

La aplicación del Control de Convencionalidad en el Recurso Extraordinario de Casación Penal
en Colombia

Willyn Javier Puentes Ruíz

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Posgrados

Especialización en Casación Penal

Bogotá D.C.

2017

Nota de aceptación.

Dr. Presidente de jurado

Dr. Jurado

Dr. Jurado

Dedicatoria

A mi querida y apreciada madre Doisa Ruíz, por el apoyo incondicional, el legado de buen ejemplo y honradez. A los honorables profesores de la especialización forjadores en la promoción educativa de la catedra del derecho. Por último a todos mis compañeros del postgrado, que con su amistad, acompañamiento y experiencia le aportaron al suscrito una nueva perspectiva de aprendizaje en tan linda profesión del derecho.

Resumen

El presente documento es el desarrollo de una investigación sobre la aplicación del Control de Convencionalidad en el Recurso Extraordinario de Casación Penal en Colombia, partiendo de una síntesis histórica que permite ubicar los lineamientos de dicho recurso, los cuales sirven de derrotero para analizar de qué manera la adopción de los criterios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se pueden adaptar dentro del modelo de tendencia acusatoria que posee el país y poder establecer como la implementación de aquellos instrumentos internacionales que se articulan dentro de los parámetros de la política criminal nacional logran reforzar la seguridad jurídica interna. El anterior proceso, se sustenta a través del estudio de los alcances constitucionales reconocidos por Colombia vía Bloque de Constitucionalidad, en especial los atinentes al sistema interamericano de derechos humanos como fuente básica, para lograr establecer la factibilidad y eficacia de la aplicación del Control de Convencionalidad dentro de un recurso extraordinario, como lo es el de casación penal por violación directa de la ley sustancial a la luz de la causal primera contenida en el artículo 181 de la ley 906 del 2004, en aras de verificar más allá del ordenamiento local, la doble presunción de acierto y legalidad, que gozan las sentencias en materia penal.

Palabras clave: Recurso Extraordinario, Casación, Control de Convencionalidad, Convención Americana, Derechos Humanos, Bloque de Constitucionalidad.

Abstract

This document presents the development of a research about the implementation of the Conventionality Management in the Extraordinary Resource of Criminal Cassation in Colombia, taking as a reference historic features to place the guidelines of this resource and take advantage of it to analyze how the American Convention criteria for the Human Rights can be adapted into the accusatory trend model of the country and establish those international instruments organized in the parameters of the national criminal policies to reinforce the intern juridical security. The previous process sustained by the examination of the constitutional reaches recognized by the Constitutional Block in Colombia. It is specially for the ones belonging to the Inter American System of Human Rights as the basic source to be able to verify the viability and efficiency of the implementation of the Conventionality Management in an Extraordinary Resource such as the Criminal Cassation for direct infringement of the substantial law for the first reason exposed in the Article 181 of the law 906 of 2004, with the objective of verifying the dual presumption of legality and success of the Penal Sentences, beyond the legal system.

Key Words: Extraordinary Resource, Cassation, Conventionality Management, American Convention, Human Rights, Constitutional Block.

Tabla de contenido

Introducción	7
El Bloque de Constitucionalidad como Fundamento para la Adopción de Instrumentos Internacionales	15
El Control de Convencionalidad una Ampliación del Plexo de Garantías Constitucionales	30
El Control de Convencionalidad Aplicado en Sede del Recurso Extraordinario de Casación Penal por Violación Directa de la Ley Sustancial.....	54
Aproximación Temática sobre la Procedencia del Recurso de Casación Penal por Violación Directa de la Ley Sustancial	54
El Control de Convencionalidad en sede de Casación Penal	68
Conclusiones.....	75
Referencias Bibliográficas.....	77

Introducción

Con la adopción del sistema penal acusatorio en Colombia compelido en la ley 906 del año 2004, como modelo dentro de la política criminal de Estado, el legislador pretendió darle un giro rotundo al procedimiento de tendencia inquisitiva llevándolo a un escenario de oralidad, sin dejar atrás institutos procesales de defensa como el recurso extraordinario de casación penal, el cual se constituye entre otros, en un mecanismo de control judicial de las decisiones proferidas en segunda instancia debidamente ejecutoriadas.

Bajo esta dinámica del recurso y dado que la constitucionalidad del derecho penal es hoy por hoy una realidad que no pueden desconocer los Operadores Jurídicos en desarrollo de su actividad como administradores de justicia, se pueden plantear interrogantes como el siguiente: ¿Tiene el Control de Convencionalidad el carácter de norma sustancial para ser demandada en sede de casación penal?, discernimiento que permite identificar la posibilidad de usar los instrumentos de carácter internacional, a través de la utilización del Bloque de Constitucionalidad, como mecanismo para garantizar la seguridad jurídica del sistema adversarial.

En esta línea problemática, se orienta el objetivo principal del presente trabajo, cuyo eje investigativo se enfoca en determinar si el Control de Convencionalidad se puede aplicar en sede del recurso extraordinario de casación penal en Colombia, teniendo como fuente determinante los criterios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Bloque de Constitucionalidad y los fundamentos epistemológicos en que se sustenta el referido recurso,

identificando el carácter de norma que se le puede dar a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para acudir en casación por violación directa de la ley sustancial, tal y como lo consagra el artículo 181 numeral primero de la ley 906 del 2004, según el cual se da por “falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de Constitucionalidad, constitucional o legal , llamada a regular el recurso”. (Ley 906/04, art. 181).

El postulado problemático que se plantea, está erigido en que la casación en materia penal en Colombia, se ha venido construyendo con base en unas causales taxativas, las cuales dependen del respectivo tipo de modelo acogido por cada sistema adoptado –inquisitivo (Ley 600 del 2000, artículo 207) o de tendencia acusatoria –Ley 906 del año 2004, artículo 181, lo cual no diverge de las finalidades de tal recurso, convirtiéndose así, en un control legal y constitucional de las actuaciones surtidas a lo largo de un proceso judicial que ha agotado todas las etapas, y que por errores o no, puede llegar a ser objeto de un mecanismo extraordinario.

Sin embargo, no se puede limitar la aplicación del referido recurso solamente a un control interno legal y constitucional, dado que la jurisdicción penal interna permite que el recurso extraordinario de casación proceda en aquellos eventos donde se perciba una “Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad...” (Ley 906/04, art. 181 inc. 1º.), y bajo ese entendido donde el referido bloque de constitucionalidad hace parte del ordenamiento jurídico interno como norma supranacional, es que se debe de analizar como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual acuñó el control de convencionalidad de las decisiones, es

determinante para poder otorgarle ese carácter de norma a la jurisprudencia foránea y por este medio demandar en casación penal por violación directa de la ley sustancial, con fundamento en la permisión que hace el inciso primero del artículo en mención.

Bajo esta estructura se esboza un postulado que se considera necesario ser estudiado, puesto que la hipótesis planteada dentro del desarrollo investigativo plasmado en el presente trabajo, está dirigida a instaurar los criterios de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de un contexto normativo para que dichas decisiones, a través del control de convencionalidad puedan ser objeto de demanda, a través del recurso extraordinario de casación penal por violación directa de la ley sustancial, lo cual permite ampliar el radio de acción del recurso, en busca de que se configuren elementos de mayor precisión a la hora de hacer efectivas las garantías que conforman la seguridad jurídica del ordenamiento colombiano.

El acoplamiento de una figura internacional, como lo es el Control de Convencionalidad, a través de la aplicación de la Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a un sistema con tendencia acusatoria –ley 906 de 2004, y en específico dentro de un recurso extraordinario de casación penal, da lugar a que se analicen los orígenes de dicho recurso desde la óptica política y legal, pues la salida al contexto público de actuación jurídica, nació precisamente “...como una necesidad de control por parte del ostentador del poder de turno...” (Martínez, 2013, pág. 213).

En tal sentido, es preciso establecer como el ordenamiento jurídico colombiano incluyó dentro de la órbita de la última ratio el recurso en mención, cimentado en unas causales taxativas

que han sido imperativas a lo largo de la historia, para así poder fundamentar la necesidad de aplicar los criterios de los instrumentos internacionales, en especial los consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual permite hablar de una aplicación de control convencional sobre las actuaciones surtidas por los Jueces de la Republica que garanticen la seguridad jurídica.

Ahora bien, Colombia con la promulgación de la Constitución Política de 1991, incluyó dentro del capítulo IV un nivel de protección jerárquico, frente a la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos debidamente ratificados, los cuales deben ser aplicados al contexto nacional, en el siguiente sentido:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.
(Constitución, 1991).

La importancia de referenciar el citado artículo, permitirá dar a conocer al lector que bajo el influjo de la figura del Bloque de Constitucionalidad, se fundamentan las bases del Control Convencional de las actuaciones judiciales, dado que dicho bloque:

(...) está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de

constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversa vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”. (CC, Radicado C225, 1995).

Para tal efecto, se hará un análisis pormenorizado de la figura del Bloque de Constitucionalidad con el fin de sustentar que a partir de la aplicación del artículo 93 constitucional y 94, el cual estipula que; “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”, es pertinente que se eleve a categoría de norma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como criterio orientador del Control de Convencionalidad, para que el desconocimiento de tales preceptos por parte de los Operadores Jurídicos de Instancia en relación con los yerros cometidos en desarrollo de su actividad judicial, sean susceptibles de demandar en sede de casación penal por violación directa de la ley sustancial.

De otro lado, el estudio de sustento sobre lo existente en relación con la figura del Control de Convencionalidad, tiene que ver con la interpretación del primer Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, el cual fue aprobado por la ley 5ª de 1960 y publicado en el Diario Oficial bajo el número 30318, donde las partes inmersas en su adopción se

comprometieron “**en todas las circunstancias**”, a cumplirlo de manera real y efectiva, en aras de evitar infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Esta alusión es importante, debido que son hitos históricos que permitieron perfilar la figura que hoy se propone instituir dentro de un recurso de tantas exigibilidades, dadas las garantías de protección que se invocan.

En igual sentido, la referencia de las Convenciones de Viena del año 1969 y 1986, constituyen parámetros de gran relevancia, en cuanto guardan relación directa con el Control de Convencionalidad frente a las reglas que gobiernan el derecho internacional de los tratados, más aún, cuando lo que se pretende es justificar que los criterios de orientación internacional, en cuanto a su alcance interpretativo, sirven para modelar un recurso que ha sido diseñado para controlar la legalidad y constitucionalidad de las decisiones judiciales cuando las mismas desbordan precisamente ese carácter.

En relación con el marco de referencia teórico a utilizar, en un sentido amplio se tomarán los postulados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de establecer el carácter de vinculatoriedad que posee el Estado colombiano ante las decisiones proferidas por este alto Tribunal, para tal efecto en un primer capítulo de este trabajo investigativo se abordará todo el estado del arte que la temática propuesta posee dentro de un rango coherente de estudio dentro los casos más relevantes, donde se pueda atestar el influjo que dio origen a la figura del control de convencionalidad, para de esta manera poder hacer un traslape de dichas decisiones como argumento, hacia la búsqueda de que el ordenamiento jurídico colombiano pueda admitirlo dentro de un recurso extraordinario de casación, donde aquellos instrumentos foráneos, dada su

posición jurídica, se constituya en una determinante a tener en cuenta al momento de administrar justicia en materia penal.

