

## **Normas y citas: Lente histórico de la casación en Colombia delator de un pensamiento**

Standards and quotes: historical lens of appeal in Colombia informer of a thought

*Autor: Ricardo Martínez Quintero*

*DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.55>*

**NORMAS Y CITAS: LENTE HISTÓRICO DE LA  
CASACIÓN EN COLOMBIA DELATOR DE UN  
PENSAMIENTO\***

**STANDARDS AND QUOTES: HISTORICAL  
LENS OF APPEAL IN COLOMBIA  
INFORMER OF A THOUGHT**

**NORMAS E CITAS: LENTE HISTÓRICA DA  
CASSAÇÃO NA COLOMBIA DELATOR DE  
UM PENSAMENTO**

**Ricardo Martínez Quintero<sup>a</sup>**  
ricardo.martinez@unicolmayor.edu.co  
Recibido: 20 de Febrero 2013  
Aceptado: 22 de Junio 2013

**RESUMEN**

El presente apartado concreta el carácter y vigor metodológicos desarrollados en anteriores artículos de esta revista por este mismo autor, que si bien termina con consideraciones normativas, apunta a ser, más que un ejercicio jurídico, un itinerario histórico descriptivo, matizado en la literatura de la primera carta del navegante genovés Cristóforo Colón, la emancipación provocada por el inaguantable sistema impuesto en la colonia con fundamento en la “conquista”, y la fórmula constitucional derivada de las voces de los nuevos protagonistas de la historia en Colombia. En otras palabras,

---

\* El presente artículo es resultado de investigación académica en la línea de la filosofía y la historia que influye en el recurso de casación, acerca de lo cual se han publicado varios artículos en la revista *Misión Jurídica*.

a. Abogado Universidad Externado de Colombia. Maestría en Derecho Penal 1984 y Especialista en Criminología y Criminalística 1983, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Procesal 1987, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Especialista en Casación Penal 2004, Universidad La Gran Colombia con mención de honor por la investigación titulada: “Los fines de la casación son el fundamento filosófico del recurso”. Maestría en Filosofía Latinoamericana. Universidad Santo Tomás 2010, Especialización en Docencia Universitaria en la Universidad La Gran Colombia. Doctorando en Filosofía Universidad Santo Tomás de Aquino, 2011.

se procura dar respuesta a las nuevas experiencias dibujadas por la historia en que surge la casación, siendo competente de su trámite como recurso extraordinario un tribunal especial, la Corte Suprema de Justicia, que se mantiene en ello en una estricta tradición. Esto obliga a realizar una revisión normativa para determinar si el aferramiento a las formas primordiales provenientes de la colonia aún se conserva, y, por ende, reflexionar en torno a sus posibles consecuencias. El marco de mera legalidad como soporte del derecho, que se proyecta a partir de la constitución de Núñez por muchos años, luego la constitución de 1991, pero en todo caso el rostro de una sociedad colombiana caracterizada por el cuidado particular de los intereses, la exclusión, la jerarquización y la opacidad de los fines colectivos. Pero ahora, dentro de un nuevo escenario a raíz del control constitucional, mirar si persisten las sombras históricas de un pasado que, sin duda, entre todos debemos superar.

Entonces como no se tratará de un estudio jurídico, sino de corte historiográfico al trasluz del cual cualquiera pueda ser lector, tal calidad conlleva determinar si la inserción de los factores que otrora fueron combatidos, posiblemente siguen siendo los obstáculos para el nacimiento de una sociedad organizada en filas de justicia progresista, garante y ante todo solidaria en las necesidades de un mundo contemporáneo, ante el que no pocas veces nos sorprendemos y hasta nos espantamos.

#### **PALABRAS CLAVES**

Constitución política, recurso de casación, justicia, axiología, régimen, causales, épocas, legalidad.

#### **ABSTRACT**

This paragraph specifies the character and methodological force developed in the previous articles in this journal by the same author, but ends with policy considerations aims to be more than an exercise legal descriptive historical itinerary, nuanced in the literature of the first letter the Genoese navigator Christopher Columbus, the emancipation caused by the unbearable tax system in the colony on the basis of the "conquest" and the constitutional formula derived from the voices of the new players in the history of Colombia. In other words, it seeks to respond to new experiences drawn by history that raises the appeal, retain jurisdiction of its extraordinary appeal procedure as a Special Court, the Supreme Court of Justice, it is maintained in an unrestricted tradition, this eventually forces a regulatory review to determine whether the grasping principalísticas forms from the colony still preserved. Therefore reflect on possible consequences. The mere legality framework to support the right, projecting from the Constitution Nunez for many years after the 1991 Constitution, but in any case the face of Colombian society characterized by particular care of the interests, exclusion, hierarchy and opacity of collective goals. But now in a new stage as a result of judicial review if they continue to look historical shadows of a past that certainly we must all overcome.

---

*Amplia experiencia en la administración de justicia, el litigio y la consolidación de procesos educativos de la enseñanza superior del Derecho. Investigador de temas relacionados con la Filosofía del Derecho a partir del concepto antropocéntrico y del Estado Social de Derecho. Conferenciante en Derecho Penal, Deontología Jurídica, Filosofía del Derecho y Bioética. Autor artículos Revista Misión Jurídica. Docente Universitario en pregrado y postgrado.*

Then as it will be a law firm, but cutting to the light which historiographical anyone to be a reader, such quality lead to determine whether the inclusion of the factors that once, fought, possibly still obstacles to the birth of a society organized in rows of progressive justice, solidarity guarantor and foremost on the needs of a contemporary world, to which not infrequently are surprised and even scared.

By this accompanies the outcome of this study not only documents and circumscribed theoretical passages in the historical context of the Constitution, but my own experiences, as an exceptional witness of the history of special appeal in our country: as lawyer and attorney assigned to the Court (1992-1997), as assistant Magistrate Criminal Chamber of the Supreme Court (1997-2000), Dean of a Faculty of Law at the national public university (2004-to date), as professor graduate of the General Theory of Cassation and, as I write these letters, the Judiciary aspiring candidate in the Criminal Division of our Supreme Court .. Offices and positions from which, by their presence in my life as a Colombian and I'm licensed as authorizing me with respect to the truth claim dignify a fact of history, but that in turn leads to a better chance to the national community, that of knowing the transcripts. Something likes the invitation, intellectual rid of appearances, rather, greet and sing with voices of freedom, honoring the word.

#### KEY WORDS

Politics Constitutional, appeal, Justice, Axiology, Regime, Causal, Epoch, Legality.

#### RESUMO

O presente apartado concretiza o caráter e vigor metodológico desenvolvido nos anteriores artigos desta revista pelo mesmo autor, que se bem que termina com considerações normativas aponta a ser mais do que um exercício jurídico, um itinerário histórico descritivo, matizado na literatura da primeira carta do navegante genovês Cristóforo Colón, a emancipação causada pelo insuportável sistema imposto na colônia com fundamento na “conquista” e a fórmula constitucional derivada das vozes dos novos protagonistas da história na Colômbia.

Em outras palavras, se busca dar resposta às novas experiências desenhadas pela história em que surge a cassação, sendo competente do seu tramite como recurso extraordinário um Tribunal Especial, a Corte Suprema de Justiça, que mantém nisso ma irrestrita tradição. Isto finalmente obriga a realizar uma revisão normativa para determinar se agrilhoar às formas principalísticas procedentes da colônia ainda se conservam. O marco de mera legalidade como suporte do direito que se projeta a partir da Constituição de Núñez por muitos anos, depois a Constituição de 1991, mas sempre o rosto de uma sociedade colombiana caracterizada pelo cuidado particular dos interesses, a exclusão, a hierarquização e a opacidade dos fins coletivos. Mas agora dentro de um novo cenário a raiz do controle constitucional mirar se persistem as sombras históricas de um passado que, sem dúvida, entre todos devemos superar.

Então como se não se tratasse de um estudo jurídico, senão de corte historiográfico a contraluz do qual qualquer um pode ser leito, tal qualidade leva a determinar si a inserção dos fatores que outrora, combatidos, possivelmente seguem sendo os obstáculos para o nascimento de uma sociedade organizada em filas de justiça progressista, garante e acima de tudo solidaria

nas necessidades de um mundo contemporâneo, no qual não poucas vezes nos surpreendemos e até nos espantamos.

Por isto acompanha ao desenlace do presente trabalho não só documentos e passagens teóricas circunscritas no marco histórico constitucional, senão minhas próprias vivências, como testemunha excepcional de parte da historia do recurso extraordinário de cassação na nossa pátria: como advogado assessor e Procurador Delegado ante a Corte (1992-1997), como Magistrado auxiliar da Sala Penal da Corte Suprema de Justiça (1997-2000), como Decano de una Faculdade de Direito de Universidade pública da ordem nacional (2004-até hoje), como professor de pós-graduação da Teoria Geral da Cassação e, ao escrever estas letras, candidato aspirante à Magistratura na Sala Penal de nossa Corte Suprema de Justiça. Cargos e posições desde os quais por sua presencia na minha vida como colombiano e como jurista me autorizam com respeito pretender dignificar com a verdade uma realidade da história, mas que na sua vez leva uma melhor possibilidade à coletividade nacional, a de conhecer as transcrições. Algo como o convite intelectual para nos despojar do aparente, melhor, cumprimentar e cantar com vozes de liberdade, honrando a palavra.

## **PALAVRAS-CHAVES**

Constituição política, recurso de cassação, justiça, axiologia, regime, causais, épocas, legalidade.

## **INTRODUCCIÓN**

Como dice, no dijo, Agustín: “si el remo metido en el agua aparece doblado, será porque hay alguna causa para que se presente así. Lo engañoso sería que se viera recto. Ciertamente, uno se puede engañar cuando da su asentimiento a la apariencia de que está doblado. Pero en este caso lo que uno tendría que haber hecho sería no dar el asentimiento más allá de la apariencia, y a limitarse a constatar lo que aparece, en cuanto aparece”<sup>1</sup>.

Interesante estudio de hermenéutica y analítica del doctor de la Iglesia, pues muestra el alcance de las diferentes opciones frente a las cuales el hombre, respecto de una misma experiencia, puede sacar diversas conclusiones. Resultando siempre la más acertada aquella que consulta racionalmente el fenómeno, es decir, la que pone de manifiesto la injerencia de la apariencia en la verdad de las cosas.

