalente de tales normas, así como de los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.</p> <p>Para sustentar la violación de tal principio consagrado</p>
---------------------------	--	---

	<p>pena destacar que dadas las especiales características del delito de omisión impropia, para realizar tal tipo de ilicitud se requiere tener la posición de garante, siendo la autoría la única forma posible de participación en un hecho de esa naturaleza; sin embargo, algún sector de la doctrina ha admitido la coautoría propia cuando el acuerdo previo versa sobre el incumplimiento de un deber de actuar, mientras que otro grupo se niega a reconocer dicha hipótesis afirmando que a lo sumo se podría presentar una autoría simultánea, toda vez que la infracción de deber derivada de una posición de garante no admite subdivisión alguna.</p> <p>La Corte Suprema hace constante distinción entre el error de hecho, asimilable al error de tipo, del error de derecho, asimilable al error de prohibición, en cuanto el primero está referido a una equivocación respecto de los</p>	<p>en Instrumentos Internacionales, se requiere demostrar la existencia de tres presupuestos de identidad, a saber: En el sujeto (eadem personae), el objeto (eadem res) y la causa (eadem causa).El primero exige que el mismo individuo sea incriminado en dos o más actuaciones; el segundo, la identidad de objeto, requiere que el factum motivo de imputación sea igual, aún si el nomen iuris es diverso; y el tercero, la identidad en la causa, postula que la génesis de los dos o más diligenciamientos sea la misma.</p> <p>En aquellos casos cuando se presentaron situaciones de nulidad de lo actuado por encontrarse probados vicios de procedimiento que afecten al procesado, y tal situación genere tensión con la exclusión de responsabilidad, la Corte se inclinó a favor de lo segundo, ya que la consideró una finalidad superior de mayor</p>
--	---	--

	<p>hechos de la norma o de una circunstancia que pertenece al tipo (el sujeto no sabe lo que hace), en tanto que el segundo el error recae en la antijuridicidad (el sujeto sabe lo que hace pero cree erradamente que le está permitido).</p> <p>Cuando la Casación se invoca por error de motivación, bien sea por ausencia absoluta, deficiencia sustancial o ambigüedad, estimó la Corte que los mismos conllevan a la trasgresión de los derechos al debido proceso y a la defensa y pueden ser atacados por la vía de la nulidad, en tanto la acreditación de uno cualquiera de ellos haría evidente la imposibilidad para la defensa técnica y material de controvertir la decisión que carente de fundamentos probatorios o sustanciales afecte o restrinja sus garantías esenciales.</p> <p>Tratándose del error de tipo,</p>	<p>significación sustancial por el derecho de absolución. A criterio de la Corte Suprema tal inclinación permite el ejercicio de la defensa técnica y material.</p> <p>A criterio de la Corte, los comportamientos que por quebrantar el derecho internacional tienen la connotación de delitos internacionales y, por tanto, carecen de la condición de delitos políticos, en cuanto no pueden beneficiarse con indultos o amnistías..</p> <p>La Corte respecto al reconocimiento de la absolución asumió una nueva postura doctrinal, opuesta a la visión formalista que ha caracterizado la Casación, según esta nueva postura frente a varios planteamientos de la defensa, debe preferirse el que propone la absolución, por encima de los que plantean nulidades que sólo afectan garantías de quien las propone, es decir, de vicios que no aparejan</p>
--	--	---

	<p>si es invencible, se enerva la categoría dogmática de la tipicidad por ausencia de dolo, y si vencible, se procede por la modalidad culposa de tal conducta, siempre que así la haya dispuesto el legislador; en caso contrario, el comportamiento será atípico, pero en este caso tal figura dogmática no tiene cabida, por la inexistencia de error en la conducta del procesado.</p> <p>A criterio de la Corte es necesario que en la Casación se especifique la modalidad de error de motivación en que estarían incurridas las sentencias impugnadas, y ello en principio, impediría determinar si la fundamentación del cargo es coherente con el sentido del reproche</p>	<p>vulneración simultánea de derechos de las otras partes o comprometan situaciones de interés general. Bajo esta óptica estimó la Corte que es más importante la realización de derechos y principios trascendentes en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el derecho a una justicia pronta, a la presunción de inocencia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo, todos ellos de rango constitucional.</p> <p>El reconocimiento de la absolucón es una expresi3n máxima de la garantía del derecho de defensa del procesado y su elevaci3n a objeto de protecci3n prevalente.</p> <p>El principio de congruencia no se desconoce cuando en la sentencia se realizan valoraciones de tipo jur3dico o dogmático distintas a las formuladas en la resoluci3n</p>
--	---	---

		<p>de acusación o su equivalente, o bien a las consideradas por el Fiscal durante los alegatos finales, mientras ello no represente desde el punto de vista de la punibilidad un tratamiento desfavorable para los intereses del procesado ni tampoco altere el núcleo fáctico de la imputación.</p> <p>Tampoco se vulnerarían derechos fundamentales en cabeza del procesado, toda vez que la defensa técnica jamás podría verse sorprendida por un aspecto que, en últimas, no sería propio de la situación personal del procesado ni incidiría en el núcleo central de los hechos imputados en su contra, sino que es de corte académico o dogmático, o incluso argumentativo, y que por lo tanto depende del sistema de la teoría del delito que cada operador jurídico asuma, que debe ser del conocimiento y dominio de todos los profesionales del</p>
--	--	---

		derecho.
<p>ESPECIFICO 2</p> <p>Determinar los criterios constitucionales que la Corte Suprema de Justicia Colombiana exigió durante el periodo 2010-2015 en las decisiones de Casación Penal cuando el accionante se invocó la causal de violación directa de una norma del Bloque de Constitucionalidad</p>	<p>La Corte Suprema de Justicia reafirmó que de acuerdo con la Constitución Política, la Fuerza Pública tiene respecto de los habitantes de Colombia una posición de garante por institución. No se aviene con los postulados de un Estado social y democrático de derecho, sustentado por antonomasia en el valor superior de la persona humana y su dignidad, considerar de recibo que un General de la República como ocurrió en los casos de masacres ocurridas en el territorio Colombiano (por ejemplo el caso Mapiripán), pretexto el equívoco de no saber de dónde emanan sus deberes de salvamento, para reconocer así que ante la duda, lo mejor es la</p>	<p>Los recursos extraordinarios de casación presentados durante el periodo 2010-2015 por violación directa de una norma del bloque de constitucionalidad fueron pocos. Las casaciones presentadas fueron en un gran porcentaje por violación directa de la norma sustancial del código penal, más no por violación de una norma del bloque de constitucionalidad en sentido estricto o en sentido amplio. Ello obedece a que es necesario que el accionante argumente donde radica el vicio in procedendo o adjudicando por la misma exigencia técnica de la naturaleza del recurso, lo que resulta contrario a la finalidad de la integración de la normas del bloque de constitucionalidad, las cuales</p>

	<p>abstención, en lugar de emprender el más mínimo cometido en procura de salvaguardar la vida e integridad de los ciudadanos, pensar así es desconocer el deber de protección que la Carta Política le asignó a los militares.</p> <p>La Corte Suprema de Justicia estimó que en materia de protección de derechos humanos no vale la máxima aplicable a otras materias «ante la duda abstente» se debe inclinar la balanza a favor de la exclusión de responsabilidad; todo lo contrario, en el ámbito de la posición de garante de las autoridades militares surge la máxima contraria, ante la duda constata, proceda, verifique, proteja, asegure, realice, no omita sus deberes.</p> <p>En sede de Casación si se presente la tensión entre el deber de declarar la ineficacia de lo actuado a consecuencia de encontrar</p>	<p>tienen como fin no restringir las normas constitucionales a las establecidas directamente en el texto constitucional.</p> <p>El derecho internacional de los derechos humanos, coloca a disposición del operador jurídico, las bases, que permitirán al mismo, materializar en la práctica el ideal de investigar, juzgar y condenar a quienes incurrir en comportamientos delictuales, a través de la realización juicios justos en los cuales impera la necesidad de obtener la máxima eficiencia en la aplicación de la coerción penal, pero siempre bajo la égida de un respecto absoluto de los derechos humanos; de allí que reiteremos una vez más, la invitación a todos, para propugnar no por la vigencia de una sistema determinado, pero sí por la necesidad de garantizar la realización de una justicia que permita a</p>
--	--	--

