

LA CASACIÓN EN MATERIA PENAL: UNA TECNICA NORMALIZADA Y AL ALCANCE DE TODOS

LUIS GERARDO LOPEZ PINZON

INTRODUCCIÓN

Con la suscripción de la Constitución de 1991, nace en Colombia un estado social de derecho, con una concepción antropocéntrica, lo que trae consigo un cambio de paradigma en el sistema jurídico colombiano que hace que las instituciones jurídicas tiendan a garantizar la primacía y garantías fundamentales sobre las formalidades. En dicha Constitución en su artículo 29 se elevó bajo un título muy general, un derecho fundamental denominado “*debido proceso*”

El “*debido proceso*”, como derecho fundamental, contempla las prerrogativas de la persona que es sometida a un juicio penal. De las garantías superiores allí enlistadas se encuentran los principios rectores de la legalidad preexistente de los delitos, de las penas, del juzgamiento, del juez natural, del debido proceso, de la favorabilidad, de la presunción de inocencia, del derecho a la defensa, de la contradicción, de la impugnación y de la prohibición de doble juicio por el mismo hecho.

Dentro de las principales garantías del debido proceso, encontramos el derecho de defensa, el cual es un derecho que *prima facie* puede ser ejercido directamente por el procesado al interior de un proceso penal y que lo empieza a ejercer desde el momento mismo que se inicia la investigación. El derecho de defensa representa la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga.

La importancia del derecho de defensa, en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado. Así también del derecho de defensa, en el contexto de los procesos penales, otorga el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, por lo que el Estado tiene la obligación de garantizar su efectividad de tal derecho. (Corte Constitucional, sentencia C-025 de 2009. MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil.)

En cualquier proceso penal, la sentencia es la decisión más importante dictada por una autoridad del estado y debe ser la concreción de la ley al caso sometido a juzgamiento. Empero, una sentencia que adolece de vicios o errores de procedimiento (*in procedendo*), o errores de hecho o de derecho (*in iudicando*), viola el debido proceso; pues

tal circunstancia se traduce, directa o inmediatamente, en un agravio no sólo para la persona afectada, sino también para los demás sujetos procesales, y para la sociedad en general, como cuando se condena a una persona inocente, o se le aplica una pena diferente de la que le corresponde, pues el sentimiento de inconformidad no se circunscribe a quien directamente resulta damnificado, sino a toda la comunidad que, perdida la confianza en la protección real de los derechos, se sentirá expuesta a la arbitrariedad.

Frente a este tipo de eventos, tanto la ley 600 de 2000 y la ley 906 de 2004, estatutos procesales vigentes, contemplan un mecanismo para la impugnación de sentencias, denominado Casación, el cual surge como un remedio extraordinario contra las violaciones de la ley contenidas en las sentencias de mérito, planteando un juicio de legalidad contra la sentencia proferida dentro del proceso Penal, buscando como fines específicos hacer efectivo el derecho material y las garantías de las personas que intervienen en el proceso y reparar el error y los agravios con la decisión equivocada de la autoridad judicial.

Como fundamento a lo anteriormente expuesto, la Corte Constitucional en sentencia C-252 de 2001, MP. CARLOS GAVIRIA DIAZ, expuso frente a la casación lo siguiente:

Si la sentencia dictada por la autoridad judicial competente se opone a las normas constitucionales y legales, se convierte en un acto arbitrario e injusto que es necesario enmendar o corregir en forma inmediata, con el fin de impedir que se causen daños irreparables a las personas afectadas con la decisión en sus derechos esenciales (dignidad humana, libertad, buen nombre). La casación, como medio de impugnación extraordinario se torna en el remedio idóneo y eficaz para esos propósitos, siempre y cuando tal enmienda se haga antes de que la sentencia de segunda instancia adquiera firmeza, puesto que se trata de confirmar su validez jurídica y ello solo puede tener lugar en el mismo proceso penal. (Corte Constitucional, C-252 de 2001, MP. Carlos Gaviria Díaz)

De lo anterior se puede colegir, la Casación es un trámite que se produce al interior del proceso penal, donde el proceso aún no ha culminado; por lo tanto, su consideración y su trámite es el propio de un recurso; pero no de un recurso ordinario, sino extraordinario. Es un recurso extraordinario, porque los recursos ordinarios (Ley 906, 2004, art. 176), son propios de las instancias y en las instancias no opera, ni se exige una técnica, ni existen límites tan excepcionales como los exigidos en casación. En los recursos de instancia sólo se reconocen dos límites: el motivo de la impugnación y la *no reformatio in pejus* (Const., 1991, art. 31). Es decir, no se puede desmejorar la posición jurídica del recurrente, por expresa prohibición del principio de la *reformatio in pejus*; y el motivo de la impugnación implica, que el superior debe resolver sólo aquello que se le propuso en el recurso.

Para Fabio Calderón Botero (1985), *“La casación es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y*

especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, promover la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido” (p.2).

Al ser el recurso extraordinario de casación el mecanismo de impugnación, que permite demostrar la ilegalidad de la sentencia, proferida en segunda instancia por un tribunal; obliga al recurrente a determinar el error o errores que se le atribuyen al fallo y enmarcarlo en una de las causales establecidas por la ley, como son la violación directa o indirecta de la ley sustancial o la nulidad (Ley 906, 2004, art. 181) mediante argumentos técnicos y jurídicos orientados a la corrección del fallo.

Una vez determinado el yerro, debe enfocarlo dentro de uno de los sentidos o motivos propios de cada error; esto implica que, si el yerro indicado es la violación directa de la ley sustancial, este error tiene sentidos o motivos propios, que no pueden ser utilizados, ni mezclados entre sí, o peor aún, utilizarlos o confundirlos con los motivos propios de la violación indirecta de la ley sustancial, o de la nulidad.

Aunado a lo anterior, en el recurso extraordinario de casación no se puede argumentar de manera libre; no se puede desarrollar la propuesta con la libertad intelectual que se permite para sustentar un recurso ordinario. En la casación debe proponerse, desarrollarse y demostrarse con unos pasos específicos; lo que conlleva a que en materia de casación se hable de una *técnica casacional* del debido proceso que implica un desarrollo del recurso extraordinario de casación.

Dicha técnica de casación obedece además a unos principios básicos que la rigen, en aras de su viabilidad y prosperidad; principios como: Rogación, Limitación, Claridad y Precisión, Congruencia de la Petición, Legalidad y Acierto, y Principio de Unidad Jurídica. Situación anterior que conlleva a que el recurso extraordinario de casación visto como una técnica, produzca grandes dolores de cabeza para quienes la utilizan, haciendo ver inclusive a la Corte Suprema de Justicia, como un tribunal celestial, donde pocos son los recursos que prosperan, concibiéndose la casación como un recurso demasiado formalista.

De lo anterior concluyen Serrano Fajardo Jhon y Solano Rodríguez José, dentro de la investigación denominada: “EL NUEVO REGIMEN DE CASACION PENAL: PRODUCTO DE UN PROCESO DE FLEXIBILIZACION DEL RECURSO”, lo siguiente:

El recurso extraordinario de casación penal en Colombia encuentra sus orígenes en la constitución de 1886, estableciéndose históricamente hasta 1991 en 9 leyes que la modificaron según el contexto histórico, pero conservando durante todo el siglo el rasgo común de establecer un régimen riguroso, en el cual los principios de limitación, debida técnica y proposición jurídica completa eran tan fuertes que primaban sobre cualquier otra disposición, conllevando esto a que el recurso fuera visto como un recurso demasiado formalista. Con la expedición de la constitución de 1991, existe un cambio de paradigma en el sistema jurídico colombiano que hace que todas las instituciones jurídicas tiendan a garantizar la primacía de los derechos

y garantías fundamentales sobre las formalidades. La casación penal no es ajena a este cambio de paradigma, por lo cual desde el mismo año con el decreto 2700 empieza a tener una serie de modificaciones tendientes a buscar un régimen de casación que represente los postulados garantistas de la constitución, lo cual es ratificado en la ley 600 de 2000 en la cual se consagra un régimen casi idéntico que el establecido en el decreto 2700, pero mucho más sólido y garantista gracias al desarrollo jurisprudencial del mismo. (Serrano & Solano, 2010, pp. 115-116)

Por las razones anteriormente expuestas, el presente artículo pretende desarrollar de una manera sintética la técnica del recurso extraordinario de casación; mostrando así, que no se trata de un mito, donde la casación es vista como un recurso inalcanzable, que implique la utilización de elocuentes argumentos y palabras elegantes sacadas o rebuscadas de enciclopedias jurídicas; por el contrario, se trata de una técnica muy sencilla, que ilustra y orienta al casacionista para que adecue los diversos yerros que se perciben en la sentencia de segunda instancia, dentro de unos motivos o sentidos propios para cada uno de las tres violaciones que se pueden atacar en casación que son: violación directa o indirecta de la ley sustancial y la nulidad; ilustrándolo a la vez, sobre el componente esencial y el desarrollo de cada motivo o sentido; lo que conllevará a quien se guíe por este instructivo a mejorar de manera ostensible su técnica del recurso extraordinario de casación, mostrando a la vez que *la casación en materia penal es una técnica normalizada y al alcance de todos.*

LA CASACIÓN EN MATERIA PENAL.

Antes de entrar en desarrollo de la técnica bajo las cuales opera el recurso extraordinario de casación, es necesario tener claro, en que consiste el recurso extraordinario de casación, para lo cual utilizaremos un primer concepto, publicado por Gilberto Martínez Rave (1992), que dice:

“El recurso extraordinario de casación es el que se utiliza contra las sentencias de segunda instancia que se consideren violatorias de la ley. NO origina una tercera instancia, que no existe; en casación no pueden volverse a debatir los hechos que han sido juzgados en dos instancias. Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a esta y tiene validez jurídica. En el recurso de casación se hace un examen jurídico de la sentencia en relación con la ley” (p. 2).

Del anterior concepto de Gilberto Martínez Rave (1992) y del expuesto por Calderón Botero (1985), *“La casación es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, promover la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido” (p.2);* armaremos una definición esquemática y más completa, que nos permita enumerar los elementos principales de la casación en materia penal, así:

La casación es un medio extraordinario de impugnación.

De efecto suspensivo.

Opera contra sentencias de segunda instancia que se consideren violatorias de la ley por presentar errores de juicio o de actividad.

NO origina una tercera instancia, pues no se debaten los hechos que han sido juzgados.

Está dirigido a confrontar la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a esta y tiene validez jurídica.

De este medio de impugnación conoce un tribunal supremo y especializado, Corte Suprema de Justicia en la Sala Penal.

Tiene como finalidad unificar la jurisprudencia, promover la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido y mantener incólumes las garantías fundamentales.