Ahora bien, de las características y elementos normativos obtenidos en el proceso de búsqueda y articulación de la información sobre el control de convencionalidad que pueda extrapolarse hacia un recurso como el de casación penal, es de vital importancia el desarrollo de los contenidos del marco referencia conceptual, pues este permite ubicar de manera clara y precisa cuáles serán los derroteros sobre los que se erigirá la investigación. De tal suerte que el temario a desglosar, sin lugar a dudas lo compone lo atinente a la casación penal, su ubicación normativa dentro del sistema acusatorio colombiano, la relación de esta figura para con los criterios internacionales, específicamente con los que tienen que ver con protección de derechos humanos y la interiorización dentro de la aplicación de los derechos consagrados a nivel interno constitucional, llámese Bloque de Constitucionalidad.

En este capítulo denominado marco teórico, se esbozará de manera general la concepción de la casación penal en relación con el control legal y constitucional que se hacen de las decisiones judiciales, abordando la temática del control de convencionalidad desde su génesis y a partir de la convención de Viena y Ginebra como presupuesto argumentativo del derecho de los tratados, con el ánimo de esclarecer la importancia de la ratificación de las convenciones internacionales por parte de Estado colombiano, para ubicar los conceptos del Bloque de Constitucionalidad, su importancia como referente para que hoy se pueda hablar del Control de Convencionalidad.

Aunado a lo anterior, se presentará un capítulo relacionado con los criterios internacionales adoptados por Colombia como consecuencia de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente frente a la importancia que posee la Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con su obligatoriedad de ser tomada como categoría normativa, para finalmente establecer que dado ese carácter normativo, pueda proceder el recurso extraordinario de casación penal cuando se desconoce el derecho interno convencional, por violación directa de la ley sustancial de acuerdo con la causal primera del referido recurso, contemplada en el artículo 181 de la ley 906 del año 2004, actual sistema penal acusatorio.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la metodología a seguir dentro de la presente investigación, circunda en relación con la identificación de las fuentes existentes sobre la temática planteada dentro de un análisis documental, por cuanto:

(...) es el procedimiento científico y sistemático de indagación, recolección, organización e interpretación de datos extraídos de fuentes documentales sobre un determinado tema. Basándose en esta definición, la investigación documental va más allá del simple proceso de recolección de datos. Deben ser organizados de manera coherente de acuerdo a la proyección del tema de investigación y ser analizados e interpretados de acuerdo a las diferentes interrogantes que se presenten sobre el tema y cumpliendo con lo planteado en los Objetivos Generales y Específicos. (Ander, 1995).

Adicionalmente, se efectuará una selección documental, para su posterior revisión y análisis, teniendo en cuenta la Jurisprudencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo atiniente al control de convencionalidad, así como su adopción vía bloque de constitucionalidad por el ordenamiento jurídico interno, en contraste con las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia –Sala de casación penal y Corte Constitucional, específicamente aquellas que tienen que ver con el carácter normativo de tales decisiones, las cuales permitan establecer que la comisión de yerros dentro de las actuaciones judiciales por parte de los Operadores Jurídicos, pueden ser objeto del recurso extraordinario de casación penal por violación directa de la ley sustancial, aplicando el carácter normativo del control de convencionalidad.

1. El Bloque de Constitucionalidad como Fundamento para la Adopción de Instrumentos Internacionales

Para poder llegar a establecer la importancia de la propuesta investigativa, es necesario traer a colación el denominado Bloque de Constitucionalidad, dado que el control constitucional que se realiza dentro del recurso extraordinario de casación penal, se constituye en una garantía real y efectiva que respeta la supremacía constitucional. “...es por lo tanto ese sometimiento de la normatividad específica a la norma general que es la Constitución, a efectos de que aquella se enmarque dentro de los parámetros consagrados por ésta, tanto en su forma como en su contenido”. (Reyes, 2007).

Lo anterior significa que los instrumentos internacionales no pueden ser obviados como criterio orientador, más aún si encuentran en la misma línea jerárquica de la Norma Supra, por cuanto:

El Bloque de constitucionalidad es usado como herramienta de inclusión de las normas y tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno, ejerciendo con ello un control de constitucionalidad. Conceptualmente se entendería pues, que nuestra Constitución Política no se acabaría con los 380 artículos que comprenden su texto, sino que comprende otros componentes de derecho internacional, que, en ese sentido, contarían también con rango constitucional. (Rincón, 2013, pág. 202).

En efecto si el referido Bloque de constitucionalidad, es una vía para inserción de criterios internacionales, su importancia para la investigación de la presente propuesta es de gran relevancia, pues el rango constitucional que tiene al interior de la jurisdicción, permite que la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre del año 1969, la cual fue suscrita por Colombia en dicha fecha, aprobada a través de la ley 16 de diciembre 30 de 1972 y debidamente ratificada el 28 de mayo de 1973, se aplique dentro del ordenamiento jurídico interno.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que el Control de Convencionalidad surgió precisamente en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como bien se explicará en el desarrollo de este temario, es sin lugar a dudas inevitable acoger los criterios del Bloque de Constitucionalidad para poder argumentar la importancia de la investigación.

Así las cosas, la concepción que se tiene del Bloque de Constitucionalidad tiene sus raíces en el Consejo Constitucional Francés, "...el cual fue instituido por la Constitución de la Quinta República de 4 de octubre de 1958. Por ser una institución reciente, no puede relacionarse con ningún precedente institucional. El consejo Constitucional no se sitúa en la cúspide de ninguna jerarquía de los tribunales judiciales o administrativos. En ese sentido no es un tribunal supremo." (Tomado de <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/el-consejo-constitucional.25785.html>).

El reconocimiento de la existencia de un Bloque constitucional que hace consonancia con la Carta Magna, y que de acuerdo con lo mencionado en el párrafo anterior, puede verse reflejado a nivel jerárquico dentro de un contexto de mandato, postulado que se acuñó cuando:

(...) El Consejo Constitucional Francés por medio de las decisiones D-379 de junio 19 de 1970 y D 44 de julio 16 de 1971 reconoció el valor y jerarquía constitucional de preámbulo de la Constitución francesa de 1958 adopto como normas constitucionales de la Declaración de Derechos Humanos de 1789; conformada por el preámbulo de la Constitución francesa de 1946. (Londoño, 2010, pág. 29).

No cabe duda entonces, que esa integración de criterios dentro de un conjunto con raigambre constitucional, fundamente la obligatoriedad de su aplicación cuando el Estado parte ha acogido y ratificado esas decisiones tomadas en contexto internacional bajo los parámetros del derecho internacional público.

En Colombia, existe pronunciamiento a través de la Honorable Corte de Cierre Constitucional del año 2003, donde precisamente se hace remembranza al surgimiento del Bloque de Constitucionalidad, que es preciso traer a colación en los siguientes términos:

Este concepto amplificado del derecho positivo constitucional tuvo sus orígenes en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en cuanto le dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958. Luis Favoreu sostuvo que fue en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República en donde por primera vez se utilizó el concepto de normas de constitucionalidad (la expresión como tal fue acuñada por la doctrina, no por la jurisprudencia), bajo la denominación de “*principios y reglas de valor constitucional*”, para hacer referencia al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la Ley. También en Derecho Administrativo se utilizó la expresión “*bloque de legalidad*”, importada de Hauriou, para referirse al conjunto de leyes, principios y reglas a que estaba sometida la Administración, que no tenían jerarquía legal. Dice entonces Favoreu que fue en las decisiones D-39 del 19 de junio de 1970 y D-44 del 16 de julio de 1971 en donde el Consejo Constitucional reconoció el valor constitucional del preámbulo de la Constitución de 1958 y, por remisión hecha por el mismo texto, adoptó como normas de rango constitucional la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, tal como fue confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946. (CC, Radicado C067, 2003).

Lo dicho significa, que el referido concepto no es ajeno dentro del Estado Social y Democrático de Derecho como el colombiano, puesto que tan solo es revisar todo el contenido de

la jurisprudencia reseñada para poder fijar algunos criterios frente al inicio de toda esta teoría aplicada dentro del compendio de la Carta Constitucional en la misma línea de aplicabilidad jerárquica, donde a partir del año 1995 la Corte Constitucional arrojó el concepto del Bloque de Constitucionalidad, teniendo en cuenta los fundamentos de la Carta Suprema de 1991, así:

El primer elemento en contribuir a este cambio fue la introducción en el texto constitucional de seis importantes artículos que definirían los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno. Estos fueron:

- a) El artículo 9º, el cual reconoció que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia;
- b) El artículo 93, según el cual *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”*
- c) El artículo 94, que establece que *“la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”*

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

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

d) El artículo 102 que dice en su inciso 2 que: *“Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”*. (CC, Radicado C067, 2003).

Con esta primigenia sentencia donde se acogen los fundamentos de la concepción de la equivalencia de un Bloque de Constitucionalidad en el mismo nivel de la Constitución, se forjan los parámetros sobre los cuales se aplican los criterios orientadores de orden internacional, los cuales no pueden ser desconocidos por el Estado una vez sean acogidos, exceptuando las reservas que se hagan de los mismos.

Sin embargo los conatos de aproximación por parte de la Corte Constitucional colombiana al concepto de Bloque de Constitucionalidad, está referido en la jurisprudencia T- 409 del año 1992, en la cual se indicó que:

No podría interpretarse de otra manera el concepto de **orden justo**, perseguido por la Carta Política, según su preámbulo, ni entenderse de modo diverso el artículo 93 constitucional, a cuyo tenor "los tratados y convenios internacionales ratificados por el

Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno".

Según el Convenio de Ginebra I, del 12 de agosto de 1949, aprobado por la Ley 5a. de 1960 (Diario Oficial No. 30318), que las Altas Partes Contratantes se comprometieron a respetar y a hacer respetar "en todas las circunstancias", existen infracciones **graves**, contra las cuales los estados han de tomar oportunas medidas. (CC, Radicado T409, 1992).

Con estos pronunciamientos, se comienzan a fundar los aspectos de interpretación del artículo 93 de la Constitución de 1991, y a forjar las bases de un núcleo positivizado en forma configurativa que sirve de criterio a tener en cuenta como lo es el denominado Bloque de Constitucionalidad.

Otra de las decisiones sometidas a pronunciamiento de la Corporación Constitucional y que hace hincapié en el apremio de las convenciones que Colombia ha adoptado como mecanismo de protección de derechos, es la tomada en el año 1992 también, según la cual, "...un tratado internacional de derechos humanos puede tomarse como elemento de interpretación de los derechos consagrados en el texto de la Carta Política y que, por tanto, sus disposiciones tiene jerarquía superior en el ordenamiento interno." (CC, Radicado T426, 1992).

