RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	**LEIDY YURLEY ORTEGA ASCANIO**
FACULTAD	**FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES**
PLAN DE ESTUDIOS	**PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO**
DIRECTOR	**CARLOS ERNESTO GONZÁLEZ QUINTERO**
TÍTULO DE LA TESIS	**FALSO RACIOCINIO COMO ERROR DE HECHO EN LA VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL EN MATERIA DE CASACIÓN PENAL**

RESUMEN
(70 palabras aproximadamente)

EL TEMA SE DELIMITA DENTRO DEL SUBTEMA DE LA VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL O PROCESAL CON EFECTOS SUSTANCIALES EN EL TÓPICO CONCRETO DEL FALSO RACIOCINIO POR ERRÓNEA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS, PARA QUE DE ESTA CONCRETA FRONTERA ASÍ DELIMITADA SE ESTABLEZCA LA POSIBILIDAD DE CENSURAR LOS YERROS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA A TRAVÉS DEL RECURSO DE CASACIÓN EN CUYO LIBELO SE DESARROLLE LA CAUSAL INDIRECTA DEL FALSO RAZONAMIENTO DEL JUZGADOR POR DESCONOCIMIENTO DE LAS REGLAS DE EXPERIENCIA, LEYES DE LA CIENCIA Y DE LA LÓGICA.

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS:	PLANOS: 0	ILUSTRACIONES: 32	CD-ROM: 1

FALSO RACIOCINIO COMO ERROR DE HECHO EN LA VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL EN MATERIA DE CASACIÓN PENAL

AUTORA

LEIDY YURLEY ORTEGA ASCANIO

Monografía presentada como requisito para obtener el título de Abogada

Director

CARLOS ERNESTO GONZÁLEZ QUINTERO

Abogado

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO

Ocaña, Colombia **Noviembre , 2019**

Índice

Capítulo 1. Consideraciones Conceptuales Previas 1
1.1 El Hecho 1
1.2. La Prueba y el Contexto Procesal 8
1.2.1 La Prueba y la Verdad. 11
1.3. La Valoración Probatoria 13
1.4. La Sentencia Judicial 19
1.5 La motivación fáctica de la sentencia judicial 21
1.6. Control de la motivación fáctica de la sentencia en casación. 26

Capítulo 2. Casación y su Encuadre Normativo. 31
2.1 Fines de la Casación 31
2.2. Principios de la casación 38
2.2.1 Principio de taxatividad.. 38
2.2.2 Principio de limitación 40
2.2.3 Principio e Legitimación o Interés para Recurrir. 41
2.2.4 Principio de coherencia. 41
2.2.5 Principio de Prioridad.. 44
2.2.6 Principio de trascendencia. 44
2.2.7 Principio de Proposición Jurídica Completa.. 45
2.2.8 Principio de no contradicción.. 47
2.3 Juicio de Casación – Técnica 48
2.3.1 Técnica en la violación directa de la Ley. 48
2.3.2. Técnica de casación en la afectación del debido proceso – nulidad 51
2.3.2.1 La nulidad. 51
2.3.2.2 Las causales de nulidad s. 52
2.4 Técnica de Casación en la Violación Indirecta de la Ley 55
2.5 Cargos por Error de Hecho y Sus Falencias 57
2.6 Clases de Errores – Error de Hecho y Error de Derecho. 59
2.6.1 clases de errores – error de hecho – error de derecho. 59
2.6.2 Teoría General del Error.. 59
2.6.3. Origen Del Error.. 59
2.6.4. Clases de Error 60

2.6.5. Las Características del Error.. 61
2.6.6 Error de Hecho....62
2.6.7 Error de Derecho como Violación Indirecta de la Norma Sustancial. 63
2.6.8. Error de hecho como violación indirecta de la ley sustancial. 65

Capítulo 3. El Error De Hecho En Casación Penal – Características....67
3.1 Error De Hecho En Casación Penal 67
3.1.1 Ley 600 de 2000. 68
3.1.2 Ley 906 de 2004.. 69
3.2 Criterios para formulación de cargos por error de hecho....70
3.2.1 Formulación de cargos en ley 600 de 2000.. 72
3.2.2. Formulación de Cargos en Ley 906 de 2004.. 74
3.3. Modalidades del Error de Hecho....76
3.3.1. Falso Juicio de Existencia....77
3.3.2 Falso Juicio de Identidad.. 78
3.3.3 Falso Raciocinio.. 81
3.4 El error de derecho como violación indirecta de la ley sustancial. 81
3.4.1 Falso Juicio de Legalidad.. 82
3.4.2 Falso Juicio de Convicción.. 86

Capítulo 4. Violación Indirecta De La Ley Por Error De Hecho Por Falso Raciocinio..89
4.1 Teoría del Conocimiento – Hecho del Conocimiento. 89
4.2 Verdad y Error. 90
4.3 Raciocinio – Razón – Mediato – Inmediato – Abstracto – Concreto – Análisis – Síntesis – Inducción – Deducción. 93
4.4. Juicio lógico – lógica formal – lógica dialéctica – concepto – juicio. 101
4.5 Categorías Lógicas – Absoluto – Relativo – Conocido – Desconocido. 104
4.6 Leyes de la Lógica....106
4.7 máximas de experiencia – prueba de la experiencia – carácter universal o concreto a determinado medio social....108
4.8 Leyes de la Ciencia 110
4.9 Técnica de Formulación de Falso Raciocinio – Supuestos a Probar en la Demanda..117
Capítulo 5. Visión sinóptica de la jurisprudencia sobre el error de hecho por falso raciocinio.....125
Capítulo 6. Conclusiones 260
Referencias....261

Agradecimientos

Primeramente doy gracias a Dios por permitirme tener tan buena experiencia.

A mi universidad Francisco de Paula Santander Ocaña por permitirme convertirme ser una profesional del derecho, gracias a cada maestro que hizo parte de este proceso integral de formación.

Al doctor Carlos Ernesto González Quintero quien me ha explicado pacientemente, una y otra vez volver sobre los mismos temas sin desfallecer. Por trazar y mostrarme un camino donde el ejercicio del derecho cultiva sobre el saber y la verdad como condiciones para la justicia y la libertad y, que ha compartido su entusiasmo, tiempo y su saber sin mezquindad.

A la señora Nancy Arévalo esposa del Doctor González por abrirme las puertas de su casa mil gracias

A mi padre Miguel Ángel Ortega Páez mi madre Luz Elida Ascanio Guerrero cuya fe y amor inquebrantable hicieron esto posible.

A todos simplemente gracias.

Introducción

En lo que se refiere al recurso de casación frente a la causal de falso raciocinio por error de hecho por violación indirecta de la ley sustancial por desconocimiento de las reglas de la sana crítica que atañen a las leyes de la ciencia, las máximas de experiencia y de la lógica.

La materia a tratar tiene relación particular con el del recurso extraordinario de casación penal, razón por la cual se estudian en la monografía los fundamentos históricos, principios, finalidades del recurso según la literatura jurídica doctrinal, legal y jurisprudencial.

El tema se delimita dentro del subtema de la violación indirecta de la ley sustancial o procesal con efectos sustanciales en el tópico concreto del falso raciocinio por errónea apreciación de las pruebas, para que de esta concreta frontera así delimitada se establezca la posibilidad de censurar los yerros de la sentencia de segunda instancia a través del recurso de casación en cuyo libelo se desarrolle la causal indirecta del falso razonamiento del juzgador por desconocimiento de las reglas de experiencia, leyes de la ciencia y de la lógica.

El análisis de la correcta formulación de la censura implica conocer la bibliografía para adelantar las consultas de la doctrina nacional y del derecho comparado, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la ley que regula la causal específica señalada, en orden a obtener un conocimiento puntual del contenido de la misma.

La principal fuente de investigación bibliográfica es la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a la cual compete el conocimiento del recurso de Casación penal.

Se ha acudido a la doctrina extranjera – Michell Taruffo – para dar cabal comprensión del concepto de hecho y/o enunciación fáctica que son pilares de la causal de falso raciocinio como error de hecho por violación indirecta de la ley, en cuanto que la censura por la causal referida está relacionada con la infracción de la norma sustancial a través de la contemplación material u objetiva de la prueba.

En orden al entendimiento de los fundamentos de la causal también se emprende el estudio de la prueba para señalar que es la definición que considera el medio probatorio como de naturaleza cognoscitiva la que puede llevar a la demostración de la verdad relativa del enunciado factico, abandonando la concepción de la prueba como medio de persuasión.

De igual forma, como quiera que el falso raciocinio se relaciona con la valoración probatoria de los medios de conocimiento, afirmamos que es la teoría racionalista la más indicada para fijar el método de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica entendida como los criterios de racionalidad desde la perspectiva de la ciencia, la máximas de experiencia y la leyes de la lógica.

Indicamos igualmente que para facilitar el control de la sentencia en casación, en las motivaciones del fallo se debe plasmar el resultado probatorio de la valoración de los medios de demostración según el método de la sana crítica.

La doctrina nacional y la jurisprudencia de la Corte de Suprema de Justicia nos ha permitido conocer los tópicos generales de la casación según la normatividad consignada en las leyes 600 del año 2000 y 906 del año 2004, en cuanto esta monografía se orienta en su estudio al recurso de casación en materia penal.

Las fuentes de conocimiento a las cuales hemos acudido facilitaron a la autora el aprendizaje del concepto de casación, de los fines, los principios y la técnica que se debe

cumplir en los eventos de la violación directa de la ley, la afectación de debido proceso como causal de nulidad alegable en casación hasta llegar a la violación indirecta de la ley como error de hecho en las modalidades de falso juicio de existencia, de identidad y raciocinio, pasando por la violación indirecta como error de derecho por falso juicio de legalidad y de convicción.

Ya en el tema principal de la monografía que es el error de hecho como violación de la ley sustancial o procesal con efectos sustanciales por falso raciocinio del juzgador, hemos concluido que tal error se presenta cuando el fallador al valorar el mérito de la prueba o al elaborar inferencias lógicas de carácter probatorio desconoce las reglas de la sana crítica, entendiendo como tales los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los postulados de la ciencia.

Y hemos observado que en lo referente a los postulados de la lógica en materia de raciocinio tiene importancia mayor la lógica formal sobre la dialéctica, dado que aquella corresponde a la doctrina sobre las formas de raciocinio humano o del pensamiento correcto que observa las reglas de identidad, de no contradicción, del tercero excluido en cuanto en el proceso judicial se trata es de obtener la verdad relativa a partir de métodos y principios lógicos que permitan diferenciar lo correcto de lo incorrecto a nivel formal dado que la lógica dialéctica tiene contenidos superiores.

Y en relación con las máximas de experiencia deficientemente propuestas por los censores en casación, la doctrina nacional y la jurisprudencia, también ha permitido a la autora de la monografía comprender que la técnica deficiente en este campo se deriva de la consideración errada de la universalidad de la experiencia por considerar tal a fenómenos no cotidianos u ocasionales en un conglomerado social.

Igualmente se identifica los problemas planteados frente a la concepción que la Corte Suprema de Justicia tiene respecto al concepto de experiencia, en cuanto valida la universalidad de la máxima para contextos muy específicos de un conglomerado social determinado, sin que haya tampoco establecido un método claro de la prueba de la experiencia.

En efecto se presentan, en este caso, se originan en la práctica judicial dos problemas: en primer lugar se debe establecer la manera cómo se debe formular la causal de casación de falso raciocinio en la demanda respectiva, sin que se incurra en los frecuentes errores de los censores que llevan a su inadmisión por la honorable Corte Suprema de Justicia.

En segundo lugar, se debe resolver el problema en relación con las máximas de experiencia para señalar cuáles son los criterios de la Corte Suprema de justicia sobre el alcance universal o no de las reglas de experiencia, cual es la validez y aceptación de sus criterios jurisprudenciales y como se debe abordar el tema en la demanda de casación por error de hecho por falso raciocinio por inobservancia de las máximas de experiencia, asumiendo dentro de este la cuestión atinente a la manera de probar la regla de experiencia resaltando que la jurisprudencia no establece un método para demostrarla.

Desde luego, la frontera delimitada en el tema, debe extenderse también tangencialmente a los errores de hecho de falso juicio de existencia y falso juicio de identidad como violación indirecta de la ley sustancial por ser aspectos requeridos en el estudio para la cabal concreción del tema de la monografía, aludiendo de contera a otras causales de violación directa de la ley o de nulidad por desconocimiento de las garantías o estructuras procesales.

Capítulo 1. Consideraciones Conceptuales Previas

Previamente se debe establecer que el error de hecho es una equivocación del juez respecto a las pruebas que estimó o no en la motivación fáctica de la sentencia de segunda instancia.

Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, identificar y corregir el error de hecho, que se puede expresar como vicio de la motivación fáctica de la sentencia de segunda instancia, según la formulación que los sujetos procesales hayan presentado por medio del recurso extraordinario de casación.

De tal forma, se establece, en consecuencia, que el error de hecho se estructura con los componentes siguientes:

- El Hecho
- La Prueba – La Prueba y la verdad.
- La valoración probatoria
- La sentencia judicial
- La motivación fáctica de la sentencia judicial
- El control de la Motivación fáctica de la sentencia judicial.

1.1 El Hecho

El hecho empíricamente visto en sí mismo considerado no es lo relevante sino los enunciados fácticos que los describen, individualizan y determinan según su relevancia jurídica.

Un enunciado fáctico, de todos los posibles, podría corresponder a que el día 13 de noviembre de 2018 en un sector D siendo las tres de la tarde el sujeto A disparó en cuatro

oportunidades en contra de B, habiéndole perforado uno de los disparos su corazón provocándole la muerte instantánea.

Otro enunciado factico, sería plantear que el día 15 de febrero de 2018 en Banco de la República de Colombia redujo la tasa de intereses DTF en un 1 %.

El hecho de la muerte de B empíricamente observado en sí mismo no es relevante sin los enunciados fácticos que se puedan construir sobre él.

El hecho de la reducción de intereses no es empíricamente observable.

Las proposiciones contenidas en las enunciaciones fácticas son declarativas y las mismas pueden ser verdaderas o falsas y en su construcción se podrían emplear valoraciones, construcciones culturales o sociales, como más adelante se explicará, indicando que tales enunciados tienen por objeto circunstancias que pueden darse o no en el mundo de las experiencias concretas.

Estos enunciados son importantes para la economía de un país o para el destino de un individuo como podría ser el sujeto A, pero lo relevante es establecer si son verdaderos porque el enunciado de la reducción de las tasas de interés es importante para la economía colombiana solo si es verdadero, porque si no fuese ninguna consecuencia tendría; de igual manera la circunstancia descrita en el enunciado fáctico de la muerte de B por causa de los disparos de A solo tendría consecuencias en la medida en que sea verdadero, pues de lo contrario ninguna consecuencia afectaría a A quien debe ser absuelto de los cargos penales.

Nótese que el hecho empírico de la muerte de B en sí mismo considerado no tendría relevancia sin la verdad del enunciado fáctico.

La determinación del significado de los enunciados solo se puede fijar de forma contextual porque para entender el sentido de lo enunciado siempre se debe presuponer un contexto específico.

Para entender el significado de la reducción de intereses del Banco de la República se debe comprender el contexto financiero colombiano y la economía mundial, y la muerte de B por causa de A tiene sentido diverso dependiendo del campo fáctico en que se desarrolló el hecho, porque por vía de ejemplo si A y B son combatientes enemigos y la muerte se produjo en desarrollo de un enfrentamiento militar, A no se convierte en un homicida.

De tal forma, solo es en el interior de determinados contextos es que se puede entender la naturaleza de los enunciados y establecer en cada caso dentro de cuales es verdadero o falso.

Ahora bien, se podrá hacer un enunciado fáctico pero lo que cuenta realmente es que sea verdadero para que se produzca un resultado dado; si el enunciado resulta falso no se origina consecuencia alguna y resulta de esa irrelevante: por vía de ejemplo, si las noticias colombianas señalan la rebaja de ese interés por el Banco de la República se tendrá que demostrar la verdad de la rebaja de intereses para que en la economía colombiana se originen consecuencias sobre la producción pues no basta la sola noticia que podría ser falsa.

La demostración del enunciado fáctico corresponde a los sujetos interesados problema que se resolverá en el campo de la experiencia concreta; además este campo puede ser el del proceso donde los sujetos podrán demostrar racionalmente la certeza de si los enunciados son falsos o verdaderos: ejemplo, el inversionista colombiano para tomar una decisión sobre su inversión debe establecer con certeza si las noticias sobre la rebaja de intereses es cierta o falsa como se ha dado o si no está confirmada.

El enunciado fáctico de la muerte de B por causa de la conducta de A es importante para el proceso penal, contexto dentro del cual se establecerá si A es responsable o no de la muerte de B, originando consecuencias diferentes en caso de que sea verdadero o falso tal enunciado, porque el juzgador tomará decisiones disimiles en uno u otro evento.

Como se ha señalado, desde luego, el enunciado en cuestión solo se determinará de manera contextual específica especial o particular: Como se dijo la muerte de B en el contexto de un combate hará irresponsable penalmente a A.

Esto es lo que se conoce como la relatividad contextual de los enunciados fácticos, dado que se deben establecer como verdaderos en el marco de ese contexto particular.

Cómo se construyen los enunciados fácticos es la pregunta a resolver a continuación.

El enunciado fáctico no está dado por sí mismo en situación alguna:

El hecho de la muerte violenta de B es una circunstancia de la realidad simplemente.

Este hecho de la realidad debe ser enunciado por alguien en una situación concreta y con una finalidad especifica.

Esa situación fáctica de la muerte violenta de B puede describirse con elementos cualitativos y cuantitativos determinados de tal forma que se pueden hacer enunciados diferentes sobre ese hecho tal como puede suceder en un proceso judicial.

En el proceso judicial, pueden presentarse dos enunciados diferentes sobre el mismo hecho por los sujetos procesales y hasta por el juez

En el proceso se puede establecer que el enunciado fáctico es verdadero porque su descripción corresponde con la realidad, es decir, se establece como cierto que el suceso ocurrió realmente como se enunció.

Para fijar los hechos en el proceso judicial se debe observar primero el supuesto de hecho previsto en la norma aplicable que opera como criterio jurídico de selección de la construcción del enunciado.

Para el efecto, se deben elaborar operaciones de construcción del enunciado fáctico:

Un primer criterio es el de la construcción selectiva.

Cuando se formula un enunciado fáctico se debe seleccionar lo relevante excluyendo lo que no interesa incluir en el enunciado; es decir, de la serie infinita de circunstancias de la complejidad de la realidad solo se deben seleccionar las relevantes o importantes jurídicamente; serían los hechos jurídicamente relevantes o lo que es igual los hechos principales.

En el proceso judicial entran en juego dos criterios para la elección de la descripción del hecho que se enuncia:

- Un criterio es el de la relevancia jurídica que deriva de la calificación del hecho según la norma que se aplique a efectos de la decisión.

Por lo tanto, es la norma abstracta la que opera como criterio de selección de las connotaciones del hecho que se consideran relevantes.

Entre las innumerables descripciones del hecho se selecciona solo aquella descripción que permita que el hecho sea jurídicamente cualificado según la norma aplicable.

- Otro criterio es el de la relevancia lógica del hecho del cual se trate.

La relevancia lógica corresponde a los hechos que no son jurídicamente calificados por norma alguna pero que sin embargo entran al proceso porque de su conocimiento se pueden lograr inferencias útiles para establecer la verdad o la falsedad de un hecho jurídicamente calificado.

Se trata de hechos secundarios en relación con el hecho principal teniendo en cuenta que en el supuesto hecho no siempre tienen entrada todos los hechos circunstanciales, los cuales solo serán seleccionados si constituyen inferencias probatorias referidas a la confirmación de los hechos jurídicamente relevantes o hechos principales.

Un segundo criterio de selección de los enunciados facticos es el de la construcción semántica.

El hecho como enunciado fáctico es una construcción lingüística que debe tener un significado entendible de tal forma que su enunciación debe hacerse utilizando las reglas de la gramática, de la lógica y de la síntesis.

La formulación del enunciado fáctico debe hacerse con precisión estableciendo la forma lingüística eficaz para expresar el significado del enunciado.

Para el efecto, se pueden utilizar términos descriptivos y valorativos.

El significado del enunciado es diferente según se utilicen descripciones o valoraciones.

El hecho material de que se trate cambia en su significado dependiendo de si se quiere expresar descripciones o valoraciones de la enunciación.

Un tercer criterio de selección del enunciado factico es el de la construcción cultural.

Para construir cada enunciado se deben utilizar categorías de interpretación de la realidad señalando que el significado del enunciado varía de acuerdo con la categoría que se utilice en la construcción del enunciado fáctico.

La construcción cultural tiene que ver con los presupuestos morales, políticos, consuetudinarios, religiosos que juegan una función relevante para describir un hecho según los significados culturales que se otorguen a esas categorías: Un evangélico pentecostal y un ateo pueden describir un mismo hecho de manera diversa según sus creencias.

Un cuarto criterio es de la selección del enunciado según la construcción social.

Los contextos sociales en algunas oportunidades crean determinados hechos cuya determinación no está en función de una realidad empírica directamente perceptible: la definición de la mayoría de edad solo se puede definir dentro de un contexto institucional.

Son realidades socialmente construidas donde no cuenta el aspecto empírico sino que se trata de un conjunto de convenciones y símbolos: Si a un billete de cincuenta mil pesos no fuera acordado por su valor, sería solo un pedazo de papel.

En conclusión: La circunstancia de los intereses bancarios solo puede considerarse "existente" en la órbita de las transacciones financieras y no se pueden encontrar en el mundo de la realidad empíricamente verificable porque son "realidades"socialmente construidas.

Donde sí hay una realidad empírica evidente es en el enunciado de la muerte de B por parte de A.

Esto indica que los enunciados facticos relevantes en un proceso judicial pueden ser de naturaleza diversa en unos casos siendo empíricos y en otras construcciones sociales.

De tal manera que estos enunciados diversos tienen que ver con el problema de la prueba de los hechos, porque todo ello no impide plantear la verdad o la falsedad del enunciado y que pueda ser objeto de prueba en el proceso judicial.

1.2. La Prueba y el Contexto Procesal

La prueba es uno de los aspectos más importantes de la administración de justicia, porque se trata del medio utilizado por el juzgador para llegar a una decisión final sobre el caso que se trata de resolver, logrando establecer así la verdad o falsedad de los enunciados que tienen que ver con los hechos importantes de la causa.

La prueba se define como el método, instrumento, persona, cosa que pueda ofrecer información útil para resolver la verdad o falsedad del enunciado.

Las pruebas pueden ser típicas o atípicas.

Cuando los instrumentos probatorios son definidos o regulados por la ley procesal las pruebas serán típicas.

Cuando estos no son regulados por la ley las pruebas se denominan atípicas, indicando que pueden ser útiles de todas formas para basar la decisión final del juez.

Todas las pruebas en general son admisibles en la medida que aporten informaciones útiles para tomar una decisión final, excluyéndose solo las inadmisibles que aunque sean relevantes no se pueden aportar al proceso: La prueba ilegal o ilícita.

La función de la prueba corresponde a establecer la verdad del enunciado factico si las pruebas lo confirman; a fijar la falsedad del enunciado si las pruebas disponibles indican que no es verdadero; o a fundamentar un tercer camino que es el de demostrar que el enunciado

no es falso ni verdadero porque no se adquirieron las pruebas necesarias para probar cualquiera de estos dos sentidos.

Entonces debemos abordar el tema de cuál es la naturaleza de la prueba judicial.

Sobre el particular existen dos concepciones:

Una que plantea que su naturaleza es la de ser un instrumento de conocimiento. (Naturaleza cognoscitiva)

La segunda concepción afirma que la prueba tiene la naturaleza de ser un instrumento de persuasión.

Según la concepción cognoscitiva la prueba es un instrumento que ofrece informaciones respecto del contenido del enunciado fáctico, dando a conocer las circunstancias sobre las que versa este enunciado de los hechos, con la consecuencia de que el mismo se pueda considerar cierto o falso sobre la base de las pruebas a que se refieren.

Un testigo podrá declarar que conoce que A mató de sendos disparos a B porque presencio ese hecho tal como lo describe sin que su declaración sea objetada por parte alguna.

Pero ese testigo también podría declarar que no ha sido A quien disparó contra B, sin que tampoco haya recibido objeciones.

En uno u otro caso el testigo aporta informaciones del contenido del homicidio de B ofreciendo el conocimiento de todas las circunstancias que versaron sobre la muerte de B pero en un evento se determinara la verdad del enunciado y en el otro su falsedad.

Según la concepción de persuasión de la prueba esta no sería más que un instrumento de convencimiento que nada tiene que ver con el conocimiento de los hechos.

La prueba no sería instrumento para establecer la verdad o falsedad del enunciado fáctico.

La prueba solo es útil para persuadir al juez y llevarlo al convencimiento de lo fundado o infundado del enunciado, sin aportar informaciones de conocimiento sino elementos de persuasión.

En el juicio no es relevante conocer los hechos sino solo persuadir al juez del enunciado fáctico, pues todo de lo que esté convencido el juez está probado y por lo tanto se puede considerar verdadero así no lo sea.

Lo que importa es el estado psicológico del juez y solamente eso sin discutir si su convencimiento es correcto o no. No se trata de plantear si el convencimiento es correcto, errado, verdadero o falso simplemente que el juzgador este convencido, porque la finalidad del proceso no es descubrir la verdad sino de convencer al juez para obtener una decisión favorable.

La concepción de la persuasión como definición de la naturaleza de la prueba es una visión parcial de la misma porque solo se corresponde con los puntos de vista de los sujetos procesales, entre estos, el defensor técnico.

Pero, a pesar de ser una visión parcial también tiene algunos tópicos de verdad porque el juez, en todo caso, debe persuadirse de la verdad o falsedad del enunciado fáctico, y por eso no es erróneo decir que el convencimiento del juez debe ser también fruto de su persuasión.

Pero con la concepción cognoscitiva de la prueba se establece que no solo el juez debe persuadirse del enunciado fáctico pero que está en la obligación de basar su decisión en pruebas admisibles que se conecten con del conocimiento de los hechos, porque de lo contrario su fallo puede llevar a conclusiones falsas porque no puede aceptar simplemente las argumentaciones sin base en los medios de prueba ciertos de los abogados para convencerlo.

El juez podría tener un conocimiento privado de los hechos, o se le pueden presentar pruebas ilegales o ilícitas, sin que pueda basar su decisión en ellos a pesar de que tenga determinada persuasión sobre el asunto.

1.2.1 La Prueba y la Verdad. En la actuación judicial – Proceso – establecer la verdad o falsedad del enunciado fáctico es importante porque hay necesidad de probar tales circunstancias.

En el Proceso la labor del juez se debe orientar a establecer la verdad de los enunciados por medio de las pruebas.

Sin embargo, es admisible que por razones diferentes en la actuación judicial existan límites para establecer dicha verdad: Pueden existir normas que den valor a priori a las pruebas; la búsqueda de la verdad en el proceso no debe ser indefinida; el secreto profesional; el consentimiento sobre el aporte de la historia clínica.

Pero la verdad a establecer sobre el enunciado fáctico siempre es una verdad relativa, sin que ello lleve a pensar que solo la verdad coherente en la decisión final del proceso sea justa por esta única razón.

En el Proceso se pueden formular enunciaciones fácticas divergentes y contradictorias por los sujetos procesales sin que el juzgador pueda establecer la verdad solo con fundamento en las narraciones más coherentes.

La coherencia no significa la justicia de la decisión pues muchas enunciaciones de las partes pueden ser coherentes pero falsas.

La decisión justa es la que establece una motivación verdadera aunque sea incoherente.

Lo que importa en la decisión final es la verdad como correspondencia de esta con el hecho o su enunciado.

Para establecer la verdad como correspondencia se debe presuponer primero la descripción concreta del hecho por una norma sustantiva, es decir el hecho jurídicamente relevante.

Es necesario previamente fijar la existencia real del hecho o su verificación en la "realidad" como acontecimiento empírico, material, social, cultural.

Si los enunciados no tienen existencia a este nivel no se puede aplicar la norma jurídica y si se aplica la decisión es injusta.

Como segundo aspecto para establecer la verdad se deben utilizar pruebas que ofrezcan informaciones sobre el hecho sucedido fuera del proceso o en el mundo de los acontecimientos reales.

Estos criterios tienen sentido sin importar el tipo de hecho de que se trate; la verdad procesal como correspondencia con la realidad externa tiene validez igualmente frente a hechos que no sean siempre material y empíricamente verificables.

En muchos eventos los enunciados facticos son socialmente construidos dentro de determinados contextos sociales, sin embargo de que estos hechos particulares se suceden como hechos reales a pesar de ser elaborados de esta manera: La reducción de las tasas de interés del Banco de la República es un hecho de cuya existencia real no dudarían los economistas y su demostración en el proceso como hecho debe corresponder a un enunciado procesal verdadero.

1.3. La Valoración Probatoria

La perspectiva histórica de los sistemas de valoración probatoria nos remite a estudiar el procedimiento clásico romano, el procedimiento de la edad media hasta el momento de la ilustración.

El procedimiento formulario de la época clásica del Derecho Romano estaba conformado por dos etapas: La in jure en la cual se presentaba la demanda y las excepciones ante el Magistrado quien disponía si los alegatos de las partes podían o no ser fijados en el proceso para establecer su objeto; La etapa in iudico se desarrollaba ante juez ciudadano particular con la circunstancia de que el juez no podía decretar pruebas de oficio sino que se sometía a la actividad probatoria de las partes, de tal manera que si no tenía tales facultades para decretar pruebas era absolutamente libre para valorar las afirmaciones de las partes.

La regla, entonces, para valorar las pruebas era la absoluta libertad del juez quien solo atendía a su consciencia para estimarlas.

El procedimiento clásico romano decae y se llega al postclásico conocido como cognitio extraordinem en el cual la jurisprudencia imperial del derecho desarrolla el sistema de valoración de la tarifa legal atando al juez en la formación de su convencimiento.

Este periodo se mantiene durante todo el medioevo hasta finales del siglo XIX y se extiende al derecho de Europa Continental.

Su principal característica es desconfiar del juez para la valoración probatoria libre a diferencia del método del periodo clásico.

En el sistema de la tarifa legal las pruebas se valoran de antemano, de forma mecánica: Por ejemplo, se daba mayor valor al testimonio del hombre que al de la mujer.

La tarifa legal decae cuando comienza la era de la ilustración quienes plantean que los jueces son quienes deben valorar libremente las pruebas, método que finalmente se plasma en el Código Civil Francés de 1806.

Mencionada esta resumida perspectiva historia de los métodos de valoración probatoria debemos asumir el tema de los fines del proceso frente a la verdad y los medios probatorios a valorar por el juez.

El proceso judicial según la concepción legal y racional de la justicia debe estar orientado fundamentalmente a la búsqueda de la verdad porque una reconstrucción verdadera de los hechos de la causa es condición indispensable de la justicia y legalidad de la decisión.

El juez en desarrollo de la valoración probatoria utiliza es un método de descubrimiento de la verdad procesal.

Si el proceso se debe orientar a la búsqueda de la verdad se debe definir de qué tipo de verdad se trata.

La concepción legal y racional de la justicia permite inferir que el proceso tiene como finalidad obtener una decisión verídica que se corresponda con la realidad de los hechos

investigados: El proceso es un procedimiento epistémico dado que se recaudan y utilizan conocimientos con el fin de reconstruir la verdad de determinados enunciados fácticos.

Pero importa resaltar que en el proceso no se busca fijar una verdad absoluta sino relativa dado que la decisión del juez está limitada por las pruebas del proceso que son los únicos instrumentos de que se puede valer este para conocer los hechos y por tanto para reconstruirlos verídicamente.

Si la verdad no es absoluta sino relativa a las pruebas no podríamos hablar en la valoración probatoria de términos de certeza sino de probabilidad, según los grados de confirmación probable que las pruebas puedan ofrecer sobre los enunciados de los hechos.

En la valoración probatoria las pruebas representan una fuente de conocimiento y de apreciación de los hechos.

El problema de la valoración probatoria debe resolverse fijando el juez las condiciones, con fundamento en las pruebas, para concluir como verdadero o no un hecho de la causa.

Frente al tema de la valoración probatoria el sistema de la prueba legal – tarifa legal – vigente en la Europa Continental hasta finales del siglo XVIII ha sido sustituido por el método de la libre convicción del juez.

Según el principio de la libre convicción el juez tiene el poder discrecional de valorar las pruebas para fijar su credibilidad e inferir conclusiones alrededor de la verdad o falsedad de los enunciados fácticos que se controvierten en el proceso.

Sin embargo, un sector de la doctrina estima que la decisión sobre los hechos de la causa corresponde a un íntimo convencimiento del juez con las características de ser subjetivo, personal, interior en torno al valor de las pruebas y verdad de los enunciados.

Este sector representa las teorías irracionalistas de la decisión judicial que definen que el convencimiento del juez es discrecional, absoluto y arbitrario para obtener una certeza moral sobre los hechos.

Esta visión se corresponde con la concepción de la naturaleza de la prueba como instrumento de persuasión y no de conocimiento porque no se trataría de establecer la verdad sino solo de resolver el conflicto.

Por el contrario, la tesis racionalista es más razonable porque el proceso debe ser el procedimiento para descubrir la verdad en torno a los enunciados fácticos.

Esta tesis se correlaciona con la concepción de la prueba como instrumento de conocimiento, o sea, el medio para suministrar las informaciones necesarias en la determinación de la verdad de los hechos.

Esta teoría racionalista en lo atinente a la valoración probatoria no implica negar la discrecionalidad del juez siempre y cuando esta sea orientada por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la experiencia porque el juzgador debe justificar racionalmente su valoración probatoria con argumentos lógicos.

Los métodos de valoración probatoria corresponden al sistema de tarifa legal, íntima convicción y el de la sana crítica.

El sistema de tarifa legal, también denominado de „prueba legal" consiste en la aplicación de reglas prestablecidas por el legislador en las cuales se fija el valor de los medios probatorios.

En este sistema la eficacia de la prueba se fija de antemano por la ley.

El sistema de la íntima convicción el valor probatorio del medio de prueba se obtiene por medio de una valoración libre y discrecional del juez, según los criterios que entienda motu proprio razonables para lograr la verdad de los enunciados fácticos con base en los medios de prueba disponibles.

En el sistema de la sana crítica se conserva la valoración probatoria libre y discrecional del juzgador, pero este se debe guiar siempre por los criterios de la lógica, la ciencia y las reglas de experiencia.

El sistema de la sana critica corresponde a la persuasión racional del juez, mas no discrecional, según las reglas entendidas como conjunto de elementos de convicción ligados a la apreciación racional de los medios de pruebas, conjunto que se integra por la ciencia, la lógica y las máximas de experiencia.

Importa resaltar, que la aplicación de estos criterios en la sentencia al momento de obtener el resultado probatorio debe ser explicita y razonada para plasmar la motivación en la sentencia, y así poder ejercer un control del razonamiento del juez.

Los componentes de la sana crítica operan, entonces, como criterios de racionalidad en la valoración de las pruebas.

Sobre el particular la autora Llinas, (2011) citando a Peña:

> "La **ciencia,** como componente de las reglas de la sana crítica, debe ser considerada en dos perspectivas: (i) cuando el juez acude a la prueba científica por medio de un experto porque requiere de un conocimiento específico o especializado para establecer si la descripción de un hecho es verdadero ,o para decidir integral o parcialmente la controversia; y (ii) la ciencia como criterio de

racionalidad corresponde al rigor que debe seguir el juez en la determinación de la verdad de los hechos, ya que es el procedimiento mediante el cual trata de „descubrir" lo que puede considerarse verdadero por medio de la confirmación y refutación de hipótesis fácticas y, posteriormente, justificar racionalmente la decisión.

De otra parte, la **lógica** en el ámbito de la valoración probatoria es una herramienta que permite evaluar la solidez o corrección de los argumentos que sustentan las afirmaciones relativas a los hechos judicialmente relevantes en la respectiva decisión: un argumento es sólido si las premisas son verdaderas y su estructura lógica es correcta con lo cual se puede afirmar que la conclusión obtenida cuenta con una justificación adecuada; aunque la lógica no interviene en la determinación de la verdad de las premisas sino tan solo en la corrección de la estructura de cada argumento y de las cadenas inferenciales que conectan los distintos niveles de enunciados fácticos.

Por último, las **máximas de la experiencia** son pautas o tesis hipotéticas que indican consecuencias desde determinados presupuestos, a partir de los cuales el juez valora las pruebas disponibles; como expresión de conocimiento de „lo usual" o habitual, estas reglas provienen de la experiencia general, asociadas al sentido común y dependen del contexto cultural y social del juez. Las máximas de experiencia se aplican como criterios a partir de los cuales se obtienen inferencias que conectan los medios de prueba con las hipótesis sometidas a comprobación."(Pag 17)

Las reglas de la sana crítica son una categoría intermedia entre la tarifa legal y la libre convicción; la sana crítica permiten al juez analizar la prueba con fundamento en la razón y en un conocimiento experimental; a diferencia de la íntima convicción el juez no es libre de razonar según su voluntad y discrecionalidad y saber privado, sino que debe elaborar la apreciación probatoria según los principios de la lógica y de la experiencia.

1.4. La Sentencia Judicial

Una inicial definición general de sentencia corresponde a considerarla desde cuatro puntos de vista:

- Dictamen o parecer que alguien tiene o sostiene.
- Oración gramatical.
- Decisión de cualquier controversia o disputa extrajudicial que da la persona a quien se ha hecho árbitro de ella para que la juzgue o componga.
- Secuencia de expresiones que especifica una o varias operaciones.

"Del latín, sentencia, se entiende, máxima, pensamiento corto, decisión.

Sentencia según su definición jurídica es la resolución que pronuncia un juez o tribunal para resolver el fondo de un litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso.

El concepto estricto de sentencia es el de resolución que pone fin al proceso decidiendo el fondo del litigio.

La sentencia es el acto el acto procesal más relevante de la función jurisdiccional, toda vez que constituye el punto final de todo proceso, por medio del cual se aplica el derecho al caso sometido a la consideración de los órganos encargados de la jurisdicción.

Por sentencia debe entenderse el juicio lógico de los hechos en las normas jurídicas y la conclusión de resolución del caso.

Desde un punto de vista lógico, la sentencia, constituye un silogismo compuesto por una premisa mayor (ley), una premisa menor (el caso) y una conclusión o proposición (aplicación de la norma al caso concreto).

El silogismo es una argumentación deductiva que consiste en el raciocinio por medio del cual a partir de determinadas o supuestas proposiciones se concluye en una nueva proposición, siendo el juez quien decide cuál es la premisa mayor según su valoración.

Por medio de la sentencia el juez da cumplimiento a la garantía constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional o tutela judicial efectiva como posibilidad dada a todos los ciudadanos de acudir en condiciones de igualdad ante los jueces de la República para buscar la integridad del orden jurídico, la debida protección de sus derechos o el restablecimiento de los mismos, con sujeción al procedimiento previamente establecido, con observancia de las garantías constitucionales y legales. Este derecho a la tutela judicial efectiva es fundamental y forma parte del debido proceso.

El ejercicio de la función jurisdiccional implica conocer los conflictos que se le presenten de cualquier índole y ofrecer una resolución justa plasmada en la sentencia judicial que conforme a derecho corresponda.

1.5 La motivación fáctica de la sentencia judicial

La sentencia judicial debe corresponder a una decisión justa, porque el procedimiento en cual se haya dictado se llevó a cabo sin infracción de las garantías procesales; porque además la norma seleccionada haya sido correctamente aplicada – principio de legalidad – lo cual significa que la decisión es justa porque se tomó conforme a derecho; porque la sentencia se basó en la verdad de la descripción de los hechos.

Quiere decir lo anterior que una sentencia justa debe fundarse en la determinación verdadera de la descripción de los enunciados fácticos, dado que la verdad de los hechos es presupuesto necesario para la aplicación de la norma que regula el caso.

Los planteamientos antecedentes corresponden a una concepción racionalista de la decisión judicial donde la prueba de los hechos y la motivación de la sentencia tienen una evidente implicación recíproca.

Según la concepción racionalista de la sentencia judicial el juez al llevar a cabo la operación lógica de valorar las pruebas tiene la obligación de motivar el fallo guiado por los principios de la sana critica que aseguren la posibilidad de su control racional.

Las legislaciones establecen al juez, por tanto, la obligación constitucional y/o legal de motivar sus fallos en derecho con argumentos jurídicos, como también sobre los hechos a partir del análisis de las pruebas argumentando las razones de validez de sus conclusiones.

Cuando el juez justifica racionalmente la sentencia está permitiendo el control sobre la racionalidad de su decisión porque se apreciará lo atinente a su valoración probatoria y al juicio sobre la verdad de los hechos.

La motivación, por tanto, es una garantía de cierre en tanto va a permitir el control de la decisión por las instancias superiores.

El juez en la motivación del fallo debe justificar la premisa jurídica exponiendo las razones de validez, corrección o legalidad del enunciado normativo.

El juez debe justificar las razones de la premisa fáctica para plantear que sea verdadera o probable para poder declarar probados los hechos en la sentencia y así considerar que la decisión es justa.

Para Taruffo la motivación de la sentencia debe contener una „justificación interna" que corresponde a la exposición de las premisas con base en las cuales se estructura la decisión, la cual es indispensable para su control. A su vez, la motivación debe incluir una „justificación externa" cuyo objeto es „la convalidación racional" de cada una de las premisas que constituyen el soporte de la decisión, lo cual significa dar cuenta de las razones por las cuales se consideran correctas.

Según este criterio debe existir una conexión lógica interna entre la premisa de derecho y la premisa fáctica de la decisión, correspondiendo la decisión final a la consecuencia de las dos premisas que el juez concluye – según Taruffo - de la siguiente forma: „en este caso se aplica la norma X en el significado A, que yo (como juez) considero que es uno de los significados válidos de esta norma y que, en especial, es el significado que más corresponde a las circunstancias del caso en cuestión".