	<p>acreditada la configuración de vicios de estructura o de garantía que afectan exclusivamente al procesado, y la de excluirlo de responsabilidad penal, debe resolverse a favor de la opción que le reporte mayor significación sustancial, que no es otra que la del derecho a la absolución por los cargos que le fueron formulados, como finalidad superior perseguida por la garantía fundamental de defensa técnica y material.</p> <p>Se exalta que la Corte Suprema de Justicia reivindica la función unificadora de la Corte Constitucional como órgano de cierre en ese ámbito, tiene el carácter teleológico de unificar criterios, desarrollar un tema específico o dar claridad a un asunto importante, con lo cual se asegura la efectividad de los derechos, al tiempo que esa estabilidad genera seguridad jurídica y confianza en el sistema judicial. Al igual que destacó</p>	<p>todos, convivir en un país que clama día a día por alcanzar la paz.</p> <p>De las sentencias analizadas se concluye que la Corte diferencia dos géneros de delitos de Lesa Humanidad, una, desarrollada en los Tratados internacionales que expresamente tipifican las conductas con tal carácter, y la otra, referida a aquellos comportamientos que sin estar enlistados en la normativa internacional, satisfacen los postulados para identificarlos como graves atentados al género humano, que ofenden la conciencia de la humanidad y avergüenzan a la comunidad nacional e internacional. Es en la segunda eventualidad donde se encuentra mayor constitucionalismo, protección y una verdadera fuente hermenéutica constitucional por parte de la Corte Suprema, ya que su análisis no se restringió a la</p>
--	---	--

	<p>el efecto de la cosa juzgada constitucional al señalar que una vez ha quedado en firme una sentencia de tutela por decisión judicial de ese Cuerpo, no hay lugar a reabrir el debate sobre lo decidido. Sin embargo, no se puede desconocer que sus efectos son inter partes, esto es, sólo obliga en el caso concreto y por ende se declaró competente para conocer del caso.</p>	<p>violación de normas establecidas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos sino al análisis de contenido, coligiendo que todos aquellos actos que aunque no estén en Tratados de tal naturaleza, pero atenten el género humano generando ofensa a la conciencia humana nacional e internacional deben ser tratados como de Lesa Humanidad.</p>
<p>Específico 3</p> <p>Determinar las razones de procedencia e improcedencia de las decisiones de Casación penal, emitidas por la Corte Suprema de Justicia, cuando el accionante invocó la causal de violación directa de una norma del Bloque de Constitucionalidad, durante</p>	<p>Las sentencias donde hubo un mayor despliegue de los cargos invocados, concernientes a la autoría, a la posible existencia de nulidad procesal y a los elementos de tipo, se dieron en las sentencias atinentes a la comisión de Delitos de Lesa Humanidad, como el caso de Mapiripán, en el cual la Corte hizo un análisis</p>	<p>En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se</p>

<p>el periodo 2010-2015.</p>	<p>extensivo en el tratamiento, configuración y naturaleza de tales delitos, pero a su vez garantizó los Derechos del procesado.</p> <p>En los casos analizados donde hubo comisión de delitos de Lesa Humanidad y existía la posición de garante, configurando un delito por omisión según la Corte se equipara a la autoría, solo en el caso 35113 del 2014, hubo salvamento de voto según el cual en los delitos por omisión impropia sólo cabe la autoría, pues si el sujeto ostenta la posición de garante por tener la obligación jurídica de salvaguardar un bien jurídico y el mismo es lesionado así sea por la acción de un tercero, responde como autor de tal hecho a título de comisión por omisión.</p> <p>El anterior planteamiento también impide admitir otras formas de participación en el delito de omisión impropia, como por ejemplo, la</p>	<p>presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.</p> <p>Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización</p>
------------------------------	--	--

	<p>complicidad del garante si la lesión al interés jurídico es causada por un tercero, pues éste siempre será autor en la medida que esta categoría se deriva del simple hecho de incumplir el deber legal que le impone ejecutar labores de salvamento y protección.</p> <p>Aunque la Corte Suprema, sala de Casación Penal, adoptó insistentemente el Estatuto de Roma que aborda el conocimiento de los crímenes más graves de trascendencia internacional por parte de la Corte Penal Internacional, adoptado en nuestra legislación interna mediante la Ley 742 de 5 de junio de 200 y en el cual se reconoce el error de hecho, se observó en el proceso del 2014 caso de la Masacre de Mapiripán una posible confusión de la Corte Suprema, o por lo menos una inadecuada interpretación respecto al error de hecho, porque el</p> <p>¹⁹⁸Estatuto de Roma exige</p>	<p>social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.</p> <p>En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para</p>
--	---	---

	<p>de responsabilidad únicamente si se hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido para el crimen, no en los demás supuestos, mientras que la Corte Suprema lo hizo extensivo aun estando presente el elemento de intencionalidad.</p> <p>En el ordenamiento jurídico colombiano, la teoría de la posición de garante está anclada a la teoría del deber jurídico cuando el artículo 10º del Código Penal, inciso 2º al desarrollar el tema de la tipicidad señala que “en los tipos de omisión el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política y en la Ley”, exigencia que se reproduce en el artículo 25 al señalar. “...A tal efecto se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una</p>	<p>el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.</p> <p>Desde el punto de vista del Estado democrático, edificado sobre las ideas de</p>
--	---	--

	determinada fuente de riesgo conforme a la Constitución y a la Ley”	
--	---	--

Las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación cuando se quebranta o vulnera una norma del bloque de constitucionalidad, tales como un principio rector, o una norma de rango internacional proveniente de un Tratado sobre Derechos Humanos o sobre Derecho Internacional Humanitario estuvieron acordes al proteccionismo Internacional, en aspectos tales como el carácter de norma rectoras de los principios del Debido proceso, el non bis in ídem, la presunción de inocencia, entre otros.

La Corte fue respetuosa del Derecho Internacional tanto en lo referente a los Derechos Humanos, como del Derecho Internacional Humanitario proveniente de los Tratados como el consignado en instrumentos Internacionales, esto se reflejó en sus diferentes interpretaciones referidas a la posibilidad de casar una sentencia cuando se vulneró una norma de rango constitucional sea en sentido estricto como en sentido amplio.

Los casacionistas cuando alegaron la causal de vulneración de una norma, no invocaron directamente la vulneración de una norma de rango constitucional, sino una norma de rango sustancial penal o procesal penal. No obstante, la Corte Suprema complementó en diferentes momentos su interpretación ampliando el alcance de algunos derechos y garantías, al tenor de lo consignado tanto en la Constitución Colombiana, como en diferentes

normas de rango supralegal. Es decir, no se limitó al estudio de las causales invocadas, sino que en la interpretación de las normas rectores y los derechos fundamentales lo hicieron desde el punto de vista material, no simplemente legalista. Sin embargo, ello no da lugar a afirmar que la Corte constitucionalizó su interpretación sino que empleó argumentos de tipo constitucional para solidar la estructura argumentativa, particularmente en aquellos casos concernientes a Delitos de Lesa Humanidad, sus elementos y configuración.

Puede afirmarse que la casación ha sido permeada por el Constitucionalismo moderno, en el cual no basta con atenerse a las normas sustanciales de un ordenamiento, sino igualmente a las normas internacionales que establecen límites a los Estados y mayores garantías de los derechos fundamentales, ello puede reflejarse en las diversas interpretaciones dadas por la Corte Suprema en donde se citan un sinnúmero de fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

En ninguno de los casos analizados se abstuvo la Corte de analizar los cargos invocados por carencia de técnica de la Casación, por el contrario se advirtió una tendencia hacia el estudio de contenido de los argumentos invocados sustentando en la garantías mismas de la Técnica de la Casación.

Se observó en la Corte Suprema un respeto irrestricto a los Derechos Fundamentales del procesado en consonancia con lo previsto en diferentes Tratados Internacionales e Instrumentos Internacionales.

Las sentencias donde hubo un mayor despliegue de los cargos invocados, concernientes a la autoría, a la posible existencia de nulidad procesal y a los elementos de tipo, se dieron en las sentencias atinentes a la comisión de Delitos de Lesa Humanidad, como el caso de Mapiripán, en el cual la Corte hizo un análisis extensivo en el tratamiento, configuración y naturaleza de tales delitos, pero a su vez garantizó los Derechos del procesado.

A diferencia de la Casación prevista en el Código de Procedimiento Penal anterior (ley 600 de 2000), que revestía mayor formalismo, en los casos analizados regulados por la Ley 906 de 2004 se notó igualmente el rigor de la TÉCNICA de Casación, pero la fundamentación de la Corte Suprema pasó de ser legalista y más normativista en el sentido amplio de la palabra. Es decir paso de darle mayor importancia a la ley sustancial, para darle paso a la ley en sentido amplio.