En similitud la referida Alta Corte Colombiana, en otra oportunidad sostuvo que:

La Carta reconoce plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios -debidamente ratificados- concernientes a los derechos humanos. Esto indica que los constituyentes no

ignoraron la existencia de esa amplia y promisorio rama que es el derecho internacional de los derechos humanos, algunas de cuyas características tuvimos ya ocasión de señalar. Ella reconoce también plenos efectos jurídicos a las reglas del derecho internacional humanitario, particularmente durante la vigencia de los denominados Estados de Excepción. Es claro, pues, que las facultades del gobierno durante tales estados encuentran límites efectivos que operan aún antes de la vigencia de la ley estatutaria a que alude la misma disposición constitucional. Lo cual significa, ni más ni menos, que las reglas del derecho internacional humanitario son hoy, -por voluntad expresa del Constituyente-, normas obligatorias **per se** sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son "en todo caso" como lo señala significativamente la propia Carta. Por virtud del texto expreso del artículo 94, bien pueden considerarse incorporados a los derechos y garantías reconocidos por la Carta todos aquellos que sean inherentes a la persona humana. (CC, Radicado T574, 1992).

Entonces, el ordenamiento jurídico interno, en cuanto al reconocimiento de instrumentos internacionales debidamente ratificados, no es ajeno a que se efectuó un cumplimiento de manera expreso frente a los mismos, lo cual permite que el fundamento constitucional de que los jueces están sometidos al imperativo legal cobra gran relevancia en cuanto a que, “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” (Constitución, 1991).

En la misma línea argumentativa, es de rescatar lo que en Ponencia del Honorable Magistrado de la Corte Constitucional se expuso, al hacer referencia al Bloque de Constitucionalidad, según el cual:

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional stricto sensu. (CC, radicado C225, 1995).

Todo este influjo constitucional ha sido, ni más ni menos que el desarrollo de los preceptos de la Asamblea Nacional Constituyente previo a la expedición de la Carta Política de 1991, pues en torno a esta temática se generó todo un compendio dogmático para la interpretación de los artículos 93 y 214 constitucionales, de lo cual se hace necesario resaltar de manera precisa los postulados, en cuanto al tema se refiere, así:

(...) es preciso enmarcar los derechos dentro del primado del derecho internacional, porque Colombia no está inventando el derecho internacional. Colombia es un Estado miembro de las instituciones internacionales y tiene el deber o de salirse de esas instituciones o de respetar lo que allí se dice con el voto de Colombia.

(...)

Qué pasa con el derecho internacional humanitario que no rige en Colombia? ... no rige porque no hemos ratificado el Protocolo II; pero en los cuatro convenios de Ginebra de 1949 ratificados por la República de Colombia y llevada la ratificación a la Confederación Helvética está el artículo tercero que acuerda la protección especial a las poblaciones civiles que no están mezcladas ni en la guerra exterior ni en los conflictos internos y esos convenios no se aplican porque aquí tenemos bombardeos aéreos... pero no se aplica estando ratificado porque no se puede hacer la guerra interior sino violando el artículo tercero común a los cuatro convenios... Yo estoy de acuerdo con el Señor constituyente Uribe Vargas en consagrar el marco del derecho internacional, yo tengo aquí un artículo que he presentado: el derecho internacional tiene prelación sobre el derecho interno en materia de derechos humanos. Me parece que el derecho internacional nos evita cambiar la constitución cada vez que cambia el derecho internacional, si aprobamos en gracia de discusión la Constitución Gaviria, hay que cambiar la constitución cada vez que cambia el derecho internacional."(Actas de la Comisión I. Acta No. 4. Gaceta Constitucional No. 104, junio 21 de 1991, pp. 7 ss).

Lo anterior es consonante con lo que para el año 1992, expreso la Corte de Cierre Constitucional, frente a la prevalencia dentro del ordenamiento jurídico interno de los Convenios sobre Derecho Internacional Humanitario, donde puntualizó que:

Los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la

comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos. La Carta de 1991 confirma y refuerza tanto la obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos como la del derecho internacional humanitario. En consecuencia, se acogió la fórmula de la incorporación automática del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el **ius cogens**.

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales I y II de 1977 constituyen pura y simplemente, la expresión formal y por escrito, esto es, la codificación de los principios ya existentes en el derecho internacional consuetudinario. Por tanto, la ratificación produce la importante consecuencia de zanjar definitivamente toda controversia que pudiera existir, en torno a la obligatoriedad del derecho internacional humanitario.

(...)

En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la constitución, pero puede, en ciertos casos necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial. La diferencia entre principios y reglas o normas constitucionales no proviene de su obligatoriedad jurídica sino de su forma de aplicación: mientras los primeros requieren de una mediatización fáctica o normativa para su aplicación, las segundas son aplicables directamente. Más aún, el establecimiento de principios obedece, en el Estado social de derecho, a la voluntad constituyente de otorgar una mayor protección a los valores constitucionales. Esta mayor protección tiene lugar

por el hecho de que el principio se irradia a toda la organización político-jurídica y, en consecuencia, está garantizado en la aplicación de todas las reglas de aplicación directa. Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional. (CC, Radicado C574, 1992).

Que interesante postura para argumentar la importancia de la adopción de instrumentos internacionales como criterios orientadores y como directrices jerárquicas de aplicabilidad en igualdad de condiciones que la propia Constitución. A esto se suma también la ideología del Delegatario Augusto Ramírez Ocampo, según el cual refirió que:

(...) estamos proponiendo la supremacía del derecho internacional sobre el derecho nacional, me parece que esa es la base fundamental del ordenamiento jurídico internacional y no solamente en el tema de los derechos humanos, porque yo si preveo señor Presidente,... que el mundo avanza... para bien a una internacionalización progresiva y a una especie de condominio universal de ciertos principios de convivencia inalterables que no pueden ser suplantados. Por ello, señor Presidente, siendo canciller de la República de Colombia adherí a una serie de mecanismos, establecidos, por ejemplo, en el sistema interamericano contra la censura; llevamos a la ratificación el que coloca a Colombia bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana de los Derechos

Humanos, y como ello me parece que todo esfuerzo de internacionalización conlleva implacablemente una pérdida de soberanía y yo creo que vamos a tener que estar preparados para ella y debemos aceptarla para modernizar las instituciones y no podemos volver a dar el espectáculo un poco bochornoso que tuvo Colombia en épocas del Canciller Vásquez Carrizosa y del Presidente Pastrana cuando algunas normas adoptadas dentro del sistema andino fueron echadas abajo por la Corte Suprema de Justicia; necesitamos establecer con claridad que la norma internacional rige por encima de la nacional, porque hace parte de nuestro derecho. Yo estoy de acuerdo en que debemos hacer la consulta, lo que se ha llamado el examen previo de constitucionalidad de los tratados pero que una vez adoptados, ellos son nuestra norma real y suprema y debe ser aceptada por todos..."(Actas de la Comisión I. Acta No. 4. Gaceta Constitucional No. 104, Junio 21 de 1991, p. 7 ss.).

En este orden de ideas, se precisa el pensamiento de orden político que para la fecha en buena hora marco el derrotero de las concepciones filosóficas de la nueva Constitución, y que en atención al tema objeto de estudio son acordes con los fundamentos de un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, y que es un modelo reconocido desde la década de los noventa, es decir una vez promulgada la Carta Política de 1991, se emprendió una aplicación vanguardista del derecho internacional dentro del ordenamiento interno, enmarcado no solo por el texto constitucional, sino por otros componentes, la según lo afirma el tratadista Rodrigo Uprimny, al referirse que; "(...) una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supra legales,

pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la Constitución escrita (...)" (Uprimny, R., 2005, P.2).

Bajo ese mismo contexto agrega: "(...) que la incorporación de un derecho o principio en el bloque de constitucionalidad no puede depender del capricho del interprete sino que tiene que tener un fundamento normativo muy claro en el texto constitucional (...)". (Uprimny, R., 2005, P.19).

Lo dicho significa, que dentro de una jerarquía normativa donde existe una primacía constitucional, siendo el Bloque de Constitucionalidad parte de la misma, no está llamada a prosperar vulneración alguna a dicho Bloque, por cuanto se estaría contraviniendo el orden supra legal de la Constitución, lo cual afianza la importancia de un instrumento de integración normativa como el analizado.

Todo ello, permite establecer que el texto constitucional, no puede circunscribirse de manera condicionada a su articulado, pues como bien puede inferirse, la concepción de la figura del Bloque de Constitucionalidad amplia el plexo de garantías, las cuales no pueden ser desconocidas ni por quien aplica, ni como por el destinatario de la norma, dado que esa remisión de carácter internacional que por vía Bloque se hacen de las decisiones con raigambre humanitaria y de derechos humanos priman en el mismo nivel de Norma Supra.

Esta noción no es un tema que sea una invención del suscrito, tan solo es de recordar que se ha venido acuñando, así como también se ha:

“... aceptado por algunos doctrinantes que la normatividad constitucional no es privilegio exclusivo de los artículos que formalmente integran el texto de la Carta Política. El Estatuto Superior está compuesto por un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo que conforman el denominado “bloque de constitucionalidad” y que comparten con los artículos de texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden interno. En este sentido, la noción “bloque de constitucionalidad” pretende transmitir la idea de que la constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales.(C.C, Radicado 067, 2003).

Con estos visos y fundamentos históricos que dan cuenta del origen del Bloque de Constitucionalidad, presupuesto importante de esta investigación, dado que es por vía de la permisión del artículo 93 constitucional que se pueden implementar los convenios y tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia, tal y como sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual es el fundamento esencial para hablar del Control de Convencionalidad como una forma más de garantizar la seguridad jurídica dentro de las decisiones tomadas por los Operadores Jurídicos, en especial aquellas que tienen que ver con la afectación del derecho de la libertad individual personal, se pretende acudir en recurso extraordinario de casación penal por violación directa de la ley sustancial.

2. El Control de Convencionalidad una Ampliación del Plexo de Garantías Constitucionales

En atención a lo anterior, es pertinente traer a colación los aspectos de la concepción del Control de Convencionalidad, el cual se concibe como un instrumento de confrontación entre la normatividad local y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH), ha surgido el concepto control de convencionalidad para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia. (Sierra, p.2)

Es de anotar que el Control de Convencionalidad no surge de un modelo legislativo de derecho, pues sus orígenes se remontan a la fuente del derecho jurisprudencial, más exactamente a la pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo acercamiento a tal denominación, fue ventilada en los casos Myrna Mack y Tibi, situación que se vio concretada en el caso Almonacid Arellano vs. Chile:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la

Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el mismo sentido: Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.1732. (Sierra, p.4).

Este argumento dado para fundamentar el nacimiento del Control de Convencionalidad, se perfila dentro del presente tópico como el punto de partida para establecer la pertinencia de la investigación planteada dentro del eje temático objeto de análisis, pues precisamente dicha herramienta jurídica.

No cabe duda entonces, que la interpretación de la Convención se constituye en un símil del control de constitucionalidad, cuando se efectúa de manera automática y concentrada por parte del cuerpo colegiado de la Honorable Corte Constitucional, y si el recurso extraordinario de casación penal en Colombia, refiere un control legal y constitucional de las decisiones de los Operadores Jurídicos, bien podría establecerse en la misma línea de protección de garantías y derechos el Control de Convencionalidad, como un mecanismo idóneo que también debe de observar el Tribunal de casación a la hora de hacer la respectiva calificación de la demanda. De tal manera que es viable acudir al extracto jurisprudencial de la sentencia del 27 de enero, en el Caso Heliodoro Portugal contra Panamá, donde se manifestó que:

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad (2009).

