

## **Casación Penal**

### **Violación indirecta de la Ley**

#### Presentación

#### Capítulo I

##### Introducción y prenociones

1.1 Cognoscitivismo procesal

1.2 La verdad procesal

1.3 Los errores *in judicando e in procedendo*.

1.4 Subdivisión de los errores in procedendo

1.5 Taxatividad de las causales

1.6 Causales de casación. Similitud en los dos sistemas

1.7 Principios que rigen la casación penal. Similitud en todos los sistemas

#### Capítulo II

##### Violación Indirecta De La Ley

2.1 Errores de hecho o de derecho

2.2 Aspectos generales a tener en cuenta para acusar violación indirecta de la ley sustancial.

2.4.- Errores de derecho

2.4.1.- Falso juicio de legalidad.

2.4.2.- Falso juicio de convicción.

2.5.- Errores de hecho

2.5.1.- El falso juicio de existencia.

2.5.2.- El falso juicio de identidad.

2.5.3.- El falso raciocinio.

### **PRESENTACION**

El recurso extraordinario de casación es un instituto emblemático de la Revolución Francesa cuyo nombre procede del vocablo francés *casser*, que significa romper o quebrar. La etimología del nombre expone claramente que el tribunal de casación adelanta, a petición de parte legitimada, un juicio contra la sentencia, es decir, enjuicia lo enjuiciado; de allí que se diga, que en Casación no se discute la responsabilidad penal de la persona, sino el cumplimiento por el juez de la ley al emitir el fallo<sup>1</sup>; fallo que el tribunal de casación puede llegar a romper o quebrar al comprobar que es producto de una falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de la ley o por haber sido dictado desconociendo la estructura del debido proceso

---

<sup>1</sup> Sentencia T-1625/00 M.P. Martha Sáchica de Montcaleano

o con violación de las garantías debidas a cualquiera de las partes o por haber desconocido las reglas de producción y apreciación de la prueba (Art 181. Ley 906 de 2004).

Dos situaciones explican el carácter con el que surgió el recurso extraordinario de casación. Por una parte, el giro que se presentó en la formulación del derecho positivo, pues por tal dejó de considerarse la manifestación de la sola voluntad del soberano y en su lugar se tomó, de la mano del contractualismo clásico y fundamentalmente de Rousseau, como la expresión de la voluntad general del pueblo. Y, por otra parte, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, que, de proclama revolucionaria, pasó luego a convertirse en un derecho expresamente reconocido en la Declaración de 1789<sup>2</sup>.

Resulta necesario a efectos de abordar el estudio del recurso extraordinario de casación tener en cuenta como prelación el concepto de <<nomofilaquia>>. Con la nomofilaquia se persigue que el fin que el legislador se ha trazado al expedir una ley no se vea distorsionado, deformado o desfigurado por la voluntad del juez al aplicarla; dicho de otra forma, con la <<nomofilaquia>> se asegura la sujeción de los jueces a la ley. Vemos entonces como en Francia en la etapa posrevolucionaria existió un vivo temor de que los jueces, en el amplio margen que les concede la actividad interpretativa, siguieran aplicando principios del **Ancien régime**. Por consiguiente, el fin de la casación en principio fue el de la <<protección de la ley para evitar la rebelión de los jueces procedentes del antiguo régimen frente a la nueva legalidad que impuso la Revolución Francesa>>. Con el pasar del tiempo el sentido nomofiláctico se amplió extendiéndose a <<lograr la uniformidad de la jurisprudencia>> lo que se conoce como "fin nomofiláctico en sentido amplio".

Dice Calamandrei refiriéndose a <<la unificación de la jurisprudencia>> *"Esta función unificadora de la jurisprudencia está encomendada a la Corte de Casación, la cual por tanto, está llamada así a defender, no solo la igualdad de todos los ciudadanos ante la (misma) ley, también la unidad del derecho objetivo nacional, que quedaría amenazada y destruida por la superposición, sobre la ley nominalmente única, de numerosas interpretaciones judiciales contemporáneas, ya de suyo perjudiciales (...). Para eliminar esta pluralidad de corrientes o direcciones jurisprudenciales, está la Corte de casación, en el centro y en la cúspide de la interpretación judicial, como órgano unificador y regulador (...). Su finalidad última es, pues, de más amplio alcance que el estrictamente jurisprudencial de los jueces de mérito: es una finalidad de carácter constitucional, de coordinación entre la función legislativa y la función judicial, de unificación de todo el ordenamiento jurídico: que atañe, más que a la*

<sup>2</sup> PIERO CALAMANDREI, La Casación Civil. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. Tomo I, Volumen II. pág. 15 y ss. Citado en la sentencia C- 590 de 2005.

*fase de aplicación del derecho al caso concreto, a la fase de formación o de formulación del derecho que debe aplicarse a los casos futuros. Si se considera que la jurisprudencia tiene una eficacia creadora o transformadora del derecho, la Corte de Casación es el centro de esa perpetua creación jurisprudencial, de esa dinámica del derecho que incesantemente rejuvenece y adapta la ley a las siempre nuevas exigencias de la nación en marcha"<sup>3</sup>.*

Con el perfeccionamiento de los sistemas democráticos le fueron adscritos al recurso de casación otros fines importantes, a saber: (i) la reparación de los agravios inferidos a las partes, el cual aparece por primera vez en nuestra legislación patria en el artículo 36 de la ley 61 de 1886 y por último, uno muy a tono con el vigente Estado Social y Democrático de Derecho que viene a ser <<el respeto de las garantías de los intervinientes>>; consagrado por primera vez en nuestro ordenamiento procesal penal en el artículo 219 del Decreto 2700 de 1991. Así las cosas, tanto en la ley 600 de 2000 como en la ley 906 de 2004, los fines de la casación son: (i) la efectividad del derecho material; (ii) el respeto de las garantías de los intervinientes; (iii) la reparación de los agravios inferidos a estos y... (iv) la unificación de la jurisprudencia.

Hoy en día se concibe la casación como un medio de control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, y por tanto, herramienta clave para la protección de las garantías y derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal. Dijo la Corte Constitucional en Sentencia C-590/05: *"Para la Corte es claro que la expresa configuración legal de la casación penal como "control constitucional y legal" evidencia el propósito de adecuar el instituto, de una manera mucho más directa, a referentes constitucionales. Es decir, al concebir el recurso extraordinario de casación como un control constitucional y legal, se está evidenciando que la legitimidad de la sentencia debe determinarse no sólo a partir de disposiciones legales sustanciales y procesales, sino también respecto de normas constitucionales en tanto parámetros de validez de aquellas. Y esto, en la estructura y dinámica de las democracias constitucionales, es comprensible pues de la misma manera como la legitimidad de la ley, incluida, desde luego, la ley penal, no se infiere de sí misma sino de su compatibilidad con el Texto Fundamental; así también, la legitimidad de las sentencias judiciales debe soportarse tanto en la ley como en el ámbito de validez de ésta"*.

En hora buena que el presente estudio, que hoy auspicia el naciente Colectivo de Abogados Casacionistas, contribuya con la labor

---

<sup>3</sup> PIERO CALAMANDREI, *La Casación Civil. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. Tomo I. Historia y legislaciones. pág. 15 y 16.*

académica que por décadas ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia sobre este medio impugnativo extraordinario.

## **Capítulo I**

### **Introducción y prenociones**

A efectos de abordar el estudio del recurso extraordinario de casación, consideramos de suma importancia tratar en forma previa, aunque sumaria dos importantes temas, ellos son: (i) el Cognoscitividad en relación directa con la garantía de la motivación de las sentencias y (ii) la verdad procesal.

#### **1.1 Cognoscitividad procesal y la garantía de la motivación de las sentencias.**

Ferrajoli denomina cognoscitividad procesal a la exigencia garantista del derecho penal según la cual, el presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito, no sólo por la ley, sino también por las hipótesis de la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba empírica sometida a verificación y refutación<sup>4</sup>.

El ilustre jurista florentino es categórico en afirmar que para que pueda hablarse de un sistema garantista, no basta con que la conducta a enjuiciarse se encuentre previamente descrita en la ley como delito, sino, además, que las pruebas y las razones que han llevado al operador jurídico a emitir un fallo en tal o cual sentido puedan ser perfectamente verificables y por consiguiente refutables. Esta verificación solo se hace posible cuando la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica es expuesta en el marco de la motivación de la decisión. La refutación surge pues como el derecho que tiene el afectado en hacer revisar la decisión a través de los recursos acusando *errores in iudicando o errores in procedendo*. Es así como, *"El derecho de motivación de la sentencia se constituye en un principio de justicia que existe como garantía fundamental derivada de los postulados del Estado de Derecho, en tanto que el ejercicio jurisdiccional debe ser racional y controlable (principio de transparencia), asegura la imparcialidad del juez y resguarda el principio de legalidad"*<sup>5</sup>.

Los instrumentos internacionales ratificados por Colombia que imponen al funcionario judicial el deber de exponer las razones o argumentos en

<sup>4</sup> LUIJI FERRAJOLI. Derecho y Razón. Editorial Trota. Pág. 37.

<sup>5</sup> Cas. 29187 (18-06-08)

los cuales se basa para adoptar sus decisiones son: literal a) del numeral 3º del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (Ley 74 de 1968) y en el literal b) del numeral 2º del artículo 8º de la Convención Americana de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972),

Ha dicho la Corte Constitucional al analizar la garantía de la motivación de las sentencias: *"Pues bien: las decisiones que toma el juez, que resuelven asuntos sustanciales dentro de un proceso -v.gr. una sentencia-, deben consignar las razones jurídicas que dan sustento al pronunciamiento; se trata de un principio del que también depende la cabal aplicación del derecho al debido proceso pues, en efecto, si hay alguna justificación en la base de las garantías que reconocen la defensa técnica, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el principio de contradicción o el de impugnación –todos reconocidos por el artículo 29 C.P.-, ha de ser precisamente la necesidad de exponer los fundamentos que respaldan cada determinación, la obligación de motivar jurídicamente los pronunciamientos que profiere el funcionario judicial. Siempre será necesario, entonces, aportar razones y motivos suficientes en favor de la decisión que se tomá, mucho más si de lo que se trata es de garantizar el derecho a la igualdad, acogiendo argumentos ya esbozados por la jurisprudencia para la resolución de un caso"*.

Sobre la estructura de la sentencia, el artículo 162 de la Ley 906 de 2004 dispone:

Las sentencias y autos deberán cumplir con los siguientes requisitos:

(...)

4. Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral.

(...)

Esta norma indica con claridad que en el fallo el Juez debe especificar cuáles son los hechos que declara probados. Igualmente, debe relacionar las normas aplicables al caso, lo que implica desentrañar, merced a una adecuada interpretación de las mismas, cuáles son los presupuestos factuales previstos en abstracto por el legislador como presupuesto de la respectiva consecuencia jurídica<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Sobre la necesidad de presentar las razones y motivos que soportan el seguimiento o modificación de una línea jurisprudencial pueden consultarse las siguientes sentencias: T-175 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández, T-123 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-267 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>7</sup> Sentencia C-252/01 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

<sup>8</sup> Cas. 44599 (08-03-2017)

El principio de motivación de las decisiones judiciales desempeña entonces una doble función: (i) endoprocesal: en cuanto permite a las partes conocer el pronunciamiento sirviendo de enlace entre la decisión y la impugnación, a la vez que facilita la revisión por el tribunal ad quem; y (ii) función general o extraprocesal: como condición indispensable de todas las garantías atinentes a las formas propias del juicio, y desde el punto de vista político para garantizar el principio de participación en la administración de justicia, al permitir el control social difuso sobre el ejercicio del poder jurisdiccional<sup>9</sup>.

En aras a que el derecho a la motivación de las decisiones judiciales no sea una mera quimera y de contera haga nugatorio el derecho a controlar las decisiones a través de los recursos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enlistado las diferentes patologías en las que puede estar inmersa una sentencia así:

(I) Ausencia absoluta de motivación, que tiene lugar cuando no se precisan los fundamentos fácticos y jurídicos en que se fundamenta el fallo.

(II) Motivación incompleta o deficiente, que ocurre cuando el sustento de la decisión es tan precario, que no es posible saber cuál es su fundamento.

(III) Motivación equívoca, ambigua o dialógica, que se presenta cuando se involucran conceptos excluyentes entre sí, al punto que es imposible aprehender el contenido de la motivación.

(IV) Motivación sofística, aparente o falsa cuando el fundamento probatorio de la decisión no consulta la realidad probatoria que exhibe el proceso<sup>10</sup>.

La Sala de Casación Penal también ha distinguido en que eventos el defecto en la motivación origina error *in procedendo* o *in iudicando*. El Alto Tribunal entiende que una cosa es la sentencia como acto procesal, y otra como decisión. De igual manera, que las tres primeras hipótesis (ausencia de motivación, motivación deficiente y motivación equívoca) afectan la sentencia como acto, y que la cuarta (falsa motivación) afecta la sentencia como decisión. También entiende que las tres primeras constituyen en estricto rigor técnico un error *in procedendo*, y la cuarta un error *in iudicando*, y consecuentemente, que la vía de ataque en casación de las primeras es la causal segunda

---

<sup>9</sup> Cas. 29187 (18-06-08)

<sup>10</sup> Cas. 26818 (19-02-09)

del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 y de la última la causal tercera de la misma norma<sup>11</sup>.

La motivación sofística, aparente o falsa es inteligible, pero equivocada debido a errores de subsunción o en la apreciación de las pruebas, no es incompleta o deficiente, ni es equivocada, ambigua o dialógica, sino mentirosa; empero, no muestra una mentira evidente sino con apariencia de verdad. Son sentencias apoyadas en argumentos contaminados de falacias argumentativas. Sobre la falacia MANUEL ATIENZA nos dice: "... una teoría de la argumentación no debe proporcionar únicamente criterios para identificar los buenos argumentos, sino que ha de permitir también – quizás, sobre todo – reconocer los malos y, en particular, un tipo especialmente insidioso de malos argumentos – los malos argumentos que parecen buenos – a los que llamamos falacias<sup>12</sup>". Justamente, como se dijo en el párrafo precedente, estas falacias deben ser desveladas en casación haciendo uso de las causales <<falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso>> (Ley 906 de 2004. Artículo 181 No 1) y <<El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia>> (Ley 906 de 2004. Artículo 181 No 3).

## 1.2. La verdad procesal

Se atribuye a Emmanuel Kant la distinción entre verdad formal y verdad material. La del derecho procesal es una verdad formal pues su búsqueda no se hace de manera libre, irrestricta o panorámica, sino subordinada a la observancia de aspectos tales como el respeto a la dignidad humana, la eficacia de los derechos fundamentales y el cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso<sup>13</sup>. TARUFFO afirma lo siguiente: *"la idea misma de <<verdad procesal>> puede parecer vaga, enigmática y dudosa. Una razón de la vaguedad y la duda es inherente al propio concepto de <<verdad judicial>>. Una visión extendida sostiene que se debería distinguir la <<verdad judicial>> de las verdades <<ordinarias>> o <<normales>> que se pueden buscar y alcanzar fuera del contexto judicial. La verdad que puede ser alcanzada dentro de este contexto se define como <<formal>> o <<convencional>> y se concibe, por varias razones, como una verdad bastante diferente de la verdad no judicial o extrajudicial: porque los procesos judiciales constituyen un contexto muy especial; porque las partes y el juez no pueden valerse de*

<sup>11</sup> Cas. 17738 (31-03-04); 23495 (09-11-06)

<sup>12</sup> MANUEL ATIENZA. Derecho y argumentación. Editorial Universidad Externado de Colombia. Pág 61.

<sup>13</sup> Sentencia C-396/07

*cualquier medio posible para buscar la verdad (ya que este ámbito está regido por muchas reglas acerca de la admisibilidad y la presentación de la prueba), y también porque hay que abandonar la búsqueda de la verdad cuando la necesidad de alcanzar una resolución final se impone a la necesidad de recopilar medios de prueba adicionales”<sup>14</sup>.*

Veamos pues como el operador jurídico, ha de transitar siempre con redoblada cautela teniendo en cuenta, por un lado, que las sentencias son actos cuya validez reposa sobre la prueba de los hechos que se discuten y sobre la fundamentación o verdad de su cualificación jurídica<sup>15</sup> y, por el otro, que esa búsqueda de la verdad debe hacerse acatando siempre el debido proceso probatorio<sup>16</sup>. El juez jamás debe desconocer el debido proceso probatorio en aras de buscar la verdad, pues si así lo hiciera su decisión estaría destinada a ser revocada por efectos de un recurso ordinario o extraordinario; corresponde es al legislador, dentro del amplio margen de libertad de configuración normativa, determinar el sistema de enjuiciamiento penal que muestre más dinamismo para la obtención de la verdad.

Ahora bien, el estudio del concepto <<verdad procesal>> impone abordar el análisis de la estructura lógica de la norma jurídica. Al efecto, recordemos la definición del doctor Alfonso Reyes Echandía: *"Las normas penales sustantivas constan de dos partes bien diferenciadas: **el precepto y la sanción**; aquel describe el modelo de comportamiento humano que el legislador ha recogido de la realidad social y que rechaza como indebido, y esta señala la naturaleza (calidad y cantidad) del castigo que ha de imponerse al responsables de haber realizado la conducta punible”<sup>17</sup>.* (He resaltado).

Digamos entonces que la norma jurídica enlaza a determinados “Supuestos de Hecho o Hipótesis” unas determinadas “Consecuencias Jurídicas”. Por ejemplo: El artículo 103 del Código Penal dice: “El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años”. Supuesto de hecho: “El que matare a otro”. Consecuencia jurídica: “incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años”. Pues bien, dentro del modelo garantista se dice que la verdad procesal es el resultado de dos componentes: una verdad fáctica o supuestos de hecho o hipótesis verdaderas y una verdad jurídica, es decir, unas

---

<sup>14</sup> TARRUFO Michele. La prueba. Editorial Marcial Pons. Pág. 24.

<sup>15</sup> *Ibíd.*

<sup>16</sup> Cas. 28656 (28-11-2007)

<sup>17</sup> Reyes Echandía. Alfonso. Derecho penal. Parte general. Reimpresión de la undécima edición. Editorial Temis. Pág. 43



consecuencias jurídicas que correspondan a esos hechos<sup>18</sup>. La siguiente ecuación nos ilustra al respecto: **Vp = Vf + Vj**

En donde:

**Vp** = verdad procesal

**Vf** = verdad fáctica

**Vj** = verdad jurídica.

La verdad fáctica atañe al establecimiento del supuesto de hecho en la proposición normativa y la verdad jurídica se refiere a la corrección en la escogencia de la consecuencia legal originada por el acaecimiento del evento. Se dice entonces que en un proceso penal se ha alcanzado la verdad procesal cuando el juez al sentenciar a alguien acierta en los siguientes puntos:

(I) En la contemplación material y jurídica de las pruebas (verdad fáctica);

(II) En la consecuencia jurídica o sanción (verdad jurídica)

(III) En el acatamiento a las normas procesales.

Tal como se ha dicho, el juez al consignar en la parte motiva de la sentencia las razones jurídicas que sustentan la decisión, hace posible que esa verdad fáctica y jurídica a la que ha llegado pueda ser refutable y controlable. La Corte Constitucional en sentencia C- 252 de 2001 expresó: *«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**»*. (He resaltado)

Ahora bien, las diferentes especies de errores que pueden llevar al juez a declarar en la sentencia un supuesto fáctico o una verdad jurídica contraevidente y la forma de denunciar estos errores en el marco del recurso extraordinario de casación constituye el tema central del presente trabajo; bástenos decir por ahora lo siguiente:

<sup>18</sup> "(...) Estas dos equivalencias definen, respectivamente, la verdad fáctica y la verdad jurídica, respecto de las que sirven para aclarar las distintas referencias semánticas, que en el primer caso son los hechos ocurridos en la realidad y en el segundo las normas que hablan de ellos. Y definen, conjuntamente, la verdad procesal (o formal). Por tanto, una proposición jurisdiccional se llamará (procesal o formalmente) verdadera si, y sólo si, es verdadera tanto fáctica como jurídicamente en el sentido así definido". FERRAJOLI Lujii. Derecho y Razón. Editorial Trota. Pág. 49.

Los errores o fallas en la declaración de los "Supuestos de Hecho o Hipótesis", son acusadas en el recurso extraordinario de casación bajo la égida de la casual: *«El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia»*. (No 3. Artículo 181 ley 906 de 2004.)

Los errores o fallas en las "Consecuencias Jurídicas" es decir, lo que en términos casaciones se conoce como error de subsunción son acusados en el recurso extraordinario de casación bajo la égida de la casual: *<<Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso»*. (No 1. Artículo 181 ley 906 de 2004.)

Empero, recordemos, que no es posible la obtención de los supuestos que conforman los factores Vf y Vj, sino dentro de un proceso válido, siendo que el desconocimiento de las normas que disciplinan el ritual, es un hecho que también puede ser atacado en casación a través de la causal *<<El desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes>>* (No 2. Artículo 181 ley 906 de 2004.)

### 1.3 Los errores *in judicando* e *in procedendo*.

Error *in judicando*. Estamos en presencia de un error *in judicando* en el evento en que el juez yerra durante el desarrollo de su actividad intelectual declarando una (verdad fáctica = Vf) o una (verdad jurídica = Vj) abiertamente equívoca. *"El juez ha incurrido en error durante el desarrollo de su actividad intelectual, de modo que el defecto inherente a una de las premisas lógicas ha repercutido necesariamente sobre la conclusión. En este caso, en el que la injusticia de la sentencia se deriva de un error ocurrido en el razonamiento que el juez lleva a cabo en la fase de decisión, los autores modernos hablan de un 'vicio de juicio' que la doctrina más antigua llamaba un 'error in iudicando'<sup>19</sup>.*

Error *in procedendo*. Al margen de la actividad intelectual del juez en la declaración de los hechos y aplicación del derecho, el operador jurídico ha podido cometer yerros en la aplicación de la ley adjetiva o procesal y estos constituyen *<<errores in procedendo>>*. Los errores *in procedendo*, 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

<sup>19</sup> MORALES MEDINA HERNANDO. Técnica de Casación Civil.

de actividad o un defecto de construcción y que la doctrina del derecho común llama un error in procedendo"<sup>20</sup>.

Si bien en principio la casación se orientó a asegurar la observancia de la ley sustancial en los fallos judiciales, luego se entendió que también debía hacerse extensiva a controlar la violación de normas adjetivas. El eminente jurista italiano Piero Calamandrei expone este punto de la siguiente manera: *"El pensamiento inicial por el cual los fundadores del Tribunal de cassation se sintieron inducidos sin discusión a admitir la casación también por error in procedendo, parece haber sido éste: que estando instituida la Casación para reprimir las violaciones de ley cometidas por la autoridad judicial, la misma, naturalmente, debe reprimir también la inobservancia de las formalidades procesales, desde el momento en que también las normas procesales son leyes que el juez debe respetar; la casación por inobservancia de formas no se produciría, pues, por consideraciones de naturaleza procesal, sino, también aquí, por consideraciones de naturaleza política, en cuanto el defecto del proceso tiene su origen en una inobservancia de la norma jurídica"*<sup>21</sup>.

Justamente, con la demanda de casación se solicita a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ejercer un control constitucional y legal de la sentencia, para lo cual es menester demostrar por parte del casacionista la forma como con el trámite procesal o a través del fallo se afectaron derechos o garantías fundamentales en estricta consonancia con el yerro advertido. Esta demanda, difiere ostensiblemente de un alegato de instancia, porque requiere una presentación lógica adecuada de cada una de las causales invocadas y legalmente establecidas, con el respectivo desarrollo de los cargos que por vicios *in procedendo* o *in iudicando* se denuncien, y la demostración de su trascendencia en la parte dispositiva del fallo impugnado. La demanda de casación no es un escrito de libre elaboración, como sucede con los alegatos que se presentan en el curso de las instancias, pues el recurso extraordinario de casación se promueve contra una sentencia que goza de la doble presunción de acierto y legalidad, de modo que la sustentación del mismo requiere del cumplimiento de determinadas exigencias de forma y contenido, señaladas en la ley y suficientemente desarrolladas por la jurisprudencia, las cuales, de no ser cumplidas a entera cabalidad, le imponen a la Corte inadmitir la demanda<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Ibídem.

<sup>21</sup> Piero Calamandrei, La Casación Civil, Editorial Bibliográfica Argentina, Tomo II, pág. 90.

