

LA VALORACIÓN PROBATORIA EN SEDE DE CASACION PENAL

Mejia Alcalá Yilber Yovani

7061412842

Olaya Campos Ivan Daniel

7061412843

Tole Yara Luis Edgar

7061412851

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA
ESPECIALIZACIÓN EN CASACIÓN PENAL

Bogotá

2015

La valoración probatoria en sede de casación penal

Mejia Alcalá Yilber Yovani

7061412842

Olaya Campos Ivan Daniel

7061412843

Tole Yara Luis Edgar

7061412851

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de: Especialista en
Casación Penal

Director

Leonel Mauricio Peña Solano

Doctor en derecho

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA
ESPECIALIZACIÓN EN CASACIÓN PENAL
BOGOTÁ
2015

La valoración probatoria en sede de casacion penal

	Pág.
Introducción	4
Definición del problema	8
Justificación	9
Objetivo general y específico	10
 La valoración probatoria en sede casacional	 14
línea jurisprudencial	14
la sentencia arkimédica	12
nicho citacional	13
ingeniería reversa y telaraña citacional	
en sede de instancia	21
aspectos previos	
postulados de la lógica	
máximas de la experiencia	
reglas de las ciencias	
en la doctrina	29
Resultados y discusión	
Referencias	36
Anexos	

Introducción

Con la evolución jurisprudencial, a partir de la Constitución Política de 1991, se ha venido desarrollando una nueva conceptualización del derecho, imbuida a través de los principios rectores señalados en la máxima expresión del derecho, como de las reglas y subreglas reconocidas en ellas, por parte de la jurisprudencia colombiana, particularmente, a través de la creación de líneas jurisprudenciales que permitan dirimir diferentes situaciones que comparten una identidad fáctica, y a las que se deben aplicar reglas de derecho iguales. Es dicho progreso en el desarrollo de los derechos y garantías de estirpe constitucional, como su reconocimiento y amparo a través de las diferentes acciones jurisdiccionales como en sede de casación, los que han permitido el crecimiento del espectro de valoración por parte de los jueces en sus diferentes instancias, en procura del garantismo el estado social y democrático de derecho. No obstante, los recursos extraordinarios, como las acciones de protección de garantías de los coadministrados y destinatarios de la administración de justicia, en punto de la valoración probatoria, es limitada para esas acciones, no así para el juez de instancia que da génesis a la primera etapa del proceso.

Así, la Corte Suprema de Justicia en sede de casación penal, ha desarrollado una serie de reglas y subreglas, para accionar ante ella por la vía extraordinaria de la casación, pero obedeciendo a un criterio no de formulación de citas analógicas o estrechas, en relación a la identidad fáctica, sino a través de citaciones temáticas o conceptuales, sobre las que se centrará este trabajo, y en aspectos jurídicamente relevantes, de cara al

ordenamiento específico que abra paso a la formulación de los cargos contra la decisión que se considera trasgresora del ordenamiento sustancial, como por los yerros efectuados durante el trámite procesal.

Así, la ley 906 de 2004, a diferencia de la ley 600 de 2000, estableció unas nuevas causales, para efectuar el reproche objetivo, sin argumentaciones o consideraciones personales, sino a partir de yerros visibles de bulto, sin necesidad de profundizar en consideraciones propias de las instancias. La primera de las normas, sobre la que se cimienta el presente estudio, señaló como causales para recurrir en casación (Art. 180 L. 906 de 2004), cuatro vías de ataque para resquebrajar la doble presunción de legalidad y acierto de las decisiones de las instancias, a saber: 1) . Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso. 2) Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes. 3) El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia. 4) Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil.

Tratando la primera de ellas, lo concerniente al ataque por la vía directa por desconocimiento del derecho sustancial en cada una de sus especies: interpretación errónea, aplicación indebida o falta de aplicación (confrontación y reproche de derecho,

sin alusión a supuestos de hecho). La segunda, en tránadose del desconocimiento de los derechos del procesado o de las partes alinterior del proceso. La tercera, y sobre la que se centra este estudio, delimitada por las reglas de producción y apreciación de las pruebas (sin discutir aspectos de derecho por vía directa, sino los aspectos probatorios. Y, la cuarta, atinnete a la reparación intregal del agravadiado con la conducta.

Ahora, en lo que nos atañe frente a la tercera causal, se configuran dos situaciones disímiles, como quiera que las reglas de producción versa sobre una discusión de derecho, mientras las reglas de producción se cimienta en una discusión de hecho, claro, las dos versan sobre la apreciacion probatoria. Es en ella que el juez puede abrirse paso en los yerros que por esa vía resultan reprochables a las instancias, esto es, efectuar un falso juicio de identidad, un falso juicio de existencia o falso raciocinio, siendo esos aspectos los que cimientan el ataque por esa vía, sin deconocer y dando por sentado, que no se discuten aspectos de derecho, sino los supuestos de hecho, y las pruebas que cimientan la decisión de las instancias, debiéndose demostrar el palmario error en el que incurrieron los juzgadores, sin lugar a elucubraciones o auscultaciones para clarificar el sentido de la decisiones o de los yerros esgrimidos. Empero, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reiteradamente ha sostenido que no son una tercera instancia, pero verificada la prosperidad del cargo formulado por el demandante, debe proceder a dictar el fallo de reemplazo correspondiente. Pero, para dictar ese fallo, es importante que en dicha sede casacional se valoren las fallas alegadas por el demandante, particularmente para el objeto de estudio, la valoración de los medios de prueba, que acorde con el principio de limitación, no le permitiría la Corte en esa sede valorarlas, sino confrontar

los argumentos y fallas señaladas. Pese a que en reiterada jurisprudencia se ha señalado, que el recurso extraordinario no constituye una tercera instancia, y que no se efectúa valoración probatoria alguna, menester es demostrar que dicha valoración es indefectiblemente realizada para dictar el fallo de reemplazo que en derecho corresponde, atendiendo a los reproches efectuados a las instancias en la valoración de las pruebas (regla de apreciación), cuando se promulga el ataque por la vía indirecta por error de hecho en la apreciación de la prueba, en sus subespecies (falso juicio de identidad, falso juicio de existencia, falso raciocinio).

Se demostrará que través del ataque por la vía indirecta por uno de los errores jurisprudencialmente indicados, si bien el demandante debe limitarse y mostrar de manera el yerro palmario, ostensible, notable cometido, no resulta ajena la valoración probatoria que debe efectuar la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que el resultado de esa valoración es el producto de la intelección y confrontación de lo expuesto por el recurrente extraordinario, que se somete al juicio del cuerpo colegiado casacional, aspecto a demostrarse en este trabajo, mismo de relevancia para anticipar el pragmatismo de la alta corte, pese a indicar que, contrario sensu a su formulación, se realiza un ejercicio valorativo de las pruebas, sin intervención de principio de inmediatez.