Para argumentar de manera precisa el objeto de la investigación y en aras de que el lector tenga un ámbito de conocimiento más concreto de lo que se quiere buscar con la aplicación del control del convencionalidad en la casación penal colombiana, se señalan los siguientes insumos de relevancia investigativa:

Que es un control ejercido no solo internacionalmente por la Corte Interamericana, sino que también debe ser ejercido por los jueces internos por vía de control concreto, es decir por cualquier juez, o de control abstracto, función exclusiva de la corte Constitucional; b) Que el control de convencionalidad es superior a control interno de legalidad y de constitucionalidad; y c) Que en el control de convencionalidad, el cierre interpretativo lo da la Corte Interamericana y el cierre normativo, la Convención Americana de derechos Humanos. (Rincón, 2013, p. 206).

Bajo estos criterios hermenéuticos que se han venido desglosando a lo largo de esta proyección investigativa, y si se tiene en cuenta la anterior cita, que junto con la temática general del proyecto a indagar consolidan un proceso de poder ubicar un mecanismo de apoyo con mayor garantía judicial, es claro que existe la necesidad latente de poder llevar a un escenario como lo es la casación penal un constructo jurisprudencial, como es el caso del control de Convencionalidad, pues si este se encuentra en un nivel jerárquico más alto del control interno de legalidad y de constitucionalidad, su aplicación se hace necesaria *prima face*, más aun cuando se está frente a la efectividad de una justicia material, la cual no puede dejar de lado las garantías y derechos que le asisten a las personas que se ven inmersas en desagravios que pueden ser corregidos por la misma judicatura.

Igualmente es pertinente el enfoque investigativo planteado, por cuanto el mismo sigue una línea homogénea entre los presupuestos legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicados a un recurso extraordinario vía control, el cual no se aleja de los fines mismos de dicho recurso, sino que por el contrario refuerza las garantías y el objeto mismo de la casación dentro de un marco de extensión convencional aplicada a las controversias suscitadas a nivel interno.

El anterior fundamento, se precisa de manera más clara y concisa, con los pronunciamientos realizados, como por ejemplo con el caso Boyce y otros contra Barbados, donde se circunscribían unos hechos con ocasión de la obligación de imponer la pena de muerte a aquellas personas por los homicidios cometidos en Barbados, situación que dio origen a que se efectuara un pronunciamiento en los siguientes términos:

(...) el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Sentencia, 2007).

Entonces la figura del control de Convencionalidad, según (Rincón, 2013) “puede definirse como una actividad judicial operativa, respecto de los hechos y de las leyes, que hace efectivo el carácter normativo y legal de la Convención Americana de derechos Humanos y de todos aquellos tratados que comprenden el Sistema Interamericano de Defensa de estos derechos” (p.205)

De este modo, aquel conato conceptual que se estaba generando, como lo dice el autor arriba citado, vía de opiniones consultivas, y cuya doctrina lo resalta para el 2006, en el entendido de que los jueces de instancia deben de realizar este control en sus decisiones internas, genera la inquietud, de si es posible que la aplicación del control de convencionalidad se pueda realizar dentro del recurso de casación penal en Colombia, atendiendo a que el deber que plantea la Convención Americana sobre derechos Humanos de adoptar disposiciones de derecho interno, se constituyen en un criterio para la adopción de medidas que puedan garantizar la efectividad del derecho material.

Es preciso señalar que el Control de Convencionalidad, es consecuencia de lo que se denomina; “internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional” (Albanese, 2008, 13 y ss.). Es decir que la figura como tal se ha dado como una

necesidad frente a la aplicabilidad de instrumentos de adaptación constitucional, dada la connotación de los mismos.

Aunado a lo anterior, en la doctrina se ha referido que:

(...) el mencionado control surgió de la relación directa entre el derecho nacional y el derecho internacional, específicamente dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como mecanismo procesal desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para confrontar la leyes internas de los Estados y el articulado de la Convención Americana, con el fin de verificar el cumplimiento de los compromisos internacionales de los Estados pactantes, frente a la garantía de los Derechos Humanos consagrados en tal instrumento internacional, y a la investigación de las violaciones de Derechos Humanos ocurridas en sus territorios, mediante la aplicación de las normas internas que en todo caso, deben estar conformes al derecho internacional ya mencionado”. (Mora, J. 2012).

Lo acotado, es fundamento importante para afianzar los criterios de obligatoriedad de las decisiones internacionales, las cuales deben de tener consonancia con la normatividad interna, pues como bien se dejó sentado en el anterior capítulo, la figura del Bloque de Constitucionalidad no surgió como una forma de adornar el derecho, sino como un mecanismo idóneo para hacer cumplir los tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia, bajo los procedimientos establecidos para tal fin. La doctrina también hace énfasis en que:

El poder judicial debe ejercer una especie de <control de convencionalidad> entre las normas jurídicas internas, que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, interprete última de la Convención. (Hitters, J. 2012. P. 2.)

Esto significa, que existe una integralidad si se puede llamar así, entre las normas de orden internacional y las locales, en cuanto a las garantías jurídicas por parte de quienes administran justicia, en aras de evitar vulneraciones a derechos de orden fundamental, lo cual se logra aplicando el control de convencionalidad.

Hay que referir al señor Sergio García Ramírez, ex Juez y ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el pionero en hablar del control de convencionalidad, que en sus inicios se gestó con una sinonimia que se hace necesario transcribir en los siguientes términos:

Al control de constitucionalidad ha venido a añadirse lo que pudiéramos denominar – siempre en aras de los derechos humanos– control de internacionalidad en la medida en que se trata de valorar actos nacionales a la luz de actos internacionales: aquéllos de voluntad doméstica; éstos de voluntad regional e inclusive ecuménica. [...] En fin de cuentas, se trata de un control de juridicidad derivado de una triple idea, traducida en otros tantos planos de una realidad convergente: hay un proyecto humano universal por encima o por debajo –como se quiera– de particularidades admisibles y hasta plausibles; existe una cultura jurídica en la que ese proyecto se refleja, multiplica y difunde; y han surgido unos organismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales que tienen a su cargo servir a tal proyecto

conforme a los principios y a las normas que derivan de esa cultura. Así las cosas nos hallamos ante un higher law o supreme law of the land.”(García, 2002, 435–436).

La interesante postura del mencionado jurisconsulto, constituyó toda una teoría de avanzada constitucional que dio pie para que ese denominado control de internacionalidad mutara en su máxima expresión, es decir en convencionalidad, que siguiendo su línea de creación, es de rescatar aquellos extractos jurisprudenciales que fundamentaron su actual aplicación, que en un primer embate se estableció de la siguiente manera:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho Interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte a sólo a uno o alguno de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio, sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto, y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional. (Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala).

Luego en un avance más comparativo entre el control interno de constitucionalidad frente al control externo del derecho internacional, se refirió a que se debía aplicar una figura que

guardará proporciones similares con la aplicación de dicho mecanismo de convencionalidad, para lo cual expreso:

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos. (Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia del 7 de septiembre de 2004.)

Este concepto fue consolidado en el año 2005, cuando se profirió la sentencia del 23 de junio, donde el mismo Juez para la fecha; García Ramírez, en su voto razonado sostuvo que:

Por lo demás, la idea de que la orientación jurisprudencial razonablemente formada, ponderada, reiterada –hasta constituir una ‘jurisprudencia constante’–, puede proyectarse sobre situaciones en las que aparecen las mismas condiciones de hecho y de derecho que han determinado aquélla, es perfectamente consecuente con el quehacer de un tribunal internacional de ‘convencionalidad’, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada a aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos multilaterales que le confieren competencia material. (Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua).

Las importantes aportaciones para la ciencia jurídica realizadas por el mencionado ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la materia se refiere, esto es, la concepción de un control convencional de las decisiones judiciales como garantía para la seguridad jurídica interna, son el soporte para que hoy por hoy se establezca el acatamiento de dicha figura jurídica en los términos de la convención, tal y como lo expresó el togado en la sentencia del 1º de febrero del año 2006, según la cual:

Al analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el ‘control de convencionalidad’– debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia (Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras).

Sin duda estas marcadas tendencias frente al origen del control de convencionalidad, se constituyen en un acierto jurídico, el cual obliga a que los Operadores Jurídicos de Instancia a parte del sometimiento al imperio de la ley, y bajo esa misma línea de obligatoriedad, tengan que realizar un estudio minucioso entre la apreciación del sistema domestico con el foráneo, lo que permite que

se amplíe la órbita de análisis y de competencia a la hora de administrar justicia en su sentido literal.

En este punto se rescatan las bases que fungieron como partida para afianzar el control de convencionalidad dentro de los parámetros estatales con aplicación directa del constitucionalismo, para darle el carácter de obligatoriedad dentro del régimen jurídico interno, ejemplo de ello es que:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones. (Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso Aguado Alfaro y otros vs. Perú.2006)

De igual manera este desarrollo precedente que fundamenta la investigación objeto de estudio, pone de manifiesto todo un recorrido en orden de importancia como bien se ha venido dilucidando para afianzar la propuesta temática que se hipotizó frente a los alcances del marco de

referencia al final de esta labor investigativa, lo cual permite hacer alusión a estos hitos como se evidencia a continuación:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. (Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México).

La cita en mención que fue precisamente plasmada en la sentencia del 26 de noviembre del año 2010, alude a una amplitud frente a los controles que se deben de tener de las decisiones judiciales, poniendo de manifiesto que no solo está en cabezas del Operador Jurídico hacer ese control, sino que la judicatura en pleno lo debe de realizar, puesto que la fundamentalidad de los tratados internacionales, en especial aquellos que tienen que ver con protección humanitaria, se deben de acoger en todos y cada uno de los órdenes de la administración de justicia.

Los avances en la materia han sido tangenciales, pues no solamente el análisis de contraste se hace en relación entre el ordenamiento jurídico local y el internacional, sino que también se deben de tener en cuenta otros aspectos u órganos que vinculan un control de convencionalidad, o figuras jurídicas como la casación penal, cuyo enfoque de sustentación se realizará en su debido momento dentro del presente trabajo investigativo, así las cosas:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial [...]”. (Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, 2011).

Ahora bien, la temática dentro del contexto general de lo que se puede comprender, según lo ha manifestado la doctrina, como *corpus juris*, es decir esa integralidad de instrumentos

internacionales que dada su connotación conforma también un Bloque de Convencionalidad, se ha dicho lo siguiente:

(...) Está compuesto por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y próximamente la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. (Cfr. OEA, http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto_materia.asp#DEREHUM).

En este orden de ideas, queda establecido un plexo mayor de garantías, que no solo comprende como en sus inicios se instituyó que la única llamada para la aplicación del control de convencionalidad era la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que existe todo un cuerpo jurídico que también es vinculante para los Estados parte, el cual no puede ser desconocido, sino que por el contrario tiene que ser aplicado en los mismos términos del bloque de convencionalidad.

