



**¿Cómo remediar la falta a la defensa técnica que se presenta en sede del recurso extraordinario de Casación?**

Javier Andrés Montero Márquez, Juan Camilo Basto Rodríguez y José Gregorio Beltrán Pérez

Universidad La Gran Colombia  
Facultad de Derecho, Especialización en Casación Penal  
Director: Dr. Carlos Roberto Solórzano Garavito

Bogotá D.C., Colombia  
2023

## **Tabla de contenido**

<b>1. El derecho a la defensa técnica.....</b>	<b>9</b>
<b>2. El derecho a la defensa técnica en sede del recurso extraordinario de Casación.....</b>	<b>11</b>
<b>3. La casación de oficio.....</b>	<b>13</b>
<b>4. Crítica a la casación de oficio.....</b>	<b>18</b>
<b>5. Tutela contra auto que inadmite la demanda de casación.....</b>	<b>20</b>
<b>6. Análisis de decisiones relevantes.....</b>	<b>25</b>
<b>7. Conclusiones.....</b>	<b>29</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>32</b>

## **Pregunta de investigación**

¿Cómo remediar la falta a la defensa técnica que se presenta en sede del recurso extraordinario de casación?

## **Hipótesis**

Si bien la casación oficiosa permite corregir la falta a la defensa técnica que se presenta al momento de sustentar el recurso extraordinario de casación cuando se avizora la transgresión de alguno de los fines previstos en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal<sup>1</sup>; lo cierto es que no hay cómo controlar materialmente la exhaustividad y rigor con la que los Despachos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia analizan la procedencia de este instituto jurídico.

Por supuesto que no se pretende partir de una mala fe o el desconocimiento de las funciones desempeñadas por el máximo tribunal de nuestra jurisdicción, simplemente se tiene en cuenta un argumento práctico, cómo lo es, que la manera en que se expone la trascendencia de los cargos en la demanda presentada por el abogado (no siempre experto lastimosamente), puede ser la advertencia que evidencia la necesidad de casar oficiosamente, aun cuando se incumplió la exigencia técnica que demanda el recurso.

Es decir, ante aquellos procesos judiciales voluminosos, donde hubo una práctica probatoria extensa, que además ahondó en temas bastante especializados, y si se quiere, para hacer más gravosa la situación, se está ante el supuesto de una eventual prescripción,

---

<sup>1</sup> “El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia” (Ley 906 de 2004, art. 180).

es posible que sin la correcta dirección, el Despacho que conozca de la demanda de casación descarte la procedencia de la casación de oficio.

Al fin y al cabo, aun cuando se ha matizado el principio de limitación, la demanda sigue siendo una carga del sujeto procesal, por ello la casación de oficio no opera de manera automática, bajo una selección autónoma de la Corte Suprema de Justicia, como si ocurre con la revisión de tutelas que realiza la Corte Constitucional. De lo anterior es posible concluir, por lo menos de manera a priori, que para que se case de oficio, resulta necesario un mínimo de técnica por parte del demandante.

Así las cosas, estando ante un excepcional supuesto como el que aquí se contempla, la única alternativa que tendrá el nuevo abogado defensor para remediar el desacierto de su predecesor será instaurar una acción de tutela contra el auto que inadmitió el recurso, siendo la exigencia argumentativa altísima, toda vez que por más que el origen del problema sea la falta a la defensa técnica, la cuestión a atacar deberá concentrarse en el actuar del Despacho de la Corte, que omitió casar de oficio, aun cuando se hacía necesario salvaguardar los fines del recurso.

En los casos más simples habrá de sustentarse un defecto procedimental, mientras que en aquellos más complejos un defecto sustancial por motivación defectuosa, o un defecto fáctico por no haber ahondado en cuestiones probatorias.

## **Marco teórico**

La falta a la defensa técnica, cuando se presenta hasta antes de la emisión de la decisión de segunda instancia, puede ser cuestionada a través de la causal segunda de casación, prevista en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, que alude al *“Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”* (Ley 906 de 2004, art. 181).

Es una causal de difícil configuración, toda vez que se debe demostrar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cómo lo que fundamenta la aludida falta a la defensa técnica NO es una simple disparidad de criterios entre el anterior abogado y el nuevo, y lo que es más difícil, que la actitud pasiva o silenciosa abordada por el predecesor, no hizo parte de la estrategia defensiva, sino que constata un actuar negligente, que evidencia el desconocimiento de la sistemática procesal.

Es así, como en el plano práctico, pocas veces la Corte Suprema de Justicia le halla razón al demandante que alega este error in procedendo (de garantía) como fundamento de una nulidad.