Como complemento a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en auto de inadmisión de demanda bajo radicado 48001 del 25 de mayo de 2016, MP. Eugenio Fernández Carlier, frente al recurso de casación manifestó:

el recurso de casación no fue estatuido como una tercera instancia para controvertir los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios de la sentencia atacada mediante argumentos propios de las instancias; una postura de semejante índole es completamente irrelevante en esta sede, en tanto la sentencia del Tribunal debe presumirse acertada, así como ajustada a la Constitución y la ley, de suerte que en el orden jurídico siempre prevalecerá aquella si se le confronta con cualquier otra opinión discrepante. (Corte Suprema de Justicia, auto de 25 de mayo de 2016, radicado 48001, MP. Dr. Eugenio Fernández Carlier)

FINES DE LA CASACIÓN

Son diversos los fines que persigue el recurso extraordinario de la Casación, entre los cuales se puede mencionar la unificación de la jurisprudencia, la efectividad del derecho material y la reparación del agravio inferido a las partes y el de mantener incólumes las garantías fundamentales.

Ocurre, con frecuencia que el recurrente no maneja bien el recurso de casación, comete errores, lo cual implica que se debería rechazarse la demanda e inadmitírsela; pero si se alcanza a visualizar que en la misma hay un problema de justicia material, o de violación de garantías, entonces, por encima de la formalidad debe prevalecer el derecho sustancial, lo que conlleva a que se admita la demanda, para darle una respuesta de fondo al caso concreto.

Por tal razón se considera de gran importancia para el desarrollo de este artículo detenernos a explicar dos fines que se consideran esenciales y que están relacionados con la efectividad del derecho material y la reparación del agravio inferido a las partes, y el de mantener incólumes las garantías fundamentales, así:

La efectividad del derecho material y la reparación del agravio inferido a las partes: significa que, si la Casación no se utiliza para reparar un agravio, o un perjuicio ocasionado a una de las partes, no tiene sentido; porque la Casación sólo es válida en la medida que se le enrostre a la Corte, que hubo un error judicial; sino se demuestra un error judicial, no puede la Corte Suprema de Justicia como tribunal de Casación, meterle la mano al proceso para decidir de fondo.

El recurso de Casación no fue diseñado para resolver disputas conceptuales, ni para resolver diferencias de criterios, ni para hacer simple estudios dogmáticos sobre un tema; se debe demostrar que el tribunal que resolvió en un caso concreto, con su decisión cometió un error y generó un agravio; porque si el daño no se produce, no se debe tramitar recurso de Casación. Es decir, la Casación no puede ser utilizada para aspectos baladíes, para cosas intrascendentes; por el contrario, para supuestos trascendentes, que sean capaz de modificar en algún sentido la decisión que se ha tomado en una sentencia; sin que sea modificación en extremos opuestos, como de absolución a condena, o de condena a absolución; puede ser por un subrogado, o unos meses de pena que se fueron de más, o que faltaron imponer, o por una pena accesoria, o por una cantidad de perjuicios que debía habersele reconocido en la decisión.

2.2 Mantener incólumes las garantías fundamentales: es quizás el de mayor importancia, es sobre el único fin que puede actuar oficiosamente la Corte Suprema de Justicia, sobre todos los demás, no lo puede hacer. Si alguna de las partes que interpuso el recurso, no lo sugirió, no lo expresó, no lo esgrimió, ni lo manifestó como argumento de la demanda y la Corte Suprema de Justicia al revisar el expediente, encuentra una violación de una garantía fundamental, de oficio, tiene que ordenar su restablecimiento.

Garantías fundamentales como debido proceso, derecho de defensa técnica, derecho de defensa material, trato jurídico igual para las personas en materia de justicia, derecho de contradicción, publicidad, etc; las cuales se pueden vulnerar a través de errores *in procedendo*, o *in iudicando*, en cualquiera de sus manifestaciones; sea por errores que inciden en la violación directa o indirecta de la ley sustancial, o errores que afecten el debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

Es quizás con la Ley 906 de 2004, donde se le imprime un sello especial al recurso extraordinario de casación, al ser constituido como control constitucional y legal que procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales (Artículo 181), fin específico que no estaba contemplado en los estatutos procesales primigenios.

TIPOS DE ERROR QUE SE AVIZORAN EN UNA SENTENCIA

La sentencia, en cualquier proceso, es la decisión judicial más importante dictada por una autoridad del Estado, investida de jurisdicción, que no sólo debe cumplir los requisitos

establecidos en la ley en cuanto a su forma y contenido, sino que constituye un juicio lógico y axiológico destinado a resolver una situación controversial, en armonía con la Constitución y la ley. Dicha providencia no es entonces, un simple acto formal sino el producto del análisis conceptual, probatorio, sustantivo y procesal, de unos hechos sobre los cuales versa el proceso, y de las normas constitucionales y legales aplicables al caso concreto.

Tal sentencia, puede contener errores de *juicio o de actividad*, que los doctrinantes denominan errores *in iudicando* y errores *in procedendo*. (Ver figura 1.)

Los errores *in iudicando* son errores *de derecho* que se producen por falta de aplicación o aplicación indebida de una norma sustancial o por interpretación errónea.

Los errores *in procedendo*, por el contrario, nacen de la "*inejecución de la ley procesal, en cuanto alguno de los sujetos del proceso no ejecuta lo que esta ley le impone (inejecución in omittendo), o ejecuta lo que esta ley prohíbe (inejecución in faciendo), o se comporta de un modo diverso del que la ley prescribe: esta inejecución de la ley procesal, constituye en el proceso una irregularidad, que los autores modernos llaman un vicio de actividad o un defecto de construcción y que la doctrina del derecho común llama un error in procedendo.*" (Morales, 2015)

Es importante al analizar una sentencia proferida por un tribunal y con fines de Casación, someterla a un examen jurídico exhaustivo con el objetivo de determinar que yerros vislumbra la sentencia, los cuales sólo puede ser de dos tipos: errores *in iudicando* y errores *in procedendo*; para clasificarlos y atacarlos en Casación desarrollándolos en cargos diferentes.

3.1 Error in Procedendo.

Es un error de procedimiento, de estructura del proceso, es un quebrantamiento de garantías que impiden que el proceso sea válido; que hacen obligatorio que el proceso tenga que repetirse en su totalidad o en una parte. Es un error que no permite resolver con carácter definitivo el problema jurídico. Es un error en el trámite del proceso penal. Es un error en toda la actuación procesal que se cumple, por razones tales como, la afectación de los derechos:

De defensa

Debido proceso

Publicidad por falta de notificaciones

Contradicción porque no se le dio la oportunidad de interponer o de sustentar un recurso

Porque no se motiva la providencia de la manera debida y se afectan derechos de las partes o los intervinientes.

Porque no se notifican correctamente las decisiones judiciales

Porque no se corren los términos de ejecutoria que la ley establece para que las partes o los intervinientes ejerzan sus derechos a través de los recursos.

Porque el abogado no ejerció una defensa técnica adecuada, desamparando los intereses que debía defender con la debida altura jurídica en el proceso dado.

Estos errores obligan a ANULAR, no hay otra manera diferente que el reponer la actuación, para poder decidir. Es decir, los errores *in procedendo*, por ser errores de actividad, errores de procedimiento, errores de construcción de proceso, son errores que se atacan en casación solicitando la nulidad y sólo se pueden arreglar invalidando la actuación.

A veces no hay necesidad de invalidar la actuación, sino el invalidar la sentencia que se profirió por el *ad quem*, y solucionar el problema dictando el fallo de instancia que corresponda; pero esta última solución sólo es posible, cuando el error se contrae y se contiene en la propia sentencia, no en otra fase del proceso; porque si el error está en otra fase del proceso, se debe invalidar desde esa fase. Por ejemplo, si el error está en la acusación se debe invalidar desde la acusación; si el error está en la imputación se debe invalidar desde la imputación.

Puede ocurrir en que el error se comete en el propio cuerpo de la sentencia, y fue acusada por que el tribunal no motivó en la forma debida, entonces el error está ahí, impreso en el fallo; la Corte Suprema de Justicia, puede sustituir la argumentación que se dio para ofrecerla y decir el por qué se condena o se absuelve a un individuo, sin necesidad de rehabilitar o invalidar lo que se ha hecho.

3.2 *Error in Iudicando*.

No es un error relacionado con la estructura del proceso, ni con la actividad procesal para terminar un expediente; es un error de juicio, error de valoración, error de apreciación, bien sobre una prueba, sobre un hecho o sobre una norma jurídica.

Cada vez que se lea una providencia, o un proceso y se descubra que la equivocación que se le atribuye al fallo de segunda instancia, radicó en una actividad intelectual sobre una prueba, sobre un hecho para formarse el juicio, el criterio para tomar la decisión, se habla de un error *in iudicando*; el cual sólo puede ser atacado en sede de casación por las causales de violación directa, o violación indirecta de la ley sustancial.

LAS CAUSALES DE CASACION-LEY 906 DE 2004

Las causales de Casación las señala el artículo 181 de la ley 906 de 2004, bajo el título de *Procedencia*, donde enmarca que este recurso como control constitucional procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:

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

Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

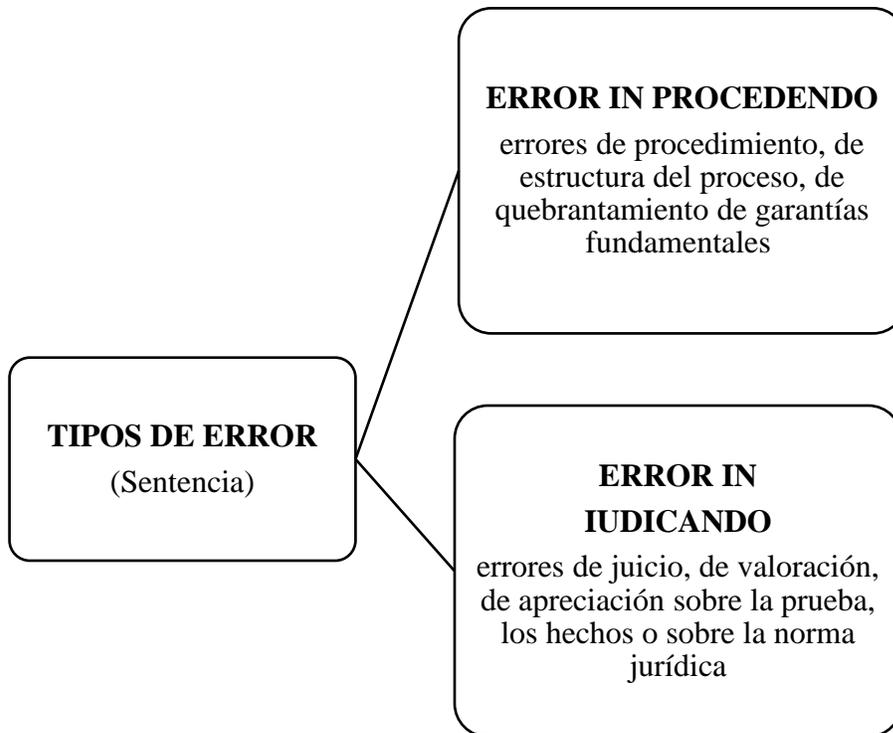


Figura 1. Tipos de errores que se observan en una sentencia

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.