Nótese como entonces, el concepto primigenio del control de convencionalidad ha surtido toda una evolución jurídica, que en la actualidad no puede ser desconocido por determinada instancia doméstica, pues su mayor punto de confluencia está en identificar si las decisiones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dada su vinculatoriedad están siendo desconocidas o desatendidas por el régimen interno, y si el denominado *corpus juris*, constituye núcleo suficiente para determinar que se está ante un verdadero bloque de convencionalidad, que de por sí ya lo es, según lo que se explicitó renglones arriba. En esa evolución también la doctrina sostiene que existen unos principios del derecho internacional para aplicar el control de convencionalidad que de acuerdo con el Posdoctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Andrés Gil Domínguez, estos se pueden dar de la siguiente manera:

a) Principio de Autoejecutoriedad (o de eficacia directa)

Otorga carácter operativo a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, lo cual implica la posibilidad de aplicar las disposiciones convencionales directamente en el orden interno, sin necesidad de aguardar su desarrollo legislativo o administrativo previo.

b) Principio de Progresividad

Una vez ingresado un derecho humano al sistema jurídico interno, se arriba a un estadio que no puede ser desconocido ni retrogrado en el futuro. La progresividad supone una tendencia hacia la extensión de los derechos humanos.

c) Principio de Irreversibilidad

Consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho humano como inherente a la persona, una vez que el Estado lo ha reconocido en un instrumento

internacional. La incorporación de un instrumento internacional produce efectos irreversibles, de tal manera que si en un futuro el Estado denunciase el tratado sobre derechos humanos, solo se liberaría de las obligaciones internacionales y del sometimiento a los organismos de protección, pero el derecho reconocido permanecería en la esfera de los derechos implícitos.

d) Principio Pro Homine

Indica que el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana y para su libertad y sus derechos; este principio se encuentra receptado por el artículo 29 de la CADH.” (Gil, 2010).

De las referencias anteriores, se puede inferir de manera clara que el concepto de bloque de convencionalidad, ya no es una simple alusión innovadora sobre si los criterios de orden internacional deben ser acogidos por el ordenamiento interno de determinado Estado, sino que se constituye en toda una teoría pragmática que no se puede obviar de manera alguna por los miembros parte de la convención, y en especial por quienes tienen el compromiso de administrar justicia, puesto que bajo el imperioso sometimiento a la ley, según lo establece el constituyente primario de 1991 -artículo 230, existe una tarea inmaculada de que se revisen todas y cada una de las actuaciones judiciales, no solo al amparo del ordenamiento jurídico interno sino en consonancia con aquellas de orden internacional, en especial aquellas que vía bloque de constitucionalidad hacen posible que se amplíe el radio de acción en cuanto a la protección de garantías cuando existen desagravios frente a derechos fundamentales.

Lo dicho con antelación, tiene sustento en el mismo articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la cual se instituyó lo siguiente:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

Esta manifestación adoptada, asegura el cumplimiento integral entre las disposiciones internacionales y las nacionales, dado que no se pueden omitir tales prerrogativas al momento de que las mismas puedan hacerse efectivas en determinado caso, pues es labor del Operador Jurídico de turno tener la sagacidad para implementar el control convencional cuando se esté frente a una situación que lo amerita, o que por su connotación en relación con la controversia jurídica, posea insumos de tan alto rango para contrarrestar vulneraciones de rango constitucional.

Precisamente el foco investigativo de la propuesta temática del presente trabajo, tiene por objeto determinar como la aplicación de instrumentos internacionales como el bloque de convencionalidad, refuerzan la garantía de seguridad jurídica, en cuanto permite que un recurso de tan gran exigibilidad como es la casación penal, tenga la posibilidad de ser confrontado con los designios de la Convención Americana de Derechos Humanos, o con el *Corpus Juris*, como un todo, para poderlo usar como vía de demanda por la violación directa de la ley sustancial.

Como bien se dijo líneas arriba, el ordenamiento jurídico interno está sometido al imperio de la ley, pero esto no obsta para que esa concepción sea unívoca o aplicada en su sentido literal, lo que permite este derrotero es que se extienda un precepto interno en torno al cabal cumplimiento de los compromisos suscritos y debidamente ratificados por el Estado parte, para lo cual es preciso reafirmar que:

Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también serán sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque sus efectos de las disposiciones de la Convención no se verán mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana. (MacGregor, 2010.p. 29).

Esta alusión, permite que se aplique de manera efectiva esa internacionalización del derecho constitucional, al régimen jurídico interno, lo que sin lugar a dudas activa los mecanismos de protección acogidos por el Estado local, desde todo punto de vista, pues no solamente se debe

de hacer un estudio genérico de la controversia a luz del derecho interno, sino en correlación a las directrices del derecho internacional que para el caso concreto, estarían dados por la obligatoriedad de la asunción de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el *Corpus Juris*, que pueda comprender todo un conjunto de instrumentos de orden imperativo internacional.

Así las cosas, y para afianzar la categoría de la constitucionalización del derecho internacional es preciso evocar la doctrina para argüir que:

Desde la perspectiva se precisa que el control de convencionalidad constituye una garantía de armonización del derecho vigente en los Estados, en búsqueda de la vigencia efectiva de los derechos y garantías consagrados en los instrumentos internacionales que obligan a todos los Estados signatarios. Esto se ha entendido como la construcción de un orden jurídico constitucional fundado en el respecto por los Derechos Humanos consagrado en el Derecho Internacional. (Tobo, 2012).

El desarrollo antecedente aquí dilucidado, da cuenta de cómo el derecho internacional ha sufrido una constitucionalización, que en otrora era una simple avenencia, pero que en la actualidad es una realidad obligacional que debe ser confrontada entre la normativa interna y la foránea, en atención precisamente a ese carácter de imperativo legal frente a su cumplimiento.

Aunado a lo anterior, es importante revisar también como la jurisprudencia colombiana ha asumido ese criterio de avance de la aplicación de los contenidos de orden internacional, ejemplo de ello es que de acuerdo con la Sentencia de Tutela del año 2003, se reafirmó que:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la Organización de Estados Americanos, como lo indica el artículo 51 de la Carta de la OEA. Colombia forma parte de la Organización de Estados Americanos. Además, es Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos - aprobada por la Ley 16 de 1972 y ratificada el 31 de julio de 1973- la cual en su parte segunda, capítulo VI, fija los órganos competentes para la protección de los derechos consagrados, dentro de los cuales se encuentra la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue adoptado por la Asamblea General de la OEA, en la cual participa Colombia. El Reglamento de este órgano autónomo de la OEA es desarrollo del Estatuto que a su vez lo es de la Convención, y por ello forma parte de esta última. La Convención, como tratado de derechos humanos, según el artículo 93 constitucional, inciso primero, está incorporada al ordenamiento interno y hace parte del bloque de constitucionalidad. (St. T-786/03. M.P. Monroy).

Lo anterior hace hincapié que dos años más tarde la misma Corporación de Cierre Constitucional, hiciera énfasis en la vinculatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a infracciones de estos, arguyendo que:

Los funcionarios judiciales a su vez, deben tener como criterio interpretativo relevante, la doctrina elaborada por los organismos internacionales de control de los tratados, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una visión integral de los derechos

humanos que permitirá cumplir con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional, de los cuales también hacen parte los principios generales del derecho internacional y la costumbre internacional. El reto entonces, tanto para el legislador como para los jueces, es establecer los primeros, y aplicar los segundos, mecanismos jurídicos que permitan la consecución de una paz real y duradera, sin desconocer los postulados constitucionales edificados en el respeto por la dignidad humana y en las obligaciones internacionales de Colombia en materia de derecho humanos y de derecho internacional humanitario. (St. C-370/2006. M.P. Cepeda, Córdoba, Escobar, Monroy, Tafur & Vargas).

La Corte Constitucional, en desarrollo de su actividad jurisdiccional y como guardiana “...de la integridad y supremacía de la Constitución...” (Constitución, 1991), ha sido una fehaciente articuladora de la vigencia del derecho tanto de orden nacional como internacional, compilando la obligatoriedad de las decisiones de convencionalidad dentro de los derroteros a seguir por el ordenamiento jurídico interno, es decir que se ha tomado la tarea de que esos fundamentos de constitucionalización del derecho sean pilares de membrecía que se deben tener en cuenta a la hora de tomar decisiones de orden judicial.

Bajo el mismo énfasis, la Corporación Constitucional, refirió en la Sentencia C-936 de fecha 23 de noviembre del año 2010, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, que:

Entre los asuntos que han sido objeto de interpretación y precisión a través de estas decisiones, se destacan, por su relevancia para el presente estudio, los siguientes: (i) La obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas. (ii) La incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos: (iii) La eventual aplicación del principio de oportunidad frente a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos. Una referencia a un caso colombiano. (iv) El derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales. (v) La no suspensión de las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los derechos humanos, mientras se adelantan procesos de paz. (vi) El deber de reparación de los graves atentados contra los derechos humanos. (vii) El derecho de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad. Las anteriores conclusiones provienen de sentencias de un tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. **El artículo 93 de la Constitución colombiana prescribe que los derechos y deberes consagrados en esa Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, por lo que la jurisprudencia reseñada resulta relevante para la**

interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno.

(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Esto contrasta en la misma línea de protección integral de las decisiones o pronunciamientos internacionales frente al orden interno del Estado, el cual no puede socavar derecho alguno que vaya en contravía de las garantías asumidas dentro del rol o papel que hace el intérprete de la norma, al aplicar una figura convencional para zanjar los vacíos que se puedan presentar para el caso concreto. Es de recordar que según la doctrina, esta teoría se afianza, en tanto:

(...) el control de convencionalidad de las leyes es un instrumento que permite a los jueces y tribunales verificar la compatibilidad de la legislación ordinaria con los tratados internacionales de derechos humanos y así cumplir la importante función de agentes activos de la internacionalización del Derecho. (Velandía, 2009. P. 193-194).

Al unísono el autor manifiesta que:

(...) Constituye un “parámetro o bloque de convencionalidad” que debe ser interpretado y aplicado por los jueces constitucionales nacionales, de una mutación positiva del principio de la supremacía constitucional, de la “inconvencionalidad” de las normas locales y de la “declaratoria de inconvencionalidad” de una norma o dispositivo nacional.” (Velandía, 2009. P. 210).

En reiteración y confirmación de lo que se ha venido asentando dentro de este capítulo ilustrativo frente al control de convencionalidad, se recalca que:

El artículo 2 de la Convención Americana, en virtud el cual los Estados Partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana, abre efectivamente la posibilidad de un control de convencionalidad, con miras a determinar si los Estados Partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana, así como la del artículo 1.1”, que establece la obligación a los Estados Partes, de respetar los derechos contenidos en la Convención.(Quinche, 2009, p. 178).

Resulta de gran utilidad para la investigación propuesta, el componente analítico que se ha venido produciendo sobre el control de convencionalidad para aterrizar en adelante el tema problemático que se pretende despejar de manera positiva, en relación con la aplicación del referido control convencional en sede del recurso extraordinario de casación penal, que sin ser un exabrupto a los contenidos constitucionales, se constituye en parámetro importante a la hora de identificar una afectación de derechos fundamentales por violación directa de la ley sustancial.

Ahora, todo este sustrato histórico del origen y desenvolvimiento de la figura del control de convencionalidad, si bien ha tenido una evidente tendencia por el abarcamiento integral de la normatividad tanto interna como externa, su fundamento sigue siendo latente en dicha dirección, pues la Honorable Corte Constitucional colombiana, así lo establece cuando expresa que:

La línea jurisprudencial trazada por la Corte ha sido pacífica y reiterada en afirmar que la jurisprudencia proferida por organismos internacionales, y en este caso en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sirve como criterio relevante que se debe tener en cuenta para fijar el alcance y contenido de los derechos y deberes que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, también ha dicho que el alcance de estas decisiones en la interpretación de los derechos fundamentales debe ser sistemática, en concordancia con las reglas constitucionales y que además cuando se usen precedentes de derecho internacional como criterio hermenéutico se deben analizar las circunstancias de cada caso particular para establecer su aplicabilidad. (St. C-327/16. M.P. Ortiz, G).