<sup>22</sup> Cas. 25066 (26-03-08)

Por consiguiente, corresponde al libelista, con el fin de cumplir con los presupuestos de lógica y debida fundamentación, en la confección de la demanda, tener en cuenta que los reparos deben reunir presupuestos de claridad y precisión. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, que para admitir o seleccionar una demanda de casación a fin de decidir de fondo sobre el problema jurídico planteado por el actor; la censura, en sí, debe sujetarse al cumplimiento de los presupuestos formales consagrados en el artículo 184, ordinal 2° de la Ley 906, o demostrar la evidente vulneración a los derechos fundamentales que le asisten a los intervinientes en el proceso; es por todo ello que se deben aplicar los principios que orientan la casación penal como los de claridad, autonomía, razón suficiente, no contradicción, entre otros, para –de la mano con ellos– presentar una argumentación trascendente, habida consideración de compendiar en el ataque, los errores de juicio o de actividad que pudieron haber incurrido los falladores. Objetividad, comprensión, precisión, y trascendencia, también son postulados que deben guiar el ejercicio intelectual en la elaboración de la demanda por el censor, a fin de demostrarle a la Sala, el motivo por el cual debe ser aceptada una determinada tesis jurídica o una legal valoración de los medios probatorios<sup>23</sup>.

Lo cierto es que la casación no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario en el cual se le hace un juicio legal y constitucional al fallo. En este sentido expresó la Corte Constitucional lo siguiente: *“Para la Corte es claro que no es comparable la actuación ante los jueces de instancia, que la actuación ante el juez de casación. Tanto la finalidad de dichas actuaciones, como los fundamentos de las decisiones que allí se adoptan son diferentes. Mediante la Casación no se vuelve a juzgar al procesado cuya situación jurídica ya fue definida por los jueces de instancia, sino la legalidad del fallo, es decir si la decisión fue dictada con la estricta observancia del ordenamiento legal y constitucional. Las razones en que se fundamenta la sentencia condenatoria en uno y otro caso, también son diferentes. Mientras que en el caso de las decisiones de instancia ella surge de la valoración de los hechos y de la conducta de los particulares frente a las normas penales, en el otro ella surge de la valoración hecha a la actuación del juez. Cabe reiterar que tampoco los jueces ante los que se actúa son los mismos. En un caso se trata del juez de instancia, en tanto que en el otro se trata del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en lo penal”<sup>24</sup>.*

#### 1.4 Subdivisión de los errores *in procedendo*

---

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso No. 28665. M.P: Javier zapata Ortiz. Auto del 13 de febrero de 2.008.

<sup>24</sup> Sentencia C-998/04

Tratándose de errores *in procedendo* se suele diferenciar de una parte los denominados (i) errores de estructura y de otra los (ii) errores de garantía. Ambos son objeto de control en el marco del recurso extraordinario de casación. A tal efecto, el artículo 181 de la ley 906 de 2004 dispone: *"El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por: (...) 2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes"*.

La distinción entre errores de estructura y de garantía está lejos de ser meramente académica si tomamos en consideración, que el señalamiento en la demanda de casación de la especie de yerro *in procedendo*, constituye requisito para la admisión del recurso. Al punto ha dicho la Sala de Casación Penal: *"Es preciso indicar, que cada nulidad tiene un desarrollo independiente, donde es deber del censor identificar la clase de error (estructura o garantía) y revelar el sentido en forma autónoma sin mezclar violaciones al debido proceso entre sí, o éstas con el derecho de defensa (técnico y material)"*<sup>25</sup>.

#### A. Errores de estructura

*"Se dice que el error in procedendo es de estructura cuando rompe la unidad del proceso. Todo proceso se edifica sobre bases rígidas que lo condicionan y que constituyen su unidad formal y conceptual. Existen actos procesales que determinan no solo un orden irreversible de los actos subsiguientes, sino también un contenido derivado"*<sup>26</sup>.

Al denunciarse la violación del debido proceso, corresponde al demandante determinar en cuál de los diferentes eslabones concatenados y subsiguientes que lo estructuran se presenta el irremediable defecto, vale decir, si en la formulación de la imputación, en la formulación de la acusación, en el juicio oral, en alguna de las audiencias de obligatoria realización o en los fallos de instancia. También es su deber demostrar que la irregularidad cometida durante el desarrollo del proceso e inadvertida en el fallo, incide de tal manera que para remediarla no queda ninguna alternativa distinta a invalidar las diligencias y por eso quien así alega debe indicar con precisión el momento procesal al que han de retrotraerse las actuaciones una vez excluidas las alcanzadas por los vicios<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Cas. 32394 (11-11-09)

<sup>26</sup> FABIO CALDERON BOTERO. Ob. Cit. Pág 12. Citado por: HUMBERTO FERNANDEZ VEGA. El Recurso extraordinario de casación Penal. Tercera Edición. Ed. Leyer. Pág. 55.

<sup>27</sup> Cas. 38835 (12-09-12)

## B. Errores de garantía

*“En el Código de Procedimiento Penal se ubican las disposiciones que hacen posible la realización del derecho penal, en salvaguarda de los intereses de la colectividad lastimada por el delito; los derechos procesales, establecidos en defensa de los asociados para evitar la arbitrariedad del estado en el trámite procesal; y los principios de tutela de la libertad individual y de los derechos acordados a los sujetos procesales para el correcto desarrollo del juzgamiento. La violación de los derechos o garantías procesales reconocidos a las partes, cuando tienen la entidad suficiente para constituir una nulidad de orden legal, ha sido elevada a la categoría de causal de casación”<sup>28</sup>.*

La violación del derecho fundamental a la asistencia técnica, es un ejemplo típico de error de garantía. Al denunciarse ésta especie de error, por ejemplo: porque el profesional a cargo no hizo adecuadamente las solicitudes probatorias, o no interpuso los recursos de ley, o desatendió en modo grave la labor asumida, para la correcta formulación de la censura, corresponde al demandante ocuparse de los siguientes aspectos: Especificar cuáles son aquellos medios probatorios cuya ausencia extraña, *verbi gratia* testimonios, experticias, inspecciones, evidencias materiales, etc; explicar razonadamente que tales medios de convicción eran procedentes, conducentes y factibles. El demandante debe aproximarse al contenido material de las pruebas supuestamente omitidas, para brindar a la Sala la oportunidad de confrontar el aporte de aquellos elementos de convicción con las motivaciones del fallo y así poder concluir si en realidad se han vulnerado derechos fundamentales del procesado. Además, es preciso que discierna acerca de la manera cómo las pruebas dejadas de practicar tenían capacidad de incidir favorablemente en la situación del implicado. Debe enseñar la trascendencia del vacío dejado por la prueba cuya práctica se omitió. Finalmente, si el menoscabo del derecho a la defensa por la inactividad de los abogados se hace consistir en no haber interpuesto recursos ordinarios contra las providencias, no es suficiente postular esta frase de manera genérica, sino que es indispensable que el demandante individualice las decisiones que era necesario impugnar, que en cada caso identifique los argumentos que en su criterio podían rebatirse, y que exponga las razones por las cuáles la decisión adoptada tenía que ser sustancialmente más favorable a los intereses que representa, en aras de demostrar que de no haberse consolidado la irregularidad denunciada, el desarrollo de la actuación como probabilidad habría podido ser otro y distintos los extremos de lo resuelto, al punto que sólo así se torna dable acreditar que el vicio sustancial propuesto

---

<sup>28</sup> HUMBERTO FERNANDEZ VEGA. El Recurso extraordinario de casación Penal. Tercera Edición. Ed. Leyer. Pág. 55.

únicamente se puede enmendar a través del remedio extremo y garantista de la nulidad<sup>29</sup>.

Ahora bien, no son pocos los eventos, en los que un error *in procedendo* puede afectar una garantía y al mismo tiempo socavar la estructura del proceso. Al respecto ha dicho la Corte: “*La Ley 600 de 2000 consagra una causal de casación autónoma para la incongruencia entre la acusación y la sentencia (art. 207-2) que de darse implica la concurrencia de defectos de estructura y de garantía pues 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 cargos(4), de manera que la incongruencia 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...*”<sup>30</sup>.

### 1.5 Taxatividad de las causales de Casación

La taxatividad de las causales de casación es normativa pero de desarrollo jurisprudencial. Lo anterior parecería ser una expresión contradictoria más no es así, veamos: Normativa, por cuanto el recurso solo es admisible por causales señaladas en la ley; de desarrollo jurisprudencial, por cuanto el mismo alcance de la causal y la forma de plantear los respectivos cargos son temas desarrollados nimamente por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual posee valor normativo en los términos de la Sentencia C-836 de 2001.

Así las cosas, desde el punto de vista normativo, los errores *in judicandum* son acusados en casación bajo la égida de las siguientes causales: <<Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso (No. 1. Artículo 181 ley 906 de 2004.)>> conocida como violación directa de la ley y <<El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia. (No 3. Artículo 181 ley 906 de 2004.)>> conocida como violación indirecta de la ley. Por su parte, los errores *in procedendo* son acusados en casación bajo la égida de la causal: <<El desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía

<sup>29</sup> Cas. 38835 (12-09-12)

<sup>30</sup> Cas. 20965 (30-06-04)

debida a cualquiera de las partes (No 2. Artículo 181 ley 906 de 2004.)>>

Empero, desde el punto de vista jurisprudencial y a simple manera enunciativa podemos decir, por ejemplo, en cuanto a la causal consagrada en el No 3. Artículo 181 ley 906 de 2004 y conocida como violación indirecta de la ley, que ésta se presenta por errores de hecho entre los que se cuenta: "Falso juicio de existencia". "Falso juicio de identidad" y "falso raciocinio"<sup>31</sup> o por error de derecho que abarca las especies de "falso juicio de legalidad" y "falso juicio de convicción"<sup>32</sup>. La invocación de cualquiera de estos errores exige que el cargo se desarrolle conforme a las directrices que de antaño ha desarrollado la Sala, en especial, aquella que hace relación con la trascendencia del error, es decir, que el mismo fue determinante del fallo censurado<sup>33</sup>.

### 1.6 Causales de casación. Similitud en los dos sistemas

El artículo 207 de la ley 600 de 2000 dispone:

*Causales. En materia penal la casación procede por los siguientes motivos:*

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

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

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

Por su parte, el artículo 181 de la ley 906 de 2004 contempla:

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

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

---

<sup>31</sup> Cas. 25697 (28-05-08)

<sup>32</sup> Cas. 24213 (11-03-09)

<sup>33</sup> Cas. 25250 (04-05-06)



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

*3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.»*

Comparando los dos sistemas procesales: el <<sistema de corte mixto>>, consagrado en la ley 600 del 2000, con el <<sistema de querer acusatorio>>, regulado en la ley 906 del 2004, podemos advertir en lo atinente a las causales de casación, que solo hay un cambio de denominación pues en esencia son las mismas. Al punto ha dicho la Sala de Casación Penal: *"En relación con las causales taxativas por las que procede el recurso de casación, previstas en el artículo 181 del sistema de enjuiciamiento oral, ha de recordarse lo dicho por la Sala en cuanto a que la del numeral 1, ("Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso"), comprende los supuestos de la llamada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, violación directa de la ley sustancial. La del numeral 2, consagra el tradicional motivo de nulidad por vicios in procedendo, es decir, permite el atacar los fallos cuando se han producido con desconocimiento del debido proceso o de las formas propias del juicio (yerro de estructura), o con violación de las garantías debidas a cualquiera de las partes (yerro de garantía). En tal caso, debe tenerse en cuenta que las causales de nulidad son taxativas<sup>34</sup> y que la denuncia, bien sea de vulneración del debido proceso o de garantías fundamentales, requiere de claras y precisas pautas demostrativas<sup>35</sup>. Además, al abrigo de este motivo de impugnación es factible reclamar por el desconocimiento del principio de congruencia entre acusación y sentencia<sup>36</sup>. A su turno, la del numeral 3 ("El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia"), se ocupa de la denominada, también por la doctrina y jurisprudencia, violación indirecta de la ley sustancial, luego, entonces, en ésta se engloban, de una parte, los errores de derecho ocurridos por desconocimiento de los requisitos legales para la producción —práctica o incorporación— de las pruebas (falso juicio de legalidad), así como, excepcionalmente, por desatención del valor prefijado en la ley a los medios de prueba (falso juicio de convicción); y de otra, los errores de hecho, los cuales se*

<sup>34</sup> Ley 906 de 2004, artículo 458. Son ellas: nulidad derivada de la prueba ilícita y cláusula de exclusión (artículos 23 y 455 ib.); nulidad por incompetencia del juez (art. 456 ib); y, la nulidad por violación a garantías fundamentales: derecho a la defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales (art. 457 ib.).

<sup>35</sup> Cas. 24323 (24-11-05)

<sup>36</sup> Cas. 24530 (24-11-05)

*manifiestan a través de: falsos juicios de identidad (por adición, supresión o distorsión de la expresión fáctica de un elemento probatorio); falsos juicios de existencia (al tener como probado un hecho con un medio demostrativo que no aparece incorporado a la actuación o por omitir la apreciación de uno allegado válidamente); y falso raciocinio que dice relación con desviación de los postulados que integran la sana crítica (reglas de la lógica, leyes de la ciencia y máximas de la experiencia) como método de valoración probatoria. No está de más recordar que la invocación de cualquiera de esos motivos de casación, exige el desarrollo del cargo con sujeción a las pautas que de vieja data tiene decantadas la jurisprudencia, en especial, aquella relacionada con la trascendencia del error, es decir, que el mismo sea determinante de la decisión contraria al derecho sustancial, plasmada en el fallo censurado<sup>37</sup>.*

## **1.7 Principios que rigen la casación penal. Similitud en todos los sistemas**

Los principios de la casación comienzan a forjarse a partir de la jurisprudencia dictada por el mismo *Tribunal de Cassation* creado en Francia en el año de 1790<sup>38</sup>, ellos orientan el recurso independientemente de "cualquier régimen que gobierne la casación"<sup>39</sup>. Recientemente se han introducido otras pautas, pero éstas en manera alguna desvirtúan o contradicen las prístinas, antes por el contrario, realzan la filosofía y razón de ser del recurso.

Podemos notar, que algunos de estos principios se entrelazan y otros se repiten bajo distintas denominaciones pues simplemente responden a diferentes enfoques sobre el mismo punto. Lo cierto es que, en atención a la importancia académica y práctica del tema, nos pareció aconsejable no desechar ningún punto de vista. Ellos son:

**1.- De intervención.** Señala este principio que la principal obligación del casacionista al confeccionar la demanda es demostrar la necesidad de intervención de la Corte para el logro de alguno de los fines establecidos por el instituto (Art 180. Ley 906 de 2004), a saber: i) la

<sup>37</sup> Cas. 28656. (28-11-08)

<sup>38</sup> Esto se dio en diciembre de 1790, gracias a la Asamblea Nacional Francesa, ya que los diputados de la Revolución tenían desconfianza en el Conseil des Parties, por ser considerado un órgano político dependiente del Rey. En la práctica, con el pasar del tiempo, el Tribunal de Cassation fue desarrollando la fisonomía real de la institución, ya que el Tribunal se colocó en una posición horizontal de competencia, en la cual la cúspide era dicho tribunal, y debajo de él estaban los demás entes jurisdiccionales. Ya para el año de 1803, el Tribunal tomó el nombre de Cour de Cassation. Con este cambio y con la Ley del 1º de abril de 1837, la Corte inicia su función de unificar la jurisprudencia, la cuál era algo no realizado por el Tribunal de Cassation. "La nomofilaxis y su función unificadora en la jurisprudencia penal costarricense" Tesis de grado para optar por el Título de Licenciatura en Derecho Carla Cerdas Sánchez y José Luis Gómez Ruiz. Universidad de Costa Rica facultad de derecho.

<sup>39</sup> Cfr. Cas.25089. (15-05-08)

efectividad del derecho material, ii) el respeto de las garantías de los intervinientes, iii) la reparación de los agravios inferidos a las partes y iv) la unificación de la jurisprudencia<sup>40</sup>. Así, "el recurso extraordinario de casación no puede ser interpretado sólo desde, por y para las causales, sino también desde sus fines, con lo cual adquiere una axiología mayor vinculada con los propósitos del proceso penal y con el modelo de Estado en el que él se inscribe. "En otros términos, las causales determinan la forma en que procede denunciar la ilegalidad o inconstitucionalidad del fallo y de conducir el debate en sede extraordinaria, pero ellas no son un fin en sí mismo para la viabilidad del recurso, pues ésta debe determinarse por la manifiesta configuración de uno o varios de los motivos normativamente establecidos para lograr el desquiciamiento de la decisión impugnada"<sup>41</sup>.

Al punto de lograr la intervención de la Corte cuando el fin perseguido es <<el respeto de las garantías de los intervinientes>>, ha dicho la Sala de Casación Penal lo siguiente: *"tratándose de una demanda de casación presentada contra una sentencia proferida que corresponda al sistema acusatorio, la Sala ha venido precisando que el censor debe orientar lo acusado en orden a formular, objetivar y por sobre todo demostrar con trascendencia argumentativa que en el trámite procesal o en el fallo de segundo grado se consolidaron afectaciones de principios, derechos o garantías fundamentales de incidencia sustancial o procesal, para lo cual a efecto de sus correctivos habrá de invocar la causal de que se trate para el caso señalándola de manera expresa y singular, e indicando los argumentos con los cuales estima se ha materializado la modalidad de error o violación, sin olvidar de referirse así sea de manera abreviada pero puntual cuál de los fines consagrados para la casación en los términos del artículo 180 ejusdem amerita necesaria la intervención de la Corte, esto es, si se hace indispensable para lograr la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a ellos, o lo relativo a la unificación de la jurisprudencia"*<sup>42</sup>.

## **2.- De taxatividad.**

Si el anterior principio nos indica que la demanda de casación solo puede ser admitida cuando se demuestra la necesidad de intervención de la Corte para el logro de alguno de los fines establecidos por el instituto, el presente nos señala, que solo es procedente rogar la intervención del Alto Tribunal acusando anomalías subsumibles en las

---

<sup>40</sup> Cas. 28285 (24-10-07)

<sup>41</sup> Casación 24026 del 20 de octubre de 2005, casación 24610 del 12 de diciembre de 2005, entre otras.

<sup>42</sup> Cas. 29476 (22-05-08)

causales taxativamente señaladas en la ley; por lo cual, no es dable al censor formular reproches no autorizados en la normatividad vigente. Ver: Art. 207 de la ley 600 de 2000 y 181 de la Ley 906 de 2004.

Al punto ha dicho la Corte lo siguiente: *"En desarrollo del carácter extraordinario de este recurso, el estatuto procesal ha limitado las razones por las cuales pueden atacarse dichos fallos y las estructuró en las llamadas causales de casación, que no solo tienen naturaleza diferente, sino que, por tener un alcance distinto, también han sido configuradas de manera autónoma. En efecto, los motivos que pueden dar lugar a un ataque en casación contra una sentencia, son aquellas deficiencias contra legem que pueden cometerse al administrar justicia y que, por su gravedad o repercusión, el legislador permitió que, a manera de denuncia, puedan invocarse ante la Corte Suprema de Justicia mediante el ejercicio de este recurso extraordinario"*<sup>43</sup>.

**3.- De legitimación.** Para determinar quiénes están facultados para recurrir en sede de casación, deben ser atendidos dos factores: (i) la legitimación dentro del proceso y (ii) el interés jurídico para recurrir. Lo primero, legitimación dentro del proceso o *legitimatío ad processum*, es entendida como la capacidad jurídica que la ley otorga a una determinada persona que ha adquirido la condición de parte o interviniente procesal para realizar, en forma abstracta, actos procesales. Por lo segundo, interés jurídico para recurrir o *legitimatío ad causam*, se traduce en el interés jurídico para impugnar, aspecto que apunta a que la providencia que se cuestiona haya causado un daño o perjuicio<sup>44</sup> a los derechos o garantías fundamentales del recurrente<sup>45</sup>, lo cual debe ponerse de presente en el hecho de que, salvo contadas excepciones que se estudiarán en párrafos posteriores, la sentencia de primera instancia haya sido recurrida<sup>46</sup>.

**4.- De unidad o identidad temática entre la apelación y la demanda de casación.** Inescindiblemente ligado al anterior, este principio indica que la exigencia de haber apelado la sentencia de primera instancia, no se suple simplemente con haber manifestado cualquier tipo de inconformidad en el recurso, sino que debe existir unidad o identidad temática, de materia, conceptual o sustancial, entre lo argumentado en la apelación y lo planteado en la impugnación extraordinaria. Frente a este postulado, la jurisprudencia concretó lo siguiente: *"Bajo el concepto de "unidad temática", la jurisprudencia de*

---

<sup>43</sup> Cas. 5259 (23-03-00)

<sup>44</sup> Cas. 28511 (28-11-07)

<sup>45</sup> Cas. 27336 (17-09-07)

<sup>46</sup> Cas. 16662 (13-06-02)

*la Corte ha señalado que al sujeto procesal que muestra su inconformidad con la sentencia del Tribunal le asiste interés jurídico, esto es, se encuentra legitimado en la causa por la que aboga, siempre y cuando el tema propuesto en sede de casación haya sido planteado, para su corrección, a través del recurso de apelación, lógicamente respecto del fallo de primer grado*<sup>47</sup>. Frente al punto también ha precisado la Corte: "No se trata de que exista plena identidad, repetición textual, ni correspondencia exegética producto de una confrontación puramente formal entre la apelación y la casación, pues la naturaleza de la apelación contra la sentencia de primera instancia muchas veces la impediría; sino de que sea verificable que la alzada y la impugnación extraordinaria tienen identidad sustancial en lo fáctico y en lo jurídico, aunque pudiesen presentar enfoques o argumentos distintos"<sup>48</sup>.

Es claro entonces que si cualquiera de las partes se abstiene de interponer el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, se ha de entender que se muestra conforme con la decisión proferida y a última hora no le es dable improvisar una inconformidad interponiendo un recurso de casación contra una sentencia que no apeló. La misma suerte corre quien habiendo interpuesto apelación no tocó un aspecto de la sentencia de primera instancia, pues es de recordarse que la sentencia de segunda instancia tiene como límite de pronunciamiento los temas de la impugnación<sup>49</sup>; por consiguiente, no estará *legitimatío ad causam* para interponer recurso de casación sobre los puntos que omitió reprochar en el recurso de apelación.

La regla en estudio presenta las siguientes excepciones: (i) Cuando aparezca demostrado que arbitrariamente se impidió al recurrente el ejercicio del recurso de instancia; (ii) Cuando el fallo de segundo grado modifique su situación jurídica, de manera negativa, desventajosa o más gravosa; (iii) Cuando se trate de fallos consultables que causen perjuicio, para los eventos en que aún resulte procedente y (iv) Cuando el sujeto procesal proponga nulidad por la vía extraordinaria<sup>50</sup>.

**5.- De idoneidad formal y sustancial.** El juicio de admisibilidad de una demanda de casación comprende el estudio de dos aspectos, (i) su *idoneidad formal*, que guarda relación con el cumplimiento de las exigencias de claridad, concreción y debida fundamentación requeridas

---

<sup>47</sup> Cas. 23638 (28-09-06)

<sup>48</sup> Cas. 25283 (30-01-08). Esta línea jurisprudencial, puede confrontarse, entre otras, en las siguientes providencias: 15488 (16-07-01); 17176 (12-12-02); 16198 (27-08-03); 19840 (28-11-05); 12584 (08-09-04); 22947 (13-04-05) y 24686 (21-03-06).

<sup>49</sup> Cfr. Cas. 21816 (20-10-05); 25852 (12-10-06); 27910 (04-03-09); 26631 (18-03-09)

<sup>50</sup> Cfr. Cas. 30969 (26-03-09)

por la ley y la lógica de la causal aducida, y (ii) su *idoneidad sustancial*, que se vincula con la aptitud del escrito para la realización de los fines del recurso.

Si este examen arroja resultados negativos, porque se advierte que la demanda desatiende las exigencias mínimas de contenido formal que la normatividad y la teoría de la casación exigen para poder transitar hacia su estudio de fondo, o porque ab initio se establece que el escrito es absolutamente inidóneo para obtener el fin propuesto, la decisión debe ser de inadmisión, en aras de la realización de los principios de economía procesal y de eficacia de la justicia<sup>51</sup>.

En este sentido la Sala de Casación Penal ha expresado lo siguiente: *"Eso explica por qué aún frente a demandas formal y técnicamente correctas desde el punto de vista de la causal que se aduzca, la Corte está facultada para inadmitirlas cuando de su contenido se advierta que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso"*<sup>52</sup>.