Causal Primera. Violación directa de la ley sustancial.

El numeral 1 del artículo 181 de la ley 906 de 2004 no hizo referencia al título aquí referido, dado que expresó que la casación procede cuando la afectación a los derechos fundamentales se hubiere ocasionado por “1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso”; una omisión legislativa no permitió identificar esta causal con nombre propio como lo hizo en parte en la ley 906 de 2004, en el artículo 207, así: “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”. (negrilla fuera del original). En la ley 906 de 2004, el legislador por falta de técnica legislativa, prefirió discriminar los diversos sentidos o motivos en que se puede ocasionar una violación directa de la ley sustancial.

Debe entenderse por ley sustancial, aquellas disposiciones que reglamentan la atipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la punibilidad, la imputabilidad del comportamiento

humano. También, aquellas disposiciones que reglamentan derechos a través de la Carta Política, o derechos que llegan al ordenamiento jurídico a través del Bloque de Constitucionalidad.

Pero, dentro de la Ley Procesal, existe la ley procesal de efectos sustanciales y las estrictamente procesales; la ley procesal de efectos sustanciales es objeto de la CASACION, a través de la violación directa de la ley sustancial. Por ejemplo: disposiciones que regulan la libertad de las personas, son normas procesales con efecto sustancial; las normas procesales que regulan que en el sistema acusatorio no pueda recibírsele indagatoria a un procesado tienen efectos sustanciales; las normas que regulan en el sistema acusatorio, que el procesado rinda testimonio, pero solamente a petición del procesado y de nadie más, es una norma procesal, con efecto sustanciales; por tal razón pueden ser causales del ataque en CASACION.

4.1.1 Sentidos o motivos de la violación directa de la ley sustancial.

Hablar de violación directa de la ley sustancial es un sentido general, las formas como se puede violar directamente la ley, se denomina motivos o sentidos de violación.

Esos sentidos o motivos de violación de la ley sustancial son de tres clases: por falta de aplicación, por aplicación indebida y por interpretación errónea de un determinado precepto; son tres sentidos de violación que tienen autonomía, independencia, su propia naturaleza, sus propias características, y que no permite que sean utilizadas o prestadas de un sentido, conceptos o expresiones, para justificar la violación de otro sentido.; porque se violaría el principio de autonomía de las causales. (ver figura 2)

4.1.1.1 Falta de aplicación de la norma sustancial.

Dentro de esta categorización ha sido entendido, que la falta de aplicación de normas de derecho sustancial se presenta cuando el juzgador deja de aplicar al caso la disposición que lo rige; se debe examinar la norma jurídica sobre la cual recae el error, y si el error recae sobre la existencia de la norma, se dirá siempre que hay falta de aplicación de la ley sustancial; aquí el error siempre se debe a la existencia del texto legal, bien porque nunca ha sido aprobado, bien porque perdió vigencia, o bien porque otro texto con mayor favorabilidad tenga que ser el seleccionado para el caso. Es decir, aquí se discute, la existencia de la norma jurídica obligante.

En un país como el nuestro dónde con frecuencia se profieren leyes, decretos y actos legislativos; donde los temas están cambiando jurídicamente de la noche a la mañana, es fácil incurrir por parte del juez en estos errores; el cual, al momento de proferir la sentencia, aplicó una norma o ley X, que puede estar derogada, o no tenía aplicación, o había perdido vigencia. Por ejemplo: la conducta delictiva se generó en vigencia de la ley B, lo que lleva a que no se le pueda aplicar otra ley, dado a que se debe juzgar con forme a las leyes preexistentes al momento de la ejecución del acto.

De igual forma, otra modalidad que atenta contra la existencia de la norma, se puede presentar cuando el delito se comete en vigencia de la ley A, pero cuando se profiere el fallo está vigente la ley B, y al comparar los contenidos de la ley A y la ley B, se determina que los de la ley A, que no estaba vigente al momento de fallar, pero si estaba vigente al momento de cometer el delito, es más favorable, que la ley vigente B, en razón a que establece una pena menos gravosa; conlleva a que se debe aplicar los efectos de la ley A que estaba vigente al momento de cometer la conducta punible, emanada por el *principio de favorabilidad*.

4.1.1.2 Aplicación indebida de la norma.

La aplicación indebida tiene lugar cuando aduce una norma equivocada; es decir, es un problema de selección de la norma, el error no es sobre la existencia; se parte de la base que la norma está vigente, no tiene problemas de favorabilidad, ni nada, lo que ocurre es que se selecciona de manera equivocada, de manera incorrecta; es decir los hechos no encajan en una norma que se eligió, sino en otra disposición, porque se hace una mala adecuación de los mismos. Por ejemplo: se adecuan los testigos y los hechos de manera indebida, en una tentativa de homicidio, correspondiendo a unas lesiones personales.

De este modo, siempre que se dé la falta de aplicación, se da el otro, la indebida aplicación, pero no se puede predicar de la misma norma jurídica, sino, de normas jurídicas diferentes; es decir, si la norma es aplicada debiendo no serlo o, en sentido contrario es inaplicada debiendo serlo, en ambos casos habrá llanamente aplicación indebida o falta de aplicación de determinado precepto de orden sustancial, según cada evento, independientemente de que al error haya llegado porque el juzgador se equivoca sobre su existencia, validez, o alcance.

4.1.1.3 La interpretación errónea de la norma.

La interpretación errónea, es un problema de sentir, problema de alcance; cuando se habla de interpretación errónea, nunca se cuestiona la existencia de la norma, nunca se hacen afirmaciones acerca de la selección del texto; cuando se enuncia el cargo por interpretación errónea, se parte de la base que se acepta que la norma está vigente y que estuvo bien seleccionada, pero se incurre en el desacierto por parte del fallador, cuando a pesar, de haber seleccionado adecuadamente la norma que regula el caso sometido a su consideración y decide aplicarla, finalmente le confiere un entendimiento equivocado, sea rebasando, menguando o desfigurando su contenido o alcance, en detrimento de los intereses de una de las partes o intervinientes en el proceso.

De esta manera, resulta claro que la diferencia de las dos primeras hipótesis de error con la última, radica en que mientras en la falta de aplicación y la aplicación indebida subyace un error en la selección del precepto, en la interpretación errónea el yerro es sólo de hermenéutica, pues se parte del supuesto de que la norma aplicada es la correcta, sólo que con un entendimiento que no es el que jurídicamente le corresponde, llevando con ello a hacerla producir por exceso o defecto consecuencias distintas de las que le corresponden.

Como síntesis de lo expuesto, en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, bajo radicado 13692 del 24 de octubre de 2002, MP. Fernando E. Arboleda Ripoll, manifiesta:

En síntesis, si una determinada norma de derecho sustancial ha sido incorrectamente seleccionada, y este error ha sido determinado por equivocaciones del Juez en la auscultación de su alcance, habrá aplicación indebida o falta de aplicación, pero no errónea interpretación del precepto, puesto que para la estructuración de este último sentido de la violación se requiere que la norma haya sido y deba ser aplicada en el caso concreto. (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, radicado 13692, del 24 de octubre de 2002)

Técnica para atacar esta causal en casación.

Cuando se invoca la causal primera de la violación directa de la ley sustancial, se parte del presupuesto que se está admitiendo que el tribunal no se equivocó en la contemplación, ni en su contenido, ni en la valoración de la prueba. También, se parte de la premisa que el tribunal no se equivocó respecto de los hechos que se dan por demostrados en el fallo.

El único error, o equivocación que debe alegarse cuando se encauza en la violación directa de la ley sustancial, es referente a la valoración jurídica que hace el tribunal en la sentencia. Por ejemplo, se cuestiona que no es un delito de hurto, sino de abuso de confianza; no es un delito de homicidio en la modalidad de tentativa, sino lesiones personales; no es un peculado, sino un abuso de confianza calificado.

El reparo que se debe surtir ante el tribunal está relacionado con la conclusión jurídica, con la adecuación típica de la conducta, el discurso queda enmarcado en las disposiciones legales. No se discuten los hechos, ni se discuten la prueba. Esto no quiere decir que, en la presentación del cargo, no se pueda hacer mención a los hechos o no se pueda hacer mención a las pruebas; necesariamente se tiene que hacer mención a las pruebas y a los hechos; al fin y al cabo, no se está cuestionando la existencia de la prueba; lo que no se puede hacer es cuestionar el contenido de la prueba, porque se pasa del plano de la violación directa a la violación indirecta de la ley sustancial, donde primero se cuestiona la prueba y el hecho y luego la consecuencia.

Es decir, la causal de la violación directa de la ley sustancial, requiere que, entre la decisión del tribunal y el error en la norma jurídica, no haya nada de por medio, sea directa, en donde el hecho estaría apreciado, la prueba está bien considerada, pero es en la conclusión jurídica es donde se yerra por parte del tribunal. En síntesis, *la fuente del error es estrictamente jurídico.*

Diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, así lo denotan; obsérvese a modo de ejemplo, radicado 12376 del 21 de septiembre de 2000, MP. Dr. Nilson E. Pinilla Pinilla, donde respecto de la *violación directa de la ley sustancial* manifiesta:

Tiene establecido la jurisprudencia que, cuando se opta por la vía directa, el actor acepta la estimación que de los hechos hace la sentencia, sin cuestionamiento

alguno sobre los medios de convicción, como en efecto señala quien acá demanda, puesto que toda la discusión se centra sobre la norma que le dio sustento a la determinación del juzgador, sea porque éste se equivocó aplicando un precepto que no se adecuaba, ora porque desestimó el que correspondía, bien porque acertando en la escogencia, le dio a la norma un alcance distinto al correcto. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 12376, del 21 de septiembre de 2000, MP. Nilson E. Pinilla Pinilla)

De suerte, que cuando se plantea la hipótesis de la violación directa, es de cargo del actor aceptar los hechos tal y como fueron declarados en el fallo, así como el mérito persuasivo asignado a las pruebas que sirvieron de fundamento a la decisión, y, a partir de allí, demostrar que el yerro consistió en la selección o comprensión por el juzgador de la norma sustancial finalmente aplicada.

Argumentos anteriores que de manera insistente han sido ratificados por la Corte Suprema de Justicia en su sala penal en diversos pronunciamientos a pesar del tiempo; obsérvese en ponencia del Magistrado Mauro Solarte Portilla en el año 2007, lo siguiente:

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en su sala penal, insistentemente ha sostenido que los argumentos relacionados con la violación directa de la ley sustancial, han de ser expuestos en el ámbito del estricto raciocinio jurídico, sin que en su desarrollo resulte admisible discutir los hechos declarados en el fallo, o plantear, o sugerir la comisión de errores en la apreciación probatoria, pues de presentarse éstos, habrá de acudirse prevalentemente a la vía indirecta y formularse el cargo en capítulo separado haciendo mención expresa de la clase de desatino probatorio en que incurrió el juzgador, si de hecho o de derecho, y precisar la especie y trascendencia que tuvo en la parte dispositiva del fallo ameritado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 27330, del 9 de mayo de 2007, MP. Mauro Solarte Portilla) subraya fuera del original.