De esta manera, la premisa de derecho es la norma interpretada por el juez que se perfila como premisa fundamental de la decisión; en tanto, la premisa fáctica consiste en el conjunto de enunciados facticos con los cuales el juez dice que la versión sobre el hecho X es

verdadera porque ya fue comprobada, siendo finalmente la conclusión la conexidad de las dos premisas justificadas a partir del elemento común que es el hecho investigado.

La premisa fáctica hace referencia a la circunstancia concreta que se puede adecuar a una categoría general definida de antemano por la norma que es la premisa jurídica: Si tiene lugar el hecho de la muerte violenta de una persona se aplica a esa circunstancia concreta la definición general y abstracta que se hace en la norma sobre la calificación jurídica del hecho.

Taruffo plantea entonces que La justificación interna es la estructura lógica de la decisión: premisas jurídica y fáctica y la conclusión. Si falla la estructura lógica no hay justificación interna y si persistieren dudas con respecto a la justificación interna de la decisión (correspondencia de los hechos con la norma) es claro que la decisión se cae.

Externamente objetivamente se justifica la decisión cuando el juez en relación con la premisa fáctica expone las razones por las cuales considera probada determinada versión sobre los hechos, indicando los criterios objetivos y racionales aplicados.

La justificación externa presupone la verdad del enunciado factico y por lo tanto es indispensable saber cuáles fueron las razones que el juez dio para considerar que una versión de los hechos es verdadera o falsa.

Para esto, además, la justificación externa debe darse también en relación con la valoración probatoria del juez, quien debe suministrar los argumentos racionales y las inferencias lógicas por las cuales llega a las conclusiones que reconstruyen el hecho y lo dan como verdadero.

La motivación fáctica del fallo judicial debe contener una exposición detallada del análisis individual y de conjunto de las pruebas, de igual forma se debe plasmar las

inferencias obtenidas del análisis para llegar a la síntesis del resultado probatorio según la valoración de todo el conjunto de medios de prueba.

Por su parte Taruffo, citado por Llina, (2011) en su obra El Error de Hecho, sostiene que una motivación fáctica se puede considerar „completa" si incluye tres aspectos:

- El juez debe justificar la decisión con respecto a todos los hechos principales o jurídicamente relevantes del caso y también sobre los hechos secundarios (indicios y fuentes de presunción a través de los cuales el juez haya derivado inferencias lógicas sobre los hechos principales, denominados hechos relevantes desde el punto de vista lógico). En el momento en que el juez dice que considera verdadera la descripción de un hecho (así se trate de indicio), de lo cual deriva una conclusión, tiene que decir por qué llegó a dicha conclusión.
- El juez debe justificar la decisión con respecto a todas las pruebas de todos los hechos relevantes de la controversia, porque „las pruebas representan el fundamento de la inferencia que determina la confirmación de los enunciados fácticos". Esto significa que, especialmente, debe pronunciarse sobre las pruebas que no están de acuerdo con la convicción del juez, aquellas que son contrarias a lo decidido, porque en cuanto se trata de las pruebas que confirman la decisión, se suele caer en el prejuicio de la confirmación, entendido como una distorsión del razonamiento que consiste en la tendencia a seleccionar tan sólo los elementos que confirman la hipótesis y a dejar de lado aquellas que la contradicen. "El silencio acerca de las pruebas que no han sido tenidas en cuenta deja abierta la duda sobre el real fundamento de la reconstrucción de los hechos que ha sido acogido como verdadero". Por eso

en el proceso se habla de considerar las pruebas positivas y contrarias para verificar una hipótesis determinada. El fundamento racional de una decisión sobre un hecho deriva más bien de las pruebas contrarias que de las favorables. La decisión se justifica en el momento en el cual, habiendo una prueba positiva y otra contraria, se toma la positiva y se justifica por qué la contraria no merece ser tomada en consideración, haciendo explícitos los criterios de valoración en los que se apoya el razonamiento probatorio

- A la hora de hacer la interpretación de las normas pero también en la decisión de los hechos el juez hace valoraciones, es decir, formula enunciados o juicios de valor (bueno-malo, moral-inmoral, razonable- excesivo), "…los cuales pueden ser compartidos y justificados, o criticados y rechazados, pero no es posible probar su verdad o falsedad…", es decir, "no pueden ser objeto de prueba" porque expresan una apreciación. En cambio, los enunciados que describen hechos pueden ser objeto de prueba, en términos de establecer su verdad o falsedad, por tanto, las pruebas se refieren a hechos y no a juicios de valor. Lo anterior no significa que el juicio de valor no se justifique, al contrario, su justificación depende de que sean explícitos los criterios en los que se sustenta y las razones de esta elección. Para la justificación del juicio de valor se puede acudir a criterios generales a partir de los cuales se puede considerar si la justificación es aceptable o no; si el juez al emitir juicios de valor no indica tales criterios, se considera una opción valorativa subjetiva y arbitraria. El juicio de valor es justificable si es posible presentar argumentaciones estructuradas desde el punto de vista lógico que soporten las valoraciones formuladas en los casos independientes o individuales (por el juez). En tal caso, hay dos condiciones:

- El juez debe hacer explícitas sus valoraciones, no las tiene que esconder; y
- Al hacer explícitas su valoraciones, también las debe justificar, es decir, ofrecer argumentos fundados de carácter lógico o general y no solamente emitir opiniones subjetivas. “

De esta manera hay una motivación completa, coherente, congruente, justificativa, racional sobre los hechos o enunciados facticos, de forma tal que se puede hacer un control efectivo de la decisión del juez, porque si se ofreciera una motivación incompleta se haría nugatorio este control.

La motivación del fallo, en conclusión, es condición previa exigible a los jueces de instancia porque serán las razones de hecho y de derecho las que se controlen a través de los recursos judiciales.

1.6. Control de la motivación fáctica de la sentencia en casación.

Los ordenamientos procesales acuerdan que existe la obligación de motivar las resoluciones judiciales como principio constitucional y garantía procesal como elemento de control de la administración de justicia.

La motivación de las resoluciones judiciales cumple dos funciones en el ordenamiento jurídico: Es un instrumento técnico procesal y es una garantía política.

Como instrumento técnico procesal permite un adecuado ejercicio del derecho de defensa de quienes tienen la condición de partes en el proceso, pero a la vez facilita el control estricto de las instancias judiciales superiores cuando se emplean los recursos pertinentes.

Como garantía político institucional es factor de racionalidad en el desempeño de las funciones jurisdiccionales, pues garantiza que la definición de la controversia es producto de la aplicación racional del ordenamiento jurídico en el caso y no consecuencia de una aplicación arbitraria de la administración de justicia.

Si la decisión judicial está debidamente motivada se garantiza a las partes respecto a la justicia o no de la decisión informándoles los alcances del fallo respecto de los derechos invocados, las pretensiones incoadas con la debida información del por qué se acepta o rechazan . La función endoprocesal de la motivación de la sentencia permite su control por medio de los recursos legales por la parte procesal contra la cual se haya dictado desfavorablemente.

La motivación de la sentencia forma parte de las garantías del debido proceso que buscan preservar la libertad y la vigencia de los derechos fundamentales frente al Estado, dado que de esa forma las partes pueden ejercer un control de la administración de justicia, donde también, tiene interés la sociedad en general.

La función endoprocesal de la motivación de la sentencia facilita su control técnico privado o institucional por las partes o por las corporaciones judiciales superiores.

La motivación puede dar lugar al control interno de las decisiones judiciales en derecho o de hecho, por infracción de ley, por indebida interpretación, por errónea subsunción, por insuficiencia de pruebas o por su valoración errónea, permitiendo que la decisión se confirme, se revoque o se anule.

La función endoprocesal de la motivación tiene dos expresiones:

a) Función endoprocesal de la motivación respecto a las partes.

La motivación de la sentencia busca convencer a las partes y a su defensa acerca de la justicia, legalidad y acierto de la decisión porque se ha tomado con arreglo a las normas sustantivas y procesales, de tal forma que los actores pueden conocer los argumentos facticos, probatorios jurídicos, las pruebas tenidas en cuenta y si se ha aplicado el derecho de manera correcta

La única vía que tienen las partes para poder saber si sus argumentos y pruebas han sido tomados en cuenta y se ha aplicado.

Las argumentaciones completas reflejan la motivación para que las partes tengan la posibilidad de impugnar la decisión en términos ciertos y cognoscibles, porque si no las conoce no puede recurrir en forma efectiva y real que garantice su defensa en protección de sus derechos.

b) Función endoprocesal de la motivación respecto al órgano jurisdiccional de impugnación

Una de las principales ventajas de la consagración del deber de motivar las resoluciones judiciales es el facilitar y permitir el control interno del razonamiento judicial por parte del Tribunal de apelación o casación.

Las Corporaciones superiores por medio de la motivación de la sentencia conocerán las razones que fundamentan el fallo del inferior para confirmar o invalidar la decisión por razones de considerar que no responde a las pretensiones de las partes o que las argumentaciones son insuficientes o contradictorias conocer las razones en las que se apoya el fallo de la instancia inferior y sobre esta base, bien puede confirmar dicha decisión o bien puede invalidarla por insuficiente, por contradictoria o por no responder a las cuestiones planteadas por las partes.

La motivación de las resoluciones judiciales facilita que el juez superior pueda analizar los agravios de la impugnación y los vicios que se denuncian y aparentemente se han cometido al fundamentar la sentencia.

Una sentencia no motivada, ya sea en los hechos o en el derecho, en la práctica lo que hace es impedir y bloquear el derecho al recurso.

El control institucional se compone de tres aspectos: la expedición de la sentencia por parte del ad quo; la presentación del recurso y la fijación de los agravios como los vicios en los que incurre la sentencia y la respuesta a cada uno de los agravios planteados y la determinación si efectivamente se han producido los errores y vicios denunciados.

Sin embargo, en los ordenamientos del common law existe, por otra parte, una práctica generalizada que convive con la ausencia de obligación impuesta al juez de motivar la sentencia en los juicios con jurado, porque, por ejemplo en los juicios sin jurado en Norteamérica el juez debe dar los fundamentos de hecho y las conclusiones legales de la sentencia.

Igualmente se denota que la historia de la motivación de las sentencias predomina, con la revolución francesa, a partir del siglo XVIII, pues antes en la edad media el fenómeno regular era la práctica de la sentencia sin motivación.

Se considera entonces la obligatoriedad de la motivación de la sentencia como un principio general del ordenamiento procesal y como y una regla natural de justicia.

Se estima que la motivación de la sentencia es un instrumento de racionalización de la justicia al mismo tiempo que garantía de justicia de la sentencia y legitimación de la función del juez.

La función de racionalización y la obligación de motivación de la sentencia se deben interpretar en relación con las funciones de la Corte Suprema de Justicia en relación con el fallo judicial.

La Corte de Casación debe controlar el grado de coherencia lógica de la motivación y llevar a cabo también la función de nomofilaquia y de unificación de la jurisprudencia, porque la principal finalidad de la casación es la defensa de la ley o derecho objetivo, para proteger la legalidad revisando la motivación judicial para que no se aparten de ella que junto con la unidad de la jurisprudencia se garantiza el respeto de la seguridad, certeza e igualdad ciudadana.

El control de legalidad de la Corte Suprema de Justicia se compone esencialmente de su pronunciamiento sobre la legitimidad de la decisión del juez, de tal manera que este tipo de control solo se puede ejercer cuando la sentencia contiene un debido razonamiento interpretativo del juzgador, es decir, cuando se encuentre motivada.

La motivación, entonces, es un instrumento que permite el control de legalidad por parte de la Corte en la medida que el juez está en la obligación de plasmar el dato objetivo sobre el cual se deba ejercer.

Existe, por tanto, una evidente conexión entre la obligación de motivación y el control de legalidad por parte de la Corte, dado que aquella es la premisa que le da a la Corte el control general y final sobre la decisión del juez.

Capítulo 2. Casación y su Encuadre Normativo.

2.1 Fines de la Casación

Para concluir en el tema de los fines del recurso extraordinario de casación previamente se establecerá su concepto.

La casación es un recurso al que acceden las partes procesales con interés en formularlo, recurso que se interpone contra determinadas decisiones que se consideran equivocadas para que la Corte Suprema de Justicia, por motivos expresamente señalados en la ley, las deje sin efecto, anule, quiebre, case con la finalidad de unificar la jurisprudencia, proteger los derechos y garantías fundamentales, reparar los agravios que se hayan podido causar dentro de un proceso a uno o varios de los sujetos procesales, haciendo efectiva la igualdad y la realización del derecho material.

Es recurso contra las sentencias de segunda instancia no ejecutoriadas porque es un instrumento que se otorga a las partes dentro del proceso para buscar una mejor justicia.

La parte procesal debe tener interés en formular el recurso de casación porque no es posible una casación iniciada de oficio, con excepción la Corte Suprema de Justicia puede obrar de oficio cuando se vaya a pronunciar sobre el fondo del asunto.

La casación solo cabe por motivos expresa y taxativamente señalados en la ley, es decir, no es dable formular el recurso por causales diferentes o similares o parecidos a los exactamente formulados en la norma.

En el recurso de casación la tarea a cumplir con la demanda es demostrar a la Corte Suprema de Justicia que el juez ha proferido la sentencia con errores manifiestos decisivos en la determinación recurrida.

El recurso de casación se dice extraordinario porque lo resuelve un juez plural calificado y por las razones expresa y taxativamente señaladas en la ley.

El recurso de casación se interpone contra sentencias de segunda instancia y en el proceso penal siempre referido a delitos y no a contravenciones y solo por las causales previstas en la ley, como se ha dicho, dado que las partes procesales y el juez de casación deben estudiar únicamente los errores manifiestos y trascendentes en que haya podido incurrir el juez de segunda instancia.

La Corte Suprema de Justicia decidirá el recurso de casación de dos maneras: No casar la sentencia o casarla total o parcialmente en todo o en parte; es decir, la rompe, la anula, la deja sin efectos y sustituyendo la sentencia objeto del recurso. Además también podrá decretar la nulidad en cuyo caso enviara el asunto al juez competente indicando el momento procesal a partir del cual se debe recomponer la actuación.

Dentro del tema específico de los fines de la casación u objetivos del recurso extraordinario se plantea que existen unos fines principales y otros secundarios.

Los fines principales se aluden al objetivo de lograr la interpretación más adecuada de la norma positiva, buscar la unidad de la doctrina interpretativa y la correcta aplicación de los principios constitucionales dentro del proceso penal.

Los fines secundarios consisten en lograr la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Los fines del recurso de casación se pueden resumir así:

- La nomofilaquia.
- La unificación de la jurisprudencia.
- La función dikelógica o justicia del caso concreto.
- La función trifásica.
- La protección de los derechos fundamentales.
- Finalidad plural de la casación.
- Reparación de agravios.
- Protección del derecho a la igualdad.

La nomofilaquia de la ley en su significación original consiste en plantear que la casación existe para "cuidar la ley".

El juez de casación debe como finalidad del recurso vigilar o custodiar la vigencia del ordenamiento jurídico indicando a todos los órganos judiciales cuál es la interpretación correcta de la ley y cómo debe aplicarse, con lo cual hace efectivo el derecho material.

Con la interpretación correcta de la ley se llega a la finalidad de certeza y seguridad del derecho pues se logra una interpretación única de las varias interpretaciones razonables que puedan existir.

De esta manera, la interpretación no es abstracta y absoluta sino concreta y relativa.

Se logra de esta manera la finalidad nomofilactica del recurso de casación para lograr la certeza del derecho no como ejercicio del poder jurisdiccional sino por el camino de las razones que el juez de casación debe expresar o mostrar cuando expone que acepta o rechaza los criterios de los jueces inferiores, porque se debe preservar la finalidad de guardar los principios de igualdad, seguridad y certeza jurídica en la aplicación e interpretación de la ley.

La Unificación de la jurisprudencia como finalidad del recurso de casación se basa en la conformación de la unidad jurídica y la garantía del principio de igualdad.

Se busca una interpretación y aplicación de la ley uniforme en todo el territorio nacional pues se trazan directrices hermenéuticas que deben acoger los demás funcionarios judiciales.

La función dikelógica dentro de los objetivos de la casación consiste en aplicar correctamente el derecho objetivo al asunto concreto examinado.

La función trifásica indica que los tres anteriores objetivos de la casación deben ser armónicos sin que prevalezca uno sobre los otros, para evitar la supremacía formalista de la nomofilaquia o la de la función dikelógica que llevaría a considerar el recurso como una tercera instancia.

La protección de los derechos fundamentales indica que la finalidad del recurso de casación se compagina con la finalidad del derecho procesal penal.

Ciertamente, el objeto del derecho procesal penal es la protección de las garantías y derechos fundamentales de las partes procesales reconocidas en la Constitución Nacional, los tratados internacionales sobre derechos humanos y en las leyes procesales.

De igual forma, el juez de casación también debe velar por la defensa de los derechos fundamentales siendo el recurso presupuesto para la viabilidad del amparo de estos derechos y la protección de las garantías constitucionales a partir del debido proceso en el proceso penal.

El objetivo plural de la casación señala que el recurso tiene finalidades públicas y privadas.

Las finalidades públicas se concretan en la efectividad del derecho material, la defensa del derecho objetivo – nomofilaquia – y unificación de la jurisprudencia.

Las finalidades privadas corresponden a la protección de las garantías de las partes procesales del proceso penal y la reparación de los agravios inferidos a ellas.

La reparación agravios como finalidad privada del recurso de casación hace relación a la recuperación de los bienes o intereses perdidos o dañados a las partes procesales, daño causado por una sentencia contraria a derecho.

La finalidad de la casación como protección del derecho a la igualdad de los ciudadanos se garantiza con la uniformidad de la interpretación de la ley.

Sobre las finalidades del recurso de casación es importante traer a colación la Sentencia C-713 de 2008 en la cual la Corte Constitucional sostiene lo siguiente:

> […] la casación apunta no sólo a la protección de derechos fundamentales, sino también a la salvaguarda de los demás derechos reconocidos en el ordenamiento constitucional, atendiendo criterios de justicia material según el principio de prevalencia del derecho sustancial en la administración de justicia… „ También la interpretación de las disposiciones procesales que regulan ese recurso debe interpretarse de conformidad con ese principio‟.

En la jurisprudencia constitucional referida la Corte Constitucional señala que la casación ha evolucionado en lo referente al sentido de la ley reconociendo a la Constitución como verdadera norma jurídica, replanteando el alcance del recurso de casación pues la Corte Suprema no debe limitarse al estudio de las causales sino que debe también tener en cuenta

los valores y principios constitucionales, los tratados internaciones sobre derechos humanos compaginándolos con las finalidades del recurso.

La Corte Constitucional recalca en el „nuevo paradigma de la casación‟ en el cual se involucran tres elementos esenciales que corresponden al redimensionamiento de la finalidad del recurso extraordinario: "… (i) La unificación de la jurisprudencia, (ii) la garantía del principio de legalidad en una dimensión amplia, (iii) acompañada de la protección efectiva de los derechos constitucionales bajo el principio de la prevalencia del derecho sustancial". (Sentencia C-713 de 2008)

En relación con el primer elemento del nuevo paradigma, la Corte afirmó que "…la casación constituye un mecanismo de orden sistémico encaminado a la unificación de jurisprudencia en los asuntos propios de la jurisdicción ordinaria, con lo cual se asegura también la realización del principio de igualdad en la aplicación del derecho" para proteger la coherencia del ordenamiento y la aplicación del derecho objetivo, asegurando el respeto a los principios de legalidad y de igualdad, lo cual se logra con la unificación de criterios de interpretación de la ley.

Con respecto al segundo elemento, la Corte Constitucional sostuvo que "…la función de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación consiste en ejercer el control de legalidad de las sentencias judiciales" para identificar si el juez quebrantó la ley con su decisión. El control de legalidad de la sentencia en sede de casación debe ser entendido con amplio espectro en el cual se integre la protección de los derechos consagrados en la Constitución. (Sentencia C-713 de 2008)

Reitera un pronunciamiento anterior sobre el alcance del juicio de legalidad que resulta pertinente destacar en este momento:

> […] el recurso de casación constituye un mecanismo extraordinario e interno de control jurisdiccional de la legalidad de los fallos. Se trata de un mecanismo de control, por cuanto a través de él se asegura la sujeción de los fallos judiciales a la ley que los gobierna. Es extraordinario, por cuanto se surte por fuera de las instancias en tanto no plantea una nueva consideración de lo que fue objeto de debate en ellas, sino un juicio de valor contra la sentencia que puso fin al proceso por haberse proferido con violación de la ley. Es interno, por cuanto se surte al interior de cada jurisdicción, siendo el competente para tramitarlo y resolverlo el Tribunal de Casación. Finalmente, implica un juicio de valor que exige la confrontación de la sentencia con la ley [… (Sentencia C-713 de 2008)

Por último, respecto del tercer elemento del paradigma la Corte Constitucional señaló que "…la casación se concibe con el propósito de garantizar la justicia material y con ello hacer efectivo el principio de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 CP).

Desde esta perspectiva, la casación „es una institución jurídica destinada a hacer efectivo el derecho material y las garantías fundamentales de las personas que intervienen en un proceso", interpretando la expresión „realización del derecho material" en la cual debe estar inmersa la protección de los derechos y principios reconocidos en el ordenamiento jurídico y no sólo los derechos constitucionales fundamentales. (Sentencia C-713 de 2008)

2.2. Principios de la casación

2.2.1 Principio de taxatividad. Este principio señala que el recurso de casación solo procede por las causales consagradas taxativamente en la ley, excluyéndose la analogía, la similitud y la discrecionalidad del juez.

En el derecho colombiano las causales del recurso de casación se prevén en el artículo 181 de la ley 906 de 2004.

La primera causal es la violación directa de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal – ley penal sustantiva o procesal con efectos sustantivos – llamada a regular el caso.

La segunda causal es el desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

La tercera causal corresponde a la violación indirecta de las normas del bloque constitucionalidad, constitucional o legal sustantiva o procesal con efectos sustantivos por manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.

La cuarta causal es la correspondiente a la reparación integral decretada en la sentencia que resuelve el incidente y que remite al derecho procesal civil.

La taxatividad es normativa porque las causales de casación están fijadas rigurosamente en las normas estableciendo los casos en que pueden producirse.

La taxatividad es conceptual dado que determina cuales son los conceptos que establecen las causales para el recurso de casación.

Los conceptos son por:

1. la violación directa de la ley sustancial que corresponde a tres formas de vulneración:
    - falta de aplicación.
    - indebida aplicación
    - interpretación errónea.

2. La violación indirecta de la ley sustancial que corresponde a:

- errores de hecho que recaen sobre los medios de prueba:
- Derivados de falsos juicios existencia por suposición o ignorancia probatoria.
- De falsos juicios de identidad por distorsiones o tergiversaciones fácticas, o por agregados o cercenamientos efectuados a los medios de convicción.
- De falso raciocinio debido a la transgresión de postulados de la Sana Critica, las máximas de experiencia, leyes de la lógica, la ciencia y criterios técnico-científicos de apreciación de un medio de prueba en particular.
- errores de derecho derivados de:
- falsos juicios de convicción
- falsos juicios de legalidad.

3. En el caso de una nulidad en el proceso por:
    - Por violación de la competencia.
    - Irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y violaciones al derecho de defensa.

Estos dos aspectos de la taxatividad, lo normativo y lo conceptual, obligan al defensor a ajustar las censuras planteadas en la Casación a las causales expresamente fijadas en la ley y, adicionalmente, al sentido que la jurisprudencia y la doctrina le han otorgado a dichas causales.

Finalmente, el principio de taxatividad se refiere a los límites de la competencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de Casación que debe ceñirse a los procesos y las causales fijadas expresamente en la ley.

2.2.2 Principio de limitación. El principio de limitación indica que la Corte Suprema de Justicia tiene circunscrita su competencia para resolver solo sobre las causales alegadas en la demanda de casación.

Este principio de limitación está fijado en el inciso 3 del art. 184 del Código de Procedimiento Penal, que prohíbe a la Corte Suprema de Justicia "tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante".

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia no puede corregir la demanda, adicionarla o completar el recurso de casación dado que debe limitarse a lo acusado por el censurante.

El principio de limitación tiene una excepción pues la norma procesal señalada establece que en desarrollo del principio de prevalencia del derecho sustancial, la Corte Suprema, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso de índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo.

Esta excepción se fundamenta en el principio rector establecido en el artículo 10 de la ley 906 de 2004 que indica que en el procedimiento penal se debe dar prevalencia al derecho sustancial sobre el formal.

La Corte Suprema de Justicia está facultada constitucional y legalmente para dar prevalencia al derecho sustancial, no obstante los errores en que haya incurrido el censor, procediendo a anular o casar oficiosamente la sentencia.

De tal manera que si la Corte Suprema de Justicia encuentra que el sentenciador de segunda instancia ha incurrido en manifiestos errores facticos confrontando los supuestos

probatorios en que se fundan las sentencias con los medios de convicción, podrá la Alta Corporación plasmar conclusiones diferentes para anular o casar de oficio la sentencia.

2.2.3 Principio e Legitimación o Interés para Recurrir. Por el concepto de unidad temática entre apelación y casación se afirma que los temas que no son objeto de censura respecto de la sentencia de primera instancia o los errores no evidenciados en la sustentación del recurso de apelación, no se podrán demandar en sede de casación**.**

Se presume, en este caso, que la no presentación del tema frente a la sentencia de primera es por conformidad con lo resuelto, que no podrá solicitar su examen posteriormente en casación, salvo que se haya impedido arbitrariamente el ejercicio del recurso de apelación o cuando el fallo de segunda instancia modifique la sentencia de manera más gravosa o cuando se trate de evidente violación de los derechos fundamentales.

Pero por otra parte, también el principio significa que el censurante carece de interés para recurrir cuando con la formulación del recurso de casación puede derivar para el condenado un perjuicio en su situación jurídica dado que los resultados del recurso – sustanciales o procesales – pueden causarle consecuencias jurídicas más gravosas a la parte recurrente.

2.2.4 Principio de coherencia. La demanda de casación debe ser formulada con lógica y coherencia.

Por el postulado de la coherencia el censor debe formular los planteamientos con claridad, precisión y coherencia de tal manera que plasme las afirmaciones de hecho y de derecho con articulación lógica, concordancia y trascendencia argumentativa; de tal manera que debe presentar en detalle las normas que considere violadas, la naturaleza de la

infracción, y los conceptos por los cuales se considere tal violación, indicando cuales son los errores de hecho, de derecho, y las incorreciones del tipo de infracción: indicara de manera coherente si lo los fueron por falta de aplicación, indebida aplicación, etc.

Por el postulado lógico el demandante debe escoger puntualmente la causal formulando los cargos desde lo principal a lo subsidiario, sin desbordar el campo de la causal escogida, limitando la argumentación a los motivos y sentido de la violación alegados, plasmando en la demanda los cargos con armonía y unidad lógica, congruente sin argumentaciones ajenas al desarrollo de la censura.

La claridad, precisión y coherencia de la demanda y la argumentación concreta del censor permitirá que la Corte Suprema de Justicia observe la trascendencia del error y su sentido para así tomar la decisión que corresponda en justicia.

La coherencia de la demanda de casación se viabiliza con el cumplimiento de los requisitos formales de la demanda tal como se preceptuaba en el artículo 212 de la ley 600 de 2000, que aunque en el nuevo C.P.P. no se reproducen pero que se deben tener en cuenta ahora para la debida presentación de la demanda de casación.

Los requisitos son los siguientes:

a. La identificación de los sujetos procesales y la sentencia demandada: tiene por objeto singularizar los intervinientes en el proceso penal (fiscal, agente del Ministerio Público, imputado, defensor, representante de la víctima), con el propósito de establecer el interés que les asiste las partes para actuaren sede de casación. A su vez, el señalamiento de la decisión objeto del recurso tiene como objetivo identificar la sentencia que será objeto de la censura en la casación.

b. La síntesis de los hechos materia de juzgamiento: se orienta a determinar las conductas que fueron objeto de juzgamiento y que constituyen el marco fáctico y jurídico para las alegaciones. Esto posibilita especificar los contenidos de la demanda en relación con las vías de censura escogidas (violación directa o indirecta; nulidades; su acierto en la escogencia, fundamentos, procedencia y viabilidad).

c. La síntesis de la actuación procesal: Permite a la Corte reconocer las actuaciones surtidas para efectos de corroborar los argumentos planteados por el casacionista, y decidir sobre la necesidad de intervención para corregir los posibles yerros en las sentencias de instancia.

d. La enunciación de la causal y la formulación del cargo con indicación precisa, correcta y coherente de sus fundamentos: de acuerdo con los art. 181 y 184.2 del Código de Procedimiento Penal, la casación penal implica un juicio lógico, jurídico, sustancial, concluyente, suficiente y trascendente en el que los argumentos deben plantease de manera puntual, concreta y guardando coherencia en sus fundamentos. Esto implica elegir con acierto la causal invocada, y en lo relativo a la formulación, objetivación y demostración del cargo, los desarrollos deberán ser correspondientes con los motivos y sentidos de violación acusados.

e. El señalamiento de los fines que se aspira a cumplir de acuerdo con el art. 180 del código de Procedimiento Penal y que hacen necesaria la intervención de la Corte: Debe indicarse expresamente si el recurso está orientado a lograr la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, o si se busca la unificación de la jurisprudencia.

2.2.5 Principio de Prioridad. Cuando se formula una pluralidad de cargos estos deben presentarse y demostrarse de acuerdo a un orden en el cual prime el cargo de mayor trascendencia procesal.

En el recurso de casación los cargos se deben postular de acuerdo a un orden cronológico de acuerdo con la etapa del proceso donde se haya presentado la actuación viciada.

Por el principio de prioridad de la nulidad este cargo tiene carácter preferente frente a las demás causales de casación, razón que lleva a afirmar que la presentación del cargo por este evento tiene que ser principal.

Si se tratara de otro cargo se debe seleccionar con prioridad el que mayor cobertura de afectación del proceso penal tenga.

2.2.6 Principio de trascendencia. La sentencia goza de presunción de acierto y legalidad, mientras en juicio de casación no se establezca o demuestre lo contrario, principio que se conoce como doble unidad jurídica.

Cuando la sentencia que goza de esa presunción se ataca en casación las argumentaciones del censor tienen que ser lógicas, objetivas, jurídicas, basadas en razones suficientes presentando la trascendencia del cargo.

Por esta razón la demanda de casación no puede contener criterios particulares del censor sobre las pruebas al estilo de un recurso de apelación para revivir instancias superadas porque no se trata de abrir una tercera instancia.

Por el principio de trascendencia el censor debe desvirtuar con suficiencia la doble unidad jurídica de la sentencia.

El censor no puede limitarse a impugnar el fallo de segunda instancia porque corre el riesgo de dejar subsistente la sentencia de la primera instancia, de tal manera que debe confrontar de forma trascendente y suficiente lo motivado en ambas instancias a pesar que se considere que hay unidad inescindible entre las dos decisiones.

En la demanda de casación las alegaciones y desarrollos del cargo veden transitar por la conducencia, suficiencia y trascendencia argumentativas, en el objetivo de demostrar al Tribunal de casación los errores in iudicando o in procedendo de los jueces.

El casacionista debe demostrar el sentido de la violación sustancial o procesal, la incidencia de los errores, evidenciando con argumentos trascendentes y concluyentes que de no haberse cometido esos errores otro había sido el resultado de lo sentenciado.

2.2.7 Principio de Proposición Jurídica Completa. En la demanda de casación se deben citar en su integridad las disposiciones que se estiman violadas así como las normas jurídicas dejadas de aplicar.

Si se alega cargo de violación indirecta de la ley se debe plasmar cual fue la apreciación errónea o la falta de apreciación de las pruebas, siendo indispensable integrar la proposición jurídica con las normas que regulan la prueba:

La proposición jurídica se forma con la totalidad de las normas sustanciales y procesales con efectos sustanciales que resulten infringidas por la sentencia.

Cuando la norma sustancial se encuentra en un ordenamiento diferente al Código Penal se hace necesario citar también lo que autoriza la remisión, pues de lo contrario la proposición jurídica no sería completa.

Las citaciones de las normas legales deben ser expresas y debidamente identificadas e individualizadas, sin menciones genéricas ni descripciones implícitas, sin omitir ninguna de las disposiciones que se consideran infringidas.

Es un error de técnica, por ejemplo, afirmar que se consideran violados un artículo y "los siguientes" o "los demás concordantes" u otras expresiones similares, que si son aceptables en las instancias, no son permitidas en casación.

Sobre el particular el Manual De Defensores Públicos Recurso Extraordinario De Casación, sostiene:

> "La proposición normativa completa deberá ser seria, lógica, coherente, no contradictoria, ni excluyente, y no puede entenderse como un requerimiento caprichoso; por el contrario, se inscribe en la esencia de la casación penal, instituto que es, sobre todo, un espacio jurisdiccional rogado en el que, como se ha visto, la Corte, por virtud del principio de limitación, se vincula a lo que de manera puntual se le demande. Se configura como una "unidad lógica" juridica de un conjunto de normas que se integran para conformar todas ellas una situación jurídica condicionante.
>
> En efecto, se trata de un enjuiciamiento lógico (acerca de lo debido e indebido), pues a los vicios sustanciales o procesales les corresponden unos correctivos normativos a los que se aspira. Por tanto, los menoscabos objeto de

censura y las enmiendas a efectuarse por la Corte se hacen por parte de lo singularmente demandado, es decir, que tienen que enunciarse y demostrarse, pues la Corte no puede adicionar, suplir o complementar las proposiciones demandas que se hagan, cualesquiera que sean, indistintamente de la causal invocada.

Lo anterior, por supuesto, debe integrarse con la excepción al ya estudiado principio de limitación, previsto en el inciso 3° del art. 184, según el cual la Corte podrá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo." (Pág. 68)

2.2.8 Principio de no contradicción. Los cargos contra la sentencia recurrida según las diferentes causales de casación por claridad y precisión deben formularse de manera independiente.

Cada una de las causales de casación tienen contenido propio, diferenciadas unas de otras, sin que se pueda mezclar en un cargo diferentes causales so pena de incurrir en el principio de no contradicción, lo cual conlleva a un error de lógica jurídica que da al traste con la demanda que debe cumplir con exigencias lógicas que no permitan incurrir en contradicciones en el desarrollo de los cargos.

Por ejemplo se incurre en principio de no contradicción cuando se formulan al mismo tiempo causales que se excluyen entre sí o cuando dentro de la misma causal se aduce simultáneamente violación directa e indirecta de la ley sustancial o cuando se formula cargos por error de hecho y de derecho por falso juicio de existencia y de convicción simultáneamente.

El principio significa además que dentro de un cargo, tampoco se puede desarrollar su demostración entremezclándolos y confundiendo las causales dado que se deben formular en capítulos separados atendiendo los criterios de subsidiaridad.

En el evento de la violación directa de la ley tampoco se pueden formular cargos al mismo tiempo por falta de aplicación y aplicación indebida o interpretación errónea de la norma porque son excluyentes.

2.3 Juicio de Casación – Técnica

2.3.1 Técnica en la violación directa de la Ley. En la violación directa de la ley sustancial la técnica exige que el censor previamente acepte los hechos y las valoraciones probatorias de la misma manera como lo hicieron los sentenciadores de instancias.

El censor no puede en apego a la técnica argumentar contradicciones u objeciones a las valoraciones probatorias y fácticas de los juzgadores.

El demandante no debe controvertir el entendimiento que el juez ha dado a los hechos, pues debe respetar estrictamente lo factico tal como se ha planteado en la sentencia impugnada y que se ha dado por probado.

En segundo lugar el censor debe explicar si se trata de un **error in iudicando** ostensible, es decir, si es una falla de juicio evidente.

En este caso, la controversia se limita exclusivamente a un problema de derecho, a una discusión netamente jurídica ajena a contradicciones probatorias.

En tercer lugar, debe identificar nítidamente la forma en que se aduce el error con la debida sustentación, enunciando si es por aplicación indebida de la ley sustancial, falta de aplicación o interpretación errónea.

Se presenta error por falta de aplicación cuando el juzgador se equivoca acerca de la existencia de la norma y en consecuencia, por esta razón, no la aplica al caso específico; o cuando el funcionario ignora la ley aplicable y por ello no la tiene en cuenta.

En este evento es indispensable demostrar por el casacionista cuál es la norma o normas aplicables realmente y por qué era la aplicable al caso.

La técnica del censor exige que explique si la falta de aplicación de la norma es total o parcial.

Verbi gracia, que los hechos y las pruebas aceptados por el juzgador conduzcan a la absolución por la concurrencia de una causal que exonera de la responsabilidad penal y no aplique la norma o que los hechos y las pruebas aceptados por el juzgador lleven solamente reducir la punibilidad y el funcionario no aplique la ley que reconozca el atenuante demostrado.

Un caso de falta de aplicación total es: la narración de los hechos y la valoración de las pruebas que plasma el juez en su sentencia indican sin incertidumbre alguna que el procesado ha obrado en estado de necesidad y, sin embargo, el juez lo condena cuando, como es obvio, debía absolver.

La falta de aplicación parcial ocurre cuando el relato de los hechos y el análisis de la prueba que hace el juez, y que expone en su sentencia, indican que la persona procesada es responsable pero que ha obrado amparado por una causal que obliga a reducir la pena pues

ha ejecutado el hecho punible bajo la influencia de pobreza extrema que lo ha llevado a la ejecución del hecho, como lo preceptúa el art. 56 del Código Penal.

La aplicación indebida de la norma se da cuando el funcionario judicial se equivoca al calificar jurídicamente los hechos o cuando yerra al elegir la norma correspondiente en la calificación jurídica. En este caso el censor debe demostrar por qué la norma imputada al caso esta indebidamente seleccionada, señalando, además, cuál era la aplicable y por qué.

La interpretación errónea de la norma se da cuando se admite que la disposición destinada al caso ha sido bien seleccionada, pero se equivoca al interpretarla y le atribuye efectos contrarios a su contenido real o le otorga sentido jurídico que no tiene.

Sobre este tema el tratadista Perez, 2014), sostiene:

> "8) En esta hipótesis, más bien, es imprescindible demostrar que en cuanto a la norma adecuadamente escogida se ha incurrido en una falla consistente en otorgarle un alcance del que carece. Se impone comprobar, entonces, el error de hermenéutica, y por qué el contenido dado a la disposición aplicable y aplicada no es el atinado. Y, desde luego, indican cuál es el sentido que realmente corresponde a la norma seleccionada.
>
> Este último punto es bastante sensible, pues para hablar de interpretación equivocada se debe tener un referente que enseñe el contenido exacto de la disposición debatida. Este referente puede ser la misma Ley, si ella explica su propia comprensión; la doctrina; el derecho comparado y, particularmente, la jurisprudencia, sobre todo la emanada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
>
> 9) Si se formula interpretación errónea, de una o varias disposiciones, no es posible proponer, simultáneamente, y respecto de las mismas normas, falta de aplicación o aplicación indebida, pues la interpretación errónea supone la cabal selección del articulado.

10) Plasmar la "proposición jurídica completa", entendida solamente como el señalamiento de la principal o principales norma vulneradas.

11) Solicitar a la Corte que profiera la sentencia que reemplaza a la impugnada" (Pág. 175)

2.3.2. Técnica de casación en la afectación del debido proceso – nulidad

2.3.2.1 La nulidad. Es la declaración de invalidez sobre una actuación procesal que se estima errada y que por ende no puede producir efectos jurídicos.

Cuando se incumplen las normas previstas en la Constitución Nacional y el Código de Procedimiento Penal la sanción corresponde a la declaratoria de nulidad de la actuación donde se de tal incumplimiento.

La nulidad puede ocurrir por vicios o errores de estructura y por errores de garantía.

El error de estructura ocurre cuando se desconocen las formalidades procesales preestablecidas en la ley, resquebrajando el orden procesal.

Esta clase de nulidad tiene un claro significado social porque aunque no lesione aparentemente los derechos de las partes procesales, la colectividad en abstracto si tiene interés en que el funcionario judicial cumpla todas las etapas del procedimiento para llegar a la declaración de responsabilidad penal.

El numeral 2 del artículo 181 del texto procesal de 2004 establece como causal de nulidad cuando se afirma que la casación procede por desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura.

El error de garantía surge cuando en la actuación procesal ocurre irregularidades que lesionan o colocan en riesgo los derechos de las partes.

Este error se vincula con el desconocimiento de los derechos de los sujetos procesales en concreto.

El numeral 2 del artículo 181 de la ley 906 de 2004 señala que el recurso de casación procede por desconocimiento del debido proceso y por afectación sustancial o capital de las garantías debidas a cualquiera de las partes.

2.3.2.2 Las causales de nulidad se establecen en el artículo 207 de la ley 600 de 2000 que la incluye como tal el hecho de dictar sentencia en un juicio viciado de nulidad.

El numeral 2 del artículo 181 del C.P.P. eleva a causal de casación el desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de las garantías debidas a las partes.

En la ley 906 de 2004 se establecen como causales de nulidad taxativas:

1) La obtención de pruebas con violación de las garantías fundamentales.

Esta nulidad opera de pleno derecho y es desarrollo del inciso 5 del art.29 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

2) Que la actuación se surta ante juez incompetente por razón del fuero o porque el conocimiento de la actuación está asignado a los jueces penales del circuito especializados. (Artículo 456 de la ley 906 de 2004)

3) Que en la actuación se haya vulnerado el derecho de defensa. (Artículo 457 de la ley 906 de 2004)

4) Que en la actuación se haya violado el debido proceso en aspectos sustanciales.

2.3.2.3 La técnica para alegar la nulidad en casación se señala por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que indica los criterios que deben seguirse para guiar la demanda por este concepto.

La técnica es la siguiente:

1. Enunciar claramente el motivo de casación, es decir, si es por desconocimiento del debido proceso por violación de su estructura o afectación de las garantías debidas a las partes.

2. Concretar claramente la clase de nulidad que se invoca: por incompetencia del juez; por violación de debido proceso formal o sustancial; por infracción del derecho de defensa; por admisión de pruebas ilícitas.

3. Explicar en detalle si se trata de un vicio que altera la estructura o conformación del proceso (debido proceso formal), o si es un vicio que viola alguno de los derechos o garantías debidos a las partes procesales (debido proceso sustancial).