En los delitos de omisión donde se tiene la posición de garante como es el caso de las fuerzas Armadas, vale la pena destacar que dadas las especiales características del delito de omisión impropia, para realizar tal tipo de ilicitud se requiere tener la posición de garante, siendo la autoría la única forma posible de participación en un hecho de esa naturaleza; sin embargo, algún sector de la doctrina ha admitido la coautoría propia cuando el acuerdo previo versa sobre el incumplimiento de un deber de actuar, mientras que otro grupo se niega a reconocer dicha hipótesis afirmando que a lo sumo se podría presentar una autoría simultánea, toda vez que la infracción de deber derivada de una posición de garante no admite subdivisión alguna.

La Corte Suprema empleó como argumentos doctrinales en varias de sus sentencias al autor Roxin, bien es sabido por los expertos en el Derecho Penal que este doctrinante desarrolló un planteamiento que permite castigar no sólo a quien de manera genérica pide a sus subalternos cometer un delito, sino a quien efectivamente lo perpetra. Para que ese resultado sea posible, no sólo debe probarse la emisión de la orden, sino que también es necesario demostrar la existencia de una organización criminal que puede serlo de manera integral, como ocurre con los grupos guerrilleros o paramilitares, pero que también puede coexistir dentro de una institución legítima. Si al interior de las Fuerzas Militares un grupo de sus integrantes toma la decisión de conformar escuadrones de la muerte, eso los convierte a ellos (no al Ejército como cuerpo armado constitucionalmente reconocido) en un grupo al margen de la ley. Esa estructura de poder con fines delictivos permite responsabilizar a quien solicita la comisión de delitos sin necesidad de probar que directamente convenció a quien los ejecuta

Roxin¹⁹⁹ explica en qué caso puede presentarse la coautoría en un delito de comisión por omisión, señalando que varios autores pueden ser considerados como autores de un hecho omisivo, cuando un sujeto actuante y otro omitente cooperan como coautores de un hecho común o cuando varios omitentes son titulares de un deber común y no están llamados a actuar como individuos singulares, en ambos casos, debe corroborarse la existencia de una coordinación por acuerdo para dar lugar a la atribución del hecho a título de coautoría.

¹⁹⁹ ROXIN, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. Madrid 2000. Séptima edición. Pág. 508.

En los casos analizados donde hubo comisión de delitos de Lesa Humanidad y existía la posición de garante, configurando un delito por omisión según la Corte se equipara a la autoría, solo en el caso 35113 del 2014, hubo salvamento de voto según el cual en los delitos por omisión impropia sólo cabe la autoría, pues si el sujeto ostenta la posición de garante por tener la obligación jurídica de salvaguardar un bien jurídico y el mismo es lesionado así sea por la acción de un tercero, responde como autor de tal hecho a título de comisión por omisión.

El anterior planteamiento también impide admitir otras formas de participación en el delito de omisión impropia, como por ejemplo, la complicidad del garante si la lesión al interés jurídico es causada por un tercero, pues éste siempre será autor en la medida que esta categoría se deriva del simple hecho de incumplir el deber legal que le impone ejecutar labores de salvamento y protección.

La Corte Suprema de Justicia reafirmó que de acuerdo con la Constitución Política, la Fuerza Pública tiene respecto de los habitantes de Colombia una posición de garante por institución. No se aviene con los postulados de un Estado social y democrático de derecho, sustentado por antonomasia en el valor superior de la persona humana y su dignidad, considerar de recibo que un General de la República como ocurrió en los casos de masacres ocurridas en el territorio Colombiano (por ejemplo el caso Mapiripán), pretexto el equívoco de no saber de dónde emanan sus deberes de salvamento, para reconocer así que ante la duda, lo mejor es la abstención, en lugar de emprender el más mínimo cometido en procura de salvaguardar la vida e

integridad de los ciudadanos, pensar así es desconocer el deber de protección que la Carta Política le asignó a los militares.

La Corte Suprema de Justicia estimó que en materia de protección de derechos humanos no vale la máxima aplicable a otras materias «ante la duda abstente» se debe inclinar la balanza a favor de la exclusión de responsabilidad; todo lo contrario, en el ámbito de la posición de garante de las autoridades militares surge la máxima contraria, ante la duda constatare, proceda, verifique, proteja, asegure, realice, no omita sus deberes.

La Corte Suprema hace constante distinción entre el error de hecho, asimilable al error de tipo, del error de derecho, asimilable al error de prohibición, en cuanto el primero está referido a una equivocación respecto de los hechos de la norma o de una circunstancia que pertenece al tipo (el sujeto no sabe lo que hace), en tanto que el segundo el yerro recae en la antijuridicidad (el sujeto sabe lo que hace pero cree erradamente que le está permitido).

Cuando la Casación se invoca por error de motivación, bien sea por ausencia absoluta, deficiencia sustancial o ambigüedad, estimó la Corte que los mismos conllevan a la trasgresión de los derechos al debido proceso y a la defensa y pueden ser atacados por la vía de la nulidad, en tanto la acreditación de uno cualquiera de ellos haría evidente la imposibilidad para la defensa técnica y material de controvertir la decisión que carente de fundamentos probatorios o sustanciales afecte o restrinja sus garantías esenciales.

Tratándose del error de tipo, si es invencible, se enerva la categoría dogmática de la tipicidad por ausencia de dolo, y si vencible, se procede por la modalidad culposa de tal conducta, siempre que así la haya dispuesto el legislador; en caso contrario, el comportamiento será atípico, pero en este caso tal figura dogmática no tiene cabida, por la inexistencia de error en la conducta del procesado.

A criterio de la Corte es necesario que en la Casación se especifique la modalidad de error de motivación en que estarían incursas las sentencias impugnadas, y ello en principio, impediría determinar si la fundamentación del cargo es coherente con el sentido del reproche.

En cuanto a la elaboración de la decisión judicial, la Corte reitera la libertad y autonomía que tienen los jueces de inferiores jerarquías, sin que estén obligados a adoptar una forma particular de la sentencia o del estudio de la norma en relación, ni adentrarse necesariamente en complejas disquisiciones de orden teórico o dialéctico en relación con cada uno de ellos para que la decisión pueda considerarse suficiente motivada. Lo importante es que dentro de los parámetros que la propia ley señala, y que responden a la naturaleza de la decisión que ha de adoptarse, se presenten en forma clara y precisa las razones que la sustentan, de manera tal que los sujetos procesales puedan conocer sus fundamentos fáctico, probatorio y jurídico.

A criterio de la Corte Suprema el principio de la sana crítica impide trasladar en idéntico sentido las conclusiones de la valoración realizada respecto de un específico medio de prueba y un procesado a los demás investigados pues en cada caso se impone realizar la apreciación en conjunto respectiva.

Cuando se alega el error por indebida selección de la norma por parte del juez, el error se manifiesta en la falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla el precepto, ya que los sucesos reconocidos en el proceso no coinciden con las hipótesis condicionantes de aquél.

Para la corte en la interpretación errónea, el juez selecciona bien y adecuadamente la norma que corresponde al caso en cuestión, y efectivamente la aplica, pero al interpretarla le atribuye un sentido jurídico que no tiene, asignándole efectos distintos o contrarios a los que le corresponden, o que no causa.

Mientras que en la falta de aplicación y la aplicación indebida subyace un error en la selección del precepto, en la interpretación errónea el error es sólo de hermenéutica, pues en rigor lógico hay que partir de la aceptación de que la norma aplicada es la correcta, sólo que con un entendimiento que no es el que jurídicamente le corresponde, en razón del cual se le hace producir por exceso o defecto consecuencias distintas.

En sede de Casación si se presente la tensión entre el deber de declarar la ineficacia de lo actuado a consecuencia de encontrar acreditada la configuración de vicios de estructura o de garantía que afectan exclusivamente al procesado, y la de excluirlo de responsabilidad penal, debe resolverse a favor de la opción que le reporte mayor significación sustancial, que no es otra que la del derecho a la absolución por los cargos que le fueron formulados, como finalidad superior perseguida por la garantía fundamental de defensa técnica y material.

El vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. Esta regla tiene como base la idea de que nunca podrán ser considerados como actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que de manera flagrante aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados.