Así las reformas constitucionales como pilotos de mando en la organización de los Estados, suponen la existencia de unas tendencias, cuya verificabilidad se reporta según la época de su difusión, sus efectos, el pensamiento e intereses de sus autores y, sobre todo, por la mirada que resiste el derecho respecto de quienes con autoridad o sin ella refieren a la justicia. Esa justicia que no pocas veces ha sucumbido ante la protección de derechos e intereses materiales, no derivados del orden natural de las cosas.

---

1. Aristóteles, *Metafísica 1006 a 14 -15* en: Antonio González “Surgimiento: Hacia una “ontología “de la praxis” s.f, p 30.

En el tema de la casación, su paso teórico de conceptos de elevada formalidad y ritualismo material hacia los de una supralegalidad que impone la revisión constante de los derechos fundamentales, como base de la organización de los Estados modernos respetuosos de procesos y procedimientos que aúpan la dignidad de la condición humana.

Con estas antelares razones el lector encontrará en las siguientes líneas los rastros dejados por la historia sobre el recurso extraordinario de casación, y las interpretaciones que sobre él se pueden hacer de acuerdo a diferentes puntos de vista. Pero en todo caso la interesante maniobra cumplida por el legislador, de conformidad con las épocas y el entorno del derecho. Situación que habilita el permanente estudio sobre este recurso a fin de consultar su verdadera esencia y sustancia, con las consecuencias que ello determina en los distintos escenarios de la vida social. La transformación de un recurso del que hasta hace no mucho nadie se atrevía a hablar, y ahora todos platican.

### **PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN**

Descifrar la historia a partir de la mirada sobre los hechos que la contienen, constituye un ejercicio que va más allá de la recordación de ciertas fechas, o quizá de momentos de difícil olvido por las características especiales que los acompañaron en su verificación. Con esta perspectiva se hace superlativamente interesante, pero a la vez más complejo entender la historia, pues ello convida al intérprete a mantener una especial atención en la secuencia de ocurrencia de los distintos sucesos, lo que pone en el escenario un auténtico proceso, facilitador del entendimiento y comprensión tanto del pretérito como del presente y las opciones futuras.

Allí reside la importancia de tener claro dicho proceso, tratándose de ciertos hechos a través de los cuales se ha venido viendo afectada la sociedad en todos sus órdenes; es el caso del recurso extraordinario de casación y el tratamiento que a él ha dado el sistema jurídico en las diversas etapas de la historia en Colombia. Recurso sin el cual, hablando del ayer, la legalidad de los juicios no hubiera sido posible proteger, como ahora, el respeto por los derechos y las garantías fundamentales.

En efecto, el recurso extraordinario emerge como una necesidad de control por parte del ostentador del poder de turno. Es esta una apreciación proveniente del nacimiento del recurso en 1789 en Francia, donde para nadie es secreto que la figura procesal resultó imperativa para el ejercicio del control de los abusos que dieron pie al movimiento revolucionario. Por ello la pertinencia del abordaje de este asunto para poder notar cómo, a través de la historia y sus movimientos, el recurso extraordinario se erige como fundamento de la razón de ser de la administración de justicia, con un órgano especializado, máximo tribunal de la justicia ordinaria.

Entonces, si acompañar la secuencia de la historia patria es el camino más expedito para descubrir los cambios que objetivamente ha experimentado el recurso extraordinario de casación en nuestro país, ello mismo va mostrando las ideologías políticas que los aconsejaron, sus protagonistas, sus intereses, sus fines, etc. Ejercicio por cuya falta de práctica en no pocas ocasiones se ha desviado la atención de los estudiosos de tan importante cuestión, llegando a los extremos de permitir teóricamente maltratar la esencia y la sustancia del recurso.

Lo cierto es que para poder determinar sin prejuicios lo que es realmente la casación de un fallo, y el procedimiento establecido por el legislador para ello, nada mejor que consultar el itinerario del proceso histórico en el que se ha visto tratado el tema de conformidad con la *carta política* que lo abriga.

El mundo de hoy no es el mismo de ayer, sin embargo sigue ahí la casación como recurso extraordinario. Lo cual significa que el recurso ha venido conociendo los hechos en cuya compañía constituye una historia llena de sucesos políticos, económicos y sociales. Así, el problema aquí planteado es el que emerge de las distintas posibilidades de asegurarse una creencia, y una credibilidad del recurso extraordinario, de acuerdo con el uso que de él ha hecho el legislador, visible en los textos constitucionales, y apoyado procedimentalmente en los códigos adjetivos de la materia penal.

Llegar al punto del garantismo de los derechos fundamentales demandó todo un proceso histórico de la humanidad, a partir de un movimiento revolucionario que hoy se verifica, con la diferencia de que el de ahora se deja aconsejar de los mensajes filosóficos del naturalismo, al trasluz de su máxima expresión: la dignidad.

## METODOLOGÍA

Esta investigación se enmarca como parte de una investigación más general, que pretendió mostrar a través del rastreo de la historia la incidencia del pensamiento colonial en la configuración y tratamiento legal del recurso extraordinario de casación. Trabajo desarrollado en la *maestría de filosofía latinoamericana* que adelantó el autor en la Universidad Santo Tomás de Bogotá, en el año 2008.

En lo que respecta al tema aquí tratado se utiliza lo dicho en la historia constitucional de Colombia, y en especial la ley positiva sobre el recurso extraordinario de casación, a fin de lograr poner en evidencia la incidencia de la estructura estatal sobre aquél. Por ende la determinación de sus efectos y de sus cambios de acuerdo con los movimientos ideológicos de estirpe política. Lo que se materializa en la forma de justicia administrada en cada época correspondiente. Una evolución de las instituciones jurídicas que, a punta de distintas experiencias, sobresaliendo la violencia, reflejan el retrato de nuestra cultura, siempre ávida de justicia. Justicia para justificar, para actuar, para ordenar, para obedecer, para sancionar, para entender, para comprender, pero también para ser. Ser real, ser cierta, ser contundente, en el presente hacer del sujeto su referente de respeto de la dignidad que implica el reconocimiento de todos los derechos fundamentales.

Es una invitación a la reflexión con base en la historia de la cual formamos parte, como también de los que no la permiten leer por sus actos. Esos actos de latente contenido económico, religioso y político, básicamente.

En definitiva es este un trabajo histórico descriptivo que busca alentar el permanente juicio crítico del lector, introduciéndose en su propio ser intelectual y comprensivo, para que él extraiga libremente sus deducciones, pero también sus aspiraciones y expectativas respecto de un asunto que nos interesa a todos como ciudadanos.

## RESULTADOS

### 1.1 LA CONSTITUCIÓN DE 1886 Y LA EXPRESIÓN CONSTITUCIONAL DEL TÉRMINO «CASACIÓN». PUNTO DE PARTIDA DEL RECURSO COMO SECUELA DEL PASADO.

Con la Constitución de 1886 se consagra constitucionalmente de forma expresa el término: “Casación”. El artículo 151 atribuyó 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”. Cosa similar ocurre en el Siglo XX con la Constitución colombiana de 1991, que insertó de forma parecida el recurso de casación atribuyendo a la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 235, la función de: “actuar como tribunal de Casación”.

Aspecto no casual sino causal con el cierre de más de 30 años de conflictos por el tema religioso, y el Estado volvió a ser confesional:

“El preámbulo de la carta proclamada en 1886 decía <<En el nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad>>, renovando así la invocación al Ser Supremo que había estado presente en todas las constituciones anteriores, con excepción de la de 1863.

En el artículo 38 de la constitución de 1886 marcó el fin de la ruptura entre el Estado y la Iglesia, así como el restablecimiento de las relaciones de colaboración y apoyo entre las dos potestades:

La religión católica, apostólica, romana, es la de la nación; los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada, como esencial elemento del orden social”<sup>2</sup>.

La constitucionalidad del recurso, entonces, tiene que ver con su fundamento constitucional, y la existencia de una serie de principios que de su naturaleza constitucional moldean el instituto, entre otros el contenido en su preámbulo defendido en vida por Bolívar.

La Constitución que mantuviera su vigencia por más de un siglo, es decir, entre 1886 y 1991, resulta ser expresión de las ideas de *regeneración*, fincadas en un Estado claramente centralista, así como en dogmas de soberanía nacional y unidad del Estado.

En otras palabras, en sus artículos se concibe una nación como *república*, en que la soberanía mora en la *nación*, siendo fuente de los poderes públicos. Ello se expresa en un régimen centralizado donde los órganos locales, exonerados de la función legislativa, se reputaban de naturaleza administrativa, siendo subordinados al control del *ejecutivo* nacional.

Además el naciente régimen precipitó dividir administrativamente al país de aquel entonces en departamentos, provincias y distritos municipales. Denotando la constitución de 1886 la facultad del Presidente de la República de nombrar y remover de su cargo a los gobernadores, y éstos a los alcaldes, llevando a deducir que el ejecutivo de orden departamental configuraba un sistema jerarquizado y centralista.

2. *Gran Enciclopedia de Colombia. Instituciones 2. Op. Cit. P. 75.*



Al revisar el texto constitucional de 1886 de aquel entonces, se observa que los órganos colegiados deliberantes están en la cabeza de un concejo municipal y una asamblea departamental, con prerrogativas administrativas pero sin facultades legislativas.

Pero es de advertir que la ley 14 de 1887 fija un régimen de excepción, permitiendo al Presidente integrar tales entes colectivos, siendo para él potestativo delegar tal atribución en el gobernador. Seguidamente la ley 149 de 1888, que se constituye en código de régimen político y municipal, confirma el origen electivo de los concejos municipales como de las asambleas departamentales, pero excluye la elección de los ejecutivos locales; en otras palabras, el alcalde lo nombra el prefecto o jefe de la administración provincial, quien fuera designado por el gobernador. Lo que lleva a concluir la inexistencia de la autonomía de los departamentos, al equipararse sus intereses con los de la nación.

Así las cosas, en 1908 varió tal régimen conllevando la eliminación de las provincias, que tienen nueva vigencia un año después, conforme el acto legislativo de fecha 29 de marzo de 1909.

Todo lo anterior que resulta ser una reseña de lo que se consigna en la *Gran Enciclopedia de Colombia*, Instituciones 2, abre la ventana a las reformas a la constitución de 1886, que se puntualiza en el acto legislativo 3 de 1910, en que el sistema de administración territorial acoge características actuales, “se restablece el voto popular y directo de los ciudadanos para la integración de las corporaciones administrativas departamentales y municipales”<sup>3</sup>; además en el artículo 62 hace del alcalde un agente del gobernador y, a su vez, jefe de la administración municipal. La reforma de 1936 afecta la división del territorio colombiano en el entendido de que mantiene los departamentos en las regiones de mayor desarrollo, siendo las otras estructuradas como intendencias y comisarias, atendiendo al bajo nivel socioeconómico y su especial tutela acogida por el gobierno central; por tanto, intendente y comisario eran designados por el *ejecutivo central*, mientras los *concejos intendencial y comisarial* eran votados por el cuerpo electoral, “el sistema de organización concebido sobre la base de un cuerpo colegiado de tipo electivo y un Ejecutivo unipersonal, se conserva tanto para los municipios como para los departamentos”<sup>4</sup>.