Cuando se trata de vicio que afecta el debido proceso formal se requiere demostrar que con la infracción del procedimiento se desmejora la imagen, la transparencia y la confianza que las partes procesales y los ciudadanos tienen en la administración de justicia.

Cuando se trata de vicio que afecta el debido proceso sustancial hay que demostrar que los derechos o garantías concretas de las partes han sido vulnerados.

4) Señalar con precisión a partir de cual actuación procesal el trámite está afectado con el vicio para impetrar la nulidad desde esa etapa.

5) Comprobar que la sentencia impugnada ha causado un daño a quien lo alega y que con la recomposición del trámite este podría obtener una ventaja.

6) Probar la trascendencia del error en el contenido o en el sentido del fallo.

7) Señalar las normas fundamentales vulneradas.

8) Desarrollar los fundamentos de la causal invocada

9) Explicar que no hay ninguna otra forma de corregir el error en el que se ha incurrido.

10) Por el principio de prelación cuando se alegan varias causales de casación, entre estas la nulidad se debe primero desarrollar esta causal de nulidad pues si prospera es necesario reiniciar el proceso nuevamente a partir de la actuación declarada nula.

Si se alegan y prosperan las otras causales -violación directa o indirecta- se debe revocacar el fallo impugnado y dictar su remplazo, lo que implica un proceso no afectado de nulidad.

Pero cuando resulte indiscutible de las actuaciones que debe absolverse al procesado, no se decreta la nulidad sino que se resuelve con la absolución pues esta debe imperar.

11) Cuando se aleguen varios cargos dentro de la misma causal de nulidad estos deben proponerse por separado y autónomamente. Por ejemplo, si se alega violación de debido y vulneración del derecho de defensa estos cargos deben ser independientes.

12) La causal y los cargos se deben fundamentar de manera concreta sin abstracciones o ambigüedades y generalizaciones.

13) Si la parte censurante ha dado lugar a la nulidad, la admitido o aceptado de cualquier forma, debe demostrar que es procedente la anulación porque se están afectando derechos fundamentales.

14) Si se formulan varios cargos con fundamento en la causal de nulidad se deben formular en orden lógico, alegando primero el que mayor campo procesal abarque: Si hay una nulidad en la imputación y otra en el juicio oral se debe alegar primero la observada en la formulación de imputación.

2.4 Técnica de Casación en la Violación Indirecta de la Ley

En esta clase de violación indirecta de la ley sustancial al presentar la demanda de casación es necesario observar los siguientes requisitos:

1) Precisar la forma de la violación diciendo si se trata de error de hecho o de derecho; si se trata de error de derecho ilustrar que el funcionario se ha equivocado en la contemplación jurídica de la prueba; si se trata de error de hecho argumentar que el yerro está la contemplación objetiva de la prueba.

2) Delimitar la especie de vulneración: Si es por error de derecho determinar si se trata de un falso juicio de legalidad o de convicción y en el caso del error de hecho si procede por falso juicio de existencia, de identidad o de falso raciocinio.

3) Fijar la modalidad de infracción: En el error de hecho si se alega falso juicio de existencia se debe establecer si lo es por exclusión de pruebas o por suposición de pruebas; si fuese falso juicio de identidad decir si lo es por adición, reducción o tergiversación de la prueba; en el caso del falso raciocinio plantear si lo es por desconocimiento de las leyes de la lógica, la ciencia o la experiencia.

En el error de derecho por violación indirecta de la ley se debe establecer si se trata de un falso juicio de legalidad por omisión del cumplimiento de los requisitos formales de las pruebas o por imaginación o creación de estos requisitos; si se tratara de falso juicio de convicción afirmar si se trata de omisión de la tarifa legal o por creación de esta tarifa.

4) Si se alega violación indirecta de la ley por error de hecho hay que admitir que la prueba es legal, regular y oportunamente allegada al proceso, es decir que no hay error de derecho.

5) Se debe establecer nítidamente el error ostensible atribuido al juzgador.

6) Relacionar las normas sustanciales que se han vulnerado de manera mediata.

7) Cuando se trata del falso raciocinio se deben indicar además de las leyes sustanciales vulneradas también las normas procesales objeto de la infracción.

8) Demostrar que si no se hubiese incurrido en el error la decisión sería diferente y no estaría perjudicando al recurrente.

9) Se debe igualmente resaltar que el error es muy influyente en el fallo porque no se trata de abrir una nueva instancia para continuar el debate probatorio en casación.

10) Si el censurante reprocha una prueba debe además examinar en conjunto el material probatorio que aprecio el funcionario al dictar la sentencia, y demostrar que el resto de pruebas apreciadas sin errores no son suficientes para mantener la legalidad de la sentencia.

11) Si se alegaren en la violación indirecta de la ley errores de derecho y de hecho se deben proponer y resolver primero los de derecho.

12) Por el principio de no contradicción no es posible frente a una misma prueba alegar varios errores de la misma naturaleza, salvo que se propongan por separado: No se podrían frente a la misma prueba simultáneamente errores de hecho por falso juicio de existencia y de identidad.

13) Si se formula falso raciocinio se debe alegar puntualmente la modalidad cuestionada: Por desconocimiento de las leyes de la ciencia se debe demostrar cuales eran las que se debían aplicar, por qué se deben aplicar estas, comprobar cuál aplicable al caso concreto.

14) En la demanda se deben conectar el error, la vulneración mediata de la ley sustantiva, la infracción de esta y la decisión tomada.

Se debe demostrar el error, establecer en detalle la vulneración de la norma sustantiva, demostrar la incidencia del cargo formulado y demostrado en la sentencia impugnada.

15) Establecer con detenimiento cuales son las pruebas que han sido desconocidas por error de derecho o error de hecho; ese análisis se debe hacer en cada prueba y en conjunto.

2.5 Cargos por Error de Hecho y Sus Falencias

El error de hecho se presenta cuando el juez yerra en la contemplación o valoración de la prueba; como tal se relaciona con lo fáctico del asunto.

Las especies de error de hecho son:

1) Falso juicio de existencia:

- Por Omisión: Estando la prueba en las diligencias o expediente el juzgador omite valorarla.
- Por Suposición: No obrando la prueba en las diligencias o carpetas judiciales el juzgador funda su fallo en un a prueba que no existe, sino que la imagina o supone.

2) Falso juicio de identidad:

- Por cercenamiento: El juzgador le resta, le quita una o varias partes a la prueba.
- Por adición: Cuando le agrega una o varias partes a la prueba.
- Por tergiversación: Cuando el juzgador le hace decir a la prueba algo que no dice.

3) Falso raciocinio: En el falso raciocinio la prueba es aprehendida materialmente por el juez que la valora pero sin apego a la sana critica incurriendo en el error de no tener en cuenta las leyes científicas, de la lógica, de la experiencia común y sentido común de la vida, de la sociología, de la psicología, de la antropología y del recto entendimiento humano.

El juez se aparta de las leyes científicas cuando renuncia a los postulados universales o estadísticos de cualquier naturaleza, como la física, química, biológica, sociológica, economía y similares. Esas leyes, para que lo sean, se deben caracterizar por ser generales, experimentables por la ciencia.

En este evento el error de hecho por falso raciocinio si bien está referido a la motivación fáctica y a la apreciación de las pruebas debe advertirse que la consecuencia del error es la vulneración mediata de una norma de derecho sustancial, de tal forma que en la demanda d casación siempre se debe indicar la norma sustancial que regule el caso y que se da por vulnerada.

Las falencias que llevan al fracaso de los cargos por error de hecho en la demanda de casación se dan cuando la Corte Suprema de Justicia lleva a cabo el control de la demanda de casación presentada en contra de la sentencia de segunda instancia y en ese control determina por lo menos alguna de las siguientes fallas que llevan al fracaso de la demanda:

- Considerar que el juicio de casación es igual al de las instancias de primera y segunda en lo referente a los cuestionamientos que se presentan frente a las pruebas.
- Reabrir el debate probatorio cerrado ya en la segunda instancia.
- No caracterizar el error de hecho, sin tener en cuenta los requisitos, condiciones, restricciones que la Corte Suprema de Justicia exige para sustentar adecuadamente la demanda.

2.6 Clases de Errores – Error de Hecho y Error de Derecho.

2.6.1 clases de errores – error de hecho – error de derecho. La casación en términos generales es un problema de errores en la sentencia razón por la que es necesario efectuar un análisis del error como tal.

La demanda extraordinaria de casación se relaciona siempre con errores cometidos en desarrollo del proceso y al dictar la sentencia.

2.6.2 Teoría General del Error. Cuando en el proceso y en la sentencia se ha incurrido en yerros la demanda de casación se orienta a corregir los errores denotados**.**

Cuando la Corte Suprema de Justicia casa la sentencia lo hace porque la encuentra afectada de desaciertos.

El error se puede definir como una valoración que se hace en contra del fallo que se estima legal y acertado.

El error es la discordancia entre lo que se hace y lo que se debe hacer.

El error es una equivocación originada en la inexactitud entre una idea sobre un fenómeno en relación con una situación determinada que conlleva a un juicio falso, errado o desacertado.

2.6.3. Origen Del Error. El error es la discordancia entre la realidad y el concepto del sujeto sobre tal realidad.

En la teoría del conocimiento el error viene a ser el concepto que no refleja el contenido de la realidad, error que puede nacer de factores diferentes tales como motivos intelectuales, culturales, sociales, jurídicos, etc.

Siendo la sentencia obra humana y entendiendo la falibilidad del ser humano es incuestionable que la presunción de acierto y legalidad del fallo es frágil por cuanto bien puede ser dictada con errores que no atinen con su validez.

De tal manera que rigiendo antes que nada la duda y no la certeza en el acierto del actuar humano es indispensable, antes que presumir la legalidad y acierto de la sentencia, presumir que el condenado es inocente porque bien pudo serlo por una sentencia errada.

2.6.4. Clases de Error. Error in procedendo. Este error hace relación con los yerros en que se incurre durante la actuación procesal y que se refieren a los procedimientos preestablecidos en la ley.

El error in procedendo se vincula con la violación del debido proceso dado que se trata de vicios de estructura o garantía reconocidas a las partes procesales conllevando, por lo general a la nulidad del trámite.

Error in iudicando. Es este un error en el razonamiento jurídico del juez que emite un juicio sustantivo equivocado por lo general en los casos de violación directa de la ley sustantiva o en la indirecta.

Por razones de método lógico el error in procedendo se debe formular en primer lugar frente al error in iudicando porque para ratificar o casar una sentencia es necesario antes que nada que la actuación procesal no sea nula; de tal forma que en el evento de una pluralidad de cargos prima la nulidad de la actuación si fuere el caso.

2.6.5. Las Características del Error. El error debe tener la característica de ser protuberante, ostensible, manifiesto, observable sin mayor esfuerzo, fácilmente perceptible, notorio.

Esta característica se conoce como principio de evidencia del error.

La característica de evidencia del error tiene que ver con la existencia o inexistencia de la duda sobre su presencia en el fallo.

Si hay duda sobre la existencia del error este no es manifiesto, en caso contrario, si sería evidente o protuberante.

Además el error tiene una segunda característica: debe tener trascendencia por ser determinante o coadyuvante en la sentencia de segunda instancia, porque si aun siendo ostensible el error no desvirtúa sus conclusiones no tienen validez para derogar el fallo.

Sobre el particular el tratadista Perez, (2014), puntualiza:

> "Sobre el punto, la doctrina ha expresado que los yerros se deben proyectar a lo sustancial, hasta concretarse en falta de aplicación de una norma aplicable, o en inaplicación indebida de una norma inaplicable. Esta proyección, sin embargo, no es predicable de la interpretación errónea de la ley, pues esta modalidad de infracción, "se presenta por falencia critica en el sentido o alcance de una correcta adecuación típica, mientras que los errores probatorios determinan incorrectas adecuaciones típicas". 28

> El error no se infiere de las conclusiones a las que llega el demandante, después de hacer el estudio de las diligencias, con el propósito de confrontarlas con las plasmadas con el juez de segunda instancia. Ya este debate argumentativo ha concluido. Ahora, en casación, el censor tiene que probar únicamente la existencia de los equívocos hallados dentro del proceso y la incidencia potente de estos en la sentencia. (Pág. 94)

En resumen, el error debe conducir a un defecto decisivo.

> Hay errores judiciales que no son producto de yerros cometidos por los funcionarios judiciales. Así ocurre, por ejemplo, cuando dolosamente un juez altera la prueba y, como consecuencia, dicta una sentencia contraria a derecho. Si el demandante estudia el proceso y se percata del error, no tiene por qué preocuparse de si se encuentra ante un equívoco fruto de una conducta intencional. En este evento, para efectos de la casación, percibe un error judicial, que es lo que debe detectar, y no un comportamiento delictivo del juez. Se trata, así, se repite, de un error judicial y no de un error de juez."

2.6.6 Error de Hecho. Previamente al desarrollo del tema de error de hecho, es necesario estudiar el concepto de ley o norma sustancial dado que su infracción denunciada en casación en dos causales por lo menos se parte de la violación directa o indirecta de la ley.

La ley sustancial en materia civil se define como la norma que crea derechos subjetivos, crea, modifica e impone obligaciones, regulando la manera de su extinción.

Corresponde a la norma escrita o no escrita, formal o material, que consagra derechos y obligaciones.

La ley sustancial en materia penal es la que define como precepto los delitos y las penas, estableciendo lo relacionado con la responsabilidad del autor o participe y fijando la pena consecuencia de la infracción, así como las circunstancias agravantes o atenuantes.

Es de anotar que la calidad de norma sustancial o procedimental no depende del código donde se encuentre estatuida.

La norma sustancial reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos definidos estos como las facultades jurídicas inherentes a las personas por razón de la naturaleza, contrato u otra causa admisible en derecho.

El derecho subjetivo designa también la facultad de hacer o de exigir algo que la norma reconoce a favor de un sujeto.

La norma sustantiva reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos de las personas.

Ejemplos de derechos subjetivos: Derecho a la libertad, a la vida, al honor, a la propia imagen, a la presunción de inocencia, derecho de propiedad, derechos políticos, derecho a la libre expresión, derecho del crédito, derechos familiares, etc.

Grosso modo, se trata de derechos fundamentales inherentes a la persona humana.

La ley sustancial rige a partir de su vigencia con efectos hacia el futuro y no puede desconocer derechos adquiridos ni situaciones jurídicas ya consolidadas.

La ley procesal tiene efectos globales inmediatos.

De igual manera, la distinción entre ley sustantiva y ley procesal no es tan nítida porque en casación lo importante es la violación de una norma que afecte a alguna de las partes procesales sea sustancial o procesal con efectos sustanciales, de tal modo que muchas leyes reúnen a mismo tiempo características de una u otra.

2.6.7 Error de Derecho como Violación Indirecta de la Norma Sustancial. El error de derecho es la modalidad de violación indirecta de norma sustancial que se presenta por

infracción de una o varias normas probatorias en cuanto regulen la admisión, práctica, eficacia o valoración de la prueba.

En el error de derecho se parte de la existencia y apreciación de la prueba por parte del juez, es decir, no se puede hablar de este tipo de error con respecto a una prueba que no obre en el expediente o que haya sido preterida por el juzgador como ocurre en el error de hecho.

El error de derecho se describe como desacierto en la consideración jurídica de la prueba en lo que concierne a su valoración.

Cuando se formula un cargo por error de derecho el recurrente debe indicar cuáles son las normas de carácter probatorio que se han infringido, explicando en qué consiste la infracción, además de las normas de derecho sustancial que resulten transgredidas indirectamente con este tipo de yerro.

El error de derecho debe demostrarse en la formulación del cargo, pues se aplica el requisito de trascendencia, en el sentido de que es necesario que el vicio haya sido determinante en la parte resolutiva de la sentencia y que su corrección implique un replanteamiento de la decisión.

El error de derecho se puede presentar de diferentes maneras derivándose de la violación de normas probatorias en desarrollo de su contemplación jurídica.

El error de derecho surge cuando el juez interpreta erradamente las normas probatorias que regulan la producción, eficacia y evaluación de las pruebas.

Ejemplos: El juez aprecia una prueba aducida sin los requisitos necesarios para su producción, es decir, viola el principio de legalidad de la prueba.

Puede ocurrir también que el juez se niegue a evaluar una prueba por considerar que se ha producido en forma ilegal, sin serlo.

De igual forma, el juez puede darle un valor a una prueba, según una persuasión prohibida en la ley.

El juez también puede errar en derecho cuando valora una prueba inconducente para demostrar el supuesto de hecho.

2.6.8. Error de hecho como violación indirecta de la ley sustancial. La violación indirecta de la ley por error de hecho se presenta cuando entre la decisión del juez y la vulneración de la ley sustantiva se interpone un error probatorio.

El error de hecho recae sobre la apreciación o valoración de la pruebas en sí mismas consideradas, sin consideración a las normas jurídicas que regulan el debido proceso probatorio.

En casación penal hay tres modalidades de error de probatorio:

En relación con la contemplación material o de contenido de la prueba se incurre en falso juicio de existencia (por omisión o por suposición) y en falso juicio de identidad (por adición, por cercenamiento o por tergiversación).

Respecto de la valoración (individual y conjunta) de las pruebas, se ha reconocido la modalidad denominada falso raciocinio relativo a la transgresión de reglas de la sana crítica (ciencia, lógica y máximas de experiencia) en la motivación fáctica de la sentencia, es decir, corresponden a desaciertos en el razonamiento probatorio con base en el cual se determinan hechos judicialmente relevantes en la decisión.

Se afirma entonces que la vulneración es indirecta porque se vulnera el ordenamiento jurídico sustancial porque se ha incurrido previamente en errores de orden probatorio.

Capítulo 3. El Error De Hecho En Casación Penal – Características

3.1 Error De Hecho En Casación Penal

El error de hecho en casación penal tiene dos formas diferentes de abordarse según se trate de la ley 600 de 2000 o de la ley 906 de 2004.

Se trata en este tema de presentar los criterios normativos y de la jurisprudencia para perfilar este tipo de error en los dos regímenes procesales vigentes en Colombia.

Se parte de la idea de que en la ley 600 de 2000 la sentencia de primera y segunda instancia son escritas, en las cuales el juzgador debe analizar los alegatos de las partes procesales, efectuar la valoración jurídica de los medios de prueba en que funda la decisión, es decir, deben estar debidamente motivadas.

En la ley 600 de 2000 la decisión debe estar basada en las pruebas legal, regular y oportunamente allegadas al proceso penal, pruebas que el juzgador debe analizar en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana critica exponiendo siempre el mérito que da a cada prueba para establecer el hecho y la responsabilidad penal, teniendo en cuenta que rige el principio de libertad probatoria salvo que la ley exija una prueba conducente.

En la ley 906 de 2004 la sentencia debe dictarse fundamentada fáctica, probatoria y jurídicamente indicando los motivos de estimación o desestimación de las pruebas válidamente aducidas en el proceso.

En este régimen procesal por ser un sistema oral se dicta verbalmente el sentido del fallo para posteriormente dictarla en audiencia pública a efecto de que se pueda interponer el

recurso de apelación, pero la sentencia queda registrada también por escrito para que se pueda impugnar en casación con base en ese texto.

En la ley 906 de 2004 no hay mención expresa en el texto procesal sobre el sistema de valoración de la prueba de acuerdo con la sana critica, pero jurisprudencialmente se ha dicho que también en este sistema se debe aplicar en la apreciación probatoria de los medios de prueba.

Sin embargo, en este sistema las pruebas se deben apreciar de manera conjunta de acuerdo además con los criterios que se establezcan para cada medio probatorio, aplicándose también la libertad probatoria con la finalidad de llevar al juez el conocimiento de los hechos materia del juicio y de la responsabilidad penal más allá de duda razonable.

3.1.1 Ley 600 de 2000. En la ley 600 de 2000 sin mayores precisiones se preceptúa como causal de casación en materia penal el error de hecho en la apreciación de determinada prueba como modalidad de violación de norma de derecho sustancial.

> Las normas de derecho sustantivas se definen como las que describen las conductas punibles y les atribuyen la respectiva sanción, así como las relativas a circunstancias que agravan o atenúan la pena, las que establecen causales de ausencia de responsabilidad, etc.

En el error de hecho en la motivación de la sentencia se vulneran indirectamente una o varias normas de derecho sustancial por errores en la apreciación probatoria del juzgador de segunda instancia.

En la demanda de casación se debe precisar si en la violación indirecta de la ley sustancial se ha incurrido por error de hecho o de derecho tal como se identifiquen en la sentencia de segunda instancia.

El error de hecho se debe orientar por el principio de trascendencia del vicio, indicando que en que los yerros en la apreciación probatoria en una sentencia de segunda instancia deben corresponder a pruebas relevantes para la decisión y no a cualquier prueba, porque en casación se supone agotado el debate probatorio de las instancias.

Otro criterio relativo al error de hecho es su notoriedad en el sentido de que el vicio sea observado fácilmente.

En la ley 600 de 2000 la casación se limita a las sentencias de segunda instancia por delitos que tengan pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho años, pero excepcionalmente la Corte Suprema de Justicia puede admitir una casación discrecional a solicitud expresa de las partes procesales en aras del desarrollo de la jurisprudencia o de las garantías de derechos fundamentales.

3.1.2 Ley 906 de 2004. La Ley 906 de 2004 introdujo reformas al recurso de casación que se deben estudiar para entender el error de hecho como vicio del juez en la motivación de la sentencia.

En la ley 906 de 2004 se extienden los límites de la casación en el sentido de que además de ser un control legal también es constitucional.

La Corte Constitucional – Sentencia C-590 de 2005 – amplio expresamente el marco de la casación a la Constitución Nacional y al bloque de constitucionalidad.

El control de la sentencia no debe limitarse, entonces, solo a las disposiciones legales sustanciales y procesales, sino también a las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad.

En la Ley 906 de 2004 no existe ya el límite punitivo que establecía la ley 600 de 2000 para la procedencia de la casación que es una pena de prisión mayor a 8 años.

En la Ley 906 de 2004 también se prevé la intervención de oficio de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, para decidir de fondo el recurso, pasando por alto los defectos que contenga la demanda de casación.

La intervención de oficio de la Corte Suprema de Justicia para superar los defectos de la demanda, va a depender de la sustentación de la demanda de acuerdo con su coherencia, la naturaleza del asunto a resolver y los fines de la casación.

En el régimen de casación de la Ley 600 de 2000, la facultad de oficio opera únicamente ante sentencias dictadas en juicios viciados de nulidad o por una evidente afectación de garantías fundamentales.

En la Ley 906 de 2004 es necesario sustentar siempre el recurso de casación indicando que se precisa para el cumplimiento de alguno de los fines del recurso, pues si no se advierte que el fallo es necesario para cumplir alguno de estos fines no será admitido.

3.2 Criterios para formulación de cargos por error de hecho

La demanda de casación se subordina a reglas generales dentro de las cuales es principal la formulación de los cargos que corresponde a la esencia de la fundamentación del recurso.

Las normas procesales que regulan el recurso de casación no son suficientemente claras para regular las formalidades de la demanda, de tal manera que es por vía de jurisprudencia que se complementan los requisitos para una adecuada formulación de cargos según la causal argumentada y el tipo de error que se identifique en la sentencia de segunda instancia.

La demanda de casación debe tener una motivación suficiente que se baste a sí misma para quebrar la sentencia de segunda instancia y también, desde luego, el libelo debe ceñirse a la lógica argumentativa con observancia de coherencia, precisión, claridad en el sustento de cada uno de los cargos.

Que el recurso prospere depende de un desarrollo adecuado de los cargos respecto de la sentencia, pero la Corte Suprema de Justicia admite como criterio que si la sustentación del cargo es comprensible, suficiente y clara respecto del error denunciado es posible, así la demanda tenga defectos de técnica, admitirla para hacer valer lo sustancial frente a lo formal.

La Sala Penal de la Corporación indica que mal se puede dar prioridad a lo adjetivo si de entrada se está mostrando la ilegalidad de la sentencia.

Debe tenerse en cuenta que las sentencias de primera y segunda instancia conforman una unidad jurídica inescindible cuando los dos fallos coinciden entendiéndose que son una sola decisión tanto en su parte resolutiva como en la de los considerandos.

En este evento, la demanda de casación debe refutar todos los argumentos que conforman la unidad jurídica de las dos sentencias para poder quebrar la doble presunción de legalidad y acierto, dado que forman un solo cuerpo.

3.2.1 Formulación de cargos en ley 600 de 2000. De conformidad con el principio de limitación la Corte Suprema de Justicia no puede tener en cuenta en la demanda causal de casación diferente a las que expresamente se han alegado por el censor.

Ciertamente la Alta Corporación tiene facultad de oficio para superar defectos de la demanda pero, de todos modos, debe pronunciarse con respecto a lo solicitado en la misma, razón por la cual la sustentación debe suficiente, coherente, no contradictoria y limitada a las causales alegadas.

La Ley de 2000 exige de manera explícita la formulación del cargo, indicando de forma clara y precisa sus fundamentos, especificando la causal que se invoca para la denuncia del error y señalando las normas que se estiman indirectamente vulneradas con la sentencia de segunda instancia por los yerros en la apreciación probatoria, habida cuenta que la demanda de casación no puede un escrito de libre elaboración.

Los argumentos del censor deben ser sólidos, claros, lógicos, coherentes y fundamentados en los motivos expresamente señalados por la ley, explicando la trascendencia del error, esto es, que no haber incurrido en el mismo la decisión hubiese sido otra.

Cuando se formulen varios cargos a la sentencia cada vicio se debe presentar por separado y en caso de ser excluyentes se pueden presentar subsidiariamente.

En caso contrario, si se entremezclan causales de casación diversas se desconocen los principios de autonomía y de no contradicción.

Cuando se formulen varios cargos excluyentes entre sí, se debe presentar primero el cargo principal de vicios relativos a la causal tercera de casación de ley 600 de 2000, relativa

a la nulidad; como errores subsidiarios se deben formular luego las causales correspondientes a violación directa o indirecta – error de derecho – de la norma sustancial pues primero se debe despejar lo atinente a la legalidad y validez del proceso y de la sentencia.

Cuando se formulan varios reparos dentro de la misma causal con la finalidad de demostrar diferentes errores, estos se deben presentar por separado.

Tampoco se pueden alegar al mismo tiempo violación directa e indirecta de la norma pues son cargos incompatibles entre sí ya que en la violación directa se aceptan los hechos y la valoración probatoria pero se denuncia es la falta de aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea de la ley.

Por el contrario, en la violación indirecta se cuestiona la sentencia desde una perspectiva fáctica, bien sea por error de hecho o de derecho. Por ello, lo correcto es que se presenten en cargos separados y, si resultan contradictorios, se diferencie el cargo principal del subsidiario. Este criterio también es aplicable en la formulación de cargos por distintas modalidades del error de hecho o del error de derecho.

Con base en lo expuesto, se puede precisar que la denuncia de un error de hecho bajo este régimen de casación el cargo se formula por la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, es decir por violación indirecta de norma sustancial.

Esta causal supone precisar por lo menos una norma de derecho sustancial que resulte „indirectamente‟ infringida por cuenta del o de los errores de apreciación probatoria identificados en la sentencia judicial de segunda instancia, bien por falta de aplicación o por aplicación indebida de la norma, pero en ningún caso por interpretación errónea de la norma, pues éste solamente se puede presentar en vicios de violación directa. La sustentación del

cargo depende a su vez de la modalidad de error evidenciado, cuyas particularidades se presentan más adelante.

3.2.2. Formulación de Cargos en Ley 906 de 2004. En la ley 906 de 2004 la formulación de cargos en debida forma es presupuesto para la admisión de la demanda de casación, toda vez que de no estar debidamente presentada no se selecciona para su admisión; de igual manera no se seleccionara cuando no se precise la causal invocada con fundamentos coherentes con el reparo denunciado.

Por vía jurisprudencial se establece que en ley 906 de 2004 los cargos deben igualmente presentarse por separo dada su autonomía; de igual manera los cargos excluyentes deben formularse subsidiariamente por regir en estos el principio de no contradicción; adicionalmente la jurisprudencia estipula que el juez de casación no se pronunciara sobre causales no alegadas dado el principio de limitación; excepcionalmente la Corte Suprema de Justicia puede de oficio superar los defectos de la demanda en consideración a las finalidades del recurso.

En vigencia de la ley 906 de 2004 el demandante, a diferencia de los establecido en la ley 600 de 2000, debe señalar las razones por las cuales se necesita de la casación para el cumplimiento de alguno de sus fines.

Cada cargo debe presentarse adecuadamente argumentado, lo que depende del tipo de vicio encontrado en la sentencia judicial y de la causal que se invoque, demostrando siempre la afectación de derechos o garantías fundamentales.

En la Ley 906 de 2004 los reparos que se tengan respecto de la apreciación probatoria en la sentencia se deben sustentar invocando la causal tercera de casación por el "…

manifiesto desconocimiento de las reglas de… apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”

Sobre la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

> […] la misma naturaleza excepcional que la casación ostenta le impone la necesidad de abordar la demostración de cómo habría de corregirse el yerro probatorio que denuncia, modificando tanto el supuesto fáctico como la parte dispositiva de la sentencia.
>
> …esta tarea comprende el deber de realizar un nuevo análisis de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en el juicio;…
>
> Dicha labor no debe ser realizada de manera insular sino conjunta, esto es, en confrontación con lo acreditado por las pruebas debatidas en juicio y acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas procesales establecidas para cada medio probatorio en particular y las que refieren el modo integral de valoración.
>
> Todo ello en orden a hacer evidente la falta de aplicación o la aplicación indebida de un concreto precepto de derecho sustancial, pues, al fin y al cabo, es la demostración de la trasgresión de la norma de derecho sustancial por el fallo, la finalidad de la causal tercera de casación. De otro modo no podría concebirse el trámite extraordinario por errores de apreciación probatoria, si su propósito no se orienta a evidenciar la afectación de derechos o garantías fundamentales debido a la falta de aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, pese a ser la llamada a regular el caso, o la aplicación indebida de alguna de éstas cuando en realidad no lo rige”.

En resumen existen criterios siguientes para la sustentación de cargos por error de hecho:

- Demostrar la afectación de derechos o garantías fundamentales como consecuencia del yerro fáctico denunciado;

- Precisar el tipo de error de hecho -desconocimiento de reglas de apreciación de pruebas-, individualizando el vicio con respecto a la prueba;

- Demostrar la existencia del error y su trascendencia en el fallo;

- Incluir las razones que justifican la casación desde la perspectiva de la finalidad del recurso.

- Demostrar que la decisión judicial infringió normas sustanciales de orden constitucional o legal.

- Plantear la valoración probatoria superando los defectos encontrados en la motivación fáctica de la sentencia.

3.3. Modalidades del Error de Hecho

Los errores de hecho recaen sobre la apreciación o valoración de las pruebas en sí mismas, sin consideración a las normas jurídicas que regulan el debido proceso probatorio que en este caso harían referencia al error de derecho como violación indirecta de la ley por falso juicio de legalidad y falso juicio de convicción.

Los errores de hecho se presentan cuando el juez se equivoca al contemplar objetivamente el medio probatorio incurriendo en los siguientes errores:

- Cuando omite apreciar una prueba que obra en el proceso.
- Cuando supone existente una prueba sin estar en el proceso.

- Cuando no obstante considerarla legal y oportunamente recaudada, al plasmar su contenido la tergiversa, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se desprenden de la prueba.
- Cuando sin cometer ninguno de los anteriores desaciertos, existiendo la prueba y apreciada en su exacta dimensión fáctica, al asignarle mérito persuasivo transgrede los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia, es decir, los principios de la sana critica como método esencial de valoración probatoria.

3.3.1. Falso Juicio de Existencia. El error de hecho por falso juicio de existencia surge cuando el juez ignora u omite la presencia de una prueba procesalmente valida (falta de apreciación de la prueba), o cuando supone o imagina que la prueba obra en el proceso, es decir, cuando reconoce un hecho carente de demostración (falsa apreciación de la prueba).

Existen, por lo tanto, dos formas de error de hecho por falso juicio de existencia: por omisión de una prueba válida o por suposición de la misma.

El falso juicio de existencia por omisión se presenta, por ejemplo, cuando se produce válidamente en el juicio un dictamen pericial de balística que descarta en el proyectil recuperado en el cuerpo del occiso fuera disparado con el revólver del acusado, y ese dictamen no sea valorado por olvido, negligencia, desidia o por cualquier otra razón.

La formulación del cargo por falso juicio de existencia comienza con la verificación objetiva de que la prueba existe jurídica y válidamente en el proceso, pero su contenido material no fue observado por el juez.

El segundo paso corresponde a señalar la trascendencia del error, para lo cual se precisará que si no se hubiese incurrido en el error de hecho la decisión sería diferente. En la trascendencia del error no basta con la alegación del censor como si se tratara de una opinión

personal sino que se debe demostrar que si no se hubiese presentado y la prueba omitida fuese objeto de valoración correcta, los otros medios probatorios sopesados en conjunto no tendrían suficiencia para fundar el fallo declarado y así sin el error este sería distinto.

El tercer paso es indicar cual norma sustancial se ha violado como consecuencia del error por falso juicio de existencia señalando si fue por falta de aplicación o aplicación indebida para verificar que el fallo impugnado es manifiestamente ilegal.

El falso juicio de existencia por suposición se presenta, por ejemplo, cuando habiéndose escuchado en juicio a un testigo que refiere a una declaración de renta (documento) y sin que el mismo se haya incorporado, el juez concluye que del documento se deriva la existencia de un incremento patrimonial injustificado.

En el falso juicio de existencia por suposición la formulación del cargo debe iniciar con la verificación objetiva de que la prueba no fue incorporada en legal forma pese lo dicho por el testigo- y sin embargo el juez da por demostrado un hecho o circunstancia al suponer su contenido concluyendo el fundamento de la sentencia de esa prueba inexistente.

Otro paso es demostrar la trascendencia de la suposición, mostrando que sin este yerro el resultado de la sentencia hubiera sido distinto, todo esto enlazado con la vulneración de determinada ley sustancial por falta de aplicación o aplicación indebida, con el fin de demostrar que la decisión impugnada es manifiestamente ilegal y desacertada.

3.3.2 Falso Juicio de Identidad. El falso juicio de identidad se presenta cuando el juez distorsiona el sentido objetivo de la prueba bien sea porque la cercena, la adiciona o la tergiversa.

Como consecuencia de estos errores de identidad le hace producir a la prueba efectos que no se deprenden de su real contenido, haciéndole decir lo que no dice.

El error surge cuando el juez distorsiona el hecho que revela la prueba dándole a esta un alcance objetivo que no tiene y bien sea porque le quita parte al hecho, le agrega algo o porque lo divide.

La distorsión o tergiversación del medio de prueba se produce, por ejemplo, cuando en un testimonio se afirma que Juan se había tomado un par de cervezas antes de encontrarse con Pedro, y el juez afirma y concluye que, según dicho testimonio, Juan se dedicó a libar alcohol después de encontrarse con Pedro.

El recorte o cercenamiento del medio de prueba se genera, por ejemplo, cuando el testigo Carlos relata que hubo una pelea violenta entre Pedro y Juan, narrando además que esa reyerta donde perdió la vida Pedro se presentó porque tiempo atrás Pedro retaba y amenazaba a Juan con quitarle la vida, injuriándolo continuamente, condenando el juez a Juan sin referir los motivos expuestos por el testigo, valorando así solo una parte del testimonio de Carlos.

La adición del medio de prueba se produce cuando el juez coloca en boca de los testigos, cosas que en realidad no han dicho. Por ejemplo cuando Juan dice que Pedro había tomado dos cervezas, y el juez sostiene que Juan dijo que pedro estaba borracho.

En la formulación del cargo por falso juicio de identidad el censor tiene la carga de confrontar, por separado lo literal de cada prueba sobre la que hace recaer el error con lo que el juez de segunda instancia plasmo como contenido de las mismas. Una vez demostrado el desfase entre los que las pruebas dicen y lo que el juez concluyó de ellas, debe continuar hacia la trascendencia del error.

En la configuración del error por falso juicio de identidad el censor debe señalar de forma expresa y concreta lo que dice el medio de prueba y cotejar con lo que el juzgador dijo, indicando si lo tergiversó, cerceno o adicionó, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen y sin olvidar fundamentar cual fue la repercusión del yerro en la sentencia.

De igual manera debe individualizar la prueba sobre la cual recae el yerro, evidenciar, además, cómo fue apreciada por el juez e indicando si el error fue por tergiversación, cercenamiento o adición de su contenido material, demostrando que se alteró su sentido.

Posteriormente el censor debe establecer la trascendencia del yerro frente a lo declarado en el fallo, explicando concretamente por qué la sentencia ha de cambiarse a favor del demandante, con la obligación de demostrar por qué el fallo impugnado no se puede mantener, con fundamento en las restantes pruebas que sustentan. Y, finalmente, se debe demostrar cómo ese defecto de apreciación vulnera una ley sustancial por falta de aplicación o aplicación indebida.

La Corte Suprema se ha encargado de fijar la técnica para demostrar el error de hecho por falso juicio de identidad en los sentidos antes expuestos:

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

> En otras palabra, en este evento, correspondía al casacionista referirse al verdadero sentido y alcance de las pruebas supuestamente cercenadas, y además demostrar que aquellas, aunadas, a todas las demás analizadas en el fallo, no permitían arribar a la convicción de certeza sobre la responsabilidad penal de la procesada".

3.3.3 Falso Raciocinio. El falso raciocinio consiste en la valoración de la prueba sin tener en cuenta la sana crítica por la inobservancia de los principios lógicos, de los postulados de la ciencia o de las reglas de la experiencia, lo que implica desconocer el método de valoración señalado por el legislador.

Como quiera que en el acápite 4 de la presente monografía se desarrolle el falso raciocinio con mayor profundidad nos remitiremos al mismo para su estudio extenso.

3.4 El error de derecho como violación indirecta de la ley sustancial.

Se entiende que la prueba está regulada en la Constitución y en la ley por medio de normas probatorias que establecen como se aducen, producen e incorporan al proceso, de tal manera que cuando el funcionario judicial aprecia y otorga valor a las pruebas obtenidas e incorporadas en forma ilegal o ilícita incurre en un error de derecho por violación indirecta a la ley sustancial.

El error de derecho como violación indirecta de la ley se origina cuando al hacer el juzgador la evaluación jurídica del medio probatorio no atiende las leyes reguladoras de la prueba.

En el error de derecho como violación indirecta de la ley, el juez hace la apreciación material de la prueba aceptándola no obstante que ha sido aportada al proceso con violación

de las formalidades legales probatorias de aducción y producción o las rechaza a pesar de no ser ilegal en lo que se constituye un falso juicio de legalidad.

También incurre el juzgador en error de derecho cuando desconoce el valor prefijado a la prueba en la ley – tarifa legal - o la eficacia que la ley le asigna al medio, en lo que se constituye en un falso juicio de convicción.

El censor debe señalar las normas procesales que regulan los medios de prueba sobre los que denuncia el error y acreditar cómo se produjo su transgresión.

3.4.1 Falso Juicio de Legalidad. La prueba tiene un proceso de formación de acuerdo con las normas procesales que regulan la forma legal de producirla e incorporarla al proceso.

Según el principio de legalidad en materia probatoria la prueba debe ser recaudada con observancia de sus presupuestos y con las formalidades exigidas para cada medio de prueba.

En el juicio oral adversativo en realidad la prueba no se aduce sino que se produce e incorpora al mismo con plenas garantías de inmediación y confrontación, teniendo en cuenta que en la fase investigativa se recaudan elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida con vocación de prueba en el juicio.

En el sistema penal acusatorio las pruebas se producen en escenarios reglamentados pudiendo las partes tener un control de legalidad de aquellas mediante las objeciones para fijar filtros sobre su pertinencia y la admisibilidad de su producción.

En el sistema penal acusatorio las partes controlan la legalidad de la prueba en dos momentos procesales:

En la audiencia preparatoria en el que podrá solicitarse la inadmisión, rechazo o exclusión de un medio de prueba enunciado y ofrecido.

En el juicio oral como control de la prueba al mismo tiempo del momento de su producción o incorporación.

Si las partes no se oponen a la forma en que el medio de prueba se produjo, no tienen legitimidad para invocar en casación un error de derecho por falso juicio de legalidad.

Las partes deben hacer notar a tiempo los errores en la legalidad de las pruebas permitiendo así sentar las bases desde la preparatoria o el juicio para la discusión probatoria posterior en todas las etapas inclusive en el recurso extraordinario de casación.

Entonces, el error de derecho por falso juicio de legalidad se origina cuando el juez da validez jurídica a un medio de prueba, pero yerra al considerar que cumple con las exigencias formales de producción e incorporación, sin ser cierto, o cuando, en caso contrario, le niega validez a la prueba, a pesar de que si había observado tales requisitos.

En casación el censor tiene la obligación de establecer en forma clara y fundamentada la vulneración del debido proceso probatorio, así como su trascendencia, es decir, demostrar que la infracción determinó la decisión que figura en la parte resolutiva de la sentencia, de manera que de no haber incurrido en el yerro se habría proferido otra sentencia sustancialmente diferente.

La formulación de este tipo de error no se puede limitar a señalar el precepto procesal que establece la formalidad para el decreto, practica y producción del medio probatorio, sino que también es fundamental relacionar este yerro con la vulneración de una norma sustancial,

dado que el artículo 29 de la Constitución Nacional tiene como finalidad garantizar los derechos fundamentales de las personas y de contera se establece así una causal de casación.

Para la postulación del cargo se deben cumplir los siguientes requisitos:

Se debe confrontar el procedimiento real utilizado en el caso concreto para el decreto, practica y producción de la prueba sobre la cual recae el yerro CON las normas procesales probatorias que regulan tal procedimiento, para establecer así objetivamente la diferencia entre cómo se produjo la prueba y cuáles eran las exigencias legales para producirla.

Luego se debe demostrar que el yerro en la producción de la prueba es esencial porque vulnera derecho o garantía fundamental de alguna de las partes, error que compromete la existencia jurídica de la prueba.

Posteriormente es importante demostrar que el Tribunal de Segunda instancia cometió un error al no aplicar la regla de exclusión de dicha prueba, desconociendo el principio de legalidad del medio probatorio conllevando necesariamente a la vulneración de una garantía o derecho fundamental de la parte que alega el error.