Se exalta que la Corte Suprema de Justicia reivindica la función unificadora de la Corte Constitucional como órgano de cierre en ese ámbito, tiene el carácter teleológico de unificar criterios, desarrollar un tema específico o dar claridad a un asunto importante, con lo cual se asegura la efectividad de los derechos, al tiempo que esa estabilidad genera seguridad jurídica y confianza en el sistema judicial. Al igual que destacó el efecto de la cosa juzgada constitucional al señalar que una vez ha quedado en firme una sentencia de tutela por decisión judicial de ese Cuerpo, no hay lugar a reabrir el debate sobre lo decidido. Sin embargo, no se puede desconocer que sus efectos son inter partes, esto es, sólo obliga en el caso concreto y por ende se declaró competente para conocer del caso.

Aunque la Corte Suprema, sala de Casación Penal, adoptó insistentemente el Estatuto de Roma que aborda el conocimiento de los crímenes más graves de trascendencia internacional por parte de la Corte Penal Internacional, adoptado en nuestra legislación interna mediante la Ley 742 de 5 de junio de 2000 y en el cual se reconoce el error de hecho, se observó en el proceso del 2014 caso de la Masacre de Mapiripán una posible confusión de la Corte Suprema, o por lo menos una inadecuada interpretación respecto al error de

hecho, porque el ²⁰⁰Estatuto de Roma exime de responsabilidad únicamente si se hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido para el crimen, no en los demás supuestos, mientras que la Corte Suprema lo hizo extensivo aun estando presente el elemento de intencionalidad.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la teoría de la posición de garante está anclada a la teoría del deber jurídico cuando el artículo 10º del Código Penal, inciso 2º al desarrollar el tema de la tipicidad señala que “en los tipos de omisión el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política y en la Ley”, exigencia que se reproduce en el artículo 25 al señalar. “...A tal efecto se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo conforme a la Constitución y a la Ley”

Esta última norma establece casi en forma taxativa cuatro situaciones de las que se reputa la posición de garante por lo que hasta el momento, en lo que atañe a nuestro ordenamiento jurídico, la fuente de la misma debe entenderse como estrictamente normativa. El numeral primero alude a la asunción del agente sobre una fuente de riesgo o la protección sobre una persona; el segundo y el tercero se refieren a deberes positivos emanados de las relaciones institucionales que a su vez se fundamentan en

²⁰⁰ **Artículo 32.** Error de hecho o error de derecho. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen. 2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto.

expectativas de acción en donde el garante debe prestar ayuda. Esos deberes positivos emergen de instituciones como el matrimonio, las relaciones paternas filiales, las de confianza y los deberes del Estado frente a los ciudadanos. El numeral cuarto alude a deberes negativos que se dan cuando el agente crea un comportamiento antecedente de índole antijurídico promotor de un peligro o de una situación riesgosa, surgiéndole el deber de asegurar esa fuente de riesgo o de adoptar las medidas de salvamento que correspondan.

Según se desprende del inciso segundo del artículo 2º de la Constitución Política y del deber del Estado de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de velar no sólo porque sus servidores se abstengan de trasgredir garantías de los ciudadanos, sino porque en caso de que esas violaciones se presenten, se investigue, procese y sancione a sus responsables. Sin embargo, a pesar de que la figura en cita tiene raigambre constitucional, de todas formas para atribuir el resultado dañoso a quien en principio ostenta la condición de garante es necesario demostrar que al sujeto le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico o protección de bienes jurídicos, además de que esa consecuencia lesiva le era cognoscible y evitable.

En lo que respecta a la responsabilidad de un jefe militar establece el Estatuto de Roma en su artículo 28, que será penalmente responsable en razón de no haber ejercido un control apropiado, cuando: No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. Que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el

servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad.

Las anteriores reglas tienen como base la idea de que nunca podrá ser considerado como actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que de manera flagrante aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados. Debe observarse que si bien se de conducta alusión a los llamados delitos de lesa humanidad, dicha referencia únicamente indica el patrón de conducta que nunca serán de competencia de la justicia penal militar. Sobre este punto, ha de advertirse que, tal como se indicó en sentencia, aún las normas que regulan asuntos evidentemente militares, repudian los actos contrarios a los sentimientos de humanidad.

En el caso de Mapiripán se violó de manera flagrante el deber de respeto por la dignidad humana, por parte de un grupo que disputa el monopolio del uso de la fuerza en manos del Estado. Es decir, se violaron los principios fundamentales del orden constitucional, cuya preservación estaba encargada a los investigados. Su posición de garante les exigía intervenir para evitar la ocurrencia de los hechos degradadores de la humanidad y perseguir a los usurpadores del poder estatal. Debido a las gravísimas consecuencias derivadas de su omisión, no puede considerarse que exista relación alguna con el servicio.

La Corte Suprema de Justicia acogió el precedente de la Corte Constitucional en materia de competencia de la justicia penal militar, incluso la cataloga de rigurosa en señalar que únicamente si no existe duda sobre la

relación entre el servicio y el acto investigado, es posible asignar competencia a la justicia penal militar.

Respecto a la prescripción de la acción penal en los delitos de Lesa Humanidad, la Corte Suprema adoptó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que la prescripción de la acción penal no puede operar válidamente para generar impunidad en los delitos de lesa humanidad, además de que dar validez a las normas internas sobre prescripción en estos casos comporta una violación de la obligación del Estado, se impone declarar que respecto de los hechos definidos en esta actuación, por corresponder a crímenes de lesa humanidad, no opera a favor de los autores o partícipes el fenómeno de la prescripción, pues se trata de comportamientos imprescriptibles

Afirmó la Corte que la proposición de la violación indirecta de la ley sustancial producida por error de hecho en el sentido de falso juicio de existencia demanda del casacionista el deber de acreditar que el juzgador omitió valorar un medio de convicción que tenía la capacidad probatoria de variar el sentido del fallo (supresión) o apreció como si efectivamente se hubiera practicado, una prueba que no obra en el proceso (suposición), para dar por probado algún supuesto de hecho o derecho, con efecto trascendente en la decisión de fondo definitiva.

8. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Resulta ventajoso que aún la Casación como recurso extraordinario pueda ser interpuesto cuando se vulnera una norma del bloque de constitucionalidad, ya que permite un mayor proteccionismo de los derechos fundamentales en el proceso, no obstante, siendo la casación no un recurso ordinario, sino extraordinario, caracterizado por ser preciso y técnico, cuyas causales no pueden simplemente alegarse como pretexto para obtener una revisión del proceso por parte de la Corte, puede resultar problemático fundamentar la violación de una norma constitucional que no está directamente en el texto constitucional, pues las normas constitucionales pueden provenir por ejemplo de la costumbre internacional de los Derechos Humanos, de los Tratados de los Derechos Humanos, de los principios del Derecho Internacional, de los principios rectores, de las garantías internacionales establecidas en Instrumentos internacionales. Esto generaría de una parte que la discusión del derecho penal y procesal penal se convierte en una discusión de rango constitucional e interpretativo, lo cual puede ser positivo para el procesado, no obstante, en Colombia, cuando es conocido que no hay uniformidad de la Jurisprudencia como fuente del Derecho Colombiano, pues uno es el sentido de la Jurisprudencia desde la óptica de la Corte Constitucional y otra desde la óptica de la Corte Suprema puede resultar problemático que en Sala de Casación Penal se presenten interpretaciones alusivas a las normas constitucionales que en determinados momentos pueden ser contrarias a las interpretaciones dadas por la Corte Constitucional.

Se advierte una tendencia por ajustar las interpretaciones dadas por la Corte Suprema en Sala de Casación a lo previsto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente cuando se trata de Delitos de Lesa Humanidad, como en el caso de Mapiripán.

La Corte Suprema tiene posiciones doctrinantes más influyentes que otros, se observó una tendencia hacia la teoría de Roxini y una influencia Alemana en sus posiciones.

En los casos donde se analizó la figura de la rebelión, la interpretación de la Corte Suprema fue contraria a las actuales interpretaciones que da el Gobierno Nacional, pues éste último considera que el narcotráfico es conexo con el delito de rebelión, mientras que la Corte Suprema basándose en lo preceptuado en el Derecho internacional no lo admite, como tampoco admite la caducidad de tales delitos.