Para el año de 1945 se da otra reforma a la Constitución de 1886, no extraña al tema del territorio desde la perspectiva de su división, puesto que se tiene noticia de que las intendencias y comisarias fueron divididas en municipios, destacándose para tal anualidad que Bogotá se organizó como Distrito Especial, sin subordinarlo al régimen municipal ordinario, dentro de los parámetros establecidos en la ley.

“El acto legislativo 2 de 1954 atribuyó al Presidente de la República y a la Asamblea Nacional Constituyente poderes conjuntos con el fin de designar a los miembros de los Consejos administrativos que debían cumplir las funciones antes correspondientes a las Asambleas departamentales. También los Concejos municipales desaparecieron, y se crearon cuerpos administrativos”<sup>5</sup>.

---

3. *Gran Enciclopedia de Colombia. Instituciones 2. Op. Cit. P. 25.*

4. *Gran Enciclopedia de Colombia. Instituciones 2. Op. Cit. P. 25-26.*

5. *Gran Enciclopedia de Colombia. Instituciones 2. Op. Cit. P. 26.*

Se informa en referencia a lo dicho en párrafo anterior, que la selección de los miembros de estas corporaciones se tenía como una facultad del Presidente de la República como al consejo administrativo departamental.

El plebiscito de 1957 sirvió para volver al esquema que regía anteriormente, es decir, el órgano ejecutivo escogido por el pertinente superior jerárquico, y corporaciones administrativas elegidas popularmente.

La reforma de 1968 mantuvo incólume las propiedades esenciales del sistema, por tanto, alcaldes y concejos municipales siguieron vigentes.

“La reforma de 1986 implicó una ruptura del sistema rígidamente centralizado, introdujo la elección popular de alcaldes y previó la existencia de un sistema de democracia directa: la consulta popular. El alcalde dejó de ser agente del gobernador y conservó su investidura como jefe de la administración municipal”<sup>6</sup>. Entre tanto, en los departamentos se conservó la designación del gobernador por el Presidente, y la asamblea departamental resultaría conformada por elección popular.

Así no hay duda de la estirpe constitucional del recurso, tal como desde un principio aconteció en Francia. Cuenta ya con una historia constitucional, bien abigarrada. Por eso la *constitución colombiana de 1991*, después de presentar y detallar las acciones que tienen igual estirpe constitucional, como la acción de *habeas corpus*, la acción de tutela, las acciones populares y de grupo, y la acción de cumplimiento, en el artículo 89 enseña que: “la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”. Y luego de introducir la acción especial de pérdida de investidura contra congresistas, le da cabida constitucional a la *Casación*.

En consecuencia el *recurso de casación* no es sólo de naturaleza legal, sino de talante constitucional; institución jurídica que por cierto ha venido siendo modulada y humanizada por la Corte Suprema de Justicia con base en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, y las necesidades inocultables de cambio de un derecho estricto en su forma pero vacío en el fondo, por un derecho conforme a las matrículas y postulados de un permanente pensar filosófico, es decir, verdaderamente científico en la búsqueda de sus esencias y sustancias.

Por tanto, desde la perspectiva constitucional se deduce que la Corte Constitucional es fundamentalmente un Tribunal de Constitucionalidad, y, la Corte Suprema de Justicia, un Tribunal de Casación y de legalidad frente a las sentencias de la jurisdicción ordinaria, una de cuyas funciones básicas consiste en la unificación de la jurisprudencia, cumpliendo los fines de la *casación* en interés del derecho objetivo, y del restablecimiento de los derechos subjetivos conculcados por los fallos.

De acuerdo con la Constitución vigente en Colombia, y al desarrollo jurisprudencial, corresponde a la Corte Suprema como Tribunal de Casación, en su atribución de juez de Casación, seguir entre otras las siguientes reglas. Ellas son diferentes a las de costumbre derivadas del *marco colonial* rediseñado en la Constitución de 1886:

6. *Gran Enciclopedia de Colombia. Instituciones 2. Op. Cit. P. 26.*

1. La prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho instrumental de que trata el artículo 228 de la C.N. El derecho sustancial no puede ser desconocido so pretexto de aplicar el derecho instrumental, de forma que el recurso de Casación no constituya un recurso marginal, elitista y formalista.
2. Asegurar y garantizar el principio de igualdad para convertirlo en derecho evidente.
3. La garantía como un todo del debido proceso consignado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, para seguridad del Estado y de los ciudadanos, por cuanto debe garantizar la corrección material de la ley, la legalidad del juicio, el respeto de los derechos individuales y el mantenimiento de un orden jurídico entendiblemente justo, dentro del marco del Estado Social de Derecho.
4. La reparación de los agravios que sufran las personas dentro del proceso con ocasión de las sentencias en las que el juez incurre en errores **in iudicando** y errores **in procedendo**.
5. La justicia material como expresión de Libertad, en un Estado Social de Derecho.
6. La causal primera de Casación, como marco de acción de los sujetos.
7. El recurso de Casación busca garantizar un orden justo.
8. La causal de prohibición de **reformatio in peius**, plasmada en el artículo 31 de la Carta cuando dice: “que el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”, aun cuando no aparezca hoy como causal autónoma de Casación en materia penal en el derecho colombiano, podrá alegarse por vía de causal primera en la Casación penal.
9. “In dubio pro reo”<sup>7</sup>.

Un auténtico juicio, lógico, técnico jurídico de la legalidad constitucional de la sentencia, a diferencia de la simple labor revisora de una técnica que, por su orientación legalista, soslayaba derechos y garantías, tal como era nota característica durante la *colonia*. Esquema dentro del cual galopaba la discriminación de los derechos entre los hombres.

Entonces fácil resulta concluir que las constituciones fueron brújula acompañante en la historia colombiana, tanto de su cultura política como de su cultura judicial, en tanto que la primera ha dado vida a la segunda, por contera derivada o heredera de los genes fenomenológicos de aquélla.

Es evidente que la situación irrogada alrededor del marco constitucional de 1886 no fue algo distinto a la prédica de Núñez en su carácter de regenerador, conservador, hegemónico, con las notas conocidas y peculiares del periodo en que ese ciclo colmó nuestra historia, las cuales recordamos: sociedad dividida, polarizada, jerarquizada, trunca, excluyente, *mentalizada*

---

7. Las anteriores consideraciones son producto de la experiencia del autor como asesor, Procurador Delegado ante la Corte, magistrado auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, abogado litigante, Decano de Facultad de Derecho de Universidad Pública, y profesor de posgrado de Teoría General de la Casación.

*puestera*, endogámica, plutócrata, particularizada sin ideología. Las mismas notas de la colonia y que hicieron presa del dolor y de la angustia al libertador al verse traicionado. Al respecto en su estudio: “Tradicionalismo y Neoescolástica en Colombia”, el profesor Leonardo Tovar, sobre la época en que surge con expreso rigor la casación, sintetiza:

*“Las consecuencias de este proyecto en la Constitución de 1886 y en el Concordato de 1887 son bien conocidas, y como comenta el maestro Gerardo Molina, allí se encuentra la razón fundamental de la mentalidad conservadora del pueblo colombiano. Desde el punto de vista de la historia estricta, el Partido Nacional que formó Núñez con integrantes del conservatismo. Sin embargo, el Regenerador siempre reivindicó su condición de liberal y culpó a los dirigentes radicales de haber sido quienes lo habían abandonado, obligándolo de aliarse con la oposición. ¿Qué podemos pensar de todo esto? Sin entrar en controversias históricas sobre la asignación partidista de Núñez, podemos aceptar que se trataba de un liberal, pero desde luego no en el sentido laiseferiano anterior. Sus ideas políticas, sus ideas económicas, sus ideas religiosas introducen un nuevo sentido de liberalismo que a pesar de algunas resistencias anteriores, el país terminaría por acoger. Sin duda, Núñez se equivocó, sobre todo porque dejó trunca su labor y entró el poder a la reacción, pero ello no le quita el título de haber sido el verdadero fundador del estado-nación en Colombia”<sup>8</sup>.*

## 1.2 ENUNCIACIÓN HISTÓRICA DE LA CASACIÓN DESPUÉS DE LA CARTA DE COLÓN

¿Qué es la Casación Penal? “José M. Manresa, dice: “La casación es un remedio de interés general y de orden público. Su objeto es contener a todos los tribunales y Jueces en la estricta observación de la ley, e impedir toda falsa aplicación de ésta y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia; así es que ha sido introducida, más bien por interés de la sociedad, que en beneficio de los litigantes”<sup>9</sup>.

Benjamín Irragorri Diez, propone: “La casación debe entenderse como juicio técnico de impugnación, valorativo, preciso en orden a examinar una sentencia dictada por Tribunal Superior de Distrito Judicial, por vicios referidos, ora al juzgamiento, ora al procedimiento; vale decir, violación de la ley penal sustantiva, violencia de la ley procesal, sustantiva también en cuanto vincula a sociedad y procesado”<sup>10</sup>.

Gustavo Rendón Gaviria, expresa: “... en su esencia la casación es una acción de nulidad contra las sentencias proferidas por los Tribunales cuyo conocimiento se atribuye a la Corte Suprema de Justicia, como la más alta entidad jurisdiccional”<sup>11</sup>.

Fernando De La Rúa, manifiesta: “Es un medio de impugnación, con particularidades especiales, pero genéricamente idéntico a los demás recursos, de cuyas características fundamentales participa con un ámbito limitado al examen de los errores de derecho; de carácter público pero no diverso del que tiene el mismo derecho procesal. Y la Corte de casación es, simplemente, el Tribunal encargado de juzgar de este recurso”<sup>12</sup>.

Gilberto Martínez Rave, propone: “El recurso extraordinario de casación, es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideren violatorias de la ley. No origina una tercera instancia, que no existe; en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias.