Curiosamente, y para los efectos de este trabajo, cuando la falta a la defensa técnica concurre al momento de interponer y/o sustentar el recurso extraordinario de casación, esta dificultad de demostración se morigera, toda vez que existe un pronunciamiento expreso de la autoridad judicial, que evidencia por qué el recurso no se interpuso o sustentó en cumplimiento del término legal, o por qué aun habiendo encajado en dicho término, no se cumplieron los requisitos técnicos exigibles para su fundamentación.

A pesar de lo anterior, como se presume que la casación de oficio permite corregir incluso estos supuestos, dicha falta a la defensa técnica que se suscita en sede del recurso extraordinario de casación poco trasciende, salvo que el nuevo abogado estudie la posibilidad de demostrar vía acción de tutela contra providencia judicial, por qué la casación de oficio en el caso concreto no cumplió su cometido.

El desarrollo legal y jurisprudencial respecto a esta última posibilidad es casi que nulo, por lo que habremos de referirnos a los pocos pronunciamientos que permiten tener una luz sobre el tema.

### **Metodología de investigación**

La presente investigación se adelantará a partir de la revisión de sentencias proferidas por los dos agentes involucrados en el problema jurídico a resolver mediante esta investigación.

Ello por cuanto, lastimosamente es sabido que en nuestro ordenamiento jurídico la mejor forma de aprender de casación es mediante los autos inadmisorios de las demandas que profiere la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por lo cual mayoritariamente habremos de acudir a los considerandos deprecados en ellos. Así mismo, revisaremos decisiones que de fondo hayan resuelto demandas de casación.

A través de este ejercicio podremos hacer un análisis descriptivo del punto de partida del problema de investigación, es decir, que se entiende por defensa técnica, en

términos generales, para luego concretarlo respecto al recurso de casación. De esta forma, podremos identificar en qué eventos estamos ante una vulneración de este derecho.

Tras reconocer que la casación oficiosa pareciera ser el remedio para este tipo de vulneración cuando se presenta en sede del precitado recurso, habremos de estudiar la historia de dicho instituto jurídico, qué comprende y ante que supuestos resulta concebible, en consecuencia, cuáles son las finalidades de la casación; finalmente habremos de presentar una crítica respecto a la imposibilidad de verificar su aplicación con exhaustividad y rigor en nuestro ordenamiento jurídico.

Desarrollada la crítica, habremos de concluir cómo precisamente por las deficiencias del instituto de la casación oficiosa, resulta posible que se presente una falta a la defensa técnica en sede de casación con suficiente trascendencia como para hacer viable la acción de tutela contra el auto que inadmitió el recurso.

Así, en la última parte de este estudio se precisarán los diferentes defectos que podrían plantearse vía tutela, a efectos de corregir la falta a la defensa técnica presentada en sede del recurso extraordinario de casación, o lo que es más preciso, atacar que se haya pasado por alto casar de oficio, cuando los fines del recurso así lo ameritaban.

Finalmente, se revisarán dos importantes decisiones de las altas Cortes, las cuales resultan ajustadas a nuestro objeto de estudio tras resolver: a) respecto a una tutela interpuesta en contra del auto que rechazó por extemporánea la sustentación del recurso de

casación; b) respecto a una tutela interpuesta en contra del auto que inadmitió una demanda de casación.

Sólo de esta forma podremos definir la respuesta a la pregunta de investigación, es decir: ¿cómo remediar la falta a la defensa técnica que se presenta en sede del recurso extraordinario de casación?



## 1. El derecho a la defensa técnica

El derecho a la defensa técnica se encuentra previsto de manera expresa en normas que hacen parte de nuestro bloque de constitucionalidad, nuestra Constitución Política, así como el estatuto procesal penal.<sup>2</sup>

Sobre el derecho a la defensa técnica, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha esbozado importantes consideraciones tales como:

- Es una garantía de rango constitucional que debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial.
- Es intangible, toda vez que no se puede renunciar a su ejercicio. Es decir, el procesado podrá designar un apoderado de confianza, pero si no está en la capacidad o no quiere, le será asignado uno de oficio o público por parte del estado.
- Es real o material, lo cual implica que no es una garantía que se satisfaga de manera nominal. Es decir, no basta con la designación del abogado, sino que este debe actuar en consonancia con su rol, velando por los intereses del procesado.
- Es permanente, por cuanto se debe presentar durante todo el transcurrir procesal,

---

<sup>2</sup> Al respecto ver: Artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, numeral 3° del Artículo 14 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y Artículo 8° de la Ley 906 de 2004.

sin discriminar si se está en la etapa investigativa o la de juzgamiento. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP154-2017, 2017)

Ahora, es importante precisar como la precitada garantía además es inmutable, por cuanto para su realización se deben cumplir todas las características hasta ahora enunciadas, sin embargo, su ejercicio si se verá condicionado por la sistemática procesal dentro de la cual se desenvuelva.