Es más fácil invocar la causal de violación directa que la violación Indirecta, ya que la vía directa se presenta cuando a pesar de que el juez haya hecho una correcta valoración de los medios probatorios que reposan en el proceso, deja de aplicar una norma jurídica clara, cuyo texto no ofrece dudas, mientras que la indirecta exige demostrar la discordancia entre los hechos debatidos que generan una transgresión mediata de la normatividad, a causa de yerros manifiestos como secuela de defectos de valoración probatoria, de la misma demanda o de su contestación, esto puede a veces generar sensaciones de injusticia en lo decidido por la Corte cuando Casa una sentencia, por ejemplo en el caso de acceso carnal violento, (Proceso:

32983), en el cual a pesar de considerar la Corte que hubo error en el dictamen de la psicóloga que trato a la menor y la catalogó de mentirosa compulsiva, considerándole excesivo frente al objeto del dictamen y por ende error en la valoración probatoria y posterior decisión del juez de la causa, decidió que igualmente tal decisión afectó las garantías del procesado y por tanto decretó su libertad.

Se observó una apertura de la Corte Suprema de Justicia cuando privilegia los fines esenciales del Estado y los Derechos fundamentales, por encima de la formalidad del Recurso, admitiendo excepciones a la regla según la cual entre varios argumentos dados por la defensa, debe preferirse aquellos que conlleven a la absolución, siempre y cuando no se afecten intereses generales.

9. CONCLUSIONES

El Recurso de Casación es un medio de impugnación extraordinario contra las resoluciones judiciales de último grado que se caracteriza por su formalidad y su tecnicismo, además, es limitado y restrictivo a ciertas resoluciones por las causales que la ley determina.

En referencia a los fines y sobre las causales de la casación penal, resulta interesante observar cómo se complementan las finalidades objetivas y subjetivas en el análisis jurisprudencial efectuado por la Corte Suprema, no obstante hay demasiado legalismo a los aspectos sustanciales más que al análisis constitucional en sentido amplio.

Con relación a las causales en el fondo se manifiesta de forma clara la formalidad excesiva del recurso, mucho menos atenuada en las causales de forma, pero igualmente el recurso es sumamente formalista.

Por otro lado, el trámite es a primera vista sumamente sencillo, pero a la larga cada acto procesal hace la diferencia entre el éxito o el fracaso del recurso.

El bloque de constitucionalidad constituye vía de integración e interpretación en la labor de los jueces, pero su extensión normativa hace difícil tal labor.

El derecho internacional de los derechos humanos, coloca a disposición del operador jurídico, las bases, que permitirán al mismo, materializar en la práctica el ideal de investigar, juzgar y condenar a quienes incurrir en comportamientos delictuales, a través de la realización juicios justos en los

cuales impera la necesidad de obtener la máxima eficiencia en la aplicación de la coerción penal, pero siempre bajo la égida de un respecto absoluto de los derechos humanos; de allí que reiteremos una vez más, la invitación a todos, para propugnar no por la vigencia de una sistema determinado, pero sí por la necesidad de garantizar la realización de una justicia que permita a todos, convivir en un país que clama día a día por alcanzar la paz.

Los recursos extraordinarios de casación presentados durante el periodo 2010-2015 por violación directa de una norma del bloque de constitucionalidad fueron pocos. Las casaciones presentadas fueron en un gran porcentaje por violación directa de la norma sustancial del código penal, más no por violación de una norma del bloque de constitucionalidad en sentido estricto o en sentido amplio. Ello obedece a que es necesario que el accionante argumente donde radica el vicio in procedendo o adjudicando por la misma exigencia técnica de la naturaleza del recurso, lo que resulta contrario a la finalidad de la integración de la normas del bloque de constitucionalidad, las cuales tienen como fin no restringir las normas constitucionalidad a las establecidas directamente en el texto constitucional.

La violación directa de una norma del bloque se configuró por violación de los principios rectores, especialmente vulneración del non bis in ídem y el debido proceso, respecto a los cuales la Corte Suprema fue enfática respecto al carácter suprallegal, prevalente de tales normas, así como de los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Para sustentar la violación de tal principio consagrado en Instrumentos Internacionales, se requiere demostrar la existencia de tres presupuestos de identidad, a saber: En el sujeto (*eadem personae*), el objeto (*eadem res*) y la causa (*eadem causa*).El primero exige que el mismo individuo sea

incriminado en dos o más actuaciones; el segundo, la identidad de objeto, requiere que el factum motivo de imputación sea igual, aún si el nomen iuris es diverso; y el tercero, la identidad en la causa, postula que la génesis de los dos o más diligenciamientos sea la misma.

En aquellos casos cuando se presentaron situaciones de nulidad de lo actuado por encontrarse probados vicios de procedimiento que afecten al procesado, y tal situación genere tensión con la exclusión de responsabilidad, la Corte se inclinó a favor de lo segundo, ya que la consideró una finalidad superior de mayor significación sustancial por el derecho de absolución. A criterio de la Corte Suprema tal inclinación permite el ejercicio de la defensa técnica y material.

Con respecto a los delitos considerados como de Lesa Humanidad, la Corte Suprema de Justicia estimó que existe una visión moderna de tales crímenes, cuyo inicio se encuentran en el Estatuto del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, que incluye delitos tales como: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano cometido contra una población civil, antes o durante el curso de una guerra, así como persecuciones sobre bases políticas, raciales o religiosas, ejecutados en conexión con cualquier otro crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, haya existido o no violación del derecho interno del Estado donde fueron perpetrados.

Se ha cimentado Jurisprudencia por parte del Corte Suprema sobre el Crimen de Lesa Humanidad y su distinción con otros crímenes, precisando que no se trata de un acto aislado de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población, es decir un plan

criminal orquestado, tales actos son además inhumanos y el móvil es de naturaleza discriminatorio, políticos, ideológicos, étnicos o nacionales.

De las sentencias analizadas se concluye que la Corte diferencia dos géneros de delitos de Lesa Humanidad, una, desarrollada en los Tratados internacionales que expresamente tipifican las conductas con tal carácter, y la otra, referida a aquellos comportamientos que sin estar enlistados en la normativa internacional, satisfacen los postulados para identificarlos como graves atentados al género humano, que ofenden la conciencia de la humanidad y avergüenzan a la comunidad nacional e internacional. Es en la segunda eventualidad donde se encuentra mayor constitucionalismo, protección y una verdadera fuente hermenéutica constitucional por parte de la Corte Suprema, ya que su análisis no se restringió a la violación de normas establecidas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos sino al análisis de contenido, coligiendo que todos aquellos actos que aunque no estén en Tratados de tal naturaleza, pero atenten el género humano generando ofensa a la conciencia humana nacional e internacional deben ser tratados como de Lesa Humanidad.

En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.

En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcanza la consumación del hecho.

Desde el punto de vista del Estado democrático, edificado sobre las ideas de libertad de las personas y de su igualdad, y de un concepto de su dignidad que pasa en esencia por la atribución de ambas cualidades, se revela como necesaria la protección de quienes carecen de capacidades de autoprotección. Más allá de la idea del Estado democrático y derivada ya de

la propia idea del Estado viene a colación la función de defensa de la colectividad frente a los ataques externos, la función de protección de los ciudadanos frente a los ataques de otros conciudadanos, y la protección de los ciudadanos y de la sociedad frente a los daños graves que proceden de la naturaleza.

El Estado social, como el declarado en nuestra Constitución Política, se caracteriza por hacer y por dar, todo ello en procura de cumplir cometidos preventivos, no reactivos, a fin de satisfacer las necesidades de las personas y asegurar efectivamente sus derechos fundamentales.

En consecuencia, no resulta consonante con tal función esencialmente preventiva del Estado social, auspiciar que una duda sobre a quién compete la protección de derechos humanos en el contexto de una inminente y luego actual matanza de personas, se convierta en un factor de disminución sustancial de la pena imponible.

La Sala de Casación Penal, asumió la posición respecto a que los principios que se encuentran reconocidos en la normativa internacional que conforma el Bloque de Constitucionalidad, cuyas leyes aprobatorias de los tratados sobre Derechos Humanos ostentan la especial condición de supralegales y por ello, resultan prevalentes en el ordenamiento interno de conformidad con la cláusula establecida en el artículo 93 de la Constitución.

A criterio de la Corte, los comportamientos que por quebrantar el derecho internacional tienen la connotación de delitos internacionales y, por tanto, carecen de la condición de delitos políticos, en cuanto no pueden beneficiarse con indultos o amnistías..

La Corte respecto al reconocimiento de la absolución asumió una nueva postura doctrinal, opuesta a la visión formalista que ha caracterizado la Casación, según esta nueva postura frente a varios planteamientos de la defensa, debe preferirse el que propone la absolución, por encima de los que plantean nulidades que sólo afectan garantías de quien las propone, es decir, de vicios que no aparejan vulneración simultánea de derechos de las otras partes o comprometan situaciones de interés general. Bajo esta óptica estimó la Corte que es más importante la realización de derechos y principios trascendentes en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el derecho a una justicia pronta, a la presunción de inocencia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo, todos ellos de rango constitucional.