8. Tovar González, Leonardo y otros, *La Filosofía en Colombia*. Op. Cit. P. 318.

9. Manresa y Navarro José M. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil reformada*. Madrid, citado por Álvaro Pérez Vivez, en *Recurso de Casación*. Bogotá: Lex. 1946. P. 28

10. Irragorri Diez, Benjamín. *La Casación Penal en Colombia*. Popayán: Universidad del Cauca, 1972. P. 3.

11. Rendón Gaviria, Gustavo. *Curso de procedimiento penal colombiano*. Bogotá: Temis, 1962. P. 163.

12. De La Rúa, Fernando. *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1968. P. 26.

*Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a esta y tiene validez jurídica. En el recurso de casación se hace un examen jurídico de la sentencia en relación con la ley*<sup>13</sup>.

Morel, acota: *“es una jurisdicción superior, cuya misión consiste en anular decisiones de tribunales de orden judicial que le sean denunciadas, cuando aquellas, pronunciadas en última instancia, contienen una violación de la ley o una violación de las prescritas, bajo penal de nulidad, siendo el medio de impugnación un recurso extraordinario que tiene por objeto hacer anular por la Corte de Casación las sentencias dictadas en violación de la ley*”<sup>14</sup>.

Fabio Calderón Botero, dice: *“Se puede afirmar que la casación es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, promover la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido*”<sup>15</sup>.

Torres Romero y Puyana Mutis, conciben: *“El recurso de casación es una acción extraordinaria y específica de impugnación, mediante la cual se pretende anular total o parcialmente una sentencia de segunda instancia proferida por un tribunal superior, cuando contiene errores in indicando o in procediendo; acción impugnativa que es conocida por la Corte Suprema de Justicia y solo procede por motivos taxativamente señalados en la ley procedimental*”<sup>16</sup>.

El español Fernández Boixader expresa: *“Es, por tanto, el recurso de casación en materia criminal, el acto procesal otorgado por la Ley a cualquiera de los que son parte en el juicio, para que a su instancia, puedan intentar dejar sin efecto una resolución definitiva dictada contra Ley por una Audiencia*”<sup>17</sup>.

En opinión de Pietro Calamandrei el recurso de casación penal... *“es un instituto judicial consistente en un órgano único en el Estado (Corte de casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales de derecho objetivo, examina, solo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación) utilizable solamente contra las sentencias que contengan un error de derecho en la resolución de merito*”<sup>18</sup>.

Eugenio Florián, puntualiza: *“El recurso de casación tiene por fin promover y procurar el nuevo examen de las sentencias exclusivamente desde el punto de vista jurídico (aparte de los casos particulares de examen de los hechos: revisión*”<sup>19</sup>.

Miguel Fenech, autor español, sostiene que: *“entendemos por recurso de casación el acto de impugnación que tiende a provocar un nuevo examen limitado de una resolución de carácter definitivo recaída de un proceso penal para conseguir su anulación total o parcial, con o sin reenvío o nuevo juicio, fundado en una*

13. Martínez Rave, Gilberto, Procedimiento Penal Colombiano. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1992. P. 457.

14. Morel, Citado por Hernando Morales Medina, en Técnica de casación civil. Bogotá: Lerner, 1963. P. 37.

15. Calderón Botero, Fabio. Casación y revisión en materia penal. Bogotá: Librería del profesional, 1985. P. 2.

16. Torres R, Jorge E. y Puyana M. Guillermo. Manual del recurso de casación en materia penal. Medellín: Proditécnicas, 1989. P. 11.

17. Boixader Fernández, Narciso. El abogado ante el recurso de casación penal. P. 39-40.

18. Citado por Torres Romero, Jorge Enrique y Puyana Mutis, Guillermo. Manual del Recurso de Casación en Materia Penal. Medellín: Proditécnicas, 1989. P. 10

19. Florián, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1990. P. 445-446.

*infracción del derecho material o del derecho material o del derecho procesal positivo taxativamente, establecida en la ley*<sup>20</sup>.

Jorge H. Romero Monastoque, considera que: “La casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, y agravan el derecho, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido”<sup>21</sup>.

Según el Diccionario de términos jurídicos franceses, la casación: es la anulación por parte de la Corte Suprema, de una decisión dictada con fuerza de cosa juzgada y restituida por violación de la ley.

Igualmente el diccionario de términos jurídicos franceses, define el recurso de casación penal como: el recurso contra una decisión de última instancia llevada delante de la Corte de casación y fundada sobre la violación de la ley, el exceso de poder, la incompetencia, la inobservancia de las formas, la falta de la base legal, la contradicción de los fallos o la pérdida del fundamento jurídico.

Es de anotar que la palabra ‘casación’ proviene del verbo francés ‘casser’ que significa ‘romper’, ‘quebrar’, ‘anular’ una sentencia judicial.

En este orden de ideas, tenemos que aclarar que una cosa es la casación penal como tal, y otra, el recurso de casación penal que es el medio a través del cual se logra el objetivo de la casación penal. En otras palabras, el fin lo constituye la casación penal y el medio es el recurso legal.

Como vemos la mayoría de los autores tratan de definir el recurso, esto es, el trámite por medio del cual se obtiene la verdadera y genuina casación.

En concepto del autor de este trabajo, la casación penal, cuando prospera la demanda implica la anulación por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de una sentencia dictada con fuerza de cosa juzgada pero con violación de la ley, lo cual obliga el restablecimiento del orden jurídico que deviene constitucional. En la carta de 1886 como juicio de legalidad y en la de 1991, primero como control constitucional respecto de sentencias violatorias de derechos o garantías fundamentales. Aquí se refleja con notoria evidencia el tránsito histórico de la mera legalidad al de la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Entonces conviene iterar que la casación es objetivamente el instrumento con base en el cual, a través de la historia, desde 1886 hasta el texto constitucional actual de 1991, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia se alía en el ejercicio de uno de los poderes con que se constituye la sociedad en todos sus órdenes.

### **1.3 HISTORIA DEL CONTROL NORMATIVO DE LA CASACIÓN EN COLOMBIA, Y MONOPOLIO DE ÚLTIMA INSTANCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .**

En este tópico se comparte el esquema propuesto por el profesor Rafael Sandoval López en su texto: “Vigencia del Recurso Extraordinario de Casación”, al circunscribir por épocas el

20. Citado por Torres Romero, Jorge Enrique y Puyana Mutis, Guillermo. Op. Cit. P. 11.

21. Romero Monastoque, Jorge H. El recurso de casación penal en la legislación colombiana. Bogotá: Ciencia y Derecho, 1994. P. 10.

control normativo que se ha vertido sobre el recurso, con la aclaración de que aquí abrimos espacio a una quinta cuya comprensión inicia a partir de la inclusión del sistema acusatorio en nuestro medio, con base en la ley estatutaria producto del acto legislativo 003 del 22 de diciembre de 2002. Veamos:

Primera época (1886- 1910)<sup>22</sup>:

“Con la Ley 61 de 1886, se reglamenta el recurso de casación en el artículo 36, aduciendo el legislador que el fin de la casación era unificar la jurisprudencia y enmendar los agravios inferidos a las partes. En cuanto a la casación penal el artículo 37 disponía que: “La Corte Suprema como Tribunal de Casación y para los efectos del inciso primero del artículo anterior conocerá en lo criminal de las sentencias que se pronuncien por la comisión de delitos designados en el artículo 29 de la Constitución nacional, excepto por los delitos militares de que habla el mismo artículo...””.

El recurso de casación penal sólo procedía cuando se imponía la pena de muerte y el art. 29 de la carta de 1886 limitada al legislador para la implantación de dicha pena, en los casos de delitos graves como 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.

El artículo 38 de la mentada ley 61 de 1886 consagró como causales de casación, tanto en lo civil como en lo penal:

- 1ª. Ser la sentencia en su parte resolutive, violatoria de la ley sustantiva o de doctrina legal, o fundarse en una interpretación errónea de la de la una o de la otra.
- 2ª. Hacer indebida aplicación de leyes o de doctrinas legales al caso del pleito.
- 3ª. No ser la sentencia congruente con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes.
- 4ª. Condenar a más de lo pedido o no contener la sentencia declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente en el pleito.
- 5ª. Contener el fallo en su parte resolutive disposiciones contradictorias.
- 6ª. Ser la sentencia a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio.
- 7ª. Haber habido, por razón de la materia sobre que ha versado el pleito, abuso, exceso, defecto en el ejercicio de la jurisdicción, por haber conocido el tribunal el asunto que no sea de la competencia judicial, o dejado de conocer cuando tuviere el deber de hacerlo.
- 8ª. Haberse incurrido en la apreciación de las pruebas en error de derecho que demuestre la equivocación evidente del juzgador.

---

22. SANDOVAL LÓPEZ, Rafael. *Recurso extraordinario de Casación Penal*. Bogotá: Ibáñez, 2008. P. 18-22.

9ª. Haberse faltado en el procedimiento a alguna de las formalidades que de suyo inducen nulidad, no haberse podido en consecuencia hacer eficaz el derecho por parte del demandante o de la defensa por parte de demandado. Las infracciones en el procedimiento que no hayan de producir necesariamente uno de estos efectos, no servirá de fundamento para la casación.

El artículo 239 de la ley 153 de 1887 adicionó las causales de la ley 61 de 1887 así: *“Agregase a las causales para interponer el recurso de casación de todos los negocios civiles y criminales en que las leyes lo otorga, la de ser la decisión contraria en un punto de derecho a otra decisión dictada por el mismo tribunal o por tribunales diferentes, siempre que las dos decisiones contrarias sean posteriores en la época en que empezó a regir la unidad legislativa. El recurrente en este caso no está obligado a hacer depósito alguno”*.

La ley 105 del 24 de diciembre de 1890, en su artículo 370 reformó el recurso de la casación en los siguientes términos: “en materia criminal las causales que dan derecho a interponer el recurso de la casación son estas:

1ª. Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva en materia penal o doctrina legal, ya sea directa la violación, ya sea este efecto de una interpretación errónea de la ley o de la doctrina legal, ya de la aplicación indebida de leyes o doctrinas legales, como en el caso entre nosotros, de que se aplique la ley vigente al tiempo de la comisión del delito y no a una posterior que imponga menor pena.

Es entendido que al ocuparse la Corte de la apreciación de la sentencia por esta causal, debe tener en cuenta el veredicto del jurado, pues en consonancia con este debe hallarse la parte resolutive de aquella.

2ª. Ser, en concepto de la Corte notoriamente injusto el veredicto del jurado; y

3ª. Haber incurrido en las causales de nulidad designadas con los ordinales 1º., 3º., 4º., 5º., 6º., del artículo 264 de la ley 57 de 1887.

Posteriormente el artículo 59 de la ley 100 de 1892 dio paso para que la Corte empezara a analizar cada cargo y causal por separado.