Definición del problema

A partir de las consideraciones efectuadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, partiendo este estudio de la sentencia bajo radicado 45.104 de 2015 y el auto inadmisorio previamente formulado a ella, como en el marco de citas conceptuales o temáticas llevadas a cabo en ella, en punto al alcance en sede casacional a la valoración probatoria de cara a los principios de irrevisabilidad y limitación que impiden efectuar valoración alguna. El primero de ellos que imposibilita al juez de casación efectuar la revisión o valoración probatoria, por vulnerar el principio de inmediación; el segundo a las restricciones fijadas en sus reproches por parte del demandante extraordinario, cercenando cualquier posibilidad de movilidad de la sala penal de la corte suprema de justicia, que reprimen el pronunciamiento más allá de los cargos formulados, se excluyen cuando la corte profiere fallo de reemplazo, atendiendo a la valoración probatoria que debe realizar al convertirse en instancia.

Pero, en tal sentido, es pertinente cuestionarse: ¿es procedente la valoración probatoria en sede casacional?; ¿se constituye en ese aspecto en un tercera instancia?, para eventualmente lograr determinar y responder al problema jurídico que se formula en esta investigación: ¿ En sede casacional la sala penal de la Corte suprema de justicia, al momento de proferir sentencia de reemplazo, efectúa valoración probatoria cuando se ha invocado la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en sus especies?.

Precisamente, es a partir de aquellos cuestionamientos que se quiere proceder aquellos lineamientos relevantes en la jurisprudencia colombiana, particularmente, de la Corte Suprema de Justicia en su sala penal, para clarificar, si en efecto no se lleva a cabo valoración probatoria, o por el contrario no es así.

Justificación

Es así, que cuando el recurrente busca absolución por error en la valoración de la prueba por falta de aplicación del principio de la inmediación, en sede casacional encuentra restringido su accionar, en virtud de los principios de irrevocabilidad y limitación, dado que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia –Sala Penal-, en su jurisprudencia han expresado que ese recurso no es de libre elaboración, por parte de quien a él recurre, ni para efectuar nuevos debates frente a las temáticas ya abordadas en cada una de las instancias, de cara a la doble presunción de legalidad y acierto de los que se encuentra revestida las decisiones de las instancias.

Empero, se debe indicar, que la premisa de la Corte, en su abundante jurisprudencia, no pasa de ser una afirmación inconstatable, porque precisamente a partir de la falseación de ella, se demostrará que la sala de decisión penal de la corte suprema de justicia, en efecto al formularse el cargo de reproche contra el proveído de segunda instancia, bajo la égida de la causal tercera de casación, para este caso por errores de hecho en la apreciación de la prueba, bien por falso juicio de identidad, falso juicio de existencia o falso raciocinio, se ve avocada a adentrarse en su estudio, valorarla y darle el poder suasorio indispensable que le corresponda al momento de adoptar a decisión.

Para poder dar respuesta a los problemas formulados, se debe implementar una metodología de falseación, para a partir de ella, poder identificar a través de la creación de una línea jurisprudencial, las sentencias relevantes que permitirán corroborar la hipótesis de trabajo que se propone. Aunado a lo anterior, se validará desde la perspectiva doctrinal, que posición han adoptado los estudiosos en la materia a nivel nacional e internacional, como corroborar o desmentir que la sala de decisión penal, en sede casacional se constituye en una tercera instancia.

Objetivo general y específico

general

Partiendo de un estudio jurisprudencial doctrinal, tanto nacional como internacional en ese último aspecto, se pretende socavar en los lineamientos existentes para el logro de el proferimiento de sentencias trascendentales en la fijación de reglas para recurrir en casación bajo al égida de la casual tercera cuerpo segundo del numeral 3º del artículo 181 de la ley 906 de 2004 al unísono con las señaladas por el artículo 207 de la ley 600 de 2000. Así, la casual invocada corresponde con la violación indirecta de la ley sustancia por error de hecho (apreciación) otorra por falso juicio de identidad (adiciona, tergiversa o cercena), falso juicio de existencia (no existe, existe y no la valora) o falso raciocinio (reglas de la experiencia, de la ciencia o la lógica).

específicos

Determinar, a partir de un número de sentencias preseleccionadas a través de la elaboración de un nicho citacional “ingeniería de reversa” tomando como punto de partida a la sentencia arquimédica, que hagan referencia a la violación indirecta de la ley sustancia por error de hecho, en su diferentes modalidades, sin ceñirse a una de ellas en particular, para la evidenciar la valoración probatoria por parte de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, en contravía de la argumentación que en tal sentido se ha sostenido no se efectúa.

Para tal efecto, se procede establecer las sentencias más relevantes dentro del desarrollo de la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria penal en consideración a que la propia jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, no se constituye en una tercera instancia, y menos pueden, al igual que la segunda instancia, efectuar valoraciones probatorias.

Así, y de cara a la doctrina nacional y foránea, comprobar la existencia de una línea jurisprudencial que pese a negar ser una sede adicional o instancia, se constituye en ella, y efectúa apreciaciones probatorias propias de la primera instancia.

Finalmente, se debe apuntalar que el estudio, en mas de las ocasiones, conducirá a a remisión a autos de inadmisión de las demandas de casación, como quiera que en ellos, se efectúan valoraciones de fondo frente a los cargos formulados, y en muchas de las ocasiones, es en ellos donde se puede proceder a fijar derroteros y lienamientos en atención a los propios argumentos de la decisión, como atendiendo a citas sobre aspectos temáticos jurñidicamente relevantes para el ataque por la vía indirecta al violarse a ley sustancias por error de hecho.

Valoración probatoria en sede de casación penal

Línea jurisprudencial

la sentencia arquimédica

A partir de la sentencia bajo radicado 45104 de fecha 25 de marzo de 2015, Magistrado ponente Dr. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, sentencia base de nuestra investigación, se le abordará como sentencia arquimédica. Empero, para el estudio relevante fue necesario abordar el auto de inadmisión que dentro del mismo radicado se profirió, como quiera que, es primordialmente al interior de dichos autos, donde se desarrolla en mayor grado las causales de aunado a en este trabajo fueron analizadas 47 sentencias del máximo tribunal de la jurisdicción penal.

Aunque pertinente es señalar, que las bases de este trabajo investigativo, tienen como genesis el estudio jurisprudencial , no por ello se centra en su validación concreta, sino paralelamente, apoyándose en las posiciones doctrinarias que en torno a la valoración probatoria se hayan podido formular.

Para tal efecto, la moderación de este trabajo, se acompasa al considerar que la discrecionalidad por parte de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de Casación en la valoración de la prueba, desconoce el debido proceso, por carencia de inmediación en su valoración, generado un conflicto jurídico entre la ponderación de la prueba y la apreciación que

de ella se hace en sede casacional, aspecto este último, sobre el que el alto tribunal ha referido no efectuar valoración, sino la simple constatación de los cargos formulados como reproche.

nicho citacional.

En punto del planteamiento a desarrollar en este acápite, el siguiente cuadro nos permite identificar el nicho citacional de la sentencia arquimédica fundamento de estudio.

Figura 1.

NICHO CITACIONAL									
RADICADO 45104/15									
PRIMER NIVEL	14872/02	32571/11	44934/15	10479/00	33919/10	41368/13	42344/13	17712/04	16472/02
SEGUNDO NIVEL	11636/00	12106/02	44080/14	14845/99	18428/04	24322/05	10479/00	NO REALIZA CITAS	11130/01
	15874/00	14872/02	44309/14			14147/02	33919/10		15884/02
	2/09/00		43650/14				41368/13		
	15976/00		23347/05				31522/09		
	10315/01		35670/11				19565/03		
	19/08/97		39492/14				17712/04		
			41232/14				21321/06		
							34150/10		
							24322/05		

Nota: elaborada por los autores de esta investigación.