Como corolario de lo expuesto, diremos que el censor debe seleccionar una de aquellas opciones de las tres que se presentan según el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, numeral 1, que refiere a la violación directa de la ley sustancial y cuyos sentidos fueron presentados anteriormente y desarrollar los cargos de acuerdo al sentido de la vía seleccionada, ya que al proceder de otro modo se atenta contra el principio lógico de no contradicción cuando se denuncia la ilegalidad de la sentencia, derivada de la falta de aplicación o aplicación indebida de preceptos sustanciales y al mismo tiempo de haberlos interpretado erróneamente.

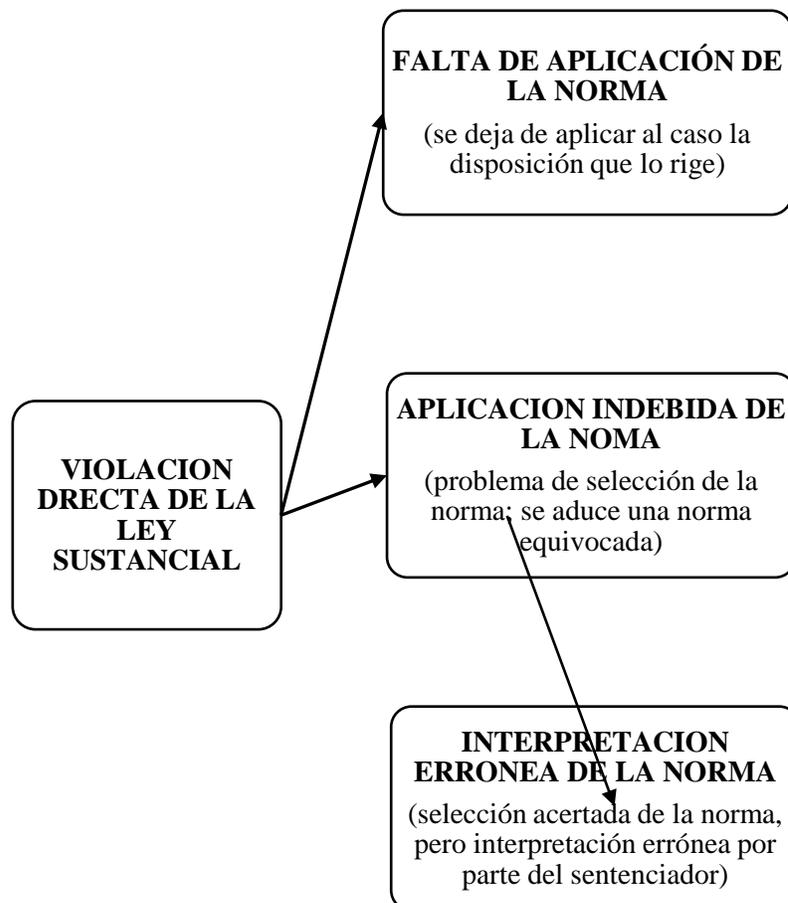


Figura 2. Motivos o sentidos de la violación directa de la ley sustancial.

Causal Segunda. De la Nulidad.

Si bien es cierto, la Ley 600 de 2000, en su artículo 207, numeral tercero, señala de manera expresa como motivo de Casación *“Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”*, de la lectura que se hace al artículo 181 de la ley 906 de 2004, en su numeral segundo, se puede observar que aunque no recogió taxativamente lo manifestado por la ley predecesora, básicamente se trata de la misma causal; refiere que la casación es viable por *“Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”*.

En referencia al estatuto procesal que rige el Sistema Penal Acusatorio, los motivos que generan la causal de nulidad son específicos, como lo señala el principio de Taxatividad (art.

458), y son: la nulidad derivada de la prueba ilícita y la cláusula de exclusión (arts. 23 y 455); la nulidad por incompetencia del juez (art. 456); y, la nulidad por violación a garantías fundamentales: derecho a la defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales (art. 457). Cuando la nulidad se pregona respecto de la prueba ilícita, la ley 906 de 2004 advierte que para efectos del artículo 23 de la ley en cita que hace referencia a que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal; se deben considerar al respecto los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Frente a la nulidad que se concibe por incompetencia del juez, contemplada en el Artículo 456 de la ley 906 de 2004, será motivo de nulidad el que la actuación se hubiere adelantado ante juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales de circuito especializados.

Ahora, cuando la nulidad se pregona por violación a garantías fundamentales, en consonancia con el artículo 457 de la ley en cita, es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales

Para Velásquez Niño, “la nulidad surge como una sanción, no para las partes, sino para el proceso mismo, para la administración de justicia, en cuanto esta, a través de los funcionarios competentes, debe tramitar los juicios que le corresponden con el respeto irrestricto de las normas preestablecidas por el legislador y de las garantías igualmente determinadas en favor de partes e intervinientes” (Velásquez Niño, 2012a, p.251).

De los efectos que conlleva la declaratoria de nulidad, como sanción, obliga a que se debe retrotraer el procedimiento, reenviarlo a etapas previas, es decir, remitirlo al momento donde le fueron vulnerados los derechos, con el objetivo de que se restablezcan; haciendo que las actuaciones cobijadas con el decreto de la nulidad se tengan como inexistentes, o no producidas, sin que pueda generar afecto alguno, lo cual incide considerablemente en aspectos como: dilación del proceso, otorgamiento de libertad para los acusados, y en diversos casos diremos que conmina con cierta impunidad, dado que la invalidación puede dar origen a la prescripción de la acción penal.

Ahora, aquí es menester hacer la siguiente aclaración: la declaratoria de nulidad no afecta las pruebas allegadas en el trámite invalidado, pero hablándose de la ley 600 de 2000; es decir las pruebas permanecen vigentes. Cosa distinta se comporta en ley 906 de 2004, dado que prueba se considera a la que se produce legalmente en la audiencia de juicio oral, lo que conlleva que, si el vicio que se pregona de nulidad se observa en la audiencia de juicio oral, por violación de garantías fundamentales como el derecho de defensa técnica e idónea por parte del procesado, dejaría sin piso las pruebas practicadas durante esa actuación con la declaratoria de nulidad.

Entonces, dada la trascendencia que conlleva la declaratoria de nulidad, es necesario que el causante de tal vicio debe ser trascendente, insubsanable, y que verdaderamente enrostre que la falta afecta las normas propias del juicio, es decir su estructura básica de un “debido proceso” y/o el derecho a la defensa o garantías debidas a las partes.

Es menester advertir que en atención al principio de residualidad que gobierna la declaración de las nulidades, ordena acudir a esta opción cuando no existe otro medio procesal que permita subsanar la irregularidad.

Técnica para atacar esta causal en casación.

Del artículo 310 de la ley 600 de 2000, bajo el título de “principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación”, podemos establecer algunos presupuestos a tener en cuenta cuando se pretenda atacar la sentencia bajo la causal de nulidad, así:

No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.

Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.

Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.

Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en esa norma.

Con los presupuestos anteriores como faro, es necesario poner de presente que la Corte Suprema de Justicia asumió como criterio que para la proposición y sustentación de nulidades no hay fórmulas sacramentales, empero, no implica que la correspondiente solicitud pueda estar contenida en un escrito de libre factura, habida cuenta que no cualquier anomalía conspira contra la vigencia del proceso, pues la afectación debe ser esencial y estar vinculada en calidad de medio para socavar algún derecho fundamental de los sujetos procesales, de suerte que, igual que en las otras causales, la censura debe ajustarse a ciertos parámetros que permitan comprender el motivo de ataque, el yerro sustancial alegado y la manera como se quebranta la estructura del proceso o se afectan las garantías a consecuencia de aquél. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de inadmisión en el radicado 45573, del 28 de octubre de 2015, MP. Eugenio Fernández Carlier).

La Corte Suprema de Justicia en su sala penal, en auto de inadmisión de demanda, bajo radicado 45573 del 28 de octubre de 2015, MP. Dr. Eugenio Fernández Carlier, sustanció frente a la prosperidad del ataque en casación bajo la causal de nulidad lo siguiente:

Sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (principio de protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede ser redimida con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (principio de convalidación); no procede la rescisión cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien depreque la invalidación tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de inadmisión en el radicado 45573, del 28 de octubre de 2015, MP. Eugenio Fernández Carlier).

Entonces, cuando se examina una sentencia con fines de casación, siempre se aborda la nulidad como un error *in procedendo*; porque no son los juicios ni los análisis los que provocan el yerro del funcionario, sino la construcción, la actividad que se realiza por las partes y los operadores judiciales en la construcción de un proceso, para llegar a un final con una sentencia válida. Y esos errores de construcción, tienen mucha importancia, porque si se miran de una manera objetiva siempre terminan violando una garantía fundamental y la garantía fundamental siempre está en la Constitución Política, y lo que viola la Constitución Política no tiene otra discusión sino el decreto de la nulidad.

Para nuestro estudio sólo resumiremos tres aspectos que pueden ser considerados bajo la causal de Nulidad: la prueba ilícita, la falta de motivación de la sentencia y la violación al principio de congruencia.

Frente a la prueba ilícita, se alega por nulidad dado que la prueba ilícita viola garantías fundamentales, no obstante, **la Corte Constitucional mediante Sentencia C-591 de 2005**, Corte MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, **consideró que “se declarará la nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial; sólo en estos casos que la prueba es ilícita, se debe anular el proceso, cambiar de juez que está conociendo la actuación y repetir toda la actuación”**. Los demás conceptos que den lugar a considerar prueba ilícita se siguen atacando como un error de derecho por violación indirecta de la ley sustancial, por falso juicio de legalidad.

Frente a la irregularidad en la sentencia por falta de motivación (absoluta, incompleta o deficiente, ambivalente y falsa), es preciso advertir que el recurrente debe demostrar que la irregularidad se estructura desde la observación de los dos fallos de instancia, dado que las dos sentencias conforman unidad, y lo no expuesto por el Tribunal puede aparecer razonado por el juez, máxime cuando aquel ratifica a la primera instancia y su competencia funcional le impone la carga exclusiva de confrontar la providencia del juez con las razones del recurrente.

En referencia a la motivación de la sentencia es necesario hacer las siguientes precisiones:

Primero. La doctrina de la Corte considera que en los eventos en que en la sentencia se observe ausencia de motivación, motivación incompleta y motivación ambivalente, por tratarse de errores de procedimiento, el recurrente debe cuestionarlos por la causal de nulidad.