Luego mediante ley 169 de 1896 se retocó el recurso de la casación penal, implantando como causales de la casación las siguientes:

1ª. Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva en materia penal por haberse aplicado al reo la pena capital fuera de los casos determinados por la ley. La Corte al considerar esta causal, debe atenerse al veredicto del jurado, que forma plena prueba sobre los hechos.

2ª. Ser, en concepto de la Corte, notoriamente injusto el veredicto del jurado, es decir, que de autos resulte claramente o que no se ha ejecutado el hecho incriminado, o que el acusado no es responsable de él, Esto no tendrá cabida cuando la sentencia se funde en el veredicto de un segundo jurado reunido en virtud de haber declarado el tribunal injusto el veredicto.

3ª. Haber incurrido en alguna de las causales de nulidad determinados en los ordinales 1º., 3º., 4º., 5º., 6º. y 7º., del artículo 264 de la ley 57 de 1887.



En el artículo 4º. de esta ley cambia la doctrina legal por la doctrina probable.  
Con la ley 40 de 1907 se consagraron las mismas causales contenidas en la ley 169 de 1896.

Al ser abolida la pena de muerte a través (del acto legislativo de 1910), pierde vigencia el recurso de casación penal, pues la finalidad de la interposición del recurso extraordinario de casación era impedir la ejecución de la sentencia que imponía esa pena, mientras se decidía la alzada.

Segunda época (1923 – hasta vigencia ley 553 de 2000<sup>23</sup>):

El recurso de casación revive con la Ley 78 de 1923, sin base en la pena de muerte (por haber sido abolida), sino con el monto de la pena privativa de la libertad (seis años reclusión, prisión o presidio).

El artículo 3º de esta ley estableció como causales de casación:

- 1ª. Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva penal por mala interpretación de la misma, o por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía legalmente.
- 2ª. Violación de la ley de procedimiento por haber sentenciado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley.
- 3ª. No estar el fallo en consonancia con los cargos deducidos en el auto de proceder, o estar en desacuerdo con el veredicto del jurado.
- 4ª. Incompetencia de jurisdicción en el tribunal sentenciador.
- 5ª. Haberse abstenido de fallar el tribunal siendo competente.

La ley 118 de 1913 regló el recurso de casación en materia penal, agregando tres nuevas causales:

- 1ª. Violación de la ley, por cuanto haya habido error de apreciación en la prueba del cuerpo del delito.
- 2ª. Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión se haya debatido previamente en las sentencias.
- 3ª. Haberse dictado el fallo sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

El art. 6º. de esta ley facultó al Procurador General de la Nación para fundamentar el recurso cuando el reo no lo hubiera hecho, siempre que existiera motivo para ello.

Mediante Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal), se reglamentó sistemáticamente la casación. En el título 4º. (recursos extraordinarios) se dedicó el capítulo I a la casación (15 artículos).

---

23. SANDOVAL LÓPEZ, *Recurso Extraordinario de Casación Penal*. Op. Cit. P. 22-30.

En esta ley el recurso de casación procedía contra sentencias de segunda instancia pronunciadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en delitos que tuvieran señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo fuera o excediera de cinco años.

Se dispuso también que el recurso podía ser interpuesto por las partes, incluso la parte civil, quien podía hacerlo contra sentencias condenatorias, cuando se persiguiera la indemnización de perjuicios, siempre que la cuantía de lo recurrido fuera o excediera de tres mil pesos (\$3.000.00).

En el art. 567 las causales de casación eran:

- 1ª. Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.
- 2ª. Cuando por errónea interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en el determinación de la sanción.
- 3ª. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del jurado.
- 4ª. Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en juicio viciado de nulidad.
- 5ª. Cuando en la sentencia no se exprese clara y determinadamente cuáles son los hechos que se consideren probados.
- 6ª. Cuando la sentencia sea declarativa de incompetencia para conocer en última instancia de un recurso que sí es de competencia del Tribunal.
- 7ª. Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

El legislador de este año por error no incluyó el ataque a la casación por falta de aplicación, lo limitó a las formas de aplicación indebida e interpretación errónea.

En el año de 1964 mediante el Decreto 528, se reglamenta nuevamente lo concerniente al recurso de casación, otorgando a la Corte de competencia y señalando (art. 55) que el recurso de casación procedía contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales de Distrito Judicial, y contra las sentencias dictadas por los mismos Tribunales de Distritos Judiciales en única *instancia*.

Como causales de casación contempló.

- 1ª. Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de hecho o de derecho que aparezca de modo manifiesto en autos.

2ª. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado.

3ª. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad; y

4ª. Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio.

Posteriormente con el Decreto 1821 de 1964 se estableció la casación para algunos asuntos penales aduaneros.

Mediante el Decreto 1345 de 1970 se regulan nuevamente aspectos de la casación.

El Decreto 409 de 1971 (Código de Procedimiento Penal) estableció: “Art. 569.- Procedencia del recurso. Habrá recurso de casación en lo penal, contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años”.

“Art. 580.- Causales de casación. En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

1ª. Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre ese punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos.

2ª. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado.

3ª. Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio.

4ª. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”.

El Decreto 0050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal) establecía que procedía el recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tuvieran señalada sanción privativa de la libertad cuyo máximo fuera o excediera de cinco años, y como causales de casación consagró las siguientes (art. 226):

1ª. Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho o error de hecho que aparezca manifiesto en autos.

2ª. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

3ª. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad.

Parágrafo: En los juicios en que interviene el jurado, haber incurrido el juez de derecho en alguna de las causales consagradas en los numerales anteriores, al declarar o dejar de hacerlo, cualquier circunstancia modificadora de la culpabilidad o de la punibilidad.

Es necesario advertir que a partir de la vigencia del Decreto 0050 de 1987 (1º. De julio de 1987) se mantuvo el jurado de conciencia y fue posteriormente abolido con el Decreto 1861 de 1989 art. 37, por lo cual fue necesario modificar las causales de casación, toda vez que incidían en el recurso.

Mediante el Decreto 2550 de 1988 (Código Penal Militar) se reguló la Casación Penal Militar (arts. 435 a 442).

El Decreto 1861 de 1989 de agosto 18, expedido por el Gobierno Nacional mediante facultades que le fueran otorgadas en la Ley 30 de 1987, en su artículo 15 estableció: “El art. 226 del Código de Procedimiento Penal, quedará así: Causales. En materia penal, el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

1º. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma cualquiera de derecho sustancial.

Si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente. Si el error fuere de hecho, éste debe aparecer, además, manifiesto en los autos; cuando sea por violación de normas probatorias, deberán indicarse éstas, explicarse en qué consiste aquél.

2º. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación o, en su caso, con el auto que la modifica.

3º. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”.

El Decreto 2651 de 1991 (sobre descongestión de los despachos judiciales art. 51) estableció frente a la casación lo siguiente:

“Sin perjuicio en lo dispuesto en los respectivos códigos de procedimiento acerca de los requisitos formales que deben reunir las demandas de casación, cuando mediante ella se invoque la infracción de normas de derecho sustancial, se observarán las siguientes reglas:

1º. Será suficiente señalar cualquiera de las normas de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa.

2°. Si un cargo contiene acusación que la Corte estima han debido formularse separadamente, deberá decidir sobre ella si se hubieren invocado en distintos cargos.

3°. Si se formulan acusaciones en distintos cargos y la Corte considera que han debido proponerse a través de uno solo, de oficio los integrará y resolverá sobre el conjunto según corresponda.

4°. No son admisibles cargos que por su contenido sean entre si incompatibles. Si se presentan y adolecen de tal defecto, la Corte tomará en consideración los que, atendidos los fines propios del recurso de casación por violación de la ley, a su juicio guarden adecuada relación con la sentencia impugnada, con los fundamentos que le sirvan de base, con la índole de la controversia específica mediante dicha providencia resuelta, con la posición procesal por el recurrente adoptada en instancia y, en general, con cualquier otra circunstancia comprobada que para el propósito indicado resultare relevante”.

A este Decreto se le otorgó inicialmente vigencia temporal de 4 años, pero mediante la Ley 192 de Julio 10 de 1995 se prorrogó su vigencia hasta julio 10 de 1996 y así sucesivamente venía ocurriendo. La sala de casación penal sostuvo que no era aplicable en lo penal sino en lo civil y laboral.

El Decreto 2700 de noviembre 30 de 1991 (Código de Procedimiento Penal) que entró a regir el 1°. de julio de 1992, consagró el recurso de casación en el Capítulo VIII (arts. 218 al 231) sufriendo modificación mediante la ley 81 de 1993 los artículos 35 y 36. Igualmente se consagró en dicho Código el jurado de derecho (arts 458 al 466 C. De P.P.), que fue derogado mediante Ley 58 de 1993 artículo 3°.

El art. 218 (modificado Ley 81 de 1993 art. 35) establecía: “Procedencia: El recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad, cuyo máximo sea o exceda de seis años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior.

De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede aceptar un recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, a solicitud del procurador, su delegado, o del defensor, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales”.

Un cambio sustancial se hace frente a los fines de la casación cuando en el art. 219 del C. De P.P. se establece: “El recurso extraordinario de casación tiene por fines primordiales la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la reparación de los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida y la unificación de la jurisprudencia nacional”. Es el traslado de la norma, antes rectora del proceso penal, al ámbito de los fines de la casación.

Referente a las causales para recurrir en casación establecía el art. 220 del Código de Procedimiento Penal, las siguientes:

“1°. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial. Si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente.

2°. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

3°. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”.

Tercera época - (Ley 553 de 2000)<sup>24</sup>:

Mediante la Ley 553 de 2000 (que reformaba la institución de la Casación Penal en Colombia) se pretendió dar un cambio total del manejo del recurso para dejarlo como acción, y, de esta manera, poder quedar ejecutoriadas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial del país, el Tribunal Superior Militar y el Tribunal que se llegara a crear para conocer de la segunda instancia de los Juzgados Penales de Circuito Especializados, remitiendo de manera inmediata el cuaderno de copias al Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, a fin de ejecutar o materializar la sentencia impugnada ya en casación. Igualmente se consagró la mal denominada: “respuesta inmediata” basada en el antecedente o precedente judicial.

Artículo 2°.- El artículo 219 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Artículo 219. Fines de la casación. La casación debe tener por fines la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia Nacional y además la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada.

Artículo 3°.- El artículo 220 del Código de Procedimiento Penal quedará así: ART 220. En materia penal la casación procede por los siguientes motivos:

1. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial. Si la violación de la norma sustancial proviene de error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el demandante.
2. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.
3. Cuando la sentencia se haya dictado en el juicio viciado de nulidad.