De allí se pasa a verificar la trascendencia del error demostrando que de haberse rechazado, excluido o inadmitido la prueba el resto del conjunto probatorio no podía cimentar las declaraciones de la sentencia impugnada. Debe el censor argumentar que si el yerro no se hubiese cometido el sentido de la sentencia sería diferente demostrando que si la prueba ilegal apreciada no se hubiese tenido en cuenta el resto del conjunto probatorio no era suficiente para sostener la decisión.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta la diferencia que existe entre prueba ilícita y prueba ilegal.

La prueba ilícita es la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos, o degradantes.

La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el art. 29 de la Constitución Nacional.

La diferencia entre prueba ilícita y prueba ilegal es importante por cuanto condiciona los deberes del juez con cuanto a su decreto y valoración.

En el caso de la prueba ilícita, esta debe ser necesariamente excluida y no debe formar parte de los elementos de convicción que el juez valore para adoptar la decisión en el asunto particular.

En el caso de la prueba ilegal, corresponde al juez evaluar si el requisito legal desconocido o pretermitido es esencial y valorar su proyección y trascendencia sobre el debido proceso probatorio, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial o no esencial por sí sola no autoriza la inadmisión del medio de prueba.

Verbi gracia: es prueba ilícita la utilización en juicio de las manifestaciones del acusado propiciadas en un interrogatorio de indiciado adelantado por la policía judicial con violencia o intimidación o la incorporación de evidencia física obtenida en inspección corporal practicada al imputado sin que mediara autorización previa del juez de control de garantías.

Es prueba ilegal la derivada de un testigo que examinado en interrogatorio produce respuestas trascendentes y relevantes al responder una pregunta sugestiva.

En el sistema acusatorio colombiano los medio de prueba se encuentran previstos de normas procesales particulares, que copian parcialmente las reglas de evidencia y prueba con que cuentan los sistemas estatales y federales de justicia en los Estados Unidos de América.

Así las cosas, la incorporación de evidencia y elementos materiales probatorios al juicio está sujeta a reglas que generen confianza para su validez legal, de tal modo que se descubran, ofrezcan, decreten e incorporen técnicamente so pena de ser ilegales.

3.4.2 Falso Juicio de Convicción. El sistema de valoración de los medios de prueba fundado en la tarifa legal (de origen medioeval) consiste en que cada medio de prueba tiene asignado previamente el valor correspondiente en la ley.

En el sistema tarifario el juez no puede aplicar el propio razonamiento pues su misión consistía en aplicar la medida establecida en la ley para el valor de la prueba sin dejar lugar al análisis de la misma.

En este sistema de valoración en realidad el legislador sustituía al juez imponiéndole previamente a este los valores apriorísticos consagrados en la ley para el medio de prueba, sin atender a elementos concretos que podrían en la credibilidad de la prueba.

El falso juicio de convicción es un error de valoración probatoria que ocurre en los casos en los que el juez yerra respecto a las normas reguladoras del valor probatorio de la prueba, bien sea porque niega a esta el valor que la ley le asigna; o porque por exceso o por defecto le da el valor que legítimamente no le corresponde.

Para que se presente este tipo especial de error de derecho es necesario que la norma determine el valor que le concede al respectivo medio de prueba.

Se trata de un error raramente invocado, prácticamente excluido debido a la desaparición del sistema de tarifa legal de la prueba y a la actual primacía del sistema de la sana critica.

En el error de derecho por falso juicio de convicción se niega a una prueba el valor que la ley le atribuye, o se le hace corresponder un poder de convencimiento o persuasión distinta a la que la ley otorga.

Salvo excepciones, el procedimiento penal colombiano no contempla un sistema de apreciación probatoria de tarifa legal sino el de la sana crítica.

Conforme al sistema probatorio de la ley 906 de 2004, no existe tarifa legal positiva, razón por la que no es posible acudir en demanda de casación penal invocando falso juicio de convicción, en tanto que en este sistema no se fija positivamente a ningún medio de prueba un valor probatorio determinado previamente.

Aun así por excepción en la ley 906 de 2004 se han preceptuado eventos de "tarifa legal negativa condicionados", cuyo desacato puede configurar esa modalidad de error por falso juicio de convicción.

En las normas procesales sobre apreciación del testimonio (art. 404), de la prueba pericial (art.420) y de la prueba documental (art.432), se establecen criterios de apreciación que apuntan a un ejercicio de sana crítica en cuanto a la idoneidad, claridad, precisión, verosimilitud y pertinencia de los órganos de prueba. Por lo tanto, sobre estos criterios no tiene cabida el falso juicio de convicción.

Sin embargo, la Corte Suprema ha considerado que es posible alegar la violación indirecta de la ley por vía de un falso juicio de convicción en el siguiente caso:

- Cuando el fallo de condena se fundamenta **exclusivamente** en pruebas de referencia, tarifa legal negativa que se consagra en el inciso 2 del art. 381 de la ley 906 de 2004.

Ahora bien, el art. 438 del mismo código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la prueba de referencia:

Art. 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;

b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;

c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;

d) Es menor de 18 años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, igual que en los arts. 138, 139, 141, 188ª, 188c, 188d, del mismo código.

e) También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en los escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Capítulo 4. Violación Indirecta De La Ley Por Error De Hecho Por Falso Raciocinio

Para entender cabalmente el error por falso juicio de raciocinio es vertebral estudiar las categorías lógicas que se desarrollan en los siguientes acápites:

4.1 Teoría del Conocimiento – Hecho del Conocimiento.

El conocimiento debe definirse como un hecho; Nosotros conocemos objetos, seres vivos y seres humanos en la práctica diaria.

El conocimiento en sí mismo debe ser aceptado como un hecho indiscutible, contando el sujeto con los medios necesarios para perfeccionar, desarrollar ese conocimiento del mundo.

Filosóficamente el sujeto, el pensamiento, el hombre que conoce y el objeto o los seres que se conocen actúan y reaccionan permanente y mutuamente uno sobre el otro: Sujeto sobre objeto y viceversa.

El sujeto actúa sobre las cosas, las explora, las prueba, las conoce y el objeto se revela, se muestra, se resiste o cede a la acción del sujeto que conoce.

El sujeto y el objeto están en perpetua interacción dialéctica por definir una relación entre dos elementos opuestos pero que sin embargo son parte de un mismo todo.

Las características del conocimiento como hecho son:

1. Es un conocimiento práctico pues antes de lograr la teoría el conocimiento comienza por la experiencia que es la que coloca en contacto al sujeto con la realidad objetiva.

La práctica le permite al sujeto penetrar en las cosas y conocerlas.

2. El conocimiento humano es social dado que en la vida social nos relacionamos con otros seres semejantes, actuamos con ellos y sobre ellos desarrollando contactos cada vez más complejos, dado que conociendo a otros seres nos conocemos a nosotros mismos.

En esas relaciones sociales se nos trasmiten otros conocimientos que dentro del saber otros seres han adquirido y que conocemos por las relaciones con estos.

3. El conocimiento tiene un carácter histórico porque para conocer es preciso partir de la ignorancia, del desconocimiento para establecer verdades que lo son para el sujeto que conoce y para toda la humanidad.

El conocimiento ha sido adquirido y conquistado en el largo camino histórico de la humanidad para pasar de la ignorancia al conocimiento pues la verdad no está hecha de antemano sino que hay que conquistarla de manera metódica.

4.2 Verdad y Error.

El pensamiento es movimiento y cuando se detiene deja los productos: Obras, textos, verdades, resultados ideológicos.

El pensamiento es un movimiento de pensamiento pero también el pensamiento verdadero es pensamiento (y conocimiento) de un movimiento, de un devenir.

El Pensamiento se mueve dentro de polos determinados, verbi gracia, análisis y síntesis.

La pareja de categorías lógicas – análisis y síntesis – son términos opuestos pero están indisolublemente unidos como fases o momentos del pensamiento.

Para la lógica formal una afirmación es absolutamente verdadera o absolutamente falsa, siendo la verdad absoluta la que no contiene ningún margen de error y por encima de cualquier error, excluyéndose estos dos conceptos de manera absoluta.

La oposición de lo verdadero y de lo falso es algo fijo para la lógica formal.

Para la lógica formal se trataría de verdades eternas, desconociendo que muchas verdades están en discusión

La verdad no es eterna ni inmóvil, siempre está movimiento, en discusión, en indagación, en profundización.

La verdad matemática de la suma es revisada y profundizada en la forma superior del cálculo vectorial de manera más fecunda.

De tal modo que por ser el conocimiento histórico la verdad en realidad es un progreso de la ciencia, un paso de la ignorancia al conocimiento desde verdades menores a verdades más profundas, más fecundas, transitando siempre por errores parciales.

En la lógica formal se afirma una oposición absoluta entre la verdad y la falsedad, cuando por ejemplo se dice que si A es verdadero B es falso como una exacta disyuntiva.

En lógica formal esta disyuntiva es racionalmente indiscutible.

Pero ciertamente el alcance de la disyuntiva es limitado y su campo de aplicación restringido, si vamos a lo concreto o real.

Si se considera el contenido, la disyunción formal es raramente posible pues lo real no se deja encerrar en un dilema.

Formalmente podríamos decir que si un ser está muerto no puede estar vivo. O es una cosa o es la otra.

Lo cierto es que la muerte no un absoluto sino un proceso porque todas las partes del cuerpo no mueren al mismo tiempo a tal punto que se obtienen del fallecido fragmentos de tejidos para injertarlos en seres vivos o incluso la sangre para ser transfundida.

No hay signo absoluto de la muerte: Los tratados especializados mencionan casos de operaciones quirúrgicas en las que el corazón del paciente se detuvo y un masaje o una inyección de adrenalina lo pusieron de nuevo en marcha.

Lo real, el contenido, presenta innumerables matices, cambios y transiciones, de tal manera que no se puede encasillar en un dilema que responda siempre con un Sí o un No a toda pregunta, creyéndose que una idea es verdadera o falsa de manera absoluta y excluyente.

La verdad como real está permanente transición al punto que una verdad de hoy es un error de mañana.

Un error puede ser una verdad parcial o un aspecto de una verdad ampliada más allá de ciertos límites dentro de los cuales es verdadera.

La disyuntiva entre verdad y error puede mantenerse en determinados límites o escalas, pero más allá de estos la verdad puede transformarse en un error.

Por ejemplo la ley de Mariotte señala que la presión de un gas en un recipiente cerrado es inversamente proporcional al volumen del recipiente siempre que la temperatura sea constante; esta ley es verdadera dentro de ciertos límites, en cierta escala.

Fuera de estos límites objetivos, es falsa pero, de todos modos contiene algo de verdad relativa.

4.3 Raciocinio – Razón – Mediato – Inmediato – Abstracto – Concreto – Análisis – Síntesis – Inducción – Deducción.

Raciociocinio Y Razón El raciocinio es el conocimiento nuevo que parte de conocimientos ya adquiridos para ir de lo conocido a lo desconocido.

A partir de determinadas proposiciones admitidas se obtienen otras proposiciones también admitidas que son las conclusiones.

Esta operación lógica puede ser inmediata o mediata según el raciocinio use o no proposiciones intermedias entre la proposición inicial y la conclusión.

Por el entendimiento o inteligencia determinamos objetos diferentes separando unos objetos de otros y del conjunto de objetos: es un conocimiento analítico que separa su composición. La inteligencia separa a los objetos del conjunto.

La inteligencia se nutre de la vida práctica: El obrero que pinta una puerta lo preserva de la naturaleza que tiende a destruirla con el tiempo.

La razón contrariamente verifica que el objeto no puede existir por fuera del conjunto de objetos restableciendo su unidad.

El entendimiento determina el detalle del objeto negando el conjunto o el todo, mientras que la razón establece que el entendimiento tiene validez en cierto sentido dado que el objeto determinado es real.

Pero el raciocinio determina que la inteligencia se equivoca en otro sentido dado que pierde el enlace entre los objetos disolviendo el conjunto.

El ser humano para conocer debe descomponer el objeto en tanto que la razón tiene la función de la unidad para observar los detalles del objeto en el conjunto, mirando los elementos en el todo: Un órgano en el funcionamiento de todo el organismo.

El raciocinio reúne las dos actividades lógicas opuestas: La inteligencia y la razón.

El entendimiento es un poder negativo porque niega y destruye los objetos, en tanto que la razón niega esta negación y reestablece lo real en su conjunto.

Por el primer grado de conocimiento la experiencia nos ofrece objetos simples en la apariencia y por medio de la inteligencia ahondamos en la investigación para descubrir la complejidad oculta del objeto por medio del análisis.

Inmediato y Mediato. Se llama inmediato el conocimiento intuitivo repentino que no pasa por un proceso que tenga en cuenta etapas intermedias.

La intuición es sensible cuando las sensaciones son proporcionadas por un objeto.

La impresión sensible – sensación – es una ausencia de conocimiento que necesita avanzar hacia el conocimiento pues está indicando el objeto que se ha de conocer.

La sensación es lo inmediato, lo primero inmediato que percibe un objeto en bruto, de tal modo que es con la práctica y con el entendimiento que se superan las sensaciones para llegar al conocimiento racional y mediato.

La sensación se nutre de los conocimientos adquiridos mediatos sin que se trate de dos operaciones lógicas distintas para afirmar que primero este la sensación y luego la percepción pues aquella es una parte de esta.

Por ejemplo, un teorema de geometría es un conocimiento adquirido – mediato – que se convierte en un medio para adquirir nuevos conocimientos presentándose de manera inmediata a nuestro pensamiento dejando claro que lo mediato se puede convertir en un nuevo inmediato en una larga cadena de razonamientos.

Abstracto y Concreto Lo abstracto es un medio para la elaboración del conocimiento teórico a través del proceso de formación de conceptos, constituyéndose en un reflejo mediato y general de la realidad; es una forma de conocimiento del mundo más allá de lo sensible, caracterizándose por la formación de ideas.

Lo sensible es en cierto sentido una primera abstracción que separa por medio de la sensación o percepción su relación con nosotros.

La sensación aprehende a los seres individuales en su conjunto – no parte por parte – siendo lo primero concreto y al mismo tiempo lo primero abstracto.

Es una aprehensión global, no analizada de lo concreto y así permanece abstracta; es decir permanecer con dos aspectos inseparables del conocimiento pasando incesantemente de lo concreto a lo abstracto.

Lo concreto determinado se convierte en abstracto y lo abstracto será lo concreto ya conocido.

Por la inteligencia y la razón penetrando en lo real para alcanzar conocimientos mediatos que son los pensamientos o las ideas.

Si penetramos en lo real alcanzamos por medio del pensamiento un conjunto mayor de detalles, de elementos, de particularidades, conocidas como un todo.

Pero como el pensamiento no puede captar la totalidad de lo real este pensamiento separa en capas la totalidad de lo real creando un objeto de pensamiento.

Ejemplo: Un martillo es un objeto que se puede aislar de forma provisional mediante contornos definidos y que puede permitir al hombre separar de la total naturaleza otros objetos – piedras talladas – imponiéndole a esos objetos otros contornos definidos.

El poder de separar del mundo ciertos objetos por líneas de división reales o ideales y de inmovilizar o determinar esos objetos corresponde a la inteligencia o entendimiento.

El entendimiento tiene el poder de abstraer, de reducir a su más simple expresión el contenido concreto.

Si tiene un objeto aislado por medio del pensamiento dicho objeto queda inmovilizado en el pensamiento y por la abstracción se le considera como un objeto momentáneo que se valorara no por sus contornos aislados sino por su contenido.

El objeto se debe considerar no como un resultado definitivo sino como un medio para penetrar en lo real.

Para ir de lo desconocido a lo conocido es preciso pasar por etapas intermedias y el medio para tal fin es nuestro poder de abstracción.

Para la razón lo verdadero es lo concreto y lo abstracto es solo un grado de penetración de ese concreto, un medio para analizar y determinar lo concreto.

El fin del conocimiento es aprehender lo concreto, lo real pero sin prescindir de la abstracción dado que lo concreto no lo conocemos de manera inmediata pues para ese conocimiento debemos pasar por la abstracción a través de etapas sucesivas.

La abstracción aparentemente abstracta puede tener un contenido más profundo desde lo concreto.

No se puede lograr el conocimiento de manera inmediata sin pasar por la abstracción que es lo que nos permite conocer lo verdaderamente concreto pues de lo contrario el conocimiento seria aparente, superficial.

El entendimiento abstrae pero cae en el error de mantener la separación, error que corrige la razón al restablecer las relaciones, la unidad, lo concreto para llegar a un grado superior de objetividad y de verdad relativa.

El mundo natural del entendimiento es un mundo de objetos separados – el tintero – el diccionario – de tal modo que el mundo de los objetos prácticos, de los instrumentos, de la percepción de lo cotidiano, de la experiencia familiar, etc, es un grado de conocimiento inmediato sin que se pueda prescindir de él.

Pero para comprender cabalmente ese mundo es necesario superar el entendimiento, la practica inmediata sin olvidar que se trata de lo concreto y real para pasar al campo de la razón abstracta y teórica.

El conocimiento parte de lo concreto – global – que es aprehendido de forma confusa por la percepción sensible que sería el primer grado de abstracción que se elabora por medio del análisis, de la separación de los elementos del conjunto; esta elaboración se efectúa a través del entendimiento.

Posteriormente por medio de la investigación racional profundiza en el contenido del objeto y va hasta la comprensión del conjunto aprehendiendo lo individual en la totalidad.

Análisis y Síntesis. El pensamiento debe penetrar en el objeto para ir de lo ignorado a lo conocido; desde fuera debe introducirse en los seres, en lo concreto que se muestran cerrados ante nosotros.

De todos modos, los seres no son absolutamente inaccesibles pues el análisis penetra en ellos bien sea ideal o realmente.

El análisis se basa en la acción práctica - consumir un alimento implica dividir a un ser – y comienza por la penetración en el objeto por el punto más frágil.

El análisis se efectúa a través del entendimiento negando lo real en su propia naturaleza, hacia la disociación de los elementos del todo.

Pero la negación del análisis debe ser superada por la razón dialéctica que reestablece complementariamente por medio de la síntesis el objeto destruido.

El análisis va de lo complejo a lo simple, del todo a los elementos pero estos deben ser analizados también en su complejidad: El análisis del agua, oxigeno e hidrogeno debe ir a un conocimiento más complejo de sus particularidades eléctricas.

No se puede reducir lo complejo simplemente a lo simple porque bajo las apariencias de lo simple el método científico busca conocer lo complejo en las apariencias simples: El análisis de un ser humano descubre su temperamento, su infancia que es un antecedente del momento adulto, es decir, una condición, una fase, un elemento implicado en el carácter actual del adulto; el adulto sigue siendo el niño que fue pero que sin embargo ya no lo es, es otra cosa.

El análisis aprehende concretamente esa relación compleja y contradictoria del momento con el sí y con el todo.

Por su parte, la síntesis es una operación experimental real o ideal que reconstruye en sentido inverso el camino que recorre el análisis.

Parte de los objetos más simples o elementales y pasa por grados hasta el conocimiento de lo más complejo.

Va de lo simple a lo complejo y de los elementos al todo.

La síntesis no es un resumen sinóptico de los resultados del análisis sino que debe guiar a este orientándolo para mantener en movimiento el enlace de los elementos.

Análisis y síntesis no se pueden separar pues aquel tiene solo sentido porque lo concreto es sintético por unir elementos diferentes y contradictorios, al paso que la síntesis lo tiene porque lo real tiende a producir elementos que están unidos.

Inducción y Deducción La inducción va de los hechos a la ley, es decir, desde un conjunto de hechos a una conclusión general.

La deducción, en cambio, va de lo general a lo particular, obteniendo de premisas generales una consecuencia o conclusión.

La inducción es un método de conocimiento que permite obtener por generalización una ley general a partir de enunciados particulares.

La inducción se considera completa cuando se han observado todos los casos particulares, por lo que la generalización obtenida se considera válida.

El razonamiento inductivo es que toma dos o más premisas particulares para obtener como conclusión una premisa general.

Verbi gracia: Premisa 1: Juan sale al frio sin abrigarse y se enferma.

Premisa 2: Antonia sale al frio sin abrigarse y se enferma.

Premisa 3: Carlos sale al frio sin abrigarse y se enferma.

Conclusión: Si las personas salen al frio sin abrigarse se enferman.

La deducción es un razonamiento empleado para deducir conclusiones lógicas a partir de una serie de premisas verdaderas; es un proceso de pensamiento que va de lo general a lo particular.

Si la conclusión se realiza con premisas verdaderas la conclusión lógica es una verdad relativa.

En caso contrario, la conclusión será falsa.

Ejemplo: Premisa 1: El hombre es un ser humano.

Premisa 2: Juan es un hombre.

Conclusión: Juan es un ser humano.

Ejemplo: Premisa 1: El árbol al caer en un lugar poblado hace ruido.

Premisa 2: El árbol cae en un lugar no poblado.

Conclusión: El árbol no hizo ruido porque no fue oído por nadie.

4.4. Juicio lógico – lógica formal – lógica dialéctica – concepto – juicio.

El pensamiento (el entendimiento) tiene poder de separar elementos de lo real para eliminar partes del contenido del objeto, pero esto es momentáneo porque la razón reestablece la totalidad de ese contenido.

El conocimiento debe estar en movimiento complementario que va de la reducción del contenido – abstracción – y de vuelta hacia lo concreto.

En el lenguaje cada palabra tiene un sentido o contenido; muchas veces se emplea la palabra sin que el contenido este presente plenamente.

Las palabras democracia, Estado, Nación se usan de manera no explícita pudiendo dar significado a diferentes ideologías.

También se usa el lenguaje simbólico las palabras se usan como si fueran signos sin preocuparse por su contenido o sentido, de tal manera que se elaboran frases correctas pero quien las elabora no conoce su sentido o contenido – charlatanes.

La lógica formal también reduce los contenidos por lo cual el entendimiento elabora >formas> sin contenido, formas puras.

La lógica formal es la doctrina sobre las formas del raciocinio humano.

La lógica formal metafísica no tiene interés en la verdad material – el reflejo correcto de los fenómenos de la naturaleza en el pensamiento – sino solo la verdad formal es decir la consonancia con las reglas de la lógica.

La lógica dialéctica materialista parte del criterio que las reglas de la lógica deben concordar con la materia, con la naturaleza y con sus leyes.

La primera ley de la lógica formal es la ley de identidad que se expresa según la formula A es A – toda cosa o concepto es igual a sí mismo.

Para la lógica dialéctica casa cosa es idéntica y no idéntica a si misma porque todo está en un proceso de desarrollo: Una célula hoy es mañana se transforma.

La segunda de la lógica formal es de la contradicción que plantea que A no puede ser al mismo A y no A.

Según la lógica formal el objeto siempre tiene una sola propiedad idéntica y no puede tener propiedades distintas y excluyentes. Niega que una cosa sea la misma y otra al mismo tiempo.

Para la lógica dialéctica el desarrollo presupone una fuente de contradicciones permanentes.

La tercera ley de la lógica formal la ley del tercero excluido pues si Algo es A o no A un tercero es imposible.

Para la lógica dialéctica de cada fenómeno se puede decir o es o no es dado que estos no son inmutables dado que siempre se debe hacer un cálculo desde las condiciones concretas.

La importancia de la lógica formal estriba en enseñar a pensar de manera correcta, observando las reglas de identidad, de no contradicción, de demostración pues si el pensamiento fuese contradictorio o inconsecuente no sería posible ningún conocimiento científico a condición de que refleje la verdad material.

La lógica formal se basa en cuatro leyes fundamentales del pensamiento:

- El pensamiento debe respetar el principio de identidad porque enseña a diferenciar acertadamente las cosas y a no cambiar una noción por otra.
- El pensamiento no debe ser contradictorio porque en el curso del razonamiento esta ley impide la contradicción formal en el análisis de los problemas.
- La ley del tercero excluido señala que de dos juicios contradictorios uno necesariamente es verdadero y el otro falso, sin que haya un tercero: A es B o no B.
- La ley de la razón suficiente señala que todo juicio es justo siempre y cuando este bien fundado, en cuanto debe derivar de otro juicio justo que le sirve de premisa: Hay A porque hay B.

La lógica formal estudia de igual manera las tres formas del proceso del pensamiento que son el concepto, el juicio y el razonamiento.

El concepto. Es el punto de partida del conocimiento, (ser vivo) refiere características esenciales del objeto, tienen un carácter genérico y abstracto, (seres vivos según un ciclo nacen crecen se reproducen y mueren) su pensamiento se acompaña de imágenes tiene capacidad para generar nuevos conceptos y cambiar sus contenidos según los avances de la ciencia, no afirma ni niega nada.

Juicio. Tiene un carácter enunciativo y se forma a partir del enlace de conceptos.

Puede ser: *verdadero, si corresponde con la realidad

*Falso, si no corresponde con la realidad

Razonamiento

Llega a una conclusión o conocimiento a partir de juicios que ya conocíamos.

El concepto es una forma de pensamiento que representa mentalmente a un objeto sin negar o afirmar nada de él. Es una representación mental de un objeto sin afirmar o negar nada del objeto porque siempre es neutro dado que no se refiere a la existencia del objeto.

El juicio es una forma de pensamiento que consiste en afirmar o negar la relación existente entre dos ideas.

El juicio consiste en la relación enunciativa de los conceptos consistiendo en el entendimiento humano por afirmamos o negamos la relación de los contenidos del ser.

El juicio está conformado por los elementos Sujeto – Concepto de quien se predica o dice algo -, el Predicado que el concepto que se dice del sujeto y el Nexo Verbal que nos da la relación entre estos dos elementos.

El razonamiento es una forma de pensamiento que consiste en relacionar dos o más juicios para lograr un conocimiento nuevo. El razonamiento es una operación mental a partir de la cual obtenemos un conocimiento desconocido desde uno previo. Corresponde a la unión de varios juicios o cadena de juicios.

4.5 Categorías Lógicas – Absoluto – Relativo – Conocido – Desconocido.

Absoluto y Relativo. El pensamiento se mueve permanentemente de lo relativo a lo absoluto.

El dogmatismo afirma la verdad absoluta, en tanto que el relativismo es escéptico de la verdad.

El relativismo dialectico admite que nuestros conocimientos son relativos pero siempre ese relativismo se relaciona con una etapa del saber.

Las leyes de Kepler sobre los movimientos planetarios establecieron en realidad una verdad relativa para el momento porque el movimiento de los planetas es mucho más complejo que lo previsto por Kepler; pero estas leyes fueron la base para el posterior descubrimiento que permitió calcular los movimientos más complejos de los planetas.

De tal forma, la dialéctica relativa afirma que nuestros conocimientos de la verdad objetiva tienen a una permanente superación de sus límites.

No existe una separación nítida entre la verdad relativa y la verdad absoluta pues en cada fase del desarrollo del conocimiento se aportan nuevos saberes que amplían la verdad relativa vigente en un momento histórico.

Cada verdad lograda es relativa y el conjunto de todas las verdades relativas forma parte del conocimiento objetivo absoluto.

El pensamiento está en continuo movimiento y envuelve todas las verdades relativas de un momento dado, verdades que se conservan en su sitio, con sus alcances y límites como leyes aproximativas pero que no son suprimidas por las otras verdades logradas posteriormente sino que, por el contrario, son conservadas en un sentido nuevo.

Ejemplo: La teoría de la relatividad de Einstein no suprime la teoría de Newton del espacio y de la gravedad sino que la completa fuera de ciertos límites.

La verdad científica es absoluta y relativa al mismo tiempo.

Es relativa porque está destinada a transformarse, a ser superada por leyes más precisas; pero es absoluta en otro sentido dado que no será suprimida pues subsistirá con precisión en cierta escala.

La ciencia adquirida posteriormente implica, verifica, completa a la ciencia anterior y la sitúa en su verdad.

Desconocido y Conocido. El pensamiento es una actividad que se aprehende por medio de sus productos, de los objetos a los cuales se aplica: El genio de un pintor no se comprende por fuera de sus cuadros.

El pensamiento es un acto y poder que no se puede definir por fuera de las cosas sobre las que actúa.

El pensamiento tiene poder de aislar, de separar del mundo ciertos objetos, es decir, abstrae restándolos a los objetos de la naturaleza.

Entre lo desconocido y lo conocido hay siempre un paso normal y permanente del uno al otro: lo desconocido se convierte en conocido y lo conocido llama a conocer lo desconocido.

La cosa “en sí” desconocida se convierte en cosa “para sí” u objeto conocido o cosa para nosotros porque el conocimiento avanza por caminos o terrenos que se rompen continuamente.

4.6 Leyes de la Lógica

La lógica es el estudio de los métodos y principios que se utilizan para diferenciar el razonamiento correcto del incorrecto.

La ciencia que estudia los procesos del pensamiento y los procedimientos que se utilizan en la adquisición del conocimiento científico teórico y experimental.

Como el pensamiento o la razón no son ilimitados se sujetan entonces a determinados principios que corresponden a los axiomas de la lógica formal originados por reglas generales adquiridas de la realidad y de la experiencia histórica, dado que estos no pueden ser arbitrarios.

Los principales principios lógicos son:

De razón suficiente. Se enuncia diciendo que todo debe tener un fundamento necesario e idóneo de existencia, lo que permite llegar a la afirmación de la casualidad.

Los hechos no se pueden considerar verdaderos o existentes y ningún juicio verídico si no hubiese un móvil básico por el cual debe ser así y no de otro modo, aun cuando en algunas ocasiones no se puede conocer esas causas.

El principio se enseña con varias afirmaciones: Nada existe porque sí; todo es por algo; todo lo que es, es por alguna razón que lo hace ser como es y no de otra manera diferente.

De identidad. Significa que una cosa es igual o idéntica así misma: A=A.

Una cosa es siempre, y en cualquier condición, igual o idéntica a si misma; todo es identifico a sí mismo y debe necesariamente permanecer idéntico a sí mismo; lo que es, y lo que no es no es.

De contradicción. Significa que es imposible ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido; lo contrario de los verdadero es lo falso y lo contrario de lo falso es lo verdadero; un ser no puede tener una cualidad y al mismo tiempo otra en el mismo sentido y dentro de la misma relación; dos juicios opuestos no pueden ser verdaderos al mismo tiempo.

Del tercero excluido. Designa que una cosa es ella y no es ella, pero no puede ser ambas: A es A o no A, pero A y no A.

Quiere decir que las cosas son o no son y deben ser una de dos mutuamente excluyentes, pues no existe una tercera opción, y que cualquier enunciado es o verdadero o falso.

De bivalencia. Dice que entre lo absolutamente verdadero y lo absolutamente falso, no hay nada.

Que entre lo que acontece, y lo que de ningún modo puede acontecer, es imposible, no hay nada.

No se puede ser algo y no algo al mismo tiempo.

4.7 máximas de experiencia – prueba de la experiencia – carácter universal o concreto a determinado medio social

La experiencia es un componente importante de la sana crítica.

Experiencia es el conocimiento que se adquiere gracias a la práctica y a la observación, en otras palabras, la enseñanza que se obtiene con el uso y la habitualidad.

Conocido un suceso y posteriormente sabido que se va repitiendo de la misma manera, así lo vamos captando como un conocimiento reiterado; de tal forma que si conocemos la causa del conocimiento reiterado, con base en lo que ordinariamente ocurre, adelantamos la consecuencia como parte del discurrir diario.

Un número importante de personas observan que las conductas humanas suelen producirse de igual o parecida manera cuando concurren las mismas o parecidas condiciones

o circunstancias, porque todas las personas se suelen guiar por unos deseos, intereses o impulsos, que son similares.

Las máximas de la experiencia, en fin, son enunciados generales y abstractos que dan cuenta de la forma como casi siempre ocurren ciertos fenómenos, a partir de su observación cotidiana.

Su esencia corresponde a fenómenos cotidianos donde se constata que siempre o casi siempre ante una circunstancia A se presenta el fenómeno B, al punto que es posible extraer una regla general y abstracta que permite explicar eventos similares.

Las máxima o regla experiencia, entonces, equivale a la norma de valor general, independiente de un caso específico, pero que, extraída de cuanto ocurre regularmente en muchos casos, puede aplicarse en todos los demás casos de una misma especie.

Las máximas o reglas de la experiencia, que también se han denominado diario discurrir, reglas de la vida y actuaciones normales, son generalizaciones que se estructuran con apoyo en cierto número de experiencias.

También se afirma que una regla de experiencia es un juicio hipotético "que sobre la relación existente entre una pluralidad de fenómenos se ha formulado con fundamento en la observación que de casos particulares se ha hecho directamente o han realizado por otras personas".

La experiencia diaria, y sus máximas, sin duda, son útiles. Sin embargo, es importante tener en cuenta que en razón de su carácter mutable en una época pueden ser ciertas y coincidir a la probabilidad, pero en otras no, con lo cual cede considerablemente su validez, que como a veces esas reglas pueden ser vagas e indefinibles, no es posible aceptarlas con

base exclusiva de todo razonamiento, y que les ocurre lo mismo que a las leyes científicas: nacen, envejecen y mueren.

4.8 Leyes de la Ciencia

Las leyes de la ciencia corresponden a los postulados universales o estadísticos en campos como la física, química, biología, sociología, economía, medicina y similares.

Las leyes de la ciencia deben tener la cualidad de la generalidad y además ser experimentables y controlables.

Sin embargo, las leyes de la ciencia son relativas y excepcionales razón por la cual se prefiere la definición de derroteros científicos.

Por vía enunciativa citamos las siguientes leyes científicas:

Principio de la mínima acción. El movimiento natural sigue siempre el camino más corto y más fácil. Por eso, un rayo de luz se desplaza en línea recta, pues este es el camino más corto entre dos puntos, y por eso si se deja caer una pelota se desplaza hacia el centro de la tierra.

Ley de la inercia. Se expresa de varias maneras:

Es la medida que tienen los objetos para resistirse a los cambios en movimiento; Los cuerpos no se mueven si no se les empuja; Los objetos en movimiento continúan desplazándose si no hay algo que los detenga o ejerza una fuerza sobre ellos.

Teoría termodinámica. Independiente de lo que ocurra, la energía total en el universo permanece invariable; la energía ni se crea ni se destruye, simplemente se transforma de una forma a otra.

Teoría de la Relatividad.Nada se puede a una velocidad superior a la luz; El paso del tiempo es diferente para las personas que viajan a distinta velocidad.

Principio de incertidumbre o de Heisenberg.La velocidad y la posición de una partícula en un instante determinado no se pueden conocer con exactitud: cuanto mayor es la presión con que se mide una cosa menos se puede conocer la otra; El propio acto de observar una partícula la cambia, lo que hace imposible un conocimiento preciso.

Teoría de Ockham. Esta teoría metodológica y filosófica se enseña de varias formas: Probablemente la explicación más correcta es la sencilla, no la compleja y complicada; En búsqueda de soluciones hay que partir del menor número posible de suposiciones necesarias para concebir una explicación; La naturaleza prefiere la simplicidad a la complejidad; Cuando dos teorías en igualdad de condiciones tienen las mismas consecuencias, la simple tiene más probabilidades de ser correcta que la compleja.

La ley de la acción- reacción. Por cada acción hay una reacción igual y opuesta; 2. Por cada fuerza que se aplica a un objeto o superficie; el objeto empuja de regreso con la misma fuerza.

Principio de flotabilidad. Flotabilidad es la capacidad que tiene un cuerpo para sostenerse dentro de un fluido, gracias al aire que almacena; Un cuerpo flota si permanece suspendido en un medio liquido o gaseoso; Flota sobre un fluido si el número de partículas que lo componen es menor que el número de partículas del fluido que han sido desplazada; La flotabilidad del cuerpo dentro de un fluido está determinada por las diferentes fuerzas que actúan sobre él y por el sentido de ella; La flotabilidad es positiva cuando el cuerpo tiende a ascender dentro del fluido; es negativa si el cuerpo tiende a descender dentro del fluido; y es neutra, cuando se mantiene suspendido dentro del fluido.

El carácter de ley científica de un postulado no se acredita con la circunstancia de transcribir aportes de la literatura especializada.

La acreditación del carácter científico de una tesis, ley o enunciado se ha referido siempre a su universalidad, síntesis, verificalidad y contrastabilidad.

La contrastabilidad es la facultad de confrontar la ley con la experiencia conocido también como principio de refutabilidad o falibilidad porque no hay un principio científico que no esté asociado a uno empírico.

Un descubrimiento científico debe someterse a la crítica racional sin perjuicio de su vigencia en el respectivo campo especializado pero además debe contrastarse porque la opinión dominante sostiene que la posibilidad de ser refutado delimita su carácter científico o metafísico.

Es científico el enunciado que sea contrastable con la experiencia, esto es, que se haya confrontado por medio de experimentos sin llegar a ser refutado.

Esta característica está presente cuando la ley asegura que ciertos acontecimientos no ocurrirán, es decir, toda teoría constrastable prohíbe que ocurran ciertos acontecimientos; esto se traduce en la ley " tal y cual cosa no pueden suceder".

Verbi gracia: Una persona salto desde el suelo de un edificio hasta el techo que está a una altura de 200 metros; este es un acontecimiento de imposible ocurrencia porque desafía la ley de la gravedad y constituye un error de hecho por falso raciocinio si un juez le diera credibilidad a un testigo que aseverara tal circunstancia.

La demostración de un determinado acontecimiento fáctico que en principio haya sido negado por la ley es lo que permite evidenciar sus falencias como ciencia.

Si un juez le otorga valor de ciencia a un enunciado que ya fue empíricamente objeto de refutación también incurre en falso raciocinio.

La facultad de confrontarse con la experiencia es lo que deviene en científica cualquier ley, tesis o postulado.

La ley es científica cuando frente a la misma cualquier examen de comprobación mantiene condiciones de irrefutabilidad universal; pero, aclarando, que la ley científica puede ser refutada porque de lo contrario se trataría de un dogma dado que el postulado de ciencia en algún momento puede dejar de serlo.

Uno de los problemas a resolver en la monografía corresponde a la manera como se deben probar las reglas de experiencia en la demanda por falso raciocinio.

La Corte Suprema de Justicia en alusión a la necesidad de la prueba pericial – artículo 405 de la ley 906 de 2004- sostiene que no es necesario presentar un perito en juicio para demostrar leyes científicas que hacen parte del acervo del conocimiento del conglomerado social, a manera de máximas de experiencia.

Por ejemplo, para demostrar que al ser lanzado desde un piso 20 de un edificio el cuerpo de la víctima cayó a gran velocidad y sufrió fuerte impacto contra el piso no es necesario llevar a juicio a un físico perito que explique la ley de la gravedad.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – fallo 42631 – se establece que no es necesario acreditar en el juicio la ley científica de amplia tradición y divulgación: Ejemplo la ley de la termodinámica.

En el juicio oral para acreditar la ley científica que no sea de amplia tradición se debe contar con un dictamen pericial con base técnico científica dado que el perito soporta su estudio con conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados; el perito debe explicar con suficiencia la base técnico científica de su opinión para fundamentar la ley científica en sentido estricto, como por ejemplo cuando se refiere a datos estadísticos.

Cuando en la demanda de casación se invoca un falso raciocinio motivado por máximas de la experiencia desconocidas por el fallador, la Corte Suprema de Justicia señala que el censor debe demostrar que la máxima de experiencia desconocida por el fallo cumple con las condiciones de que la generalización empírica es admitida como regla de experiencia en un contexto y conglomerado social específico con pretensiones de universalidad.

Surge el problema si lo que se plantea es la falta de valoración de una regla de experiencia aplicable en un conglomerado social específico, pues esta construcción teoría de la Corte Suprema de Justicia se contradice con la noción de universalidad ya que la cultura o costumbre de un cierto conglomerado social es algo particular que no es posible fundar en una máxima de experiencia con carácter universal.

Este problema se resuelve aclarando que si bien hay máximas de experiencia universales, ello no significa que existan otras reglas que denoten un modo de ser habitual según la observación empírica y posterior generalización sin carácter universal y propio de un grupo social determinado.

El problema consiste entonces en fijar la manera de demostrar la regla de experiencia, en el evento de que no se cuente con prueba pericial en que la que se pueda sustentar su demostración o cuando el fallador desconoce una regla fácilmente deducible de la cotidianidad humana.

El censor tiene el deber de señalar la regla de experiencia que fue omitida, probar que cumple con los presupuestos de universalidad y demostrar que de haber sido tenida en cuenta la máxima habrían cambiado las conclusiones del razonamiento inferencial y que el yerro fue trascedente en la sentencia impugnada.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las reglas de experiencia pueden ser algunas desconocidas y diferentes en una misma región o en otras comunidades extranjeras, por lo que no es lógico darles siempre carácter universal.

La Corte Suprema de Justicia ha impuesto al censor la carga de demostrar la regla de experiencia, de manera genérica y sin señalar un método.

La solución a este problema será avanzar a una metodología adecuada para la proposición del falso raciocinio indicando a titulo enunciativo una sistematización de indicios y de las máximas de experiencia más frecuentes en un ámbito determinado.

Verbi gracia, la prueba de los hechos psíquicos en derecho comparado tiene una tendencia jurisprudencial de tipificar esquemas de indicios para supuestos de hecho particulares y cuya presencia implica normalmente la existencia de tales hechos: El número de heridas, el sitio de las heridas, la cantidad de agresores pueden establecer datos de experiencia para concluir el dolo con que se agredió a la víctima. Las máximas de la experiencia son reglas empíricas de carácter universal y corresponde a juicios generales de hecho sobre la posibilidad de verificarse de un resultado, dada la existencia de determinados presupuestos, fundados sobre la observación de cuanto comúnmente ocurre, destinados a valer para todos los nuevos casos semejantes a aquellos de cuya observación fueron deducidos.

De estas reglas el juez debe obtener criterios a partir de los cuales puede plantear inferencias de carácter probatorio que abarcan una diversidad de situaciones o circunstancias.

La Corte Suprema de Justicia sostiene que las reglas de experiencia deben ser aceptadas en forma general por una colectividad determinada pero con pretensiones de universalidad, sin que tengan que ver con las mismas lo que el individuo haya experimentado en su particular cotidianidad.