Es, a partir de ese nicho citacional (figura 1), que podemos comenzar a avizorar aspectos relevantes y continuos en la jurisprudencia del máximo tribunal ordinario penal. Empero, debe precisarse que para el caso de las sentencias que conforman el nicho, las mismas no observan una regularidad a partir de citas estrechas o amplias, sino que obedecen a citas conceptuales o temáticas, de cara a la dificultad de agrupación atendiendo a los supuestos fácticos análogos, que recojan los principios y reglas que permitan definir un precedente vinculante.

En el nicho citacional de la sentencia 45104, es posible avizorar aspectos que resultan relevantes a la investigación, y que matizan cierta regularidad. Obsérvese que la sentencia arquimédica, ya deja entrever que entre su digramación citacional, reiteración de citas jurisprudenciales. Podría anticiparse que dentro de ellas, mantienen una vocación a ser consideradas sentencias hito la 24322/05 y la 17712/04. Especialmente, esta última, como quiera que en ella no se hace cita alguna a sentencias anteriores, desestimando un precedente judicial previo, sino a partir de los textos legales y las causales de casación propiamente dichas.

En es orden, se observa que la sentencia 17712/04, es citada sistemáticamente, no solo por la sentencia arquimédica, sino también en varias de las decisiones que conforman el nicho citacional. Por ejemplo, esa sentencia es citada en la 42344/13, y directamente en la arquimédica.

ingeniería inversa. análisis del nicho citacional.

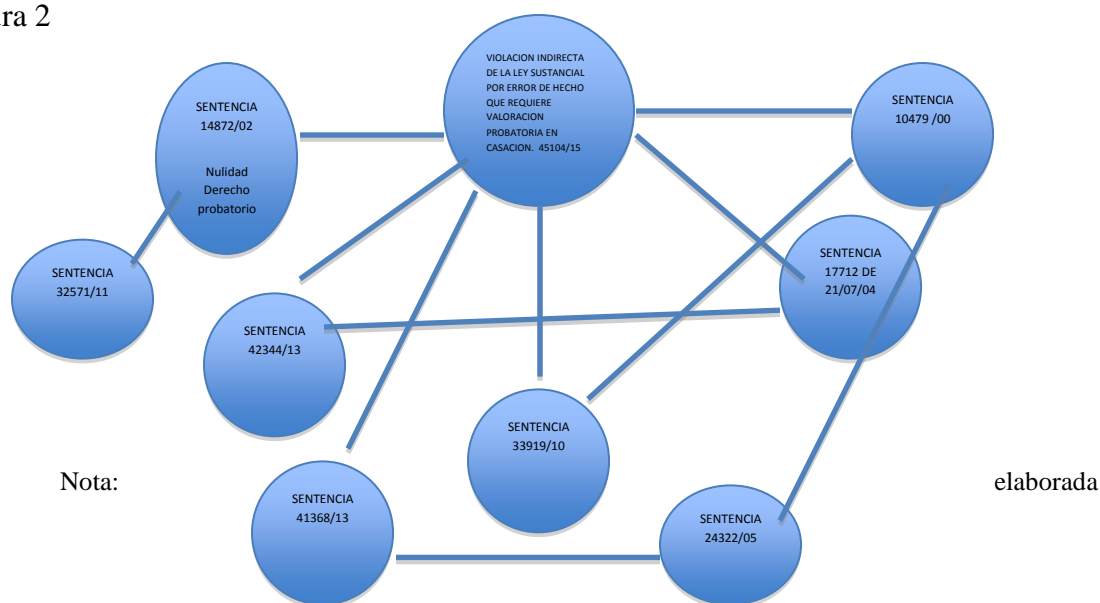
Ahora, en los diferentes niveles de la jurisprudencia sometida a estudio, se identificaron los conceptos jurídicos relevantes a tratar, en punto de la formulación de la hipótesis a desarrollar en esta investigación.

Para el efecto de esta investigación, se tomó como sentencia arquimédica la 45104 de 2015, como el auto inadmisorio que en ella también se formuló, para a partir de ella, lograr definir la existencia de una línea jurisprudencial que denote la demostración de la hipótesis y la resolución a los problemas planteados.

A partir de ese proveído, se pudo, de un nicho de 47 sentencias, determinar que tan solo 12 de ellas, guardan una identidad conceptual y jurídica, no así fáctica. Ello, porque en dicha sede resulta complejo la creación de citas de carácter analógico, bien sea estrecho o amplio, como quiera que hace referencia a aspectos conceptuales.

Para ello, ahora es conveniente identificar, a través de los puntos nodales de las citas en los que coinciden, conllevando a la sentencia hito dentro de la línea.

Figura 2



por los autores de esta investigación.

Así, en la sentencia aquirimédica se señaló por parte de la sala penal de la corte suprema de justicia, a abordar la causal de falso raciocinio, que:

Resulta conveniente evocar lo dicho por la Sala en punto del referido motivo casacional, en el sentido de que éste se presenta cuando existiendo legalmente la prueba y pese a ser valorada en su integridad, se le asigna un poder de convicción que desconoce los postulados de la sana crítica, vale decir, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes de la ciencia.

En consonancia con lo anterior, el recurrente no puede quedarse en meros enunciados, sino que le corresponde la carga de indicar el medio de conocimiento sobre el cual recae el yerro; qué dice objetivamente; qué mérito demostrativo le asignó el juzgador en el fallo atacado; cuál o cuáles fueron las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes de la ciencia desconocidas por el fallador (...).

Y agregó la sentencia en comentario:

la impugnante no cumple con las exigencias formales y sustanciales que exige para su demostración un reproche como el que propone por falso raciocinio, puesto que ni siquiera identifica la prueba sobre la cual recae el error de valoración probatoria, sino que en términos ambiguos se refiere a «determinadas pruebas», con lo cual impide a la Corte entrar a analizar de fondo si en la estimación de los medios de convicción se desconocieron las reglas de la sana crítica en tanto éstos no se relacionan, además que tampoco precisa qué principio de la lógica, máxima de la experiencia o ley de la ciencia quebrantó el ad quem, o cuál era la que correspondía aplicar en el asunto examinado.

Al margen de lo anterior, la Corte advierte que las conclusiones a las que arribaron los juzgadores de instancia en punto de la responsabilidad de los uniformados inculcados no son producto de su capricho, tampoco adolecen de soporte probatorio ni se ofrecen arbitrarias, infundadas o irracionales como lo afirma, sin demostrarlo, la casacionista.

En el nicho desarrollado, es menester observar cierta recurrencia y relevancia de las citas que se hacen de una sentencia en particular, con una regularidad relevante. En la sentencia arquimédica, se pudo verificar que los hechos relevantes a dilucidar se centran en delimitar las actividades del servicio de las fuerzas militares, cuando se encuentran ejerciendo actividades propias del servicio, y producto de ellas, efectúan hallazgos de bienes que aunque no les correspondía incautar, debían ponerse a disposición de las autoridades competentes, pero en vez de ello, entran en posesión de dichos bienes, apropiándose los miembros de las fuerzas militares.