No obstante, es de tenerse en cuenta con respecto a la idoneidad formal, que en presencia de pequeños dislates que puedan enderezarse haciendo una interpretación acuciosa de lo pedido, en atención al principio de caridad —propio de la filosofía analítica (interpretación radical) acuñado por Donald Davidson en su teoría de la *interacción comunicacional*, el cual lleva al intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro a suponer dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas—, es posible desentrañar el sentido de las censuras.<sup>53</sup>

**6. De corrección material.** El presente principio no debe ser confundido con el anterior. Aquel habla de idoneidad formal y sustancial de la demanda de casación, este trata de que la demanda no solo debe ser idónea formal y sustancialmente, sino que también debe ser materialmente correcta; lo que equivale a decir, que debe ser cierto todo cuanto en ellase expone, por ejemplo: si el libelista acusa un falso juicio de existencia por suposición, es porque el juez declaró la existencia de una prueba que materialmente no milita en el expediente; si el libelista acusa un falso juicio de existencia por omisión, es porque el juez no apreció una prueba que realmente milita en el expediente. El principio en estudio encuentra su razón de ser en el hecho, en que sería absurdo admitir una demanda de casación aparentemente idónea pero fundada en mentiras.

---

<sup>51</sup> Cas 30101 (02-12-08)

<sup>52</sup> Cas 30197 (21-10-09)

<sup>53</sup> Cas. 27397 (01-07-09); Cas. 30822 (10-03-09)

Respecto al principio en comentario la jurisprudencia enseña: *"los requisitos formales de la demanda de casación no sólo hacen referencia a su contenido lógico armónico, es decir a su corrección formal, sino que también deben contener una corrección material. Ello significa que entre las piezas procesales sobre las que se fundamentan los cargos y la presentación que se haga de ellas en la demanda, debe existir una relación de correspondencia objetiva, respetando siempre su realidad. En tales eventos, se ha dicho también, no se trata de determinar a priori la prosperidad de la demanda, sino de prevenir que la corrección formal de la misma no esté sustentada sobre inexactitudes o mendacidades, conscientes o inconscientes, pero en todo caso advertibles a simple vista"*<sup>54</sup>.

**7. De prioridad o jerarquía.** Este principio debe examinarse desde una doble perspectiva, a saber: a) **La general**, según la cual, los cargos deben presentarse de acuerdo con la naturaleza de las causales invocadas en la demanda y con las consecuencias del error alegado. En otras palabras, cuando se ataca la sentencia con base en las causales primera (violación de la ley sustancial) y tercera (nulidad) de casación, es lógico que el cargo principal debe ser el de nulidad, pues de prosperar, por regla general, haría inane el estudio de los demás reparos<sup>55</sup>. b) **La específica**, según la cual, frente a los casos donde (i) el libelo contiene solamente censuras donde se alega la nulidad de la actuación, o (ii) varias de éstas y una que pone de manifiesto vicios in iudicando, o (iii) se intenta simultáneamente plural cantidad de ambas; supuestos en los cuales, según el postulado en cita, debe abordarse en primer término la irregularidad con el mayor efecto invalidante y así sucesivamente de manera escalonada, para después proponer aquellas cuyo propósito es denunciar defectos en la selección de la norma de carácter sustancial.

**8. De identidad.** Es sabido que el impugnante puede acusar la sentencia de infringir normas de derecho sustancial, bien sea por: (i) violación directa de la ley que se da por <<Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso (No. 1. Artículo 181 ley 906 de 2004)>>, o por (ii) violación indirecta de la ley como consecuencia del << manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia. (No 3. Artículo 181 ley 906 de 2004.); pues bien, considerar, por ejemplo, que hubo violación directa de la ley, pero proceder a criticar los hechos y las pruebas para intentar acreditar una violación indirecta de la ley, hace que la formulación del cargo viole el principio de identidad: Algo no puede ser y no ser al mismo tiempo,

---

<sup>54</sup> Cas. 24783 (28-02-06)

<sup>55</sup> Cas. 25709 (30-01-08)

pues debe recordarse que si de lo que se trata es de alegar la violación directa, en ella se admiten los hechos y las pruebas tal como las asumió el fallador, y en consecuencia no puede haber censura de estas. Por lo tanto, resulta errado atacar la sentencia por violación directa de la ley, en su modalidad de falta de aplicación y demostrar el cargo con una crítica de las pruebas que sirvieron al fallador para dictar la sentencia<sup>56</sup>. Si el querer del censor es realizar esta clase de proposiciones excluyentes entre sí, debe postular los reproches en forma separada uno en forma principal y el otro en forma subsidiaria.

**9.- De autonomía.** El presente postulado indica que al interior de un mismo cargo no se pueden mezclar ataques correspondientes a causales distintas, pues cada una tiene características y reglas técnicas de demostración diferentes y producen diversas consecuencias jurídicas. Dicho de otra manera, resulta imprescindible que quien acude en casación a controvertir la legalidad de una sentencia de segunda instancia, lo haga con fundamento preciso en una de las causales expresamente establecidas en la ley, sin que sea admisible, lanzar reparos que no sean directa e inequívocamente atinentes al contenido y alcance de los motivos establecidos. No es, por tanto, permitida la fusión abigarrada de enfoques propios de diversas causales, en cuanto cada una de ellas no sólo obedece en su postulación teórica a supuestos propios, sino que metodológica y jurídicamente exigen desarrollo independiente. En otras palabras, frente al principio de autonomía de las causales resulta desacertado establecer mixturas entre diversos factores, al atacar a través de este mecanismo extraordinario una sentencia<sup>57</sup>.

Es así como por ejemplo, la Sala de Casación Penal, ha admitido de tiempo atrás la coexistencia de errores de hecho y de derecho en relación con un mismo medio probatorio<sup>58</sup>; empero, razones de orden y de sentido común conducen a establecer que, en lugar de plantear dentro de un mismo reproche tanto un falso raciocinio como un falso juicio de legalidad, lo lógico es formular como cargo principal en el escrito de demanda el relativo al debido proceso probatorio, pues basta la constatación de ese único yerro para la procedencia del mismo, y, a continuación, como cargo subsidiario o adicional, el atinente a la apreciación del mérito de la prueba<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Cas. 12156 (03-12-99)

<sup>57</sup> Cas. 25709 (30-01-08)

<sup>58</sup> Cfr. Cas. 14451 (12-12-01)

<sup>59</sup> Cfr. Cas 31012 (06-05-09)



**10.- De no contradicción.** Este postulado está referido a que los argumentos expuestos en el cargo deben guardar una unidad conceptual sin que sea permitido negar y afirmar, al mismo tiempo, una determinada hipótesis, esto es, que en la enunciación, en el desarrollo y demostración del reproche, los fundamentos no deben excluirse entre sí, en tanto que la casación no es una instancia más donde se permite la presentación de exposiciones encontradas, en la medida en que se trata de un juicio de legalidad, y de constitucionalidad que se hace a la sentencia y al proceso, por lo que el libelo debe sujetarse a una serie de reglas legalmente determinadas para el efecto<sup>60</sup>.

Por ejemplo, el casacionista no debe confundir la <<duda para condenar>> con la <<certeza para absolver>>, alegar estos dos puntos en casación es violar el principio de no contradicción, así lo ha dicho la Corte: *"En segundo término, a pesar de que inicialmente plantea la duda sobre la responsabilidad del acusado, luego pregona que no hay prueba que la demuestre, con lo cual estaría predicando directamente la inocencia de su cliente, alternativas que no pueden alegarse al interior de una misma censura, por cuanto argumentativamente son contradictorias aun cuando ambas persigan la absolución del procesado, ya que mientras en la primera no se puede superar el estado de incertidumbre, en la segunda ni siquiera existe éste"*<sup>61</sup>.

**11. De no debate de instancia.** En el entendido que la casación es un recurso extraordinario y, consecuentemente, rogado, creado para denunciar y demostrar errores *in iudicando* o *in procedendo* cometidos en la sentencia o al interior del proceso, no es posible presentar personales opiniones ni hacer libres planteamientos que no estén sujetos a las correspondientes causales y conforme a la debida claridad y precisión que la ley ha impuesto y que la jurisprudencia ha desarrollado, dado que no es una prolongación del debate de instancia<sup>62</sup>.

**12. De razón suficiente.** La expresión <<razón suficiente>> responde a un principio filosófico según el cual, todo lo que ocurre tiene una razón suficiente para que haya ocurrido así y no de otra manera. El término <<suficiente>> lo comprendo en el sentido de <<completo>> y <<excluyente>>; completo, pues las razones deben justificar por entero el hecho sin que queden vacíos, y

---

<sup>60</sup> Cas. 25709 (30-01-08)

<sup>61</sup> Cas 30881 (26-03-09)

<sup>62</sup> Cas. 25709 (30-01-08)

<<excluyente>> pues éstas razones no deben dar lugar a la posibilidad de que el hecho haya podido ocurrir de otra manera.

Con relación a la casación, el principio en comentario significa que el cargo debe desarrollar, dentro de la técnica propia del recurso, una justificación completa y excluyente capaz de derruir la sentencia. Esto dijo la Corte en reciente oportunidad: *"Pese a lo expuesto, el nulo desarrollo del cargo por parte del demandante al quedarse en su simple enunciado, lo que en todo caso atenta contra el principio lógico de razón suficiente de observancia en esta sede el cual conlleva la explicación metódica que se baste a sí misma, impide motivar la atención de la Corte acerca de las vertientes que admiten tal vía, sea para la clarificación de la jurisprudencia a fin de emitir un pronunciamiento respecto de un tema jurídico especial, unificar posturas conceptuales o actualizar la doctrina, o para restaurar el agravio de alguna garantía fundamental que le fuera vulnerada al procesado"*<sup>63</sup>.

**13. De trascendencia.** La Corte ha señalado de manera repetida que dentro de los principios que informan la técnica de casación se halla el de trascendencia. Tal principio es común a todas las actividades procesales - positivas o negativas - en cuanto lo que se haga dentro de la actuación debe responder a una necesidad trascendente dentro de la estructura procesal o para las garantías de los sujetos procesales. Esto es que cumpla una finalidad vital dentro del trámite y que no vulnere las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal. Así, por ejemplo, en materia de pruebas solo pueden ser aceptadas las que no estén legalmente prohibidas, las que no sean ineficaces y las que versen sobre hechos pertinentes o que no sean superfluas. Tales requisitos de legalidad, eficacia, pertinencia y utilidad, son la medida de la trascendencia de las pruebas.

En lo que tiene que ver con los actos negativos de prueba, en tanto puedan dar origen a la casación, su alegación solo debe hacerse bajo los principios que la orientan en la forma y términos del Código de Procedimiento Penal. Todos esos principios tienen que ver con la trascendencia positiva o negativa del acto originador de la casación. Así, por ejemplo, no importa que el acto sea erróneo: si cumplió la finalidad para la cual estaba destinado, debe mantenerse su validez, siempre y cuando no viole el derecho a la defensa (ordinal 1º del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal). La medida de la trascendencia es el cumplimiento de su finalidad. Y, el límite, es la garantía del derecho de defensa. En cuanto cumpla la primera (medida) y no rebase el segundo (límite) el acto es válido, aunque sea irregular o erróneo.

---

<sup>63</sup> Cas. 25645 (22-05-08)

En materia de casación, la medida de la trascendencia viene dada por la naturaleza de la sede en la que se actúa. Sea que se defina como acción o como recurso extraordinario, sigue siendo principio intangible de la casación la presunción de legalidad y acierto de la sentencia. Esa constante es la premisa sobre la que debe estructurarse cualquier demanda de casación y es igualmente la medida de la trascendencia de los errores que se pretenden demandar.

Actuándose dentro de un juicio al juicio, el resultado de ese juicio es lo que se intenta derrumbar. Ello impone la obligación de identificar cuál es o cuáles son los fundamentos de ese resultado denominado sentencia. Si se pretende discutir la legalidad, los errores que se pongan de presente deben conducir al derrumbamiento de aquella. No es la demostración del vicio por sí mismo lo que determina la prosperidad de la demanda, sino, además, la comprobación de su nocividad sobre la conclusión del proceso o sobre las garantías debidas a los sujetos procesales. A ello debe agregarse que se supone - como parte de la presunción de legalidad - que el juicio se realiza purgado de vicios, pues para ello se ha garantizado el contradictorio cuya dialéctica conduce a la formación de conclusiones certeras. Esto último por cuanto la ley incluye dentro de los fines de la casación "la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal" dentro de un Estado que la Constitución define como "social de derecho" y con fines esenciales tales como los de "garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (...) y asegurar la vigencia de un orden justo"<sup>64</sup>.

**14. De presunción de acierto y legalidad de la sentencia que se ataca.** Dentro de márgenes razonables en la interpretación de la ley sustantiva en relación con la labor del juez de "decir el derecho", lo que el ordenamiento jurídico espera de los jueces de la República es que acierten en la contemplación material y jurídica de las pruebas del proceso y en la aplicación del derecho vigente al caso específico. Así, cuatro son los referentes de exigibilidad:

Acierto en la contemplación material de las pruebas  
 Acierto en la contemplación jurídica de las pruebas  
 Acierto en la legalidad de los procedimientos  
 Acierto en la aplicación de las normas sustantivas<sup>65</sup>.

Ello es lo que se conoce como el amparo presuntivo de *acierto* y *legalidad* del que gozan las decisiones judiciales.

Pues bien, como de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia lo ha plasmado, no debe perderse de vista que el fallo llega a la Corte

<sup>64</sup> Ver, entre otras, Cas 10353 (30-05-02)

<sup>65</sup> Cas. 33331 (26-05-2010)

rodeado de la citada presunción, es decir, toda sentencia impugnada en casación se presume que es acertada respecto a la declaración que hace del juicio de responsabilidad y legal en cuanto a la selección y aplicación del derecho sustancial.

Y como esa presunción de legalidad produce sus plenos efectos mientras no sea desvirtuada por un ataque victorioso en casación, es claro que la Corte tiene que respetar y acatar los fundamentos de la sentencia recurrida mientras subsista la apuntada presunción de certeza<sup>66</sup>.

**15.- De inescindibilidad del fallo o de unidad inescindible de las sentencias.** Con respecto a este principio la jurisprudencia en forma pacífica y reiterada ha explicado, que: *"las sentencias de las instancias conforman una unidad jurídica inescindible, de modo que el ataque en casación no puede hacerse a la sentencia del Tribunal entendida única y exclusivamente como el texto que emitió esa Corporación, sino que debe asumirse que en todo cuanto no haya sido objeto de revocación, la de primera instancia queda fundida con la de su superior funcional"*<sup>67</sup>.

En forma más puntual sostuvo la Corte: *"En casación, como se sabe, rige el principio de inescindibilidad, de conformidad con el cual las sentencias de primera y segunda instancia, en cuanto se complementan, conforman una unidad jurídica. Esa integridad así definida, materializada en la suma de unos y otros argumentos, son el objeto del recurso extraordinario y obviamente traducen como carga del recurrente, si su pretensión es una sentencia contraria a la impugnada, derribar la totalidad de fundamentos sobre los cuales se encuentra construida"*<sup>68</sup>.

**16.- De limitación o dispositivo.** Este principio debe atenderse desde tres perspectivas, a saber:

**La primera,** según el cual, la Corte sólo debe tener en cuenta las causales que taxativamente consagra la ley procesal para atacar la sentencia en sede de casación.

**La segunda,** consistente en que el Tribunal de Casación sólo está facultado para estudiar la legalidad de la sentencia y del trámite según los parámetros de la Constitución Política, el llamado bloque de constitucionalidad y la ley en general, dentro de los lineamientos fijados por el libelista en la demanda. En otras palabras, la actuación de la Corte se circunscribe a las causales y a los cargos planteados por

<sup>66</sup> Cas. 25709 (30-01-08)

<sup>67</sup> Cas. 11851 (21-11-02); 25505 (26-02-09) y 25709 (30-01-09).

<sup>68</sup> Cas 30959 (23-09-09)

el demandante, significando que no puede considerar aspectos distintos a los allí presentados.

La anterior regla tiene su excepción, que se presenta cuando, en la calificación de la demanda o cuando se está estudiando a fondo el reproche, se advierta una causal de nulidad o cuando la sentencia vulnera, de manera ostensible, cualquier garantía de derechos fundamentales de los sujetos procesales, al tenor de lo reglado en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, la Sala está en la obligación de reparar el vicio, así no haya sido objeto de censura.

**La tercera,** hace relación a que como quiera que el recurso extraordinario de casación es eminentemente rogado, a la Corte le está vedado entrar a suplir las deficiencias técnicas o las omisiones argumentativas de la demanda, en tanto que debe quedar en claro que la casación, en principio, no es un mecanismo oficioso de control de legalidad o de constitucionalidad de la sentencia<sup>69</sup>. Sobre este postulado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado: *"Debe recordar la Sala el "principio de limitación" previsto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal (artículo 216 de la Ley 600 de 2000), según el cual, salvo en tratándose de la causal de nulidad y de la ostensible violación de garantías fundamentales, a la Corte le está vedado "tener en cuenta causales distintas a las que han sido expresamente alegadas por el recurrente", no pudiendo entonces corregir, complementar o de cualquier otra forma suplantar al casacionista en la factura del libelo casacional"*<sup>70</sup>.

**17. De la discrecionalidad oficiosa.** Como excepción al principio de limitación y en procura de restablecer los derechos afectados, el parágrafo 3º del artículo 184 de la ley 906 de 2004, contempla la posibilidad de que la Corte case de oficio la sentencia al advertir, bien sea al momento de admitir la demanda o en el transcurso del trámite casacional, un error in procedendo o la vulneración de las garantías fundamentales de los sujetos procesales, así tales aspectos no hayan sido objeto de ataque.

**18. De no agravación.** El artículo 188 de la Ley 906 de 2004 consagra el principio de no agravación, según el cual, cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal, el Ministerio Público, la víctima o su representante, cuando tuviere interés, la hubieren demandado.

Ahora bien, en tratándose de sentencias absolutorias no existe prohibición ni limitante alguna para la Sala Penal, pues extender la

---

<sup>69</sup> Cas. 25709 (30-01-08)

<sup>70</sup> Cas. 14717 (29-07-99)

aplicación del principio referido a fallos absolutorios, atentaría contra la institución procesal misma, en la medida en que devendría en ineficaz la competencia de la Corte Suprema de Justicia para garantizar la efectividad del derecho material.

**19. De aplicación extensiva.** En materia de impugnaciones rige el *principio de la personalidad*, esto es, el resultado favorable del recurso sólo puede ser aprovechado por el causante que lo ha interpuesto. Dicho principio implica que las impugnaciones contra los fallos benefician exclusivamente a quien las interpuso, sin propagarse en sus efectos respecto de aquellos que adoptaron una actitud pasiva frente a la misma providencia.-

Sin embargo, existe una excepción a este principio, cual es el *efecto extensivo* en el que, existiendo una pluralidad de sujetos pasivos sobre los que recae una misma resolución, el recurso interpuesto por uno de ellos es susceptible, si se dan determinadas condiciones, de favorecer a los que manifestaron de manera expresa o tácita su consentimiento, no obstante haber tenido suficiente capacidad de impugnación. En este caso, el principio de la personalidad queda relegado, ya que quien no se alzó en contra de un pronunciamiento que le causa agravio, también puede verse beneficiado por el resultado favorable del recurso intentado por otro<sup>71</sup>.-

Dispone el artículo 187 de la ley 906 de 2004 que la decisión del recurso de casación se extenderá a los no recurrentes en cuanto les sea favorable.

## Capítulo II

### Violación Indirecta De La Ley

De la violación indirecta de la ley como causal de casación penal se hace referencia en el numeral 3º del artículo 181 de la ley 906 de 2004 en los siguientes términos: "*El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia*". Haciendo uso del léxico propio del sistema penal acusatorio entronizado por la ley 906 de 2004 podemos decir, ésta causal se configura cuando el sentenciador incurre en errores en la apreciación de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios o la evidencia física, los cuales pueden ser de derecho o de hecho.

---

<sup>71</sup> Axel López. Consecuencias del efecto extensivo de los recursos en el proceso de ejecución penal

Al paso que la <<violación directa de la ley sustancial>> supone la existencia de una sola infracción consistente en la desatinada aplicación del derecho; la <<violación indirecta de la ley sustancial>>, en todas las modalidades a las que haremos referencia en el presente acápite, supone la ocurrencia de una doble transgresión, a saber: (i) una violación-medio, predicable sobre la apreciación de los medios de prueba o las normativas reguladoras de las mismas, y (ii) una violación-fin, esto es, sobre las disposiciones sustantivas que fueron objeto último de violación tanto por indebida aplicación como por falta de aplicación.

Como consecuencia de que el dislate acusado en esta causal se centra en la indebida apreciación de los medios de prueba o las normativas reguladoras de las mismas, no se exige al demandante que su discurso guarde identidad con la realidad apprehendida por los falladores, pues al fin y al cabo con la denuncia de la legalidad del fallo mediada por errores de carácter probatorio lo que se busca es denotar la existencia de estos yerros en la valoración judicial la cual permitiría arribar a una decisión esencialmente diferente.

## 2.1 Errores de derecho y de hecho

Los errores en la producción y apreciación de la prueba y que llevan al juez a violar la ley sustancial se clasifican así:

### Error de derecho

El error de derecho tiene lugar cuando el juez interpreta erradamente las normas que regulan la producción, eficacia o evaluación de la prueba. Esta especie de error puede presentarse de dos formas:

**(i) Falso juicio de legalidad.** Ocurre cuando el juez expresamente deja de valorar un específico medio probatorio porque considera, de manera equivocada, que es ilegal o que su aporte a la actuación ocurrió con desconocimiento de las reglas de producción o bien porque lo aprecia sin percatarse que no reúne los presupuestos inherentes al debido proceso probatorio, o reputándolos satisfechos sin ser así<sup>72</sup>.

**(ii) Falso juicio de convicción.** Se presenta cuando la prueba es legal y fue debidamente incorporada, pero el juez le otorgó un valor persuasivo distinto, por exceso o por defecto, al que expresamente le fija el ordenamiento adjetivo, especie de dislate que, no está de más advertirlo, es en la actualidad de infrecuente ocurrencia, debido a que en el sistema colombiano de apreciación penal de las pruebas no hay tarifa legal, estando sujetas éstas a su evaluación conjunta, articulada,

---

<sup>72</sup> Cfr. Cas. 28898 (23-01-08)

de acuerdo con los postulados que informan la sana crítica, esto es, a su debido discernimiento bajo los dictados de las leyes de la ciencia, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia o el sentido común<sup>73</sup>

### **Error de hecho**

El error de hecho tiene lugar cuando el juez yerra al momento de apreciar la prueba. Esta especie de error se clasifica en:

**(i) Falso juicio de existencia.** Ocurre cuando el juez omite apreciar una prueba legalmente producida o incorporada al proceso, o infiere consecuencias valorativas a partir de un medio de convicción que no forma parte del mismo por no haber sido producido o incorporado.

**(ii) Falso juicio de identidad.** Se da cuando el juez tiene en cuenta el medio probatorio legal y oportunamente producido o incorporado; sin embargo, al valorarlo lo distorsiona, tergiversa, recorta o adiciona en su contenido literal, hasta llegar a conclusiones distintas a las que habría obtenido si lo hubiese considerado en su integridad.

**(iii) Falso raciocinio.** Hace presencia cuando a una prueba que existe legalmente y es valorada en su integridad, el juzgador le asigna un mérito o fuerza de convicción que transgrede los postulados de la sana crítica; es decir, las reglas de la lógica, la experiencia común y los dictados científicos<sup>74</sup>.

## **2.2 Aspectos generales a tener en cuenta para acusar violación indirecta de la ley sustancial.**

Aunque en párrafos posteriores señalaremos la técnica casacional específica para alegar cada tipo de error *in judicando* propio de la violación indirecta de la ley, dedicaremos este acápite para tratar algunos puntos de carácter general a tener en cuenta.