Sólo de esta forma se podrá asegurar la paridad de las partes, y en consecuencia, la legitimidad del fallo.

Se recuerda que el anterior estatuto, es decir, el de la Ley 600 del 2000 (aún vigente), contempla una investigación integral e imparcial por parte del ente acusador, donde además el juez tiene facultades probatorias; luego tiene pleno sentido, en términos generales, la táctica o estrategia pasiva del abogado.

Actualmente, la Ley 906 de 2004, que contempla un sistema con tendencia acusatoria, adversarial y además oral, exige al abogado una intervención más activa, que favorezca el ejercicio de contradicción y construcción de la verdad procesal. Por supuesto sin que ello implique, que respecto a específicas circunstancias, convenga guardar silencio o desplegar una actitud pasiva.

Lo que ocurre es que se invierten las dinámicas, mientras en la Ley 600 del 2000 la pasividad podía ser la regla, en la Ley 906 del 2004 es la excepción (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP154-2017, 2017).

## **2. El derecho a la defensa técnica en sede del recurso extraordinario de casación**

Satisfecho el preámbulo necesario para ubicarnos frente a nuestro objeto de estudio, nos concentrarnos finalmente en este.

Dada la naturaleza de lo que se cuestiona, básicamente, y en términos sencillos, el ejercicio judicial adelantado por los jueces de instancia (Solórzano, 2021, p.35), el recurso extraordinario de casación debe sustentarse acatando puntuales requisitos técnicos, que aun cuando han sido morigerados a lo largo de la historia, siguen resultando de amplia complejidad.

Primero porque es poco lo que enseñan de casación en las facultades de derecho; segundo porque actualmente la forma más eficiente de aprender de casación es a partir del reproche efectuado por la misma Corte Suprema de Justicia respecto quienes fracasan en el intento, es decir mediante el estudio de los autos inadmisorios de las demandas, siendo ello una paradoja que implica aprender desde lo que no debe ser; a ello súmesele, que son pocas las demandas que prosperan y llegan a conocerse, dado que alrededor del tema se predica un profundo celo profesional y hermetismo condicionado incluso por el miedo a ser cuestionados por colegas; contribuyendo a lo expuesto, el hecho innegable de que con independencia de los hechos y delitos que se ventilen, la exigencia técnica siempre será la

misma; finalmente porque no es tan frecuente que se nos contrate para la interposición y sustentación de casaciones, salvo que hayamos logrado el tan anhelado prestigio y reconocimiento como casacionistas. Si se ve, aun teniendo la suerte de haber sustentado casaciones, es posible que no sepamos a ciencia cierta cómo lo hicimos, porque la Corte Suprema de Justicia puede tardar años en pronunciarse sobre la sola admisión del recurso.

Luego, la exigencia que se le hace al abogado que asume la defensa técnica para la interposición y sustentación de un recurso de casación no es cualquiera y ha sido resumida por la Sala de Casación Penal de la siguiente manera:

- La demanda debe cumplir con específicos técnicos, es decir no es de libre elaboración;
- Se debe acreditar la lesión causada a los derechos o garantías fundamentales con ocasión de la sentencia que se cuestiona;
- Atendiendo el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, se debe escoger la causal bajo la cual habrá de formularse el cargo con el que se pretende evidenciar la lesión causada a los derechos o garantías fundamentales. Para ello se deberán observar reglas lógicas, de argumentación y de postulación;
- Se deberá precisar cómo es que el fallo de casación permitirá salvaguardar los fines del recurso, contemplados en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto RAD. 26254, 2006).

Es así como se concluye que el papel de la demanda no es minúsculo, ya que en palabras de la Corte Suprema de Justicia:

*“de ella depende que se allane las puertas a una decisión de fondo por parte de esta Corporación y, lo que por supuesto conlleva evidente trascendencia, a que se colmen las finalidades de la impugnación extraordinaria, (...)”*. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia RAD. 31367, 2009)

Lo que coincide con lo planteado en la hipótesis de este trabajo, siendo que por más de que la Corte pueda casar de oficio y corregir los errores propiciados por la falta a la defensa técnica, lo cierto es que con una mala demanda sí se pierde la posibilidad de llamar la atención respecto a puntos no tan obvios, que avizoran la necesidad de intervención del máximo tribunal, por estar de por medio los fines de la casación. Luego, no es desacertado afirmar, que hay casos donde la casación de oficio no está cumpliendo su rol porque el abogado contratado para sustentar el recurso ni siquiera atinó en la demostración de la trascendencia de su impugnación, es más, pudo incluso haber pasado por alto, de manera absoluta, puntos medulares del proceso, que un tercero sin la debida guía u orientación no tenía cómo observar.