Segundo. El error por motivación falsa, es decir aquella que se aparta de manera abierta, manifiesta, patente de la verdad que reflejan las pruebas, conlleva a que se estructure a partir de errores en la apreciación probatoria (se cuestiona la motivación, pero desde el desconocimiento de la realidad probatoria), lo que apunta a la conformación de un error de juicio, por lo que debe ubicarse dentro de la violación indirecta por errores de hecho o de derecho.

Y frente al aspecto de la violación al principio de congruencia, bajo el régimen de la Ley 600 de 2000 existía una causal de casación autónoma para la incongruencia entre la acusación y la sentencia (art. 207, numeral 2°), mientras que en el nuevo estatuto procesal artículo 448, el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena, yerro que debe postularse en sede casacional con arreglo a la causal de nulidad

porque el yerro no solo compromete la estructura del proceso, sino que constituye un error de garantía que afecta el derecho a la defensa al sorprenderse al procesado con imputaciones fácticas y jurídicas que no tuvo la oportunidad de controvertir por no haber sido incluidas en el pliego de cargo. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 4 de agosto de 2004, rad. 15415. MP. Dr. Yesid Ramírez Bastidas.)

De manera que la congruencia como garantía y postulado estructural del proceso, implica que el fallo debe guardar armonía con lo que el imputado acepte en la audiencia de formulación de la imputación (art. 293) o en la acusación (art. 337), que debe verificarse en los aspectos personal, fáctico y jurídico.

Causal Tercera. Violación indirecta de la ley sustancial.

Una vez más, es importante referir que el numeral 3 del artículo 181 de la ley 906 de 2004, no distinguió la denominación como la hemos referido, de violación indirecta de la ley sustancial, a cambio de esto manifestó que hay lugar al recurso extraordinario cuando se afectan derechos o garantías fundamentales por “3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia” Se llama Violación indirecta de la ley sustancial, porque hay una violación, una vulneración, un quebrantamiento; pero es indirecto, es decir algo se interpone entre la causa y el efecto, hay algo de por medio, por eso es indirecta; y eso que hay de intermedio y que sirve de puente, no son sino dos cosas, o la prueba o los hechos.

La causa de la violación viene del tribunal en el fallo, el cual se equivoca sobre el hecho o la prueba, y eso trae una consecuencia, un efecto, la vulneración de una norma sustancial; que la entendemos, como las normas constitucionales, las normas del código penal, las normas procesales con efectos sustanciales, las que entran por el bloque de constitucionalidad y las líneas jurisprudenciales que se crean como reglas de aplicación en los procesos penales.

En la violación indirecta de la ley sustancial, el ataque a la ley sustancial se puede presentar por dos clases de errores, el error de hecho o el error de derecho. Los errores de hecho son problemas de contemplación de la prueba, de apreciación de la prueba o valoración de la prueba; tres expresiones con significado diferente, que tienen que ver con el contenido de la prueba. Mientras, que los errores de derecho tienen que ver con una regulación jurídica de la prueba, no de su contenido. Es decir, se violan las normas jurídicas que regulan el ingreso de la prueba al proceso.

El error de hecho presenta los siguientes sentidos de violación:

Por un falso juicio de existencia.

Por un falso juicio de identidad.

Por un falso raciocinio.

A su vez, el error de derecho se puede cometer con dos sentidos de violación:

Por un falso juicio de legalidad.

Por un falso juicio de convicción.

Recapitulando, cuando se habla de violación indirecta, se parte siempre de la siguiente premisa: que el hecho y la prueba es el medio a través del cual el tribunal, comete el error jurídico. Es decir, el tribunal primero se equivoca, respecto de una prueba o de un hecho y luego si viola la ley sustancial. El concepto de ley sustancial, es el mismo de la violación directa, son los textos contenidos en la Carta Política, que entran al régimen jurídico interno a través del bloque de Constitucionalidad, o las disposiciones del código penal sustantivo, o las normas procesales que tienen efectos sustanciales en el proceso penal. (ver figura 3)

4.3.1 Error de hecho.

Este error está vinculado con la prueba, pero se dice que el tribunal comete este error, no en el aspecto jurídico de la regulación de la prueba, sino en el contenido de la prueba, a

través de la contemplación y la valoración de la misma; es decir, el yerro radica frente al alcance del contenido probatorio. Por ejemplo: en el mérito que debe tener el testimonio de un individuo sobre un hecho que relata, en la credibilidad que merece un dictamen pericial, en la credibilidad que merece la información que suministra una persona en una versión, en una entrevista, en una declaración; en la aceptación para dar por demostrado algo que contiene una escritura pública, etc.

Entiéndase por contemplar: ver, mirar, observar, sin hacer juicios de valor, ni análisis sobre lo que representa la credibilidad de la prueba; simplemente se observa y como consecuencia de esta observación se determina si hay un error o no hay un error; sin ningún esfuerzo de raciocinio.

En sí, implica contemplar las pruebas y descubrir si la prueba materialmente existe; no es existencia jurídica, es existencia material de la prueba, es presencia en cuerpo de la prueba en el expediente o en el audio; porque si lo que se quiere discutir es la existencia jurídica de la prueba, se tiene que hablar es de error de derecho, porque el problema es jurídico.

Así mismo, entiéndase por Valoración: el juicio, el análisis, el compromiso de criterio, la aplicación de la sana crítica, de reglas de lógica, de ciencia y de la experiencia; proceso mental propio del raciocinio. La valoración es ajena a la existencia y a la identidad de la prueba; tan sólo es exclusiva del raciocinio.

4.3.1.1 Falso juicio de existencia.

Cuando se habla de Error de hecho por falso juicio de existencia es simplemente constatar si en el proceso existe esa prueba, de la cual no se va a discutir sus problemas jurídicos. Esto implica que lo que se debe hacer es un ejercicio de contemplación, es decir, es un proceso que se realiza para descubrir el error y ponerlo de presente, sin hacer ningún tipo de ejercicio mental, de análisis y valoración (raciocinio).

Por lo tanto, implica simplemente, una contemplación del proceso (Ley 600) o del acto de audiencia pública (Ley 906 de 2004), para verificar: Primero: si la prueba que se cita como fundamento de la decisión realmente está practicada; es decir, estando la prueba en el proceso, existiendo la prueba, materialmente practicada y constatada la sentencia, se establece, que por ninguna parte el juez se ocupó del contenido de esa prueba; lo que implicaría un falso juicio de existencia, por omisión.

Lo que implica que la omisión debe ser integral, total, de toda la prueba; porque la omisión parcial de un contenido probatorio, no es falso juicio de existencia, es falso juicio de identidad. Segundo: cuando no existiendo la prueba materialmente en el juicio o expediente, esta se supone.

De lo anterior se colige que el error por falso juicio de existencia, se puede cometer por dos causas: por Omisión y por Suposición. Cuando se habla de falso juicio de existencia, se hace referencia a la existencia material de una prueba dentro del proceso. Aquí no se cuestiona

la existencia jurídica, es la existencia material de la prueba; porque los problemas de la existencia jurídica de la prueba no son errores de hecho, son errores de derecho.

Por Omisión: Acerca del reproche, en el cual se plantea un falso juicio de existencia por omisión de pruebas, impera recordar que tal yerro acontece cuando pese a estar la prueba en el diligenciamiento es totalmente marginada en la apreciación judicial, caso en el cual debe el demandante indicar el elemento probatorio omitido, cuál es la información objetivamente suministrada, el mérito demostrativo al que se hace acreedor y cómo su estimación conjunta con el resto de pruebas conduce a trastocar las conclusiones de la sentencia impugnada.

En síntesis, cuando el juez dice que una prueba no existe en el proceso, pero se observa en el expediente que, si existe y deja de ser valorada, se está cometiendo una omisión; por eso el nombre de falso juicio de existencia por omisión; porque estando la prueba practicada en el proceso, su contenido no se valora, ni se tiene en cuenta para tomar la decisión.

Por Suposición: tal yerro acontece cuando la prueba no existe en el proceso, no se ha practicado en el proceso y se da por supuesta, diciendo que si está. Por ejemplo, en un accidente de tránsito, se declara responsable al conductor, según criterio del juez, porque argumenta que iba a exceso de velocidad, a más de 100 km/hora, sin existir prueba alguna que demuestre lo aseverado, tan sólo se observa el testimonio de un testigo que manifiesta que el conductor iba “arriado”. El conocimiento personal del juez, ¿puede ser fundamento de una decisión incólume? NO, pues El juez supuso una prueba que demostraba que el conductor conducía a más de 100 km/hora, y con fundamento en eso condenó; en Colombia, las decisiones dentro de un proceso penal deben estar fundamentadas en pruebas, no sobre el conocimiento personal del juzgador.

Como síntesis de lo expuesto, en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, bajo radicado 25423 del 17 de septiembre de 2008, MP. Julio Enrique Socha Salamanca, manifiesta:

Incurrir en falso juicio de existencia —especie a la que expresamente se refiere el censor— el fallador que omite apreciar el contenido de una prueba legalmente aportada al expediente (falso juicio de existencia por omisión), o cuando, por el contrario, hace precisiones fácticas a partir de un medio de convicción que no forma parte del proceso, o que no pertenecen a ninguno de los allegados (falso juicio de existencia por suposición). (radicado 25423 del 17 de mayo de 2008)

Entonces, con fundamento en lo anterior, para la acreditación de un falso juicio de existencia, por tratarse de un yerro objetivo contemplativo, es en extremo elemental; pues basta con identificar el contenido de la prueba omitida y el lugar en el que está adosada a la actuación, o con señalar la precisión fáctica que corresponde a un elemento de convicción extraño al proceso o que no pertenece a alguno de los legalmente aportados. Además, no sobra destacar que, tras demostrar objetivamente el dislate, es perentorio acreditar su

trascendencia o, lo que es lo mismo, que, de no haberse incurrido en él, la declaración de justicia hecha en sentencia habría sido distinta y favorable a la parte que alega el respectivo desatino.

4.3.1.2 Falso juicio de identidad.

Es un problema de contemplación, de apreciación, de lectura, que implica una tergiversación, adición, o un cercenamiento de la prueba, atribuido por el tribunal. La forma de detectar tal error, es simplemente comparación, y si se observa, que lo que el tribunal le atribuye a la prueba, no corresponde exactamente, ahí hay un problema de identidad. Identidad significa mismidad, eso quiere decir que lo que está escrito o manifestado en un testimonio, o en una prueba y se traslada a la sentencia, sea el mismo contenido, sin darle un alcance diferente. Cuando hay problemas de identidad, hay un error sustancial y eso conlleva a que la decisión sea diferente.