Al emprender el estudio de la cita jurisprudencial, se pudo comprobar que en la sentencia se abordaron diferentes conceptos y temáticas. Por ejemplo, al citarse la sentencia 14872/02, como la citas en ella realizadas, se verificó que lo hace en punto del tratamiento de las nulidades en sede casacional, aspecto que si bien fue formulado por los recurrentes en la sentencia arquimédica, no guarda identidad fáctica jurídicamente relevante con ella, y tampoco con las demás citas efectuadas dentro del nicho citacional. No hay relación ni patrón fáctico, entre la arquimédica y la precitada decisión, sí desde la conceptualización en punto a las nulidades, empero no frente a la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en sus especies. Ello no solo porque ella pese a ser sentencia, a su vez efectúa citas de autos, que si bien resuelven aspectos formales de la demanda formulada, se adentra en la verificación del cumplimiento de aspectos sustanciales con injerencia en la valoración de los cargos de reproche formulados a la demanda de casación.

Sin embargo, contrario a lo sostenido por el Profesor Diego López Medina, en la línea de la jurisprudencia de la sala penal de la corte suprema de justicia, no es aconsejable seguir los supuestos fácticos para desglosar la identidad analógica en las decisiones que permita la resolución futura de eventuales controversias que guarden correlación real con otros casos

sometidos a la jurisdicción casacional penal. No. Precisamente es el marco conceptual y temático, el que se abre paso en la gestación de derroteros jurídicos que permitan traslapar esos criterios legales, a efectos de cimentar reglas y subreglas que permitan aplicarse a casos futuros.

Se aviene en necesario efectuar la constatación de los aspectos trascendentales a ser considerados en la sentencia, para lo cual se torna en necesario diagramar los diferentes escenarios formulados en las sentencias citadas en primer nivel como en segundo nivel, en punto a la temática conceptual bajo estudio.

Tabla 3



Nota: elaborada por los autores de esta investigación

Al comprobar la sentencia 17712/04, se constata que ella no efectuó ninguna cita jurisprudencial.

Ahora, verificada la sentencia 14872 de 2002, se pudo corroborar que ella, pese a encontrarse dentro de las citas que en primer orden efectuó la sentencia arquimédica, ella obedece a una cita caótica, como quiera que la identidad temática o conceptual resulta ajena a aquella, sin que por tanto puedan crearse una regla para su aplicación o eventuales apreciaciones por parte del operador judicial. La primera, versando sobre hechos en los cuales un grupo de uniformados pertenecientes a las fuerzas militares, en curso de un operativo realizan el hallazgo de unas caletas con dinero, desconociendo los militares a quién pertenecían esas caletas; entre tanto, la segunda de ella, versa sobre el reconocimiento de una causal de atenuación, a través de la morigeración de la pena al reconocerse la ira e intenso dolor, como la controversia en punto de la

dosificación punitiva. Por ello, se excluye esta sentencia, que no cumple propósito alguno en la delimitación de la línea jurisprudencial que se pretende construir o definir.

Por su parte, la sentencia 10479/00, misma que es citada por la arquimédica, da cuenta de hechos que versan sobre el concurso de conductas punibles, pero sin relación con la arquimédica, tan solo para señalar las causales predicables, a la luz de la ley 600/00, como reprochables en casación. Nada dice sobre supuestos fácticos con identidad análoga con la 45104/15. Luego, la suerte de exclusión como objeto de investigación de esa sentencia da al traste con la labor investigativa en ese sentido, de seguirse el lineamiento de analogía fáctica, cuando se ha tomado el análisis temático o conceptual. No obstante, relieve adquiere al efectuar postulaciones sobre los errores que se alegan por la vía indirecta por violación de la ley sustancial, al indicar:

Incurrir en error de hecho por falso juicio de existencia el juez que omite apreciar una prueba legalmente aportada al proceso, o cuando, a contrario sensu, infiere consecuencias valorativas a partir de un medio de convicción que no forma parte del proceso por no haber sido legal y oportunamente incorporado.

El error de hecho por falso juicio de identidad supone, en cambio, que el juzgador si tiene en cuenta el medio probatorio legal y oportunamente practicado; no obstante, al sopesarlo lo distorsiona, tergiversa, recorta o adiciona en su contenido literal, de suerte que arriba a conclusiones que real y objetivamente no se desprenden de él.

Si la prueba existe legalmente y es valorada en su integridad, pero se le asigna una fuerza de convicción que vulnera los postulados de la sana crítica, es decir, las reglas elementales de la lógica, las máximas de la experiencia y los aportes de las ciencias aceptados como vigentes, se incurre entonces en error de hecho por falso raciocinio.

La sentencia bajo radicado 3319/10, la misma suerte estaría llamada a correr. Verificada la sentencia, en momento alguno guarda relación o identidad fáctica con la arquimédica. Sin embargo, en ella se ocupa la sala penal de desarrollar el ataque por la vía indirecta de la ley

sustancial, bien por falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o falso raciocinio. En esta última, se señaló por parte de la sala penal de la Corte que:

La demostración de la trascendencia del yerro atribuido al ad quem comporta la obligación de enseñar a la Corte que si tal falencia no se hubiese presentado, entonces el sentido del fallo sería distinto, y para ello es preciso demostrar que si la prueba omitida se hubiese apreciado en forma correcta, las restantes pruebas sopesadas por el Tribunal perderían la entidad necesaria y suficiente para mover hacia la convicción declarada en el fallo.

Con ello, se acredita que las sentencias del nicho citacional, se ocupan, en tratándose de la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, en sus especies y subespecies, de sentar deorroteros en la debida formulación de los cargos en instancia casacional. Pero a partir de la sentencia 17712 del 21 de julio de 2004, M.P. Alfredo gómez quintero, se indicó que:

El falso raciocinio como error de hecho que recae sobre la valoración de la prueba, cuando al medio probatorio se le reconoce un mérito persuasivo que realmente no tiene, impone en su demostración señalar lo que objetivamente el medio dice, indicar la inferencia que de él se hizo en la sentencia, el mérito persuasivo reconocido en ella, la regla de la experiencia, el postulado de la lógica o el principio de la ciencia ignorado y la trascendencia de la equivocación

Por su parte, la sentencia bajo radicado 41368 de 2013, se encarga de abordar la adecuada forma de desarrollar los cargos en sede de casación; la importancia de no trasladar un cargo con otro, como la de desarrollar adecuadamente cada cargo; aunque los supuestos fácticos son disímiles, porque esta última decisión versa sobre un homicidio cometido por o con la anuencia de militares activos y en ejercicio de sus funciones, y durante el ejercicio de las labores constitucional y legalmente diferidas a sus correspondientes cargos, no deviene en identidad analoga de hechos.