### **3. La casación de oficio**

Para entender de mejor manera este instituto, se hace necesario acudir a su historia, la forma cómo se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, significando una

morigeración del principio de limitación que atiende el carácter rogado del recurso extraordinario.

Esta tarea ya fue verificada por la misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual consideró que frente al tema existen cinco (5) hitos importantes que se destacan a continuación:

El primero, caracterizado por la rigidez del recurso. Es así como el artículo 581 del Decreto 409 de 1971, preveía que la Corte no podía tener en cuenta causales diferentes a las sustentadas en la demanda (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto RAD. 28432, 2007).

El segundo, donde comienza a matizarse dicha rigidez, mediante la aceptación de la casación oficiosa ante la presencia de vicios de estructura o de garantía. Es decir, por la afectación de presupuestos de legitimidad del proceso, mediante el cercenamiento del derecho de defensa o debido proceso.

Como fuente se puede revisar el artículo 227 del Decreto 050 de 1987 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto RAD. 28432, 2007).

El tercero, claramente impactado por la expedición de la Constitución Política de 1991, la cual conllevó a que se precisaran los fines constitucionales del recurso de casación. Al respecto se pueden revisar los artículos 219 y 228 del Decreto 2700 de 1991, cuyo texto fue reproducido casi que de manera intacta en la ley 553 del 2000 y la Ley 600 del 2000 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto RAD. 28432, 2007).

El cuarto, propiciado por un amplio desarrollo jurisprudencial en la materia, que significó la positivización del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, mediante el cual se amplió lo que se entiende por garantías debidas a los sujetos procesales, de tal manera que, con independencia de la causal, la casación de oficio tendrá el mismo alcance (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto RAD. 28432, 2007).

El quinto, que enmarca la casación oficiosa tal y cómo la conocemos hoy en día, y que establece que la Corte Suprema de Justicia deberá anteponer los fines de la casación a la formalidad del recurso, siendo predicable para todo tipo de error, bien sea iudicando o in procedendo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto RAD. 28432, 2007).

Actualmente, y de manera inequívoca, la jurisprudencia establece que el recurso extraordinario de casación sólo tendrá sentido cuando contribuya a la realización de los valores y principios de nuestra Constitución, y como es obvio, del bloque de constitucionalidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia RAD. 24026, 2005).

De esta forma, existe una correlación teleológica entre el programa penal de la constitución, el proceso penal y el recurso extraordinario de casación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia RAD. 24026, 2005).

En consonancia con lo expuesto, mírese cómo la casación de oficio es una clara manifestación del artículo 228 de la Constitución Política, según el cual debe primar el

derecho sustancial sobre el procesal. Es decir, este último es un vehículo para lograr el primero, no un obstáculo.<sup>3</sup>

Conociendo entonces la historia y la evolución jurisprudencial de la figura de la casación oficiosa, detengámonos en lo que contempla sobre el tema el Código de Procedimiento Penal:

Particularmente tenemos que el artículo 180 de la Ley 906 de 2004 contempla como finalidades del recurso:

- La efectividad del derecho material;
- El respeto de las garantías de los intervinientes;
- La reparación de los agravios inferidos a los intervinientes;
- La unificación de la jurisprudencia (Ley 906 de 2004, art. 180).

Por su parte el artículo 184 de la citada Ley precisa que:

*“En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo (...)”.* (Ley 906 de 2004, art. 184)

De lo que se colige:

---

<sup>3</sup> Al respecto ver: Corte Constitucional, Sala Sexta, Sentencia T-1306/01, 2001; Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-268/10, 2010; Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-538/94, 1994; y Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-234/17, 2017.



- El instituto de la casación oficiosa debe analizarse en clave con los fines del recurso.
- Para casar de oficio, la Corte debe atender **la fundamentación de los fines del recurso, la posición del impugnante dentro del proceso y la índole de la controversia.**
- Sólo en los casos en que se haya verificado lo anterior, la Corte: “(...) *deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo (...)*”. (Ley 906 de 2004)

Es decir, muy a pesar de la buena intención de la Carta Magna, y la manera cómo los altos tribunales la han interpretado, el texto normativo pareciera corroborar la idea central de la hipótesis de este trabajo, según la cual, en muchos casos, si no en la mayoría, para casar de oficio se requiere tan siquiera un mínimo de técnica casacional por parte del abogado que sustenta la demanda. De lo contrario, el articulado no aludiría a la fundamentación de los fines de la casación y sobre todo la posición del impugnante.

Pero bueno, si ello no convence de manera suficiente al lector de este trabajo, quien de pronto asume que la normativa en cita es lo suficientemente clara, analicemos en el siguiente acápite cómo el mandato dado por el legislador a la Corte respecto al deber de casar de oficio ha sido completamente morigerado a través de las decisiones de esta última.