**(i) Demostrar que los errores cometidos por el juez han repercutido en la afectación de los derechos o garantías fundamentales del procesado.**

La Corte Constitucional en sentencia C- 590 de 2005 dijo que todas las causales que legitiman la interposición del recurso de casación realmente constituyen supuestos específicos de afectación de los derechos o garantías fundamentales del procesado. Refiriéndose

---

<sup>73</sup> Cas. 24213 (11-03-09)

<sup>74</sup> Cas. 25697.(28-05-08)



específicamente a la causal <<violación indirecta de la ley>> expresó el Alto Tribunal lo siguiente: *"... la causal tercera recoge supuestos de violación de derechos o garantías fundamentales por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia. De este modo, el desconocimiento del régimen constitucional y legal de la prueba deja de ser un supuesto de infracción indirecta de la ley sustancial y se convierte en una causal autónoma para cuestionar la validez constitucional y legal del fallo. El redimensionamiento de esta causal de casación es compatible con la potenciación de los fundamentos constitucionales de las pruebas penales, entre los que ocupan lugar preponderante ya no sólo el derecho de toda persona a presentar pruebas y a controvertir las que se presenten en su contra, el mandato de exclusión de la prueba ilícita y el mandato de no autoincriminación consagrados en los artículos 29 y 33 de la Carta, sino también los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración y la necesidad de autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para toda medida que afecte derechos fundamentales y respecto de la cual la Fiscalía General no cuente con atribuciones constitucionales; principios y necesidad consagrados en el artículo 250 superior, numerales 4 y 3, respectivamente".*

Pensamos que en esta sentencia la Corte Constitucional se quedó a medio camino al exponer solo los fines tuitivos de la causal tercera de casación con relación a lo debido probatorio, ya que esta causal, también apunta a proteger todas aquellas garantías fundamentales de repercusiones sustanciales afectadas por la comisión de errores en la apreciación de la prueba. Lo cierto es que errores de hecho tales como falsos juicios de existencia, de identidad o falso raciocinio pueden tener por efecto la violación de derechos o garantías fundamentales del procesado, por ejemplo, entre otros: el principio de *derecho penal de acto* o el *in dubio pro reo*.

Es así como, por ejemplo, la Sala de Casación Penal ha admitido la posibilidad de alegar en casación la transgresión del principio *in dubio pro reo*, ora por violación directa, ora por violación indirecta de la ley sustancial. Ha dicho el Alto Tribunal: *"Acorde con los desarrollos jurisprudenciales, resulta claro, entonces, que a la aplicación indebida o la falta de aplicación del principio in dubio pro reo (artículo 445 del Código de Procedimiento Penal de 1991, hoy en día art. 7 de la ley 600 de 2000) puede llegarse tanto por la vía directa como por la indirecta, de manera que en cada eventualidad el desarrollo y demostración del cargo debe corresponder al camino escogido para su denuncia: si se acude a la vía directa, debe demostrarse que el sentenciador a pesar de afirmar duda acerca de la existencia del hecho o la responsabilidad del procesado, decidió proferir fallo de condena debiendo haber absuelto (falta de aplicación) o, en otro sentido, pese a observar certeza en estos*

*dos extremos, decide absolver debiendo haber proferido fallo de condena (aplicación indebida). Y si lo invocado es la violación indirecta de dicho precepto, por haberse incurrido en errores de hecho o de derecho en la apreciación probatoria, además del señalamiento concreto de la especie de error probatorio, el casacionista debe demostrar que el fallador llegó a la errada conclusión de que las pruebas no conducen a la certeza del hecho o la responsabilidad del procesado (aplicación indebida), o erradamente concluyó que los medios dan la certeza requerida y condena, cuando en verdad de ellos surge incertidumbre que debió ser resuelta a favor del procesado (falta de aplicación)*<sup>75</sup>.

Lo cierto es, que todas las normas del derecho penal cumplen funciones garantistas y siempre que el juez incurra en error *in judicando* por desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia, con tal proceder viola de contera las garantías que esas leyes están llamadas a proteger.

Por ejemplo, si el juez incurre en error de omitir valorar una determinada prueba que tiene por virtud establecer una duda razonable con respecto a la responsabilidad del procesado, con este error no solo aplica en forma indebida un tipo penal, sino que de carambola quebranta el principio <<in dubio pro reo>> consagrado en el artículo 29 inciso 4º de la Constitución Política. Justo este es enlace entre <<error alegado - derecho fundamental vulnerado>>, es lo que debe esgrimir el casacionista a efectos de lograr la admisibilidad del recurso. Dicho en otras palabras, hoy en día es un imperativo para el casacionista demostrar a la Corte que los errores cometidos en las instancias ordinarias han repercutido en la transgresión de las garantías y los derechos fundamentales del procesado. A tal efecto el artículo 181 de la ley 906 de 2004 dispone: "*Procedencia. El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales..*"; a lo cual la Corte ha dicho: "*La Sala ha venido abordando el tema del recurso extraordinario de casación en el marco del sistema acusatorio colombiano y lo ha definido como un mecanismo de control constitucional y legal que procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores en los procesos adelantados por delitos, independientemente de la pena con la cual los sancione el legislador, **cuando se afectan derechos o garantías fundamentales (artículo 181 de la ley 906 de 2004)**, cuya materialización se debe cumplir a través de una demanda que no es de libre elaboración porque debe ceñirse a rigurosos parámetros lógicos y a causales taxativas, no obstante la gran flexibilidad permitida, acorde*

<sup>75</sup> Cas. 18328 (10-03-04). Reiterada en Cas. 30903 (13-05-09).

*con la estructura del Estado Constitucional de Derecho acogido por el constituyente*<sup>76</sup>. (He resaltado)

**(ii) Demostrar que el juez ha efectuado un juicio probatorio completamente arbitrario.**

Si comparáramos la sentencia con una edificación podríamos decir, que el objetivo del censor con la demanda de casación no es hacer una construcción más alta, ni mejor dotada, ni más bonita o moderna que la efectuada por el juez, sino derruir, destronar, derrocar o derrumbar la construcción argumentativa del fallo, acreditando que los juicios probatorios en los que se apoya son completamente arbitrarios por atropellar los principios de la sana crítica. Sobre este punto se transcriben dos **opiniones** convergentes; una, de la Sala de Casación Civil, y otra, de la Sala de Casación Penal, veamos:

Ha dicho la Sala de Casación Civil: *"... el error de hecho se estructura cuando el juicio probatorio del sentenciador es arbitrario o cuando la única ponderación y conclusión que tolera y acepta la apreciación de las pruebas sea la sustitutiva que proclama el recurrente ...", ya que si la inferencia a la que hubiera llegado, "... luego de examinar críticamente el acervo probatorio se halla dentro del terreno de la lógica y lo razonable, en oposición a la que del mismo estudio extrae y propone el censor en el cargo, no se genera el yerro de facto con las características de evidente y manifiesto, por cuanto en dicha situación no hay absoluta certeza del desatino cometido" (G.J. t. CCLVIII, pág. 212)*<sup>77</sup>.

Por su parte, la Sala de Casación Penal ha dicho: *"El error de hecho se estructura solo cuando el juicio probatorio del sentenciador es arbitrario y de ninguna manera, está quien acude a la causal de violación indirecta de la ley autorizado para intentar desvirtuar mediante esfuerzos intrincados de análisis probatorios, o esquematizaciones de abstracción lógica que procuren hacer inexorable una forma de argumentar excluyente de cualquier otra para anteponerlos a aquellas deliberaciones o juicios de valor en que se ha cimentado el pensamiento del sentenciador al estudiar los elementos de persuasión allegados y asignarles un mérito consiguiente"*<sup>78</sup>.

**(iii) Probar que el error o los errores cometidos son trascendentes.**

<sup>76</sup> Cfr. Cas. 24323 (24-11-05), 24323 (14-02-06) entre otros.

<sup>77</sup> Cas. Civ. Exp. No. 17001 31 10 001 2007 00313 01 (18-12-2012)

<sup>78</sup> Cas. 35390 (09-03-2011)

De la misma forma como en el campo de la ingeniería es enteramente posible que algunas partes de la construcción puedan ser abolidas sin que ello comprometa la estabilidad de la obra, es posible que en el campo de las decisiones judiciales, aun habiéndose detectado errores, el fallo permanezca incólume.

Si lo que se quiere entonces es, discutir el acierto de la sentencia, el censor debe identificar sobre qué fundamentos probatorios está sustentado el juicio de certeza. Realizado tal ejercicio podrá determinar si el error que llegare a advertir es o no trascendente. Aquí la medida de la trascendencia es la importancia del medio probatorio erróneamente estimado en la construcción del acierto del fallo. Si se trata de un medio contingente, apenas accesorio, el error es irrelevante. Será simple y llanamente una prueba más de la falibilidad del Juzgador como ser humano, pero sin que alcance la connotación jurídica para derrumbar el fallo. Esto por cuanto la casación no tiene por objeto la demostración del error, por el error, sino por su importancia en el sostenimiento de la sentencia<sup>79</sup>.

En otras palabras, cuando la sentencia impugnada se funda en varios pilares de orden probatorio y la acusación viene montada por la causal primera de casación por vía indirecta, es menester que se ataque y destruyan todos los soportes de ella para poder infirmarla, pues si la impugnación no comprende la totalidad de los puntos de apoyo que le sirven de fundamento, o si aun atacándolos queda por lo menos uno que sea suficiente para respaldar la sentencia, ésta no puede ser quebrada. Este ataque de los medios probatorios debe hacerse en forma separada cargo por cargo por lo que la apreciación en conjunto de la prueba es inimpugnable en casación.

El casacioncita está en el deber de señalar el nexo de causalidad entre el error y la parte resolutive de la sentencia. Por consiguiente, demostrar que sin el yerro la resolución habría sido otra. Dicho de manera diferente: le corresponde demostrar que el yerro judicial es el generador de aquello que se decide en la parte resolutive de la sentencia<sup>80</sup>.

**(iv) La divergencia expuesta por el censor debe tener compatibilidad con los elementos probatorios en los cuales funda errores de contemplación material o jurídica, sea por error de hecho o de derecho.**

Si bien es cierto que en la violación indirecta de la ley "no se exige al demandante que su discurso guarde identidad con la realidad aprehendida por los falladores"<sup>81</sup>, debe tenerse presente que la divergencia expuesta por el censor debe tener compatibilidad con los elementos probatorios en los cuales funda errores de contemplación

<sup>79</sup> Ver, entre otras, Cas 10353 (30-05-02)

<sup>80</sup> Cfr. Cas.- 14535 (30-11-1999)

<sup>81</sup> Cas. Auto 31059 (06-05-09)

material o jurídica, sea por error de hecho o de derecho.<sup>82</sup> Dicho en términos coloquiales, si bien en uso de la causal "violación indirecta de la ley" el casacionista puede criticar la valoración probatoria sobre la cual se funda la sentencia, le está vedado lanzar ataques indiscriminados que no se apoyen en cargos debidamente expuestos.

**(v) Demostrar que el juez ha cometido errores con respecto a la valoración de las pruebas; entendidas por éstas solo las recaudadas en el juicio.**

A diferencia de lo ocurrido en el <<sistema de corte mixto>> consagrado en la ley 600 de 2000, en el que, como consecuencia del principio de permanencia de la prueba, el reproche casacional podía plantearse sobre cualquier medio probatorio sobre el cual se hubiera fundado la sentencia; en el <<sistema de querer acusatorio>> introducido en la ley 906 de 2004, las pruebas sobre las cuales se plantean errores de derecho o de hecho no pueden ser otras que las recaudadas durante el juicio, excepto la prueba anticipada. No puede, entonces, cuestionarse una sentencia al amparo de la causal tercera cuando la falla evidenciada por el censor se soporta en presuntas irregularidades o errores en relación con lo ocurrido en las audiencias de acusación o preparatoria, en tanto que la vía adecuada para esa crítica sería, seguramente, la de la nulidad<sup>83</sup>. Mucho menos puede cuestionarse una sentencia al amparo de la causal tercera cuando la falla evidenciada por el censor se soporta en valoraciones probatorias efectuadas por el juez de control de garantías en audiencias preliminares pensando que tales decisiones de una u otra forma incidieron en el sentido del fallo.

**Vi) Indicar el aparte exacto de la sentencia en el cual el fallador incurre en el error de hecho que se acusa en el cargo.**

La razón de ser del recurso extraordinario de casación impone al censor la obligación de indicar el punto exacto en el que el operador jurídico ha errado, razón por la cual resulta desacertado y antitécnico que el casacionista sea quien intente construir o presumir el error del juez. Me permito ilustrar este punto transcribiendo un aparte de una providencia casacional que dice así: *"Vale iterar, en ningún momento se reprodujo el texto de la sentencia en el cual, según el criterio del representante de la parte civil, se establece que la absolución se funda en lo declarado por los testigos aportados por la defensa, dejando huérfana de definición de trascendencia la crítica planteada. Así, el demandante no logra demostrar error alguno, desconociendo que sin esta exigencia termina oponiendo su personal criterio sobre el más*

<sup>82</sup> Ibidem.

<sup>83</sup> Cas. 29782 (08-09-08)

*autorizado del fallador, incurriendo en el desatino de considerar el recurso extraordinario como otra instancia, en abierto desconocimiento de que con la casación se busca primordialmente el estudio de la legalidad de la sentencia y no la prolongación de un debate probatorio fenecido mediante el proferimiento de una sentencia amparada con la doble presunción de acierto y legalidad, únicamente destronable por la presencia de errores predicables del juzgador, de tal magnitud que sólo con su casación pudiera restaurarse la legalidad de lo decidido*<sup>84</sup>.

De igual modo no es de recibo, que para fundamentar un falso juicio de existencia por suposición, el censor exprese en forma escueta que <<no había prueba para condenar>>, puesto que esta forma de argumentar no es precisamente el modo de desarrollar un falso juicio de existencia, sino de confrontar inútilmente las conclusiones probatorias del sentenciador.

### **(vii) Integrar la proposición jurídica del cargo**

No es suficiente señalar el yerro, es necesario probarlo en su totalidad y en sus efectos jurídicos, es decir, corresponde al casacionista integrar lo que se conoce como proposición jurídica del cargo y formulación completa de éste. En otras palabras, la reprobación de la prueba, debe ser complementada con el señalamiento exacto y la demostración precisa de la forma como, finalmente, ha sido violada la ley sustancial. Importa precisar, entonces, si los yerros probatorios han conducido a exclusión evidente, aplicación indebida o interpretación errónea de ella. Debe explicarse que norma se dejó de aplicar y cual debe aplicarse.

Recuérdese que en la <<violación indirecta de la ley sustancial>> se incurre en una doble transgresión: (i) una violación-medio, predicable sobre la apreciación de los medios de prueba o las normativas reguladoras de las mismas, y (ii) una violación-fin, esto es, sobre las disposiciones sustantivas que fueron objeto último de violación. Justamente, al llegar al campo de la violación de la ley, es necesario entonces tener presente que la indebida aplicación de una ley, por lo general y de manera complementaria, aparece una falta de aplicación de la debida norma correspondiente a los hechos.

La proposición jurídica – expone con claridad Orlando Rodríguez - es una carga procesal para el impugnante, que debe identificar y demostrar un error judicial atribuido al órgano judicial sentenciador de instancia, y a partir de la causal legal construir un argumento de sustentación para que la Corte de Casación ejerza el control constitucional y legal de la sentencia impugnada, postulando un cargo dentro de una causal legalmente prevista, señalando su trascendencia en la sentencia, las normas jurídicas vulneradas, directa o indirectamente, sino se trata de una causal de nulidad, y la solución correcta al caso planteado<sup>85</sup>.

Por ejemplo, en un caso de homicidio puede acusarse un error de omisión de una prueba que hubiera tenido la contundencia para llevar a pensar en unas lesiones personales; por consiguiente, una proposición jurídica completa supone no solo el señalamiento de la

<sup>84</sup> Cas. 31650 (27-07-09)

<sup>85</sup> Casación y revisión. Evolución y garantismo. Ed. Temis. Pág. 49.

prueba omitida sino también explicar que por culpa de la omisión de esta prueba, se aplicó indebidamente el tipo de homicidio (art. 103 del Código Penal) y, de contera, se dejó de aplicar el de lesiones personales (art. 111 *Ibíd.*).

**(viii) Los reproches que se realicen frente a la producción o apreciación de la prueba, no pueden adelantarse al margen de la prueba que ha servido de vehículo para introducirlos al juicio.**

En el esquema del proceso penal acusatorio, cuando se proponen errores de hecho o de derecho con respecto a cualquiera de los elementos que conforman la denominada prueba material (documentos, los objetos o cosas tangibles, Vg., revólver, y los medios audiovisuales, computacionales, etc), comoquiera que estos llegan a la actuación tras un proceso de acreditación o autenticación que, por regla general, se adelanta a través de un testigo, los reproches que se realicen frente a la producción o su apreciación, no pueden adelantarse al margen de la prueba que ha servido de vehículo para introducirlos al juicio, esto es, el testimonio de la persona que los identifica y los acredita<sup>86</sup>.

**(ix) No es posible proponer en un mismo cargo, respecto de la misma prueba, errores de hecho y de derecho. Tampoco es posible proponer en un mismo cargo el falso juicio de identidad y el falso raciocinio.**

La Corte no niega que puedan coexistir errores de hecho y de derecho en una misma prueba, solamente que si el medio fue allegado con violación de sus formas propias, bastaría la constatación de ese error de derecho para repudiarlo, sin necesidad de verificar la integridad o fragmentación de la probanza en la estimación material que el juez hizo de sus contenidos, en busca de presuntos errores de hecho, amén de que adicionalmente debería demostrarse la trascendencia del yerro. Por otra parte, si existiera temor de que no prosperara el cargo por el error de derecho, bien podría plantearse el error de hecho como reproche adicional, pero en forma separada y subsidiaria<sup>87</sup>.

Tampoco es posible invocar simultáneamente el falso juicio de identidad y el falso raciocinio respecto de la misma prueba, so pena de violar el principio lógico de no contradicción, porque, no obstante que ambos fenómenos hunden sus raíces en el denominador común del error de hecho, los dos obedecen a momentos distintos en la apreciación del medio probatorio, como que el primero tiene que ver con la mera invocación en su materialidad, mientras que el segundo

---

<sup>86</sup> Cas. 28935 (01-07-09).

<sup>87</sup> Cas. 14451 (12-12-01)

avanza hacia una construcción racional y la obtención de un significado de esos contenidos materiales, en procura de la verdad, de modo tal que el segundo paso sólo puede darse en la seguridad de que es íntegra la prueba que se valora<sup>88</sup>.

**(x) La apreciación en conjunto de la prueba es inimpugnabile en casación, a menos que los medios probatorios sean reprochados en forma separada en cargos distintos.**

En principio y por regla general no puede plantearse en una demanda de casación un ataque encaminado a extrañar la apreciación en conjunto de la prueba; ni por las vías del error de derecho, ni de hecho.

Somos de la opinión que aunque el artículo 380 de la ley 906 de 2004 dispone que "Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto", en el evento en que el planteamiento del recurrente apunte a acusar la no valoración de una, algunas o todas las probanzas y su articulación entre ellas, el yerro no sería de derecho sino de hecho, y en este evento, por cada medio probatorio extrañado debe plantearse un cargo autónomo, dedicando en él un acápite a la articulación y convergencia del medio extrañado con las demás probanzas.

Pensamos en que la única forma en que al casacionista se le abre la posibilidad de plantear un error de derecho acusando que el juez ha desarrollado la tarea evaluativa de las distintas probanzas al margen del análisis de conjunto pedido en el artículo el artículo 380 de la ley 906 de 2004, es en el evento en que el fallador se haya referido así sea en forma mínima a cada una de las pruebas, pues de esta forma le cerraría al impugnante la posibilidad de plantear un falso juicio de existencia por omisión. En este caso, por cierto excepcional, debe dejarse bien en claro que lo acusado <<no es que el juez omitió apreciar una, alguna o todas las probanzas>> o que <<no le dio la suficiente importancia a una o alguna de ellas >>, sino que <<la apreciación de los medios de prueba fue una tarea aislada sin buscar sus puntos de enlace o de coincidencia>>. Ahora bien, no debe ser admisible la predica del error cuando bajo el pretexto de su demostración, lo que se persigue es la sustitución del examen de conjunto realizado por el sentenciador por el que proponga el recurrente.

La Sala De Casación Civil De La Corte Suprema De Justicia ha admitido el error de derecho por la violación de la apreciación conjunta de las pruebas en los siguientes términos: *"Además, es imperativo, por lo arriba expuesto, que la indicación de tal yerro de derecho, a pesar de*

---

<sup>88</sup> Cas. 14451 (12-12-01)



*referirse a falta de apreciación global, debe ir acompañada de la determinación o singularización (como lo exigen los artículos 368, num.1, y 374, num.3, C. de P. C.) de todas y cada una de las pruebas, que a juicio del recurrente no fueron objeto de apreciación conjunta; indicación ésta que, por lo demás, debe ser completa en el sentido que abarque la apreciación en conjunto de todo (y no de una parte o grupo) el acervo probatorio que sostiene el fallo, la que debe ir acompañada de su comprobación con la indicación de los pasajes donde quede demostrada completamente la falta absoluta de la mencionada integración y estimativa global, pues no apareciendo de esta manera, se mantiene la presunción de acierto en esta materia, que, por lo tanto, deja invulnerable el fallo por ese motivo<sup>89</sup>.*

## **2.4.- Error de derecho**

El numeral 3° del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal se ocupa del error de derecho como motivo de casación en los siguientes términos: "El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción (...) de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia"; causal que desarrolla el principio y garantía de legalidad de la prueba fundado en el artículo 29 de la Constitución Política, que estatuye: "*es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*"

A efectos de obtener una visión contextualizada de la forma como se puede estructurar el error de derecho, es necesario abordar el tema concerniente a la <<regla general de exclusión probatoria>>, en relación con el significado de los términos: <<prueba ilícita>> y <<prueba ilegal>>.

### **Regla general de exclusión probatoria**

El artículo 29 de la Constitución Política, rector del debido proceso, en la parte final contiene la regla general de exclusión probatoria, donde determina que toda prueba obtenida con violación a este principio es nula de pleno derecho. Debe aclararse que lo nulo es <<la prueba>> y no el proceso; por consiguiente, la regla general nos indica que la sanción de la prueba nula es su exclusión, lo que equivale a decir que el juez no puede tenerla en cuenta para fundamentar ninguna decisión.

Ahora bien, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones ha explicado<sup>90</sup> que la exclusión opera de

<sup>89</sup> Cas. Civil. Sentencia 103 de 16 de mayo de 1991.

<sup>90</sup> Cas. 29416 (23-04-08); 18103 (02-03-05)

diversas maneras y genera consecuencias distintas, según obedezca a si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal.

### **Prueba ilícita.-**

Se entiende por prueba ilícita, la obtenida: a) con desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, tales como: i) dignidad humana, ii) debido proceso, iii) intimidad, iv) no autoincriminación, v) solidaridad íntima y; b) la sometida para su producción, práctica o aducción a torturas, tratos cueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie del medio de convicción así logrado<sup>91</sup>. Esta clase de prueba sin otra consideración, de manera forzosa debe ser excluida y no podrá hacer parte de los elementos de persuasión sometidos al escrutinio racional del juez en la adopción de la decisión del asunto bajo su discernimiento, actividad primaria de verificación de la validez, donde el operador de justicia no puede anteponer su discrecionalidad, so pretexto de la prevalencia de los intereses sociales<sup>92</sup>.

### **Prueba ilegal.-**

Se entiende por prueba ilegal o irregular, la generada, cuando en su producción, práctica o aducción en los actos de investigación se desconocen los presupuestos legales esenciales, pero a diferencia de la anterior, sólo debe ser excluida como lo indica el artículo 29 superior, cuando el juez determine, que el requisito pretermitido le es fundamental, carencia que trasciende hasta soslayar el debido proceso, pues la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales por sí solas, no facultan la supresión del medio de prueba<sup>93</sup>.

### **El error de derecho propiamente dicho.-**

Justamente, el error de derecho no es otra cosa que la equivocación del juez en los juicios de valor en los puntos antes enunciados, bien sea aceptando el medio probatorio no obstante haber sido aportado al juicio, o practicado o presentado en éste, con violación de las garantías fundamentales, o aceptándolo porque erradamente considera que el medio probatorio cumplió las formalidades legales para su aducción o

---

<sup>91</sup> Cas. 24102 (23-04-08); 21529 (7-09-06)

<sup>92</sup> Cfr. Cas. 26836 (01-07-09)

<sup>93</sup> Sentencia de casación de 2 de marzo de 2005, radicación No. 18103.

práctica, o bien sea rechazándolo porque a pesar de haber sido objetivamente cumplidas éstas formalidades, considera que no las reúne<sup>94</sup>.

Debe tenerse presente como regla general, y ya tuvimos oportunidad de expresarlo, que el error de derecho no es un vicio *in procedendo* sino *in iudicadum*, ya que la irregularidad no tiene incidencia en los actos procesales, sino que el efecto es que torna inapreciable el elemento de convicción, y a consecuencia de ello, debe omitirse del análisis; empero, es de tenerse en cuenta también, que ésta, como toda regla, presenta una excepción y es en el evento en que el medio probatorio haya sido obtenido mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, caso en el cual se infecta íntegro el proceso que indefectiblemente habrá de declararse nulo<sup>95</sup>.