Es decir, cuando el juzgador le pone al testigo cosas que no dijo, o cuando le quita aseveraciones que, si hizo; hay adición, hay mutilación o cercenamiento, hay tergiversación; y cuando aparece una de estas tres circunstancias, se está afectando la identidad del contenido de la prueba, se está afectando la literalidad de la prueba. El fallador no puede afectar en la lectura de la prueba, la literalidad, lo que el testigo dice, lo que el perito dice, lo que el documento dice, porque si lo trasquila, lo limita, le adiciona, o la suprime, está afectando el contenido probatorio, porque al adicionarle o cercenarle cosas a la prueba, alterando su literalidad, el sentido de la declaración cambia totalmente, y al alterarse el contenido de la prueba pierde valor y vigencia cualquier consideración que el tribunal haya hecho sobre esa prueba.

En eso consiste el falso juicio de identidad, porque se le agrega algo, o se le suprime algo, y eso cambia sustancialmente lo que el testigo quiso decir, logrando generar en algunos casos un gran daño a la justicia, porque puede hacer condenar cuando no se debe, o absolver a una persona que no se ha debido absolver.

En el falso juicio de identidad, no se discute la existencia de la prueba, de hecho, se parte del supuesto de que la prueba si existe en el proceso; lo que se discute, es su contenido, lo que la prueba registra no es lo que el juzgador revela en el fallo, lo que la prueba revela es un contenido distinto, y al cambiarlo el juez, es cuando deviene una decisión contraria a lo que debía haberse adoptado si el error no se hubiera cometido.

Como síntesis de lo expuesto, en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, bajo radicado 42548 del 13 de julio de 2016, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa, manifiesta:

Según está definido por la jurisprudencia, el error de hecho por falso juicio de identidad se estructura cuando el juzgador, al apreciar la prueba, distorsiona su contenido fáctico para hacerle decir lo que ella no expresa, bien por agregarle aspectos ajenos a la misma o por suprimirlos. Se trata, como lo ha dicho la Sala, de

un yerro de contemplación objetiva de la prueba que surge luego de confrontar su expresión material con lo que consigna el sentenciador acerca de ella. (radicado 42548, 13 julio 2016)

Como corolario, diremos que, los errores de falso juicio de existencia, como el del falso juicio de identidad, se presentan siempre en el proceso de contemplación; mientras que el de falso raciocinio, es un problema de examen, de valoración, de análisis.

4.3.1.3 Falso raciocinio

Es necesario recordar que las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe. De igual forma el juez deberá tener en cuenta como prueba únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia en la audiencia de juicio oral.

Ahora, frente al sistema de valoración probatoria existente, el juzgador tiene libertad para apreciar los elementos de juicio allegados para formar su convicción. La única limitante que le impone la ley es el respeto irrestricto a la sana crítica o persuasión racional.

Históricamente en Colombia, se han conocido dos sistemas de valoración de la prueba: uno reglado, tarifado, donde la ley establece el mérito de una prueba; y otro, por sana crítica.

El sistema de la *sana crítica o persuasión racional*, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas.

En sentencia de Constitucionalidad C-205 del 8 de marzo de 2005, MP. Jaime Araujo Rentería, frente a la sana crítica expone lo siguiente:

Ese concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. (sentencia C-205, 8 de marzo 2005)

Con fundamento en el sistema de valoración de la sana crítica, procedemos a decir que el problema de falso raciocinio, se denuncia como un error de hecho siempre que se viola el sistema de la sana crítica en la valoración de la prueba. Como ya se advirtió, la sana crítica utiliza reglas de ciencia, reglas de lógica, y utiliza reglas de experiencia, para determinar si a una prueba se le debe creer o no se le debe creer.

Es oportuno recordar que tal yerro tiene lugar cuando las pruebas son tenidas en cuenta, pero en su valoración los funcionarios quebrantan las reglas de la sana crítica, esto es, los principios de la lógica, las leyes de la ciencia y las máximas de la experiencia, caso en el cual es deber del recurrente sustentar el error de la siguiente manera:

Qué dice concretamente el medio probatorio,
Qué se infirió de él en la sentencia atacada,
Cuál fue el mérito persuasivo otorgado,
Determinar el postulado lógico, la ley científica o la máxima de experiencia cuyo contenido fue desconocido en el fallo, debiendo a la par indicar su consideración correcta,
Identificar la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada

Finalmente: demostrar la trascendencia del yerro expresando con claridad, cuál debe ser la adecuada apreciación de aquella prueba, con la indeclinable obligación de acreditar que su enmienda da lugar a un fallo esencialmente diverso y favorable a los intereses de su representado.

De una manera sintética, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, resume las obligaciones que tiene el recurrente cuando hace el ataque a la sentencia, por la causal tercera, de la violación indirecta de la ley sustancial, invocando el falso raciocinio, así:

En la demanda se formula un falso raciocinio, vicio que constituye una modalidad de violación indirecta de la ley sustancial consistente en el desconocimiento de las reglas de la sana crítica en el proceso de apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia. En ese orden, la debida sustentación de ese error de hecho presupone el siguiente contenido mínimo:

- (i) La individualización del medio de conocimiento indebidamente valorado;*
- (ii) La especificación de la regla de la sana crítica desconocida: un principio de la lógica, una ley científica o una máxima de la experiencia;*

- (iii) *El concepto de la violación, es decir, la explicación de la forma en que se habría desatendido el parámetro de apreciación probatoria;*
- (iv) *La propuesta de valoración acertada de las pruebas;*
- (v) *La identificación de las normas constitucionales o legales infringidas; y,*
- (vi) *La acreditación de la trascendencia del error en la decisión judicial.* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 47642 de 30 de marzo de 2016, MP Gustavo Enrique Malo Fernández).

Con fundamento en lo anterior, como corolario diremos que, en el error por falso raciocinio, no se discute la existencia de la prueba, ni se discute con el tribunal errores en la identidad o el contenido; lo que se discute son las conclusiones, los juicios, los criterios que se forme el funcionario para tomar una decisión. Es decir, problemas de credibilidad, le cree o no le cree a la prueba.

4.3.2 Error de Derecho

Es un problema jurídico en la fase probatoria, esto tiene que ver con una regulación jurídica de la prueba, no de su contenido. Es decir, se violan las normas jurídicas que regulan la actividad probatoria en el juicio, es decir, el ingreso de la prueba al proceso, como la enunciación, el descubrimiento, la petición, el decreto y la práctica; todos esos errores se constituyen error de derecho, porque se va a discutir las normas jurídicas que regulan la aducción, la incorporación y la práctica de pruebas en el juicio.

La existencia jurídica de la prueba, tiene que ver con situaciones como:

¿El funcionario que practicó la prueba, la practicó en el proceso que era?

¿Era el competente para tramitar ese proceso?

¿Se hizo con todas las formalidades que la ley establece, de decreto, petición, practica y juramento?

Se practicó, ¿sin coacción al testigo?

Entonces, cuando una sentencia en sede de casación se ataca por la violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de derecho en la apreciación de la prueba, el demandante tiene la obligación de:

Precisar la modalidad del vicio, que puede obedecer a un falso juicio de legalidad, o un falso juicio de convicción.

Indicar el precepto o los preceptos desconocidos o vulnerados por el *ad quem*.

Demostrar que el error causó la decisión de la parte resolutive del fallo, de tal forma que sin éste la decisión hubiera sido distinta.

Así, lo contempla la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal:

Cuando en sede de casación se propone la violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de derecho en la apreciación de la prueba, el demandante tiene la carga procesal de (i) precisar la modalidad del vicio, que puede obedecer a un falso juicio

de legalidad y, de manera excepcional, a un falso juicio de convicción; (ii) indicar el precepto o los preceptos desconocidos o vulnerados por el ad quem; y (iii) demostrar que el error determinó o suscitó la decisión de la parte resolutive del fallo, de suerte que sin aquél hubiera debido proferirse otra distinta. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 43845 de 2 de julio de 2014, MP Eugenio Fernández Carlier).

Recapitulando, decimos entonces: que el error de derecho tiene que ver con la regulación jurídica de la prueba, la cual puede presentar dos modalidades del vicio: falso juicio de legalidad y falso juicio de convicción. Para hablar de falso juicio de legalidad se requiere que el juzgador tenga en cuenta pruebas que no podía apreciar por no haber sido incorporadas en debida forma al proceso, y el falso juicio de convicción, se presenta cuando la normatividad exige para la demostración de un determinado hecho una prueba especial y el juzgador lo da por probado con otros medios, o le niega eficacia probatoria al que legalmente la tiene.

4.3.2.1 Falso juicio de legalidad.

El falso juicio de legalidad se presenta siempre en la aducción y producción de la prueba al juicio. Esta afirmación implica, una serie de pasos que hay que recorrer desde un primer momento hasta un final y en cualquiera de ellos se puede dañar la legalidad de la prueba; en la enunciación, en la solicitud, en el decreto y en la práctica; y para efectos de la ilegalidad da lo mismo que se presenta al inicio o al final; debe cumplir la totalidad de los requisitos exigidos por la ley en cada uno de esos pasos para que la prueba sea legal, de lo contrario será ilegal.

Entonces, cuando el error está relacionado con todas aquellas disposiciones que tienen que ver con el decreto, la petición y la práctica de la prueba, con el rito procesal que tiene que cumplirse para que la prueba llegue al proceso, legalmente producida, se dirá que se incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad.

Por ejemplo: Se permite que declare el proceso una persona de nombre X, empero, nunca fue solicitada ni decretada esa prueba. Esa prueba no podía ser fundamento de la decisión. Otro ejemplo sería la entrevista rendida por Jaime, quien ha sido testigo de un homicidio, el cual va al juicio a declarar, pero en la sentencia es incorporada dicha entrevista; lo cual, según el rito procesal, la prueba será la declaración rendida por el testigo en el juicio, y no la entrevista; la entrevista rendida por fuera, nunca va a ser prueba, será utilizada para refrescar memoria o para impugnar credibilidad.

Uno más sería aquella persona que va a juicio y declara a favor del procesado, pero, lo hace bajo coacción y constreñimiento, lo cual hace que el testimonio no sea libre, espontáneo y voluntario; esto ocasionaría un error en el origen de la prueba, la cual tiene una regulación legal que debe regirla y que indica que el testimonio debe rendirse sin coacción, ni presiones, libre de todo apremio, a excepción del apremio legal del juramento. Constituyéndose así un error de derecho en la producción de la prueba, que la hace ilegal, por lo que se atacaría por falso juicio de legalidad.

Frente a este tipo de error, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia 32964 del 25 de agosto de 2010, MP JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ, considera lo siguiente:

Lo primero que debe decirse en relación con esta censura es que la situación que plantea, referida a que el procesado fue declarado responsable a título de dolo eventual por lo que es y no por lo que hizo, nada tiene que ver con el error de derecho por falso juicio de legalidad que se denuncia, pues para que pueda hablarse de esta modalidad de desacierto, se requiere que el juzgador tenga en cuenta pruebas que no podía apreciar por no haber sido incorporadas en debida forma al proceso, y esto no es lo que el casacionista alega o intenta probar. (subraya fuera de original). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 32964 del 25 de agosto de 2010, MP JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ).