#### 4. Crítica a la Casación de oficio

Miremos en los siguientes extractos jurisprudenciales, de fecha bastante reciente, cómo la Corte se refiere al instituto de la casación de oficio. Podrá observarse que alude a ella más como una facultad.

Esto no es menor, ya que, según el diccionario de la Real Academia Española, facultad alude a: “*Poder, derecho para hacer algo*” (Real Academia Española, definición 2).

#### **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP3236-2021.**

*“La casación de oficio debe ser entendida como **la facultad** que la ley le otorga a la Corte para que estudie el caso cuando la demanda resulta inadmitida. Sus fines son idénticos a los de una demanda que resulte admitida: la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP3236-2021, 2021).

#### **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto AP 1165-2022.**

*“En ese orden, el artículo 184, inciso 3° de la Ley 906 de 2004, **faculta** a la Corte a actuar oficiosamente, cuando aun inadmitiendo la demanda de casación advierta la necesidad de hacer efectivo el derecho material, preservar o restaurar las garantías de los intervinientes, reparar los agravios inferidos a éstos o unificar la jurisprudencia por*

*razones distintas a las planteadas en el libelo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia RAD. 33844, 2011).*

**Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto AP5383-2022.**

*“Como de la revisión del expediente no se advierte la vulneración de garantías fundamentales que ameriten el ejercicio de las facultades oficiosas de la Corte en camino a su protección, se ordenará la devolución del proceso a la oficina de origen” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto AP5383-2022, 2022).*

**Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto AP 3076-2022.**

*“Es así como no se encuentra conclusión diferente a la inadmisión de la misma. Aclarando que en la decisión cuestionada no converge algún yerro constitutivo de violación directa o indirecta de la ley sustancial, así como tampoco se percibe vulneración a las garantías fundamentales de RAFAEL ÁNGEL AUQUE CUELLO que justifique la intervención de esta Corporación en el ejercicio de la **facultad** oficiosa que le asiste” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto AP3076-2022, 2022).*

De esta forma, si la casación oficiosa se contempla como un poder o derecho que ostenta la Corte, quiere decir que ésta no está obligada a analizar su procedencia con la misma exhaustividad en todos los eventos, por lo que la falta a la defensa técnica del abogado contratado para sustentar el recurso, podría significar que de antemano se desestimen las pretensiones en favor del procesado.

Nótese como en muchos autos inadmisorios de demandas de casación, la Sala Penal de la Corte se pronuncia contundemente respecto a los motivos por los cuáles no se cumplen los requisitos técnicos del recurso; sin embargo, la posibilidad de casar de oficio la despacha en un somero párrafo.

No son lo mismo los motivos de inadmisión de la demanda, que aquellos por los cuales opera la casación de oficio, por ende, merecen una motivación suficiente e independiente.

Es así como podemos concluir en este momento que frente a la exhaustividad o rigorismo con que se analiza la procedencia de la casación de oficio, lo que existe es una mera presunción, ya que no siempre se llega a corregir la falta a la defensa técnica que se presenta en sede del recurso extraordinario de casación.

## **5. Tutela contra auto que inadmite la demanda de Casación**

Habiendo explicado la preocupación central de este trabajo, pensemos en las posibles soluciones. Para ello debe partirse de una idea que es obvia pero que vale la pena enfatizar, cómo lo es que así como ocurre en los supuestos de nulidad por falta a la defensa técnica suscitada antes del fallo de segunda instancia, para nuestro supuesto, sólo podrá atacarse aquella falta a la defensa técnica no advertida y corregida por el tribunal (cuando el cuestionamiento se relaciona con la interposición del recurso) o no superada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante la casación de oficio (cuando el

cuestionamiento se predica respecto al auto inadmisorio que descarta la casación de oficio)

El primero de los supuestos es menor, y ya habremos de explicarlo a través del defecto procedimental, mientras que para el segundo tenemos que el nuevo abogado deberá explicar de manera suficiente cómo es que su cuestionamiento evidencia que esa especie de presunción que se predica en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la exhaustividad o rigorismo del análisis de la casación de oficio, puede ser controvertida (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP2998-2019, 2019).

No nos detendremos en este escenario a explicar los presupuestos generales de procedencia de la acción constitucional, sólo profundizaremos en tres causales específicas de procedibilidad, que son las que consideramos ajustadas al problema de investigación. A saber:

### **Defecto procedimental**

A criterio de la Corte Constitucional este tipo de defecto se presenta cuando el funcionario judicial inobserva los lineamientos procesales que rigen la actuación, conllevando ello la afectación de los derechos fundamentales de las partes (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU773/14, 2014).