Tenemos entonces que el error de derecho se presenta de dos formas, a saber: (i) El falso juicio de legalidad y (ii) El falso juicio de convicción.

### **El falso juicio de legalidad.**

Como se ha explicado, el juicio de legalidad se relaciona con el proceso de formación de la prueba, con las normas que regulan la manera legítima de producir e incorporar la prueba al proceso, con el principio de legalidad en materia probatoria y la observancia de los presupuestos y las formalidades exigidas para cada medio, de suerte que el dilate se cristaliza de dos formas: a.- Cuando el fallador valora o aprecia un medio de prueba que desconoce alguna de esas ritualidades o b.- Cuando el fallador califica de ilegal un medio de prueba que sí ha cumplido esas ritualidades y por tanto es válida<sup>96</sup>.

### **El falso juicio de convicción.**

El juicio de convicción consiste en una actividad de pensamiento a través de la cual se reconoce el valor que la ley asigna a determinadas pruebas, presupone la existencia de una "tarifa legal" en la cual por

---

<sup>94</sup> Cfr. Cas. 26276 (29-08-07)

<sup>95</sup> «Además, si la prueba se logra mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, se genera la nulidad de la actuación procesal y se impone el desplazamiento de los funcionarios judiciales que hubieren conocido de las mismas, como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005. (...) En el caso bajo examen puede señalarse que como la censura pregona la ilicitud de la prueba incriminante base de la sentencia condenatoria por haberse obtenido mediante tortura, se impondría, de ser cierto que ello fue así, la nulidad del proceso no obstante que el casacionista no demandó la imposición de ese remedio, puesto que sobre bases tan viciadas su estructura no podría sostenerse». Cas. 24102 (23-04-08).

<sup>96</sup> Cas. 30129 (16-09-08)

voluntad de la ley corresponde a las pruebas un valor demostrativo predeterminado o de persuasión único que no puede ser alterado por el intérprete; en consecuencia, se incurrirá en error por falso juicio de convicción cuando se niega a la prueba ese valor que la ley le atribuye, o se le hace corresponder uno distinto. Sin embargo, al desaparecer la tarifa probatoria en materia procesal penal, sustituida por el sistema de la sana crítica previsto en los artículos 238,257, 277, 282 y 287 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), en principio, no es posible para los jueces incurrir en errores de derecho por falso juicio de convicción, porque la legislación penal en materia de pruebas no somete, por regla general, su raciocinio a evaluaciones dependientes de una tarifa legal probatoria<sup>97</sup>.

#### **2.4.1.- Técnica para acusar error de derecho.**

Cuando se pretende postular un error de la naturaleza aludida, según lo tiene precisado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, el demandante debe, aparte de identificar la prueba sobre la cual recae el reproche, citar las normas procesales, también llamadas *medio*, que regulan su formación, así como fundamentar la trascendencia del error<sup>98</sup>.

Dicho en otras palabras: Para la postulación de este tipo de error es necesario indicar el precepto procesal omitido y que establece la ritualidad indispensable para el decreto, práctica, aducción o formación de la prueba<sup>99</sup>, y de ahí se debe trascender hasta conectar aquella falencia, de causa a efecto, o de medio a fin, con la vulneración de una norma de contenido sustancial, pues es precisamente la violación de la ley sustancial la que constituye causal de casación.

#### **Pasos para alegar el error de derecho.**

##### **(i) Identificar la prueba sobre la cual recae el reproche.**

Por ejemplo, se pretende alegar un error de derecho porque la sentencia apuntala la responsabilidad del procesado en una diligencia de reconocimiento en fila de personas que ha sido celebrada en forma indebida. Al punto de la identificación de la prueba tenemos que no es otra que <<La diligencia de reconocimiento en fila de personas>>

---

<sup>97</sup> Cas. 30129 (16-09-08)

<sup>98</sup> Cas. 28697 (29-02-08)

<sup>99</sup> Cas. 29493 (30-06-08)

**(ii) Citar las normas procesales, también llamadas *medio*, que regulan la formación de la prueba.**

Las diligencias de reconocimiento, fotográfico y en fila de personas, como unos de los métodos legalmente establecidos para identificar los autores o partícipes de una conducta materia de investigación por la Fiscalía en los casos en que no se tiene certeza de quién o quiénes son exactamente esos imputados, aparecen reguladas en los artículos 252 y 253 de la ley 906 de 2004 y justamente estas son las *normas medio* que hay que citar como transgredidas si se acusa un error de derecho por esta eventualidad.

**(iii) Fundamentar la trascendencia del error.**

En punto a este último presupuesto, le corresponde al censor, solicitar, antes que la absolución, la aplicación de la regla de exclusión<sup>100</sup> sobre el elemento material de prueba en que finca el ataque y enseñarle a la Corte, qué sucede con los restantes medios de prueba y si son suficientes para mantener la condena<sup>101</sup>.

Debemos tener presente también al punto de la trascendencia del error, que las normas que regulan la formación de la prueba no son normas sustanciales pues únicamente lo son, los preceptos que indistintamente de la codificación en la que se encuentren insertos, estatuyen una consecuencia jurídica absoluta, con un fin en sí mismos y no como medio de otros<sup>102</sup>. La anterior aclaración resulta de gran importancia pues recuérdese que estamos en el campo de la violación indirecta de la ley sustancial y al no ser de tipo sustancial las normas

<sup>100</sup> El Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004), establece la cláusula de exclusión en los siguientes apartes normativos: "Art. 23.- *Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.*

*Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia.*

*Art. Las partes, y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, el rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este Código resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.*

*Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, el acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan con ello.*

*Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios.*

*Art. 360.- El juez excluirá la práctica o aducción o medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este Código."*

<sup>101</sup> Cfr. Cas. 29628 (22-10-08)

<sup>102</sup> Auto de 24 de octubre de 2007, radicación N° 21815.

que regulan la formación de la prueba, el desarrollo del cargo no se agota con el señalamiento de la norma medio violada, sino que es menester señalar la norma sustancial transgredida por culpa de la violación de la norma medio que regula la producción de la prueba.-

«Violación indirecta» significa no otra cosa que infracción de la ley sustancial «a través de la prueba», y si se elige el error de derecho como senda para transitar la impugnación, el actor en casación está obligado a demostrar que la prueba falló en su aducción (falso juicio de legalidad), o en su valoración (falso juicio de convicción), imponiéndose entonces, e indefectiblemente, una crítica a los elementos de juicio, en cotejo con la norma correspondiente que discipline la legalidad o el valor de cada uno de ellos, según el caso; todo esto para establecer que, por este tópico probatorio, «se ha infringido el derecho»<sup>103</sup>

Por consiguiente, luego de haber identificado la prueba y citado las normas medio transgredidas, en el ejemplo que nos ocupa se debe indicar que por culpa de la transgresión de las normas medio (Artículos 252 y 253 de la ley 906 de 2004), hubo una violación fin; es decir, se produjo una falta de aplicación de la debida norma correspondiente a los hechos. Por ejemplo, a un sujeto se la ha imputado el tipo de homicidio debiendo absolversele porque no existen otras pruebas que lo vinculen a los hechos imputados.

### **Algunos ejemplos de error de derecho por falso juicio de legalidad.-**

1. Con respecto a irregularidades dadas sobre los procedimientos de la cadena de custodia, los que de contera incidirán en la ausencia de legalidad de las evidencias físicas soportes de indicios materiales. - tal anomalía se debe impugnar en sede casacional por falso juicio de legalidad. Ver. Cas 29416 (23-04-08)

2. Con respecto a irregularidades cometidas por la policía judicial por recibirle versión al indiciado sin advertirle sobre su derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse o sin la presencia de un abogado. - tal anomalía se debe impugnar en sede casacional por falso juicio de legalidad y no por error *in procedendo*. Ver. Cas 31073 (01-07-09)

3.- Con respecto a la interceptación de llamadas telefónicas y similares, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sentado el precedente según el cual <<...la prueba sólo es ilícita cuando, sin orden de autoridad competente, se interceptan las comunicaciones

---

<sup>103</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de agosto de 1989. M. P: Guillermo Duque Ruiz.

postales, telefónicas, etc, de personas distintas a las que intervienen en la comunicación, esto es, al remitente y al destinatario. >>

Dijo el Alto Tribunal: *"De cualquier forma, ninguno de los supuestos que sirven de sustento a la censura, resulta válido. La Corte tiene dicho que las grabaciones magnetofónicas realizadas por quien está siendo víctima de una conducta punible a través de llamadas telefónicas a su abonado, no requieren de autorización judicial previa para su validez, y eficacia probatoria, puesto que siendo destinatario de la llamada, está facultado para grabarla y difundirla, en virtud del principio de autonomía individual, sin que con ello se afecte la órbita de la intimidad ajena, ni el orden jurídico. Lo prohibido, como acertadamente lo sostiene el Procurador Delegado en su concepto, es la grabación en la modalidad de interceptación de terceros, pues se entiende que el interés protegido en lo material es la injerencia indebida de una persona en la comunicación de otra, de la cual no hace parte. Por tanto, si un tercero se inmiscuye en una conversación ajena, y la graba, la prueba así obtenida será ilícita, pero si la grabación es realizada por quien participa en ella, no habrá motivos para afirmar su ilicitud, menos aún, si está siendo víctima de un delito (Cfr. Casación marzo 16/88, Magistrado Ponente Dr. Lisandro Martínez Zúñiga; Unica, Sentencia de octubre 22/96, Magistrado Ponente Dr. Fernando Arboleda Ripoll; Casación de Nov.15/00, Magistrado Ponente Dr. Jorge E. Córdoba Poveda, entre otras)<sup>104</sup>.*

### **Técnica especial para acusar error de derecho por falso juicio de convicción**

Cuando lo que se acusa en la demanda de casación es un error de derecho por falso juicio de convicción, aunque tal como se ha dicho, solo excepcionalmente se presenta este tipo de error por cuanto en nuestro sistema ya no aplica la tarifa probatoria, sino la valoración de la prueba a través de los postulados de la sana crítica, es preciso tener en cuenta el siguiente derrotero:

**(i) Es imperativo señalar cual valor asignó la ley a la prueba.**

**(ii) Es necesario indicar de qué forma el sentenciador, desconoció dicha tarifa al punto de incurrir en la violación acusada.**

**(iii) Fundamentar la trascendencia del error.**

---

<sup>104</sup> Cas. 15119 (15-08-01)

Al punto de la trascendencia del error es útil precisar, que demostrado el flagrante e irremediable desconocimiento de la forma como la ley prescribe que se debe valorar determinada prueba, es deber subsiguiente del actor ilustrar cómo por haberse valorado en forma distinta a la prescrita por la ley, el fallador tomó una decisión contraria a derecho, en la medida en que ésta no encuentre asidero o respaldo válido en los demás medios de conocimiento legal, regular y oportunamente aportados en la actuación<sup>105</sup>.

#### **Algunos ejemplos de error de derecho por falso juicio de convicción.**

**1.-** El artículo 381 de la ley 906 de 2004 consagró una tarifa legal negativa en lo que hace relación a la prueba de referencia pues las particularidades de esta especie de prueba y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que *"la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia"*, consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción<sup>106</sup>.

**2.-** En el último párrafo del artículo 347 de la ley 906 de 2004 se consagró una tarifa legal negativa en lo que hace relación a las exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio. Dice el mencionado artículo que <<la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes>>. No obstante, sobre este punto, en Cas 31001 (21-10-09) dijo la Corte *"...se trata de una prohibición hecha por el legislador bajo el supuesto de que sobre ellas no hayan ejecutado las partes el derecho de contrainterrogar. Pero si lo han ejercido, las manifestaciones anteriores utilizadas para la impugnación de credibilidad se integran al testimonio junto con las explicaciones aducidas por el declarante en torno a las razones de su contradicción. Así quedan satisfechos, respecto al contenido de la exposición anterior, los principios de inmediación, publicidad y contradicción, pudiendo en tales condiciones valorar el Juez la integridad de lo dicho"*. Cfr. 25738 (09-11-06) y Cas. 29861 (17-09-08).

**3.-** Con respecto al silencio que suelen guardar los familiares con respecto a hechos delictivos cometidos por sus parientes, este no puede ser tomado como hecho indicante para elaborar un indicio de cargo en contra de esos familiares pues de esta forma se viola el artículo 33 de la Constitución Nacional según el cual *"Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad,*

<sup>105</sup> Cas. 21257 (30-01-08)

<sup>106</sup> Cfr. Cas. 24323 (24-11-05)



*segundo de afinidad o primero civil". Tal error se dio en un proceso en el que fue incautada una droga en una casa de habitación; diligencia de incautación que fue atendida por la compañera del dueño del alucinógeno y a quien se le endilgó responsabilidad en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, previsto en el artículo 376 del Código Penal. Dijo la Sala De Casación Penal al absolver a la sentenciada lo siguiente: "Si se acepta que los ciudadanos no están obligados a declarar en contra de sus parientes, su silencio frente a las actividades ilícitas de éstos no puede tenerse como un hecho indicador de su propia responsabilidad, porque ello vaciaría de contenido el derecho consagrado en el artículo 33 constitucional, según se indicó en el numeral 1.7. Desde esta perspectiva, el Tribunal incurrió en un error de derecho por falso juicio de convicción, toda vez que valoró en contra de la procesada el ejercicio del derecho a guardar silencio sobre las actividades ilícitas de su compañero sentimental<sup>107</sup>".*

## **2.5.- Errores de hecho**

### **3.4.- El falso juicio de existencia.**

En forma puntual diremos, que el falso juicio de existencia se estructura cuando el juzgador se equivoca al contemplar materialmente el medio de conocimiento; porque deja de apreciar una prueba, elemento material o evidencia, pese a haber sido válidamente presentada o practicada en el juicio oral, o porque la supone practicada en éste sin haberlo realmente sido y sin embargo le confiere mérito<sup>108</sup>.

Este tipo de error, al igual que todos los demás de su especie, es detectable al estudiar la parte motiva de la decisión ya que la Ley 906 de 2004 señala que una sentencia debe cumplir, dentro de los requisitos comunes establecidos para las providencias judiciales, con la "*Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica*" y con la "*indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral*".

Lo cierto es que para que el principio de motivación de la sentencia goce de cumplimiento desarrollo, la parte motiva de las providencias no solo debe contener el silogismo que llevó al juez a aplicar una determinada norma a un determinado hecho; es decir, la fundamentación <<fáctica>> y <<jurídica>>, sino que también, debe contener la fundamentación <<probatoria>>; es decir, la comprobación del porque se estructura lo factico, pues tal como

---

<sup>107</sup> Cas. 44599 (08-03-17)

<sup>108</sup> Cfr. Cas. 26276 (29-08-07)

afirma Luzón Cuesta<sup>109</sup>: *"No basta que exista actividad probatoria, sino que, además, es necesario que la sentencia exponga cual es la prueba que ha llevado a la declaración de los hechos probados"*

Sobre el tema, resulta paradigmático el siguiente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: *"La sentencia implica un juicio sobre los hechos y sobre el derecho. Pero la fijación de los hechos implica una tarea que está más allá de su consideración histórica dada la circunstancia de que a ellos se llega a través de los medios de prueba y que sobre éstos han de hacerse juicios de apreciación o valoración jurídicos (guiados por normas de experiencia, ciencia o lógica, o reglas que les asignan o niegan un determinado valor) o juicios de legalidad o validez. La fundamentación apunta precisamente a que el documento en que se recoge el acto de jurisdicción, o sea la sentencia, comprenda ambas clases de juicios de modo que de la manera más explícita posible sea asertiva, afirmativa y que no hipotética. De ahí que cuando la sentencia no es expresa o terminante, o se manifiesta de manera ambigua o contradictoria, o se estructura de manera simplemente enunciativa con referencia a los actos de prueba y prescindiendo del *thema probandi*, se constituye en acto procesal defectuoso"*<sup>110</sup>.

Ahora bien, un defecto de la sentencia más grave que el anteriormente señalado se presenta, cuando la sentencia aun siendo explícita, contiene una motivación sofística, aparente o falsa ya que el fundamento probatorio de la decisión no consulta la realidad probatoria que exhibe el proceso<sup>111</sup>; como por ejemplo, cuando contiene un error de hecho por falso juicio de existencia.

El falso juicio de existencia al igual que cualquier otro tipo de error de hecho, afecta la veracidad de la sentencia, y cuando este error es trascendente afecta también su legalidad.- Una sentencia no es veraz cuando se sostiene en una motivación sofística, aparente o falsa<sup>112</sup> y en estos casos, la vía de ataque en casación es el error de hecho<sup>113</sup>. Este punto no solo tiene importancia académica sino también práctica pues gracias a este enlace, se le demuestra a la Sala de Casación Penal que por culpa del error de hecho cometido, se ha vulnerado un principio garantía como lo es el de motivación de las decisiones judiciales.-

## **El falso juicio de existencia por omisión**

---

<sup>109</sup> Citado por: Rodríguez Ch. Orlando en: Casación y revisión penal. Evolución y garantismo. Ed. Temis. Pág. 314

<sup>110</sup> Cas. 11279 (25-03-99)

<sup>111</sup> Cas. 26818 [19-02-09]

<sup>112</sup> Cfr. Cas. 26818 [19-02-09]

<sup>113</sup> Cfr. Cas. 17738 [31-03-04]; 23495 [09-11-06]

El falso juicio de existencia por omisión también conocido como << falta de apreciación de la prueba>> se presenta cuando el fallador ignora, desconoce u omite el reconocimiento de la presencia de una prueba, elemento material o evidencia procesalmente válida.

## **El falso juicio de existencia por suposición**

El falso juicio de existencia por suposición también conocido como << falsa apreciación de la prueba>> se presenta cuando el fallador supone o imagina un hecho porque cree que la prueba, elemento material o evidencia obra en el proceso, es decir, cuando reconoce un hecho carente de demostración.

### **3.1.- Técnica para acusar el falso juicio de existencia por omisión de ponderar prueba, elemento material o evidencia física válidamente presentada o practicada en la audiencia de juicio oral.**

Necesario es puntualizar como primera medida que en virtud del principio de selección probatoria, el juzgador no está obligado a examinar todas y cada una de las pruebas incorporadas al proceso, ni de todos y cada uno de sus extremos asertivos, porque la decisión se haría interminable, sino de aquellos que considere importantes para la decisión a tomar, de suerte que sólo existirá error de hecho por omisión o mutilación de prueba, cuando aparezca claro que el medio, o un fragmento del mismo, fue realmente ignorado, siendo probatoriamente relevante<sup>114</sup>.

En este orden, el falso juicio de existencia por omisión se estructura cuando la sentencia omite ponderar prueba, elemento material o evidencia física válidamente presentada o practicada en la audiencia de juicio oral. Pero lo que importa, para que la falta prospere en el sentido reclamado, no es que el juez hubiese olvidado citar, por su nombre, cada uno de los elementos de juicio<sup>115</sup>. Lo que interesa, y estructura el yerro, es el desconocimiento del tema, del objeto, del tópico que demostraba ese instrumento. La omisión, entonces, no la constituye la falta de mención del medio probatorio, sino de aquello que la prueba demostraría, esto, es, el absoluto desconocimiento de su contenido.<sup>116</sup> Tampoco se estructura esta especie de yerro cuando el elemento probatorio que se extraña fue valorado en el fallo de primera instancia, en la medida en que la decisión de segundo grado sea

---

<sup>114</sup> Cas. 24965 (08-11-07)

<sup>115</sup> «Si se repasa con atención el texto de los fallos, se advertirá que, en efecto, los aludidos elementos probatorios no fueron citados de manera expresa. Pero esa aparente falta de invocación no configura yerro apreciativo alguno, dado que lo determinante en el falso juicio de existencia por omisión no es que se deje de mencionar nominalmente la prueba, sino que el hecho que revela no sea aprehendido en el ejercicio epistemológico del funcionario judicial». Cas. 15298 (24-10-02).

<sup>116</sup> Cas 21515 (21-01-09)

confirmatoria en ese sentido, pues se entiende que las dos providencias se han integrado en una unidad jurídica imposible de escindir<sup>117</sup>.

Al punto de la transcendencia del error ha dicho la Corte: *"Bien se sabe que cuando el ataque se hace por la causal primera, concretamente, por violación indirecta de la ley sustancial debido a un error de hecho en la modalidad de falso juicio de existencia por omisión, es menester que el censor exponga cómo de no haber sido omitidas las pruebas que reputa ignoradas en la sentencia, otro hubiera sido el sentido de ésta, lo que se logra poner de presente únicamente confrontando los medios echados de menos con los que tuvo en cuenta el juzgador para proferir el fallo controvertido, ejercicio a través del cual puede la Corte descubrir la real transcendencia del error -en caso de haber existido realmente éste- y por ende si la sentencia es o no legal<sup>118</sup>".*

Pues bien, cuando la censura se orienta por el falso juicio de existencia por omisión de ponderar prueba, elemento material o evidencia que material y válidamente obra en la actuación (falta de apreciación de la prueba), es deber del casacionista:

(i) Señalar la existencia material del medio de prueba de que se trate, sean estos individuales o plurales. Es recomendable concretar la parte pertinente de la audiencia pública en que se presentó la evidencia o el elemento material o se practicó la prueba.

(ii) Señalar lo que objetivamente muestran en su totalidad las pruebas omitidas. Es preciso indicar que no es posible plantear un falso juicio de existencia por omisión parcial. Sobre dicha temática la Sala ha sentado el criterio según el cual *"cuando el ataque se dirige hacia el desconocimiento de un segmento del contenido material de un medio de convicción, es el falso juicio de identidad el que se debe plantear, dado que con esa actitud el Funcionario Judicial tergiversa su contenido real y material, como quiera que no omita analizar la totalidad del medio de prueba legalmente producido<sup>119</sup>".*

(iii) Indicar cuál es el mérito que le corresponde a esta prueba siguiendo los postulados de la sana crítica.

(iv) Señalar la articulación y convergencia de la prueba omitida con los otros medios de prueba.

---

<sup>117</sup> Cf., entre otras, Cas. 14749 (25-02-04)

<sup>118</sup> Cas. 15310 (26-07-00)

<sup>119</sup>

Cas. 13219 (03-10-01)

(v) Probar por qué el error es trascendente y por tanto, su corrección hará modificar la parte resolutive de la sentencia del *Ad quem*.

(vi) Indicar cuales son las normas violadas por causa de error cometido.

### **3.1.- Técnica para acusar el falso juicio de existencia por suposición**

Un dislate frecuente en sede casacional ocurre cuando el censor cree y considera, contrario a los juzgadores de instancia, que no hay pruebas para condenar, y bajo el socaire de esta personal apreciación se aventura a plantear un falso juicio de existencia por suposición, argumentando que el juez ha supuesto las pruebas. Un cargo así planteado indefectiblemente estará condenado al fracaso pues para plantear un yerro de esta naturaleza se exige al censor *"señalar en el contenido genuino de la sentencia demandada cuál fue el elemento probatorio que sin haber sido incorporado a la actuación penal de manera legal, regular y oportuna, fue creado, ideado, inventado por el juzgador con el fin de declarar la existencia de un hecho que no informa el proceso"*<sup>120</sup>. En otras palabras, debe señalarse con exactitud: "cuál fue la prueba ideada o supuesta"; es decir, debe demostrarse que los referidos elementos probatorios no tienen existencia material dentro de la actuación y que su cita es una invención de los sentenciadores.

Hecha la anterior aclaración, digamos pues, que cuando la censura se orienta por el falso juicio de existencia por suposición de prueba (falsa apreciación de la prueba), compete al casacionista:

(i) Demostrar, mediante la indicación correspondiente del fallo donde se alude a dicho medio,

(ii) Demostrar que este medio materialmente no fue practicado, presentado o controvertido en el juicio,

(iii) Demostrar, mediante la confrontación con el contenido material de los demás elementos de convicción analizados, la trascendencia que tuvo el yerro para efectos de la decisión que se adoptó en la sentencia impugnada<sup>121</sup>.

### **Algunos casos en relación con el falso juicio de existencia por suposición**

---

<sup>120</sup> Auto. 31200 (14-04-09)

<sup>121</sup> Cas. 11451 (26-06-02)

**1.-** No es dable acusar este tipo de error, en aquellos casos en que el sentenciador haya establecido si determinado comportamiento humano fue ejercido con exceso de los parámetros legales correspondientes a la causal de exclusión de responsabilidad de la legítima defensa, puesto que esta inferencia no está condicionada a la existencia de prueba específica que así la señale, sino que, como lo tiene sentado la Corte: *"El concepto básico del exceso en la legítima defensa, cuando surge de la desproporción entre la agresión y la reacción, precisa en todo caso de una valoración que por naturaleza es esencialmente subjetiva e implica un juicio ex ante, tomando en consideración, entre otros aspectos, el conjunto de circunstancias concretas en que se manifiesta la reacción; la identidad del propósito asumido, es decir, que el agente obre con la finalidad de defenderse; los medios escogidos y utilizados para repeler o hacer cesar la agresión; y la imagen o idea que de los hechos se formó el agredido ante la presión psicológica del temor, en forma tal que la decisión tomada se ajuste en lo posible a la situación vivida por los protagonistas"*<sup>122</sup>.