Teniendo esta sólida base de orden factico y jurídico sobre el control de convencionalidad, se precisará de manera clara y específica en adelante, el marco teórico de sustentación de la hipótesis planteada con la finalidad de que la misma soporte el ámbito de debate y crítica dentro de la academia, como una de las formas de generar espacios de investigación y compromiso para con la comunidad educativa.

4. El Control de Convencionalidad Aplicado en Sede del Recurso Extraordinario de

Casación Penal por Violación Directa de la Ley Sustancial.

4.1. Aproximación Temática sobre la Procedencia del Recurso de Casación Penal por Violación Directa de la Ley Sustancial.

Colombia a lo largo de la historia ha venido adoptando una serie de parámetros de control social, para contrarrestar las diferencias suscitadas entre las personas que integran el Estado. Para

tal fin los modelos de última ratio –derecho penal, son entre otros, una de las formas de poder garantizar el concepto de justicia dentro del ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, no se podría hablar de una política criminal acorde con un Estado Social de Derecho (artículo 1º de la Constitución Política de 1991), si no se atiende a un paradigma que garantice los derechos que le asisten a todas aquellas personas que se ven inmersas en una responsabilidad penal, cuando tratándose de ejercer una defensa material y técnica no existiere un control constitucional y legal, vía acción o de recursos, que permitiere activar el aparato jurisdiccional para soslayar tal inequidad.

Bajo este contexto, se debe de abordar el concepto del recurso extraordinario de casación penal, el cual se ha erigido desde Francia en 1789, según lo afirma Martínez (2013), “...como una necesidad de control por parte del ostentador del poder de turno, (...) 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” (p213).

Lo anterior significa que las bases del mencionado recurso extraordinario, no poseen un origen legal sino político, es decir que ante las nuevas perspectivas jurídicas que se vendrían en delante de la toma de la Bastilla, se debía instituir un mecanismo para poder controlar al juzgador de turno, frente a la interpretación que de la ley realizaba, situación que también ha sido reconocida por la Colegiatura de la Honorable Corte Constitucional, en la Sentencia C- 590 de fecha 08 de junio del año 2005, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, en los siguientes términos:

La casación se concibió como un ámbito de defensa de la legalidad en virtud del cual se superan las violaciones de la ley contenidas en las sentencias de mérito. En razón de ello, el recurso de casación se asumió como una institución emblemática de la modernidad política y, además, adquirió una impronta garantista. Dos situaciones explican el carácter con el que surgió el recurso extraordinario de casación. Por una parte, el giro que se presentó en la formulación del derecho positivo, pues por tal dejó de considerarse la manifestación de la sola voluntad del soberano y en su lugar se tomó, de la mano del contractualismo clásico y fundamentalmente de Rousseau, como la expresión de la voluntad general del pueblo. Y, por otra parte, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, que, de proclama revolucionaria, pasó luego a convertirse en un derecho expresamente reconocido en la Declaración de 1789. En este contexto, cuando a través de la casación se controlaba que las sentencias proferidas por los jueces fuesen respetuosas de la ley, lo que se hacía era estructurar y dinamizar un instrumento normativo que permitía reforzar esa concepción de la ley y su aplicación igualitaria. En efecto, aún hoy, cuando se casa una sentencia judicial se hace primar la voluntad general expresada en la ley sobre la voluntad individual del juez y se le asegura al ciudadano que esa ley se aplica a todos con sentido igualitario.

Desde entonces se ha apostado por la casación como un mecanismo por medio del cual se asegura la sujeción de los jueces a la ley y, por esa vía, se mantiene el efecto vinculante del derecho positivo. De allí que la Corte de Casación se haya consolidado como un órgano de disciplina que asegura la observancia de la ley en la administración de justicia y, por esa vía, como un realizador del principio de igualdad en su aplicación, pues

al unificar su interpretación evita decisiones judiciales desarmónicas o incluso contradictorias.” (Corte Constitucional, 2005).

Ahora bien, con la adopción de un modelo centralista constitucional como se configuro con la expedición de la Suprema Carta de 1886, Colombia inserta dentro del ordenamiento jurídico el concepto de casación, atribuyéndole a la Honorable Corte Suprema de Justicia el papel preponderante de Tribunal de casación, de tal manera que:

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”. (Martinez, 2013, pág. 215).

Así las cosas, si bien la Institución del Recurso extraordinario de Casación en materia penal tiene una configuración de origen político, esto no significa que el actual control legal y constitucional que se le realizan a las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales de Distrito Judicial, hayan perdido esta esencia, tan solo los paradigmas evolutivos de las relaciones sociales han permitido que se adecuen a las necesidades del sistema de justicia de cada país.

Entonces, desde el marco legal colombiano, el legislador instituyó el recurso extraordinario de casación penal a partir de la Constitución Nacional de 1886, que en su artículo

151 marco una tendencia para que se pudiera alinear con la ley 61 de dicha anualidad, donde se estableció esta figura dentro del modelo de la última ratio judicial.

Para tal efecto, el artículo 37 de la citada ley, enunciaba que la Corte Suprema conocería como Tribunal de Casación de aquellos delitos estipulados en el artículo 29 de la Constitución, menos de aquellos delitos militares que allí se mencionaban. En tal sentido, el artículo constitucional consagraba la procedencia del recurso de extraordinariedad, en los siguientes términos:

Artículo 29. —solo impondrá el legislador la pena capital para castigar, en los casos que se defina como más graves, los siguientes delitos, jurídicamente comprobados, a saber: traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería y ciertos delitos militares definidos por las leyes del ejército. En ningún tiempo podrá aplicarse la pena capital fuera de los casos en este artículo previstos. (Constitucion, 1886).

Para poder configurar este marco legal sobre el nacimiento en Colombia del Recurso Extraordinario de Casación Penal, es necesario establecer las causales dadas para que se pudiera interponer el referido recurso, lo cual hace necesaria su transcripción literal en los siguientes términos:

ARTÍCULO 38. Son causales de nulidad, para el efecto de interponer recurso de casación, los hechos siguientes:

1o. Ser la sentencia, en su parte dispositiva, violatoria de ley sustantiva o de doctrina legal o fundarse en una interpretación errónea de la una o de la otra.

2o. Hacer indebida aplicación de leyes o de doctrinas legales al caso del pleito.

3o. No ser la sentencia congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

4o. Condenar a más de lo pedido, o no contener la sentencia declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito.

5o. Contener el fallo, en su parte resolutive, disposiciones contradictorias.

6o. Ser la sentencia contraria a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio.

7o. Haber habido, por razón de la materia sobre que ha versado el pleito, abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, por haber conocido el Tribunal en asunto que no sea de la competencia judicial, o dejado de conocer cuando tuviere el deber de hacerlo.

8o. Haberse incurrido, en la apreciación de las pruebas, en error de derecho o en error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador.

9o. Haberse faltando en el procedimiento a alguna de las formalidades que de suyo inducen nulidad y no haberse podido, en consecuencia, hacer eficaz el derecho por parte del demandante, o la defensa por parte del demandado. Las infracciones en el

procedimiento que no hayan de producir necesariamente uno de estos dos efectos, no servirán de fundamento para la casación.

En los asuntos criminales y para los efectos de este inciso, se considerará a la parte del reo asimilado a demandado; y al acusador particular o al Representante del Ministerio Público, asimilado a demandante. (Constitucion, 1886).

Ahora bien, la evocación del derecho francés regulado por el Decreto del 27 de noviembre de 1970 de la Asamblea Constituyente Francesa, donde se establecía que habría un Tribunal de casación junto con el cuerpo legislativo, presupuso que:

Una vez derogado el Código de Napoleón se admitió ampliamente la casación por interpretación viciosa de la ley, lo que obligó al Tribunal a Indagar el espíritu de la norma, eliminándose así la prohibición de motivar la sentencia. Se regulo él envió adquiriendo así una función positiva. El Tribunal tomo el nombre de Cour de Cassation a partir del senadoconsulta de 28 Floreal año XII (18 de mayo de 1903) adquiriendo así su naturaleza jurisdiccional definitivamente, incorporándose al poder judicial del Estado. (Monografias.com, pág. 2).

Lo cierto, es que la casación penal evolucionó de manera más ágil que la civil, según lo reseñan los estudios de Nieva Fenoll “quien refiere que por la ley de 16 de septiembre de 1971 se abrieron dos nuevos motivos para ella, como eran: la falsa aplicación de la ley y la violación o la omisión de las formas esenciales de la instrucción procesal.

En este orden antecedental desde la perspectiva doctrinal, no se puede obviar que la anterior mención se estableció con unos fines propios, tales como;

El reconocimiento de la falsa aplicación de la ley como motivo de la casación penal, fue más que todo asegurar el cumplimiento del código penal de 1971, pero esa aplicación de analizar la falsa aplicación de la ley le otorga carácter jurisdiccional al recurso, al menos en lo relativo al ámbito penal, aun y cuando no podía ofrecer la solución del asunto, para lo cual se instituye el reenvió. En un siguiente periodo el Tribunal de Cassation pasa a ser Cour de Cassation, la que traslado el motivo de la falsa aplicación de la ley al campo civil. A partir de ello la Cour conoció del fondo de los asuntos, pese a que la ley que le había instaurado prohibía dicho conocimiento, pero a partir de las críticas que se hicieron a la ley 1 de abril de 1837 que autorizaba tal práctica, la Cour vio limitada su competencia a la cuestiones de derecho lo que se ha reflejado en muchas legislaciones de la época actual. (De León Velasco, Tesis Doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona)

Dentro de este marco normativo, se expidieron algunas reformas tendientes a los procedimientos judiciales que tenían que ver con el tema de la casación penal, tales como la ley 105 de 1890, la ley 169 de 1896, la ley 78 de 1923, la ley 118 de 1931, la ley 94 de 1938, el Decreto 528 de 1964, el Decreto 409 de 1971, el Decreto 0050 de 1987 denominado Código de Procedimiento Penal, hasta que se llega a la Constitución Política de 1991, y se instituye que dentro de las atribuciones de la Corte Suprema de justicia, estaban las de “1. Actuar como Tribunal de Casación. (...)”. (Constitución, 1991).

Esta disposición normativa del Recurso Extraordinario de Casación Penal, mantuvo su línea de diseño, hasta lo que se estipuló en el Decreto 2700 de 1991, la ley 553 del año 2000, la ley 600 del 2000 y la ley 906 del año 2004.

Ahora bien, en lo referente a la presente investigación, la ley 906 del año 2004 por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal actual de tendencia acusatoria, se constituye en el derrotero a tener en cuenta para delimitar el alcance de la aplicación del control de convencionalidad dentro del recurso extraordinario de casación penal por violación directa de la ley sustancial que se propone, para lo cual es pertinente, resaltar que la mencionada ley procedimental, articula todo el esquema de la casación dentro del Capítulo IX, artículos del 180 al 191, donde se resalta precisamente la taxatividad de las causales, entre otros aspectos de la siguiente manera:

1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.
2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.
3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.
4. Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil. (Ley 906/04, art. 181).