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

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

<sup>24</sup> SANDOVAL LÓPEZ, *Recurso Extraordinario de Casación Penal*. Op. Cit. P. 30-50.

Artículo 12.- El artículo 228 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

ART. 228.- Limitación de la casación. En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas a las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Pero tratándose de la causal prevista en el numeral 3 del artículo 220, la Corte deberá declararla de oficio.

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

Artículo 20. En todos los artículos del Código de Procedimiento Penal en que se utilice la Expresión “recurso de casación”, sustitúyase por “Casación”.

Cuarta época (Ley 600 de 2000)<sup>25</sup>:

Establece este código de Procedimiento Penal en su capítulo IX referido a la “Casación”:

ART. 205.- Procedencia de la Casación. La Casación procede contra las sentencias ejecutoriadas proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en los procesos que hubieren adelantado por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad, cuyo máximo exceda de ocho años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

La Casación se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior.

De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede admitir la demanda de casación contra sentencias de Segunda Instancia distintas a las arriba mencionadas, a la solicitud de cualquiera de los sujetos procesales, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, siempre que reúna los demás requisitos exigidos por la ley.

Es de anotar que la palabra: “ejecutoriadas” fue declarada inexecutable en la sentencia de febrero 28 C-252 de 2001 M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, por unidad normativa al considerarlo prudente y de manera oficiosa la Corte Constitucional. Razón por la cual, al interponerse el recurso extraordinario de casación penal existe en la actualidad una prolongación extraordinaria del juicio de efecto suspensivo, con todas sus consecuencias inherentes, hasta el pronunciamiento de la Sala de Casación Penal al respecto de manera definitiva.

ART. 206.-Fines de la casación. La Casación debe tener por fines la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia nacional y además la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada. Norma por lo demás traída desde el Decreto 050/87, pasando por el 2700/91, la Ley 553 de 2000, con distintas caras: Principio rector, norma rectora y fines de la casación.

---

25. SANDOVAL LÓPEZ, *Recurso Extraordinario de Casación Penal*. Op. Cit. P. 50-56.

ART. 207- Causales. En materia Penal la Casación procede por los siguientes motivos:

1. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial. Si la violación de la norma sustancial proviene de error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el demandante.
2. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.
3. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad.

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

Es de anotar que este artículo fue declarado inexecutable en la sentencia de febrero 28 C- 252 de 2001 M. P. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, por unidad normativa al considerarlo prudente y de manera oficiosa la Corte Constitucional”.

Quinta época - Sistema Penal Acusatorio – Ley 906 de 2004<sup>26</sup>:

“Artículo 180. Finalidad. El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia.

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

1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o lega, 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.

Artículo 182. Legitimación. Están legitimados para recurrir en casación los intervinientes que tengan interés, quienes podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio.

<sup>26</sup> Investigación realizada en la especialización en Casación Penal, de la Universidad La Gran Colombia, con la monografía “Los Fines de la Casación, son el fundamento filosófico del Recurso”, la cual recibió Mención honorífica, el 11 de agosto de 2004.



Artículo 183. Oportunidad. El recurso se interpondrá ante el tribunal dentro de un término común de sesenta (60) días siguientes a la última notificación de la sentencia, mediante demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos.

#### 4.3 LA CONSTITUCIÓN DE 1886, UN INTERLUDIO HISTÓRICO POLÍTICO PARA ENCAUSAR LA ESTRICTA LEGALIDAD PENAL.

Pero claro, si la casación surgió al interior de una Constitución –1886–, en la que Núñez, siguiendo a Spencer aplica la concepción organicista de la evolución histórica, para pasar de lo homogéneo a lo heterogéneo, es notorio que siempre nos caracterizamos por la incansable búsqueda de una civilización, dentro de cuyo proceso pasa la comunidad nativa, luego la conquista, la colonización, de lo que después de la emancipación y la independencia, distinto a su pérdida en el pasado, refulge con todo su rigor costumbrista. Este es el punto *arquimédico* a través del cual vemos nuestra verdad en la realidad. Se rompe el esquema de los tres Estados de Comte, que en la versión de Spencer desnuda la permanencia, la habitabilidad del conector de conservación con el pasado.

El de la forma, el del esquema, el de la misma estrategia. Prueba de esto con marcado acento y acierto, apunta nuestro profesor Leonardo Tovar –refiriéndose a la resistencia a los cambios en nuestro medio, en el caso del General Uribe Uribe (1912)–, quien como entendedor de la futilidad de ciertos temas que empañaron el progreso de la nación, la estatizaron:

“Si como sugiere Jaime Jaramillo Uribe, nuestra verdadera ilustración ocurrió en el siglo XIX, el período que hemos estudiado podría catalogarse de típica anti-ilustración. Bajo la ideología de orden promovida por la República Conservadora, se cerró todo espacio a la libre reflexión, quedando el pensamiento al arbitrio de dictados catequéticos y políticos. Incluso la resistencia provocada se conservó dentro de este marco, como se pudo observar al seguir los planteamientos del general Uribe. En una atmósfera confesional como la que respiraba entonces la cultura colombiana, la crítica racional que constituye el fundamento de un genuino filosofar, se hallaba asfixiada por completo”<sup>27</sup>.

Intención de la aplicación de la que llama Luigi Ferrajoli, para deslegitimar la violencia institucional: “Estricta legalidad”, es decir, la contemplación de ciertas garantías provenientes de normas metalegales que condicionan la validez de las leyes y que autorizan la imposición de una sanción. Pero que, lamentablemente, en el trayecto de nuestra historia fueron superadas por las de “Mera legalidad”. De no haber sido así, no nos espantaría hablar hoy día del paramilitarismo, los grupos de seguridad privada exterminadores de ciertos sectores de opinión, etc. La intervención directa del Estado en el escenario de la barbarie, no como mediador ideológico, por ejemplo, sino como protagonista de una de las alas del conflicto. Hecho proveniente del esquema de la colonia, ensanchada en el divisionismo, la polarización, la jerarquización, el desplazamiento, la exclusión, etc.

Y es lo que se repite en estos días a propósito de los enfrentamientos entre los poderes. Experiencia delatora de la secuela y el carácter abrumador del sistema de estricta legalidad penal, elaborado por la carta de 1886 que de manera lenta, casi paquidérmica, buscó superarse

---

27. TOVAR GONZÁLEZ Leonardo y otros, *La Filosofía en Colombia. Op. Cit.* P. 348.

con la carta de 1991. La que nadie duda, ha venido siendo perseguida para satisfacer intereses personales a la mejor manera de las mañas desprendidas por enseñanza en la Colonia. Lo que de suyo resalta una debilidad profunda del Estado, con un auge inusitado desde el siglo XIX. *“Profundamente escéptico sobre la capacidad del pueblo para autodirigirse, Núñez sostenía una concepción autoritaria de la política, como único medio de civilizar a la nación”*<sup>28</sup>. La influencia del pensamiento de Spencer en Núñez es innegable. Se manifiesta en su concepción sobre la historia, la organización política y la cuestión religiosa.

Comprendía así Núñez que las instituciones políticas debían adaptarse a las condiciones de los pueblos y no al contrario, como tantas veces se había pretendido en nuestra historia. En política el camino más corto entre dos puntos no es la línea recta, repite, queriendo decir que las mejores prescripciones en el papel pueden fracasar debido a su impracticabilidad. En concreto, así lo demostraban las medidas anticlericales tomadas durante los gobiernos del período radical, que enfrentadas al sentimiento esencialmente católico de la población colombiana, proporcionaron innegables abusos de poder y resultaron impopulares. Lo más grave radicaba en que el Estado había perdido la fuerza de sanción moral consustancial a la religión, lo cual se traslucía en la relajación de las costumbres públicas. He ahí el motivo por el cual el agnóstico Núñez auspició un explícito reconocimiento constitucional de la función social de la Iglesia Católica en nuestro país.

Quizás por esta misma razón:

*“Se encuentra en la historia de Colombia la constante de un sistema político con tendencia al autoritarismo, restringiendo inclusive el acceso a la democracia (democracia incluyente pero restringida característica de la historia del siglo XIX y XX), y el autoritarismo se configura como proyecto cuya aparición responde al deseo de orden, resultado de la configuración de un perfil cultural jerarquizado, con marcados valores católicos donde la modernidad se muestra como impía generando una postura hermética inclusive frente a las ciencias”*<sup>29</sup>.

Leonardo Tovar refiere al nuevo texto Constitucional:

*“Al tiempo de preparar la segunda edición de esta obra, ha sido promulgada una nueva Constitución en reemplazo de la centenaria de 1886. Resultado de un proceso pluralista de concentración, el nuevo código amplía las formas de participación democrática, establece una detallada lista de derechos civiles, sociales y colectivos, y deslinda de una vez por todas las esferas del Estado y la Iglesia Católica. En efecto, frente a las tendencias confesionales del código anterior, la actual carta limita la mención de Dios en el Preámbulo a pedir su protección para la acción del pueblo soberano, coloca en pie de igualdad a todas las religiones y cultos, y abre la posibilidad para disolver los efectos civiles del matrimonio católico. Estas y otras disposiciones semejantes han herido la susceptibilidad del clero tradicional, pero debemos aceptar que los constituyentes del 91 sólo han reconocido la creciente laicización de la sociedad colombiana. Quien esto escribe, piensa que esta restricción del poder eclesiástico en el plano legal, a la larga redundará en beneficio de las tareas propias de la evangelización cristiana”*<sup>30</sup>.

Todo lo anterior deja en estado de absoluta lucidez la influencia de la *colonia*, en el trámite del recurso de casación, hecho evidente en la jurisprudencia como protectora de la estricta legalidad. Aferramiento a una legalidad diseñada como marco del derecho, después de la conquista en Colombia.

28. TOVAR GONZÁLEZ Leonardo y otros, *La Filosofía en Colombia*. Op. Cit. P. 347.

29. MEJÍA QUINTANA, Oscar. *Una mirada hermenéutica a la cultura política en Latinoamérica y Colombia*. Bogotá: Ibáñez, 2008. P. 209

30. TOVAR GONZÁLEZ, Leonardo y otros, *La Filosofía en Colombia*. Op. Cit. P. 349.

Pero aquello no basta. Hay un más allá. Si bien se sostuvo con suficiencia que este trabajo no es jurídico, sino histórico descriptivo vivencial, en los finales renglones del mismo se elucubrará sobre los conceptos de legalidad, justicia, falibilidad de los jueces y esa contradicción, en nuestra opinión impuesta por la masacre genocida producida en 1492, refrendada en la época colonial: prevalencia del *Estado de derecho* sobre el *Estado de justicia*. Para con ello, ojalá siquiera teóricamente, aportar con una tesis acerca de la necesidad de la humanización de la justicia; de la que, se reitera, fuimos despojados y lo seguimos siendo a través de la guerra entre los depositarios del poder, con cuyo ejemplo reactivan la violencia en su máxima expresión.