Su acreditación exige el cumplimiento de dos requisitos que deben darse obligatoriamente:

- i. La existencia de un error de procedimiento grave, que haya derivado en la emisión de una decisión desviada del deber ser (trascendencia);

- ii. El error de procedimiento no puede ser atribuible a quien manifiesta la afectación del debido proceso (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU773/14, 2014).

Adicional a lo anterior, se le exige al accionante:

- i. La no posibilidad de corrección de la irregularidad a través de otro medio o vía procesal;
- ii. Que la irregularidad se hubiese advertido a tiempo dentro del transcurrir procesal de la actuación, a menos que ello no fuere una posibilidad (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-385-18, 2018).

Recuérdese entonces que la asistencia letrada es un derecho, respecto al cual el funcionario judicial debe asegurar su materialización. Cómo se ha reseñado es una tarea difícil diferenciar la estrategia defensiva pasiva de la posible mala praxis, pero suelen ocurrir casos grotescos donde se evidencia el desconocimiento de la sistemática procesal por parte del apoderado (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-385-18, 2018).

Es decir, por más que nuestro sistema sea adversarial, el funcionario judicial no puede hacer caso omiso de la vulneración de derechos fundamentales que se suscita ante su estrado (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-385-18, 2018).

Por la forma de materialización de este defecto, podemos concluir que en sede del recurso extraordinario de casación se podría presentar cuando no se interponga y/o sustente la demanda dentro término previsto en la ley, escenario que valga aclarar no es de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sino del Tribunal.

Lo anterior, toda vez que frente a estos casos no tiene alcance la casación oficiosa y no existe otra forma de corregir la vulneración de derechos fundamentales del procesado.

Es decir, se supone que la casación oficiosa corrige la falta a la defensa técnica que se advierte del estudio del líbello de la demanda, por ello, cuando sí se cumplen con los términos de ley, y la demanda es conocida por la Corte, pero esta última la inadmite, el punto de debate no será que el juzgador permitió el florecimiento y permanencia de los efectos de la falta a la defensa técnica (como habría de sustentarse el defecto procedimental), sino que se equivocó al estimar su intrascendencia y pasar por alto salvaguardar los fines del recurso.

### **Defecto fáctico**

La jurisprudencia constitucional alude a que este tipo de defecto puede presentarse desde dos dimensiones, una positiva y una negativa.

La positiva es aquella que cubre supuestos como el de haber valorado pruebas ilícitas, que determinaron la decisión; haber tomado la decisión judicial a partir de pruebas inconducentes (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-385-18, 2018).

Por su lado, la dimensión negativa alude a supuestos tales como haber pasado por alto, de manera arbitraria, caprichosa o infundada, medios de prueba que revestían trascendencia suficiente como para variar la decisión; no haber decretado dentro de los procesos que lo admiten pruebas de oficio que resultaban necesarias para el esclarecimiento de los hechos; haber tomado una decisión basada en pruebas inexistentes o tergiversadas, etc. (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-385-18, 2018).

La Corte tiene claro que la falencia judicial que fundamenta este tipo de defecto, por más que implique un análisis probatorio no conlleva a la condena o absolución del procesado, sino simplemente a estimar si se debe efectuar una nueva valoración probatoria (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-385-18, 2018).

Será entonces procedente la acción de tutela que se formule contra el auto que inadmite la demanda de casación, cuando se logró demostrar que la Corte incurrió en errores que en términos de casación podrían traducirse en una violación indirecta de la ley sustancial (falso juicio de existencia, falso juicio de identidad, falso raciocinio, falso juicio de legalidad, falso juicio de convicción).

Este tipo de defecto no podría predicarse en principio sobre el auto inadmisorio de la demanda, dado que se supone que en esta providencia no se resuelven temas de fondo, sino de forma, así se ejemplificará a continuación a partir del análisis de la Sentencia SU635/15.

### **Defecto sustantivo**



Finalmente, el defecto sustantivo es aquel que pareciera coincidir en mejor medida, bajo la lógica casacional, con la violación directa de la ley sustancial o un error in procedendo por falta de motivación. Lo anterior toda vez que cubre supuestos como aquellos según los cuales: se aplicó una norma derogada o modificada; se aplicó una norma que no encaja dentro de los supuestos del caso concreto; se realizó una interpretación por fuera de un correcto ejercicio hermenéutico; no se respetó el precedente judicial, o por lo menos no se motivó por qué se apartó de él; no se motivó la decisión, o se hizo de manera ambigua, imprecisa, deficiente; no se dio aplicación a una excepción de inconstitucionalidad debidamente propuesta y que resultaba procedente (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU635-15, 2015).