**2.-** No es dable acusar este tipo de error ni defectos en la motivación, cuando el juez, al referirse a la punibilidad no haga referencia a criterios verificables o refutables (pruebas) sino a juicios sobre la gravedad o levedad de lo que a esa altura del fallo ya se había concluido que era la verdad fáctica y jurídica de la conducta imputada. Al punto ha dicho la Corte: "(...) el demandante desconoció que, una vez establecidos los límites mínimo y máximo en los que habrá de individualizarse la sanción, la determinación judicial de la pena obedece a una función eminentemente valorativa por parte del juez y, en consecuencia, su argumentación en este sentido no puede depender del llamado tema de prueba, ni del señalamiento de los elementos de convicción o de las piezas procesales con los que se ha encontrado al procesado responsable del delito que se le endilga.

(...) cuando el juez tiene que fundamentar de manera explícita los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena (tal como ahora lo prescribe el artículo 59 de la ley 599 de 2000), no realiza juicios de índole fáctica, sino que en un principio establece los límites punitivos que el principio de legalidad de la pena le impone y, a partir de ahí, dispone de lo que en la teoría del garantismo penal se denomina poder judicial de connotación con miras a individualizar la pena que corresponda, en atención a la valoración que efectúe de los hechos que ya consideró demostrados cuando apreció la prueba que condujo a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del procesado<sup>123</sup>.

La aludida sentencia cita a Luigi Ferrajoli cuando expresa: "Una vez aceptada conforme a ciertas interpretaciones y pruebas la verdad jurídica y fáctica de una imputación dada, ¿cuáles son los criterios

<sup>122</sup> Sentencia de casación del 12 de diciembre de 2002, radicación 18.983.

<sup>123</sup> Cas. 21731 (20-02-08)

pragmáticos a los que el juez debe atenerse en la decisión sobre la [...] la cantidad [...] de la pena? [...] A diferencia de la denotación, que permite una comprobación empírica apta para fundar decisiones sobre la verdad o sobre la falsedad, la connotación requiere sin embargo, inevitablemente, juicios de valor: en cuanto basados en referencias empíricas, en efecto, los juicios de 'gravedad' o 'levedad' de un hecho suponen siempre, como se dijo, valoraciones subjetivas no verificables ni refutables. Es claro que los criterios de valoración que presiden la connotación y la comprensión son innumerables y variados. El art. 133 del código penal italiano, por ejemplo, indica una larga serie de éstos: la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y cualquier otra modalidad de la acción, la gravedad del daño o del peligro ocasionado, la intensidad del dolo o el grado de la culpa, los motivos para delinquir, el carácter del reo, sus antecedentes personales, sus modelos de vida, sus condiciones individuales, familiares y sociales. Se trata de indicaciones sin duda útiles para orientar al juez sobre los elementos a tener en consideración. Estos criterios, aunque numerosos y detallados, no son sin embargo exhaustivos: por su naturaleza la connotación escapa en efecto a una completa predeterminación legal. Y sobre todo, a causa de su inevitable carácter genérico y valorativo, carecen de condiciones para vincular al juez, al que sin embargo se remiten siempre los juicios de valor sugeridos por aquéllos"<sup>124</sup>

### **3.5.- El falso juicio de identidad.**

Se presenta falso juicio de identidad cuando el juez tergiversa, distorsiona, desdibuja o desfigura el hecho que revela la prueba, con lo cual se da a esta un alcance objetivo que no tiene, ya porque se le quita una parte al hecho, ya porque se le agrega algo o ya, finalmente, porque se lo sectoriza, parcela o divide.

Se trata de un error de carácter objetivo contemplativo. Esto significa que no deriva de procesos valorativos, sino meramente perceptivos, y que su acreditación impone establecer simplemente que entre el contenido objetivo de la prueba y la lectura que el juzgador hizo de su texto, no existe correspondencia.

Lo cierto es que el planteamiento de un falso juicio de identidad no puede enmascarar el propósito de hacer imperar la particular valoración de la prueba que haga el censor para intentar anteponerla a la efectuada por el juez, ya que, como lo dijo la Corte: *"si los errores que se atribuyen al juzgador son producto de operaciones inferenciales deductivas, inductivas, abductivas o analógicas realizadas en el ejercicio del análisis probatorio, es decir, de procesos en los que interviene la razón, el desacierto ya no será de identidad, sino de*

---

<sup>124</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 404-405.

*raciocinio, y la metodología de su demostración deberá ajustarse a parámetros distintos*<sup>125</sup>.

Así mismo, es de destacar que la Corte, en sede de casación, ha reprochado la argumentación de ciertos casacionistas diciendo que no les es válido plantear incertidumbres a partir de juegos de sintaxis o de lenguaje, ni tampoco aprovecharse de las limitaciones que en la narración de sucesos complejos efectúe una persona, cuando del contexto de su dicho pueda extraerse lo que quiso decir<sup>126</sup>.

El falso juicio de identidad presenta tres sub especies, saber:

### **(i) Falso juicio de identidad por supresión.**

El sentenciador, al fijar el contenido de determinado medio de prueba legal, regular y oportunamente allegado a la actuación, le resta o mutila apartes trascendentales de su texto. Se hace oportuno recalcar que en los casos de falta de apreciación de un fragmento de una prueba que fue apreciada en otros aspectos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que este fenómeno no debe acusarse bajo un falso juicio de existencia, sino de identidad, puesto que no existen falsos juicios de existencias parciales<sup>127</sup>.

No obstante, debe tenerse en cuenta, que el mismo Alto Tribunal ha sostenido que no existe falso juicio de identidad por supresión cuando se toman algunos aspectos de un testimonio y se desestiman otros, lo cual es perfectamente válido, en cuanto constituye manifestación de la facultad discrecional que le otorga la ley al juez en la apreciación de las pruebas; este punto lo ha precisado la Corte en los siguientes términos: *"... El funcionario judicial, en el análisis que hace de la prueba testimonial, puede no solo acogerla o rechazarla integralmente, sino parcialmente, atendiendo a los criterios de apreciación racional, sin que ello implique, per se, el desconocimiento de las reglas de la sana crítica, ni por ende, un error de apreciación probatoria, atacable en casación..."*<sup>128</sup>. Este criterio fue reiterado así: *"De acuerdo con el sistema de valoración probatoria consagrado en la ley, el deber del juzgador de apreciar en su totalidad el conjunto probatorio no puede oponerse a la facultad que tiene de desestimar todo aquello que no le dé certeza de lo que en el proceso se pretende probar. Por ello es completamente viable que en ese ejercicio tome solo una porción del testimonio y deseche lo demás, sin que se puedan elevar a la categoría*

---

<sup>125</sup> Cas. 29659 (29-09-08)

<sup>126</sup> Cf. sentencia de 2 de julio de 2008, radicación 23438.

<sup>127</sup> Cas. 13219 (03-10-01)

<sup>128</sup> Cfr. Sentencia de 18 de enero de 2001, radicación N° 13265.



*de errores de apreciación probatoria los juicios del sentenciador a través de los cuales establece el mérito de los elementos que sustentan el fallo, salvo que se pretenda demostrar que las conclusiones a las que llegó no son acordes a la sana crítica, único postulado al que está sometido para efectos de la apreciación probatoria*<sup>129</sup>.

## **(ii) Falso juicio de identidad por adición.**

El sentenciador, a determinado medio de prueba legal, regular y oportunamente allegado a la actuación, le agrega elementos o aspectos fácticos que no corresponden a su tenor.

## **(iii) Falso juicio de identidad por tergiversación o distorsión.**

El sentenciador, le cambia el sentido a su expresión literal<sup>130</sup> a determinado medio de prueba legal, regular y oportunamente allegado a la actuación.

### **3.1.- Técnica específica para acusar en casación el error de hecho por falso juicio de identidad.**

Para demostrar la incursión en esta clase de error de hecho y por consiguiente destronar la sentencia, se debe seguir un sendero lógico argumentativo trazado por la Corte<sup>131</sup> que consiste en:

- (i) Señalar el medio de prueba del cual se duele,
- (ii) Cotejar lo que el medio probatorio contiene con lo que de él ha dicho el sentenciador. Se advierte que "la prueba cuya contemplación se discute ha de ser apreciada en todo su contexto"<sup>132</sup>.
- (iii) Destacar, de manera objetiva, lo que de la prueba fue cercenado, adicionado o tergiversado, así como los efectos que se produjeron a partir de allí; y...
- (iv) Lo más importante, destacar cuál es la trascendencia del error en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive de la sentencia atacada, lo cual no puede ser argumentado con exposiciones subjetivas sobre la apreciación de las pruebas, sino que es menester que objetivamente se acredite la existencia del yerro y que este

<sup>129</sup> Cfr. Sentencia del 16 de noviembre de 2001, radicación Nº 14361.

<sup>130</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 02 de julio de 2008. Radicación 18402. M. P: Julio Enrique Socha Salamanca.

<sup>131</sup> Cfr. Cas. 28472 (20-02-08); 11451 (26-06-02); 23667 (11-04-07)

<sup>132</sup> Cas. 30244(17-09-08)

condujo a la falta de aplicación o a la aplicación indebida de la ley sustancial en el fallo, esto es, que corregido el error, la prueba debidamente valorada en conjunto con las demás tiene la capacidad de modificar sustancialmente el sentido de la decisión reprochada.

### **Algunos casos con relación al falso juicio de identidad.**

**1.-** En el marco de un recurso de casación, el censor acusa un falso juicio de identidad aduciendo que <<el testigo no dijo que el procesado había participado en la ejecución de unas personas>>, sino solo que <<el procesado los había señalado ante las autodefensas como simpatizantes de la guerrilla lo que determinó que el grupo ilegal les diera muerte >>. La Sala contesta aduciendo que aquí no estamos en presencia de un falso juicio de identidad por "tergiversación de los dichos del testigo", pues los falladores sustentaron la condena con base en la valoración conjunta de la prueba, de la que infirieron la pertenencia del procesado en todo el plan delictivo de la organización criminal. Dijo la Corte lo siguiente: *"Así, y si bien es cierto, que en punto a dinamizar la didáctica casacional, la doctrina y la academia usualmente recurren a ejemplificar esta clase de error de hecho con base en afirmaciones o negaciones, generalmente testimoniales, que resultarían distorsionadas al convertir aquéllas en una negativa o éstas en una afirmación, es igualmente lo cierto, que la distorsión de un determinado medio de prueba no puede quedar limitada a una respuesta descontextualizada de la integridad de lo declarado ni la universidad fáctica objeto de la exposición ni de la integridad de la prueba demostrativa de los hechos objeto de la investigación. Es que la problemática no está, ni puede así entenderse, como la confrontación literal por la confrontación literal de la prueba, ya que si bien pueden presentarse casos en que la distorsión fáctica quede así limitada, pueden existir otros en que ésta emerja de la integridad del medio probatorio"*<sup>133</sup>.

**2.-** En un caso dilucidado por la Sala de Casación Penal<sup>134</sup> referente a la conducta punible de acceso carnal con incapaz de resistir, la Corte reconoce oficiosamente un error de hecho por falso juicio de identidad y revoca la aprobación a una sentencia anticipada. En lo que concierne a la especie e error en estudio dijo el Alto Tribunal: *"Por consiguiente, el único fundamento probatorio para establecer la condición especial del sujeto pasivo del concurso radicó en el dictamen practicado el 11 de mayo de 2004, respecto del cual el funcionario transcribió, en la providencia en comento, las siguientes conclusiones: "1-. Examinada Edilma del Carmen Pérez Montaña, presenta sordomudez; la etiología y pronóstico están*

---

<sup>133</sup> Cas 14851 (08-03-01)

<sup>134</sup> Cas. 24055 (06-05-09)

*consignados en el acápite ANÁLISIS. "2-. Cito el artículo 1504 del Código Civil: 'Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito'. "3-. No tiene la capacidad para decidir sobre su propia vida; por lo tanto, es una persona incapaz de resistir, se le deben suministrar medidas de protección". Sin embargo, el juez no tuvo en cuenta lo señalado por el perito en el acápite "EXAMEN DEL ESTADO MENTAL", en el que adujo acerca de la inteligencia, capacidades y habilidades de comunicación de Edilma del Carmen Pérez Montaña lo siguiente: "Muestra una comprensión adecuada. Sus respuestas y el lenguaje que utiliza son apropiados. Se expresa con señas y gemidos. Afecto modulado, fondo depresivo. Pensamiento normal. Inteligencia dentro del promedio normal. Juicio adecuado. Raciocinio adecuado. Introspección normal. Prospección normal. Memoria normal. Sensopercepción sin alteraciones. Actividad motora normal tanto en la conación como en la ejecución". Para la Sala, es innegable que con tal postura (que no fue refutada por el Tribunal) el juzgador incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad que condujo a la aplicación indebida del artículo 210 de la ley 599 de 2000, así como a la falta de aplicación del inciso 3º del artículo 40 de la ley 600 de 2000 y del artículo 307 ibídem, por cuanto cercenó del contenido material del dictamen medicolegal en comento lo único que era jurídicamente relevante para la configuración de la calidad especial del sujeto pasivo de la conducta (esto es, que a Edilma del Carmen Pérez Montaña, a pesar de la limitación auditiva que padece, no se le diagnosticó desequilibrio o trastorno mental que le afectase la capacidad de juicio y comprensión para realizar actos propios de su edad) y, por el contrario, se adhirió a una conclusión tan inaudita como imposible de aceptar por parte del perito, extraída del hecho de que dicha persona carecía de "capacidad para comunicarse adecuadamente con otras personas por escrito".*

### **3.6.- El falso raciocinio**

El error de hecho por falso raciocinio aflora cuando el juez realiza una valoración equivocada de los hechos y plasma en la sentencia inferencias erróneas por inexacta aplicación de los principios de la ciencia, la lógica y la experiencia, los que en suma constituyen la <<sana crítica>>. No es casualidad entonces, que esta especie de yerro se estudie luego del falso juicio de existencia y del falso juicio de identidad, pues al abordarlo, se parte de la base de que la prueba existe y que no fue tergiversada ya que el yerro surge al momento de apreciarla.

A propósito de las similitudes y diferencias entre el falso juicio de identidad y el falso raciocinio podríamos decir que en ambos el desatino radica en la tergiversación del medio probatorio; de hecho, antes del año 1997 encontramos sentencias de la Sala de Casación

Penal de la Corte Suprema de Justicia en las que el error de hecho por falso juicio de identidad abarcaba no solo la alteración de la prueba por supresión, adición y distorsión, sino también por apreciarla al margen de los postulados de la ciencia, la lógica y la experiencia. Dicho en otras palabras, el falso raciocinio se encontraba fundido en el falso juicio de identidad. Véase sentencia del 10 de Febrero de 1997, Magistrado Ponente: doctor Jorge Córdoba Poveda, en la que la Sala de Casación Penal dijo: «*En nuestro sistema procesal penal, como norma general, no opera el método de la tarifa legal sino el de la sana crítica, donde el fallador goza de libertad para apreciar los elementos de convicción, **sólo limitada por las reglas de la experiencia, la ciencia, la lógica y la racionalidad. Si tales parámetros se vulneran, el ataque debe orientarse por la vía del error de hecho por falso juicio de identidad***» (He resaltado)

Empero, con el correr del tiempo la Corte sacó el error de hecho por falso raciocinio de los lares del falso juicio de identidad y le asignó sede propia. La verdad es que existe un elemento esencial que los diferencia y consiste en que la tergiversación en el falso juicio de identidad es *objetivo-contemplativa* pues el juez ha dicho de la prueba lo que la prueba no dice, mientras que en el falso raciocinio, la tergiversación es de tipo *subjetivo-valorativa* pues el fallador al analizar el mérito de un elemento de convicción lo hace vulnerando ostensiblemente las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de la experiencia. Por consiguiente, mientras en el falso juicio de identidad el dislate salta a la vista con un simple cotejo entre la prueba y lo que de ella dijo el juez, la demostración del falso raciocinio impone evidenciar que el análisis realizado por los juzgadores acerca del mérito de la prueba contradice de manera manifiesta las reglas de la sana crítica<sup>135</sup>.

### C. La sana crítica

De acuerdo con la doctrina jurídica procesal, en materia de apreciación de las pruebas, es decir, de la actividad intelectual del juzgador para determinar su valor de convicción sobre la certeza, o ausencia de ésta, de las afirmaciones de las partes en el proceso, existen tres sistemas, que son:

i) El sistema de íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos.

---

<sup>135</sup> Cas. 11130 (03-12-01)

ii) El sistema de la tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él. Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

iii) 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<sup>136</sup>.

Aunque en párrafos posteriores tendremos oportunidad de ampliar estos conceptos, diremos por lo pronto que la <<ciencia>> es el conjunto de conocimientos estructurados sistemáticamente; la <<lógica>> la constituyen los principios de la inferencia válida; y la experiencia es un conocimiento elaborado colectivamente derivado de la observación de las cosas que suceden en la vida. Por ello, la Corte dijo que el sistema de la sana crítica o persuasión racional *"no es nada distinto en la explicación de su nominación y en busca de sus contenidos y fines, que el sometimiento de las pruebas a las leyes o reglas que regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y la conductas frente a la sociedad, de acuerdo a lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma "sana", esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables, y "crítica", es decir, que con base en ellos los hechos objeto de valoración, entendidos como "criterios de verdad", sean confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos"*<sup>137</sup>.

Aunque el sistema de la <<sana crítica>> concede cierto grado de libertad al operador jurídico en la apreciación de la prueba, debe decirse que esta es una libertad sujeta a control y verificación pues ella tiene como límite el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento, es decir las leyes de la lógica, la ciencia y la

<sup>136</sup> Sentencia C 202 de 2005

<sup>137</sup> Cas. 15884 (04-09-02)

experiencia. Con toda razón el maestro Roxin expresa, que la no aplicación de las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia al momento de valorar la prueba, constituye una auténtica infracción a la ley en sentido estricto y el hecho de que no se trate de una ley positiva no implica obstáculo para esta concepción, puesto que las infracciones de ley pueden serlo también de normas jurídicas no escritas<sup>138</sup>.

#### **D. La sana crítica en la ley 906 de 2004**

El sistema de valoración probatoria dispuesto por la ley 906 de 2004 es el de la sana crítica como se deduce, *vr.gr.*, de distintos pasajes normativos como por ejemplo, el artículo 308, sobre requisitos para la medida de aseguramiento, dice que ésta será decretada cuando el Juez de control de garantías «pueda inferir razonablemente» que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta punible que se investiga<sup>139</sup>.

La expresión <<razonadamente>> utilizada por el legislador, no debe interpretarse como prudentemente, sensatamente ni juiciosamente. <<Razonadamente>> equivale a decir, que existen razones que nos permiten establecer cuando un hecho se encuentra probado y la parte motiva de la decisión no es sino el medio para mostrar las razones que justifican dicha declaración.

El razonamiento viene a ser entonces, el resultado de la actividad mental de razonar, es decir, un conjunto de proposiciones enlazadas entre sí que dan apoyo o justifican una idea. El razonamiento se corresponde con la actividad verbal de argumentar. En otras palabras, un argumento es la expresión verbal de un razonamiento. El razonamiento lógico se refiere al uso de entendimiento para pasar de unas proposiciones a otras, partiendo de lo ya conocido o de lo que creemos conocer a lo desconocido o menos conocido. Se distingue entre razonamiento inductivo y razonamiento deductivo. En este sentido, el acto de apreciación de las pruebas constituye, la operación mental que realiza el funcionario judicial con el fin de conocer el mérito que pueda deducirse de su contenido, actividad que debe hacer en forma integral y que cuenta con apoyo en los principios de la ciencia, los postulados de la lógica y las máximas de la experiencia.

En lo que respecta al sistema de la sana crítica y el modo de motivar las decisiones en función del control de la decisión a través de los medios impugnatorios, podemos decir, que fallar con arreglo a la <<sana crítica>> o <<libre Convicción>>, no puede significar basar

---

<sup>138</sup> Cita de: JAEN VALLEJO. MANUEL. Los Principios de la Prueba en el Proceso penal. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Págs. 32.

<sup>139</sup> Cfr. Cas. 24323 (24-11-05)

la sentencia en una íntima e intransferible convicción, en una especie de corazonada no exteriorizable ni controlable; no puede significar, como desgraciadamente ocurre tantas veces en la práctica, refugiarse en una cómoda declaración de hechos probados sin exponer las razones por las que lo han sido. Si la racionalidad de la decisión probatoria ha de ser controlada, es evidente que ese control se proyecta sobre las razones que fundamentan la libre convicción del juez. Por eso, la motivación es (indirectamente) una garantía de verdad de las declaraciones de hechos de la sentencia, en la medida en que permite un control sobre ese espacio de discrecionalidad que es el ámbito de la libre valoración<sup>140</sup>.

FERRAJOLI explica que el principio de estricta jurisdiccional se refiere a la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias, en virtud de que estas tienen un carácter asertivo, es decir de verdad o falsedad. Esto quiere decir, que el presupuesto de la pena, la desviación punible, debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito por la ley y que además la hipótesis acusatoria sea probada al someterla a verificación y expuestas a refutación y sólo una vez que se haya comprobado mediante las pruebas y contrapruebas, proceder a una sanción. De esto se deriva un modelo teórico y normativo de proceso penal, un proceso de comprobación o de cognición, en el cual se observan procesos inductivos que sólo permiten afirmaciones o negaciones y se excluyen los juicios valorativos. Así el juez sólo se convierte en un instrumento que no crea ni da derecho, sólo dice el alcance que la ley tiene<sup>141</sup>.

Teniendo en cuenta que el derecho de contradicción hace parte del derecho de defensa y los dos son elementos que estructuran la garantía del debido proceso constitucional, se tiene pues, que para poder impugnar una decisión es necesario que las partes puedan seguir el rastro argumentativo dejado por el juez, a fin de poder identificar el sustento lógico de sus conclusiones. Difícil resulta a las partes recusar una sentencia inextricable o incoherente, y casi imposible, una carente de motivación. No puede el juez fallar verdad sabida y buena fe guardada; debe existir en la decisión un análisis riguroso de la pretensión, de los hechos y su prueba, de las excepciones, de las alegaciones de las partes y del marco normativo aplicable al caso<sup>142</sup>.

En lo referente a la demanda de casación ha dicho la Corte, que cuando se postula una equivocada valoración de la prueba, es

---

<sup>140</sup> MICHELE TARRUFO. La prueba. Editorial Marcial Pons. Pág. 16.

<sup>141</sup> LUIJI FERRAJOLI. Derecho y Razón. Editorial Trota. Pág. 129.

<sup>142</sup> EDUARDO VILLAMIL PORTILLA. Estructura de la Sentencia Judicial. Imprenta Nacional de Colombia. Pág. 150.

imprescindible que la formulación de la propuesta esté encaminada a demostrar el desconocimiento de las pautas de la sana crítica y que como consecuencia el sentenciador arribó a conclusiones ilógicas o irrazonables, hipótesis que se conoce como falso raciocinio. La simple discrepancia con la labor apreciativa del juez no comporta error demandable en casación, porque no se trata de elaborar distintas alternativas de solución al asunto debatido, sino de propiciar conforme al rigor técnico, la revisión de la sentencia para verificar si la misma fue proferida de acuerdo a la Constitución y la ley<sup>143</sup>.

En síntesis, tenemos que en un sistema procesal garantista como el nuestro, en el que el método de valoración de la prueba se efectúa a través de la sana crítica, deben obtenerse criterios que nos permitan determinar cuándo un enunciado está probado, es decir, cuando es razonable considerar que ese enunciado es verdadero, a la luz de la información de la que disponemos, siendo que el estudio de la motivación de la declaración de los hechos probados será el estudio de los instrumentos para mostrar (hacia terceros) las razones que justifican dicha declaración.

### **G. Técnica específica para acusar en casación errores de hecho por falsos raciocinio**

Habíamos dicho, que al hablar de falso raciocinio, se parte de la base de que los medios de prueba acerca de los cuales se predica son legales, que fueron aportados al proceso de manera regular y oportuna, y que el juzgador fue fiel en cuanto a su expresión fáctica o tenor literal, toda vez que el dislate se manifiesta en que el mérito suasorio otorgado a aquellos vulnera la sana crítica como método de valoración probatoria.