#### 4.4 LA LEGALIDAD MATERIAL O AXIOLÓGICA NO SIEMPRE EQUIVALE A LA JUSTICIA, ELLO LO DEVELA LA HISTORIA

Juan Fernández Carrasquilla en la obra *Derecho penal Liberal de Hoy* refiere: Que el concepto de Derecho penal está sujeto a la concepción de la política criminal que se asuma en perspectiva para definirlo. De ahí su sujeción lógica y axiológica al concepto de Derecho y de éste, a su vez, a la perspectiva de los derechos y por efecto del poder, concluyendo que si algo es penal pero no Derecho, se puede inferir que tampoco es Derecho penal. No basta con que se apliquen penas para que pueda hablarse de este último. “*Y dado que no hay Derecho penal sin Derecho, tampoco hay delitos ni penas sin Derecho (nullus crimen nulla poena sine ius), y tampoco derecho*”<sup>31</sup>.

Por contera, decirlo en sentido formal es de cierta manera persistir en el principio de estricta legalidad de delitos y penas; pero el invocarlo en sentido valorativo material, con la persona como referente supremo de toda posible regulación jurídica y política, es lo esperado en las sociedades modernas que tienen claro el concepto de humanismo. El *derecho penal* no sólo se debe pensar en el sentido de entenderlo como en la generalidad de los casos, de que no existe crimen, de que no existe pena sino está previamente señalada en la norma penal, como síntesis del principio de legalidad: sino que por el contrario el principio de legalidad en estricto sentido debe ser más que ello. La estricta legalidad penal debe encerrar la idea de que ampara a las víctimas, a los imputados, a los propios delincuentes durante la ejecución penal y después de ella. Es decir, el principio de legalidad debe contemplar toda la dinámica que se vive en la administración de justicia en la búsqueda de la verdad, a partir del supuesto de que existe crimen, existe pena si lo contempla previamente la ley.

Así son más los casos de estricta legalidad, lo que impone afirmar que *la legalidad material o axiológica no siempre equivale a la justicia*, como se perfila en el desarrollo de la monografía antes y después de lo que se analiza.

*“Al ser de modo exclusivo protectorio de bienes jurídicos, el Derecho penal ha sido siempre protector de las víctimas, que son los titulares de tales bienes. Es pues injusto acusarlo de que alguna vez se olvidó de las víctimas y centró toda su atención en los imputados. Pero dado que su carácter protectorio no se puede olvidar ni siquiera en el momento en que se pone en acción o se aplica, el Derecho penal tiene que tutelar también los derechos, libertades y demás bienes jurídicos de las personas imputadas. Necio sería que el Derecho penal, al imputarle a una persona la posibilidad de que haya ofendido los bienes*

31. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal Liberal de hoy*. Bogotá: Ibáñez, 2002. P. 35.

*jurídicos-penales, paralelamente le retirara su custodia precisamente en el momento que más lo requiere al enfrentarse con el poder inmensamente superior del Estado*<sup>32</sup>.

Situación que se rompe con la sencilla definición de justicia de: *dar a cada uno lo que le corresponde*, bien los derechos, las libertades, demás bienes jurídicos, la protección tanto a la víctima como al imputado.

Según lo comentado queda impreso en la huella del principio de legalidad: la conducta, el reproche, la pena que no es sino atribuible al hombre que en un primer momento delinque y a la víctima que reclama por una reparación del daño, son personas que tienen la necesidad de acudir a los tribunales en procura de administración de justicia pronta y eficiente, para que se les responda con justicia entendida en ser proporcional al *daño que causó o se me causa*, y no una expresión de verificación de la legalidad material o axiológica.

Accionar el principio de legalidad en últimas constituye parte de ese mismo principio de legalidad en estricto sentido, que se hace operante y verificable ante un tercero llamado Estado, a través del juez singular o plural, es decir, que no vale la forma sino se da el presupuesto de lo material.

*“Pues así como no es Derecho todo lo que dictan las leyes por el solo hecho de que lo dictan -según hoy resulta generalmente admitido-, tampoco es Derecho penal todo lo que dicten las leyes penales y simplemente porque éstas lo dicten. Aunque sin duda es también cierto que los contenidos de valor sin la forma jurídica tampoco son Derechos.*

*De donde se desprende que el máximo principio penal, o sea el de estricta legalidad de delitos y penas, descansan también en sus referentes materiales de valor. Si bien es cierto e incuestionable para la política criminal que no hay ni puede haber delitos ni penas sin ley previa, escrita, estricta y cierta, no se puede dar a este principio el sentido positivista de que las leyes penales son omnipotentes para inventar delitos y penas, pues lo único que significa es que está severamente limitado a la ley el poder de los jueces penales para declarar los unos e imponer las otras. De manera que el principio de estricta legalidad es límite pero no fundamento del ius puniendi*<sup>33</sup>.

Por tanto, el principio de legalidad pierde sentido, de no ser puesto a consideración del juzgador bien porque se quiere así, o porque es imposible que lo conozca en forma plena, verbi gratia amén a que la noticia del *“iter criminis”*, tarda en llegar para su apreciación o simplemente no llega.

Cabe pensar por ende, asimilando lo dicho en una tensión de legalidad material o axiológica, y el equivalente en justicia como de acción, de examinar las reclamaciones de alguien, acordando lo que sea justo; acción por la que se reconoce o declara lo que pertenece o se debe a alguien, se duda, por lo que es confiable decir que no siempre son equivalentes.

A partir de lo expuesto, preocupa a estudiosos del *derecho*, entre ellos Fernández Carrasquilla, determinar la cierta aplicación del principio de legalidad cuando el límite que se interpone a él es el poder disciplinario del juez que pesa sobre el defensor, quien tiene la tarea inaplazable de que se haga cierta su aplicación, lo que hace desde un comienzo una vía difícilmente encaminada a la justicia. Hoy no interesa en mayor grado lo formal sino lo material, el reconocimiento del derecho sino la efectividad del derecho, la concreción del derecho, el salir de lo teórico, navegar

32. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. *Derecho penal Liberal de hoy*. Op. Cit. P. 40.

33. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA,. *Derecho penal Liberal de hoy*. Op. Cit. P. 40.

en la praxis, la materialidad del derecho del imputado así como de la víctima que acuden a los tribunales en procura de una administración de justicia cierta, dentro de los marcos de prontitud y de eficacia donde se otorgue a cada cual lo que le corresponde, de conformidad a lo que resulta de un examen juicioso bajo la lupa del juzgador.

Se acoge por tanto lo que expresa el tratadista Fernández Carrasquilla: en el derecho penal las normas incriminadoras —que describen delitos y penas criminales— son en todo tiempo leyes en sentido formal, siendo esta particularidad esencial pero no lo esperado, porque las leyes formales deben acoger determinados contenidos materiales de valor emanados de la descripción legal, principios y valores del derecho positivo supralegal.

La supremacía de la estricta legalidad se refleja en los principios formales del derecho penal, que fijan límites a la competencia de los órganos estatales en materia de persecuciones penales; en cuanto a la mirada material se infiere ciertamente que la prioridad corresponde a la dignidad humana, lo que implica no existir ley que valga contra ésta, tal como lo destaca la ley penal vigente en consonancia con la Constitución Nacional que naciera en 1991, en el país que reconoce a este principio el carácter de primer fundamento de todas las instituciones. Condición en absoluto diferente a los contenidos constitucionales después de la colonia.

Se puede deducir de lo dicho que lo formal responde a prerrogativas que tiene el Estado para perseguir y aplicar su poder represor, *el castigo penal*. Lo material invoca al hombre, lo antropológico que tiene validez en cuanto contenga el ropaje de la dignidad humana, que debe ser en últimas lo presente y aplicable del principio de legalidad en los tribunales judiciales. Sin que pese en tal concepto la discriminación legal de otrora. Visible en el formalismo del recurso, su procedencia, etc.

Una legalidad meramente formal es insuficiente y precaria, en el entendido que a un texto legal el poder le puede hacer decir cualquier cosa, por tanto se está lejos de la verdadera justicia; por lo cual es importante dar prelación a la legalidad material o axiológica aunque no siempre equivale a la justicia. Como no existe ley que pueda crear derecho penal por encima del valor eminente de la dignidad humana, no es posible que el juez pueda crear delitos o penas, por fuera de la ley aduciendo su protección.

No obstante seguimos siendo testigos de la manera moralista como a través de la tipificación de algunas conductas, la reacción del Estado deja ver sus sombras provenientes del pasado colonial. Todo en perjuicio de esos principios fundamentales en los que se une el daño a la persona humana, y a un derecho en apariencia *derecho de viejos hábitos*. Piénsese en el Tribunal Supremo de la inquisición de Cartagena y su relación con el tema de las pirámides<sup>34</sup>.

En materia de creación y agravación de delitos, penas y responsabilidad criminal, el juzgador no puede valerse de fuente material alguna que se proyecte más allá de la norma incriminadora y justa, por esto rige en el derecho penal el principio de la estricta legalidad.

Para cerrar la discusión, en el marco de la legalidad material o axiológica bajo la inquietud de ser equivalente a la justicia, traemos las consideraciones que hicieron los doctores José Eduardo

---

<sup>34</sup>. Por real cédula del 25 de febrero de 1610 se creó el Tribunal de la Inquisición de Cartagena que tuvo jurisdicción sobre las Diócesis de Popayán, Cartagena, Panamá, Santa Marta, Venezuela, Puerto Rico y Santiago de Cuba. El Tribunal investigaba denuncias sobre distorsión de la fe y desacato a las autoridades religiosas.

Saavedra Roa y Álvaro Mendoza Palomino en su investigación: “*La Justicia Social y la Justicia Judicial*” en cuanto a la trinidad jurídica<sup>35</sup>.

Comentan los investigadores que la trinidad jurídica puede ser un rol fundamental para encauzar al funcionario judicial, en el medio más expedito que nos pueda conducir a la adecuada aplicación de la justicia social.

El primer estadio debemos verlo como indicaba el maestro Devis Echandia: el instrumento que recoge a los funcionarios que administran justicia en sus diversas ramificaciones, donde es el que busca poner en funcionamiento el aparato judicial del Estado o el Estado en forma oficiosa; el funcionario judicial tendrá la potestad de admitir o no la pretensión, siempre que corresponda a su jurisdicción y competencia.