Una definición más precisa sobre este tipo de error se observa en cabeza del MP. Eugenio Fernández Carlier, en Auto de inadmisión de demanda de Casación, dentro del radicado 43845 de 2 de julio de 2014, quien manifiesta al respecto:

Acerca del falso juicio de legalidad, la Sala tiene dicho que se da cuando el juzgador le otorga validez jurídica a una prueba, equivocándose al considerar que cumple con las exigencias formales de producción e incorporación; o cuando le niega validez al medio de convicción, a pesar de haber observado tales requisitos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 2 de julio de 2014, rad. 43845, MP. Dr. Eugenio Fernández Carlier)

Entonces, entendido que cuando se invoca la violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho, incurriendo en vicio de falso juicio de legalidad, se requiere que el juzgador haya tenido en cuenta pruebas que no podía apreciar por no haber sido incorporadas en debida forma al proceso, debido a que se infringió el rito procesal que debe cumplirse para que la prueba se realice; el recurrente tendrá la obligación no sólo de acreditar la ocurrencia del yerro, sino también su trascendencia, la cual estará relacionada con la demostración de que la exclusión de la prueba que se dice ilegal o ilícita proporcionaría una decisión diferente por parte del *ad quem*.

En Auto reciente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 25 de mayo de 2016, radicado 48001, MP. Eugenio Fernández Carlier, al respecto manifiesta:

quien invoca como causal de casación el error de derecho por falso juicio de legalidad no sólo tiene la carga de acreditar la ocurrencia del yerro, sino también su trascendencia, que en ese evento está relacionada con la demostración de que la exclusión de la prueba que se dice ilegal o ilícita daría lugar a una decisión distinta de la condena. (Corte Suprema de Justicia, auto de 25 de mayo de 2016, radicado 48001, MP. Dr. Eugenio Fernández Carlier)

4.3.2.2 Falso juicio de convicción.

Este yerro obedece al sistema de valoración de la prueba de la tarifa legal. La prueba se puede apreciar por dos sistemas: la sana crítica y la tarifa legal. Entonces cuando los problemas se presentan en la valoración por la sana crítica, se dirá que el error corresponde a un error de hecho por falso juicio de raciocinio; empero, si el problema de valoración de la prueba es por tarifa legal, el yerro corresponde a un error de derecho por falso juicio de convicción.

Por ejemplo: la prueba de referencia; cuando en el proceso sólo obren pruebas de referencia, no se puede condenar; no puede ser fundamento de la declaración de responsabilidad, cuando sólo obren pruebas de referencia, tienen que concurrir, otras pruebas que sean directas, que hayan conocido los hechos por su sentir.

Otro ejemplo: los informes policiales, no sirven de fundamento para tomar decisiones de fondo, para condenar; podrán orientar para adelantar una investigación, pero no para condenar.

Frente a este tipo de error, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia 32964 del 25 de agosto de 2010, MP JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ, considera lo siguiente:

Podría pensarse, por el contenido de la censura, específicamente por la afirmación que hace en el sentido de que el tribunal usó pruebas que no podía utilizar para dichos fines, que lo que se quiso plantear fue un error de derecho por falso juicio de convicción, que se presenta cuando la normatividad exige para la demostración de un determinado hecho una prueba especial y el juzgador lo da por probado con otros medios, o le niega eficacia probatoria al que legalmente la tiene, pero esto carece de sentido, porque la normatividad no tasa la eficacia de la prueba orientada a acreditar las condiciones personales del sujeto, ni su historial como conductor de automotores. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 25 de agosto de 2010, rad. 32964, MP. Dr. José Leonidas Bustos Martínez)

Una definición más precisa sobre este tipo de error se observa en cabeza del MP. Eugenio Fernández Carlier, en Auto de inadmisión de demanda de Casación, dentro del radicado 43845 de 2 de julio de 2014, quien manifiesta al respecto:

Y, en lo que al falso juicio de convicción atañe, ocurre cuando el juez le niega a la prueba el valor asignado por la ley o cuando le da uno que legalmente no le corresponde. Pero como el ordenamiento jurídico colombiano obedece al sistema de la persuasión racional o de libre valoración de la prueba, sólo se presentaría en contados casos; por ejemplo, cuando el funcionario desconoce la tarifa legal negativa que el legislador consagra en el artículo 314 de la Ley 600 de 2000, relativa a los informes de la policía judicial en las labores previas de verificación, o la del inciso 2º del artículo 381 de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal aplicable al sistema acusatorio, de acuerdo con el cual

«[l]a sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en prueba de referencia». (Corte Suprema de Justicia, radicado 43845 de 2 de julio de 2014, MP. Eugenio Fernández Carlier)

Entonces, concluyendo, debemos decir que la violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho, incurriendo en vicio de falso juicio de convicción, se presenta cuando la normatividad exige para la demostración de un determinado hecho una prueba especial y el juzgador lo da por probado con otros medios, o le niega eficacia probatoria al que legalmente la tiene; lo cual sólo se presentaría en contados casos, dado que en el ordenamiento procesal penal nacional está descartada, por regla general, la tarifa legal (salvo en lo que atañe a la prueba de referencia), ya que rige el principio de libertad probatoria, consagrado en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, según el cual «*los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos*».

Técnica para atacar la violación indirecta de la ley sustancial

Cuando se invoca la causal tercera, o se acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, originada por errores en el proceso de contemplación, valoración y regulación probatoria, debe el recurrente en primera medida advertir que tipo de error se originó en esta, ya sea error de hecho o error de derecho.

Si determina que el error percatado corresponde al tipo de error de hecho, es decir, aquel que se produce sobre el contenido de la prueba, es necesario que identifique una de sus diversas modalidades, en las que pudo incurrir el *ad quem*, ya sea en falso juicio de existencia: por omisión, o suposición del medio probatorio; o en falso juicio de identidad: originado por adición o tergiversación de su contenido factico; o en falso raciocinio al infringir los postulados que rigen el sistema de valoración de la prueba, mediante la sana crítica, la cual se rige por principios lógicos, leyes de la ciencia o máximas de la experiencia.

Es menester advertir que se pueden observar diversos yerros en la sentencia, violatorios indirectos de la ley sustancial, los cuales deben ser desarrollados de manera individual, dentro de los sentidos o motivos propios de cada error; esto implica que, si el yerro indicado es la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, este error tiene sentidos o motivos propios, que no pueden ser utilizados, ni mezclados entre sí, en razón a que cada uno de ellos exige un específico y especial ejercicio demostrativo; o peor aún, no pueden ser utilizados o confundidos con los motivos que son propios de la violación directa de la ley sustancial, o de la nulidad.

También es imperioso recordar que los errores de falso juicio de existencia, como el del falso juicio de identidad, se presentan siempre en el proceso de contemplación de la prueba; mientras que el falso raciocinio es un problema de examen, de valoración, de análisis de la prueba; razón por lo cual, utilizar expresiones como valoración de la prueba

cuando se está denunciando falso juicio de identidad o de existencia, incurre en el quebrantamiento de los principios de claridad y precisión que deben orientar el recurso de Casación.

En igual forma, otro tipo de error que se puede avizorar en una sentencia que se acusa de violación indirecta de la ley sustancial, corresponde a errores de derecho; es decir, aquellos errores que está relacionados con la regulación jurídica de la prueba y no de su contenido. En el cual se violan las normas jurídicas que regulan el ingreso de la prueba al proceso; ya sea, porque el juzgador tuvo en cuenta pruebas que no podía apreciar por no haber sido incorporadas en debida forma al proceso, ante lo cual se dirá que se incurrió por parte del *ad quem* en un falso juicio de legalidad; o porque la normatividad exige para la demostración de un determinado hecho una prueba especial y el juzgador lo da por probado con otros medios, o le niega eficacia probatoria al que legalmente la tiene; ante lo cual se progonará que se incurrió en falso juicio de convicción.

Ahora, en virtud al principio de prioridad, que debe contemplar una sentencia con miras a casación, es menester advertir que se deben presentar los cargos en un orden lógico, procurando que la censura que tenga una mayor cobertura, sea postulada en un comienzo, para que la Corte la considere de manera preferente, de tal forma que si prospera no hay lugar a la consideración de las restantes, las cuales deben presentarse de manera subsidiaria. Así mismo para no quebrantar el principio de no contradicción, está proscrito que el casacionista presente en un mismo contexto y dentro de una misma censura, cargos que se rechacen, que se excluyan, que se repelen, por cuanto apuntan a soluciones opuestas; las cuales, sí pueden ser presentadas, o formuladas de manera separada, en capítulos diversos, con salvedad de subsidiaridad.

La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, en diversas sentencias, y de vieja data, inclusive con anterioridad a la vigencia de la Ley 906 de 2004, ha resumido las obligaciones que tiene el recurrente cuando hace el ataque a la sentencia, por violación indirecta de la ley sustancial, ya sea que implique un error de hecho o un error de derecho, así:

En virtud de los principios de claridad y precisión que orientan el recurso, es deber ineludible del casacionista señalar la clase de error que achaca a la sentencia de segundo grado cuando se acude a la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, esto es, si se trata de error de derecho o de hecho, así como las formas que pueden asumir, por cuanto cada una de ellas exige un específico y especial ejercicio demostrativo, como ya en incontables ocasiones lo ha enseñado y repetido la jurisprudencia de la Sala.

La doctrina de la Corte, no obstante esa exigencia de orden técnico y en aras de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el formal, admite que es posible obviar una tal omisión si del contenido y desarrollo del reproche se entiende sin dificultad que el casacionista optó de manera coherente por una de las opciones propias del

quebranto indirecto de una norma sustancial, esto es, si discurre ya sobre un falso juicio de legalidad o de convicción (especies del error de derecho) ora respecto de un falso juicio de identidad o de existencia, o sobre un falso raciocinio (formas del error de hecho). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 18743 de 17 de marzo de 2004, MP Jorge Aníbal Gómez Gallego).

En un pronunciamiento hecho por la Corte, años después, en un Auto de inadmisión de demanda en casación que sustentara el Magistrado Eugenio Fernández Carlier, recordó los deberes del recurrente cuando ataca una sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, así:

Cuando se opta por la violación de la ley mediada por errores en el proceso de aprehensión y valoración probatoria, le compete al demandante, además de individualizar el elemento de convicción en el cual recae el vicio, identificar su clase, sea error de hecho en sus diversas modalidades: falso juicio de existencia por omisión o invención del medio probatorio; falso juicio de identidad por distorsión o tergiversación de su contenido fáctico; o falso raciocinio al infringir los postulados de la sana crítica y derivar conclusiones que contravienen los principios lógicos, las leyes de la ciencia o las máximas de la experiencia. O si se trata de un error de derecho debe explicar si el yerro consistió en un falso juicio de convicción por negarle a la prueba el valor conferido por la ley u otorgarle un mérito diverso del que le es atribuido legalmente, o por un falso juicio de legalidad por valorar el juzgador alguna probanza con defectos formativos en su incorporación o aducción procesal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de inadmisión, radicado 34555 de 9 octubre de 2013, MP Eugenio Fernández Carlier).