Apuntala esa sentencia:

En lo que corresponde a los requisitos que debe cumplir la demanda con la que se sustenta la impugnación extraordinaria, se ha señalado que si bien el nuevo estatuto procesal no enumera de manera rigurosa los requerimientos que debe cumplir un libelo de casación como en efecto lo hacía el anterior artículo 212, de los artículos 183 y 184 se pueden deducir los siguientes:

- (i) Se señalen de manera precisa y concisa las causales invocadas.*
- (ii) Se desarrollen los cargos, esto es, que se expresen sus fundamentos o se ofrezca una sustentación mínima. Y,*
- (iii) Se demuestre que el fallo es necesario para cumplir algunas de las finalidades del recurso.*

Lo anterior porque en correspondencia con lo establecido en el 184 inciso 2°, no será seleccionada la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos:

- (i). El demandante carece de interés jurídico.*
- (ii). Se prescinde de señalar la causal.*
- (iii). No desarrolla los cargos de sustentación, y*
- (iv). Cuando de su contexto se advierte fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso*

Y agregó ese proveído:

Se recuerda al libelista que el error de hecho, “se presenta cuando el juzgador se equivoca al contemplar directamente el medio; porque omite apreciar una prueba que obra en el proceso; porque la supone existente sin estarlo (falso juicio de existencia); o cuando no obstante considerarla legal y oportunamente recaudada al fijar su contenido la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen en ella (falso juicio de identidad); o porque sin

cometer ninguno de los anteriores desaciertos, existiendo la prueba es apreciada en su exacta dimensión fáctica y al asignarle su mérito persuasivo, transgrede los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia, es decir, los principios de la sana crítica como método de valoración probatoria (falso raciocinio).

Ahora, neceseraiio es proceder a delimitar la línea jurisprudencial en torno al problema jurídico, para formular las dos soluciones extremas, a partir de la falseación que de ella se realiza para poder sentar la posición antagónica a dilucidar.

¿En sede casacional la sala penal de la Corte suprema de justicia, al momento de proferir sentencia de reemplazo, efectúa valoración probatoria cuando se ha invocado la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en sus especies?

Figura 4

En sede casacional cuando se alega la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho la Corte Suprema de Justicia realiza valoración probatoria como sede de instancia	Doctrina jurisprudencial mayoritaria niega que sea una tercera instancia 1999-2015 No se realiza valoración probatoria en sede de casación 1999-2015	En sede casacional cuando se alega la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho la Corte Suprema de Justicia no realiza valoración probatoria por no constituir una tercera instancia
---	---	---

Nota: elaborada por los autores de esta investigación.

Aquí ya se observa, que es unidireccional la jurisprudencia de la sala penal de la corte suprema de justicia, en portar como estandarte y derrotero que ella no constituye una tercera instancia, y menos que efectúe valoración probatoria, por no tratarse de un aspecto debatible en esa sede, por no ser una tercera instancia; es al recurrente a quien le corresponde demostrar las trasgresiones de las instancias, de manera palmaria, para que ese órgano colegiado avoque el conocimiento y desarrollo de los cargos que se formulen en el

libelo casacional, bajo los lineamientos que para tal efecto han fijado la ley y la jurisprudencia.

Valoración probatoria en sede de instancia

aspectos previos

A la luz del artículo primero de la Constitución Política, Colombia es un Estado social y democrático de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

La misma carta magna establece en el título VIII, de la Rama Judicial, que las decisiones de la administración de justicia son independientes y las actuaciones públicas, garantizando el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia y que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos, al imperio de la Ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

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 (Morales Medina, Hernando. Técnica de Casación Civil. Bogotá, Ediciones Rosaristas, Segunda Edición, 1983).

Con fundamento en el mandato Constitucional de independencia, los Jueces de la República a la hora de tomar sus decisiones en materia penal, para llegar a un total convencimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, valoran las pruebas en su conjunto según las reglas de la sana crítica.

Si bien el criterio de la sana crítica no está literalmente consagrado en el sistema procesal penal de tendencia acusatoria (Ley 906 de 2004), el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia penal, en el auto del 24 de noviembre de 2005, radicación 24323, se refirió al tema:

El sistema de valoración probatoria sigue siendo el de la persuasión racional o de la sana crítica, como se deduce, vr.gr., de distintos pasajes normativos de la Ley 906 de 2004: art. 308, sobre requisitos para la medida de aseguramiento, la cual 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; art 380, “los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto”; y, arts. 7 y 381, para proferir sentencia condenatoria deberá existir “convencimiento de la responsabilidad penal, más allá de toda duda”. (COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Auto 24323/05)

La misma corporación, en decisión del 21 de abril de 1998, radicado 12.812, definió la sana crítica de la siguiente manera:

En términos elementales, la sana crítica es el estudio de la prueba esencialmente con base en las indicaciones de la lógica y en las pautas trazadas por la ciencia y la experiencia. (COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Auto 12812/98)

En decisión del 2 de noviembre de 1993, radicado 7.423, había manifestado al respecto:

Es el análisis liberal, racional, cualitativo, que hace el funcionario judicial, mediante el cual puede llegar a la certeza o convicción positiva o negativa frente a la responsabilidad del procesado. (COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Decisión 7423/93)

En el sistema penal de tendencia acusatorio, las pruebas pertinentes y revestidas de legalidad, se practican en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, el

iudex debe tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia –*principio de inmediación*- y con fundamento en esa percepción directa y sensorial de las pruebas, debe elaborar juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo.

En ese conjunto de ejercicios especulativos de cavilación e intelección (juicio de raciocinio), el Juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto de las reglas de las ciencias, según la reiterada jurisprudencia de las altas Cortes de acuerdo a su competencia.

No obstante lo anterior, el tratadista Español SANTIAGO SENTIS MELENDO, La prueba, Buenos Aires: Editorial EJE. 1990, Pág. 239, atribuye el origen de las reglas de la sana crítica a la Ley Española de enjuiciamiento civil de 1885, artículo 317, “*Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos*”. Sin embargo concluye, que ni el también tratadista y compatriota José Vicente y Caravantes siendo el más calificado intérprete de aquella ley y conocedor de sus antecedentes, podía establecer cuáles eran esas reglas de la sana crítica.

Renunciando a las posturas escépticas sobre la sana crítica, procederemos a definir cada postulado según las altas Cortes del ordenamiento jurídico colombiano.

1. Postulado de la lógica.

La lógica es un concepto filosófico, atribuida principalmente a los tratados de Aristóteles, 384 aC - 332 aC, conocidos como Órganon, contienen el primer tratado sistemático de las leyes de pensamiento para la adquisición de conocimiento. Representan el primer intento serio que funda la lógica como ciencia. Aristóteles no hace de la lógica una disciplina metafísica sino que establece correspondencias recíprocas entre pensamiento lógico y estructura ontológica.

Según el diccionario jurídico, Palma Q. Editores, segunda edición, la lógica, es:

Ciencia de las leyes, modos y formas del pensamiento humano y del conocimiento científico. Evidencia. Naturalidad en los acontecimientos.

La honorable Corte Constitucional, en sentencia C-504 de 1993, definió la lógica, como:

*La disciplina que estudia las reglas de razonamiento necesarias para la construcción de cualquier otra ciencia. Pese a la multiplicidad de sentidos con que puede utilizarse el vocablo - lógica formal, lógica material, lógica clásica, lógica deóntica, lógica proposicional, lógica paraconsistente, entre otros - , lo cierto es que la lógica ofrece un sistema de reglas que permite distinguir argumentaciones válidas de las no válidas. En este sentido, la lógica se ocupa exclusivamente del aspecto formal del razonamiento. La observancia de las **reglas de la lógica** no es condición suficiente más sí necesaria para la existencia de una ciencia.” (Negrilla del texto original).*

(...)