Para tal efecto, la procedencia del recurso extraordinario de casación penal en Colombia, esta reglado dentro de unos parámetros taxativos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de estudiar su viabilidad para cada caso concreto, lo cual exige una técnica específica y un experto profesional del derecho que pueda identificar los yerros que se pudieron o no haber cometido por el Operador Jurídico de turno encargado de proferir la sentencia que puede ser objeto del mencionado recurso.

Ante esta realidad jurídica, y teniendo en cuenta que el recurso extraordinario de casación penal refiere un control legal y constitucional frente a las decisiones tomadas por los Juzgadores de Segunda Instancia debidamente ejecutoriadas cuando se afecten precisamente aquellos derechos o garantías fundamentales, surge la proposición, de si aparte de esa legalidad y constitucionalidad que debe ser sometida a control, también se hace necesario tener en cuenta los criterios de carácter internacional, como son los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que a través del control de convencionalidad vía bloque de constitucionalidad, hacen parte del ordenamiento jurídico interno, razón por la cual se legitimaría el carácter normativo de la jurisprudencia internacional, para que se pudiese demandar en sede del mencionado recurso una violación directa de la ley sustancial.

Bajo este derrotero, el artículo 181 de la ley 906 del año 2004, en su numeral primero instituyó que se puede acudir en casación penal, cuando se afecten en derechos o garantías fundamentales por violación directa de la ley sustancial, en los siguientes eventos: “falta de aplicación, interpretación errónea, **o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad**, constitucional o legal, llamada a regular el caso”. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Nótese entonces como el legislador de turno –ley 906 del 2004, incluyo dentro de la causal primera para acudir en casación penal, la aplicación indebida de una norma contenida en el bloque de constitucionalidad, y bajo esa puerta de entrada, es precisamente sobre la que recae el postulado investigativo propuesto, indicando que ese control convencional que se efectúa a las decisiones proferidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, por medio de su jurisprudencia, son el insumo para que el carácter normativo de la jurisprudencia en mención pueda ser objeto de discusión en sede de casación penal por violación directa de la ley.

Lo mencionado, posee precedencia dentro de las decisiones proferidas por la Corte de Cierre Constitucional colombiana, en sentencia de constitucionalidad C- 590 del año 2005, donde el Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, postulo que:

De todas maneras, para la Corte es claro que la expresa configuración legal de la casación penal como “*control constitucional y legal*” evidencia el propósito de adecuar el instituto, de una manera mucho más directa, a referentes constitucionales. Es decir, al concebir el recurso extraordinario de casación como un control constitucional y legal, se está evidenciando que la legitimidad de la sentencia debe determinarse no sólo a partir de disposiciones legales sustanciales y procesales, sino también respecto de normas constitucionales en tanto parámetros de validez de aquellas. Y esto, en la estructura y dinámica de las democracias constitucionales, es comprensible pues de la misma manera como la legitimidad de la ley, incluida, desde luego, la ley penal, no se infiere de sí misma sino de su compatibilidad con el Texto Fundamental; así también, la legitimidad

de las sentencias judiciales debe soportarse tanto en la ley como en el ámbito de validez de ésta.

(...)

En este entendido, la afectación de derechos o garantías fundamentales se convierte en la razón de ser del juicio de constitucionalidad y legalidad que, a la manera de recurso extraordinario, se formula contra la sentencia. O lo que es lo mismo, lo que legitima la interposición de una demanda de casación es la emisión de una sentencia penal de segunda instancia en la que se han vulnerado derechos o garantías fundamentales. Precisamente por ello se ha presentado también una reformulación de las causales de casación, pues éstas, en la nueva normatividad, sólo constituyen supuestos específicos de afectación de tales garantías o derechos. En efecto:

a. La causal primera recoge los supuestos de violación de derechos o garantías fundamentales por falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso. Adviértase cómo, en esta causa, se hace una referencia expresa a normas del bloque de constitucionalidad o constitucionales; referencia que resulta compatible con la índole del recurso como juicio de constitucionalidad y legalidad contra la sentencia. Carecería de sentido que, a pesar de habersele conferido ese alcance tan relevante, sólo hubiera lugar a la casación penal por infracción de normas legales y no de otras normas superiores. (Corte Constitucional, 2005).

De igual forma en lo atinente con la finalidad de esta causal, la misma está dada en “...permitir el examen de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segunda instancia, en

virtud del yerro en que pudo incurrir el sentenciador al aplicar la normatividad llamada a regular el caso concreto, bien por falta de aplicación o exclusión evidente, aplicación indebida, o interpretación errónea de la ley sustancial”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008, Radicación No.29183).

Pero no siempre fue así, pues es de recordar que en la ley 600 del año 2000, en el artículo 207 se contemplaron las causales de casación penal, donde la primera de ellas se circunscribía a establecer que la misma operaba, “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”, lo cual permitía que se pudiera acudir por medio de esta causal la violación directa e indirecta de la ley sustancial. La anterior situación no sucede tratándose de la ley 906 del 2004, en el entendido que la violación directa de la ley sustancial se acoge mediante la causal primera y la violación indirecta por la causal tercera, lo cual hace menester de un estudio individualizado de cada causal a la luz del modelo acusatorio.

Ahora, en lo atinente a dicho sistema acusatorio, se tiene que para establecer el error por violación directa de la ley sustancial, es preciso identificar tal yerro, teniendo en cuenta lo siguiente:

- (i) Falta de aplicación o exclusión evidente, que se presenta cuando el funcionario judicial yerra acerca de la existencia de la norma y por eso no la aplica al caso específico que la reclama; ignora o desconoce la ley que regula la materia y por eso no la tiene en cuenta habiendo incurrido en error sobre su existencia o validez en el tiempo o en el espacio.

- (ii) Aplicación indebida, que se origina cuando el funcionario se equivoca en la selección del precepto jurídico y decide aplicar uno que no regula la materia. En consecuencia, el hecho no se adecúa al supuesto de la norma elegida para resolver la controversia. O,
- (iii) Interpretación errónea, que ocurre cuando el Juez selecciona adecuadamente la norma que corresponde al caso sometido a su consideración, pero se equivoca al interpretarla y le atribuye un sentido jurídico que no tiene o le asigna efectos contrarios a su real contenido.

Además, debe abstenerse de reprochar la prueba y realizar un estudio puramente jurídico de la sentencia.

Igualmente, si como consecuencia de la errónea interpretación de la ley, ésta se deja de aplicar o se aplica indebidamente, debe dirigir su acusación hacia una de estas dos hipótesis y no hacia la interpretación equivocada de la ley.

Pero si el demandante predica aplicación indebida de una norma, tiene que precisar el precepto inadecuadamente utilizado y aquél que en su lugar debe ser atribuido.

Deberá tener en cuenta, además, que respecto de una misma disposición legal no puede alegarse simultáneamente falta de aplicación y aplicación indebida; así mismo, está obligado a indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal y citar las normas que se estiman infringidas. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2016, Radicación No. 48200).

La anterior cita, permite ubicar al Censor dentro de la causal primera de la ley 906 de 2004 sin que pueda prestarse para confusión alguna, puesto que la claridad con la cual se esquematiza la misma al momento de poderla acreditar, no es dable que se interpole con otra disímil a esta. Para

tal efecto su procedencia tiene que estar enmarcada dentro de los derroteros de idoneidad con los cuales se pretende demostrar el error por violación directa de la ley sustancial.

Aunado a lo anterior, es prudente traer en cita lo que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en relación con la con el tema en comento:

Tal como lo tiene dicho en forma pacífica la jurisprudencia de la Sala, cuando se trata de desarrollar la causal seleccionada por el libelista para derruir el fallo, se encuentra obligado a respetar los fundamentos fácticos y probatorios que le sirvieron de base a la declaración de justicia, así como la valoración probatoria que de los mismos realizó el fallador de segundo grado, para sí concentrar su atención exclusivamente en el error de juicio que sin mediación alguna recae sobre la norma sustancial, pues si pretende ventilar discusiones alrededor de la apreciación de la prueba o de los supuestos facticos, para ello cuenta con la causal que por naturaleza está concebida para tal efecto, esto es, la violación indirecta de la ley sustancial, contenida en el numeral 3º del mencionado artículo 181 de la Ley 906 de 2004. (CSJ, Sala de Casación Penal, Radicado 25.971, 2006).

Visto lo anterior, queda claro que la causal primera que se ha venido fundamentando a lo largo de esta postulación temática, posee una línea demostrativa propia que no se puede confundir con otra, ni debe ser objeto de una formulación indebida, pues esto haría que la técnica del recurso no se ciña a los lineamientos propositivos del legislador, lo cual carece de todo sustento jurídico al momento de censurar el error por esta vía.

5. El Control de Convencionalidad en sede de Casación Penal

A lo largo de esta investigación, se ha venido postulando que el recurso extraordinario de casación penal ha tenido una serie cambios desde que el legislador local lo incluyó dentro de los mecanismos de control sobre las decisiones judiciales, con énfasis especial en el modelo acusatorio colombiano adoptado mediante la ley 906 del año 2004, específicamente en lo atinente a la causal primera del artículo 181 de la norma en mención.

Para tal efecto es indefectible que la evolución del derecho, así como las necesidades surgidas por la incorporación de instrumentos foráneos para asegurar la efectividad de la administración de justicia, juegan un papel esencial al momento de instituir otras formas de utilizar las casuales del recurso extraordinario de casación penal para demandar por esta vía los yerros cometidos por el Operador Jurídico de Instancia. Situación propositiva del presente trabajo, el cual como ya se mencionó líneas arriba, postula como mediante la causal primera contemplada en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal colombiano –ley 906 de 20054, se puede demandar por violación directa de la ley sustancial el desconocimiento del control de Convencionalidad.

Ante lo dicho, hay que hacer énfasis que de acuerdo con la Carta Política de 1991, la misma instituye que; “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.” (Constitución, 1991).

Bajo esta directriz, todo el andamiaje jurídico está subordinado ante la preeminencia constitucional, situación que se comprueba para el caso objeto de estudio, en el entendido de que todos “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”. (Constitución, 1991).

Entonces, con esta directiva constitucional de sometimiento, se deben acentuar las decisiones judiciales de los encargados de administrar justicia, así como los controles a las mismas, las cuales no pueden ser ajenas a las realidades evolutivas del derecho, que como se plantea, tienen que acogerse dentro de los nuevos paradigmas que garanticen la efectividad de la justicia, donde surge precisamente la necesidad de adoptar el control de convencionalidad por violación directa de la ley sustancial en sede del recurso extraordinario de casación penal, dado que:

El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el Preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuentes de derecho obligatorio para todos los asociados.

Además, las normas del bloque operan como disposiciones básicas que reflejan los valores y principios fundacionales del Estado y también regulan la producción de las demás

normas del ordenamiento doméstico. Dado el rango constitucional que les confiere la carta, la disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas.

El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en *eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad*, y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues estos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo. (Pabón, 2011, p. 178).