Desde tal perspectiva, la labor demostrativa que ha de cumplir el demandante, debe orientarse a rescindir ese mérito suasorio, enseñando cuál de los postulados que integran la sana crítica (principios de la lógica, leyes de la ciencia, y máximas de la experiencia o sentido común) fue violentado o erradamente empleado, y cuál el que corresponde dinamizar en el asunto para estimar del respectivo medio de prueba, y llegar a una decisión en justicia sustancialmente diferente y favorable a sus intereses<sup>144</sup>.

Los siguientes son los requisitos precisados por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal<sup>145</sup> cuando el reproche se centra en el desconocimiento de los postulados de la sana crítica:

---

<sup>143</sup> Cas. 29270 (10-06-08)

<sup>144</sup> Cas. 27690 (02-07-04)

<sup>145</sup> Cas. 24767 (15-05-08)



- (i) El censor debe indicar qué dice de manera objetiva el medio de convicción.
- (ii) Cuál fue la inferencia que de él dedujo el juzgador.
- (iii) Cuál mérito persuasivo le fue otorgado. Debe tenerse en cuenta que para acusar el error de hecho por falso raciocinio debe partirse del contenido de la sentencia y no de las convicciones personales del actor<sup>146</sup>.
- (iv) Cuál postulado de la ciencia, la lógica o la experiencia fue desconocido.
- (v) Especificar cuál es el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración.
- (vi) Demostrar la trascendencia del yerro, indicando cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona y que habría dado lugar a proferir un fallo sustancialmente distinto y opuesto al que es objeto de censura.
- (vii) Agotado lo anterior, se impone al demandante el deber de abordar la demostración de cómo habría de corregirse el error probatorio que acusa, modificando tanto el supuesto fáctico como la parte dispositiva de la sentencia, labor que comprende un nuevo análisis del acervo probatorio, apreciando las pruebas acorde con las reglas de la sana crítica y respecto de las cuales se transgredieron los citados postulados, sin dejar pasar por alto que dicha valoración debe realizarse de manera conjunta y mancomunada con los demás medios probatorios respecto de los cuales no recae censura alguna y, por lo mismo, se acepta su correcta apreciación<sup>147</sup>.
- viii) Al casacionista le está vedado construir otra explicación de los hechos, a partir de la prueba que el demandante examina en perspectiva diferente a la del juzgador, ni a la construcción de un criterio quizá mejor, más razonado o más científico-jurídico que el del sentenciador<sup>148</sup>.

## **H. Elementos de la sana crítica**

Como norma en blanco quedan los pasos metodológicos anteriormente anotados, sino hacemos algunas precisiones acerca de la ciencia, la lógica y la experiencia como elementos integradores de la sana crítica, veamos:

### **1.- La ciencia**

<sup>146</sup> Cas. 30817 (04-02-09)

<sup>147</sup> Cas. 12062 (02-08-01); 14535 (30-11-99); 11135 (26-11-03) y 20827 (12-12-05).

<sup>148</sup> Cfr. Cas. 31743 (06-05-09)

Sin la pretensión de agotar los desarrollos doctrinarios en torno al tema de la ciencia como elemento de la sana crítica, abordaremos su estudio subdividiéndolo a su vez en tres puntos, así: a) la ciencia privada del juez, b) El conocimiento científico ajeno al juez y c) la decisión que se aparta de las leyes de la ciencia.

#### a. La ciencia privada del juez

Al hablar de la ciencia privada del juez nos referimos a su cultura <<no jurídica>>, pues en todos los campos o ramas del saber distintas al derecho, él debe ser considerado como “un representante de la cultura media o del sentido común<sup>149</sup>. El juez debe hacer acopio de esta ciencia privada no solo para valorar cada una de las pruebas y articularlas entre sí, sino también para valorar y apreciar el conocimiento científico que arriba al proceso a través del testigo perito y el testigo técnico, figuras de las cuales hablaremos más adelante. En este sentido se afirma que *“El juez no tiene por qué ser un científico, pero sí necesita una buena preparación epistemológica – articulada en función de las características de las distintas áreas del saber científico que entren en juego – si quiere estar en condiciones de valorar la fiabilidad científica de las pruebas presentadas”*<sup>150</sup>.

En este orden, de presentarse fallas en esta “ciencia privada del juez” con capacidad de determinar o influir en la valoración de pruebas trascendentes en el proceso, se estructura un error de hecho por falso raciocinio por desconocimiento de la ciencia como elemento integrador de la sana crítica.

#### b. El conocimiento científico ajeno al juez,

El tema del conocimiento científico ajeno al juez lo hemos subdividido en: (i) conocimiento técnico y (ii) los conocimientos altamente científicos.

##### (i) conocimiento técnico

Es necesario recurrir al conocimiento técnico cuando se trata por ejemplo de medir distancias, de efectuar cálculos contables complejos, medidas, pesos, estados de descomposición de cosas, establecer si un aparato sirve (arma apta para disparar), de determinar un tipo de

<sup>149</sup> EDUARDO VILLAMIL PORTILLA. Estructura de la Sentencia Judicial. Imprenta Nacional de Colombia. Pág. 150.

<sup>150</sup> Cf., Michelle Taruffo, “La prueba científica en el proceso civil”, en Jordi Ferrer Beltrán. Marina Gascón Abellán, Daniel González Lagier y Michelle Taruffo, *Estudios sobre la prueba*. México: UNAM, 2006, p. 185.

sustancia química (precursores para procesar drogas psicotrópicas). Las Cámaras de Gessell,<sup>151</sup> por ejemplo, son una gran ayuda técnica científica para efectos de evaluar la capacidad de raciocinio de un menor infante, cuyo testimonio sea necesario en una investigación.

Es de anotar que estas ayudas técnicas no constituyen, propiamente, conocimientos científicos. *«Así pues, sólo cuando un elemento probatorio concreto deriva del uso de nociones de carácter científico en sentido estricto se puede hablar propiamente de prueba científica, mas no cuando se trata de procesos técnicos»*<sup>152</sup>.

## (ii) los conocimientos altamente científicos

La prueba científica se presenta, dado su peculiar carácter de validez cognoscitiva, dotada de un grado particularmente elevado de fiabilidad. Precisamente por su calificación como <<científica>> se sitúa a un nivel de fiabilidad particularmente elevado, atribuyéndole un peso y un valor demostrativo superior al que se reconoce a las pruebas ordinarias. (...) es significativo el ejemplo de la prueba de ADN, que se presenta con un grado de aproximación a la certeza del 99 por 100, por lo que es <<prácticamente>> segura y, por lo tanto, es sustancialmente definitiva para la identificación del sujeto en cuestión<sup>153</sup>.

Mas sin embargo, como toda prueba debe ser valorada por el juez, al punto – afirma Taruffo - no se pretende que el juez deba transformarse en un científico – lo que evidentemente sería imposible y mucho menos que repita los análisis y experimentos que conforman la propia prueba científica. Lo que se exige, en cambio, es que el juez sea capaz de valorar si está en el ámbito de una forma de conocimiento dotada de dignidad y validez científica, y si los métodos de investigación y control típicos de esa ciencia han sido correctamente aplicados en el caso particular que debe juzgar<sup>154</sup>.

Justamente, acerca del conocimiento técnico y altamente científico en relación con el rol del juez, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sentado el siguiente criterio<sup>155</sup>: *"Resulta incuestionable que los argumentos de autoridad científica, técnica,*

<sup>151</sup> Ver. Cas. 28742 (13-02-08)

<sup>152</sup> MICHELE TARRUFO. La prueba. Editorial Marcial Pons. Pág. 29.

<sup>153</sup> MICHELE TARRUFO. La prueba. Editorial Marcial Pons. Pág. 294.

<sup>154</sup> *Ibidem*.

<sup>155</sup> Cas. 27357 (22-05-08). Crf. Sentencia de 7 de marzo y 16 de mayo de 2002, Radicaciones N° 14043 y 12843, respectivamente.

*profesional o humanística son de recibo en el proceso penal, por la innegable realidad de la división del trabajo y las cada vez más urgentes especializaciones en el desenvolvimiento del hombre en la sociedad, el curso de ésta y el tratamiento de los problemas o conflictos, empero, lo que no puede aceptarse ni tolerarse es una actitud pasiva o de irreflexiva aprobación del fallador frente al dictamen, dado que fácilmente puede potenciar y acoger errores de fundamentación en que haya incurrido el perito. De modo que cuando el juez simplemente describe las premisas y se adhiere a las conclusiones de la pericia, sin abordar la calidad epistemológica de las mismas desde el punto de vista de las reglas de experiencia común o científica, de la probabilidad estadística o de la lógica, con más veras cuando un mínimo de cuidado en tal sentido podría revelar un error a la luz de comprobaciones estables difundidas por la comunidad científica, entonces incurre en un error de hecho por falso raciocinio”.*

De la sentencia antes transcrita podemos extraer que el juez debe entender la prueba pericial y al asimilarla podrá, sí lo convence, utilizarla como fundamento de su decisión, caso en el cual, tendrá que explicarla en términos más o menos comunes, pues solo si la entiende podrá exponer razonadamente el mérito que le ha asignado. Si no la entiende el Juez no podrá utilizarla, por cuanto que si aquel representa a la sociedad no puede esperar de ella una adhesión a algo que ni siquiera el mismo entiende. El juez debe tener en cuenta la profunda reflexión de LEVY BROHL: *«El experto resuelve un problema técnico; el juez un problema que, a fin de cuentas, es un problema humano»*<sup>156</sup>.

Ahora bien, en el marco del << sistema de querer acusatorio >> entronizado por la ley 906 de 2004, el ingreso al juicio público tanto del conocimiento técnico, como de los conocimientos altamente científicos, debe hacerse a través del (i) testigo perito o el (ii) testigo técnico, veamos:

#### (i) Testigo perito

Testigo perito es aquel que <<no>> presencié los hechos, pero cuenta con un conocimiento especial que es útil para la búsqueda de la verdad.

La nueva naturaleza que se atribuye al perito –perito de parte– ha llevado a hablar del testimonio pericial, toda vez que se ve al perito como un testigo llevado al proceso por una de las partes y que rendirá su testimonio respecto de un aspecto técnico, profesional o científico.<sup>157</sup> Así, al perito se le aplican las reglas propias de la prueba

<sup>156</sup> Citado por JAIRO PARRA QUIJANO. Conferencias de Clase. Universidad externado de Colombia. Pág. 9.

<sup>157</sup> Vid. Defensoría del Pueblo. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano. 2009. [En línea] <http://www.fiu.edu.co/fiu/dp/WEB/11%20-Pruebas.pdf>.

testimonial "... tanto en la conformación de su objeto y eficacia probatoria, como en su contradicción..."<sup>158</sup>

En una célebre sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,<sup>159</sup> en la que fueron procesados dos integrantes de una barra, quienes en la tribuna lateral sur del estadio distrital "Nemesio Camacho El Campín" de Bogotá agredieron a dos personas, resultando aquellos condenados por tentativa de homicidio, se llamaron a médicos como <<peritos>>. Dijo El Tribunal Superior en la sentencia de segunda instancia: *"Aunque los peritos médicos no atendieron a los lesionados en los hospitales donde fueron remitidos, no existe razón para desatender las conclusiones a las que arribaron respecto de la gravedad de las heridas que padecieron"*.

#### (ii) Testigo técnico

Testigo técnico es aquel que <<sí>> presenció los hechos y a más de ello cuenta con conocimientos técnicos para narrarlos.

Por ejemplo: Un médico cirujano es denunciado por muerte culposa del paciente en una intervención quirúrgica. Todos los demás profesionales de la salud que intervinieron en la operación (enfermeras, anesthesiólogo etc.) pueden declarar en el proceso como <<testigos-técnicos>>; es decir, como testigos y como técnicos. Lo anterior tiene ondas repercusiones de tipo probatorio toda vez que todo lo que digan esos profesionales de la salud como testigos, constituye una prueba legalmente arrimada al proceso y también, todo lo que digan como conocedores de su ciencia o arte, debe ser valorado por el juez de conformidad con la reglas de la sana crítica al momento de la toma de decisión.

#### (iii) ¿Qué diferencias existen entre testigo perito y testigo técnico?

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se refirió a esta distinción en los siguientes términos:

*"Así mismo, no se puede confundir la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos, sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa en la evaluación del proceso fáctico."*

---

<sup>158</sup> Mestre, José Fernando. La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada. Op. cit., pág. 21.

<sup>159</sup> Cas. 25920 de 2007

*Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta en una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que, al relatar los hechos por haberlos presenciado, se vale de dichos conocimientos especiales<sup>160</sup>.*

c. La decisión que se aparta de las leyes de la ciencia.

Debe dejarse bien en claro que la anomalía en la producción o incorporación al proceso tanto del conocimiento técnico como de los conocimientos altamente científicos, debe ser denunciada y atacada en casación bajo la egida del error de derecho por falso juicio de legalidad; empero, solo es denunciable como error de hecho por falso raciocinio, la apreciación de las pruebas al margen de los postulados de la ciencia; error que en ningún momento se enerva por el hecho de que la apreciación errada encuentre respaldo en testimonios directos, cualquiera que sea su número.

Por otro lado, a fin de establecer cuando estamos ante una verdadera violación a un postulado de la ciencia, es preciso conocer la diferencia <<entre leyes de la ciencia>> y <<teoría científica>>. Sobre tan importante distinción, resulta paradigmático el siguiente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del año 1999 en el que el censor pretendía hacer casar la sentencia condenatoria, bajo el argumento de que no se le había reconocido al procesado, haber actuado bajo el influjo de un trastorno mental transitorio.

Aunque el cargo estuvo mal formulado, de la argumentación del recurrente pudo extraer la Corte, que el casacionista trataba de endilgarle al juzgador una violación a los postulados de la ciencia, y para dar sustento a su tesis citó doctrina nacional y extranjera sobre el tema de la inimputabilidad. Insistió en la existencia de unos hechos indicadores sobre los cuales ha debido inferirse la inimputabilidad que debió reconocérsele a su asistido. El problema jurídico a dilucidarse era: ¿Puede una cita de un autor, considerarse un apoyo científico? Dijo la Corte: *«Tal extensión del error de hecho, en tratándose de las leyes de la ciencia, exige al censor diferenciar entre leyes de ciencia y teoría científica, entendiéndose las primeras como aquellas que frente a cualquier examen de comprobación mantienen condiciones de aceptación e irrefutabilidad universal. Ejemplos de ellas son las leyes físicas de la velocidad de la luz en el vacío (299.792.6 K/ segundo); la de la gravedad como fuerza de atracción que ejerce la tierra sobre los cuerpos (9.8068 m/s<sup>2</sup>); la de la rotación de la tierra sobre su propio eje y su traslación alrededor del sol; u otras de ciencias no exactas pero también aceptadas con criterios de constancia universal, como muchas de las que han ido verificando disciplinas como la medicina, la*

---

<sup>160</sup> Cas. 26128 (11-04-07)

*psicología, la antropología, la biología, cítense aquí por ejemplo la composición cromosómica de los humanos, el código genético contenido en el ADN, el carácter único de las huellas digitales, la circulación de la sangre, la evolución de las especies, etcétera.*

*Las teorías científicas son en cambio enunciados teóricos que exponen los resultados de un procedimiento científico razonable, y que por ello tienen mayor o menor aceptación, pero cuya comprobación e irrefutabilidad universal es, por lo menos, inconstante, lo que les otorga mayor probabilidad de certeza, pero no condición de validez universal. Son puntos de partida para la investigación científica.*

*Es precisamente ello lo que sucede con las citas que el casacionista hace de reconocidos tratadistas del tema de la inimputabilidad y el trastorno mental transitorio, ninguna de las cuales constituye una ley de ciencia con irrefutabilidad universal, sino enunciados teóricos. La excesiva responsabilidad que recae sobre el Juez en la función de administrar justicia, impone el deber de excluir de la apreciación probatoria las teorías científicas y solo aceptar las leyes de la ciencia, pues la universalidad de éstas últimas hace fácilmente reclamable su conculcación, habida cuenta que su validez es la misma para todo el conjunto universal, independientemente de las condiciones individuales de cada elemento.*

*No puede entonces aducirse apartamiento de las reglas de la sana crítica a un fallo porque supuestamente difiere de enunciados teóricos que solo son aproximaciones explicativas de fenómenos naturales, psíquicos o físicos, convirtiéndose el escrito que tal cosa reclama en una propuesta alternativa para otro enfoque científico que busca persuadir al Juez sobre la conveniencia de una postura determinada, olvidando que la naturaleza «extraordinaria» del recurso obedece precisamente a la superación de todas las fases ordinarias en las que tales temas se debatieron y zanjaron con fuerza presunta de acierto y legalidad en el fallo objeto del ataque, que solo es posible remover si se demuestran la ocurrencia de errores trascendentes en su producción»<sup>161</sup> ..*

## **2.- La lógica**

No se exige del juez que sea un filósofo o un matemático, pero sí que haga un buen manejo de los principios lógicos, pues en suma, la sentencia no es sino una inferencia válida que se extrae del material probatorio.

Puede decirse entonces, que la lógica como elemento de la sana crítica desempeña una doble función: (i) permite al juez arribar a

---

<sup>161</sup> Cas. 12721 (16-12-99)

conclusiones correctas y (ii) permite el control sobre el ejercicio del poder jurisdiccional.

#### a.- Los principios lógicos

Los principios lógicos son postulados universales, necesarios, evidentes y verdaderos formulados bajo cuatro postulados, a saber:

(i) Principio de identidad. Postula que «El 'ser' es»; esto puede ser explicado diciendo que «todo objeto es idéntico a sí mismo». El principio lógico de identidad se ha resumido con la fórmula: «A es A»

Tratándose del principio lógico de "identidad", postulado que rige, por un lado, la fundamentación de una inferencia válida y, por el otro, los ejercicios de verificabilidad de la sana crítica en orden a la valoración de la prueba en general, se comprende, que los juzgadores, como es de suyo, no pueden valorar de manera distinta una misma prueba.

El principio lógico de "identidad" guarda íntima relación con el principio de comunidad de la prueba, que nos informa, que una vez aportadas las pruebas por las partes, éstas no son de quien las promovió, sino que serán del proceso, en otras palabras, puede decirse que al momento de que las partes introduzcan de manera legal las pruebas en el proceso, su función será la de probar la existencia o inexistencia de los hechos del proceso, con independencia de que lleguen a beneficiar o perjudicar a quien las promueva, o a su contradictor, quién de igual forma puede llegar a invocarla<sup>[1]</sup>; es decir, la prueba no puede ser una cosa para alguien y otra cosa para otro pues ella es lo que es y no está al servicio de ningún interés sino de la verdad.

(ii) Principio de no contradicción. Se formula de la siguiente manera: «El ser es y no puede a la vez no ser».

La Sala de Casación Penal, al hablar del principio de <<no contradicción>>, dijo: *"Del principio lógico de no contradicción. El principio de no contradicción, que al igual que el de identidad y el del tercer excluido constituye una de las bases de la llamada lógica clásica o formal, es el que permite valorar como no verdadero todo lo que encierra una contradicción, en la medida en que, respecto de un tema y situación idénticos, es imposible afirmar que algo sea y no sea de manera simultánea. Aristóteles, en el libro IV de su Metafísica, formuló el principio de no contradicción de la siguiente manera: "El principio más firme de todos es aquel acerca del cual es imposible engañarse; es necesario, en efecto, que tal principio sea el mejor conocido (pues el error se produce siempre en las cosas que no se conocen) y no hipotético. Pues aquel principio que necesariamente ha de poseer el que quiera entender cualquiera de los entes no es una*



*hipótesis, sino algo que necesariamente ha de conocer el que quiera conocer cualquier cosa, y cuya posesión es previa a todo conocimiento. Así, pues, tal principio es evidentemente el más firme de todos. Cuál sea éste, vamos a decirlo ahora. Es imposible, en efecto, que un mismo atributo se dé y no se dé simultáneamente en el mismo sujeto y en un mismo sentido (con todas las demás puntualizaciones que pudiéramos hacer con miras a las dificultades lógicas). Éste es, pues, el más firme de todos los principios, pues se atiene a la definición enunciada. Es imposible, en efecto, que nadie crea que una misma cosa es y no es, según en opinión de algunos, dice Heráclito. Pues uno no cree necesariamente todas las cosas que dice. Y si no es posible que los contrarios se den simultáneamente en el mismo sujeto (y añadamos también a esta premisa las puntualizaciones de costumbre), y si es contraria a una opinión la opinión de la contradicción, está claro que es imposible que uno mismo admita simultáneamente una misma cosa es y no es. Pues simultáneamente tendría las opiniones contrarias el que se engañase acerca de esto. Por eso todas las demostraciones se remontan a esta última creencia; pues éste es, por naturaleza, principio también de todos los demás axiomas” (subrayados de la Sala). Leibniz, por su parte, señaló en 1704 acerca de este principio que el mismo “incluye dos enunciaciones verdaderas: la primera, que una proposición no puede ser verdadera y falsa a la vez; la segunda, que no puede ocurrir que una proposición no sea ni verdadera ni falsa”<sup>162</sup>. Finalmente, es de destacar que el principio de no contradicción supone dos limitaciones cuando trata de enunciados de hecho, que se refieren tanto a la simultaneidad de los enunciados como a la identidad del sujeto del cual se predica algo<sup>163</sup>.*

(iii) Principio de exclusión del término medio, tercero excluido o tercio excluso.

Como un complemento necesario del principio de no contradicción, se formula el principio de exclusión del término medio. En su forma original, se refería también a una estructura de la realidad y consistía en la afirmación de que no hay término medio entre el «ser» y el «no-ser». Hablando en términos coloquiales: Una mujer está embarazada o no lo está. No puede estar <<medio embarazada>> o <<más o menos embarazada>>.

Sobre este principio, ha dicho la Corte: “Debe decirse, para empezar, que acerca del principio lógico del tercero excluido o tercio excluso, la

---

<sup>162</sup> Leibniz, G. W., *Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, Libro I, capítulo I (*Sobre si en el espíritu humano hay principios innatos*).

<sup>163</sup> Cas. 21844 (13-02-08)

*Sala<sup>164</sup> ha precisado que es formulado bajo el supuesto de ser el extremo disyuntivo del principio de contradicción (dos juicios opuestos no pueden ser ciertos a la vez) y se presenta con la tesis según la cual entre lo verdadero y lo falso no resulta admisible una tercera posibilidad. No obstante, para que este principio pueda predicarse en su estructura lógica, se debe estar frente a una efectiva contradicción de postulados, de donde un juicio debe afirmar lo que otro niega y no ser la resultante de una presunción o de una supuesta oposición. Solamente la oposición contradictoria se da cuando un juicio niega lo que otro afirma, no cuando el juicio que se asume contradictorio es efecto de un proceso de exclusión. Por eso se ha enfatizado en que el principio de tercero excluido, dado su carácter estrictamente lógico, sólo es predicable entre juicios que se contradicen<sup>165</sup>.*

(iv) Principio de razón suficiente.

*Sobre el presente principio, la Corte expuso lo siguiente: "Ahora bien, la ley de razón suficiente que informa la lógica consiste en que nada existe sin razón suficiente. Por tal motivo, para considerar que una proposición es completamente cierta, debe ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene como verdadera, esto es, que tanto en la ciencia como en la actividad cotidiana no es posible aceptar nada como artículo de fe, sino que es necesario demostrarlo y fundamentarlo todo. El cumplimiento de esta ley confiere al pensamiento calidad de demostrado y fundamentado y, por lo mismo, constituye una condición necesaria de la exactitud y de la claridad del pensamiento, así como de su rigor lógico y de su carácter demostrable.*

*Esta ley de la lógica encuentra cabal desarrollo en el sistema de la sana crítica que impone al funcionario judicial consignar en las providencias el mérito positivo o negativo dado a los elementos de juicio, puesto que toda decisión, máxime cuando en la sentencia, con claro desarrollo del debido proceso, se deben construir los juicios de hecho y de derecho. Tal construcción impone igualmente que la providencia contenga las razones por las cuales se llega al grado de conocimiento determinado en la ley para concluir en la ocurrencia y en la responsabilidad del acusado, y así como también los fundamentos por los cuales se estima que las normas escogidas eran las llamadas a gobernar el asunto<sup>166</sup>.*

## **2.- La experiencia**

<sup>164</sup> Sentencia del 9 de marzo de 2006, Rad. 22.179.