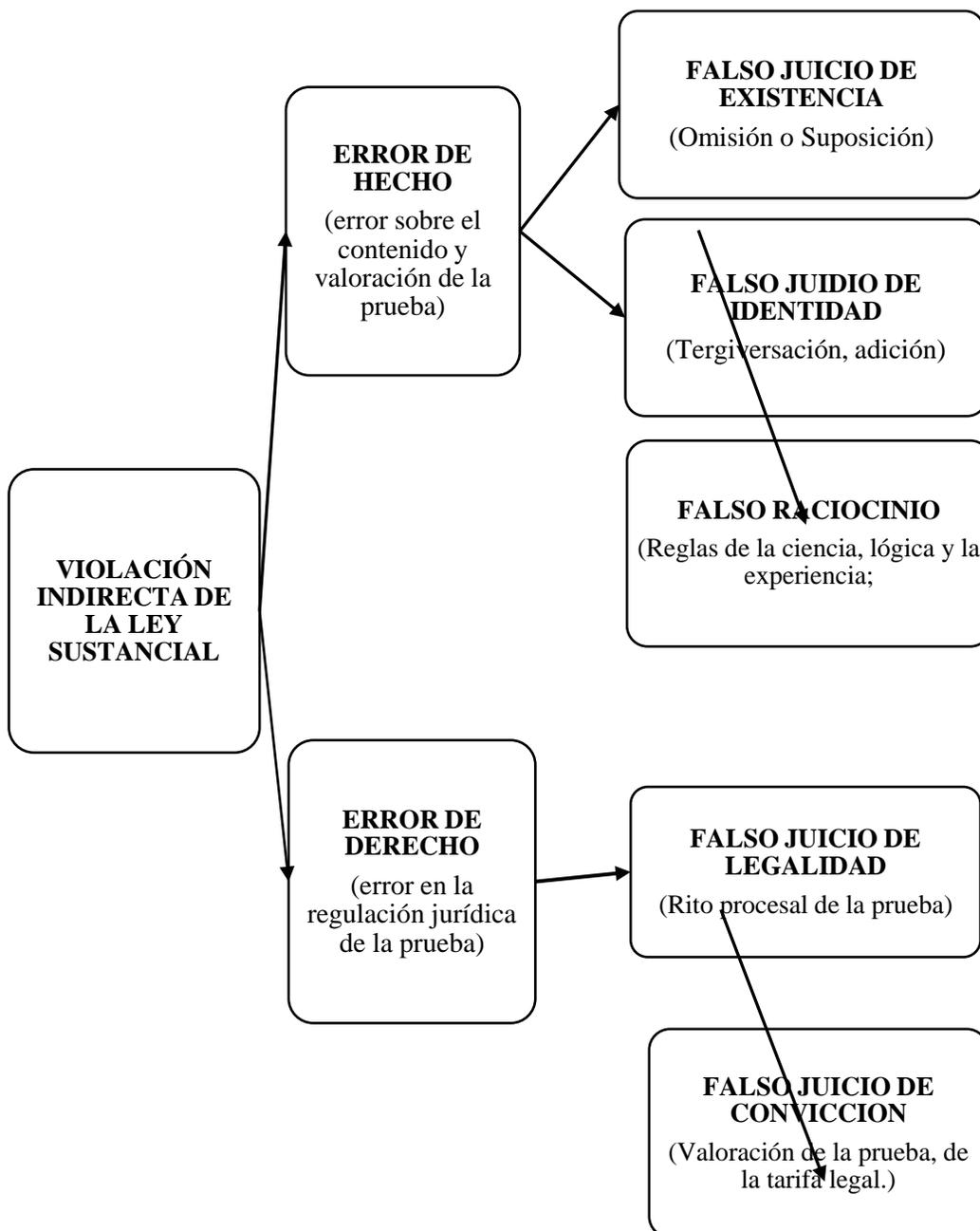


Figura 3. Sentidos o motivos de la violación indirecta de la ley sustancial

CONCLUSIONES

Al finalizar este documento sobre la técnica del recurso extraordinario de casación se puede concluir lo siguiente:

Que el recurso de casación es un mecanismo extraordinario de impugnación contra sentencias proferidas en segunda instancia por delitos, cuyo objetivo principal es cuestionar la juridicidad del fallo, con la estricta observancia de la ley, la Constitución y los tratados internacionales, cuando se avizoran afectación de derechos o garantías fundamentales; buscando unificar la jurisprudencia, promover la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto, reparar el agravio inferido y mantener incólumes las garantías fundamentales; convirtiéndose así en un juicio de constitucionalidad y legalidad que se formula contra la sentencia.

El recurso de Casación no puede entenderse como una tercera instancia, donde lo que se busca es controvertir los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios propios de las instancias. Tampoco es un mecanismo diseñado para resolver disputas conceptuales, ni para resolver diferencias de criterios, ni para hacer simple estudios dogmáticos sobre un tema; se debe demostrar que el tribunal que resolvió en un caso concreto, con su decisión cometió un error y generó un agravio; porque si el daño no se produce, no se debe tramitar recurso de casación.

Al ser el recurso de casación un mecanismo de impugnación que establece un juicio de constitucionalidad y legalidad a la sentencia, y dada su naturaleza extraordinaria, impone a quien acude al mismo el deber de ceñirse a determinados requerimientos sistemáticos basados en la razón y en la lógica argumentativa, atinentes a la observancia de coherencia, precisión y claridad en el desarrollo de cada uno de los reparos efectuados (por vicios *in procedendo* o *in iudicando*), y desarrollarlos conforme a las causales de procedencia previstas en el artículo 181 del ordenamiento procesal, con el fin de persuadir a la Corte Suprema de Justicia de revisar el fallo de segunda instancia en procura de corregir la decisión que se acusa de ser contraria a derecho.

Al no ser la demanda de casación un escrito donde se puede argumentar de manera libre y se pueda desarrollar la propuesta con la libertad intelectual que se permite para sustentar un recurso ordinario y al exigir que deba proponerse, desarrollarse y demostrarse con unos pasos específicos ceñido a determinados requerimientos sistemáticos basados en la razón y en la lógica argumentativa; conlleva a que en materia penal el recurso de casación sea un recurso formalista, porque hay una técnica establecida que es la expresión del debido proceso del recurso en la cual debe observarse: unas reglas de técnica que están previstas expresamente en las normas que regulan el recurso (artículos 181 al 184 ley 906 de 2004) y otras que han sido desarrolladas vía jurisprudencial por la Corte Suprema de Justicia, basadas en principios que rigen la demanda de casación en aras de su viabilidad y prosperidad; principios como: Rogación, Limitación, Claridad y Precisión, Congruencia de la

Petición, Legalidad y Acierto, y Principio de Unidad Jurídica; situación en conjunto que nos permite hablar de una *técnica casacional normalizada* de difícil factura.

Al ser el recurso extraordinario de casación el mecanismo de impugnación, que permite demostrar la ilegalidad de la sentencia, obliga al recurrente a determinar el error o errores que se le atribuyen al fallo y enmarcarlo en una de las causales establecidas por la ley, como son la violación directa o indirecta de la ley sustancial o la nulidad (Ley 906, 2004, art. 181) mediante argumentos técnicos y jurídicos orientados a la corrección del fallo.

Una vez determinado el yerro, debe enfocarlo dentro de uno de los sentidos o motivos propios de cada error; esto implica que, si el yerro indicado es la violación directa de la ley sustancial, este error tiene sentidos o motivos propios, que no pueden ser utilizados, ni mezclados entre sí, o peor aún, utilizarlos o confundirlos con los motivos propios de la violación indirecta de la ley sustancial, o de la nulidad.

Múltiples son los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, bajo la modalidad de autos de inadmisión de demandas de casación, donde se observa que el casacionista no maneja bien la *técnica casacional* al infringir los principios que rigen el libelo impugnatorio, ni encausar de manera adecuada los sentidos o motivos propios para cada una de las causales establecidas en la ley (art. 181) para tal recurso; lo que conllevó a este autor a tratar de explicar de una manera sintética la técnica del recurso extraordinario de casación; mostrando así, que no se trata de un mito, donde la casación es vista como un recurso inalcanzable, que implique la utilización de elocuentes argumentos y palabras elegantes sacadas o rebuscadas de enciclopedias jurídicas; por el contrario, se trata de una técnica muy sencilla, que ilustra y orienta al casacionista para que adecue los diversos yerros que se perciben en la sentencia de segunda instancia, dentro de unos motivos o sentidos propios para cada uno de las tres violaciones que se pueden atacar en casación que son: violación directa o indirecta de la ley sustancial y la nulidad; ilustrándolo a la vez, sobre el componente esencial y el desarrollo de cada motivo o sentido; lo que conllevará a quien se guie por este instructivo a mejorar de manera ostensible su técnica del recurso extraordinario de casación, mostrando a la vez que *la casación en materia penal es una técnica normalizada y al alcance de todos*.

BIBLIOGRAFIA

REFERENCIAS DOCTRINARIAS

CALDERON BOTERO, FABIO. *Casación y revisión en materia penal*. Bogotá: Librería del profesional, 1985.

CALAMANDREI, PIERO. *La casación civil*. Madrid: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO. *Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 1992.

MORALES MEDINA, HERNANDO. *Técnica de Casación Civil*. Bogotá:

SERRANO FAJARDO JHON Y SOLANO RODRÍGUEZ JOSÉ, investigación “*El nuevo régimen de casación penal: producto de un proceso de flexibilización del recurso*”. Bucaramanga: UIS, 2010.

UPRIMY YEPES, RODRIGO *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Nuevas Ediciones Limitada, Tercera Edición, Bogotá, 2003.

VELÁSQUEZ NIÑO, JORGE. *¿La Casación Penal?* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2012.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Corte Constitucional, sentencia C-252 de 2001.

Corte Constitucional, sentencia C-205 de 2005.

Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005

Corte Constitucional, sentencia C- 025 de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 21 de septiembre de 2000, rad.12376.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 24 de octubre de 2002, rad. 13692.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 17 de marzo de 2004, rad. 18743.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 4 de agosto de 2004, rad. 15415.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 9 de mayo de 2007, rad. 27330.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 17 de mayo de 2008, rad. 25423.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 25 de agosto de 2010, rad. 32964.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 9 octubre de 2013, rad. 34555.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 2 de julio de 2014, rad. 43845.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto 28 de octubre de 2015, rad. 45573.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 30 de marzo de 2016, rad. 47642.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 25 de mayo de 2016, rad. 48001.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto de 13 de julio de 2016, rad. 42548