Verbi gracia: La Corte Suprema Justicia de un análisis contextual de hechos debatidos en un caso penal, extrajo la siguiente regla de la experiencia: En las zonas donde los grupos armados al margen de la ley ejercen control lo extienden a la población civil, en particular, a las mujeres respecto de quienes deciden cuándo inician y terminan las relaciones interpersonales con ellas.

En el conflicto armado los objetivos del grupo ilegal – el control territorial y político de una zona determinada - pudieron no ser determinantes en la decisión de los procesados de cometer los delitos contra las víctimas.

La Corporación acepta que el móvil para la realización de dichos delitos fue subjetivo, pero sin que ello excluya que su ejecución haya tenido lugar gracias al clima de violencia, sometimiento y coacción que naturalmente generaba la presencia del grupo irregular y la de sus agentes debido al conflicto armado.

Así pues, los razonamientos del juzgador de instancia no advirtieron en su verdadero contexto y antecedentes las conductas atribuidas a los procesados, en particular las especiales reglas de la experiencia que rigen las circunstancias de las mujeres víctimas del conflicto armado. Como consecuencia del yerro mencionado, el juzgador de instancia concluyó que las conductas de que fue víctima la joven (…) configuraron delitos ordinarios y que nada

tuvieron que ver con el conflicto, pues las familias (….) no mantenían un enfrentamiento armando o ideológico.

Es así, entonces, como se configura el falso raciocinio en la experiencia probatoria del sentenciador, el cual condujo a la absolución que con razón ataca la impugnante.

La Corte Suprema ha dicho que las reglas de la experiencia tienen que ver con contextos socio históricos específicos, dependientes de variables como la cultura, el tiempo, el lugar, entre otros:

> "Existen otros eventos que por tener estrecha relación con campos como el de la antropología, la sociología o la psicología humana, se valen de la aplicación de distintas variables y soluciones dependiendo de factores tales como la cultura el tiempo, el lugar, entre otros, no obstante la eventual utilización, en ciertos caso, de métodos científicos.
>
> En efecto, las máximas de experiencia son premisas cuyo fundamento cognoscitivo se construye a partir de patrones de comportamiento validos con pretensiones de generalidad en un contexto socio histórico especifico, que son previsibles y homogéneos para la comunidad en un lugar determinado dada su repetición y reproducción bajo similares presupuestos de concreción ".

4.9 Técnica de Formulación de Falso Raciocinio – Supuestos a Probar en la Demanda.

El otro problema a resolver consiste en establecer los errores que habitualmente se comenten al formular la demanda de casación por falso raciocinio, exponiendo la mejor manera de evitarlos.

Uno de los errores frecuentes al confeccionar la demanda de casación por falso raciocinio consiste en estructurar máximas de experiencia frente a fenómenos esporádicos o que no son observables cotidianamente en un determinado entorno sociocultural.

El proceso inferencial que se elabora a partir de una máxima de experiencia debe establecerse como la premisa mayor del silogismo – regla de experiencia observable y cotidiana en un conglomerado social – correspondiendo la premisa menor al dato demostrado – hecho indicador – y la conclusión sería la síntesis de la inferencia.

Por ejemplo: En ausencia de prueba directa de que varias personas acordaron previamente realizar una conducta punible – coautoría – a partir del dato conocido – actuar coordinadamente – se puede inferir razonablemente según un enunciado general y abstracto que se extrae de la observación cotidiana y repetida de fenómenos de que casi siempre que varias personas ejecutan una acción de forma coordinada es porque previamente han acordado su realización.

Denótese que la regla de experiencia no debe ser esporádica o no cotidiana, pues de lo contrario se incurre en error al confeccionar la demanda de casación por este concepto.

De tal manera que los datos que no queden cobijados como enunciados generales y abstractos y cotidianos no pueden utilizarse como reglas de experiencia.

Pero esto no significa que los datos que no son reglas de experiencia carezcan de importancia en el proceso penal.

En muchos eventos las máximas de experiencia pueden suplirse con la convergencia y concordancia de estos datos al punto de lograr el estándar de conocimiento de

convencimiento más allá de duda razonable, cuidando de no confundirlos con reglas de experiencia.

Ejemplo: Una persona es encontrada con el arma utilizada para causar un homicidio tiempo después de la muerte de la víctima; seria errado pretender demostrar la autoría del portador del arma a partir de ese hecho aislado dado que no se puede plantear que corresponde a una regla de experiencia cotidiana que quien porte el arma de fuego utilizada en el hecho es casi siempre autor del delito.

Pero, a partir del dato – hallazgo del arma – se pueden sumar otros datos que converjan en la misma dirección como cuando se demuestre que esa misma persona fue vista cuando huía del lugar del crimen momentos después de los disparos y que además anteriormente había amenazado de muerte a la víctima.

Son dos formas diferentes de argumentación en casación al momento de confeccionar la demanda.

Si la demanda se estructura a partir de las máximas de experiencia el reproche debe orientarse a cuestionar errores de hecho o de derecho en la determinación de los hechos indicadores y/o establecer la falta de universalidad de los enunciados abstractos y generales utilizados como reglas de experiencia.

Si la demanda se estructura sobre datos por su convergencia y concordancia, la censura debe dirigirse determinando errores de hecho o de derecho en la fijación de los hechos indicadores y/o la falta de convergencia y concordancia de los mismos, además, indicando la posibilidad de estructurar hipótesis alternativas que generen duda razonable.

No se podría elaborar la demanda analizando aisladamente los datos a partir de los cuales se hace la inferencia con la finalidad de probar una inexistente máxima de experiencia que garantice el paso a la conclusión o tergiversando los datos probados a partir de los cuales se hace la conclusión o suprimiendo o incluyendo otros que no fueron demostrados.

Para no incurrir en otros errores en la demanda por falso raciocinio el recurso extraordinario de casación debe ser elaborado observando las formalidades técnico-jurídicas previstas en la ley y la jurisprudencia.

En la elaboración de la demanda no es viable argumentar a la manera de un alegato de instancia, que es otro error común en este caso.

Cuando se predica un error de hecho, en el sentido de falso raciocinio, se debe demostrar que el ejercicio valorativo del funcionario transgrede los postulados de la lógica, de las leyes de la ciencia o de las reglas de la experiencia, es decir, de los principios de la sana crítica como método de apreciación probatoria.

El demandante debe señalar con exactitud el medio de prueba sobre el que recae el yerro, identificar aquello que expresamente dice y se deduce de él, el mérito persuasivo otorgado al mismo por el juzgador, indicar y desarrollar con precisión la regla lógica, la ley de la ciencia o la máxima de la experiencia aplicada erradamente al realizar el proceso valorativo de los medios de prueba, así como la que apropiadamente le debió servir de apoyo, la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada o interpretada y, finalmente, demostrar que de no haberse incurrido en el defecto, el sentido de la decisión adversa habría sido sustancialmente opuesto.

El censor debe señalar y probar que determinada regla de la lógica, ley de la ciencia o máxima de la experiencia concreta fue mal empleada por el funcionario judicial al realizar el proceso valorativo del acervo probatorio, determinando la que acertadamente debió ser seleccionada.

El censor no puede confundir las falencias de motivación del juez con el error de hecho por falso raciocinio.

Tampoco puede mezclar la postulación de un cercenamiento probatorio – falso juicio de identidad – pasando de la alegación de falso raciocinio a esta clase de argumentación, alegando por ejemplo que en el razonamiento del juez determinados testimonios fueron cercenados.

No puede el demandante oponer sus criterios a los del fallador para restar credibilidad a testimonios sin demostrar que las apreciaciones de los juzgadores han vulnerado el sistema de apreciación de la sana crítica por el desconocimiento de las reglas de la lógica, de la ciencia y de las máximas de experiencia.

De tal manera que la presentación de la demanda de casación, en términos generales, debe sujetarse a los siguientes requisitos principales:

Requisitos para una demanda de casación por falso raciocinio presentada en debida forma.

1. Precisar la forma de violación. Primero, concretar si se trata de error de derecho o de error de hecho. Con palabras sencillas pero ilustrativas, el error de derecho se presenta cuando el juzgador yerra en la contemplación jurídica de la prueba, y el de hecho, si aquel se equivoca sobre la contemplación material.

2. Delimitar la especie de infracción. Si se acude al error de derecho determinar si lo es por falso juicio de legalidad o de convicción, y si se formula error de hecho, señalar con exactitud si el yerro procede de falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o de falso raciocinio.

3. Fijar la modalidad de infracción: falso juicio de legalidad por omisión del cumplimiento de los requisitos formales en materia de pruebas, o por imaginación o creación de ellos; falso juicio de convicción por omisión de la tarifa legal o por invención de ella; falso juicio de existencia por exclusión de pruebas o por ideación de ellas; falso juicio de identidad por adicción, reducción o tergiversación de la evidencia o falso raciocinio por alejamiento de la ciencia, la lógica y la experiencia.

4. Si propone violación indirecta de la ley por error de hecho, dar por sentado que la prueba a la cual se le hacen reparos ha sido legal, regular y oportunamente allegada a la actuación, es decir, que n o hay ningún error de derecho.

5. Mostrar con toda claridad el error manifiesto, protuberante, que se le imputa al juzgador.

6. Relacionar expresamente las principales normas "sustanciales" que se han vulnerado de manera mediata.

7. Hace muchísimos años la jurisprudencia pedía que también se indicaran las normas procesales o del régimen probatorio objeto de infracción. Con el tiempo ese requisito desapareció. Sin embargo, últimamente vuelve al pasado lejano, sobre todo cuando se propone violación indirecta por error de hecho consecuencia de falso raciocinio.

8. Probar la influencia importante del error en el contenido del fallo, tanta que si no hubiera incurrido en la falta, la decisión habría sido otra, muy deferente.

9. Tener en cuenta que no se trata de mostrar al juez de casación otra hipótesis de trabajo que conduzca a una decisión diversa de la concluida por el juez, pues la casación no

es una nueva instancia para continuar el debate probatorio. Es necesario, se repite, demostrar la presencia de errores grandes, protuberantes, bastante influyentes en el fallo.

10. Si el demandante se ocupa en el reproche parcial de la prueba, tiene el deber de examinar el resto del material demostrativo atendido por los jueces al dictar la sentencia y comprobar que este, que no está manchado de errores, es insuficiente para mantener en pie la decisión impugnada (principio de suficiencia), y, con otro giro, demostrar que si no se hubiera incurrido en los yerros denunciados, el fallo habría sido muy distinto.

11. Por razones lógicas, si se formulan errores de derecho y de hecho, aquellos deben ser propuestos y resueltos en primer lugar.

12. Recordar la lógica y, especialmente, el principio de no contradicción.

Por eso no es posible predicar varios errores de una misma naturaleza (de derecho o de hecho) frente a una misma prueba. Salvo que, por supuesto, se haga en cedes o capítulos diferentes, cada uno acompañado de su propia autonomía, tanto respecto de su formulación como de su argumentación.

13. Si se formula falso raciocinio, es necesario señalar con exactitud la modalidad cuestionada, por ejemplo abandono de la ciencia, por precisión sobre cuál era el derrotero científico aplicable, por qué, cuál la razón para que el juzgador no lo tuviera en cuenta y comprobación de cuál era el utilizable en el caso concreto y por qué.

14. Enseñar la ilación entre el error o errores cometidos, la infracción mediata de la norma sustantiva, la vulneración de esta y la decisión tomada. Para mayor detalle, gráficamente: modalidad-Especie-Forma- Infracción indirecta- inaplicación o aplicación indebida. O, con la doctrina, este encadenamiento: 1. El error y su demostración, 2. Con todo detalle, la consiguiente vulneración de la normativa “sustantiva”; 3. La incidencia del cargo formulado y comparado en la parte resolutiva de la sentencia impugna.

15. En todo caso, anunciar y explicar con exactitud, con determinación, cuál o cuáles con las pruebas que han sido maltratadas por error de derecho o por error de hecho. Ese examen inicialmente debe ser singularizado, es decir, de cada una de las pruebas y, luego, globalizado, esto es, de conjunto, conglobado, mediante visión y análisis integral de las varias evidencias.

Importa recordar que las equivocaciones probatorias solamente pueden conducir a la aplicación indebida y a la falta de aplicación de la ley, más no la interpretación errónea. Con precisión insistamos en ello.

La doctrina ha explicado el punto: "La interpretación errónea de una norma sustancial no puede proponerse por la vía indirecta atacando la prueba porque en ella el error del fallador recae sobre el sentido de la norma sustancial aplicada, o sea que siendo la que, sin duda alguna, regula el asunto materia del juicio, se le hace producir efectos de los que recae o que son contrarios".

Capítulo 5. Visión sinóptica de la jurisprudencia sobre el error de hecho por falso raciocinio.

Sentencia SP1569-2018- Radicación N° 45.889. Culminada la audiencia de sustentación del art. 184 inc. 4º de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de E.A.B.G., contra la sentencia del 18 de febrero de 2015, proferida por la Sala Mixta de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

I. Hechos

El adolescente E.A.B.G. pactó con DAAG, B.A.P.A. y J.A.S.A. que éstos ingresarían a la casa de habitación de sus abuelos, LABR y AIB de B, a fin de sustraer $45.000.000 en efectivo. El botín habría de ser repartido entre todos ellos. El 22 de febrero de 2013, a las 6:40 p.m. aproximadamente, en cumplimiento de lo acordado con E.A.B.G., aquéllos ingresaron al inmueble ubicado en la (...) de Zipaquirá y, tras atacar con armas blancas a la señora B y al señor B, se llevaron el dinero. A causa de las heridas, AIB falleció, mientras que LAB sobrevivió, gracias a oportuna y adecuada intervención médica.

De acuerdo con la acusación, E.A.B.G. no solo convino con los prenombrados la ejecución del hurto, sino que, al determinar el asalto en la residencia de sus ascendentes, comprendía que ponía en riesgo la vida e integridad de éstos, pero dejó librado al azar la producción de un resultado fatal.

II. Antecedentes Procesales Pertinentes

Con fundamento en los referidos hechos, el 1º de marzo de 2013, ante el Juzgado 1º Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Zipaquirá, la Fiscalía formuló imputación a E.A.B.G. como posible determinador (art. 30 inc. 1º C.P.) de los delitos de homicidio agravado (arts. 103 y 104 núm. 1, 2, 4 y 7 ídem), tentativa de homicidio agravado (arts. 27 inc. 1º, 103 y 104 num. 1, 2, 4 y 7 ídem) y hurto calificado agravado (arts. 239, 240 inc. 2º y 241-10 ídem). Los cargos no fueron aceptados por el imputado, en contra de quien se impuso medida de internamiento preventivo.

El conocimiento del proceso le correspondió al Juzgado 1º Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de dicho municipio, ante el cual se formuló acusación contra E.A.B.G., como probable determinador de las conductas punibles atrás referidas[1].

1 En relación con los delitos de homicidio, se atribuyó la modalidad de dolo eventual (fl. 5 sent. 1ª inst.).

2 Mediante auto del 18 de diciembre de 2013, el juez anuló el sentido del fallo anunciado el 10 de octubre de ese mismo año, por cuanto, en su criterio, "al momento de redactar la respectiva sentencia, luego de un análisis más detallado de la totalidad de las pruebas practicadas en el juicio y de una minuciosa valoración, surgieron dudas insalvables respecto de la responsabilidad del acusado". Tal determinación fue revocada por la Sala Mixta de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Cundinamarca el 12 de febrero de 2014, en respuesta al recurso de apelación formulado por la Fiscalía. En consecuencia, aplicando la jurisprudencia (CSJ SP 14 nov. 2011, rad. 36.333 y SP 25 sep. 2013, rad. 40.334) revocó tal determinación y ordenó al a quo dictar sentencia de conformidad con el inicial sentido de fallo.

El acusado optó por ejercer su derecho a ser juzgado públicamente. Concluido el debate y emitido sentido de fallo -condenatorio por el delito de hurto y absolutorio por los

cargos de homicidio[2], la correspondiente sentencia se dictó el 25 de abril de 2014. Por encontrar que no se acreditaron los requisitos sustanciales para afirmar la responsabilidad por los delitos de homicidio agravado -consumado y tentado- la jueza absolvió al acusado. En relación con el cargo por hurto calificado agravado, lo declaró responsable. Por consiguiente, le impuso la sanción de privación de la libertad en centro de atención especializado por el término de 18 meses, con sustitución por el correctivo de internación en medio semi-cerrado en la modalidad externado.

En respuesta a los recursos de apelación interpuestos por la fiscal y el defensor, la Sala Mixta de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, por medio de la sentencia atrás referida, revocó el fallo absolutorio en relación con los delitos de homicidio. En consecuencia, declaró penalmente responsable a E.A.B.G. como determinador de los delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, por lo que le impuso la sanción de privación de la libertad en centro de atención especializado por el término de 60 meses.

Dentro del término legal, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda, cuya admisión dispuso la Corte por medio de auto del 24 de mayo de 2017. En sesión del 4 de julio subsiguiente se celebró la audiencia de sustentación del recurso de casación, donde participaron el defensor, la Fiscal 8ª delegada ante la Corte Suprema de Justicia, la Procuradora 3ª delegada para la Casación Penal y el defensor de familia.

III. Demanda de Casación y Sustentación del Recurso

3.1 Al amparo del art. 181-3 de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), el censor formula un cargo por violación indirecta de la ley sustancial, fundado en falso raciocinio.

El Tribunal, expone, erró al dictar una sentencia condenatoria sin tener el pleno convencimiento, más allá de toda duda, sobre la responsabilidad penal, cuando lo correcto, a su modo de ver, era la absolución en acatamiento del principio in dubio pro reo.

En efecto, prosigue, pese a que en la audiencia de juicio oral el testigo J.A.S.A. se retractó de los señalamientos de responsabilidad efectuados en contra del aquí acusado, el ad quem le dio "una connotación especial" a lo expuesto por aquél en la entrevista rendida ante la policía judicial el 10 de abril de 2013, oportunidad en la cual aseveró que quien lo indujo a cometer los crímenes fue E.A.B.G. Con ello, alega, se desatienden "los postulados de la sana crítica", por cuanto se le otorgó credibilidad a esa versión desconociendo una serie de incongruencias advertidas en el relato del declarante.

En el interrogatorio rendido en el juicio, asevera, a J.A.S.A. le fue puesta de presente su declaración anterior para efectos de "refrescar memoria". Empero, sostiene, aquél no dijo haber conocido ni hablado con E.A.B.G., sino que DA le manifestó habersido contactado por aquél para cometer el hurto. Además, expone, el testigo aclaró, por una parte, que si bien reconoció al acusado en fotografías, ello se debió a que vio sus fotos en Facebook; por otra, que a B.A.P.A. no le asistía ninguna responsabilidad por los ilícitos, pese a que reconoció en el juicio seguido en su contra que sí fue coejecutor de los delitos. Ello permite concluir, según su perspectiva, que si J.A.S.A. mintió en lo concerniente a la intervención de uno de los autores, también lo hizo en relación con el determinador.

De otro lado, destaca, J.A.S.A. igualmente señaló al aquí acusado como el instigador de los crímenes en la diligencia de reconocimiento fotográfico y en el marco de la audiencia de formulación de imputación adelantada en el proceso seguido en su contra -hecho que, puntualiza, fue estipulado con el fiscal-. Sin embargo, resalta, el acta de reconocimiento fotográfico no fue incorporada en el juicio -por no haber sido pedida como prueba en la audiencia preparatoria-, mientras que la sindicación surgida en la imputación es una prueba de referencia inadmisible.

Aunado a lo anterior, prosigue, el ad quem reiterativamente puso de presente que la determinación del hurto y del homicidio se presentó únicamente entre E.A.B.G. y J.A.S.A., no con los demás jóvenes, de quienes, asegura, se exaltó la sinceridad de sus versiones y la inocencia frente al plan criminal.

Por consiguiente, alega, surgen interrogantes en relación con los planteamientos del Tribunal en torno a la sinceridad de lo expuesto por los demás adolescentes. De acuerdo con "las reglas de la experiencia", enfatiza, si hubiera sinceridad en lo expuesto por aquéllos, por qué razón, se pregunta, no se le dio crédito probatorio al testimonio de DA, quien en juicio aseveró que E.A.B.G. fue quien suministró la información para el hurto. Empero, subraya, éste también manifestó que no conoció a E.A.B.G. ni habló con él, sino que B.A.P.A. y J.A.S.A. fueron quienes le dijeron que había sido el nieto de la occisa, lo cual, resalta, también lo convierte en "testigo de oídas", pues el aquí acusado jamás lo determinó directamente.

En la misma dirección, añade, B.A.P.A. testificó que E.A.B.G. no tuvo nada que ver con los hechos investigados, y que si bien en una declaración anterior lo sindicó, no fue

porque tuviera conocimiento de ello, sino debido a que J.A.S.A. le dijo eso. Y tal versión, enfatiza, además de ser de oídas, también entra en "contradicción" con lo manifestado por los demás testigos, que actuaron en calidad de coautores. Esto, en su criterio, evidencia que el declarante falta a la verdad, sin que tal testimonio pueda, entonces, ser la base para declarar penalmente responsable al acusado.

Lo expuesto muestra, desde su perspectiva, que "de las pruebas practicadas en el juicio" no surge el convencimiento claro de la participación de E.A.B.G. como determinador de los delitos cometidos por el grupo de jóvenes en contra de sus abuelos. No se probó, destaca, de qué manera aquél hizo nacer en otros la idea de cometer un delito, tanto más cuanto los autores materiales afirmaron no conocer al aquí acusado.

Por otra parte, alega, el Tribunal, "acudiendo equivocadamente a las reglas de la experiencia", sostuvo que las retractaciones de los coautores de los ilícitos no se debieron a arrepentimiento, sino al temor de que E.A.B.G. tomara represalias contra ellos. Mas tal "ponderación", afirma, deja serias dudas, pues "como se logró establecer", la instigación se dio entre E.A.B.G. y J.A.S.A. Si ello es así, resalta, los demás no tendrían por qué sentir temor de lo que pudiera hacerles el acusado, máxime que no lo conocían ni entraron en contacto con él.

En conclusión, expone, "en el juicio" se logró establecer que el procesado es ajeno a los crímenes cometidos. LABR, afirma, indicó que los autores materiales sabían con exactitud dónde estaba el dinero, información que sólo sabían él, su esposa y su hijo W, mientras LAP negó toda participación en los hechos, por no tener idea de quién suministró la información para que se cometiera el hurto.

Si bien, dice, a partir de los testimonios rendidos por el primer respondiente, MHMS, HB y LAB es dable inferir que el determinador fue una persona allegada a las víctimas, dado el conocimiento que los asaltantes tenían sobre la ubicación del dinero, no hay prueba para afirmar que esa persona es E.A.B.G.

De ahí que, finaliza, existiendo dudas al respecto, la sentencia debió haber sido absolutoria, pero el Tribunal desconoció "los postulados de la sana crítica" y declaró "una verdad distinta de la que realmente revela el proceso", por "violación de las reglas de la lógica y de la experiencia".

En tal virtud, solicita a la Corte que case la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, absuelva al acusado por todos los cargos que le fueron imputados, pretensión que fue reiterada en la audiencia de sustentación del recurso de casación, en la cual enfatizó que, además de los anteriores reproches, el Tribunal arribó a conclusiones probatorias erradas, como quiera que apreció evidencia testimonial que no fue incorporada en debida forma al juicio.

3.2 A su turno, **la fiscal** pide a la Corte que no se case la sentencia, por no cuanto la demanda no acredita la configuración de algún supuesto constitutivo de falso raciocinio. El cargo formulado por el defensor, destaca, de ninguna manera demuestra que la valoración probatoria consignada en la sentencia impugnada haya violado las reglas de la experiencia ni que se hubiera desatendido el principio lógico de no contradicción.

Que el testigo J.A.S.A. hubiera mostrado incongruencia entre lo dicho en la diligencia de reconocimiento fotográfico y el testimonio rendido en juicio, a su modo de ver, no

comporta ninguna contradicción en la valoración. El Tribunal, sostiene, claramente explicó que la simple retractación no invalida el testimonio, mientras que, producto de un escrutinio en conjunto de las pruebas, le dio credibilidad a lo manifestado en el reconocimiento, no a lo dicho en juicio, dado que se probó que sentía temor por amenazas.

En similar dirección, prosigue, en lo que atañe a la valoración del testimonio de B.A.P.A., tampoco es factible afirmar alguna infracción que dé lugar a un falso raciocinio. La modificación de la versión de aquél en el juicio, destaca, fue analizada por el Tribunal con respeto de las reglas de la sana crítica, a fin de afirmar la responsabilidad del acusado como determinador de la agresión a las víctimas.

El demandante, puntualiza, en ningún momento identifica cuál regla de experiencia habría infringido el ad quem al valorar las retractaciones evidenciadas por los testigos. Antes bien, subraya, el Tribunal justificó sólidamente la razón de la variación de las versiones desfavorables al procesado en juicio, con base en el temor que pudieron sentir los coacusados frente a retaliaciones de aquél, debido la repartición que del dinero hurtado hicieron los ejecutores del atentado a los abuelos del acusado.

En cuanto a la declaración del investigador de policía judicial, añade, se equivoca el censor al catalogarla como prueba de referencia, en tanto aquél es testigo directo del señalamiento efectuado por los comparecientes a la diligencia de reconocimiento en fila de personas.

De otro lado, censura los ataques dirigidos contra la valoración de los testimonios de LAB y del Subintendente FN. La sustentación del recurso, en su criterio, desconoce la

valoración integral de las pruebas. El ad quem, afirma, apoyó sus inferencias en cada uno de los hechos indicadores que se declararon probados a partir de tales declaraciones, a saber, que los asaltantes encontraron fácilmente el dinero en la casa de las víctimas, lo que permitió inferir que la información provenía de una persona cercana a aquéllas, lo cual se corrobora con los señalamientos que inicialmente hicieron los coacusados en contra del adolescente aquí procesado.

La afirmación de la determinación ejercida por el acusado para el homicidio de sus abuelos, concluye, respeta entonces el principio lógico de razón suficiente, por lo que la sentencia impugnada ha de mantenerse incólume.

3.3 Por su parte, **la procuradora delegada para la casación penal** solicita no casar la sentencia recurrida. En síntesis, expone, el Tribunal no incurrió en ningún error de hecho en la apreciación y valoración de las pruebas.

En la declaración de J.A.S.A., sostiene, fácilmente se advierte la intención del acusado de generar la muerte de su abuela y atentar contra la vida de su abuelo, junto a la inducción a la comisión de un hurto de dinero en efectivo. La sentencia, resalta, da cuenta de la manera en que el procesado abordó a aquél y le facilitó información sobre la existencia y procedencia del dinero en la casa de sus abuelos, uno de ellos en grave estado de salud.

La decisión del ad quem, destaca, muestra entonces que la idea de cometer el delito fue de un tercero, dado que los ejecutores desconocían a las víctimas. Y ese tercero, puntualiza, no fue otro que el acusado, pues sabía sobre la ubicación del dinero, así como de las condiciones de vida de sus abuelos.

Es determinante, enfatiza, que los testigos J.A.S.A., B.A.P.A. y DA son contundentes al indicar la responsabilidad del procesado como determinador. Además, puntualiza, las retractaciones, como lo expuso el Tribunal, ciertamente pudieron haber estado relacionadas con una llamada recibida por J.A.S.A. en la que se le amenazó por la muerte de las víctimas. El recurrente, resalta, en todo caso se abstuvo de indicar las razones por las cuales deberían prevalecer las afirmaciones exculpatorias de J.A.S.A. en juicio y no los señalamientos incriminatorios surgidos en sus declaraciones previas. La retractación del testigo, en su criterio, no desvirtúa entonces lo expresado inicialmente.

Por tales razones, concluye, no están dadas las condiciones para casar la sentencia impugnada, pues se respetaron las reglas de la sana crítica.

3.4 Finalmente, **la defensora de familia** se abstuvo de efectuar observaciones.

IV. Consideraciones de la Corte

Toda vez que la demanda se declaró ajustada a las exigencias previstas en el art. 184 del C.P.P., la Sala analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, especialmente las dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación y la reparación de los agravios inferidos a las partes, según lo establecido en el artículo 180 ídem.

4.1 De acuerdo con el art. 181-3 ídem, la casación procede cuando se afecten garantías fundamentales, producto del manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia de segunda

instancia. Allí se encuentra consagrada la modalidad de infracción indirecta o mediada de la ley sustancial, por errores en la construcción de la premisa fáctica del silogismo jurídico.

Los errores de hecho implican el desconocimiento de una situación fáctica, producto de la incursión en falsos juicios de existencia, de identidad o falso raciocinio.

La primera de dichas hipótesis -falso juicio de existencia- se presenta cuando, al proferir la sentencia impugnada, el fallador desconoce por completo el contenido material de una prueba debidamente incorporada a la actuación; también, cuando le concede valor probatorio a una que jamás fue recaudada, suponiendo su existencia.

En segundo término, el falso juicio de identidad tiene ocurrencia cuando en el fallo confutado el juzgador distorsiona o tergiversa el contenido fáctico de determinado medio de conocimiento, haciéndole decir lo que en realidad no dice, bien sea porque realiza una lectura equivocada de su texto, le agrega circunstancias que no contiene u omite considerar aspectos relevantes del mismo.

En tercer lugar, el falso raciocinio se configura cuando el Tribunal observa la prueba en su integridad, pero al valorarla o escrutarla desconoce los postulados de la sana crítica, es decir, una concreta ley científica, un principio lógico o una máxima de la experiencia.

A efectos de acreditar la existencia del yerro, tiene dicho la Sala, el censor ha de señalar la prueba o inferencia en la cual recayó el error. Posteriormente, debe identificar el principio lógico, la máxima de experiencia o el postulado científico que, en concreto, el juzgador desconoció en el proceso de valoración probatoria, con indicación clara y precisa de

las razones por las cuales su aplicación resultaba necesaria para la corrección de la conclusión cuestionada en el caso concreto.

Cualquiera de los mencionados yerros debe ser trascendente desde el punto de vista jurídico, esto es, que frente a la valoración conjunta de la prueba realizada por el Tribunal, su exclusión debería conducir a adoptar una decisión sustancialmente diversa a la recurrida.

4.2 Pues bien, a fin de verificar si el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley por errores de hecho en la fijación de los enunciados fácticos con fundamento en los cuales afirmó la responsabilidad del acusado a título de determinador -tanto dehurto calificado agravado como de homicidio agravado-, la Sala procederá, en primer lugar, a reconstruir la estructura probatoria de los fallos impugnados (num. 4.2.1 y 4.2.2 infra). Con esa base, en segundo término, verificará si el escrutinio probatorio da cuenta de alguna infracción constitutiva de yerro fáctico (num. 4.2.3 infra) y, de ser así, si los errores de apreciación o valoración impactan las bases fundantes de la condena de una manera tal que deje sin soporte la afirmación de responsabilidad penal (num. 4.2.4 infra).

4.2.1 En relación con la declaratoria de responsabilidad contra E.A.B.G. como determinador del delito de hurto calificado agravado, las sentencias de instancia conforman una unidad jurídica inescindible. Que el acusado fue quien indujo o instigó a los ejecutores del asalto para extraer de la casa de sus abuelos una cuantiosa suma de dinero es una proposición fáctica respaldada en prueba directa e indirecta, construida y valorada en los siguientes términos:

Según el a quo, las estipulaciones probatorias acreditan que el 22 de febrero de 2013, a eso de las 6:40 p.m., en la (...) de Zipaquirá, lugar de residencia de LABR y AIB, se llevó a cabo un hurto de $45.000.000, lo cual fue confirmado por el señor BR, quien en testimonio vertido en el juicio relató la forma como el día de los hechos dos jóvenes ingresaron a su domicilio y se apoderaron del dinero que allí tenía. También, se resalta en la sentencia, DAAG, J.A.S.A. y B.A.P.A. admitieron en sus testimonios haber sido coautores materiales de dicho hecho.

En punto de la determinación, como forma de participación atribuida al aquí acusado, el juez de primera instancia consideró que igualmente está probada la instigación o inducción por parte del nieto de las víctimas sobre los ejecutores, para que se apoderaran del dinero de sus abuelos. Ello, por cuanto, como puede extraerse de la forma en que ocurrieron los hechos, los ejecutores del asalto no podrían tener el conocimiento necesario para tomar la decisión de cometer el hurto, sino que la idea de hacerlo surgió de un tercero que tenía información precisa y detallada de la existencia del dinero, así como del modo de vida de las víctimas, quienes eran del todo desconocidas para aquéllos.

Ahora bien, en criterio del a quo, esa tercera persona, de quien provino la idea e instrucción de irrumpir en el domicilio de los ancianos para arrebatarles dinero en efectivo en una millonaria suma, no fue alguien distinto a E.A.B.G. Tal conclusión, puntualiza, es el resultado de la articulación de varios hechos indicadores extraídos de la apreciación de múltiples testimonios, valorados articuladamente a la luz de las reglas de la sana crítica.

En primer lugar, de la reseña probatoria consignada en la sentencia se extracta que es un hecho probado que los asaltantes sabían con exactitud la ubicación del dinero en la

habitación de las víctimas. Inclusive, pese a que LAB, herido, le indicó a su agresor que la plata estaba en otro sitio de la casa, para distraerlo, aquél fue en dirección contraria, directamente al armario donde finalmente halló la cajilla metálica con el dinero en efectivo. Según el testigo víctima, los ladrones no buscaron en ninguna otra parte de la casa, mientras que los únicos que sabían de la ubicación del dinero y su cuantía eran su difunta esposa y su hijo W -padre del acusado-, quien les hacía las cuentas. Empero, se subraya en el fallo, don LA aclaró que a la casa iban seguidamente sus nietos, incluido el acusado.

Al respecto, se consignó en la sentencia de primera instancia:

> Es posible inferir, a partir de las reglas de la experiencia, que…no ingresaron a cometer un hurto indiscriminado, como usualmente ocurre con los hurtos a residencias, en los que los autores normalmente ingresan a una casa aprovechando la ausencia de sus moradores y requisan todos los espacios en búsqueda de cosas u objetos de valor como joyas o dinero, sino que iban con un fin específico de hurtar el dinero que, sabían de antemano, se encontraba allí. Así se desprende de las manifestaciones del señor LA Bal indicar que uno de los autores le preguntaba por el dinero y que no obstante el haberle señalado otro lugar, se dirigió a buscarlo directamente donde este se encontraba, que era uno de los armarios de su habitación, también de lo señalado por el primer respondiente FANS, quien manifestó respecto a la forma como encontró el lugar de los hechos que estaba ordenado, fuera de las manchas de sangre afuera y al interior de la casa, no se veía ningún signo de violencia en las puertas de acceso o al interior de la casa, añadiendo que ha atendido muchos casos de hurto a residencia y el común denominador es que los autores violentan las puertas y revuelcan las habitaciones buscando objetos de valor, pero en el presente caso no se observó esto, circunstancia que también fue advertida por los familiares de la víctima que llegaron al lugar instantes después de su ocurrencia,

> como la señora MHMS, quien indicó respecto al estado en que estaba la casa cuando ella ingresó, que todo estaba en orden y sólo observó la puerta de uno de los armarios de la habitación abierta, pero no había cajones abiertos ni ropa en desorden.

Hasta ahí, ciertamente, es plausible aseverar que una persona muy cercana al ámbito familiar de los esposos BB -acostumbrados a manejar dinero en efectivo por su actividad comercial- estuvo involucrado en el asalto, tanto más cuanto, como sobre el particular añadió el ad quem (fl. 8 sent. 2ª inst.), existe evidencia sobre el celo absoluto y la máxima reserva con que la occisa manejaba los asuntos de dinero, tal cual lo aseveraron HB y MHMS, hijo y nuera de las víctimas, respectivamente.

Tales razones, por sí mismas, son desde luego insuficientes para predicar que quien suministró a los asaltantes la información fue el acusado. Empero, para justificar que ello en efecto fue así, el a quo pone de presente que los autores materiales del asalto (J.A.S.A., B.A.P.A. y DAA) señalaron a E.A.B.G. como "el nieto" que les proporcionó tan precisa y detallada información para "hacer la vuelta". Ninguno de aquéllos, subraya, "era conocido o allegado a las víctimas, de donde igualmente es posible inferir que alguien más les dio la información para cometer el hurto, como la existencia de la fuerte suma de dinero y que las víctimas eran dos adultos mayores, uno de los cuales se encontraba enfermo, lo que los llevó a planear el hurto en la forma en que lo llevaron a cabo, siendo la vinculación de E.A.B. como determinador, el producto de los concretos y directos señalamientos que en sus declaraciones iniciales hicieron en su contra algunos de los autores materiales". Según el fallo de primer grado, DA -coautor mayor de edad- fue la otra persona que (junto a J.A.S.A.) ingresó a la residencia, y quien afirmó haber sido contactado por los adolescentes J.A.S.A. y B.A.P.A., quienes ya tenían toda la información para cometer el hurto. Con relación a la

persona que les dio indicaciones sobre la ubicación del lugar, del dinero, de las circunstancias de vida de los moradores y del momento apropiado para ingresar, el a quo, reseñando el testimonio del señor A, expuso:

> B y J le contaron que el nieto de las víctimas fue quien les contó donde estaba el dinero guardado, cuánto había, cómo entrar y a qué hora se encontraban los señores solos, pero él no conoce a E ni sabe quién es. Ellos se referían a él como E, y de lo que éste les dijo utilizaron la hora a la que debían entrar, esto es de seis y media a siete, porque a esa hora ya quedaban los señores de la casa solos. J entró y encontró el dinero en el lugar donde él les había dicho, en un armario… Señala así mismo haber entendido que B le iba a dar un dinero a E, pero no sabe cuánto dinero debían darle, no sabe cómo contactó E a B y a J, dice que se habían reunido una semana antes pero no habían planeado nada, esto fue el mismo día, desde el mediodía, ese mismo día se enteró sobre ese hurto, tiene entendido que E era amigo de B y J desde antes. Finalmente, señala que B le dijo que, con posterioridad a los hechos, había hablado con E, pero no sabe si personalmente o por teléfono.
>
> Este testigo coautor de los hechos, si bien señala no haber entrado en contacto con E, sí es testigo directo de que B y J, personas que lo contactaron y con las que cometió el ilícito, se referían a él como el nieto de las víctimas y como la persona que les dio la información necesaria para cometerlo, testimonio que ofrece motivos de credibilidad, por cuanto se muestra espontáneo y coherente, tanto intrínsecamente como con relación con las versiones iniciales rendidas por los coautores referidos.

A este último respecto, el juzgado puso de presente que si bien en el juicio los otros dos adolescentes que participaron conjuntamente en los hechos negaron que E.A.B.G. fue quien los determinó a cometer el ilícito, también es verdad que, por haberse cumplido los

presupuestos pertinentes, a sus testimonios han de integrarse las declaraciones iniciales rendidas ante la policía judicial -que les fueron puestas de presentes para ser confrontados con ellas en el juicio oral, a fin de refrescar memoria e impugnar credibilidad, respectivamente-. Valorada la retractación a la luz de las reglas de la sana crítica, en conjunto con el testimonio de DA y aplicando los criterios previstos en el art. 404 del C.P.P., en consonancia con la jurisprudencia (C.S.J. S.P. 27 jul. 2009, rad. 31.579 y S.P. 24 feb. 2010, rad. 31.9463), se expone en la sentencia de primera instancia, ha de dársele credibilidad a los señalamientos que, antes del juicio, tanto J.A.S.A. como B.A.P.A. hicieron sobre el aquí acusado como quien proporcionó todos los detalles y encomendó el asalto para hacerse al dinero de sus abuelos, que sería repartido entre aquél y los participantes del ilícito.

Este caso fue decidido en las instancias antes de la expedición de la J.A.S.A, se lee en el fallo, luego de entregarse voluntariamente a las autoridades, incriminó a E en tres ocasiones: ante el juez de control de garantías al serle imputados los delitos de hurto y homicidio, ante investigadores de policía judicial que llevaron a cabo una diligencia de reconocimiento fotográfico y en una entrevista. En el juicio, sin embargo, se retractó de tales incriminaciones exonerando de responsabilidad a E.A.B.G., a quien dijo nunca haber visto y haber involucrado por “nervios” y “presiones” de la policía judicial.

Tales razones, sin embargo, no son dignas de credibilidad para el a quo, como quiera que, de un lado, el testigo mostró una actitud insegura y evasiva al rendir testimonio; de otro, por cuanto al ser confrontado con sus declaraciones previas, no logró dar explicaciones satisfactorias de los motivos de retractación, al tiempo que salió a la luz que la desvinculación del acusado pudo deberse a temor provocado por amenazas que el testigo recibió. En ese sentido, se advierte en el fallo de primer grado:

Ahora bien, con relación al testimonio rendido en el juicio por J S, debe decirse que el mismo no ofrece suficiente credibilidad respecto de la no participación de E B, no solo por la actitud insegura y evasiva que asumió en él, sino porque al ser confrontado dicho testimonio con sus declaraciones anteriores, en las cuales lo compromete de manera clara, no logró dar una explicación satisfactoria de los motivos de su retractación ni ofreció una versión más creíble de los hechos. De admitirse que la sindicación que realizó al acusado inicialmente fue producto de los nervios o de las presiones por parte de la policía judicial, no es razonable que se hubiera mantenido en ellas durante tanto tiempo, pues la declaración ante el juez de garantías y el reconocimiento fotográfico los hizo el día 26 de febrero de 2013, un día después de su entrega a las autoridades, y la declaración [entrevista] la realizó el 10 de abril del mismo año, cuando ya había tenido suficiente tiempo para calmarse y no estaba ya bajo la presión de la policía judicial; no obstante, siguió manteniendo la versión de que quien les había dado los datos para cometer el hurto había sido el nieto de los señores (E B). Adicionalmente si se observa el contenido de esta declaración, se advierte que en ella manifiesta no haber conocido personalmente a E B, pero que lo pudo reconocer porque vio su foto por Facebook y que si no lo había dicho así en una primera oportunidad (al parecer una rendida el día de su entrega), fue por la furia que tenía la familia y por las dos llamadas que le habían hecho, diciéndole que la muerte que había pasado no se quedaba así, motivos que pueden coincidir con que en el juicio lo llevaron a exonerar a E de toda responsabilidad, esto es el miedo, el mismo que lo llevó a entregarse a las autoridades, mostrándose evidente que lo que ahora pretende es no comprometer la responsabilidad de E ni de ninguna persona, por temor a las represalias que puedan tomarse en su contra, mostrándose más consistentes sus declaraciones iniciales que las vertidas en el juicio oral.

