

RECURSO DE CASACION - Mecanismo de Insistencia, antecedentes, naturaleza, trámite, intervinientes y efectos

Número de radicado	:	24322
Fecha	:	12/12/2005
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

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

Como quiera que el nuevo Código de Procedimiento Penal no regula el trámite a seguir para que se aplique el referido instituto procesal, obligado se impone abordar el tema a fin de definir las reglas que habrán de seguirse para su aplicación.

En esta dirección, bien está precisar que de la simple lectura de los artículos 176 a 198 del nuevo estatuto procesal penal se colige que la insistencia no fue contemplada por el legislador como recurso ordinario o extraordinario. A su vez, es también claro que este mecanismo, llamado a provocar la reconsideración de ciertas decisiones que adoptan las altas Cortes, fue introducido por primera vez al ordenamiento jurídico en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991

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

A su turno, examinados los debates que precedieron la expedición de la Ley 906 de 2004, nitidamente surge que fue voluntad del legislador hacer extensivo ese mecanismo excepcional previsto para la acción de tutela al recurso extraordinario de casación en materia penal. Fue así como en las discusiones para segundo debate, el Senado de la República examinó la propuesta introducida por el Representante a la Cámara *Luis Fernando Almarino*, en el sentido de adicionar la procedencia de un “recurso” de

insistencia contra la decisión de esta Sala en la que no se selecciona una demanda de casación, propuesta justificada en los siguientes términos:

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

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

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

Visto lo anterior, se concluye que si bien tanto en la propuesta sometida a consideración del Congreso como en el texto finalmente aprobado, se hizo expresa mención a que se trataba de un “recurso”, no cabe duda que no es esta la naturaleza predicable de la “insistencia”, tanto por los fines a cuyo propósito sirve la figura, como por haber reservado el legislador su impulso a quienes no ostentan la calidad de intervinientes dentro del proceso penal, titulares por excelencia del derecho de impugnación.

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

A su turno, tampoco puede considerarse que la insistencia sea un medio de impugnación radicado exclusivamente en cabeza del Ministerio Público que actuó al interior del proceso penal dentro del cual fue presentada la demanda de casación a la postre no seleccionada, como quiera que el ejercicio de las facultades que la ley otorga a este especial interviniente en el proceso penal a fin de que supervigile el respeto del debido proceso y de

los derechos y garantías fundamentales, tiene cabal realización a su interior por vía de los instrumentos ordinarios y extraordinarios de defensa previstos para los restantes intervinientes - Fiscalía, imputado, defensor y víctima - a cuyo acceso lo autoriza la ley en las mismas condiciones y oportunidades otorgadas a ellos, sin que pueda admitirse que a diferencia de los demás cuenta con un mecanismo adicional de impugnación sólo previsto para él, en desmedro del equilibrio que el proceso ha de ofrecer a todos ellos.

De allí que la *insistencia* solo pueda entenderse como un instrumento previsto para que la Sala, a instancia de los Delegados del Ministerio Público que intervienen en el trámite casacional o de alguno de los Magistrados integrantes de ella, reexamine las razones que tuvo a bien esgrimir para no seleccionar la demanda, naturaleza que precisamente es la que el legislador le atribuyó a este sui generis mecanismo judicial en pretérita ocasión frente a la acción de tutela.

A su vez, si el objeto de debate es el acto por el cual no se selecciona la demanda, es también claro que la proposición de la insistencia compete exclusivamente al demandante, quien en razón del interés que le asiste en que el proceso sea examinado por la Corte y que hizo manifiesto al presentar la demanda de casación, puede elevar **petición** al Ministerio Público, a través de sus Procuradores Delegados para la Casación Penal, para que ellos examinen si por la justeza de los argumentos expuestos, deben solicitar o no a la Sala la reconsideración de su decisión, o puede provocarse por conducto de alguno de los Magistrados integrantes de la Sala que hubiere salvado el voto frente a la decisión mayoritaria de no seleccionar la demanda de casación.

Igualmente, encuentra la Sala que es potestativo del Ministerio Público o del Magistrado ante quien se formula la *insistencia*, optar por llevar el asunto a consideración de la Sala o denegar la petición mediante comunicación dirigida al solicitante, conclusión a la que se arriba teniendo en cuenta que en este especial trámite, aquéllos serían los encargados de llevar la vocería del peticionario en la insistencia, de suerte tal que tendrían que compartir plenamente las razones que hacen necesario que la Sala reconsidere su decisión, razón de más para que este especial mecanismo se promueva bien ante el Magistrado que se apartó de la decisión mayoritaria de no seleccionar la demanda, ora ante los Procuradores Delegados para Casación Penal, y como tales, ajenos a lo allí decidido.

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

Dicho en otros términos, una vez notificado el auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación, la sentencia de segunda instancia contra el cual se dirige adquiere ejecutoria.

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

De lo dicho en precedencia se desprende que:

(i) La insistencia no es un recurso. Se trata de un mecanismo especial al que puede acudirse luego que la Sala decidió no seleccionar la demanda de casación, con el fin de provocar que ésta reconsidere su decisión.

(ii) La insistencia sólo puede ser promovida por el demandante, por ser él a quien asiste interés en que se reconsidere la decisión. Los demás intervinientes en el proceso no tienen dicha facultad, en tanto que habiendo tenido ocasión de acudir al recurso extraordinario, el no hacerlo supone conformidad con los fallos adoptados en sede de las instancias.

(iii) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus delegados para la casación penal, o ante alguno de los Magistrados integrantes de la Sala de Casación Penal, según lo decida el demandante.

(iv) La solicitud respectiva puede tener dos finalidades: la de rebatir los argumentos con fundamento en los cuales la Sala decidió no seleccionar la demanda, o para demostrar por qué no empece las incorrecciones del libelo, es preciso que la Corte haga uso de su facultad para superar sus defectos y decidir de fondo.

(v) Es potestativo del Magistrado disidente o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario. Así mismo, cualquiera de ellos puede invocar la insistencia directamente ante la Sala de manera oficiosa.

(vi) El auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso, con la consecuente imposibilidad de invocar la prescripción de la acción penal, efectos que no se alteran con la petición de insistencia, ni con su trámite, a no ser que ella prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

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

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

A su vez, teniendo en cuenta que el examen de la solicitud de insistencia supone un estudio ponderado de la solicitud, de la demanda, del auto por el cual no se seleccionó y de la actuación respectiva, se otorgará al Ministerio Público o al Magistrado respectivo un término de quince (15) días para el examen de la temática planteada, vencido el cual podrán someter el asunto a discusión de la Sala o informar al peticionario sobre su decisión de no darle curso a la petición».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 159, 169-3, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197 y 198
Decreto 2591 de 1991, art. 33

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 30 nov. 2011, rad. 37584; CSJ AP, 31 may. 2012, rad. 38607; CSJ AP, 17 en. 2013, rad. 40017; CSJ AP, 27 feb. 2013, rad. 39719; CSJ AP, 27 feb. 2013, rad. 39394; CSJ AP3481-2014, CSJ AP6921-2015, CSJ AP653-2016, y CSJ AP1562-2017.