<sup>165</sup> Cas. 25550 (26-03-08)

<sup>166</sup> Cas. 21393 (13-09-06)

La experiencia es una forma de conocimiento derivado de la observación, de la vivencia de un evento o proveniente de las cosas que suceden en la vida. Los filósofos tratan el conocimiento basado en la experiencia como «*conocimiento empírico*» o «*un conocimiento a posteriori*». Las máximas de la experiencia como criterio de valoración de la prueba, a pesar de tener carácter de supletoria, puesto que tiene vigencia mientras otra teoría no demuestre la falsedad de ese saber común<sup>167</sup>, generan un valioso aporte que direcciona la decisión del juez.

Las máximas de la experiencia corresponden al conocimiento que tiene el juez de lo usual, es decir, a pautas que provienen de la experiencia general, y que expresan la base de conocimientos generales asociados con el sentido común que pertenecen a la cultura promedio de una persona espacio-temporalmente situada en el medio social en el cual se encuentra el despacho judicial. Estas máximas ponen de manifiesto el contexto cultural y los conocimientos del sentido común, que se encuentran a disposición del juez como elementos de juicio para la valoración de las pruebas. Son tesis hipotéticas que indican las consecuencias que cabe esperar a partir de algunos presupuestos, es decir, en ciertas condiciones se repiten, como consecuencia, los mismos fenómenos. Se parte de lo que sucede en la mayoría de los hechos concretos, de los casos comprobados. Así, las personas que se encuentran en determinada situación se comportan de una manera particular<sup>168</sup>.

Todas las máximas de la experiencia son notorias, y expresan frecuencias de fenómenos (hechos observados) tendencias generales u opiniones; es de este elenco de pautas del sentido común que el juez puede extraer criterios a partir de los cuales es posible plantear inferencias de carácter probatorio. Tales guías del sentido común se expresan de múltiples maneras y abarcan una gran diversidad de situaciones. Estas máximas remiten a criterios de inferencia respecto de los pasos enunciados relativos a hechos; sin embargo, tales máximas han de ser de carácter general y no se deben limitar a ser únicamente expresión de valoraciones, de suerte que no todo razonamiento basado en dichas máximas resulta aceptable. Tales máximas se encuentran asociadas con lo verosímil, que corresponde a lo normal o habitual<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> En este sentido: LEONEL GUSTAVO CACERES. El Falso Raciocinio. Ediciones Jurídicas. Gustavo Ibáñez. Pág. 124.

<sup>168</sup> JAIRO IVÁN PEÑA AYAZO, Prueba judicial, análisis y valoración, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2008. pp. 65 y 66.

<sup>169</sup> *Ibidem*.

Tres condiciones se imponen como necesarias para hacer una inferencia válida con base en una regla de la experiencia, a saber:

**1.-** Que el enunciado básico este probado en la medida en que a ningún dato cierto puede llegarse si el punto de partida es una incertidumbre.. Si por ejemplo, a un dato inicial: << Pedro y Juan son enemigos>> se le quiere predicar la máxima de la experiencia: <<los enemigos no departen entre sí>>, en el proceso debe estar probado que: <<Pedro y Juan son enemigos>>. Sobre este punto resulta paradigmático el siguiente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal que dice así: *"En estas circunstancias, el cargo no tiene vocación de éxito. Aunque los antecedentes de las relaciones entre Oviedo y el testigo en principio podrían suponerlo, la verdad es que no hay prueba cierta de la enemistad existente entre ambos. Por esa razón, sobre una situación conjetural, no puede construirse, como lo ha hecho el impugnante, una certidumbre"*<sup>170</sup>.

**2.-** Que la proposición formulada pueda ser sometida a contraste y trascienda su confrontación, ya que de lo contrario, a pesar de ostentar una conformación lógica, sólo constituirá una situación hipotética e incierta<sup>171</sup>.

**3.-** Que la proposición formulada sea aceptada en forma general con pretensiones de universalidad por la colectividad, más no que obedezca a lo que el individuo haya aprehendido en su particular cotidianeidad, pues, esto si bien puede ser importante frente a procesos racionales internos, no es fundamento serio para estructurar axiomas empíricos de aceptación dentro de un conglomerado, en determinado contexto social y cultural, con la aspiración de ser esgrimidos para desvirtuar el reproche de responsabilidad que se hace en materia penal<sup>172</sup>.

### **Algunos ejemplos en los cuales la Corte ha hecho uso de reglas de la experiencia a fin de construir fallos de condena**

**1.-** La Corte confirma una sentencia en la que el juzgador, con base en máximas de la experiencia, sentencia al acusado como autor de concusión en concurso homogéneo y sucesivo.

El caso es el siguiente: Un funcionario de una entidad pública, en el contexto de la oportunidad brindada por una visita como servidor

---

<sup>170</sup> Cas. 18626 (06-08-03)

<sup>171</sup> Cas. 18626 (06-08-03)

<sup>172</sup> Cas. 21210 (14-07-04)

público, solicita al gerente de una empresa, una cuantiosa donación para una fundación. Dijo así la Corte: *«Por el contrario, cuando el Tribunal y el juzgador de primer grado discurren en que la extravagante solicitud que hizo el procesado pidiendo diez millones de pesos para una fundación y dos millones de pesos como obra de caridad para amparar un compañero de trabajo, en el contexto de la oportunidad brindada por las visitas que como servidor público del (...) debía realizar en el Laboratorio con ocasión de los trámites de certificación, para afirmar que se configuró el delito de concusión, hay en esa construcción argumental total coherencia y respeto por la lógica y la experiencia, toda vez que en circunstancias semejantes es razonable colegir que la entrega del dinero para solventar tan extrañas necesidades fue producto de la intimidación implícita que se derivaba de la posición desempeñada en ese momento por el requirente»*<sup>173</sup>.

**2.-** La Corte confirma una sentencia en la que el juzgador, con base en máximas de la experiencia, realizó una inferencia lógica, condenando a unas personas como autores del delito de lavado de activos, al haberles decomisado una alta suma de dinero representada en dólares, cuando intentaban introducirla a través del aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá.

Dijo la Corte: *«Ahora bien, de acuerdo con las reglas de la experiencia que nos enseña que son las asociaciones delincuenciales ofertantes en el exterior de narcóticos quienes no saben de que manera ingresar a su patria, los inmensos caudales que captan por esa actividad, sin que los mismos puedan ser descubiertos por las autoridades ante los controles que en los últimos tiempos se han dispuesto, debido, precisamente, al auge de la modalidad. Cabe, dentro de este contexto, añadir que utilizar el sistema financiero como instrumento para situar las divisas en el destino pretendido, le resulta a éstos grupos peligroso, porque no pueden superar el filtro relacionado con la información del detentador del dinero sobre cómo lo obtuvo»*<sup>174</sup>.

### **Algunos ejemplos en los cuales la Corte ha desechado supuestas reglas de experiencia construidas por los censores a efectos de atacar fallos de condena.**

**1.-** En el marco de un recurso de casación, el censor invocó <<una supuesta regla de la experiencia >> consistente en que "quien miente en parte miente en todo" y por consiguiente no es creíble su testimonio.

---

<sup>173</sup> Cas. 24329 (18-07-07)

<sup>174</sup> Cas. 24604 (30-04-08)

*"[...] como lo ha dicho la Corte, en pertinente cita de la Delegada, las reglas de la experiencia corresponden al postulado 'siempre o casi siempre que se presenta A, entonces sucede B', motivo por el cual es posible efectuar pronósticos, referidos a predecir el acontecer que sobrevendrá a la ocurrencia de una causa específica (prospección), y diagnósticos, predicables de la posibilidad de establecer a partir de la observación de un suceso final su causa eficiente (retrospección). "Es este orden de ideas, la variable argumental propuesta por el casacionista, vale decir, 'el que generalmente miente en parte generalmente miente en todo', no es admisible ni válida como regla de la experiencia, en razón a que no se ha determinado su vocación de reiteración y universalidad, por un lado, y por el otro, porque la práctica judicial enseña lo contrario, esto es, que no necesariamente el contenido íntegro de lo expresado por el testigo es siempre, y ni siquiera casi siempre, mendaz, cuando se descubre la falacia en alguno de sus apartados. Precisamente, esa experiencia a la que ha acudido el recurrente, enseña que por variadas razones –entre ellas intereses particulares-, las personas dicen la verdad en asuntos que no los afectan, pero mienten u ocultan esa misma verdad, respecto de los tópicos puntuales que puedan ir en contravía de sus necesidades o pretensiones"<sup>175</sup>.*

**2.-** En el marco de un recurso de casación, el censor invocó <<una supuesta regla de la experiencia >> consistente en que *«La violación o el acceso carnal violento, en cualquier mujer, genera un trauma con determinadas características (rechazo, repulsión, tristeza, apatía, etc.) que le impide tener una nueva relación sexual de manera inmediata o dentro de un plazo más o menos largo, para lo cual requiere de un tratamiento psicológico que le permita recuperarse»*

La Sala observó que *«la propuesta axiomática del censor en verdad no alcanza la condición de máxima de la experiencia, toda vez que la premisa de la que parte es, si acaso, producto de su aprehensión personal, probablemente fundada en el conocimiento directo de casos análogos, acerca de las consecuencias que originan el trauma inherente a una violación carnal, haciendo el demandante de su conocimiento particular un criterio general, en manera alguna verificable en todos los casos.*

*Aun cuando cabe aceptarse que una conducta punible como de la que se ocupó esta actuación, suele ocasionar en quien la padece una sintomatología semejante a la referida por el libelista, es igualmente cierto que no en todos los casos puede afirmarse que la mujer víctima*

---

<sup>175</sup> Cas. 23593 (11-04-07)

*quede en un estado de tribulación tal que le resulte imposible tener luego una relación sexual consentida con cualquier otra persona, pues una tal reacción depende de diferentes factores, entre ellos, el tipo de violencia ejercida, pues no es lo mismo la física que la moral, así como de variables de naturaleza social, cultural o religiosa, e incluso experiencia y formación social del sujeto pasivo, aspectos que no contempla la regla de experiencia atrás expresada».*

(...)

Con el fin de desvirtuar el grado de generalización que el casacionista trató de imponerle a su afirmación con el objeto de armar una supuesta máxima de la experiencia, la Corte, en la aludida providencia, construye dos eventos hipotéticos, a saber: *«Piénsese – dice la Sala - en una trabajadora sexual a la que llega un potencial cliente de los servicios por ella dispensados, quien sin tener con qué retribuirlos, bajo la amenaza de causarle un grave daño con un arma (real o ficta), la obliga a copular con él, y luego la deja para que continúe en su oficio, como en efecto ocurre. O considérese la ama de casa que, cualquiera sea el motivo, no quiere atender los requerimientos sexuales de su esposo, y este, iracundo, la doblega mediante fuerza física y la accede carnalmente, pero al otro día, arrepentido, con flores y lisonjas, se excusa por su arrebató, culminando ello en una relación sexual consentida y querida por la cónyuge la noche anterior agraviada.*

*En ambos supuestos, la primera relación genital de que fueron objeto las imaginarias víctimas, constituye una violación, un acceso carnal violento, dado que, contra su voluntad, en detrimento de su libre determinación, se les obligó al acto erótico, sin que la estructuración del delito sufra mengua por el hecho de que la meretriz haya seguido después con su labor atendiendo otros clientes, o que la esposa luego de ser agraviada, haya sucumbido a los mimos y embelecó del agresor marido, y, lo más importante, sin que tampoco pueda inequívocamente afirmarse que por el comportamiento subsiguiente de aquellas la afrenta sufrida ninguna perturbación les hubiese ocasionado o dejado»<sup>176</sup>.*

## **Críticas al uso de la experiencia como elemento de la sana crítica**

Los casos en que han triunfado demandas de casación apoyadas en supuestas violaciones a reglas de la experiencia son muy escasos; por su parte, los eventos en los que la Sala de Casación Penal ha edificado o avalado condenas con base en reglas de la experiencia no están exentos de fundadas críticas, por lo que nos atrevemos afirmar que el uso de estas reglas no es del todo garantista.

---

<sup>176</sup> Cas. 23909 (04-03-09)

Por ejemplo, las máximas de la experiencia como elemento de la sana crítica son del recibo en Italia, Alemania y España pero no se encuentran en la cultura jurídica de otros países europeos y no europeos. Dice TARRUFO: *«En todo caso, es el punto esencial el que sigue planteando dudas: esto es, que la experiencia común sea apta para construir inductivamente generalizaciones dotadas de una forma lógica y de un contenido cognoscitivo prácticamente equiparable, al menos, al de las leyes científicas generales o cuasigenerales. Para resolver adecuadamente estas dudas es necesario trazar algunas distinciones, dado que a menudo se designa como máxima de experiencia cualquier noción que se encuentre en el ámbito del sentido común o de la cultura media de un cierto lugar en un determinado momento. Algunas veces, en realidad, nos encontramos con máximas de experiencia que no son más que la traducción de leyes científicas de carácter general en los términos del sentido común y de la cultura media. En esos casos, con la condición de que la vulgarización de la ley científica no haya traicionado su significado originario, se puede equiparar la máxima de experiencia a la ley científica y utilizarla como ley de cobertura de la inferencia causal. En otros casos, la máxima de experiencia expresa en lenguaje común frecuencias estadísticas de un grado muy elevado: así, la máxima se corresponde con generalizaciones empíricas de un alto grado de probabilidad. Si existe un control estadístico de este grado de probabilidad, nos encontramos ante una situación sustancialmente equivalente a la del modelo cuasi deductivo de inferencia del que ya me he ocupado anteriormente. La situación, sin embargo, es absolutamente distinta, y en gran medida más incierta, en los numerosísimos casos en que la máxima de experiencia carece de cualquier apoyo científico o estadístico, es decir, precisamente cuando se trata de una afirmación fundada únicamente en la experiencia. Respecto de estos supuestos pueden formularse algunas preguntas, a las que, sin embargo, es difícil encontrarles respuestas aceptables. ¿De quién es la experiencia relevante para la elaboración de una máxima? La del juez? Pero, entonces, ¿cuántos casos debe haber visto y decidido el juez para formarse esa experiencia? ¿Pero cómo ha decidido esos casos en momentos en que su experiencia no se había formado aún? Si los ha decidido en función de criterios diversos, de caso en caso, cómo hace para formular la máxima? O, en cambio, ¿se trata de la experiencia de un ambiente social o cultural? ¿Cuál? ¿Cuán amplio? ¿Cuán homogéneo?, Cuánto tiempo ha sido necesario para que la experiencia de un grupo social se haya consolidado en una regla general? ¿Años, siglos? Más aún, ¿quién está legitimado para formular la máxima, condensando en una aserción la experiencia de variadas y numerosas circunstancias específicas vividas por algunos sujetos o por millones de personas? ¿Es el juez quien se hace intérprete del sentir social y crea ad hoc la máxima de experiencia? ¿O bien hay otros intérpretes del sentido común legitimados para decir en qué consiste la experiencia de determinados hechos? ¿Son, quizás, los <<todólogos>> o los*



<<tertulianos>> televisivos, o existen <<expertos>> de la experiencia social? El juego de las preguntas sin respuestas»<sup>177</sup>.

#### **D. El falso raciocinio vía expedita para el ataque de la prueba indiciaria**

La prueba indiciaria surge de un hecho indicador, probado en el proceso, del cual el operador judicial infiere lógicamente la existencia de otro, es decir, el indicio es un hecho conocido del cual se infiere otro desconocido. Así pues, la operación del juez al encontrarse con un indicio, consiste en tomar el hecho demostrado y analizarlo bajo las reglas de la experiencia y de la lógica, para que como resultado aparezca la conclusión lógica que se está buscando. Según DELLEPIANE, en el indicio, mediante un hecho comprobado y una inferencia, podemos llegar a conocer otro que ignoramos pues no ha sido percibido por nosotros, ni ha caído bajo la percepción de un testigo que nos lo cuenta, ni ha sido consignado en documento alguno escrito, ni nos ha sido revelado por su autor<sup>178</sup>.

En el artículo 382 de la Ley 906 de 2004 el indicio no aparece en la lista de las pruebas -elevadas a la categoría de medios de conocimiento- y ello obedece a la razón de que el indicio no es un medio de prueba autónomo, sino una reflexión sobre los medios de prueba. Justamente, las pruebas que aparecen enlistada en el citado artículo 382 de la ley 906 de 2004 son consideradas directas por cuanto, a través de los sentidos, nos llevan al conocimiento directo de la realidad; empero, el indicio nos lleva a reconstruir esa realidad, no en forma directa, sino a través de inferencias lógicas realizadas con base en los hechos probados. *"Por esto es por lo que el indicio no se puede considerar como medio de prueba, sino más bien como una reflexión lógico semiótica sobre los medios de prueba..."*<sup>179</sup>

Construir un indicio requiere entonces el recorrido de tres pasos: (i) La verificación de un hecho indicador que debe encontrarse demostrado a en el proceso a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados por el Código de Procedimiento Penal (Ver Art 382 de la Ley 906 de 2004). (ii) de ese hecho indicador es derivable la existencia de otro hecho mediante un proceso de inferencia lógica. (iii) habiendo obtenido el hecho indicado hay que valorar esta conclusión en forma conjunta con las demás pruebas.

Veamos el siguiente ejemplo:

<sup>177</sup> MICHELE TARRUFO. La prueba. Editorial Marcial Pons. Pág. 269.

<sup>178</sup> DELLEPIANE. Nueva Teoría de la Prueba. Ediciones Temis. Págs. 61.

<sup>179</sup> OSORIO ISAZA Luís Camilo. MORALES MARÍN Gustavo. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005, pág.22. Cfr. Cas. 26618 (24-01-07)

*a.- Hecho indicante.* Luego de una intervención quirúrgica de implantación mamaria la paciente presenta extensas zonas de enrojecimiento y úlceras de la piel del abdomen (eritema y epidermólisis), intenso dolor, fiebre, vómito y malestar general todo lo cual conduce a la muerte de la paciente.

*b.- Inferencia lógica.* Las reglas de la experiencia y de la ciencia muestran que estos no son los efectos normales en este tipo de operaciones; es decir, este es una reacción que no corresponde a las estadísticas.

*c.- Hecho indicado.* El cirujano es responsable de homicidio culposo.

Recordemos que de conformidad con el artículo 242 del Nuevo Código General del Proceso el juez debe valorar esta conclusión en forma conjunta con las demás pruebas, pues es posible que aparezcan pruebas en el proceso que acrediten que el médico demandado observó el debido cuidado, o que el hecho ocurrió por <<Caso fortuito o fuerza mayor>>, o por <<el hecho de un tercero>>, o <<culpa de la víctima>>.

*d.-* La valoración conjunta de las demás pruebas muestran armonía y refuerzan el hecho indicado.

Respecto de la prueba indiciaria y su forma de ataque en casación, la Corte<sup>180</sup> tiene establecido desde antaño lo siguiente: *«Y cuando de ataque a la apreciación de la prueba indiciaria se trata, el censor debe informar si la equivocación se cometió respecto de los medios demostrativos de los hechos indicadores, la inferencia lógica, o en el proceso de valoración conjunta al apreciar su articulación, convergencia y concordancia de los varios indicios entre sí, y entre éstos y las restantes pruebas, para llegar a una conclusión fáctica desacertada.*

*«De manera que si el error radica en la apreciación del hecho indicador, dado que necesariamente éste ha de acreditarse con otro medio de prueba, necesario resulta postular si el yerro fue de hecho o de derecho, a qué expresión corresponde, y cómo alcanza demostración para el caso.*

*«Y si el error se ubica en el proceso de inferencia lógica, ello supone partir de aceptar la validez del medio con el que se acredita el hecho indicador, y demostrar al tiempo que el juzgador en la labor de asignación del mérito suasorio se apartó de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de experiencia, haciendo evidente en qué consiste y cual es la operancia correcta de cada uno de ellos, y cómo en concreto esto es desconocido.*

*«Si lo pretendido es denunciar error de hecho por falso juicio de existencia por omisión de un indicio o un conjunto de ellos, lo primero*

<sup>180</sup> Sentencia del 26 de junio de 2002, radicado 11.451

*que debe acreditar el censor es la existencia material en el proceso del medio con el cual se evidencia el hecho indicador, la validez de su aducción, qué se establece de él, cuál mérito le corresponde, y luego de realizar el proceso de inferencia lógica a partir de tener acreditado el hecho base, exponer el indicio que se estructura sobre él, el valor correspondiente siguiendo las reglas de experiencia, y su articulación y convergencia con los otros indicios o medios de prueba directos. Si el ataque se orienta por falso juicio de existencia por suposición de la prueba del hecho indicador, es deber del demandante concretar el aparte del fallo donde el juzgador supuso existente el medio sobre el que hizo la inferencia, y demostrar cómo de no haber incurrido en dicho desacierto, la solución del caso habría sido sustancialmente distinta y opuesta a la contenida en la parte resolutive de la sentencia materia de impugnación. «Además, dada la naturaleza de este medio de prueba, si el yerro se presenta en la labor de análisis de la convergencia y congruencia entre los distintos indicios y de éstos con los demás medios, o al asignar la fuerza demostrativa en su valoración conjunta, es aspecto que no puede dejarse de precisar en la demanda, concretando el tipo de error cometido, demostrando que la inferencia realizada por el juzgador transgrede los postulados de la sana crítica, y acreditando que la apreciación probatoria que se propone en su reemplazo, permite llegar a conclusión diversa de aquella a la que arribara el sentenciador, pues no trata la casación de dar lugar a anteponer el particular punto de vista del actor al del fallador, ya que en dicha eventualidad primará siempre éste, en cuanto la sentencia se halla amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, siendo carga del demandante desvirtuarla con la demostración concreta de haberse incurrido en errores determinantes de violación en la declaración del derecho. «Es en este sentido que el demandante debe indicar en qué momento de la construcción indiciaria se produce, si en el hecho indicador, o en la inferencia por violar las reglas de la sana crítica, para lo cual ha de señalar qué en concreto dice el medio demostrativo del hecho indicador, cómo hizo la inferencia el juzgador, en qué consistió el yerro, y qué grado de trascendencia tuvo éste por su repercusión en la parte resolutive del fallo»*

Queremos resaltar el hecho de que aunque el indicio se encuentre bien construido también es posible atacar su fuerza demostrativa. Ha dicho la Corte: «La fuerza demostrativa que le otorga el juzgador al conjunto indiciario es también susceptible de reproche en casación, con fundamento en error de hecho por falso raciocinio. Este ataque, que implica aceptar el hecho probado y la inferencia lógica que en cada caso realizó el Juez, le impone al censor demostrar que en el proceso intelectual a través del cual se vincularon los diferentes indicios, se desbordaron las reglas de la sana crítica y que de no haberse incurrido en el error otra hubiera sido la decisión, lo cual lo obliga a desvirtuar

*los demás fundamentos probatorios en los que eventualmente se encuentre fundamentada la sentencia»<sup>181</sup>.*

Ha dicho la Sala Penal al respecto: *"La valoración integral del indicio exige al juez la contemplación de todas las hipótesis confirmantes e invalidantes de la deducción, pues rechazar cualquiera de las posibilidades lógicas que puede ofrecer un hecho indicador, desestimándolo expresa o tácitamente sólo porque el juez ya tiene sus propias conclusiones sin atención a un juicio lógico integral, es alentar un exceso de omnipotencia contrario al razonable acto de soberanía judicial en la evaluación de la prueba, que consiste precisamente en el ejercicio de una discrecionalidad reglada en la valoración probatoria". Sentencia del 8 de julio de 2003, Rad. 18.583, CSJ, Sala de Casación Penal, citada en sentencia de la misma Corporación datada el 13 de septiembre de 2006, Rad. 23.251, M.p. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, en donde también se citó la sentencia del 8 de mayo de 1997, Rad. 9.858 en cuyo aparte relacionado con el tema expresa: "(...) en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador".*

Ahora, si bien es cierto que la ley permite el fallo condenatorio soportado en inferencias deductivas, no está demás advertir, que los aspectos tanto subjetivos como materiales que dan a conocer contenidos de intervención en el comportamiento delictuoso deben estar plenamente acreditados con grado certeza en el proceso<sup>182</sup>. *"Lo dicho significa que el indicio en materia penal no puede concebirse ni aprehenderse en el exclusivo plano de los procesos lógicos inductivos y deductivos, ni al margen del comportamiento humano objeto de juzgamiento, ni por fuera de la teoría de la imputación fáctica y subjetiva, ni de los principios de necesidad, legalidad y licitud de la prueba"<sup>183</sup>.*

---

<sup>181</sup> Cfr. Cas. 14.093 (23-09-03)

<sup>182</sup> Cas. 29221 (02-09-09)

<sup>183</sup> *Ibíd.*