Depuradas las razones por las cuales, en criterio del juzgado, ha de darse crédito probatorio a las versiones iniciales de J.A.S.A. en desmedro de lo expuesto por éste en el juicio, la sentencia da cuenta de los señalamientos directos que aquél hizo en contra del aquí acusado, de la siguiente manera:

> Respecto de este testigo se realizó la estipulación número 4, en el sentido de dar por probado que en audiencia preliminar de formulación de imputación, ocurrida al día siguiente de su entrega voluntaria a las autoridades, manifestó ante el Juez de Control de Garantías que la persona que les había dado la información para cometer el hurto había sido E B. Así mismo, se escuchó el testimonio del señor JAGC, investigador criminalístico de la Policía Nacional, quien desarrolló actividades investigativas en al caso de E B; específicamente, realizó un álbum fotográfico y un acta de reconocimiento fotográfico el 26 de febrero del 2013 que se hizo con el objeto de identificar a una persona que presuntamente participó en una actividad delictiva, indicando que el reconocimiento lo hizo el joven J A S, para lo que se elaboran dos plantillas con siete fotografías, entre ellas la fotografía de la persona indiciada en diferentes posiciones. En ambas reconoció al adolescente **E A B como la persona que puso en conocimiento que sus abuelos vivían en el sector centro de Zipaquirá, al igual que tenían una tienda y unas busetas por las cuales recibían a diario una cantidad de dinero que han guardado a lo largo de varios años y les suministró la información del lugar y ubicación exacta del dinero, información que fue tenida en cuenta para la realización del ilícito**. Precisó el investigador que ese día J A S hablaba con mucha seguridad, aseverando en dos oportunidades que E les había dado dicha información.

En el testimonio vertido en el juicio oral, J A S reconoció haber señalado a E B como la persona que les suministró la información para cometer el hurto, tanto en el reconocimiento fotográfico como en el desarrollo de la audiencia de formulación de imputación realizada ante la Juez Primera Penal de Garantías de Zipaquirá, pero igualmente se retracta de dichas manifestaciones argumentando que estaba muy nervioso y que había sido la propia policía judicial la que le había mostrado la fotografía y dado el nombre de E.

Con relación al reconocimiento fotográfico…como el reconocente (sic) rindió testimonio dentro del juicio y fue contrainterrogado sobre las circunstancias en que conoció los hechos e identificó en dicha diligencia al acusado como la persona que les dio la información para cometer el hurto, el contenido de dicho reconocimiento puede ser valorado como medio de impugnación. Así indicó la Corte con relación a las entrevistas o exposiciones rendidas antes del juicio oral.

[…]

Por ello, viene al caso, aunque no hubiera sido leída en su integridad dicha declaración en el juicio, señalar que en ella J A S hace manifestaciones que aportan aún más respaldo a sus dichos iniciales, tales como cuando afirma respecto de la información que poseía del lugar donde se encontraba el dinero que: "Nos dijeron que estaba en la habitación de los señores en el armario que estaba frente a la cama de ellos, en la puerta derecha, donde cuelgan los sacos, en un cofre plateado, que estaba bien acomodada la plata por puchos, que eso mantenía sin seguro, que habían 47 millones, cuando encontramos el dinero todo coincidía, llegamos derecho a la pieza y de una abrimos el armario y ahí estaba el cofrecito y todo".

Y esa información, añade el a quo, no sólo es coincidente con el testimonio de DA, sino que concuerda con las declaraciones iniciales que ofreció B.A.P.A. a la policía judicial, en el sentido que quien le propuso que hicieran el hurto fue J.A.S.A.G, en conjunción con quien le dijeron a DA, el mismo día de los hechos, que "en la casa de unos señores había plata y que eso se lo había dicho el nieto de ellos de nombre E, para que lo hurtaran y le dieran la mitad de lo que hubiera a él, que era mucha plata, que eran dos viejitos, que el señor no se podía levantar y la señora abría lapuerta. Entonces, se decidieron a cometer el hurto, consistiendo su participación en conducir el vehículo en el cual huirían del lugar de los hechos, refiriéndose a la casa de la abuelita de E y a éste como la persona que le dio información a J. Al igual que D, niega haber conocido a E, agrega igualmente que al otro día de los hechos, como a las seis de la tarde, J le había contado que el nieto se le había "rebotado" porque habían sacado lo poquito, porque su abuela había hecho un negocios de una casa o finca y que era más plata".

Desde luego, acorde con el fallo, B.A.P.A. también se retractó en juicio de tales señalamientos, tratando de desvincular a E.A.B.G. de los hechos, para atribuirle la responsabilidad a un tal A, quien supuestamente habría ingresado un día a la casa de los ancianos, de quienes era vecino. Empero, tal explicación careció de credibilidad para el a quo, por ofrecerse inconsistente en sí misma y contrariar la evidencia testimonial anteriormente referida, ya que ninguno de los coejecutores atrás mencionados (DA y J.A.S.A.) hizo alusión a algún A, sino a E, el nieto.

Sobre ese particular, en la valoración del testimonio de B.A.P.A. frente a sus declaraciones anteriores, el juez de primer grado adujo:

Luego de leerle otros apartes de su interrogatorio, en los que se refiere de manera directa a E como la persona que les dio "la vuelta" porque él había visto la plata, y de indicar la información que él les había suministrado respecto de sus abuelos y del lugar exacto donde se encontraba el dinero y de cómo debían hacerse los que buscaban para no llegar al propio armario porque iba a ser muy exacto, manifestó en la audiencia que afirmó eso en el interrogatorio porque pensó que A se llamaba E y era el nieto, pero no sabía quién era en si E.

A la pregunta de la Fiscalía de por qué en esa oportunidad no indicó nada sobre dicha confusión, guarda silencio. La Fiscalía le pone de presente otro aparte del interrogatorio en el que contesta a la pregunta de qué pedía E B a cambio de la información lo siguiente: "plata, depende de lo que hubiera a él tocaba darle la mitad, no sé si se la dieron porque a J le correspondía dársela y no sé si él se la daría, porque a J lo capturaron y D se fue para Villavicencio", luego de lo cual la Fiscalía le pregunta por qué si E no tuvo participación de nuevo señala a E B como la persona a la que tocaba darle la mitad de la plata, ante lo cual B señala que se refería era a A porque él dijo que ya había visto la plata, que la había visto en el armario, que él veía cuando toda la plata entraba allá. No sabe si A es nieto de la señora, él entraba allá y el papá lo llevaba allá, confirma que en ese momento él tenía dos informaciones precisas que el que había dado la información era el nieto y que se llamaba E.

[…] Para el análisis de este testimonio, debe señalarse, en primer lugar, que este testigo se mostró nervioso y evasivo, que pensaba mucho para contestar y que ante algunas de las preguntas guardó silencio. Respecto al contenido de su testimonio, debe indicarse que lo dicho por él en el juicio no ofrece credibilidad, teniendo en cuenta que presenta muchas imprecisiones y contradicciones, a través de

las que se evidencia su deseo de señalar como determinador a una persona diferente a E, a quien se refiere como A, pero de manera confusa también señala a su papá, apodado "O", que era quien les había dicho que hicieran el hurto. Señala igualmente que creyó erróneamente que el nieto de la señora se llamaba E, por lo que así lo manifestó en el interrogatorio rendido ante la policía judicial, pero no logró explicar de dónde había surgido tal confusión ni por qué en una primera oportunidad no mencionó el nombre de A, o cuando supo que quien les había dado la información respondía al nombre de A y no al de E. Adicionalmente, al ser interrogado sobre los motivos por los cuales ahora cambia su versión ya no dice que por haberse tratado de una confusión, sino porque le dijeron que le convenía decir ese nombre para que pudiera exonerarse de responsabilidad inculpándolo a él, lo cual resulta realmente un sinsentido, pues él mismo admitió en el interrogatorio haber participado en el hurto conduciendo el vehículo en el que huyeron del lugar de los hechos, siendo la participación de la persona a la que presuntamente quería inculpar otra totalmente distinta, como era la de haber dado la información para cometer el hurto.

Por el contrario, su versión inicial, si bien muestra algunas inconsistencias con relación a las versiones dadas por los demás coautores, es respecto de la persona que les propuso el hurto mucho más coherente con éstas, en particular con la rendida en el juicio por DAA.

De suerte que, articulando la prueba indiciaria anteriormente reseñada con los señalamientos efectuados por los ejecutores del asalto en contra del aquí acusado, el juez afirmó en un grado de conocimiento más allá de toda duda que el determinador del hurto fue E.A.B.G., nieto de las víctimas. Así, descartó la hipótesis defensiva, cifrada en que un vecino denombre A pudo haber inducido a los coautores del ilícito, pues si bien aquél había entrado

a la casa, como lo señaló LAB, ello sólo fue en una oportunidad, "de manera circunstancial a ofrecer unas disculpas, lo cual en modo alguno le posibilitaba tener el conocimiento de los precisos detalles que fueron conocidos por los autores materiales del hecho, menos si se tiene en cuenta que las víctimas eran muy desconfiadas, al punto que ni siquiera sus propios hijos o nueras que los visitaban frecuentemente tenían conocimiento exacto de la cantidad y del lugar donde se encontraba el dinero, mucho menos un joven que solo entró de manera casual en una oportunidad, no advirtiéndose un motivo atendible por el cual hubiera podido llegar a tener ese conocimiento, como sí resulta viable que lo tuviera el nieto de las víctimas, no sólo por la cercanía con éstas, lo que le daba fácil acceso a su habitación, sino por el hecho de que era su propio padre quien les llevaba las cuentas y tenía el conocimiento exacto de la cantidad que guardaban, lo que pudo haber sido comentado por él en su casa de manera desprevenida".

En suma, de acuerdo con el a quo, E.A.B.G. no sólo es responsable como determinador del hurto porque así lo señalaron los autores materiales, sino debido a la existencia de sólida prueba indiciaria que lo confirma, como quiera que, teniendo el conocimiento de la existencia del dinero, del lugar exacto donde se encontraba y del modo de vida de sus propietarios, sembró en los autores materiales la idea de apoderase del mismo bajo promesa remuneratoria, pues entre todos habrían de repartirse lo hurtado.

4.2.2 Tal conclusión, valga destacar, fue validada por el ad quem, el cual discrepó únicamente en punto de la valoración probatoria aplicada en relación con la responsabilidad del acusado por los delitos de homicidio.

Para el juez de primera instancia, si bien probatoriamente pudo establecerse que el adolescente enjuiciado entró en acuerdos con los autores materiales del hecho para cometer el ilícito, brindándoles información sin la cual el asalto no hubiera podido realizarse, a cambio

de una remuneración que dependería de la cuantía de dinero hurtado a sus abuelos, ese concierto sólo comprendió el punible contra el patrimonio económico, no el homicidio ni su tentativa, pues el atentado contra la vida de las víctimas, en su criterio, fue desplegado con total independencia del acuerdo. A su modo de ver, que los abuelos del acusado hubieran ofrecido resistencia fue algo circunstancial que jamás pudo haber previsto E.A.B.G. cuando el convenio se dio. De ahí que, a su juicio, si nunca contemplaron esa posibilidad, E.A.B.G. no puede ser considerado determinador de la muerte de su abuela ni del intento de homicidio de su abuelo.

En ese contexto argumentativo, tras desechar los motivos de impugnación de la defensa -que apuntaban a la absolución del acusado por la totalidad de los cargos que le fueron imputados-, y admitir en consecuencia la hipótesis delictiva en su integridad, el Tribunal justificó la revocatoria de la absolución por los delitos de homicidio con base en varias razones, a saber: i) que el análisis aplicado por el juez a la hora de establecer la responsabilidad por los delitos contra la vida entraña un paralogismo; ii) que la supuesta imposibilidad de E.A.B.G. para prever o representarse que sus abuelos podrían repeler el ataque es especulativa; iii) que el comportamiento desplegado por los ejecutores del crimen denota un elenco de acciones coordinadas e inescindibles y iv) que si bien no hay prueba directa de que el acusado instigó o incitó a los ejecutores del hurto para que mataran a sus abuelos, no es menos cierto que sí existe evidencia indirecta que así permite afirmarlo.

Para el ad quem, el razonamiento aplicado por el juzgado es lógicamente insostenible. Según su perspectiva, carece de solidez afirmar que el procesado determinó el accionar criminal de los autores materiales del suceso, entregando una o varias semanas antes a uno de aquéllos información cualificada a cambio de promesa remuneratoria, sin que la inducción o

instigación, dadas las particularidades del caso, cobije el ataque letal a las víctimas en la ejecución del atraco. De ahí que, para el Tribunal, es muy difícil, en las condiciones que revela el caso, entrar en distinciones buscando escindir los alcances del concierto delictivoEn sustento de tal apreciación, prosigue el Tribunal, se ofrece infundada y especulativa la afirmación cifrada en que el acusado, al incitar a unos jóvenes ladrones a ingresar a la casa de sus abuelos para hurtar su dinero, no hubiera podido representarse que éstos podían enfrentar a los delincuentes y defenderse. No sólo enseña la experiencia, destaca, que una persona en tales circunstancias puede reaccionar a una agresión de tal magnitud, sino que, en el asunto bajo examen, además, hay circunstancias probadas que permiten colegir que, dado el carácter de las víctimas -precavidos en el manejo del dinero en efectivo- y la condición del señor BR -ex pensionado de la Policía Nacional-, su nieto estaba en posibilidad de prever que aquéllos no tolerarían pasivamente el asalto. El acusado, enfatiza, sabía del celo y desconfianza con que sus abuelos manejaban el dinero en efectivo.

.

Al respecto, el fallo de segundo grado destaca:

Dicha razón, es ostensible, no se advierte en la premisa establecida en tal propósito por el juzgado, harto especulativa, por cierto. Consiste ella en que el joven determinador del acuerdo nunca pudo anticipar o prever que las víctimas, sus abuelos, dos personas septuagenarias, conocidas bien por su discreción en el manejo del dinero y notoriamente reservadas en sus asuntos, fueran a enfrentar a los delincuentes. Expresado de otra manera, si la convicción del juzgador a quo para concluir en la determinación del hurto, forjada a partir de las reglas de la experiencia…se finca en el dicho de los testigos que brindaron su versión en la etapa del juicio, de los que mediante inferencias extractó esas conclusiones que le dieron base para establecer que el joven determinó el hurto, no puede aceptarse que, justamente invocando esas mismas reglas, niegue toda posibilidad de inferir válidamente que los dos abuelos, cuyo celo y reserva era conocida por esas

personas cercanas al núcleo familiar que declararon en el proceso, como en efecto se comprueba en los testimonios de HB y MHMS, hijo y nuera de los ancianos, enfrentados a esas circunstancias, reaccionaran igual a como lo haría alguien de la tercera edad abocado a una agresión de esa jaez.

Todo lo contrario. Si se sabía de su desconfianza, como de hecho lo atestiguan esos declarantes [que necesariamente debió examinar el juzgador, sobre todo si ya había reparado en ellos], la inferencia que debía seguirse de ahí era otra: la de que la pareja conformada por don LAy AI, acostumbrados a manejar dinero en efectivo por su actividad comercial, él pensionado de la Policía Nacional…muy seguramente -como alcanzaron a preverlo dos de los jóvenes que iban en el vehículo que los condujo al lugar de los hechos consiguiendo algo con que maniatarlos- no se sometería con docilidad ante cualquiera y que, por lo mismo, cuando el joven determinó a los autores materiales del hecho para que lo perpetraran, sabedor de ello, dejó librada inequívocamente esa parte de la conducta al azar, abandonada al curso de los fenómenos, situación que de suyo, sin elucubraciones adicionales, compromete su responsabilidad penal de cara también al homicidio y la tentativa que, finalmente, resultaron siendo fruto del ilícito…

Explicado de otro modo. Si persuadido de ello el joven se mantuvo en su designio como determinador del hurto, esa circunstancia lo hace responsable igualmente del otro delito y su tentativa que le imputó desde un comienzo la Fiscalía y por el cual fue acusado, cual lo prevé el art. 30 inc 1° del C.P.

Aunado a lo anterior, en criterio del Tribunal, existe copiosa prueba indirecta que permite aún ir más allá de una imputación subjetiva por dolo eventual. Para el ad quem, más que haber dejado librada al azar la producción del resultado fatal, pudiendo preverlo, E.A.B.G. efectivamente dio pautas para que J.A.S.A., DA y B.A.P.A. dieran muerte a sus

ascendientes, conclusión indiciaria que edificó en los siguientes hechos indicadores: i) el ataque letal a los abuelos del procesado fue, en la práctica, la primera acción ejecutada por los jóvenes delincuentes7 y ii) la pareja de ancianos, finalmente, no opuso resistencia a los agresores. Si en verdad la señora B de B hubiera ofrecido resistencia, enfatiza, con muy poco habrían tenido los delincuentes para reducirla a condiciones que les hubiera permitido terminar con el encargo.

En esa dirección, el Tribunal, partiendo de la apreciación del testimonio de LABy del informe médico legal de necropsia, declaró probado que la pareja BB no opuso resistencia alguna al atraco, en la medida en que, de entrada, fueron agredidos en su integridad física:

> A la verdad esto es así, porque cotejando el argumento con los otros resultados probatorios del proceso, no hay forma de decir, con la certidumbre que un punto tan vital como éste reclama, que los esposos BB opusieron realmente esa supuesta resistencia a los jóvenes perpetradores que cometieron el hurto y el homicidio, cual lo dice el juzgado sin aducir un fundamento probatorio atendible. Antes bien, lo que puede concluirse de esos medios de prueba acopiados en el juicio es que el ataque letal a los ancianos fue en la práctica la primera acción que brutalmente acometió uno de los jóvenes que realizó el asalto, tras lograr que doña AI abriera la puerta de su casa.
>
> La despiadada agresión a AI, cual lo deja ver el documento de necropsia (folios 28 y siguientes de la carpeta de elementos materiales probatorios) y se aprecia en las fotografías del cuerpo que obran como prueba en el proceso (folios 102 y siguientes ibídem), son dicientes al respecto, lo mismo que el dicho de LA, contra quien, prácticamente sin mediar palabra, se abalanzó infructuosamente el joven J A con el

> fin de quitarle la vida, algo que sin sombra de duda corrobora esa responsabilidad que sobre el homicidio y su tentativa se averigua.
>
> Ciertamente, si se escucha cuidadosamente en los audios el testimonio de don LABR…se extraerá de él cómo, en la tarde de los hechos, tras oír que golpeaban en la puerta, su esposa, doña AI, se dirigió a atender cuando instantes después un joven que no identificó se asomó por unos segundos a la puerta de su habitación y luego otro entró preguntándole por el dinero que guardaban, para inmediatamente abalanzarse contra él en su lecho de enfermo, tratando de matarlo, no de someterlo ni mucho menos.

Dijo el testigo, en sus palabras, que "nos encontrábamos con mi esposa en la casa (…) cuando de pronto llegaron y golpearon en la puerta y ella salió pensando que eran los conductores de dos camionetas que tengo colectivas, y ella salió y yo me quedé en la pieza ya que ella me envolvía bien en las cobijas y me dejó allá cuando llegó un tipo y se asomó a la puerta pero no se demoró yo creo que unos dos o tres segundos fue mucho y salió y al momentico llegó otro tipo y se me lanzó encima y de una vez al cuello como con el fin de ahorcarme y ahí forcejeamos un buen rato, el tipo trato de asfixiarme con la almohada que yo tenía y yo no me dejé, luego me tiró al piso, me fue trayendo hacia la sala con las cobijas envuelto hasta llegar a la mesa del comedor, allí había los cubiertos, de allí cogió un cuchillo de la mesa y me fue propinando dos puñaladas aquí en el cuello que ahí tengo las cicatrices, una aquí en esta parte de la cara, otra aquí que ahí está la cicatriz, otra acá en el hombro y ya como yo vi bastante sangre que corría le dije al tipo, huy me mató, por qué es tan cruel, por qué me mató, y me preguntaba por la plata que había, dónde estaba la plata; como yo medio podía ya hablar entonces le dije al lado contrario, que estaba allá, hacia el lado de la puerta de la salida; bueno el tipo se regresó a la pieza, lo vi que requisaba allá los armarios, de pronto se escondió, no sé dónde se metió y ya allí fue cuando salió

con el joto de la plata, con unacaja metálica que tenía mi esposa de echar la plata de los conductores que traían, había una ruana blanca allá hacia el lado de la puerta de salida, envolvió eso y salió yo no volví a verlos ni nada, hasta que llegó mi nuera María Helena Montaño, me levantó me trajo hacia la puerta de salida, ya entraba la policía ahí, me sacaron me trajeron hacia la camioneta de ellos, de la policía, me subieron me llevaron al hospital y del hospital, me mandaron a la policía, al hospital de la policía porque yo soy pensionado de la policía".

Con base en tal relato fáctico, del todo creíble para el ad quem, tanto más cuanto el testigo -presencial de los hechos- lejos está de querer perjudicar a su nieto con su declaración, se extracta una sola conclusión, cifrada en que "el designio de quien entró a su habitación de enfermo no era solamente atentar contra su patrimonio; tampoco que para el hurto fuera necesario el uso de fuerza bruta, y menos que las circunstancias que se dieron en el momento del hecho variaran a tal punto que ahí sí requirieran la utilización de ese atroz grado de violencia ejercido contra dos ancianos, uno de ellos enfermo y en su lecho, desarmados y, más allá de todo, sorprendidos a más no poder, pues en el dicho de LAse ve cómo ellos, como era costumbre, a esa hora esperaban el arribo de los conductores de las camionetas para recibirles el producido y luego recogerse a sus habitaciones para el descanso nocturno, no una arremetida delincuencial como la que les tocó vivir".

Precedido de tales asertos, para el Tribunal, fácil se establece que el plan acordado desde el inicio entre el acusado y los coejecutores de los ilícitos fue el de hurtar el dinero y matar a los abuelos de aquél. A su juicio, no puede arribarse a otra conclusión, como quiera que la primera acción que llevó a cabo J.A.S.A. fue la de intentar asfixiar al anciano, tanto apretando su cuello como valiéndose de una almohada para impedir su respiración. Mas como ello no dio resultado, lo arrastró a la sala y, todavía envuelto entre cobijas, con un

cuchillo de comedor que halló, lo apuñaló hasta considerar, a buen seguro, que las heridas causadas a la víctima serían suficientes para extinguir su vida.

En articulación con lo anterior, prosigue el ad quem, de las declaraciones preliminares rendidas por el adolescente B.A.P.A., a las cuales también le dio crédito probatorio en desmedro de la versión ofrecida en juicio -en la que quiso desvincular de los hechos a E.A.B.G.-, igualmente se extracta que el designio criminal sembrado por el acusado no descartaba el "parricidio". Al respecto, tras reseñar la manera en que el testigo describió cómo el acusado instigó a J.A.S.A. para realizar el asalto, el Tribunal puso de presente que, durante la planeación de los hechos, DA, pese a saber que las víctimas eran dos ancianos, se aprovisionó de medios aptos para ejercer violencia física en contra de aquéllos, como una navaja y cuerdas para amarrarlos.

En ese sentido, del interrogatorio con el cual fue confrontado el declarante en juicio, trajo a colación los siguientes apartes:

> "D dijo que qué había que hacer, que estaba pelado (…) ahí fue cuando estábamos pasando por el lado de donde pasó eso, y J me dijo güevón (sic) se acuerda de eso y yo le dije sí pero eso es muy difícil, D dijo qué, entonces le dijimos de la vuelta que había buena plata y que habían dicho que eran dos viejitos que el señor no se podía levantar de la cama y que la señora abría la puerta y entonces D dijo por que no la hacemos luego, entonces yo le dije que ahí se la pasaba la policía y los guardias de la cárcel, J dijo deberíamos hacerla, yo le dique que no porque como tengo antecedentes donde me llegaran a coger me mandaban para algún lado, D dijo hágale que eso se ve breve por ahí a las seis de la tarde eso es solo, yo le dije que no (…)entonces J dijo le hacemos o qué y yo le dije que no porque afuera quien estaba, entonces D me dijo yo entro con J entonces ahí fue cuando yo le dije que bueno pero

> cómo van a entrar, **D dijo entonces una cabra** luego no dicen que son dos viejitos, entonces yo le dije de dónde, y él dijo yo me la consigo y ahí J dijo y qué hacemos para salir corriendo o que, yo le dije tocaría haber (sic) como hago para que me presten (sic) el carro o algo…

…Ya llegando D me dijo y qué cómo los vamos a amarrar y J le dijo con una sábana o algo, y D le dijo cómo vamos a hacer hasta que nos pongamos a buscar sábanas (…) D dijo **esto nos sirve y eran unos cordones de los cojines del carro, entonces los quitó y con la navaja que se había conseguido cortó unos pedazos y los guardó**. Llegamos a la calle por donde venden almojábanas, parqueé el carro en la mitad de la cuadra (…) **ahí fue cuando se bajaron y se fueron para la casa de la abuelita de E**.

De igual manera, recogiendo apartes pertinentes del testimonio de DA, coautor de los hechos investigados, la sentencia de segunda instancia muestra cómo, para el ad quem, el ataque a las víctimas no fue producto de una reacción defensiva ante el ingreso de los asaltantes a su domicilio, sino simplemente la ejecución de una preconcebida intención de matar a los ancianos:

Dijo este joven A lo siguiente: "eso empezamos desde el viernes a las dos de la tarde. Nos reunimos con el muchacho B PACHÓN, J A AI Y LAP y yo. Ese día nos reunimos en una cafetería en el barrio La Esmeralda en el cual planeamos cómo hacer un hurto el día viernes por la noche en el barrio centro, el cual lo hicimos y **se complicaron las cosas y el muchacho J resultó apuñaleando, asesinando a la señora de la casa**, **después de eso yo me fui, salí de primero de la casa, llegué al automóvil y como a los cinco segunditos llegó el muchacho J, entrapado en sangre** y huimos de la autoridad (…) J y B ya tenían el lugar y pues me comentaron el lugar donde íbamos a hacer el hurto (…) según lo que dicen ellos (…) fue el nieto

de las víctimas (…) que les dijo dónde estaba el dinero, cuánto dinero había y cómo entrar y a qué horas (…) sé que decían que se llamaba E, pero no sé ni quién es ni quién será no tengo ni idea (…) ellos indicaron que el muchacho E era el que les había dado las indicaciones de cómo hacer el robo, el hurto (…) donde estaba el dinero guardado, a qué horas entrar, en qué momento estaban los señores que se encontraban en la casa solos, según lo que me dijeron a mi B y J (…) me dijeron específicamente que era el muchacho E pero no tenía entendido ni quién (…) entramos más a menos a la hora que ellos me dijeron y el muchacho J entró y encontró el dinero donde él le había dicho (…) de ese dinero yo cogí la suma de diez millones de pesos y ellos se dividieron entre ellos el resto, entre B y creo que tengo entendido que B le iba a dar una parte al muchacho que le había dado las indicaciones (…) a E pero en sí yo no sé quién era él".

[…] Dice ciertamente DAAG, que las cosas se complicaron y J terminó asesinando a la señora de la casa, mas como en un principio lo evidenció el Tribunal, eso de que las circunstancias del delito, que sin mirar este testimonio adujo el juzgado para desestimar el homicidio como parte del acuerdo de determinación, no cabe dentro de esa liminar expresión de este testigo.

Y no cabe porque las condiciones en que el homicidio se ejecutó no lo permiten concluir así; basta volver sobre la necropsia practicada en el cuerpo sin vida de doña AI…para comprobar cómo su muerte no pudo ser, ni en el más remoto de los casos, producto de la alteración de esas condiciones supuestamente pensadas al concebirse el delito, por supuesto que siete heridas con arma corto punzante causadas en la humanidad de la víctima, en mentón, cuello, manos, pecho, espalda y brazo izquierdo, las cuales, por lo demás, pueden apreciarse en las fotografías del cadáver a que ya se refirió el Tribunal, desdicen sin mayor asomo de que ésta pudo ofrecerles resistencia.

Profundizando en las conclusiones periciales del médico forense que practicó la necropsia, el fallo de segundo grado puntualiza que, por la multiplicidad y localización de las lesiones se puede sugerir presencia de dos patrones de lesión específicos, los cuales corresponderían a heridas de defensa (tanto por arma blanca como contundente) y overkill. La señora AIB de B, se subraya en la sentencia, recibió siete heridas letales con arma corto-punzante.

En ese marco fáctico, el ad quem infirió de la manera en que, según su entender, se desenvolvieron los sucesos, que desde antes de ingresar a la residencia de los ancianos, estaba planeado matarlos. En ese sentido, el fallo de segundo grado indica:

A la verdad, si de aplicar las reglas de la experiencia se trata, es evidente que de haberse trocado esas supuestas condiciones en que el delito se ejecutaría, en otras que exigieran a los autores del hecho aplicar una dosis de fuerza sobre las víctimas, muy otro sería el resultado que aquéllas revelarían. Naturalmente, de haber ofrecido resistencia la víctima, con muy poco, pero realmente muy poco, habría tenido el delincuente para reducirla a condiciones que permitieran terminar con el trabajo iniciado cuando, semanas atrás, acordaron con el joven E A, perpetrar el hurto, ya estando dentro del inmueble sin más obstáculos para su accionar que una fugaz retirada; lo que indica que si J A arremetió así contra doña AI y su esposo, quien en su indefensión solo trató de distraer la atención del agresor, es porque desde mucho antes tenía en su plan el homicidio.

Ahora, que los otros partícipes del hecho no digan nada acerca del homicidio e, incluso, aseguren que cuando J volvió al automotor donde emprenderían la huida habló de que las cosas se salieron de rumbo no implica nada de cara a ese plan originario, pues si se escrutan con tiento sus versiones, amén de la sinceridad que en ellas anida, hay un atisbo de inocencia frente a ese

plan, tanto que hablaron momentos previos de conseguir elementos con qué amarrar a los moradores del bien donde se cometería su fechoría, plan del que muy posiblemente no estuvieron persuadidos si es que, como ya lo anotó el Tribunal, estuvo determinado no con ellos, sino entre E A Y J A, cuyo dicho, repítese, impregnado de esas contradicciones e inconsistencias que ya se hicieron notar, no vale en el propósito de desquiciar esa conclusión acerca de la responsabilidad del procesado

Finalmente, a la hora de justificar la revocatoria parcial de la sentencia impugnada para declarar la responsabilidad penal del acusado, también por los delitos de homicidio agravado -consumado y tentado-, el ad quem puntualizó que a la evidencia circunstancial atrás mencionada ha de añadirse otro hecho indicador que apunta a la determinación del atentado contra la vida de las víctimas, a saber, las amenazas que recibieron los autores materiales, no de los familiares del procesado, sino de éste mismo recriminándolos porque el dinero efectivamente hurtado era menor al que esperaba encontrar.

4.2.3 Recapitulando, para el Tribunal, a la luz de los enunciados fácticos atrás mencionados, aplicando una valoración probatoria "totalizante e integral", es dable inferir que el plan urdido desde el comienzo entre E.A.B.G. y J.A.S.A. fue el de hurtar el dinero y matar a los ancianos, aserto derivado de los siguientes hechos indicadores: i) las víctimas no se opusieron a los asaltantes; ii) la primera acción emprendida por éstos fue atacar letalmente a los abuelos del acusado; iii) no es cierto que la situación en el inmueble se hubiera salido de control, sino que J.A.S.A. ejecutó el plan homicida originario9 y iv) el procesado amenazó a los ejecutores por no haber hurtado una cantidad mayor de dinero. En todo caso, se extracta de la sentencia impugnada, es insostenible negar que el acusado pudo actuar con dolo eventual, pues debió prever -como lo hicieron dos de los atacantes que ingresaron al domicilio- que sus abuelos "no se someterían con docilidad".

Ahora bien, ciertamente, dicha estructura indiciaria no es atacada por el libelista de forma adecuada y suficiente, como lo pusieron de presente la fiscal y la agente del Ministerio Público, como quiera que los reproches no refutan atinadamente la valoración probatoria con fundamento en la cual se declararon probados los hechos indicadores, no identifica ninguna regla de la experiencia desconocida en el escrutinio de las pruebas testimoniales y tampoco cuestiona la fijación de las inferencias lógicas.

Además de ser desatinados para resquebrajar, por la vía del falso raciocinio, la prueba indirecta construida por los juzgadores de instancia, los reproches cifrados en la supuesta utilización indebida de prueba de referencia y de documentos carentes de aptitud para ser incorporados como prueba en el juicio oral, son manifiestamente infundados. Por una parte, debido a que, como se aclara en la sentencia de segundo grado, el hecho de la inducción para matar no se declaró probado directamente de los testimonios de B.A.P.A. y DA -quienes aludieron a lo que el procesado le habría dicho a J.A.S.A., según éste les contó-, sino a partir de las inferencias probatorias mencionadas en precedencia; por otra, como quiera que el acta de reconocimiento en fila de personas nunca fue aducido como prueba documental; lo sucedido fue que, en curso del contrainterrogatorio de J.A.S.A., se hizo mención a lo manifestado por éste en dicha diligencia al investigador, con fines de impugnar su credibilidad, en punto de la retractación.

4.2.3.1 No obstante, para la Sala, la reconstrucción de la estructura probatoria de los fallos de instancia permite ver que el Tribunal incurrió en serios yerros en el proceso de construcción de la prueba indiciaria, tanto en la fijación de los hechos indicadores, como en la construcción de las inferencias lógicas.

4.2.3.1.1 A la hora de construir un indicio lo primero es contar con un hecho indicador debidamente probado, siendo necesario señalar cuáles son las pruebas del mismo y qué valor se les confiere. Ello, por cuanto si no se cuenta con pruebas del hecho indicador, o existiendo no se les da credibilidad, obviamente no puede declararse probado y, por ende, tampoco puede intentarse la construcción de ningún indicio. Probado el hecho indicador, el segundo paso es explicitar la regla de la experiencia, de la que va a depender, en buena medida, el carácter o fuerza probatoria del indicio. Además, por cuanto la regla de la experiencia eventualmente usada puede ser falsa, o tomada con un alcance diferente al que realmente tiene, es indispensable expresarla como presupuesto de su contradicción y, de esa forma, garantizar adecuadamente el derecho de defensa.

Fijada la regla de la experiencia, el tercer paso será enunciar el hecho indicado, cuyo grado de asentimiento dependerá, se insiste, del alcance de la regla de la experiencia.

Por último, ha de valorarse el hecho indicado, en concreto y en conjunto con los demás medios probatorios, en orden a concluir finalmente qué se declara probado.

Atendiendo a dicha estructura, los parámetros para examinar la prueba de indicios exigen identificar con precisión en cuál fase de la construcción indiciaria se presenta el supuesto yerro, pues de ello depende la vía de análisis a aplicar. Al respecto, la Corte ha señalado (CSJ SP 8 ago. 2000, rad. 15.836):

> Como **prueba** que es, cuando se alegan en casación defectos en su apreciación como fundamento de la violación de la ley sustancial, la vía de ataque debe ser la indirecta y en tal medida es obligación del recurrente señalar el tipo de error en el cual se incurrió, su modalidad y si el mismo se predica del hecho indicador, de la inferencia lógica o de la manera como los indicios se articulan entre

sí, es decir su convergencia, concordancia y fuerza de convicción por su análisis conjunto.

Si la equivocación se predica del **hecho indicador** y se toma en consideración que debe estar demostrado con otro medio de prueba, los errores susceptibles de plantearse son tanto de hecho como de derecho.

De hecho, porque la prueba de la circunstancia conocida pudo haberse supuesto; o porque pudo haberse dejado de apreciar otro medio demostrativo que la neutralizaba o disolvía; o porque se tergiversó su contenido material haciéndola decir algo que no decía; o porque el proceso de valoración que condujo a la afirmación de la premisa a partir de la cual se hará luego la inferencia, se apartó de los principios de la sana crítica.

[…] Ahora bien, cuando el error se predica de la **inferencia lógica**, ello supone como condición lógica del cargo, aceptar la validez de la prueba del hecho indicador, ya que si esta es discutida sería un contrasentido plantear al tiempo algún defecto del juicio valorativo en el marco del mismo ataque. Existe la posibilidad no obstante, de refutar el indicio tanto en la prueba del hecho indicador como en la inferencia lógica, sólo que en cargos distintos y de manera subsidiaria.

4.2.3.1.2 Contrastada la estructura probatoria edificada en la sentencia de segunda instancia con las premisas jurisprudenciales definitorias de las modalidades de error de hecho (num. 4.1 supra) con incidencia en la prueba indiciaria (num. 4.2.3.1.1 supra), a continuación, la Sala pondrá de manifiesto las incorrecciones detectadas en la construcción de la prueba indiciaria.

En primer lugar, además de que se torna incongruente con la imputación jurídica contenida en la acusación, la afirmación cifrada en que, de cara al delito de homicidio, el dolo

identificable en el determinador es directo y no eventual, es una conclusión inferida de hechos que se declararon probados erróneamente.

En efecto, al sostener que las víctimas no se opusieron al actuar delictivo de los ejecutores del asalto, el ad quem incurrió en falsos juicios de identidad por supresión o cercenamiento y falso juicio de existencia. Basta rememorar la narración presentada en juicio por LAB-que sí fue apreciada por el a quo- para percatarse de que, contrario a lo apreciado por el Tribunal, aquél opuso tanta resistencia a su agresor, que éste, tras no poderlo doblegar, con un actuar exaltado lo tumbó de su lecho de enfermo y lo arrastró hasta otro sitio de la casa, donde encontró un utensilio -cuchillo de cubiertos- para herirlo. Los siguientes fueron los términos en los que la víctima relató lo que le sucedió:

> …al momentico llegó otro tipo y se me lanzó encima, de una vez al cuello como con el fin de ahorcarme y ahí **forcejeamos un buen rato**, el tipo trato de asfixiarme con la almohada que yo tenía y **yo no me dejé**, luego me tiró al piso, me fue trayendo hacia la sala con las cobijas envuelto hasta llegar a la mesa del comedor, allí había los cubiertos. Cogió un cuchillo de la mesa y me fue propinando dos puñaladas aquí en el cuello, que ahí tengo las cicatrices, una aquí en esta parte de la cara, otra aquí que ahí está la cicatriz, otra acá en el hombro y ya. Como yo vi bastante sangre que corría le dije al tipo, huy me mató, por qué es tan cruel, por qué me mató, y me preguntaba por la plata que había, dónde estaba la plata; como yo medio podía ya hablar entonces le dije al lado contrario…es que primero me cogieron y me sacaron a la sala y con un cuchillo de mesa me apuñalearon.

Así mismo, el ad quem cercenó los testimonios de B.A.P.A. y DA, en punto de la percepción de lo sucedido en el interior de la casa con la señora AIB de B. La apreciación

completa de las declaraciones rendidas por aquéllos, para la Sala, permite sostener que, pese a tratarse de una persona de la tercera edad, la hoy occisa intentó de alguna manera repeler a los asaltantes para defender su patrimonio, a lo cual aquéllos reaccionaron erráticamente y con una desbocada exaltación, llevándolos a atacarla físicamente, de forma despiadada.

Sobre el particular, como lo reseñó el a quo en la sentencia de primer grado, B.A.P.A. narró que D y J entraron a la casa, pero no sabe qué les pasó porque no pensaban hacerle daño a nadie. Aquéllos, según el declarante, salieron luego de cierto tiempo y se subieron al carro; "J estaba asustado y decía marica, los maté, los maté. Yo le decía ¿luego qué pasó? y él decía, **esa cucha se me rebotó y me tocó, la cagué, la cagué marica**".

En la misma dirección, en el testimonio rendido en juicio, DA G aseveró que las cosas se salieron de control, y que por ello J.A.S.A. terminó matando a la señora B de B: "Ese día nos reunimos en una cafetería en el barrio La Esmeralda, en el cual planeamos como hacer un hurto el día viernes por la noche en el barrio centro. El cual lo hicimos y **se complicó, ese día se complicaron las cosas y el muchacho J resultó apuñaleando, asesinando a la señora de la casa**. Después de eso yo me fui, salí de primeras de la casa, llegué al automóvil y como a los cinco o diez segunditos llegó el muchacho J entrapado en sangre, y ahí huimos de la autoridad".

Inclusive, la observación del informe pericial de necropsia introducido al juicio11 deja ver que, de alguna manera, AIB de B confrontó físicamente a su agresor, en la medida en que presenta heridas defensivas. Dentro de las observaciones del perito, además, se advierte que, pese a tratarse de una mujer de 75 años, aquélla era de contextura robusta, con un peso entre 75 y 80 kg.

Para nada, agrega la Corte, fue fácil doblegar a la señora B, tanto así que a pesar de la cantidad y gravedad de las heridas que recibió, fue capaz de salir de la casa para solicitar ayuda. En este último aspecto, el ad quem inobservó por completo -falso juicio de existencia por omisión- el testimonio de YVG, a quien doña AI, en la calle, alcanzó a decirle "ayuda, atraco"12. El recorrido seguido por la hoy occisa, inclusive, está documentado en el informe de investigador de campo incorporado al juicio,13 en cuyo álbum fotográfico adjunto se aprecian manchas de sangre en la calle, a la salida de la vivienda14, mas dicha prueba documental fue inobservada en su totalidad.

Además, para el ad quem, la cantidad y gravedad de las heridas15 recibidas por AIB descartan que el ataque hubiera sido una reacción defensiva ante el ingreso de los asaltantes a su domicilio. De ello, puntualiza, ha de inferirse que, desde antes del ingreso de los agresores, ya estaban planeados los homicidios. Sin embargo, en la valoración de la información consignada en el informe pericial, la Sala detecta un falso raciocinio por infracción de las reglas de la lógica y de la ciencia. No es factible, sin más, inferir por la existencia de multiplicidad de heridas letales que a alguien se le dio muerte en ejecución de un plan preconcebido. Adicionalmente, el informe pericial dio cuenta del fenómeno forense conocido como overkill16, el cual más que indicar un patrón de comportamiento calculado, sugiere ira y emocionalidad descontrolada en el autor. Esto último, de acuerdo con la experiencia, es compatible con una situación que hubiera ofuscado al agresor, como que la víctima ejerza oposición.