Nos centraremos en el defecto sustantivo por insuficiente motivación, tras considerar que puede ser el subtipo que engloba de mejor manera el supuesto en que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, negó la procedencia de la casación oficiosa, remontándose a argumentos ligados estrictamente a la admisibilidad del recurso, o cuando ni siguiera motivó por qué no estimaba viable.

## **6. Análisis de decisiones relevantes**

Miremos entonces desde el punto de vista práctico la demostración de los citados defectos. Cabe señalar que son las únicas dos decisiones que para la investigación que suscitó este trabajo se lograron encontrar:

**Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas N° 2, Sentencia STP7222 – 2021.**

- Se declaró desierto por parte del Tribunal Superior de Bogotá el recurso extraordinario de casación, tras considerar que, a pesar de haberse interpuesto en debida forma, no habría sido sustentado dentro del término de ley.
  
- La defensa material presentó recurso de reposición, alegando que no se habría sustentado la demanda de casación dentro del término legal por la falta de comunicación con el defensor público.
  
- El citado recurso de reposición fue negado.
  
- En consideración se presentó acción de tutela por parte del procesado, en contra de la Sala Penal del Tribunal, a efectos de que se le concediera el recurso extraordinario de Casación y se le nombrara un abogado casacionista por parte de la Defensoría del Pueblo.
  
- La Corte estimó como problema jurídico a resolver si la gestión adelantada por la Defensoría del Pueblo – Regional Bogotá, habría significado la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del accionante.
  
- Se estimó por la Corte cómo el actuar indiligente de la Defensoría del Pueblo – Regional Bogotá, no era atribuible al procesado, y sí habría significado la afectación de sus derechos fundamentales.

Particularmente se habría demostrado cómo el defensor público que conocía de la actuación interpuso el recurso en tiempo, pero no avisó a la unidad especializada en casación de la defensoría, para que asignará un abogado experto que pudiera sustentar el recurso.

Habiendo incurrido en lo anterior, tampoco solicitó al Tribunal la prórroga del término para sustentar el recurso, siendo esta una alternativa absolutamente viable.

Luego se deduce como **el defecto de procedimiento** hace necesaria la intervención del Juez Constitucional, por lo que se le ordena a la Sala Penal del Tribunal dejar sin efectos la decisión mediante la cual no aceptó la reposición del auto mediante el cual declaró desierto el recurso extraordinario de casación.

### **Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU635/15**

- Este es un caso en el que a pesar de haberse sustentado dentro del término de ley el recurso extraordinario de casación, la Corte Suprema de Justicia decidió inadmitir lademanda.
- Por lo anterior, el procesado presentó acción de tutela en contra del auto inadmisorio, así como de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior Judicial, invocando la vulneración del debido proceso y el acceso a la administración de justicia

Así, solicitó se dejaran sin efecto dichas decisiones y en consecuencia, se admitiera el recurso de casación para su resolución de fondo.

- Respecto de la acción de tutela, la Corte Constitucional consideró que en el caso concreto se presentó un defecto sustantivo derivado de haber inadmitido la demanda de casación, mediante la exposición de argumentos de fondo y no de forma.

Es decir, para poder pronunciarse respecto a argumentos de fondo, lo correcto era que la Corte hubiese admitido la demanda de casación de manera oficiosa. Por lo anterior se concluyó que la decisión proferida era contraria a su motivación.

- Por otro lado, desestimó la posible concurrencia de un defecto por violación directa de la Constitución, tras la supuesta vulneración del derecho a la administración de justicia. Ello, por considerar que la judicatura sí le permitió al procesado la sustentación del recurso, diferente es que no se hayan respetado en su trámite las previsiones normativas, error característico de un defecto sustantivo (CorteConstitucional, Sala Plena, Sentencia SU635-15, 2015).

- Frente a la posible concurrencia de un defecto fáctico suscitado en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, consideró que por ser un tema estrictamente ligado a la responsabilidad del accionante, desborda su competencia, siendo un

asunto a tratar mediante el fallo de fondo que emita la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a partir de lo ordenado por la acción de tutela (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU635-15, 2015).

- Por lo anterior, se decidió tutelar los derechos del accionante y en consecuencia revocar la providencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, así como revocar el auto mediante el cual se inadmitió el recurso de casación, y ordenar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia admitir la demanda de casación.