El reconocimiento de la absolución, es una expresión máxima de la garantía del derecho de defensa del procesado y su elevación a objeto de protección prevalente.

El principio de congruencia no se desconoce cuando en la sentencia se realizan valoraciones de tipo jurídico o dogmático distintas a las formuladas en la resolución de acusación o su equivalente, o bien a las consideradas por el Fiscal durante los alegatos finales, mientras ello no represente desde el punto de vista de la punibilidad un tratamiento desfavorable para los intereses del procesado ni tampoco altere el núcleo fáctico de la imputación.

Tampoco se vulnerarían derechos fundamentales en cabeza del procesado, toda vez que la defensa técnica jamás podría verse sorprendida por un

aspecto que, en últimas, no sería propio de la situación personal del procesado ni incidiría en el núcleo central de los hechos imputados en su contra, sino que es de corte académico o dogmático, o incluso argumentativo, y que por lo tanto depende del sistema de la teoría del delito que cada operador jurídico asuma, que debe ser del conocimiento y dominio de todos los profesionales del derecho.

La retórica discursiva proclama a toda costa la vinculación del juez con la materialización de la justicia, exigiéndole al mismo tiempo imparcialidad en la toma de decisiones, unido a una capacidad crítica y analítica del derecho, pero sin determinarse a ciencia cierta qué debe entenderse por justicia de la decisión judicial en conexidad con la naturaleza del Estado social de Derecho. Esta ambigüedad entre lo que se espera de la labor del juez y lo que puede realmente el juez, plantea disyuntivas entre la dogmática jurídica y el procesalismo contemporáneo, entre el carácter abierto de la Constitución y a su vez el carácter cerrado del ordenamiento jurídico, y entre la naturaleza del Estado y la materialización de la decisión judicial. Esto por cuanto la utilización del término justicia, sin duda alguna, encierra una fuerte carga ideológica y simbólica que necesariamente conduce a su afirmación y utilización discursiva, pero que ubican al juez en mesías de los anhelos sociales insatisfechos o inasistidos por otros poderes del Estado.

Partiendo del reconocimiento que la labor del juez es proactiva en la búsqueda de ideales comunitarios como lo es la justicia, y que la decisión judicial puede ser elemento de realización de la misma, por cuanto proyecta la teleología constitucional, organizativa de la sociedad dentro de un ordenamiento jurídico, concebido como sistema y no tan sólo como estructura jerarquizada, no menos cierto es que la materialización de la justicia en el proceso, ha de concebirse como emanación, sujeción e interacción del poder al derecho anclado al fenómeno constitucional y no tan

solo como instrumento de decisión. Esto realza la importancia del proceso para el logro de ideales democráticos, pero sin atribuirle funciones panacénicas a la labor del juez, no resueltas por otras instancias o estructuras de poder.

10. RECOMENDACIONES

La aplicación del bloque de constitucionalidad en materia penal exige una preparación exhaustiva en aspectos constitucionales y hermenéuticos, al igual que un conocimiento del Derecho Internacional Público, ya que la invocación de la causal de Casación por vulneración de una norma del bloque de constitucionalidad, no opera igual que la invocación de la Casación por vulneración de una norma sustancial, ya que el alcance de las normas constitucionales no se limitan a los artículos de la constitución. Las normas de la Constitución Colombiana también están integradas por los Tratados sobre Derechos Humanos, sobre Derecho Internacional Humanitaria, por normas y principios rectores, en consecuencia ello conlleva a que tanto litigantes como operadores jurídicos realizan argumentaciones integradas al Constitucionalismo moderno.

La complejidad de la aplicación del bloque de constitucionalidad se reducirá en la medida que exista mayor labor integrativa e interpretativa por parte de los altos Tribunales, para cuya labor resulta pertinente el estudio y aplicación del presente constitucional como medio que permita la unificación de nuestra jurisprudencia.

El respeto y acatamiento por las normas internacionales en materia de derechos humanos, se constituye en el camino idóneo para contrarrestar la impunidad, por eso todo juez y funcionario judicial debe ser embajador y precursor de su cumplimiento.

El rigorismo técnico del recurso de casación, se contrapone a la necesidad de su agotamiento para cumplir el fin proteccionista de reivindicación del quebranto legal o constitucional. Así las cosas debe procurarse permitir su invocación prevaleciendo el contenido material que se persigue con el mismo y no tanto el formal.

Integrar la ideología política-Estatal a la ideología procesal, demostrando realmente qué somos y qué sistema de justicia queremos, esto permitiría cumplir las expectativas sociales que asemejan sistema judicial a sistema de justicia, creando a la postre legitimidad y cumplimiento voluntario, más no coercitivo de las leyes. Constituiría la apertura a una sociedad más civilizada para el manejo y solución del conflicto.

Tal diferencia es relevante, para cumplir los cometidos deontológicos que consagra las leyes, por consiguiente, sí el sistema de enjuiciamiento penal actual responde a las expectativas sociales en cuanto a justicia, el sistema mismo adquiere legitimidad social, permitiendo el cumplimiento de sus propios postulados y principios rectores, lo contrario constituiría una disyuntiva entre aquellos y la sociedad. Aclarando, que aunque valores como la justicia han de ser considerados de manera relativa, existen consensos sociales frente a lo justo y lo injusto, (piénsese por ejemplo, en la violación de un menor, tal caso suscita un consenso y reproche social frente a la conducta y por consiguiente el anhelo por un tratamiento legal que dé respuesta de manera justa a esa conducta ilegal e injusta).

Los procesalistas deben aunar esfuerzos encaminados a la construcción de una teoría unificada de la Casación bajo parámetros constitucionales, ya que la Casación ha existido desde antes de la Constitución del 91 y aunque ha tenido reformas, una de ellas fue la posibilidad de invocar la causal por

vulneración de una norma del bloque de constitucionalidad según lo preceptuado en la Ley 906 de 2004, empero su aplicación y ejercicio práctico sigue el pensamiento legalista y formalista imperante en la anterior Constitución.

Se han dado cambios en el análisis de las causales de la Casación, prueba de ello radica en el amplio análisis que la Corte Suprema realizó respecto a las normas internacionales que resultaban vulneradas cuando se configuraba un delito de Lesa Humanidad y cuando se quebrantaban los principios rectores del Estado Colombiano y del Derecho Constitucional. Se recomienda por consiguiente anclar la enseñanza del derecho penal, de la prueba, de las técnicas de Casación entre otros al Derecho Constitucional y hermenéutico.

En definitiva se trata de crear coherencia entre la constitución y las leyes, entre decisiones políticas y decisiones sociales, o por el contrario, ver el derecho como regulador de las relaciones sociales ajenas del tinto ideológico y encaminando al proceso a la resolución de un conflicto, desmitificándolo de las consideraciones axiológicas y éticas.

La academia debe tomar un papel protagónico en la transformación del derecho. Las diferentes visiones y concepciones manifestadas por los servidores públicos y defensores públicos, son el reflejo de la formación recibida en los claustros universitarios, pero ella todavía no da cuenta de los cambios vertiginosos que afronta la sociedad y por ende del nuevo derecho, la enseñanza de éste debe responder a los cambios políticos y morales acordes a la naturaleza del estado. En tal sentido, se requiere una formación

universitaria desprovista de su purismo, conectada a la filosofía y teoría jurídica que le permita al profesional del futuro, considerar la realidad como un todo, vista integrativamente y no tan solo desde la legalidad de las normas.

Tal conexión no habrá de reducirse a una asignatura, fragmentada de todo el proceso educativo, ni vista como una asignatura de menor valor, sino como un componente holístico, necesario para interpretar el derecho desde lo experimental y no sólo desde la lógica.

Se recomienda mayores ejercicios académicos de la práctica constitucional en todas las materias de la formación jurídica, esto permitiría lograr una coherente constitucionalización del discurso constitucional y procesal, y no por el contrario reducirlos a simples contenidos de la Constitución carentes de técnica argumentativa e interpretativa, pues todo acto procesal bien sea una demanda, contestación, o la interposición de un recurso o incluso algo tan técnico como lo es el Recurso extraordinario de Casación exigen un rigor argumentativo, que para el caso de la invocación de una causal por violación de las normas que conforman el bloque de Constitucionalidad Colombiano requieren del jurista un esfuerzo intelectual mayor, pues no es suficiente alegar la violación de una norma o una prueba, sino que además se exige un conocimiento profundo de las normas constitucionales no reducidas al texto constitucional, sino a una naturaleza rectora que puede estar contenida o no en un Tratado sobre Derechos Humanos, o en un instrumento Internacional o en un principio de la Conciencia Humana, lo que refleja la necesidad de identificar la estructura normativa en sentido material y no reducida al criterio de validez formal.