De suerte que, como primera medida, del listado de hechos indicadores ha de suprimirse el enunciado fáctico consistente en que las víctimas no opusieron resistencia a sus agresores.

Desde luego, con el propósito de reforzar tal conclusión, el ad quem fijó otra proposición fáctica, cifrada en que el ataque letal a los ancianos fue, en la práctica, la primera acción que brutalmente acometió uno de los jóvenes que realizó el asalto, tras lograr que doña AI abriera la puerta de su casa. Empero, este aserto, como se verá, igualmente se soporta en una incorrecta valoración probatoria, que lo invalida como hecho indicador.

Ciertamente, de la reseña y escrutinio probatorio consignados por el Tribunal en la sentencia impugnada se extracta que no hay claridad sobre la secuencia temporo-espacial en que se efectuaron las agresiones físicas a los abuelos del acusado, como tampoco hay evidencia alguna sobre las circunstancias específicas ni el momento en que la señora AI fue apuñaleada. Quiere ello decir que, en principio, no hay soporte probatorio directo para sostener que la primera acción de los asaltantes, una vez ingresaron a la casa, fue herir tanto a AI como a su esposo. Para el Tribunal17, J.A.S.A. fue quien entró a la habitación y, luego de forcejear con el señor B, lo arrastró con las cobijas hasta la sala, donde le propinó puñaladas con un cuchillo de mesa. En esa escena no se encontraba AIB, como se extracta del testimonio de su esposo al indicar: “no se oye nada allá donde la asesinaron, de ahí de la pieza mía hacia allá, porque eso tiene 18 metros de frente, esa casa, y eso queda bien hacia allá. Al fondo no se oye nada, yo no oí nada de lo que estaba sucediendo allá; si no de alguna manera me levanto y voy y hago el deber de defenderla, pero no pude, estoy enfermo hace tres años”.

Como pudo establecerlo la Sala, la hoy occisa estuvo con vida durante todo el asalto, pues después de éste pudo salir a la calle y pidió auxilio a una vecina.

La sentencia nada dice en torno a qué sucedió tan pronto ingresaron J.A.S.A. y DA a la residencia. Esto es del todo desconocido, porque ninguno de aquéllos fue interrogado en ese sentido. No se sabe si AIB fue agredida inmediatamente después de haber abierto la puerta. Tampoco se indica en el fallo qué estaba sucediendo con la hoy occisa mientras J.A.S.A. atacaba al señor B, ni mucho menos se determinó qué pasó con aquélla en el lapso comprendido entre el hallazgo del dinero en la habitación y la salida de los asaltantes de la casa18. Lo único que en esa dirección declaró probado el ad quem19 fue que J.A.S.A. también fue quien arremetió contra la abuela del acusado, como quiera que, en su sentir, el plan originario entre E.A.B.G. y J.A.S.A. era el de asesinar a los ancianos, sobre lo cual B.A.P.A. y DA -quienes relataron cómo J.A.S.A. volvió al carro ensangrentado y diciendo que las cosas se salieron de control- no estaban "persuadidos".

Por ende, careciendo por completo de soporte objetivo para afirmar que la primera acción desplegada por los asaltantes fue arremeter contra AIB, mal podía el Tribunal sostener que el ataque letal a **los ancianos** fue, en la práctica, la primera acción que brutalmente acometió uno de los jóvenes que realizó el asalto, tras lograr que doña AI abriera la puerta de su casa. En ese aspecto, el Tribunal vulnera las reglas de la lógica, pues la conclusión -que las **dos víctimas** fueron atacadas mortalmente de manera inmediata por los asaltantes- no se sigue de las premisas que le anteceden -que al señor B intentó asfixiarlo J.A.S.A., quien al margen de lo acordado con B.A.P.A. y DA sobre el hurto, había convenido con E.A.B.G. el asesinato de sus abuelos-. Para la Sala, ese raciocinio es manifiestamente inconsecuente20, pues de la forma como se atacó a LAno se deriva que AI también hubiera sido apuñaleada tan pronto ingresaron los asaltantes; ni mucho menos es dable concluir que el primer comportamiento desplegado por aquéllos fue el de herir a ambos ancianos, debido a que -

admitiendo hipotéticamente que así hubiera sido- E.A.B.G. sólo le dio la instrucción de matar a J.A.S.A. -y no a todos los ejecutores-.

Además, en dicha argumentación salta a la vista otro error lógico, conocido como falacia de composición21, pues no es dable atribuir una característica a un todo con base en las propiedades de las partes. En ese sentido, mal podría concluir el ad quem que las dos víctimas fueron atacadas ipso facto, porque a una de ellas se le intentó asfixiar como primera medida.

Así mismo, atenta contra toda lógica aseverar que el informe de necropsia es "diciente al respecto", como quiera que las siete heridas recibidas por la occisa, per se, nada permiten inferir en relación con el momento en que fueron causadas.

Antes bien, por otros errores de observación, los juzgadores de segunda instancia pasaron inadvertido que, probablemente, la señora B de B fue herida de muerte después de que J.A.S.A. salió de la habitación principal, tras haber encontrado el dinero. En esa dirección, el Tribunal pasó por alto que, en el instante en queJ.A.S.A. entró por primera vez a la habitación de Juan Alonso B, éste no notó en aquél que estuviera ensangrentado -como debía haberlo estado si ya hubiera apuñaleado a la señora, dada la gravedad y cantidad de las heridas (cfr. pie de página 12 supra)-, como tampoco lo vio armado, tanto así que el ataque con el cuchillo de mesa se dio después de que lo sacara arrastrado de la habitación hasta la sala. Además, atendiendo el testimonio de DA, éste notó que J.A.S.A. estaba "entrapado en sangre" cuando salieron del inmueble, no con precedencia.

Aunado a lo anterior, debido a otro falso juicio de identidad por cercenamiento, el ad quem inobservó un aspecto importante del testimonio de B.A.P.A., quien se quedó esperando

en el carro a J.A.S.A. y DA. En el interrogatorio a indiciado rendido el 11 de abril de 2013, con el cual fue confrontado en juicio, el testigo manifestó que se comunicó con uno de los agresores (el señor A) en dos oportunidades; en la primera, no percibió nada anormal que le indicara que la situación estaba fuera de control; en la segunda, notó cierto nerviosismo en D. En ese sentido, textualmente expuso B.A.P.A.22:

Se fueron para allá y me dijeron tenga el carro prendido. Se fueron y yo me quedé entre el carro, pasaron como unos 8 o 10 minutos…llamé a D y le dije que cómo iba todo, que si habían entrado. Me dijo **sí, acá tengo a esa cucha…yo le dije chao y él dijo ya salimos, espere otro poquito**. Le volví a marcar y le dije ya casi van para afuera, entonces **me dijo como agitado sí, sí, tenga el carro prendido y me colgó** de una. Ahí fue cuando prendí el carro y esperé como 2 o 3 minutos y nada que venían…cuando miré por un espejo venían corriendo rápido…J estaba asustado y decía marica los maté, los maté, yo le decía luego qué pasó y él decía esa cucha se me rebotó y me tocó, la cagué, la cagué marica…Llegamos donde yo vivía, le presté un pantalón porque el de él estaba lleno de sangre.

De esa narración, incluida en la versión previa a la cual los juzgadores de instancia le dieron credibilidad, es plausible sostener que AIB no fue herida de inicio, sino probablemente cuando los agresores se aprestaban para retirarse del inmueble. Tal conclusión es plausible, si los dos momentos en que B.A.P.A. escuchó por teléfono a D, en diferentes estados de ánimo, se articulan con los siguientes hechos: i) cuando LABfue atacado, en los agresores no había ningún vestigio indicativo de que AIB ya había sido apuñaleada; ii) ésta alcanzó a salir a la calle a pedir ayuda, luego de que los asaltantes huyeran y iii) habiendo custodiado DA a la señora B de B -como se lo dijo telefónicamente a B.A.P.A.-, aquél salió de la vivienda

seguido por J.A.S.A., quien se veía "entrapado en sangre" y manifestó en el carro que "la cagó, pues mató a la cucha porque se rebotó".

Por consiguiente, del catálogo de hechos indicadores ha de suprimirse, igualmente, el enunciado fáctico cifrado en que la primera medida tomada por los asaltantes fue atacar letalmente a AIB de B. A lo sumo, el ad quem declaró correctamente probado que lo primero que hizo J.A.S.A. al ingresar a la habitación, después de que DA se asomara, sí fue el intento de estrangulación y asfixia a LAB, mas tal hecho, por sí mismo, es insuficiente para acreditar que E.A.B.G. instigó o indujo a los ejecutores para que mataran a sus abuelos.

Ahora bien, como viene de verse, contrario a lo expuesto por el Tribunal, i) existe evidencia suficiente para sostener que las víctimas, en la medida de sus posibilidades, opusieron resistencia a los asaltantes; ii) J.A.S.A. dio muestras de descontrol ante la forma en que LAB se defendió, así como de su reacción cuando AIB "se rebotó"; iii) las heridas propinadas a la señora B -con patrón de overkill-, acorde con la ciencia forense, son indicativas de ira y exaltación en su agresor y iv) la hoy occisa alcanzó a salir a la calle a pedir auxilio. Además, por una incompleta apreciación del testimonio de B.A.P.A., el ad quem pasó por alto que, según aquél, J.A.S.A. y DA no pensaban hacerle daño a nadie, tanto más cuanto, como también lo expresó B.A.P.A. en el juicio, todos sabían que se trataba de dos "viejitos que no hacían nada", "que eran débiles" y que el señor "no se podía mover", mientras que, acorde con el testimonio de J.A.S.A., era conocido que el lugar donde estaba el dinero "mantenía sin seguro". Y por último, el ad quem inobservó por completo el informe de investigador de campo suscrito por el investigador NRP, contentivo del registro fotográfico de la escena del crimen, en la que se encontraron los cuchillos con que se atacaron a las víctimas, dejados allí por J.A.S.A. y el señor A.

Todos estos hechos, articulados en un solo tejido, y dadas las particularidades del caso -desde la perspectiva de los asaltantes, el hurto habría de ser, en principio, muy sencillo por las características de las víctimas-, muestran con plausibilidad que la situación sí pudo haberse salido de control para los agresores, quienes reaccionaron con furia y violencia frente a la actitud de los ancianos, a quienes no pudieron someter del todo. Tan erráticamente abandonaron la escena del crimen, que actuando contra la más mínima precaución que podría esperarse de un delincuente que no quiere ser descubierto, dejaron la navaja y el cuchillo en la casa. Esto, acorde a la experiencia, más que una actuación cautelosa y sin contratiempos, sugiere que los asaltantes algún percance tuvieron que tener.

Así que, decayendo la afirmación según la cual no es cierto que la situación en el inmueble se hubiera salido de control, de la que el Tribunal infirió que J.A.S.A. ejecutó un preconcebido plan de matar a los ancianos, tampoco hay lugar a declarar probado este último enunciado de hecho. Menos cuando, resalta la Sala, el ad quem tampoco se percató de la existencia de contra indicios que apuntan a la hipótesis contraria, esto es, que los atentados mortales fueron una irreflexiva y explosiva reacción a un inesperado comportamiento de quienes, se creía, eran absolutamente incapaces de oponer alguna resistencia al hurto.

A ese respecto, el ad quem desatendió un aparte del testimonio de B.A.P.A., quien fue confrontado con su declaración anterior en punto de las instrucciones dadas por quien les "había dado la vuelta". En el interrogatorio a indiciado, aquél dijo: "J medijo que el nieto era el que estaba dando la vuelta, porque él ya había visto la plata. E dijo que a la abuelita uno le golpeaba y ella abría, que el abuelito estaba enfermo y que eran débiles, **tocaba hacerse el que buscaba para no llegar al propio armario, porque iba a ser muy exacto del lugar donde estaba la plata.** Dijo que la plata estaba en el armario"23.

De no haber incurrido en ese falso juicio de identidad por cercenamiento, el Tribunal habría tenido que declarar probado como hecho indicador que E.A.B.G. dio la instrucción de que los ejecutores simularan buscar el dinero en un lugar diferente al armario donde, se sabía, estaba el efectivo. Al anteponer a este enunciado fáctico la regla de experiencia según la cual, por lo general, quien participa de un delito evita causar sospecha en las víctimas si éstas después pueden incriminarlo, para la Sala, es dable inferir que el acusado no dio instrucción alguna para que mataran a sus abuelos, pues de lo contrario sería del todo innecesario desviar la atención de éstos si su destino era ser asesinados.

Si en verdad se hubiera dado la instrucción de matar, era indiferente que los ancianos hubieran visto que los asaltantes se dirigían directamente al sitio donde estaba guardado el dinero. La indicación de fingir la búsqueda en otros lugares, más bien, da cuenta de que el procesado temía que sus abuelos lo relacionaran con el hurto, dado el cerradísimo círculo de personas que sabían sobre la existencia y ubicación de los billetes. Y ello supone, desde luego, entender que su voluntad no era la de que aquéllos fueran asesinados, pues ninguna sospecha puede surgir en quien pierde la vida.

En conexión con ello, ha de destacarse, si la intención preestablecida fuera la de matar, es inexplicable que J.A.S.A. y DA hubieran dejado vivo a LAB. Si J.A.S.A. dio muerte a AI, quien tenía más posibilidades de resistirse que su esposo, a fortiori, aquél habría asesinado al señor B, quien por no poder levantarse de la cama, del piso ni desplazarse por sus propios medios, muchísima menor posibilidad tenía de contraatacar a sus agresores.

Es más, si los débiles moradores se encontraban solos, los agresores contaban con todo el tiempo para cumplir su cometido homicida, pudiendo percatarse de que las víctimas,

en efecto, fallecieran. Acorde con la experiencia, un asesino a sueldo, salvo que surja algún imprevisto, generalmente constata que la persona en cuestión en efecto haya muerto. Más en el presente caso, habiendo permanecido los asaltantes en la casa entre 10 y 13 minutos, como lo señaló B.A.P.A., no sólo sobrevivió el señor B, sino que la señora B de B alcanzó a salir a la calle e indicar que en su casa hubo "un atraco". Entonces, no es descabellado inferir, en conjunción con los anteriores hechos indicadores, que no hubo tal explícita instrucción para asesinar.

Por supuesto, para el Tribunal, concurrió otra circunstancia de la cual infirió que E.A.B.G. dio pautas o directrices de matar a sus ascendientes, mas tal premisa fáctica igualmente se declaró probada con incursión en errores de hecho, esta vez, por tergiversación del contenido objetivo de varios testimonios.

El ad quem, subráyase, sostuvo que E.A.B.G. amenazó a los ejecutores del crimen por haber sustraído menos dinero del que, en su sentir, guardaban los ancianos. Las intimidaciones, enfatizó, no provinieron de los familiares de las víctimas, sino del acusado.

En el testimonio rendido en juicio, J.A.S.A. hizo alusión a que fue intimidado, en los siguientes términos: "Fiscal: señor J.A.S.A., ¿usted fue amenazado en algún momento? J.A.S.A.: sí. Fiscal: ¿en qué consistieron las amenazas? J.A.S.A.: pues cuando yo me fui para Bogotá, yo tenía un celular y pues antes de que llegara donde mi abuelita, **me habían llamado y me habían amenazado** y también fue por eso, hoy aclaro que también me entregué porque sí, o sea, el miedo. Fiscal: ¿en qué consistieron específicamente las amenazas, ¿qué le dijeron? J.A.S.A.: pues yo contesté, y me dijeron, de eso si me acuerdo

claramente, me dijeron que eso no se iba a quedar así, que dedo por dedo, diente por diente…".

En tal relato, cabe resaltar, no se advierte en manera alguna que el testigo hubiera afirmado que E.A.B.G. lo amenazó. El acto de intimidación no lo atribuye el testigo al acusado, por lo que el Tribunal tergiversa su dicho al aseverar que el acto de intimidación proviene de E.A.B.G. Es más, como lo deja ver J.A.S.A. en su declaración anterior, con la cual la fiscal impugnó su credibilidad en juicio por haberse retractado en relación con sus señalamientos en contra del aquí procesado, aquél cree que las amenazas podían provenir de los familiares de la occisa, sin mencionar a E.A.B.G. como la persona que le hizo tales advertencias. En el interrogatorio al indiciado en mención, rendido por J.A.S.A. el 10 de abril de 2013, se le preguntó: "usted en su segundo interrogatorio manifiesta que no había mencionado a E B por temor a la integridad física. ¿Por qué razón?", a lo cual contestó: "por la furia que tenía la familia de la víctima".

Así que, sin dudarlo, no es posible mantener como hecho indicador que el procesado amenazó a J.A.S.A., lo cual impide desde luego construir alguna inferencia.

Ahora bien, cuestión distinta es que, según B.A.P.A., "al otro día, como a las 6 de la tarde, J me contó que el nieto se le había rebotado, porque habíamos sacado lo poquito y porque habíamos dejado lo grueso, porque la abuelita vendió o compró una finca o una casa finca y había hecho unos negocios, y que allá había más plata, que eso no era". Mas en tal manifestación no se evidencia ninguna amenaza, como lo afirmó el Tribunal.

Siendo fiel al contenido objetivo de la prueba, la Sala ha de admitir como hecho probado, en lugar de lo apreciado por el ad quem, que el acusado le reclamó a J.A.S.A. por no haber cumplido a cabalidad con las instrucciones dadas para cometer el hurto, pues no se apropió del dinero en la cantidad esperada por aquél. Sin embargo, en tanto hecho indicador concerniente a la determinación de la responsabilidad por los delitos de homicidio, bajo la hipótesis de una tipicidad subjetiva con dolo directo, no hay una base objetiva para inferir que ese comportamiento denota una instrucción previa para matar, por lo que tal conclusión indiciaria debe decaer, tanto más cuanto, derruidos los demás hechos indicadores atrás estudiados, no podría subsistir como única prueba para condenar, so pena de configurar un falso juicio de convicción, pues tratándose de una prueba de referencia, entra en consideración la tarifa legal negativa prevista en el art. 381 inc. 2º del C.P.P.

Quizás tal hecho permita arribar a conclusiones indiciarias, de cara a hipótesis diversas sobre la tipicidad subjetiva -como la de una instigación con dolo eventual-, pero como la tesis fijada en la sentencia impugnada es que el acusado dio pautas para matar a sus abuelos y preconcibió un plan con los ejecutores para ello, la Sala no puede admitir tal premisa fáctica. Antes bien, que el reclamo se hubiera basado en que el hurto fue incompleto, lo que permite inferir es que E.A.B.G. no pactó con los coautores materiales que mataran a sus ascendientes, ya que, de haber sido así, el reproche se habría generado por incumplir el mandato homicida, en tanto aquéllos dejaron vivo a LAB.

Y en esta misma dirección, la Sala encuentra más contra indicios que impiden inferir que E.A.B.G. ordenó expresamente a los ejecutores a matar a sus abuelos.

De la sentencia confutada se extracta que no hay seguridad de que E.A.B.G. hubiera recibido el porcentaje de dinero que le correspondía por haber suministrado la información a los coautores materiales del asalto. En ese aspecto, el Tribunal acudió al testimonio de DA, quien dijo en juicio: "de ese dinero yo cogí la suma de diez millones de pesos y ellos dividieron entre ellos el resto, entre B, y creo que B le iba a dar una parte al muchacho que le había dado las indicaciones…a E, pero en sí yo no sé quién era él". Pero más allá de la duda sobre si el acusado recibió o no dinero, el ad quem tenía evidencia suficiente para declarar probado que E.A.B.G. no recibió su porción del botín, pero por una incompleta apreciación de los testimonios de J.A.S.A. y B.A.P.A. no fijó tal hecho indicador.

Sobre el particular, al ser interrogado sobre qué pedía E.A.B.G. a cambio de la información, B.A.P.A. aseveró en su declaración previa, con la cual fue confrontado en juicio -y a la que los jueces de instancia le dieron credibilidad en contraposición con su evasivo testimonio en punto de la responsabilidad de E.A.B.G.-: "plata, dependiendo de lo que hubiera, **tocaba darle la mitad**. No sé si se la dieron, porque a J le correspondía dársela y no sé si él se la daría, porque lo capturaron y D se fue para Villavicencio".

Además, en su testimonio, B.A.P.A. expuso con mayor detalle no sólo cómo se pensó repartir el dinero en un principio, sino que después de haberse ejecutado el hurto, E.A.B.G. no recibió nada, pues desapareció:

"allá había una plata que el nieto de la señora había dicho, que había por lo menos más de 50 o 70 millones de pesos…y pues la hicimos, pero en ningún momento pensamos en hacerle daño a nadie, o sea no sé qué les paso porque ellos no pensaron en matar a nadie. Fiscal: ¿a cambio de hacer eso ustedes iban a recibir algo? B.A.P.A.: la plata. Fiscal: ¿cuánto le

correspondía a cada uno? B.A.P.A.: pues depende de lo que hubiera. Fiscal: **¿cuánto dinero encontraron? B.A.P.A.: 47 o 45**. Fiscal: ¿y cómo repartieron ese dinero? B.A.P.A.: de a 15 Fiscal: ¿de a 15 millones, usted eso lo indico en su versión original? B.A.P.A.: no señora. Fiscal: bien, esos 15 millones que le correspondió a usted, ¿aceptó que le correspondían desde el principio? B.A.P.A.: al principio que a más poquito, o sea habían dicho que a más poquito, pero **después ahí me dijeron que de a 15**. Fiscal: **de a 15 millones, ¿cuánto dinero debían entregarle a la persona que les había dado la información**? B.A.P.A.: **la mitad, o sea tocaba entregarle la mitad, pero no**. Fiscal: ¿le entregaron la mitad? B.A.P.A.: **no se le entregó la mitad, o sea no sé qué se hizo é**l. Fiscal: entonces ¿qué hicieron con esa mitad si no apareció esa persona a quien debían entregarle la mitad? B.A.P.A.: **la repartimos entre los 3 de a 15**. Fiscal: de a 15 millones. ¿Con posterioridad la persona les reclamo porque no habían entregado la mitad que les correspondía? B.A.P.A.: **le hizo el reclamo a J, pero después de que le hizo el reclamo nunca más, yo no lo volví a ver ni J lo volvió a ver, no sabemos qué se hizo**.

A su turno, en relación con el dinero, J.A.S.A. refirió en su declaración anterior integrada a su testimonio en juicio: "nos dijeron que estaba en la habitación de los señores, en el armario que estaba frente a la cama de ellos, en la puerta derecha, donde cuelgan los sacos, en un cofre plateado, que estaba bien acomodada la plata por puchos, que eso mantenía sin seguro, **que habían 47 millones**, **cuando encontramos el dinero todo coincidía**, llegamos derecho a la pieza y de una abrimos el armario y ahí estaba el cofrecito y todo".

Importa precisar, entonces, que por estipulación se dio por probado que la cuantía del hurto fue de 45 millones de pesos. A esta proposición fáctica, corregido el cercenamiento del testimonio de J.A.S.A. y B.A.P.A. en punto de la repartición del dinero, la Sala ha de agregar otra premisa fáctica, a saber: que E.A.B.G. no recibió ni un solo peso del dinero hurtado, el

cual fue repartido en su totalidad entre DA, B.A.P.A. y J.A.S.A., en cuantía de 10, 15 y 15 millones, respectivamente.

Desde esa perspectiva, si los ejecutores cumplieron su cometido de hurtar el dinero, no habría en principio ningún motivo para que el pacto no se cumpliera. E.A.G.B. habría de recibir la mitad del botín obtenido y la otra mitad debía ser repartida entre los coautores materiales. Pero ello no ocurrió así, algo sucedió que llevó a estos últimos a prescindir de la entrega de dinero al acusado y a repartir los 45 millones entre ellos.

Ello permite pensar, por una parte, que si la instrucción del inductor era la de únicamente sustraer el dinero, el haber matado a su abuela y herido a su abuelo era una razón que, a todas luces, implicaba una transgresión del pacto que le impedía a los ejecutores "dar la cara" al acusado. Ahí hay una explicación plausible para que aquéllos se hubieran apropiado de la totalidad del dinero y no hubieran confrontado al acusado.

Más si, por otra parte, el designio criminal era el de hurtar el dinero y asesinar a los ancianos, no habría en principio un motivo para que los ejecutores desconocieran el acuerdo de repartición del dinero. A lo sumo, habría un incumplimiento parcial del encargo, que permitiría pensar en una modificación de la remuneración, pero no que el inductor desapareciera.

Entonces, si bien tales razonamientos no confirman ni descartan en sí mismos los pormenores del encargo criminal, sí permiten, por lo menos, plantear como plausible que los coautores se excedieron y, por ello, ante la imposibilidad de rendir cuentas ante el inductor

del hurto, se repartieron el dinero entre ellos y no buscaron más al acusado. Y en ese entendido, difícilmente puede soportarse una imputación subjetiva por dolo directo.

Recapitulando, por haber incurrido en los errores de derecho hasta aquí evidenciados, la conclusión probatoria fijada indiciariamente por el Tribunal ha de invalidarse. No hay evidencia circunstancial suficiente para aseverar, en un grado de conocimiento más allá de toda duda, que E.A.B.G. instruyó a los ejecutores para que dieran muerte a sus abuelos. Entonces, queda en el vacío la adecuación de los hechos en una hipótesis de tipicidad subjetiva por dolo directo. Sin embargo, atendiendo la estructura probatoria del fallo impugnado (cfr. num. 4.2.2 supra), los yerros detectados son -hasta ahora- insuficientes para variar el sentido de la decisión, como quiera que, como a continuación se verá, el ad quem en todo caso plasmó razones probatorias para justificar que el acusado (determinador), contó con capacidad para prever la realización de resultados letales y los dejó librados al azar. La Sala procede, entonces, a examinar si la declaración de responsabilidad penal ha de subsistir, bajo la hipótesis del dolo eventual.

4.2.4 La primera razón dada por el Tribunal para descalificar la absolución por los delitos del homicidio, valga recordar, fue unasupuesta inconsistencia lógica entre las razones ofrecidas para justificar la condena del acusado como determinador de hurto agravado y la conclusión que, pese a ello, E.A.B.G. no debía responder como instigador de la muerte de su abuela y del intento de homicidio de su abuelo. En criterio del ad quem, desde una perspectiva “integral y totalizante”, el ataque letal a los ancianos es, de cara a la imputación de los resultados al inductor, inescindible del encargo de asaltar a aquéllos en su patrimonio.

Sin embargo, para la Corte, tal aserto es insostenible, pues es el Tribunal -no la conclusión expuesta por el a quo- el que verdaderamente incurre en el paralogismo conocido como falacia de causa falsa. Este error del pensamiento tiene ocurrencia cuando se da por sentado que un evento es causado por otro simplemente porque sigue al primero. No es correcto establecer una relación de causalidad basándose tan sólo en la coincidencia de los acontecimientos, cuando pueden entrar en consideración otros factores.

Bajo tal premisa, para nada impensable se ofrece escindir o disgregar, pese a su coincidencia fenomenológica, el análisis fáctico de cara a la imputación jurídica de los homicidios al determinador del hurto agravado. Hablando en términos de causalidad, que de la ejecución de la instrucción de asaltar el patrimonio se hubieran derivado los resultados mortales, no ha de entenderse que la inducción para hurtar entrañaba la de matar. Este último propósito, cumplido por los ejecutores, puede encontrar explicación, en términos generales y abstractos, en un fenómeno distinto a la instigación para hurtar. En ese contexto es que la dogmática penal ha desarrollado la constelación del exceso o desviación del inducido (autor material) frente a la responsabilidad del inductor (determinador)24.

Así que, previamente a verificar, en el plano de los hechos, si están dados los presupuestos para afirmar que al acusado le son imputables jurídicamente los delitos de homicidio, la Sala estima pertinente pronunciarse sobre los criterios definitorios y los límites de la responsabilidad del inductor ante los desvíos o excesos del inducido.

4.2.4.1 El exceso del autor (inducido) en la ejecución del hecho y el dolo del inductor (determinador)

En términos simples, en el marco de la participación, es determinador (art. 30 inc. 2º del C.P.) quien induce a otro a realizar una conducta antijurídica. La inducción es la determinación dolosa a otro para la comisión de un hecho doloso antijurídico. El inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, pero no toma parte en la ejecución del hecho mismo25. La ausencia de dominio del hecho diferencia a la determinación de la coautoría y de la autoría mediata.

La determinación supone los siguientes elementos: i) la actuación determinadora del inductor; ii) la consumación del hecho al que se induce o, por lo menos, una tentativa punible; iii) un vínculo entre el hecho principal y la inducción; iv) la carencia del dominio del hecho en el determinador y v) el dolo en el inductor.

En ese contexto, la dogmática penal ha establecido criterios para solucionar, entre otras, la problemática relativa a la atribución de responsabilidad al inductor por los delitos cometidos por el ejecutor, cuando éste modifica o altera el plan dictado por aquél. Se trata de casos de desviación del autor, bien porque hace algo diferente o debido a que ejecuta una conducta más gravosa. En ese contexto de desviación, el exceso del autor es definido como una modificación arbitraria o por cuenta propia del comportamiento al que esencialmente fue inducido.

La discusión dogmática de dicha problemática remite a la teoría general del exceso del inducido, la cual trata la desviación en la ejecución de la representación del inductor como un asunto perteneciente al dolo26. En esa dirección, ha de establecerse si el hecho

principal se ve abarcado por el dolo del determinador o no. Si el comportamiento efectivamente desplegado excede o sobrepasa lo que el inductor se representó o si algo esencialmente distinto ocurre, entonces se estará en presencia de un exceso. Y el determinador no puede ser responsable de dicho exceso, por cuanto en ese sentido falta el dolo.

A ese respecto, enseña JESCHECK:

> El inductor responde hasta el punto en que coincidan su dolo y el hecho principal. Si, por el contrario, el autor hace más de lo que el inductor quería (exceso), entonces éste es sólo responsable hasta el límite de su dolo. Hay que distinguir entre los casos en los que el autor comete otro hecho diverso al que fue determinado por el inductor (exceso cualitativo), de aquellos otros en los que el autor, en el marco del hecho al que ha sido instigado, hace más de lo proyectado por el inductor (exceso cuantitativo).

En las llamadas desviaciones esenciales no hay inducción. Para entender a partir de qué momento una desviación puede ser considerada esencial, ha de establecerse si el autor se mantuvo en el marco de la dimensión antijurídica trazada por el inductor28. A tal propósito, no es necesario que el hecho deba ser ejecutado en seguimiento de todos los pormenores indicados, sino conforme a los rasgos fundamentales que se ajusten al dolo del inductor.

En ese entendido, cabe precisar, dada la naturaleza misma de la determinación, en la que el inductor da rienda suelta a algoque por salir de su dominio deja de controlar, su dolo ha de ser valorado a la luz de contornos más amplios que en la coautoría o en la autoría mediata, pues los detalles de la ejecución son dejados desde el principio a criterio del ejecutor29. De ahí que la doctrina mayoritariamente admita que, para la afirmación del dolo del inductor, es suficiente el dolo eventual30.

Y esa visión es compartida por la Sala. No existe ningún obstáculo para imputar el resultado a título de dolo eventual al determinador, por el conocimiento del riesgo concreto inherente a la ejecución del comportamiento instigado y sus implicaciones concretas, libradas al azar.

En ese sentido, para casos como el aquí analizado, la Sala ha aplicado, como perspectiva más adecuada de análisis, la preponderancia del elemento cognitivo sobre el volitivo. En esta concepción del dolo eventual, la voluntad es casi irrelevante y, en contraste, el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo (CSJ SP 15 sept. 2004, rad. 20.560 y SP 25 ago. 2010, rad. 32.964). Y en esa línea de pensamiento, la faceta cognitiva adquiere una mayor relevancia que la volitiva, pues el resultado, si bien no se quiere, tampoco se desprecia, esto es, la infracción penal es prevista como probable, pero su no producción se deja, a tono con el art. 22 del C.P., librada al azar.

Bajo tales premisas, en orden a verificar el dolo en el inductor, y así valorar si hay o no una desviación en la ejecución que haga decaer la imputación del resultado (exceso), es fundamental definir, caso a caso, si aquél pudo representarse el exceso como probable. Se trata de establecer si en el actuar del determinador existe un reconocimiento ex ante del peligro que su inducción o instigación puede generar en un determinado bien jurídico y si ese riesgo, además, se realizó en el resultado. En esa verificación de cuáles resultados de la desviación son imputables al inductor no sólo entran en consideración criterios normativos -como el bien jurídico, la dimensión antijurídica del comportamiento y el tipo de delito instigado-, sino también aspectos fenomenológicos como la oportunidad para cometer el delito, el objeto material y las características concretas del ataque31.

4.2.4.2 Pues bien, pese a la insuficiencia de elementos probatorios para afirmar que el acusado dio instrucciones para asesinar a sus abuelos, la sentencia impugnada, en todo caso, pregona que E.A.B.G. actuó con dolo eventual. Para el Tribunal, aquél debió prever -como lo hicieron dos de los atacantes que ingresaron al domicilio- que sus abuelos "no se someterían con docilidad"32.

En criterio del ad quem, la experiencia enseña que una persona que se ve asaltada por extraños en su hogar puede reaccionar intentando enfrentarlos. De ahí que, a su modo de ver, es claro que el procesado pudo representarse que sus abuelos podían repeler el ataque, poniendo en riesgo sus vidas. Y ese aserto fue reforzado con aspectos particulares sobre las características de las víctimas en cuestión, que a juicio del ad quem permitían visualizar que LAB y AIB defenderían su patrimonio de los asaltantes, a saber, ambos eran excesivamente celosos, precavidos y desconfiados con el manejo del dinero en efectivo y el señor BR, además, era pensionado de la Policía Nacional.

De ahí que, según la sentencia, el acusado debía tener claro que sus abuelos no se someterían con docilidad ante sus agresores -lo cual, en efecto fue así-. Inclusive, añade, de ello eran conscientes los ejecutores del ilícito, como quiera que, pese a saber que las víctimas eran "dos viejitos", se armaron de una navaja y de cuerdas para amarrarlos. Empero, al instigar a unos ladrones a asaltar a sus abuelos en su casa, poniendo a éstos en peligro, E.A.B.G. dejó librado al azar la producción de resultados fatales, como los ya conocidos.

Tales razonamientos probatorios de ninguna manera son cuestionados por el demandante, lo cual, en línea de principio, es razón suficiente para que la Corte se abstenga de casar la sentencia, por cuanto, ante la insuficiente refutación de la censura, subsiste uno de

los pilares argumentativos de la decisión condenatoria. Mas sin perjuicio de ello, la Corte advierte que tales razones son del todo plausibles y suficientes para acreditar que al acusado (inductor) le es imputable jurídicamente el homicidio de su abuela y el intento de homicidio de su abuelo, por haber actuado con dolo eventual.

Efectivamente, la dimensión del peligro inherente a la acción encomendada (el asalto de una residencia con sus moradores adentro), junto a la probabilidad de que el acusado, desde su punto de vista, se hubiera podido representar el resultado dejándolo al azar, satisfacen las exigencias normativas necesarias para afirmar en su actuar el dolo eventual de atentar mortalmente contra sus abuelos.

Por una parte, la dimensión de la peligrosidad del asalto para la vida e integridad de las víctimas es indudable. Lo encomendado no fue un hurto cualquiera, sino una modalidad que entrañaba violencia contra las personas y violación de habitación de ajena.

Que los ejecutores debían ejercer algún tipo de violencia física o moral, con algún instrumento de amenaza como armas, era algo casi que imprescindible, con lo que debía contar el acusado, pues por lo general, por más débil que sea una persona, si alguien intenta apoderarse ilícitamente de sus bienes, es normal que tienda a defender su patrimonio -con mayor razón si es en una alta cuantía- o, por lo menos, procure pedir auxilio. Y a esto ha de agregarse una circunstancia especial que, desde la perspectiva del inductor, permite inferir que éste debió representarse o visualizar la utilizaciónde armas por los ejecutores para neutralizar cualquier intento de las víctimas para pedir ayuda, ya que, como lo refirieron los ejecutores, en ese sector había presencia policial, debido a la cercanía de un centro de reclusión.

Además, de acuerdo con la experiencia, el ingreso violento de un ladrón a una residencia es una situación superlativamente amenazadora y alarmante que, desde la perspectiva de un observador objetivo, puede provocar en las víctimas imprevisibles reacciones defensivas. Tanto así que una tal circunstancia fáctica ha sido consagrada por el legislador -de manera general y abstracta-, como una causal de ausencia de responsabilidad (art. 32-6 inc. 2º del C.P.). La institución de la legítima defensa privilegiada en quien rechaza al extraño que indebidamente haya penetrado su habitación, es un indicador objetivo sobre la dimensión del peligro provocado por el acusado al instigar el hurto en la casa de sus abuelos, cuya vida e integridad, sabía, ponía en altísimo riesgo.

Por otra parte, en punto de la previsibilidad del resultado, hay múltiples factores que, en el presente caso, permiten sostener que E.A.B.G. estaba en plena capacidad de visualizar que, en la ejecución del asalto, sus abuelos podrían salir lesionados mortalmente, mas ello le fue indiferente y dejó librado al azar la producción del resultado.

En efecto, en el inductor no se identificó ninguna instrucción concreta destinada a evitar ataques contra la vida o integridad de las víctimas. A partir de los testimonios de los coautores materiales de los ilícitos está suficientemente probado que E.A.B.G. suministró información demasiado precisa sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habría de cometerse el hurto. Aquél no sólo dio información sobre la cantidad de dinero y su ubicación, la condición de sus abuelos y el horario más apropiado para asaltarlos, sino que emitió una instrucción muy diciente sobre su capacidad de previsión de consecuencias, a saber, instruyó a los ejecutores para que simularan buscar el efectivo en sitios diversos, pese a que se sabía con exactitud dónde estaba. Esto último, desde luego, con el propósito de que no se generaran sospechas sobre él.

Tal comportamiento muestra muy a las claras que el adolescente acusado, lejos de actuar irreflexivamente, mostrando un carácter calculador actuó con una mentalidad previsiva de las consecuencias de su conducta inductora. Mas esa previsibilidad, pese al conocimiento del riesgo que creaba en la vida e integridad de sus abuelos, dejó por fuera instrucciones concretas dirigidas a evitar la producción de resultados lesivos de tales bienes jurídicos.

Y esa ausencia de exigencias del acusado para que los ejecutores no les hicieran nada a sus ascendientes, para la Sala, no es muestra de que desconociera que los asaltantes podían agredirlos en respuesta a la oposición que pudieran ejercer, sino ejemplo de la absoluta indiferencia de E.A.B.G. por la suerte de sus abuelos, dada su inconmensurable codicia.

Prueba de ello es que, luego de ocurridos los hechos, el procesado no le reclamó a J.A.S.A. por haber matado a su abuela y herido a su abuelo, sino que lo recriminó por no haber obtenido un botín más cuantioso. Y en ello la Sala confiere pleno crédito probatorio a lo referido por B.A.P.A., como quiera que, pese a que el monto de lo hurtado fue de 45 millones de pesos, acorde con el testimonio de LAB, ciertamente había más dinero en la casa (75 millones).

La recriminación, entonces, concurre con los anteriores motivos para atribuir al acusado-inductor el conocimiento tanto del riesgo inherente a la acción encomendada como de la probabilidad de producción del resultado. Se trata de una exteriorización del procesado después de la realización de la conducta, que muestra que fue plenamente consciente de la aptitud lesiva de ésta al momento de ser llevada a cabo, más la indiferencia con la que puso en marcha el plan criminal, es indicadora de que libró la producción del resultado al azar.

De suerte que, al haber actuado con previsibilidad del riesgo inherente a la acción por él inducida -hurto mediante asalto en la residencia-, dejando la no agresión de las víctimas en su vida e integridad al azar, el acusado ciertamente actuó, en relación con los homicidios, con dolo eventual.

4.2.4.3 Lo anterior implica, entonces, que la desviación de los ejecutores del plan trazado por el inductor no fue esencial y estuvo cobijada por el dolo eventual de aquél, por comportar el asalto en tales circunstancias un riesgo plausible de agresión física a las víctimas. Esto descarta que, en el sub exámine, se hubiera configurado una hipótesis de exceso en el autor que impida atribuir responsabilidad al determinador por los delitos cometidos por los ejecutores.

4.3. En consecuencia, subsistiendo la conclusión consistente en que al acusado le es imputable jurídicamente tanto el homicidio de su abuela como el intento de homicidio de su abuelo, es incuestionable que hay mérito para sostener -ya que no se cuestiona el decaimiento de ninguna otra categoría de la conducta punible- su responsabilidad penal por el concurso de conductas punibles de hurto calificado agravado y homicidio agravado, según los términos de la acusación.

Así, entonces, es clara la falta de prosperidad del cargo formulado en la demanda de casación, por lo que la sentencia no habrá de casarse.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

No Casar la sentencia impugnada.

Jurisprudencia Falso Raciocinio Desconocimiento Reglas de la Experiencia

[…] la incursión en falso raciocinio por desconocimiento de las máximas de la experiencia, es la formulación de una proposición con estructura de regla, apta para ser aplicada con pretensión de universalidad. Sólo a partir de tal referente de valoración es dable verificar si, al analizar el mérito de las pruebas, el razonamiento del juzgador deviene falso por oponerse al ordinario acontecer de la vida en sociedad».

Reglas de la Experiencia - No se configuran

«El demandante ataca la verosimilitud de las atestaciones de los policías mencionados. Fundamenta su postulación argumentando que en su decisión el Tribunal inaplicó las siguientes reglas de "la lógica y la experiencia": (i) el instinto humano y la capacidad visual impedirían que cualquier ciudadano condujera un vehículo sin las luces encendidas; (ii) conducir un vehículo en la madrugada con las luces apagadas y por una vía veredal sin alumbrado público es un imposible; y; (iii) no existen vehículos con motores absolutamente silenciosos y menos un campero antiguo que tiene como particularidad el estruendoso ruido del motor.