Con lo referido, se puede inferir de manera tangible que la supremacía constitucional, la cual incluye un bloque de constitucionalidad no puede ser desconocida por las autoridades encargadas de administrar justicia, menos aún lo pueden hacer cuando tratándose de un recurso extraordinario que sirve de control para contrarrestar los yerros cometidos por los Jueces de Instancia se omitan los instrumentos internacionales, tales como la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por cuanto:

(...) los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus

jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se ven mermados por la aplicación de leyes contraías a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. (CIDH caso Radilla Pacheco Vs Estados Unidos Mexicanos, 2009).

Así las cosas, como Colombia ha ratificado la Convención American de Derechos Humanos, no puede desconocerla en sede de casación penal, pues de hacerlo incurriría el Operador Jurídico en un yerro sobre una norma del bloque de constitucionalidad por violación directa de la ley sustancial, lo cual sin lugar a dudas es demandable vía de dicho recurso extraordinario por la causal primera del estatuto procedimental penal de tendencia acusatoria.

De otro lado no se puede caer en la precocidad judicial de intentar descongestionar una sede extraordinaria de impugnación como lo es la casación, pues esto iría en contravía de los derechos que le asisten a los recurrentes, y no es viable un desconociendo del precedente judicial, por cuanto el mismo se convierte en una vía idónea con carácter normativo para hacer cumplir la Constitución y la ley, bajo los designios del sometimiento a dichas fuentes, al respecto la Honorable Corte Constitucional ha expresado que:

Cuando se trata de aplicar dicho mecanismo judicial a materias tan delicadas como el recurso de casación en materia penal, es indispensable realizar un examen riguroso de las condiciones en las que la ley pretende alentar el respeto a los precedentes, pues las decisiones que toma el juez, en ejercicio legítimo del ius puniendi que se le reconoce al

Estado, se traducen en una limitación concreta de los derechos y libertades del procesado que resulta condenado, que hace necesario velar por el estricto cumplimiento de las garantías constitucionales que consagran el debido proceso y la supremacía de la justicia material en todos los procesos judiciales. En aras de una noción eficientista de la actividad judicial y con el propósito de descongestionar el tribunal de casación en materia penal, se están sacrificando derechos de las personas que defienden sus intereses en el proceso de casación, pues en los casos de respuesta inmediata se pretermite la necesidad de motivar la sentencia u observar rigurosamente las formas propias de cada juicio; por esta vía se hacen nugatorios, tanto el derecho al debido proceso consagrado por la Constitución, como la aspiración, connatural a la labor de adjudicación, de contribuir a la realización de la justicia material en cada uno de los casos que se somete ante el juez. (CC, Radicado C252, 2001).

Todos estos presupuestos forjadores de fuente de derecho vía norma, hacen posible que un mecanismo internacional como lo es el control de convencionalidad, tengan la capacidad normativa para poderlo demandar por violación directa de la ley sustancial, de acuerdo con la causal primera del artículo 181 de la ley 906 del año 2004, ya sea por la falta de aplicación, la interpretación errónea o la aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad que para el caso concreto, sería ese desconocimiento de las decisiones de la Convención American de Derechos Humanos, lo cual hace se pueda activar el recurso en estudio en pro de fortalecer la justicia material en materia penal.

No se puede obviar, que el recurso de casación penal atiende a unos fines constitucionales, los cuales deben de ser coherentes con el modelo de Estado social, que dada esa

connotación, el estudio de las causales en demanda tiene que ser acordes con la finalidad con la cual se concibe en la actualidad el mencionado medio impugnativo, en tales circunstancias es menester traer a colación el siguiente extracto jurisprudencial:

El recurso extraordinario de casación es una figura jurídica que fue concebida, desde sus inicios, como una herramienta que permite mantener un control de legalidad sobre el ejercicio de la administración de justicia. Su finalidad, bajo la óptica del Estado Social de Derecho, busca imprimir cohesión en la interpretación jurídica mediante la unificación de la jurisprudencia nacional, para la propensión de un modelo judicial uniforme y seguro, que permita brindar a los habitantes del territorio un servicio objetivo de administración de justicia. Por esta razón, dicho recurso permite brindar reparación a los sujetos procesales afectados por una sentencia que, en forma directa o indirecta, viola normas sustanciales del ordenamiento y obstaculiza la realización del ordenamiento constitucional y legal. De esta forma, la admisión de este recurso no sólo se encuentra sujeta a las causales taxativas contempladas en la ley, sino que, en virtud de los derechos fundamentales incorporados en la Carta Política de 1991, se entiende que será admisible ante la violación que sobre alguno de ellos se presente por una decisión judicial.(CC, Sentencia SU635, 2015).

Ante este panorama de configuración legislativa y jurisprudencial, es prudente aplicar el control de convencionalidad en sede del recurso extraordinario de casación penal por violación directa de la ley sustancial, puesto que el carácter Supranacional del bloque de constitucionalidad del cual hace parte la Convención Americana de Derechos Humanos, permite que su aplicabilidad dentro del ordenamiento doméstico sea una realidad y que ante su desconocimiento

puedan activarse medidas de control como los recursos impugnativos, que para el caso objeto de estudio, sería el recurso extraordinario de casación penal por violación directa de la ley sustancial.

6. Conclusiones

Una vez realizada la anterior investigación que a lo largo de todo un trabajo compilatorio de información, se pudo establecer que el recurso extraordinario de casación penal nace como la necesidad de poder controlar a quien desplegaba el poder, lo cual se erigió como un control político y no judicial en su orden antecedente, el cual ha venido ciñéndose a las nuevas formas de control social hasta llegar al actuar modelo de tendencia acusatoria contenido en la ley 906 de 2004, es decir como un control constitucional y legal de las decisiones judiciales.

Ubicando el núcleo problemático que fue objeto de estudio, se pudo determinar que Colombia posee un bloque de constitucionalidad, por medio del cual se adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre del año 1969, y aprobada a través de la ley 16 de diciembre 30 de 1972, debidamente ratificada el 28 de mayo de 1973, insumo indispensable para que se pueda hablar del control de convencionalidad en el orden interno.

Que bajo los presupuestos de adopción del referido instrumento internacional, Colombia no lo ha desconocido en tanto, existe mandato constitucional, dado que la Carta Política de 1991 es norma de normas y la misma debe de aplicarse en su sentido literal por los operadores jurídicos, los cuales están sometidos al imperio de la ley, y bajo esa subordinación también

deben de confrontar sus decisiones con los mecanismos de protección internacional, como la Convención Americana de Derechos Humanos, so pena de incurrir en errores que afecten la justicia material.

Se pudo considerar también que el control de convencionalidad surgió en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como respuesta a la verificación del ordenamiento jurídico interno con las adopciones de instrumentos foráneos en aras de afianzar las garantías constitucionales de los destinatarios de la norma.

Una vez analizada la figura del control de convencionalidad, se pudo determinar que el establecimiento de la misma posee el carácter normativo suficiente para que pueda ser demandable vía recurso extraordinario de casación penal, dado que el legislador permite que de un estudio integral del derecho, en especial en lo atinente a la violación directa de la ley sustancial, ya sea por falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, según lo establece la causal primera de la ley 906 del 2004, se le de aplicación a esta, por el desconocimiento del control de convencionalidad, dada la raigambre constitucional que dicha figura posee.

Finalmente, es de hacer énfasis en que los instrumentos internacionales adoptados vía bloque de constitucionalidad, no solo son criterios orientadores del derecho, sino que gozan de autonomía para ser analizados en contrastes con el ordenamiento jurídico interno, más aun cuando se propende por una justicia material, acorde con los derroteros de un Estado Social de Derecho como el colombiano, con mecanismos de impugnación como lo es, el recurso extraordinario de

casación penal, el cual puede ser activado por desconocimiento del control de convencionalidad, bajo la procedencia de la causal primera de la ley 906 del año 2004.

Referencias Bibliográficas

Libros

Carbonell, M. *Introducción general al control de convencionalidad*. Editorial Porrúa.

Universidad Nacional, México.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991).

Colombia (2013), *Código Penal*, Bogotá, Temis.

Calderón B. (1985). *Casación y Revisión en Materia Penal*. Ediciones Librería del Profesional. Segunda edición.

Fajardo, L. (2010). *Contenido y alcance jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad de Colombia*. Universidad Sergio Arboleda, biblioteca Jurídica DIKÉ.

Flores Saldaña, A. *Control de Convencionalidad y decisiones judiciales*. Tirant Lo Blanch, monografías, 1ª edición. 404 págs.

Góngora. M, *La difusión del bloque de constitucionalidad en la Jurisprudencia Latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano*.

Gutiérrez, A. (2007). *El Bloque de Constitucionalidad, conceptos y fundamentos*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Edición 2007.

Quinche R. (2014). *El control de convencionalidad*. Universidad EAFIT, Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas. Editorial Temis.

Sierra, H. *Control de Convencionalidad. Cuadernillo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7*.

Uprimny, R. (2004). “*Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*”, en Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura.

Velásquez, N. *¿La casación Penal? ¡Pero si es muy fácil!* Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C.

Jurisprudencias

Colombia, Corte Constitucional. (8 de junio de 1992). Radicado. T409. [MP José Gregorio Hernández Galindo]

Colombia, Corte Constitucional. (24 de junio de 1992). Radicado. T824 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

Colombia, Corte Constitucional. (28 de octubre de 1992). Radicado. C574. [MP Ciro Angarita Barón]

Colombia, Corte Constitucional. (18 de mayo de 1995). Radicado. C225. [MP Alejandro Martínez Caballero]

Colombia, Corte Constitucional. (28 de febrero de 2001). Radicado. SU1184. [MP Eduardo Montealegre Lynett.]

Colombia, Corte Constitucional. (13 de noviembre de 2001). Radicado. C252. [MP Carlos Gaviria Díaz]

Colombia, Corte Constitucional. (4 de febrero de 2003). Radicado. C067. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

Colombia, Corte Constitucional. (11 de septiembre de 2003). Radicado. T786. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].

Colombia, Corte Constitucional. (8 de junio de 2005). Radicado. C590. [MP Jaime Córdoba Triviño].

Colombia, Corte Constitucional. (4 de mayo de 2006). Radicado. C370. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

Colombia, Corte Constitucional. (23 de noviembre de 2010). Radicado. C936. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

Colombia, Corte Constitucional. (7 de octubre de 2015). Radicado. SU635. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Colombia, Corte Constitucional. (22 de junio de 2016). Radicado. C327. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (24 septiembre de 2014), Radicado 39832. [MP Luis Guillermo Salazar Otero]

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (22 de octubre de 2014), Radicado 44745. SP14323. [MP Fernando Alberto Castro Caballero]

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (27 de julio de 2016), Radicado 48200. AP4811. [MP Gustavo Enrique Malo Fernández]

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (27 de julio de 2016), Radicado 48200. AP4811. [MP Gustavo Enrique Malo Fernández]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (15 de septiembre de 2005). Sentencia del Caso “La Masacre de Mapiripán” contra Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de septiembre de 2006). Sentencia del Caso Almonacid Arellano contra Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (27 de enero de 2009). Sentencia del Caso Heliodoro Portugal contra Panamá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). caso Radilla Pacheco Vs Estados Unidos Mexicanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de mayo de 2010). Sentencia del caso Cepeda Vargas contra Colombia.