*Es necesario distinguir entre la lógica, entendida como conjunto de principios generales del razonamiento formalmente correcto, y los diferentes tipos o aplicaciones de la lógica a los objetos. **La lógica, en la primera acepción genérica, remite a los principios clásicos de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente** - los tres primeros postulados por Aristóteles y el último por Leibniz - , cuya observancia permite afirmar la verdad o falsedad de un enunciado. En contraste, los diversos tipos de lógica hacen relación a la aplicación de estos principios a diversos objetos, como sucede en el análisis de enunciados descriptivos - lógica proposicional - o bien de enunciados prescriptivos - lógica deóntica –“.* (Negrilla del texto original). (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-504/93, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz)

Por su parte, la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en decisión Rad. N° 27690 de 2008, hace uso del principio de razón suficiente para respaldar sus conclusiones a partir de unos datos que transforma en premisas:

El citado axioma - principium rationis sufficientis- ha dicho la Sala, consiste en que para aceptar como verdadera una enunciación, debe estar sustentada en una razón apta o idónea que justifique el que sea de la forma en que está propuesta y no de manera diferente; este principio se refiere a la importancia de establecer la condición o razón de la verdad de una proposición. En otras palabras, el principio de razón suficiente está referido al fundamento del juicio acerca del cual se busca predicar su veracidad; concierne de manera directa al soporte del objeto de conocimiento o al cimiento de los enunciados que se predicán del objeto de conocimiento, diferenciándose así de los otros principios universales de la lógica - de identidad ("a", es "a"), no contradicción ("b" no es "no- b"), y tercero excluido ("c" es forzosamente "d" o "no d")- , pues éstos se refieren a la forma correcta de razonar desde un punto de vista estrictamente formal, para extraer conclusiones válidas de lo que ya es conocido la anterior distinción es fundamental, pues si bien los otros principios estatuyen algo sobre la verdad del juicio, nunca aluden al objeto en sí, ni a la situación de los juicios a los que aquél se refiere, sólo establecen reglas de razonamiento aplicables por necesidad, sin importar su contenido. Esto no sucede con el principio de razón suficiente que recalca en el problema de la veracidad de las premisas, como presupuesto indispensable para obtener una conclusión correcta.

Por lo tanto, la función o rol del comentado principio, de modo general, es dirigir el pensamiento en la búsqueda de lo que no conoce, de donde resulta entonces que la razón de un juicio o de un enunciado es "suficiente" cuando basta por sí para servir de apoyo a aquél, es decir, cuando no hace falta nada más para que el juicio sea plenamente verdadero; en cambio es "insuficiente", cuando por sí sola no alcanza para fundamentar el enunciado, sino que necesita ser complementada con algo para que se tenga por verdadera la proposición.

En materia procesal, la aplicación del anterior principio implica que la razón de suficiencia de un fallo debe buscarse en el apoyo o fundamento material de sus enunciados, lo que equivale a decir, en las pruebas y, en consecuencia, la postulación del

principio estudiado se traduciría en que las pruebas en las que se basan las conclusiones de una sentencia, sólo deben dar fundamento a esas conclusiones y no a otras.

(COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia 27690/08, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca)

La teoría de la razón suficiente para dar por probado un hecho no se utiliza solo respecto de la prueba, sino que también en el allanamiento a la imputación fáctica y jurídica, la aceptación de cargos a la acusación, el preacuerdo y la estipulación probatoria.

2. Máximas de la experiencia.

El diccionario Larousse define la experiencia de la siguiente manera:

Enseñanza sacada de lo que uno ha hecho. Conocimientos adquiridos por la práctica. Hecho de haber experimentado o presenciado algo: conocer por experiencia.

La honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en decisión Rad. 16.472/2002, manifestó al respecto:

La experiencia es una forma específica de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable.

(...)

Conjunto de sensaciones a las que se reducen todas las ideas o pensamientos de la mente, o bien, en un segundo sentido, que versa sobre el pasado, el conjunto de las percepciones habituales que tiene su origen en la costumbre; la base de todo conocimiento corresponderá y habrá de ser vertido en dos tipos de juicio, las cuestiones de hecho, que versan sobre acontecimientos existentes y que son conocidos a través de la

experiencia, y las cuestiones de sentido, que son reflexiones y análisis sobre el significado que se da a los hechos. (COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia 16472/02, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego)

Nótese en la definición anterior, una anfibología en la medida en que la experiencia es leída por un lado como dato de los sentidos, y de otra parte, como forma de conocimiento que se expresa en prácticas comprensivas a partir de la formulación de las generalizaciones. Esta ambigüedad permitirá que en oportunidades se argumenten las decisiones en uno de los sentidos de la expresión y en otras circunstancias se utilice la otra posibilidad semántica, con lo que el argumento sobre los hechos se hace de difícil control.

3. Reglas de las ciencias.

La honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión Rad. 12.721/1999., manifestó al respecto:

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/s²); 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 psicología, la antropología, la biología, cítense aquí por ejemplo la composición cromozomática 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. (COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Auto 12721/99, M.P. Carlos E. Mejía Escobar)

El Doctor ORLANDO ENRIQUE PUENTES (2009), en su trabajo de grado presentado para optar al título de máster en derecho en la Universidad Nacional de Colombia, hace la siguiente reflexión:

La posición de la jurisprudencia nacional en materia de apreciación de las pruebas reitera lo dispuesto en los ordenamientos legales, es decir, que el trabajo de valoración de la prueba deberá hacerse con base en los criterios de la sana crítica. No obstante, la disposición legal es una cláusula abierta en la medida en que no fija, ni precisa en qué consiste la sana crítica; además, es un criterio extralegal, lo que ha llevado a las altas cortes a ocuparse del tema para fijar su alcance. Para ello han seguido una estrategia similar entre las distintas corporaciones y salas que las componen. La estrategia pasa por dar un concepto de sana crítica, un concepto de lógica, un concepto de los principios de la lógica, un concepto de experiencia, y luego aplicarlo al caso que se está fallando. Es un procedimiento deductivo.

El desconocimiento de las reglas de la sana crítica en la sentencia, se ha catalogado por la doctrina y la jurisprudencia como una violación indirecta de la ley sustancial, derivada de un error de hecho por falso raciocinio.

Valoración probatoria en la doctrina

Inicialmente, Álvaro Pérez Vives¹ puntualiza que el recurso de casación tuvo como finalidad de reafirmar “la autoridad de la ley frente al juez”, es decir de la arbitrariedad del poder judicial. Así que la defensa de la ley contra las sentencias violatorias de ella, lo que determinó el objetivo esencial de la casación y la creación de un tribunal encargado de cumplir aquella alta misión. Además recibió otra función complementaria de la primera, la de lograr la unidad jurisprudencial, la unidad de criterios e interpretaciones por parte de los operadores de la justicia.