*“La justicia judicial deberá responder definitivamente al clamor, a la expectativa y a la exigencia del conglomerado social. Nunca debe apartarse de los fines para los cuales fue creada, que no es otro que producir seguridad a todos sus asociados”*<sup>36</sup>.

En el segundo estadio, el juez tendrá que sopesar la normatividad vigente con el objetivo de seleccionar la norma más adecuada al caso específico, analizarla en su totalidad, interpretar la intención del legislador (su filosofía) para establecer en profundidad su contenido frente a la situación fáctica en cuestión.

*“El juez ya no es aplicador pasivo de reglas y principios preestablecidos; él colabora con la puesta en obra de las finalidades sociales y políticas. A diferencia de un instrumentalismo estático que opera al servicio de objetivos impuestos por un poder único, el método así descrito supone un desarrollo político, a la vez pluralista y en movimiento, de suerte que está constreñido a realizar arbitrajes permanentes entre valores y políticas concurrentes”*<sup>37</sup>.

El tercer estadio, *discrecionalidad judicial*. Es el proceso de depuración en búsqueda objetiva e imparcial de lograr un producto jurídico de alta pureza, que surge de un tramado de opciones que le da la posibilidad al juez de organizar de manera sistemática y estructural los elementos jurídicos, de selección, de análisis e interpretación, en consenso de grupo.

*“Conjugados estos criterios, es el momento culminante donde el juez debe hacer uso de todos estos conceptos para que desarrolle una sana y adecuada interpretación que le permita responder al clamor social que le ha sido encomendado por sus condiciones académicas, éticas y morales...”*

*La lógica de lo humano y lo razonable es el rechazo de la llamada “jurisprudencia conceptualista”, sustituyéndola por la “jurisprudencia que se guía por resultados”. “...Es el deseo de desterrar de las sentencias la interpretación exegetica a la letra de la ley, desconociendo su espíritu y finalidad, así como la equidad en el caso en concreto”, puesto que el derecho nacido de la vida humana social, habrá de reflejar los caracteres de esa vida humana”, llenándola de dignidad y de sentido”*<sup>38</sup>.

35. La sinopsis del trabajo de investigación adelantado por los doctores José Eduardo Saavedra Roa y Álvaro Mendoza Palomino, titulado “*La Justicia Social Y La Justicia Judicial*”, se encuentra publicada en la revista *Derecho y Valores* No. 10 de la Universidad Militar Nueva Granada.

36. Saavedra Roa, José Eduardo y Mendoza Palomino, Álvaro. *La Justicia social y la Justicia Judicial*. En *Revista Derecho y Valores* No. 10. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2002. P. 28.

37. Saavedra Roa Y Mendoza Palomino. *Ibid.* P. 29.

38. Saavedra Roa y Mendoza Palomino. *Op. Cit.* P. 29.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que una legalidad formal aplicada en forma taxativa no es justicia sino fallo legal, pero la legalidad material o axiológica, aunque es equivalente a la justicia en la mayoría de los casos, no siempre equivale a la justicia.

## CONCLUSIONES

Todos hablamos de justicia, pero realmente con algo de razón hemos sabido delimitarla para determinar: ¿Por qué sus resultados han sido tan distintos a través de la historia? ¿Por qué en ocasiones la vemos tan longinqua? ¿Es en verdad tan complicado el tema de la justicia para que no tengamos una idea clara sobre ella?

El tema aquí tratado da para toda una vida<sup>39</sup>, sobre todo cuando con el ánimo de conocer verdades algunos hechos asoman pidiendo ser vistos. Es el llamado que hace la historia para ser consultada, y a partir de la realización de ese ejercicio facilitar con nuevos argumentos de evidencia la construcción de teorías, opiniones, comentarios, distintos de los tradicionales con los que se venía tratando y dando por ciertos determinados hechos y cuestiones de grandes alcances.

En esa tónica la historia de Colombia al mostrar el trato político que desde lo jurídico le ha venido dando al recurso extraordinario, en especial desde la *Regeneración* de los tiempos de Núñez con la *carta política* de 1886, impone la aceptación de la importancia del mismo al interior de la sociedad, como uno de los factores primordiales de control y organización. De lo que se dejó clara constancia en los artículos que precedieron al que ahora se presenta en el quinto volumen de la *Revista Misión Jurídica*, en el sentido de que siempre las ideologías políticas en las distintas épocas tuvieron en cuenta el alto valor y alcance que debía otorgarse al recurso, según sus pretensiones de todo orden. Es lo que explica el rigorismo positivo de la legalidad en su manejo dentro de la órbita estructural de un Estado republicano, ajeno y ayuno a la interpretación de los principios al considerarse estos debidamente resueltos por o mediante la ley escrita. La consideración de la sabiduría del legislador que irremediablemente limitaba a los jueces la posibilidad de interpretar las normas más allá de sus contenidos literarios.

Por eso no llama a duda la intención del legislador republicano de haber restringido conscientemente la operativa del recurso extraordinario de casación, a través de los límites que impuso con las normas referidas a la procedencia, a las causales y a los efectos. Es decir, la imposibilidad legal creada a los jueces de construir Estado, circunscribiéndola a hacer Estado. Hecho que cambió sustancialmente con la *Constitución Política de 1991* en la que los jueces, separados del rigorismo legal, encuentran apertura a la arquitectura del *Estado Social de Derecho* con sus decisiones. De donde surge claro que defender la ley no es siempre hacer justicia, porque aquella, como se destaca, puede tener objetivos diferentes a la protección del ser humano, anteponiendo a éste otros objetos distintos pero considerados merecedores de especial y prioritaria custodia.

La dignidad humana como fundamento sobre el cual se construye el *Estado Social de Derecho*, es la aserción en el discurso racional actual que no se puede problematizar sino a partir del respeto de los derechos fundamentales. Significa lo anterior que las nuevas disposiciones sobre el recurso extraordinario de casación demandan el racional entendimiento de la posibilidad

---

39. En efecto, toda la vida del autor del presente trabajo ha transcurrido laborando y reflexionando sobre esta problemática.

del cambio del discurso por parte del hablante, en cualquier momento en que así lo exija la protección de la dignidad humana, no solo del procesado sino de todos los intervinientes en el proceso penal. Esto se hace latente cuando en custodia de los derechos fundamentales puede y debe el juez de casación, quien también es juez constitucional, pasar del discurso teórico al empírico, o de cualquiera de estos al del análisis del lenguaje, o pasar a un discurso sobre teoría del discurso. Las conocidas *reglas de transición* como parte fundamental y esencial del discurso racional en el proceso judicial. No es hablar de derecho como otrora se hizo, sino hablar con el derecho.

Con estas apreciaciones conclusivas se sabe y se considera que siguen a salvo las reglas fundamentales, las reglas de la razón, las reglas de la carga de la argumentación, las reglas de la fundamentación y las reglas de la argumentación dogmática, solo que en su auténtica y natural dimensión, haciendo posible al juez de casación mediante el manejo del discurso, construir Estado Social de Derecho, y no hacer mero *Estado legal de derecho*. Deber que surge de su compromiso derivado de la nueva estructura estatal consignada en la carta política de 1991. El paso de la protección de la mera legalidad y sus formas como garantes del debido proceso, a la protección de los derechos fundamentales de todos los intervinientes en el proceso, es el que deja ver a las claras la historia del proceso constitucional y legal en nuestra querida patria. De manera que, sin alteración mínima de la certeza, en la actualidad el recurso extraordinario de casación se colige como un proceso de gran calado constitucional, producto de lo que evidencia esa historia: El lente delator de un pensamiento político que tuvo que cambiar por la fuerza inquebrantable de otro pensamiento, verdaderamente humano e inspirador de fe y esperanza: el filosófico. El de la libertad que siempre clama justicia, aquella que descansa y reside en todos los hombres y debe materializarse en la igualdad de contenido racional, no instintivo, pues los derechos fundamentales obedecen a los patrones de la naturaleza de la cual forma parte el hombre, no éste superior a aquélla. Dentro de esta se mueve el derecho en la historia, la que muestran las normas y las citas que, se repite, delatan el pensamiento.

Llegó el momento histórico de los jueces, el que abrió con su torrente de verdad la filosofía, la lectora de la vida del proceso de la humanidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Metafísica* 1006 a 14 -15 en: Antonio González “Surgimiento: Hacia una “ontología “de la praxis” s.f, p 30.
- BOIXADER FERNÁNDEZ, Narciso. *El abogado ante el recurso de casación penal*. S.f.
- CALDERÓN BOTERO, Fabio. *Casación y revisión en materia penal*. Bogotá: Librería del profesional, 1985.
- DE LA RÚA, Fernando. *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1968.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal Liberal de hoy*. Bogotá: Ibáñez, 2002.
- FLORÍAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1990.
- GRAN ENCICLOPEDIA DE COLOMBIA. INSTITUCIONES 2. *El tiempo* Año 2006.
- IRRAGORRI DIEZ, Benjamin. *La Casación Penal en Colombia*. Popayán: Universidad del Cauca, 1972. .
- MANRESA y NAVARRO José M. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil reformada*. Madrid, citado por Álvaro Pérez Vivez, en *Recurso de Casación*. Bogotá: Lex. 1946.



- MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, Procedimiento Penal Colombiano. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1992.
- MEJÍA QUINTANA, Oscar. Una mirada hermenéutica a la cultura política en Latinoamérica y Colombia. Bogotá: Ibáñez, 2008.
- MOREL, Citado por HERNANDO MORALES MEDINA, en Técnica de casación civil. Bogotá: Lerner, 1963.
- RENDÓN GAVIRIA, Gustavo. Curso de procedimiento penal colombiano. Bogotá: Temis, 1962. P. 163.
- ROMERO MONASTOQUE, Jorge H. El recurso de casación penal en la legislación colombiana. Bogotá: Ciencia y Derecho, 1994.
- SAAVEDRA ROA, José Eduardo y MENDOZA PALOMINO, Álvaro. La Justicia social y la Justicia Judicial. En Revista Derecho y Valores No. 10. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2002.
- SANDOVAL LÓPEZ, Rafael. Recurso extraordinario de Casación Penal. Bogotá: Ibáñez, 2008. P. 18-22.
- TORRES R, Jorge E. y PUYANA M. Guillermo. Manual del recurso de casación en materia penal. Medellín: Proditécnicas, 1989.
- TOVAR GONZÁLEZ, Leonardo y otros, La Filosofía en Colombia. S.f