## **7. Conclusiones**

- A pesar de la morigeración de las exigencias técnicas del recurso de casación, debe reconocerse que existen dificultades de diversa índole que condicionan su prosperidad, entre ellas: que poco se enseña de casación en las facultades de derecho; que actualmente la forma más eficiente de aprender de casación es a partir del reproche efectuado por la misma Corte Suprema de Justicia respecto quienes fracasan en el intento, es decir mediante el estudio de los autos inadmisorios de las demandas, siendo ello una paradoja que implica aprender desde lo que no debe ser; que son pocas las demandas que prosperan y llegan a conocerse, dado que alrededor del tema se predica un profundo celo profesional y hermetismo condicionado incluso por el miedo a ser cuestionados por colegas; que con independencia de los hechos y delitos que se ventilen, la exigencia técnica siempre será la misma; que no es tan frecuente que se nos contrate para la

interposición y sustentación de casaciones, salvo que hayamos logrado el tan anhelado prestigio y reconocimiento como casacionistas; que aun teniendo la suerte de haber sustentado casaciones, es posible que no sepamos a ciencia cierta cómo lo hicimos, porque la Corte Suprema de Justicia puede tardar años en pronunciarse sobre la sola admisión del recurso.

- La demanda de casación funge un rol determinante respecto al cumplimiento de los fines del recurso, ya que se reitera, conforme a palabras de la misma Corte Suprema de Justicia:

*“de ella depende que se allane las puertas a una decisión de fondo por parte de esta Corporación y, lo que, por supuesto conlleva evidente trascendencia, a que se colmen las finalidades de la impugnación extraordinaria (...). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia RAD. 31367, 2009)*

- Frente a la exhaustividad o rigorismo con que se analiza la procedencia de la casación de oficio, lo que existe es una mera presunción, ya que no siempre se llega a corregir la falta a la defensa técnica que se presenta en sede del recurso extraordinario de casación.
- En aquellos casos en que la Corte avizore la falta a la defensa técnica, le asiste un deber reforzado frente al análisis de la procedencia de la casación oficiosa, dado que en términos del artículo 184 del código de procedimiento penal, no se cuenta

con **la fundamentación de los fines del recurso y la posición del impugnante dentro del proceso. Cuestión esta última que no es menor, ya que cómo se demostró, en muchas oportunidades, puede ser la guía u orientación necesaria para que la Corte perciba la envergadura de lo que resuelve.**

- La falta a la defensa técnica frente a temas del recurso de casación será trascendente si y sólo si por ella no se interpuso y/o sustentó el recurso en debida forma, o si aun habiéndose interpuesto, la Corte no casó de oficio, tras prescindir de un juicioso análisis que hubiera permitido concluir que se cumplían los fines del recurso.
- Para elaborar la acción de tutela será necesario, en términos prácticos, casi que estructurar antes y como guía interna del nuevo abogado la demanda de casación sólo así podrá precisar qué tipo de defecto es el que fundamenta dejar sin efecto la decisión que se cuestiona.

## **Bibliografía**

- Código de Procedimiento Penal [Código]. (2006) 25 Ed. Legis.
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 43 Ed. Legis.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 8. (22 de noviembre de 1969).
- Corte Constitucional, Sala Plena. (07 de octubre de 2015). Sentencia SU635-15. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de octubre de 2014). Sentencia SU773-14. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (20 de abril de 2017) Sentencia T-234/17.[MP María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (20 de septiembre de 2018). Sentencia T-385-18. [MP Carlos Bernal Pulido].
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (19 de abril de 2010) Sentencia T-268/10.[MP Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional, Sala Sexta. (06 de diciembre de 2001) Sentencia T-1306/01. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (noviembre de 1994) Sentencia T-538/94.[MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (04 de mayo de 2011) Sentencia RAD33844. [MP Augusto J. Ibáñez Guzmán].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (11 de mayo de 2021). Sentencia STP7222-2021. [MP Fabio Ospitia Garzón].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (11 de noviembre de 2022). Auto AP5383-2022. [MP Fabio Ospitia Garzón].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (13 de julio de 2022). Auto AP3076-2022. [MP José Francisco Acuña Vizcaya].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (18 de enero de 2017) Sentencia SP154-2017. [MP José Francisco Acuña Vizcaya].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (20 de noviembre de 2007) Auto RAD. 28432. [MP María del Rosario González de Lemos].



Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (20 de octubre de 2005) Sentencia RAD. 24026. [MP Mauro Solarte Portilla].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de marzo de 2022). Auto AP1165-2022. [MP Myriam Ávila Roldán].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (21 de mayo de 2009) Sentencia RAD. 31367. [MP Sigifredo Espinosa Pérez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de noviembre de 2006) Auto RAD. 26254. [MP Sigifredo Espinosa Pérez].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de julio de 2021) Sentencia SP3236-2021. [MP Hugo Quintero Bernate].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (31 de julio de 2019). Sentencia SP2998-2019. [MP Luis Antonio Hernández Barbosa].

Pacto de los Derechos Civiles y Políticos. Numeral 3° del artículo 14. (23 de marzo de 1976).

Real Académica Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.6 en línea]. <https://dle.rae.es> [19 de enero de 2023].

Solórzano, C. *Manual de Casación en Materia Penal*. 2ad Ed. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.