En igual sentido el tratadista español Andrés Martínez Arrieta², afirma que la función de los tribunales de casación consiste en expresar la interpretación correcta de la ley unificando las proporcionadas por los tribunales aplicando la ley. Esa unificación proporciona, como consecuencia, seguridad jurídica, garantizando la vigencia del mandato general del legislador y contribuyendo a la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Pero aclara que las posteriores reformas españolas introducidas a la ley han potenciado el carácter “judicialista” del recurso de casación apartándose del modelo de casación puro, que contemplaba un sistema de control del principio de legalidad (función monofiláctica), por un recurso que pretendió dar una solución al caso concreto que era objeto de impugnación. Es decir, con funciones propias en la conformación del hecho al ampliar la recurribilidad del recurso por error de hecho en la apreciación de la prueba y en la interpretación del derecho.

¹ Colombia, Pérez Vives, Álvaro. Recurso de casación penal y del Trabajo. Editorial: Temis, 1966.

² España, Martínez Arrieta, Andrés. El recurso de casación y de revisión penal. <http://www.tirantonline.com>

El tratadista Germán Pabón Gómez³ relata que el recurso extraordinario de casación persigue unos fines públicos y privados. Así que los primeros refieren a la efectividad del derecho material que implica el sometimiento de los jueces al “principio de imperio de la ley” en el sentido de robustecer y actualizar los mandatos positivos en consonancia con las necesidades político-criminales y los referentes históricos, sociales y constitucionales. Y, el otro fin público es la unificación de la jurisprudencia nacional que traduce en el sometimiento de los juzgadores al imperio de la ley (artículo 230 Constitución Política), en virtud de la vinculación del juez y jurisprudencia solitaria o unificada es jurídica, no obstante, que puede apartarse o disentir de las que no llegasen ajustarse a los postulados constitucionales.

Continúa el doctrinante describiendo los segundos fines (privados) que en primer lugar, representa la efectividad de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal constituye un instrumento de control del control y límites al poder punitivo del Estado a favor de los particulares en sus postulados de lo debido sustancial y debido procesal respecto a las sentencias de segundo grado en una unidad inescindible con las de primer grado, en su finalidad de la nomofilaquia, efectividad y materialización de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, de ahí que la Sala Penal del Corte suele casar de manera oficiosa las sentencias que desconozcan las garantías fundamentales.

En segundo lugar, Pabón Gómez señala que la reparación de los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida corresponde al demandante esgrimir el camino normativo aplicable

³ Colombia, Pabón Gómez, German, 2011, pag 101 a 108, De la Casación Penal en el sistema acusatorio, Bogotá – Colombia, editorial: Grupo Editorial Ibáñez.

para su corrección, concretando el daño inferido, la transgresión de la ley sustancial, con una argumentación transcendental que desvirtúe la doble presunción de acierto, constitucional y legalidad de la sentencia recurrida, expuesta de manera lógica, coherente y conclusiva, para obtener la reparación de los agravios inferidos a las partes en la sentencia demandada. (2011:pp.101-108)

Por otro lado, el tratadista Alfredo Forero Romero⁴ especifica la eficacia de la prueba como violación indirecta de la ley en el recurso extraordinario de casación, en el sentido que: “el ataque contra la sentencia del *Ad quem*, por violación indirecta, buscara desquiciar la decisión fundamentado en él o en los medios probatorios, por los diferentes motivos fijados en la ley, es claro decir que se está atacando la eficacia probatoria que le dio el juez de segunda instancia a los diferentes medios”.

Jorge Fábrega P, en el tema de “el control en casación de la cuestión de hecho”, refiere sólo puede apoyarse en el argumento de que la sentencia reposa en una transgresión de la ley. Algunas ordenanzas procedimentales contienen, además, disposiciones que preceptúan que el tribunal de casación está sujeto a las constataciones de hechos cumplidos por el juez *a quo*. Después, aclara que al hacer el deslinde entre “cuestión de hecho” y “cuestión de derecho”, se toca un tema en el que “no ha podido hacer mella ni siquiera el transcurso de toda una centuria”, y al que se le asigna aún hoy importancia fundamental en el intento de definir los límites de lo casacionable. El material doctrinal sobre esta cuestión llena bibliotecas.

⁴ Colombia, Forero Romero, Alfredo. De la eficacia de la prueba en derecho. Pag..36- Editorial – Librería ediciones del profesional Ltda.. Edición 2007.

Luego, Fábrega dilucida que gran parte de la doctrina aplica la fórmula que dice: “que las constataciones de hechos y la apreciación de las pruebas no pueden en principio ser atacadas por vía de casación, por no ser el tribunal de casación una instancia que entienda de hechos”. Pero las nuevas investigaciones sobre la práctica de los tribunales de casación, desvirtúan ese principio o regla. Toda vez que pueden ser sometidos al control de esa instancia las comprobaciones de hechos (en virtud de la fórmula de las “transgresiones de las leyes del razonamiento y de la experiencia, de las constataciones poco claras y lagunosas). En consecuencia, surgiendo una discrepancia entre la letra de la ley y la práctica de los tribunales de casación.

Aclara Fábrega que la anterior antinomia argumentado que el juez de casación no interviene en la apreciación que cumple el juez de los hechos, toda vez que deduce de los mismos considerandos de la sentencia que hubo otras posibilidades, y analiza esos considerandos en toda sus partes al comprobar la armonía de lo que se expone, de ahí que: “el tribunal de casación revisa la sentencia del juez de los hechos, no hace constataciones propias. Y sólo ataca las constataciones efectuadas por el juez de los hechos, en cuanto no suministren sostén a la conclusión”.⁵

También, el tratadista español Andrés Martínez Arrieta (2013. pp. 120-121) en su obra *El Recurso de Casación y de Revisión Penal* relata que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé tres posibilidades de impugnación: a) la vulneración de derechos fundamentales. b) La infracción de la ley que tiene dos contenidos distintos, el error de derecho: “por infracción de un precepto

⁵ Panamá, Fábrega P, Jorge, *Teoría General de la Prueba*, Segunda Edición, Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000

penal sustantivo u otra jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal” y el error de hecho: “error en la apreciación de una prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichas por otros elementos probatorios”. c) El quebrantamiento de forma con sus dos manifestaciones, el vicio *in procedendo*, esto es, en el proceso de decisión, y el vicio *in iudicando*, el producido en la propia decisión. Aclarando que las nulidades realizadas en la tramitación del proceso se recogen en el vicio *in procedendo*.

A continuación, el tratadista español al describir el error de hecho en la apreciación de la prueba resulta de documentos que demuestran la equivocación evidente del juzgador, y no estuvieren desvirtuados por otras pruebas, se considera la casación como recurso extraordinario, lo lleva a ser tenido como una segunda instancia, o doble examen, en el conocimiento de los hechos con lleva a una modificación de lo que en su momento hizo el Tribunal. De ahí, surge una quiebra a la función nomofiláctica propia del recurso de casación, al permitirse la entrada propia de los órganos de instancia, al permitirse la revisión del hecho probado a realizar por quien no ha presenciado la prueba, y por ende, no debe poder valorarla.

Luego el doctrinante Martínez Arrieta explica que la jurisprudencia española consolidada discurre que por la infracción de ley por error de hecho sólo pueden combatirse los errores fácticos de la sentencia y no los errores jurídicos que se entienden cometidos en la interpretación subsumidos en la norma. Martínez (2013. p. 121) afirma que: “Ese error de hecho puede ocurrir por incluir en los hechos probados hechos no ocurridos u omitiendo otros efectivamente

acaecidos o describiendo sucesos de manera distinta a como efectivamente ocurrieron”. Además, la Sala de Casación española tiene como doctrina exigir reiteradamente que para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia realizado por el Tribunal fallador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis.