Los deberes del Estado democrático deben constituirse como deberes de garantía al menos en dos grupos de supuestos. En primer lugar, en el caso de los deberes de protección de quien no tiene capacidad de protegerse, porque no se trata de proteger de cualquier modo su autonomía, o los presupuestos de su autonomía, sino de protegerla de un modo equivalente a la autoprotección de quien si puede desempeñar tal función. En segundo lugar, en los casos en los que el Estado limite la autonomía del individuo para su autodefensa, limitando por ejemplo la posesión y el uso de armas y las posibilidades de autodefensa agresiva, pues debe compensar esa limitación con la asunción plena y equivalente de las funciones de defensa impedidas”²⁰¹

Es perentorio que los programas de maestrías en las diferentes modalidades incorporen contenidos sobre la enseñanza del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de Los Derechos Humanos, aunque sea en los elementos generales, toda vez que la tendencia del Derecho no es ya el concepto de jurisdicción Estatal, procesos y procedimientos locales, soberanía territorial, sino por el contrario la supraestatalidad, los delitos internacionales, las jurisdicciones internacionales a los que todo área del derecho no puede estar de espaldas.

²⁰¹ LASCURAÍN SÁCHEZ Juan Antonio “PENAR POR OMITIR” Fundamento de los deberes de garantía. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Universidad Santo Tomás Bogotá 2005. pag. 146 y 147.

11. ETICA

El presente trabajo tuvo en cuenta las normas colombianas sobre Derechos de autor y propiedad intelectual, al igual que las establecidas en la Universidad de Medellín.

12. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS DUQUE, Juan Carlos y otros. El proceso penal acusatorio colombiano. Las audiencias en el juicio oral. Bogotá: Ediciones jurídicas Morales, 2005.

Artículo 7o del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

BACIGALUPO. La significación de los derechos humanos en el moderno proceso penal, citado por VALLEJO, Jean. Los principios de la prueba en el proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los Derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.

CAFERRATA NORES, José. La Prueba en el proceso penal, Buenos Aires, Depalma, 1986.

CALAMENDREI, Piero. El procedimiento monitorio o de intimación. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Edición 1946. Citado por: FLORES García, Fernando. La prueba homenaje al Maestro Devis Echandia. Bogotá. Universidad Libre. 2002.

CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. 5° edición. (1959) Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires 1959.

CARNELUTTI, FRANCESCO., Sistema de derecho procesal **civil**. Tomo II. Buenos Aires, 1982.

CASTAÑEDA DIAZ, Augusto. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN Y LA ACCIÓN DE REVISIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. Colombia. Editorial Ibañez.2008.

CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette y otros. El proceso penal acusatorio colombiano. Tomo II. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005.

COSSIO DIAZ, José Ramón. *Estado social y Derechos de prestación*, Centro de estudios constitucionales, primera edición, Madrid, 1989.

CHIESA, Ernesto. *Tratado de Derecho Probatorio*. Tomo I. Bogotá: Publicaciones JTS, 1995.

CHINCHILLA Herrera, Tulio Eli. *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales*. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1999.

DELLEPIANE. Nueva teoría de la prueba. Bogotá: Editorial Temis. Colombia. 2003.

Diccionario Larrouse. Colombia. Larrouse S.A. 2004.

DUJARARIC HART. Marina. El Recurso de Casación. Editorial de ciencias Sociales, La HABANA, 1988.

ESTRADA, Vélez Sergio. REVISION DE LA TEORIA DE LA TRIDIMENSIONALIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS.

Universidad de Medellín. Ponencia del Primer encuentro internacional de teoría general del derecho. Medellín., 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. Madrid, Edit. Trotta, 1999.

FOUCAULT, Michel. *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1980.

GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. *Las pruebas en el proceso penal*. Cuarta edición. Bogotá: Temis, 2003.

GOLDSMITH, James. *Principios Generales del Proceso*. Ed. Porrúa, S.A. México. 2001.

GOMEZ JIMÉNEZ, John Jairo. *Las pruebas en el Código de Procedimiento penal*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2001.

HERNÁNDEZ González, Luis. *Sociedad para asistencia legal*. Bayamón, En: Taller de litigación sobre presentación de prueba e impugnación de testigos. Puerto Rico. 2004.

JAEN, VALLEJO. Los principios de la prueba en el proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones en derecho penal.2002.

Informe No. 1/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lucio Parada Cea y otros *versus* El Salvador. Párrafo 116.

LASCURAÍN SÁCHEZ Juan Antonio “PENAR POR OMITIR” Fundamento de los deberes de garantía. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Universidad Santo Tomás Bogotá 2005.

LLORENTE Rubio. Francisco. El bloque de Constitucionalidad. Universidad de Sevilla. Edit. Civitas, S.A Madrid, 1991.

MADRID M, Derechos Fundamentales, editor 3R, segunda edición, pg.146 Bogotá.1997

MONTERO Aroca, Juan. *La Prueba en el Proceso Civil*. Ediciones Civitas. 2ª Edición. Madrid 1998.

MORALES MOLINA, Hernando. Técnica de Casación Civil. Ediciones Rosaristas. 2º Edición, Bogotá, 1983.

MELERO, Silva. *La prueba procesal*, Madrid, edit. Revista de derecho privado, 1963.

MUÑOZ VELÁSQUEZ, Felix Antonio. El juicio penal ordinario en España y América latina. Bogotá: Ediciones Trota, 2001.

PARRA Archiva, María Victoria. Incidencia del bloque de constitucionalidad en materia procesal penal. XXVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Bogotá 2005

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: El Profesional Ltda., 2004.

PASARA, Luis. Los sistemas procesales. 1 edición. Bogotá: Trotta, 2001.

REQUEJO Rodríguez. Paloma. Bloque de constitucional y comunidades autónomas. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1998.

REYES MEDINA, Cesar. Programa de fortalecimiento y acceso a la justicia., USA: Ediciones PEYA. 2005.

RIVERA LLANO, Abelardo. Derecho Penal Posmoderno. Bogotá: Ediciones Temis, 2005.

RIVERA Morales, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad en Venezuela. XXVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Bogotá: Ediciones Universidad Libre. 2005.

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho Probatorio Colombiano. 3 ediciones. Bogotá. Editorial Ediculco, 1979.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000.

ROXIN, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. Madrid 2000. Séptima edición. Pág. 508.

SAA VELASCO, Ernesto. Teoría Constitucional Colombiana, Santa fe de Bogotá. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.

SIERRA OSPINA, Graicy. La búsqueda de la verdad para la consecución de los fines del Estado Social de derecho. Investigación Jurídica y Socio jurídica en Colombia. Medellín: Editorial Medellín, 2006.

UPRIMMY, Rodrigo. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Bogotá. Escuela Judicial Lara Bonilla. 2005.

UPRIMMY Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad y nuevo Procedimiento Penal. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá: 2004.

UPRIMY, Rodrigo y otro. Justicia para todos o seguridad de mercado. El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América latina. Bogotá: ILSA, 2001

TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. *Teoría y Técnica de la Casación..* Ediciones Doctrina y LEY Bogotá Colombia. 2005.

VANEGAS GONZÁLEZ, David. *El sistema acusatorio. Estructura del proceso penal.* 3ª edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas, 2004.

VIGO, Luis Rodolfo. Los principios jurídicos. Ed. Depalma Buenos Aires. 2000.

WURTENBERGER Toma. La situazione spirtuale Della ciencia penalistica in germania, Milano, giuffre Editore, 1980.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Caso Celibici. Sentencia del 20 de febrero de 2001.

Disposiciones Legales

Artículo 180 Ley 906 de 2004. *Código de Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Legis, 2005.

Artículo 181 Ley 906 de 2004. *Código de Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Legis, 2015.

Artículo 186 de la Ley 906 de 2004. Sánchez Ltda. 2007, pg. 326.

Artículo 250 *Código de Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Leyer 2005, pg. 54

Artículo 372 Ley 906 de 2004. *Código de Procedimiento Penal Colombiano*. Editorial Legis. Bogotá

Constitución Política Colombiana. Artículos 29-229. Bogotá: Legis. Colombia. 2007.

Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y 8 de junio de 1977

Sentencias Corte Constitucional:

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-406. 1992. Sala No. 1 de Revisión.

Corte Constitucional. Sentencia C-574-92 Magistrado Ponente. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia C-221/94.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-225 de 1995. Cuatro (4) de febrero de dos mil tres (2003) expediente D-4111.

Corte Constitucional. Sentencia C-578-95 Magistrada Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz. Septiembre 8 de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia C-358-97 Magistrado Ponente. Eduardo

Corte Constitucional. Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombiana., Sala Plena, salvamento de voto, magistrados HERNANDEZ HERRERA, MORON y NARANJO.

Corte Constitucional. Sentencia C-225-95. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-578-95 Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-358/97. MP: Alejandro Martínez Caballero. Diciembre de 1997

Corte Constitucional. Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombiana., Sala Plena, salvamento de voto, magistrados HERNANDEZ HERRERA, MORON y NARANJO.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia. C-596-00. Santafé de Bogotá, D. C., mayo veinticuatro (24) de dos mil (2000).

Corte Constitucional. Sentencia C-774. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Del veinticinco de julio de dos mil uno (2001).

Corte Constitucional. Sentencia T-1319-01 Magistrado Ponente. Rodrigo Uprimny Yepes. Febrero 26 de 2001

Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-872 de 2003. Magistrado Ponente. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional .Sentencia C-067-03 Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra, cuatro (4) de febrero de dos mil tres (2003).

Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2005. Magistrado Ponente Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-396/07. Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Veintitrés (23) de mayo de dos mil siete (2007).

Sentencias Corte Suprema de Justicia

Radicación 11780, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia. Agosto de 2002.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24/07/2003 Rad: 16453 M.P. Dr. Hernán Galán Castellanos.

Sentencia del 11 de diciembre de 2003, radicación 19775

Sentencia del 29 de enero de 2004. Radicado 15.787.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23/07/2003. Rad 12390; M.P Dr. Edgar Lambona Trujillo.

Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Caso Masacre de Mapiripán *versus* Colombia.

Proceso 24275 del 18 de octubre de 2005. Rad. 24275.

Sentencia de casación de 26 de enero de 2006. Rad. 23706

Sentencia del 6 de septiembre de 2007. Rad. 26591.

Sentencia de casación de 10 de junio de 2008 Rad. 28693

Sentencia de casación 27816 de 17 de junio de 2009.

Sentencia de casación. 24 de junio de 2009. Rad. 26909.

Sentencia de casación. 24 de junio de 2009. Rad. 26909.

Sentencia del 5 de mayo de 2010. Rad. 30948.

Sentencia del 13 de mayo de 2010. Rad. 33118.

Proceso N.º 34482.MAGISTRADO PONENTE: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.Fecha: noviembre veinticuatro de dos mil diez (2010).

Sentencia del 5 de mayo de 2010. Rad. 30948

Providencia 30970 del año 2011. Proceso 232525.

Sentencia de la Sala de Casación Penal. Proceso 30970. Dos del Marzo del Dos Mil once.

Sentencia del 22 de febrero del Dos Mil DOCE. Proceso 33572

SENTENCIA 41205.Magistrado Ponente JOSÉ LEONEL BASTIDAS. Julio 24 de 2013.

Proceso 32983-fecha 21 DE octubre del Dos Mil Trece-

Proceso 35113. Magistrado Ponente: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. Fecha: Bogotá D.C., cinco (5) de Junio de dos mil catorce (2014).

Páginas de Internet:

ALVARADO Velloso, Adolfo. La prueba judicial. En: <http://www.salvador.edu.ar/juri/avnv/PRUEBA%20JUDICIAL.pdf>. Diciembre 15 de 2009.

ARANGO Olaya, Mónica. El bloque de constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En: Internet. <http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>. Enero 4 de 2010.

Constitución Política de Colombia. Artículo 31. En <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma>.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia. C-596-00. Santafé de Bogotá, D. C., mayo veinticuatro (24) de dos mil (2000). En: www.dmsjuridica.com. Enero 30 de 2010.

DMITRI Georges, LAVROFF. El Consejo Constitucional Francés y la garantía de las libertades. En: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_003_043.pdf, diciembre 15 de 2009.

Duran Víctor Manuel. Estado social de derecho, democracia y participación. <http://www.utal.org/movimiento/11c.htm>

MENDEZ, María Lidia. El derecho a la prueba como categoría jurídica. En: <http://www.monografias.com/trabajos14/derechoalapueba/derechoalapueba.shtml>. Noviembre 03 de 2009.

RAMÍREZ Bastida. Yesid. Sistema Acusatorio Colombiano. En: www.acoldeseaida.org/congresos.../conferencia_yesid_ramirez.doc. Febrero 01 de 2010

REYES Medina, César. La prueba en el sistema penal acusatorio. Programa de Fortalecimiento y acceso a la justicia. Defensoría del Pueblo. USAID. En: http://www.pfyaj.com/chechchi/biblioteca/Mxdulo_de_Pruebas.pdf

ANEXOS

Fichas de resumen

Fichas de análisis de sentencias

Sentencias analizadas.

Corte Constitucional:

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-406. 1992. Sala No. 1 de Revisión.

Corte Constitucional. Sentencia C-574-92 Magistrado Ponente. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia C-221/94.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-225 de 1995. Cuatro (4) de febrero de dos mil tres (2003) expediente D-4111.

Corte Constitucional. Sentencia C-578-95 Magistrada Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz. Septiembre 8 de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia C-358-97 Magistrado Ponente. Eduardo

Corte Constitucional. Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombiana., Sala Plena, salvamento de voto, magistrados HERNANDEZ HERRERA, MORON y NARANJO.

Corte Constitucional. Sentencia C-225-95. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-578-95 Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-358/97. MP: Alejandro Martínez Caballero. Diciembre de 1997

Corte Constitucional. Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombiana., Sala Plena, salvamento de voto, magistrados HERNANDEZ HERRERA, MORON y NARANJO.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia. C-596-00. Santafé de Bogotá, D. C., mayo veinticuatro (24) de dos mil (2000).

Corte Constitucional. Sentencia C-774. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Del veinticinco de julio de dos mil uno (2001).

Corte Constitucional. Sentencia T-1319-01 Magistrado Ponente. Rodrigo Uprimny Yepes. Febrero 26 de 2001

Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-872 de 2003. Magistrado Ponente. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional .Sentencia C-067-03 Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra, cuatro (4) de febrero de dos mil tres (2003).

Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2005. Magistrado Ponente Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-396/07. Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Veintitrés (23) de mayo de dos mil siete (2007).

Sentencias Corte Suprema de Justicia

Radicación 11780, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia. Agosto de 2002.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24/07/2003 Rad: 16453 M.P. Dr. Hernán Galán Castellanos.

Sentencia del 11 de diciembre de 2003, radicación 19775

Sentencia del 29 de enero de 2004. Radicado 15.787.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23/07/2003. Rad 12390; M.P Dr. Edgar Lambona Trujillo.

Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Caso Masacre de Mapiripán *versus* Colombia.

Proceso 24275 del 18 de octubre de 2005. Rad. 24275.

Sentencia de casación de 26 de enero de 2006. Rad. 23706

Sentencia del 6 de septiembre de 2007. Rad. 26591.

Sentencia de casación de 10 de junio de 2008 Rad. 28693

Sentencia de casación 27816 de 17 de junio de 2009.

Sentencia de casación. 24 de junio de 2009. Rad. 26909.

Sentencia de casación. 24 de junio de 2009. Rad. 26909.

Sentencia del 5 de mayo de 2010. Rad. 30948.

Sentencia del 13 de mayo de 2010. Rad. 33118.

Proceso N. ° 34482.MAGISTRADO PONENTE: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.Fecha: noviembre veinticuatro de dos mil diez (2010).

Sentencia del 5 de mayo de 2010. Rad. 30948

Providencia 30970 del año 2011. Proceso 232525.

Sentencia de la Sala de Casación Penal. Proceso 30970. Dos del Marzo del Dos Mil once.

Sentencia del 22 de febrero del Dos Mil DOCE. Proceso 33572

SENTENCIA 41205. Magistrado Ponente JOSÉ LEONEL BASTIDAS. Julio 24 de 2013.

Proceso 32983-fecha 21 DE octubre del Dos Mil Trece-

Proceso 35113. Magistrado Ponente: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. Fecha: Bogotá D.C., cinco (5) de Junio de dos