Posteriormente, el jurisconsulto español refiere a la prueba pericial al considerarla como documento, una o varias coincidentes, el Tribunal la ha tomado como única base de los hechos probados, pero transcribiéndolo de modo incompleto, fragmentario o mutilado o arribando a conclusiones divergentes u opuestas a los dictámenes de los peritos. De ahí que la pericia tomada como documento para los efectos del recurso de casación con capacidad para acreditar un error, permite a través de la motivación de la sentencia el Tribunal expresar una convicción distinta al contenido de la pericial, lo que es difícil, ya que la convicción será racional cuando obedece a criterios de lógica, de experiencia o de ciencia, elemento éste último sobre el que se fundamenta la prueba pericial. (Martínez Arrieta: 2013.p 127).

Resultados y discusión

Al efectuarse la ponderación de los principios a través de la regla específica vigente para el momento de la relación jurídico-procesal que se entraba entre los concurrentes a la búsqueda de administración de justicia, particularmente, la materialización de sus derechos iusfundamentales en sede casacional, al invocar el amparo a través de la adecuada valoración de los medios de prueba aducidos al proceso, respecto de las impresiones o subjetivismo de los falladores de instancia, dicha concreción de los derechos, refulge por ausencia en la ineficacia en la apreciación probatoria que se realiza en sede Casacional, al darse preminencia a las formas sobre los aspectos de fondo del debate, y trasgresión de los derechos y garantías fundamentales.

La intermediación, bien como principio, bien como técnica de apreciación, esta regida por una serie de eventos naturalísticos, que permiten al juez colegiado (Magistrado) efectuar el cabal entendimiento de la realidad procesal, sobre todo en el proceso de aproximación a la realidad transmitida por los medios de prueba; su realización personal, y la preponderancia de la percepción directa por arte del juez, es indiscutible. Empero, ante la ausencia de dicha percepción *directa y personal* (Parra, 2006.), se avizora el quebrantamiento de las partes en el proceso, al quedar vendado quien, en últimas desata el recurso de alzada, bien sea ordinario o extraordinario. Básicamente en esta última, se pudo constatar que la realidad que es transmitida, llega a ser conocida por los Magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de manera mediata, puesto que no intervienen en la etapa inicial de producción y recaudo de la prueba, lo que a todas luces, resquebrajaría la estructura del debido proceso, y que a pese señalar no ser una tercera instancia, sí efectúan de manera mediata valoraciones probatorias, cuando el demandante ha allanado el camino a través de la formulación de la demanda con el lleno de los requisitos legales; así, no es menos cierto que al abordar el estudio de la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en una cualesquiera de sus especies, y confrontar los medios de prueba cuyo falso juicio de identidad, falso juicio de existencia o falso raciocinio han llegado a su conocimiento por intermedio de la demanda de casación, la que abre el camino para que proceda a valorar las pruebas que no lo fueron, o que lo fueron a criterio personal del fallador, o en cuyo proceso de intelección, fueron en contravía de las reglas de la ciencia, lógica y la experiencia. Resulta innegable, que se constató que el proceso que realiza el cuerpo colegiado de

magistrados, requiere la asunción e intelección sobre la prueba, para poderla entender en su entidad óptica, y reflejar su relevancia en el fallo de reemplazo, que a todas luces, corresponde a un fallo de tercera instancia.

En suma, el debido proceso es el limitante tanto institucional y legal para que el Estado pueda afectar a través de sanciones la libertad y los bienes de las personas, el constituyente de 1991 lo declaró de aplicación inmediata, es decir basta con solamente invocarlo, esto fue lo que consagro la Constitución de 1991, al declararlo derecho constitucional fundamental, que no requiere desarrollo legislativo. Pero algo muy diferente se presentaba con la Constitución de 1886, ya que este mostraba grandes restricciones y estaba consagrado en el artículo 26, este artículo presentaba la definición del debido proceso de manera similar al artículo vigente, pero en el artículo 27 comenzaban las restricciones, aunque el artículo que le seguía prohibía la aplicación de las penas ex post facto, al mismo tiempo autorizaba la detención de ciudadanos por el gobierno sin mandato judicial y sin formula de juicio.

Referencias

Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 607 pp.

Alexy, Robert (Diciembre de 2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. *Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr>

Bertel, A., (2009), *Derecho probatorio, parte general y especial*, segunda edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Bolivia, J., (2010). *El debido proceso penal, Apuntes jurídicos*

Colombia, Congreso Nacional de la República (2004, 31 de Agosto), “Ley 906 del 31 de agosto de 2004, por medio de la cual se Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial, núm. 45658, septiembre de 2004, Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2012, 26 de enero). “Sentencia 11001-03-15-000-2010-01235-02”, M.P. Buitrago Valencia S., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1992, 22 de mayo). “Sentencia T-011”, M.P. Martínez Caballero, A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1992, 12 de agosto). “Sentencia T-492”, M.P. Hernández Galindo, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1992, 15 de julio). “Sentencia T-011”, M.P. Hernández Galindo, J.G., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1997, 17 de febrero). “Sentencia T-073”, M.P. Naranjo Mesa, V., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2000, 05 de Abril). “Sentencia C-383”, M.P. Tafur Galvis, A., Bogotá.

Colombia, Sala Penal Corte Suprema de Justicia (2014, julio). “Sentencia 34131”, M. P. Bustos Martínez, J. L., Bogotá

Colombia, Sala Penal Corte Suprema de Justicia (2012, febrero), “Sentencia 36535”, M. P. Socha Salamanca, J. E., Bogotá.

Cuello, G., (1976). *La sana critica sistema de valoración de la prueba judicial*. (pp. 147 – 49). Bogotá Ediciones Tercer Mundo.

Cuello, G., (2005). *El debido proceso*, *Vniversitas* No. 110: 491-510, julio-diciembre.

- López, H, (2009) *Procedimiento civil*, décima quinta edición. (pp 116 a 123). Bogotá: Dupre editores Ltda.
- Parra, J., (2006), *Manual de derecho probatorio* (pp. 72-73, 712). Bogotá: Librería Ediciones el profesional Ltda.
- Quiceno, F., (2000). *Valoración judicial de las pruebas*. primera edición .(pp. 21, 77 - 81, 205 - 218 y 244). Bogotá: Editora jurídica de Colombia.
- Ramiro, A., (2011). El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad. Serie Justicia y derechos humanos , 1, 307 - 340. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf>
- Ruiz, L. (6 de noviembre de 2008) *valoración de la validez y de la eficacia De la prueba. Aspectos epistemológicos y filosófico-políticos*. Recuperado de: aprendeenlinea.udea.edu.co
- Roxin, C., (2000). *Derecho procesal penal*. (pp. 97 – 111). Buenos Aires: Editorial del Puerto.
- Suarez-Rodríguez, J., (2012). *El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista*. (pp. 70 – 73).

Villaroig, J. (2012). Dos contribuciones a la teoría de la argumentación jurídica: Neil Maccormick y Robert Alexy. *Jornades de Foment de la Investigació*, 12, 6-7.