Como bien puede observarse, los enunciados anteriormente transcritos no tienen la estructura de reglas de la experiencia, vale decir siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B, por cuanto: (i) en múltiples oportunidades los humanos conducen vehículos automotores con las luces apagadas; (ii) es realmente posible conducir un automotor con

luces apagadas en las vías veredales y; (iii) el ruido del motor de un campero viejo no es necesariamente estruendoso.

Así, se advierte que el censor pretende edificar el cargo para atacar la credibilidad que el ad quem le otorgó a los testimonios rendidos por los agentes policiales; sin embargo, su formulación se halla lejos de constituir una proposición con estructura de regla, de carácter general y abstracto, para ser aplicada con pretensión de universalidad».

Reglas de la Experiencia - No se configura / **Reglas de la Experiencia** - No se configura: los intentos por evadir a la autoridad siempre se realizan aumentando la velocidad del rodante

«El recurrente afirma que si conducir un vehículo en tinieblas, con las luces apagadas, por una vía veredal y sin alumbrado público es "imposible›", también lo es, el evadir la señal de pare realizada por los policías a UVB, pues dadas las circunstancias, la velocidad a la que éste conducía tendría que ser la mínima posible.

Argumenta su postura aduciendo que la experiencia enseña que los intentos por escapar de la policía se realizan aumentando la velocidad del vehículo, circunstancia que no resultaría aplicable al caso en particular. En otras palabras, afirma que a la luz de las máximas de la experiencia y del sentido común, lo testificado por los policías y que el juez da por cierto, no es concordante con las circunstancias en las que UVB se hallaba conduciendo.

Debido a lo anterior debe la Sala recordar, que de forma explícita en la atestación rendida por el policía JIVV, se asegura que el Jeep los quería evadir dirigiéndose por otra

ruta, pero los gendarmes inmediatamente se acercaron al vehículo para tratar de inmovilizarlo.

[…] De manera, que de las declaraciones que los policías realizan se vislumbra con claridad que la evasión del pare que ejecutaron los implicados, consistió en un cambio de camino, luego no se cumplen los supuestos fácticos estructurantes de la máxima de la experiencia que arguye el recurrente, según la cual los intentos por evadir a la autoridad siempre se realizan aumentando la velocidad del rodante, pues la experiencia también indica que se evade a la policía retrocediendo el vehículo, dando vuelta, e incluso, tomando una vía alterna, tal y como ocurrió en el caso particular».

Reglas de la Experiencia - No se configuran

«En cuanto a la primera propuesta de máxima de la experiencia aducida, esto es, el observador que se encuentra permanentemente en el lugar de los hechos debe observar todo el acontecer sucesivo, el recurrente incurre en el mismo error analizado en el cargo anterior, pues no puede sostenerse, con pretensión de universalidad, que siempre que un sujeto observa un hecho debe darse cuenta de todo el acontecer sucesivo. La observación de acontecimiento puede ser parcial y temporal, aunque el observador se halle permanentemente en el lugar de los hechos. Al no poderse sostener que siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B, la estructura propuesta no puede ser tenida como una máxima de la experiencia y, por lo tanto, tal aspecto del cargo no prospera.

La segunda propuesta de regla de la experiencia, referida a que es imposible que entre dos personas se empaque y carguen 292 kilogramos de mandarina en 20 minutos, no consulta

la prueba obrante en el proceso, pues lo que ella indica es que, o bien los procesados contaban con otros partícipes en el delito que se encargaron de bajar y empacar los cítricos antes del arribo del vehículo para que después VB e HR la recogieran y trasladaran, o ellos mismos llegaron con anterioridad al predio rural, bajaron la fruta, la encostalaron, la cargaron y se la llevaron en el rodante.

[…] En suma, bien sea que los procesados contaran con otras personas que se encargaron de bajar y empacar los cítricos para que luego ellos los recogieran en el automotor, o que hayan llegado a la hacienda con anterioridad y sin el vehículo a bajar los frutos y empacarlos y luego retornaran a recogerlos en el rodante y a sacarlos de la esfera de protección de sus propietarios, su participación en la comisión del delito se halla demostrada más allá de toda duda y por ella deben responder; por lo tanto, éste aspecto de la censura no prospera

Hurto Calificado - Con violencia sobre las personas o las cosas: demostración / **Falso Raciocinio** - Se configura

«[…] le asiste razón al censor al postular que no existe prueba que permita predicar, más allá de toda duda, que los procesados fueron quienes cortaron la cerca que protegía los frutales hurtados, pues una vez estudiadas cada una de las atestaciones y las pruebas documentales -fotografías- que reposan en el proceso, no es posible establecer si los procesados rompieron la cerca o, si por el contrario, aprovecharon el mal estado en el que se hallaba con anterioridad, para sustraer los cítricos por allí, pues, por un lado, ninguno de los declarantes dio cuenta de haber observado cuando esta acción se desarrollaba y, por otro lado,

ni al momento de su captura, ni en el lugar de los acontecimientos, les fue hallada la herramienta necesaria para realizar tal acción. Debido a lo anterior surge evidente que el Tribunal incurrió en un falso raciocinio, que tiene como consecuencia que éste preciso aspecto del cargo prospere».

Violencia - Concepto

«[…] desde el punto de vista conceptual y doctrinario, la violencia es la fuerza que ejerce una persona no legitimada para ello, contra una cosa o contra sus medios defensivos, desnaturalizándola o dejándola inservible para el fin patrimonial, social o ambiental al cual estaba destinada. No se entiende por violencia sobre las cosas, el tratamiento natural que se le da para consumar su apoderamiento».

Hurto Calificado - Con violencia sobre las personas o las cosas: violencia, características /

Hurto Calificado - Con violencia sobre las personas o las cosas: violencia, concepto

«La doctrina de la Corte ha caracterizado en sus diferentes matices a la violencia que califica el delito de hurto de la siguiente manera:

a) No requiere que se despliegue un gran esfuerzo físico

En el fallo proferido dentro del expediente 11-001-02-30-020-1999-0117, la Corte destacó que basta con que se ejerza una fuerza anormal, sin que sea necesario un gran impulso físico.

[…]

b) No se desvanece por la existencia de un vínculo de familiaridad entre el sujeto activo que ejerce la violencia y el pasivo, cuyos bienes la soporta.

Desde otro punto de vista, la Sala ha sostenido que la violencia calificante del hurto no se disipa por la existencia de relaciones de familiaridad entre quien la ejerce y el sujeto pasivo cuyos bienes la soporta los acontecimientos, les fue hallada la herramienta necesaria para realizar tal acción. Debido a lo anterior surge evidente que el Tribunal incurrió en un falso raciocinio, que tiene como consecuencia que éste preciso aspecto del cargo prospere».

Violencia - Concepto

«[…] desde el punto de vista conceptual y doctrinario, la violencia es la fuerza que ejerce una persona no legitimada para ello, contra una cosa o contra sus medios defensivos, desnaturalizándola o dejándola inservible para el fin patrimonial, social o ambiental al cual estaba destinada. No se entiende por violencia sobre las cosas, el tratamiento natural que se le da para consumar su apoderamiento».

Hurto Calificado - Con violencia sobre las personas o las cosas: violencia, características /

Hurto Calificado - Con violencia sobre las personas o las cosas: violencia, concepto

«La doctrina de la Corte ha caracterizado en sus diferentes matices a la violencia que califica el delito de hurto de la siguiente manera:

a) No requiere que se despliegue un gran esfuerzo físico

En el fallo proferido dentro del expediente 11-001-02-30-020-1999-0117, la Corte destacó que basta con que se ejerza una fuerza anormal, sin que sea necesario un gran impulso físico.

[…]

b) No se desvanece por la existencia de un vínculo de familiaridad entre el sujeto activo que ejerce la violencia y el pasivo, cuyos bienes la soporta.

Desde otro punto de vista, la Sala ha sostenido que la violencia calificante del hurto no se disipa por la existencia de relaciones de familiaridad entre quien la ejerce y el sujeto pasivo cuyos bienes la soporta […]

c) Debe ser ejercida con anterioridad o con concomitancia al hurto, para asegurar su producto o la impunidad de los responsables, y no con posterioridad a la consumación del delito.

[…]

d) Debe estar dirigida a los mecanismos de protección y defensa del objeto del hurto, o causar daño o destrucción del bien

La Sala ha sostenido inveteradamente, que la violencia debe estar dirigida a los mecanismos de protección y/o defensa de la cosa que constituye el objeto del delito. En Sentencia de 25 de junio de 1947, reiterada en Sentencias de 25 de febrero de 1949 y de 28 de junio de 1995, razonó de la siguiente manera:

"En el robo debe haber una relación de medio a fin entre la violencia y el apoderamiento del bien mueble, porque la razón para que se considere más grave que el hurto es la de que el ladrón quebranta las seguridades con que las personas rodean sus haberes, y con ello produce mayor alarma social y demuestra mayor peligrosidad." (Destaca la Sala).

En cuanto a la violencia que causa el daño o la destrucción del bien, la Sala, en el expediente Nº.11-001-02-30-020-1999-0117, indicó que:

"Se configura el hurto calificado por la causal que viene de señalarse, cuando el apoderamiento de la cosas mueble ajena se concreta mediante la violencia ejercida bien sea sobre las personas ora sobre las cosas. En este último evento, se considera como "violencia" todo acto que ocasiones daño o destrucción del bien, o de otros bienes que facilitan o permitan la comisión del hecho punible.".(Destacado de la Sala).

De las anteriores decisiones se sigue, que la violencia calificante del delito de hurto debe ser ejercida sobre los mecanismos de protección y defensa del bien o recaer sobre el bien objeto de apoderamiento, ocasionando su daño o destrucción.

e) Debe ser diferente a la que emplea el dueño del bien para removerla y apoderársela.

De conformidad con la anterior directriz conceptual de la Sala, la fuerza que despliega el sujeto agente sobre la cosa, calificará el delito de hurto sólo si esdistinta a la que emplea el dueño del bien para removerla y apoderársela. En el Expediente Nº 11-001-02-30-001-1999-0100, retomando la decisión de noviembre 24 de 1992, la Sala insistió en que la fuerza que se despliega en ejercicio de la violencia debe ser "distinta a la que emplea el dueño del bien para apoderarse de la cosa".

A manera de conclusión, podemos afirmar que la causal de calificación anteriormente analizada, se predica de aquella acción o procedimiento anormal al comúnmente utilizado por el dueño, poseedor o tenedor del bien objeto del ilícito, que se ejerce contra éste deformándolo o dañándolo, o contra los mecanismos dispuestos para su protección y defensa, con precedencia o concomitancia al apoderamiento, o para asegurar su impunidad, con prescindencia del eventual vínculo de familiaridad que exista entre el sujeto agente y el sujeto pasivo de la acción delictiva».

Hurto Calificado - Con violencia sobre las personas o las cosas: no se configura

«[…] se advierte que la violencia que se ejerció contra las ramas, tuvo por objeto apoderarse de las frutas que allí reposaban, sin que exista constancia procesal que con tal acción los árboles hayan sufrido un daño o deformidad que le impidiera en el futuro seguir produciendo sus frutos. Igualmente se observa que la acción desplegada era necesaria para retirar los cítricos, y de similar naturaleza a la que ejerce el propietario para beneficiarse del cultivo, labor en la cual naturalmente es necesario cortar los frutos pues, aun bajo el supuesto de que el propietario utilice métodos tecnificados para ello, el corte manual de algunas ramas no conlleva al cese del proceso productivo natural de los árboles.

Debido a ello, la Sala determina que la violencia que en el presente asunto se predica que se ejerció en las ramas de los árboles no reúne las exigencias jurisprudenciales y doctrinarias para tenerlas como circunstancia calificante del delito de hurto». **Falso Juicio de Identidad** - Concepto / **Falso Juicio de Identidad** - Modalidades / **Falso Juicio de Identidad** - No se configura / **Derecho Comercial** - Transporte de cosas: remisión, concepto

«Arguye el demandante que el juzgador de segundo nivel adicionó los testimonios de la administradora de la finca “La Alpujarra” EJAC y del copropietario del predio SJG, pues pese a que ellos hicieron referencia a un registro utilizado como control interno de los despachos o entregas de fruta, el juez se refirió a un documento que el conductor del vehículo transportador debía portar.

[…] el Tribunal concluye que el documento de remisión no es un invento de los agentes o de la Magistratura, sino que debía ser portado por los transportadores al ser un requisito sine qua non para despachar y transportar los cítricos.

Lo primero a resaltar en el yerro propuesto -falso juicio de identidad-, es que la jurisprudencia de la Sala ha sido reiterativa en afirmar que en ”En el falso juicio de identidad […] el juzgador sí tiene en cuenta el medio probatorio legal y oportunamente practicado, pero, al aprehender su contenido, le recorta o suprime aspectos fácticos trascendentes [falso juicio de identidad por cercenamiento], o le agrega circunstancias o aspectos igualmente relevantes que no corresponden a su texto [falso juicio de identidad por adición], o le cambia el significado a su expresión literal [falso juicio de identidad por distorsión o tergiversación]”.

El recurrente, en la enunciación del error, habla de un falso juicio de identidad por tergiversación, y en la sustentación se refiere a que las pruebas fueron adicionadas, es decir, a un falso juicio de identidad por adición. Pese a no existir claridad sobre el falso juicio de identidad alegado, la Sala evidencia que lo expresado por el ad quem no está lejos de la realidad probatoria, toda vez que de las atestaciones se desprende que de la finca se despachaba la fruta solamente con una remisión que de forma clara indicaba el kilaje, las

placas del vehículo transportador, el comprador y el conductor, y no como lo quiere hacer ver el recurrente, que consistía en un documento interno que servía como registro de las ventas y despachos efectuados Según los artículos 1010 y 1018 del Código de Comercio -aplicable dada la actividad comercial desarrollada por los perjudicados- en el capítulo de transporte de cosas, el concepto de remisión no hace alusión a un documento que haga las veces de registro, sino a aquél que se adjunta al material enviado o que se va a entregar, pues sirve como un comprobante de la recepción del producto.

[…] Así las cosas, adicionalmente a que los testigos hicieron expresa mención al documento de remisión para referirse a aquél mediante el cual la finca despachaba los envíos de fruta, dada la actividad comercial del predio rural, el documento que se describe y se menciona, es el regulado por la legislación comercial anteriormente transcrita, y no como lo pretende hacer ver el recurrente, un mero instrumento de control interno de la hacienda. El cargo no prospera».

Non Bis in Idem - Concepto / **Non Bis in Idem** - No se vulnera

«[…] ha definido la expresión non bis in ídem (no dos veces por lo mismo), como un principio que tiene la función de evitar que el Estado investigue, juzgue y sancione varias veces a una persona por la misma conducta a él endilgada. Dicho principio está "consagrado en el artículo 29 de la Carta Política como integrante del derecho fundamental del debido proceso, e inmerso en la garantía constitucional de la legalidad de los delitos y de las penas, ya que su efectividad depende de la preexistencia de tipos penales que determinen con certeza las conductas punibles, prohibiendo que el comportamiento que actualice totalmente el supuesto de hecho de determinado tipo penal, sea imputado, investigado, juzgado y sancionado doble vez.".

En sentencia de 26 de marzo de 2007 ésta Colegiatura precisó los supuestos en los cuales se vulnera el citado principio, así:

(i) Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación; (ii) De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración; (iii) Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada; (iv) Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición y; (v) Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único.

Una revisión serena y objetiva de la imputación formulada por el fiscal a los procesados ante el Juez Primero Promiscuo Municipal de Anserma el 8 de enero de 2015, permite concluir que se les atribuyó el punible de hurto en la modalidad de calificado por la causal prevista en el artículo 240 numeral 1° del Código Penal -violencia sobre las cosas- en virtud del apoderamiento del cítrico suprimiendo los cercos de la finca; y agravado por los numerales 8°, -Sobre cerca de predio rural, sementera, productos separados del suelo, máquina o instrumento de trabajo dejado en el campo, o sobre cabeza de ganado mayor o menor-, circunstancia agravante que fue concretada por el fiscal, manifestando que “aquí hablamos sobre cerca de predio rural o sementera.”, circunstancia que en las siguientes audiencias solo limitó a la transcripción o lectura del respectivo numeral. gualmente, agravó

el comportamiento por el numeral 9° -en lugar despoblado o solitario-; y por el numeral 10° -[…] por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto- del artículo 241 ibídem.

En lo que atañe a la censura propuesta, la Corte advierte que no existe la demandada violación al principio de nom bis in idem, por cuanto la circunstancia calificante versa sobre la violencia ejercida sobre la cerca que daba acceso a los bienes objeto del hurto, mientras que la agravante se configura cuando el apoderamiento recae sobre la cerca, situación que no ocurrió en el presente asunto. El cargo no prospera».

Casación Oficiosa - Absolución por hecho que no existió / **Casación Oficiosa** - Deber de decretarla cuando se afectan garantías / **Sistema Penal Acusatorio** - Casación oficiosa: procedencia, a favor del no recurrente / **Casación** - Principio de trascendencia

«[…] la Sala concluye que el Tribunal incurrió en una incorrección al emitir juicio de condena contra el procesado por la circunstancia de agravación punitiva contenida en el numeral 8º del artículo 241 del Código Penal, toda vez que el objeto material de la conducta no fue la cerca que protegía los cítricos hurtados sino estos mismos.

Debido a lo anterior, la Corte, oficiosamente, casará la sentencia para eliminar la condena por este agravante específico, decisión que se hará extensiva al procesado no recurrente LFHR, conforme lo establece el artículo 187 de la Ley 906 de 2004.

Así mismo, se descarta cualquier posibilidad de decrecimiento punitivo por ésta determinación, toda vez que en el proceso de dosificación punitiva el Tribunal aplicó, en

razón de las tres causales de agravación, la pena mínima legalmente imponible, sin que sea jurídicamente posible fijar una sanción punitiva por debajo de este mínimo de ley al reducir a dos los referidos agravantes».

Pena - Redosificación en casación / **Hurto Agravado** - Dosificación punitiva

«Consecuente con las argumentaciones expuestas en este proveído, la Sala procederá a realizar los respectivos ajustes dosimétricos.

En este sentido, se advierte que la decisión del Tribunal, en aplicación de los artículos 239 y artículo 240 numeral 1º del Código Penal, partió de la sanción prevista para el delito de hurto calificado -entre 6 y 14 años de prisión- y la aumentó en la mitad respecto de su mínimo y en las ¾ partes en su máximo, y se ubicó en el primer cuarto mínimo, en concreto, en la pena mínima de ese cuarto, vale decir, 108 meses de prisión o, lo que es lo mismo, 9 años.

Atendiendo a los mismos criterios de tasación fijados por el ad quem, que constituye la primera sentencia condenatoria para VB, y que ajustó a iguales parámetros punitivos la sanción impuesta por el a quo a LFHR, la Corte, al eliminar la circunstancia calificante del delito, partirá de la pena prevista para el ilícito de hurto simple, prevista en el inciso 2º del artículo 239 del Código Penal, vale decir de 16 a 36 meses de prisión, los cuales agravará en razón de la concurrencia de las circunstancias previstas en los numerales 9 y 10 del artículo 241 ibídem, en la mitad del mínimo (16÷2=8+16=24), para una pena mínima de 24 meses de prisión y, en las ¾ partes el máximo (36÷4x3=27+36=63), para un extremo máximo punitivo de 63 meses de prisión.

Teniendo en consideración que al procesado no se le imputaron circunstancias de mayor punibilidad y que por el contrario concurría la de menor punibilidad consagrada en el inciso 1º del artículo 55 de la Ley 599 de 2000, esto es, la carencia de antecedentes penales, el Tribunal aplicó en su sentencia la sanción mínima imponible, parámetro de apreciación que la Sala respetará y, como consecuencia, le impondrá la pena principal de 24 meses de prisión como coautor responsable del delito de hurto agravado por los numerales 9 y 10 del artículo 241 del Código Penal, al igual que la sanción accesoria de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que el de la pena principal impuesta».

Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena - Procedencia / **Sistema Penal Acusatorio** - Casación: no recurrente, extensión de los efectos del fallo

«Superado el proceso de redosificación punitiva, corresponde a la Sala determinar si en el presente asunto concurren los presupuestos legales del artículo 63 del Código Penal para la concesión del subrogado penal de la suspensión de la ejecución de la pena.

Al efecto se tiene que convergen los factores objetivo y subjetivo para acceder a él, toda vez que la pena impuesta al procesado no supera los 4 años de prisión de que trata el numeral 1º de la normatividad referida, al igual que sus antecedentes de todo orden permiten suponer que en su caso no es necesario el tratamiento penitenciario; de igual modo, el delito por el que se emite sentencia de condena no hace parte de los previstos por el inciso 2º del artículo 68A ejusdem.

Debido a lo anterior, se le suspenderá la ejecución de la pena privativa de la libertad por un período de prueba de dos (2) años, previa diligencia de caución prendaria por el

equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente, suma que se fija en atención a su capacidad económica y a la naturaleza del delito cometido, y suscribirá acta en la que se comprometa a cumplir las obligaciones consagradas en el numeral 4º del artículo 38 B del Código Penal.

Conforme con el artículo 187 de la Ley 906 de 2004, y teniendo en consideración que los procesados se encuentran en similares condiciones subjetivas, las decisiones tomadas por la Sala se harán extensivas a LFHR, procesado no recurrente, quien deberá someterse a idénticas condiciones para acceder al subrogado de la condena de ejecución condicional».

Jurisprudencia Falso Raciocinio por Desconocimiento de las Leyes de la Lógica

RELEVANTE SALA DE CASACIÓN PENAL M. PONENTE : MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ NÚMERO DE PROCESO : 41369 NÚMERO DE PROVIDENCIA : SP16740-2014 CLASE DE ACTUACIÓN : CASACIÓN TIPO DE PROVIDENCIA : SENTENCIA FECHA : 09/12/2014 DELITOS : Secuestro extorsivo / Concierto para delinquir FUENTE FORMAL : Ley 1395 de 2010 art. 101 / Ley 600 de 2000 art. 30 y 60 / Ley 153 de 1887 art. 40 TEMA: CASACIÓN - No recurrente: Legitimidad «Que la Sala no tendrá en cuenta los alegatos presentados, a modo de sujetos procesales no recurrentes, por los procesados DVV y LMAL, por cuanto no acreditaron en el curso de la actuación su condición de abogados.

Reglas de la Lógica - Incluyen el principio de razón suficiente / PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE - Noción / FALSO RACIOCINIO - Configuración: desconocimiento de los principios de la lógica «Advierte la Sala el desconocimiento del principio lógico de razón suficiente que constituye criterio de la sana crítica, cuya violación, por ende, da lugar a

la incursión en un error de hecho por falso raciocinio. Como se recuerda, ese dislate se configura cuando, precisamente, se desatienden los criterios de la sana crítica, integrados por las reglas de la experiencia, los postulados lógicos y las leyes de la ciencia. El principio lógico de razón suficiente implica 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". Este postulado exige, por tanto, que toda proposición debe sustentarse en premisas verdaderas en forma tal que la justifiquen de manera apta e idónea».

Testimonio - Apreciación probatoria: Contradicciones «El juzgador de segundo grado desestimó las segundas versiones ofrecidas por PJN y DVV, pero lo hizo con fundamento en premisas erróneas. En primer lugar, porque es inexacto que esta Corporación haya prohijado una jurisprudencia en la cual predique que todas las versiones rendidas en tal ocasión no se deben tener en cuenta. Lo expresado al respecto es, contrariamente, que frente a encontradas declaraciones de un mismo testigo le corresponde al sentenciador apreciarlas de manera cuidadosa para, a partir de la aplicación de los principios de la sana crítica, determinar en cuál de ellas dijo la verdad».

Víctimas - Aporte de pruebas / Grabaciones Magnetofonicas - Es legal si quien graba es el destinatario de la llamada o víctima de la conducta punible «Cuanto la "situación extraña o de supuesta amenaza" bajo las cuales, según el Tribunal, declararon los testigos consistió en la entrevista previa del denunciante con ellos y en la grabación que le hizo a DV a una conversación que sostuvieron. Sin embargo, es claro que esas actuaciones no revelan de suyo la situación extraña o la amenaza que supone el sentenciador, pues se trata del ejercicio

legítimo de la actividad de la víctima en la búsqueda de pruebas que soporten los hechos denunciados. A este respecto, obsérvese cómo el inciso primero del artículo 30 de la Ley 600 de 2000 establece que la víctima o perjudicado puede aportar pruebas. Además, conforme lo tiene dicho esta Corporación, la víctima está legitimada para grabar su propia voz e, incluso, interceptar su línea telefónica, y los registros así obtenidos tienen vocación probatoria».

Falso Raciocinio - Regla de experiencia: Suposición de las inexistentes /

Reglas de la Experiencia - Noción / Reglas de la Experiencia - Configuración: La financiación a grupos ilegales se hace de forma clandestina «Afirmaciones resulta palmar el desconocimiento por parte del Tribunal de una regla de la experiencia y la edificación de otra en forma equivocada, incurriendo así en nuevos errores de hecho por falso raciocinio. Como lo tiene dicho la jurisprudencia, las reglas de la experiencia son todas aquellas "generalizaciones que se hacen a partir del cumplimiento establece e histórico de ciertas conductas similares" (CSJ SP, 19 de nov. de 2003, rad. 18787), de modo que para que ofrezca fiabilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia ha de ser expuesta, a modo de operador lógico, así: siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B (CSJ SP, 21 de nov. de 2002, rad. 16472), La regla de la experiencia desconocida es aquella a la cual se refiere el Procurador Judicial demandante, es decir, normalmente las contribuciones económicas efectuadas a los grupos ilegales no quedan contablemente registradas para así evitar dejar rastro del vínculo ilegal que tienen con esas organizaciones. Ciertamente, quienes de manera voluntaria efectúan aportes a organizaciones ilegales, buscan usualmente la clandestinidad, pues sólo de esa manera aseguran que no puedan ser vinculados con tales organizaciones. Por ende, lo último que harán será registrar tales erogaciones en la contabilidad de sus empresas. Ahora bien, de acuerdo con la sentencia de segundo grado, el revisor fiscal de una compañía dice siempre la verdad cuando certifica que ésta no ha

efectuado aportes con destino a organizaciones ilegales. Tamaño desaguisado en manera alguna se corresponde con una regla de la experiencia, pues, contrariamente, el comportamiento cotidiano del ser humano enseña que hay muchas ocasiones en que los revisores fiscales no dicen la verdad, sobre todo cuando el propio declarante está de alguna manera vinculado con la actividad de financiación».

Víctimas - Derecho a la verdad: Intervención en el proceso penal, interés para recurrir en casación «Es necesario hacer referencia al argumento del defensor de LFRB, conforme al cual el apoderado de la parte civil carece de interés para recurrir en casación la absolución pronunciada en favor de éste por el delito de concierto para delinquir agravado, pues ese comportamiento no se relaciona con el secuestro extorsivo que denunció Hugo Antonio Combariza. Al respecto, resulta imperioso recordar cómo, a partir de la sentencia C-228 de 2002, la Corte Constitucional estableció que, además de la reparación económica, a las víctimas en los procesos penales se les debe garantizar los derechos de verdad y justicia, en procura de propender porque se esclarezcan los hechos en forma cabal y se sancione a sus responsables acorde con las circunstancias ocurridas. Pues bien, resulta palmar que esos derechos a la verdad y justicia únicamente se materializarían plenamente en este caso si se permite a la víctima HACR no sólo actuar procesalmente en relación con el secuestro extorsivo sino también frente al concierto para delinquir, habida consideración de la relación de causalidad existente entre uno y otro, en cuanto se afirma que, precisamente, la alianza con los paramilitares sirvió de medio para ejecutar el atentado contra la libertad individual en mención».

Falso juicio de existencia - Concepto «Como lo tiene señalado la jurisprudencia de esta Corporación, el referido error de hecho se configura cuando el sentenciador, al apreciar

el conjunto probatorio, omite valorar algún medio de convicción obrante en el proceso o supone otro inexistente».

Falso juicio de existencia - Por omisión: No se configura si la prueba fue apreciada / FALSO

Juicio de identidad - No se configura si la prueba fue apreciada «Los juzgadores no hicieron mención expresa a la prueba que el actor identifica como "documento declarativo del señor Norberto Puerto Rodríguez". Sin embargo, ello no implica la ocurrencia del yerro denunciado, pues, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte, no se incurre en falso juicio de existencia ni en falso juicio de identidad cuando a pesar de no mencionarse expresamente una o varias pruebas o algún aparte de las mismas, el sentenciador asume el análisis del aspecto cuya omisión se aduce, dándole el mérito suasorio que estima pertinente».

Indicio - Mala justificación «Como lo tiene clarificado la teoría del derecho probatorio, el indicio de mala justificación se construye a partir de las explicaciones dadas por el propio procesado, luego lo argumentado por su defensor en el curso de la actuación en ejercicio de su representación no tiene por qué constituir motivo para fundamentar la existencia de circunstancia indiciaria de dicha naturaleza».

Reglas de la experiencia - Diferentes de las reglas de la lógica /

Reglas de la experiencia - Noción / REGLAS DE LA LÓGICA - Concepto «Se advierte es la falta de claridad del impugnante al diseñar el reproche, pues habla indistintamente de reglas de la experiencia y postulados de la lógica, olvidando que se trata

de conceptos diversos. Se recuerda que las primeras son todas aquellas "generalizaciones que se hacen a partir del cumplimiento establece e histórico de ciertas conductas similares" (CSJ SP, 19 de nov. de 2003, rad. 18787). Los postulados lógicos, en cambio, son "son proposiciones que responden al principio de conocimiento y que, por lo tanto, representan adecuadamente la realidad y la verdad a partir de la verificación de las alternativas posibles de inferencia racional". (CSJ SP, 5 de jun. de 2013 rad. 34134). Tales principios de la lógica son los de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente (CSJ SP, 24 de sep. de 2014, rad. 42606)».

Secuestro extorsivo - Consumación y agotamiento «Es necesario tener presente cómo la comisión de un punible de esa naturaleza no se limita al acto de aprehensión de la víctima, sino que comprende las diversas fases del iter críminis, es decir, que va desde su ordenación y planeación, hasta su retención e, incluso, las exigencias que se hagan como condición para su liberación cuando el secuestro reviste carácter extorsivo, conforme ocurre en el presente evento. El error del Tribunal es todavía mayor cuando, a partir de la pretermisión de las circunstancias antes referidas, dejó de realizar el razonamiento lógico que se desprende sin dificultad de ellas. Ni más ni menos, por cuanto si aparece demostrada la ordenación y planeación de un secuestro, y posteriormente surge acreditado que quienes participan en esos actos mantienen privado de la libertad al plagiado para obligarlo a firmar unos documentos, la conclusión no puede ser otra diversa a la de que efectivamente se produjo la aprehensión previa de la víctima. Y ese razonamiento se torna aún más sólido cuando se advierte que quienes instigaron el plagio cancelaron por esa acción una importante suma de dinero a los ejecutores del mismo».

Prueba - principio de permanencia «Considera que en este caso sólo es factible tener en cuenta las pruebas recaudadas por el juez en audiencia pública, olvidando que en el marco del Ley 600 de 2000, procedimiento con sujeción al cual se tramita este proceso, opera el principio de permanencia de la prueba, a cuyo tenor los elementos de convicción practicados tanto en la investigación como en el juicio son idóneos para demostrar los diversos elementos del delito, así como la responsabilidad de los procesados». SENTENCIA DE CASACIÓN - Decisión de peticiones ajenas a la responsabilidad penal «La prosperidad de los cargos formulados en contra de la sentencia del Tribunal torna imperioso que la Corte, convertido en esos términos en juez de segundo grado, se pronuncie sobre las peticiones en mención que, en todo caso, fueron formuladas por el apoderado de la parte civil al momento de sustentar el recurso de apelación que interpuso contra el fallo de primera instancia, exponiendo idénticos fundamentos a los plasmados en la demanda de casación».

Extinción de dominio - Legitimidad: La víctima no puede solicitar el inicio de dicha acción / COMISO - Legitimidad: La víctima no puede solicitarlo «Pide el letrado declarar la extinción de dominio y el comiso de la sociedad (...), de conformidad con lo establecido en el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal de 2000, dado que dicha empresa sirvió de instrumento para cometer la conducta punible. En la sentencia, el juzgador de primer grado consideró que el apoderado de la parte civil carece de legitimación para solicitar la extinción de dominio de la mencionada empresa. La Sala comparte este criterio, pues, ciertamente, una pretensión de esa naturaleza no tiene relación alguna con la indemnización de perjuicios perseguida por dicho sujeto procesal. No escapa a la Sala, desde luego, que hoy en día las facultades de las víctimas, conforme se destacó en aparte precedente de este fallo, no se restringen al tema netamente económico, pues les asiste también los derechos a la verdad y la justicia, en cuyo ejercicio están legitimadas para buscar el esclarecimiento cabal de los

hechos y propender por la sanción de sus autores acorde con las circunstancias de la conducta cometida. No obstante, es claro que la extinción de dominio o el comiso no se relacionan con tales derechos, pues en tanto esas medidas implican que la propiedad de los bienes sobre los cuales recaen pase a poder del Estado, para nada una decisión de dicha naturaleza redundaría en favor de los intereses de la víctima del delito, en cuanto ello ni contribuiría a la reparación de los perjuicios causados ni comportaría la modificación de la atribución penal o la imposición de una sanción mayor».

Sentencia de casación - No se puede pronunciar sobre aspectos no decididos por las instancias: Principio de doble instancia /

Restablecimiento del derecho - Legitimidad «Solicita el profesional del derecho en cita que como restablecimiento del derecho se le restituyan las licencias de explotación de las empresas (...), (...) y (...). Adicionalmente, propende porque se devuelva a todos los afiliados de (...) el dinero de las cuotas que se les han cobrado ilegalmente. Encuentra la Sala que sobre tales aspectos no se pronunció el a quo. (...) Esa omisión impide a esta Corporación abordar el asunto, pues lo contrario implicaría pretermitir el principio de la doble instancia y conculcar, consecuencialmente, el derecho de contradicción de los demás sujetos procesales, quienes no tuvieron oportunidad de oponerse a las pretensiones del letrado solicitante. Por lo demás, en cuanto se refiere a la devolución de las cuotas cobradas a los afiliados a la empresa (...), resulta palmar la carencia de legitimación del apoderado de la parte civil para formular petición de esa naturaleza, pues la reclamación de tales dineros le corresponde exclusivamente a quienes los cancelaron que son, entonces, los afectados con dichos comportamientos». EMBARGO - Procedencia: Sólo sobre los bienes de los penal y civilmente responsables «Si, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 600 de 2000, las medidas

de embargo y secuestro tienen como fin garantizar el pago de perjuicios, es claro que las mismas solamente pueden recaer sobre los bienes de quienes están penal y civilmente llamados a responder por tales perjuicios, no así respecto de personas ajenas».

Indemnización de perjuicios - El juez los liquidará con base en lo demostrado en el proceso / Perjuicios - Daños morales: Daño moral objetivado, existencia y cuantía «El juez de primer grado se abstuvo de condenar por concepto de daños materiales y daños morales susceptibles de valoración pecuniaria, al no hallar prueba en el proceso de su causación, acogiendo de esa forma el dictamen del perito avaluador que se designó para el efecto, quien arribó a dicha conclusión. Por su parte, discrecionalmente condenó a 100 salarios mínimos legales mensuales por concepto de los daños morales no susceptibles de valoración pecuniaria. Como lo establece el inciso final del artículo 97 del Código Penal, los perjuicios materiales deben probarse en el proceso. La jurisprudencia extiende esa carga probatoria a los perjuicios morales objetivables, que corresponden a las repercusiones económicas derivadas de la aflicción síquica causada a la víctima con la conducta delictiva (CSJ SP, 27 de abril de 2011, rad. 34547). En el presente caso, el recurrente expresa varios argumentos para soportar su solicitud, entendiéndose que, en lo relativo a los perjuicios materiales y a los morales objetivables, sostiene que al ser despojado de las tres empresas por él explotadas quedó sin recursos para solventar a su familia, sin que durante los ocho (8) años siguientes pudiera trabajar. Sin embargo, es claro que en el curso del proceso no se demostró si las empresas en mención le estaban reportando ganancia alguna, y en el caso de generarla tampoco se acreditó su monto. Menos aún aparece prueba acerca de los dividendos que eventualmente le producirían esas compañías durante el tiempo de vigencia de los contratos. Tampoco se demostró la incapacidad para laborar aducida por el letrado, y menos aún la relación de causalidad entre el secuestro y la alegada imposibilidad de realizar actividades de la

mencionada naturaleza. En ese sentido, advierte la Sala que no obra elemento de juicio que permita desvirtuar el dictamen pericial con fundamento en el cual se pronunció el juez de primer grado».

Condena en costas - Petición «Sobre las costas procesales ocurre situación similar a la presentada con la pretendida restitución de las empresas (...), (...) y (...), es decir, frente a ese tema no hubo pronunciamiento del juez de primer grado, omisión determinada, en esta ocasión, porque el apoderado de la parte civil no las reclamó ni en el alegato presentado en la audiencia pública ni en la demanda de constitución de parte civil. Por tanto, tampoco la Sala puede ocuparse de ese tema, so pena de vulnerar los principios de doble instancia y contradicción».

Jurisprudencia Falso Raciocinio por Desconocimiento de las Leyes de la Ciencia

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por la defensa de CARLOS ANDRÉS LÓPEZ HOYOS contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el cual redujo a doce (12) años y cinco (5) meses de prisión la pena impuesta a dicha persona por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá, que lo declaró autor responsable de un concurso de conductas punibles de actos sexuales con menor de catorce (14) años agravados.

I. Situación fáctica y antecedentes

1. Entre septiembre y diciembre de 2011, en una casa del barrio Galán de Bogotá, CARLOS ANDRÉS LÓPEZ HOYOS, de treinta y un (31) años, tuvo tres (3) encuentros a solas con una niña de nueve (9), nacida en agosto de 2002, sobrina de su compañera permanente. En estos, él la besó en la boca y la tocó en la entrepierna.

2. Denunciado tal comportamiento por la madre luego de que la menor le contara (a

comienzos del año siguiente) lo que le había sucedido, la Fiscalía General de la Nación, el 7 de marzo de 2012, le atribuyó a CARLOS ANDRÉS LÓPEZ HOYOS la realización del delito de actos sexuales con menor de catorce (14) años agravados, en concurso homogéneo, conforme a los artículos 31, 209 y 211 numeral 2 ("cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima") de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, con la modificación que introdujo el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008.

Como el imputado no aceptó cargos, la Fiscalía lo acusó el 15 de mayo de 2012, tras precisar que los actos sexuales se circunscribían a los tres (3) episodios que se dieron en la casa de la menor, esto es, en el barrio Galán.

3. El juicio lo adelantó el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá, despacho que en sentencia de 16 de abril de 2013 condenó al acusado no solo por los tres (3) hechos de Galán, sino por otros cuatro (4) ocurridos en Flandes, Tolima (en la casa de los abuelos paternos de la víctima), y uno (1) en Chapinero (en la casa del procesado), a trece (13) años y seis (6) meses de prisión, así como de inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas. Adicionalmente, le negó tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad como la prisión domiciliaria.

4. Apelado el fallo por la defensa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en decisión de 3 de septiembre de 2013, redujo la pena a ciento cuarenta y nueve (149) meses –o doce (12) años y cinco (5) meses– de prisión e inhabilidad, tras aducir que en virtud de la congruencia los únicos hechos en juicio debían ser los tres (3) del barrio Galán. Confirmó la decisión del a quo en los demás aspectos abordados, relativos a la prueba de la responsabilidad penal. Y remitió copias para que la Fiscalía adelantara lo pertinente frente a los hechos de Flandes y Chapinero.

5. Contra la sentencia de segunda instancia, el abogado de CARLOS ANDRÉS LÓPEZ HOYOS interpuso, a la vez que sustentó, el recurso extraordinario de casación.

Después de un trámite de reparto y compensación, la Corte declaró ajustada a derecho la

demanda el 26 de marzo de 2015 y practicó la audiencia de sustentación el 19 de enero de 2016.

II. La demanda

1. Al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 («manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba»), propuso el recurrente un cargo único, consistente en la violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de hecho por falso raciocinio en la valoración de la prueba que condujo al desconocimiento del principio de duda a favor del reo. Lo sustentó así:

1.1. Al desestimar el testimonio de la perito traída por la defensa Liliana Ivette Sanz Ramírez, el Tribunal desconoció la regla científica de la psicología según la cual «las entrevistas mal desarrolladas por los entrevistadores conducen a sugestión en el testimonio de los menores, [pues terminan] implantando memorias y creando falsos recuerdos».

El Tribunal consideró tal medio de prueba impertinente e incluso advirtió que ni siquiera debió haber sido practicado. El a quo, por su parte, lo desechó por completo.

1.2. La psicóloga Liliana Ivette Sanz Ramírez advirtió en su testimonio los siguientes errores durante las entrevistas: «(i) preguntas inductivas y sugestivas, (ii) preguntas específicas, (iii) hipótesis única, (iv) imaginación, (v) estereotipo, (vi) manejo de la comunicación no verbal de forma inadecuada». Y todo esto, debido a que los investigadores, aunque anunciaron «el seguimiento del protocolo SATAC [o de los pasos de Simpatía, Autonomía, Tocamientos, Abuso y Cierre], en momento alguno […] lo aplicaron».

1.3. En la literatura especializada, se ha reconocido la posibilidad de crear falsos recuerdos de contenido sexual en menores de edad, teniendo en cuenta factores tales como el sesgo del entrevistador, la realización de preguntas específicas y no abiertas, la repetición de información errada, el acudir a imágenes guiadas y otras técnicas de sugestión.

También se ha teorizado al respecto que «cuando a los menores se les entrevista en forma repetida y sugestiva sobre hechos falsos, la proporción de los casos en que estos aceptan la falsa información aumenta con el número de entrevistas». Esta circunstancia incluso la reconoció el a quo en el fallo de primera instancia cuando concluyó que al llegar «la niña […] a dar su versión de los hechos [en el juicio oral] se denota más precisa y detallada, [lo que] da mayor credibilidad a su dicho».

De esta manera, «los dichos de los menores deben ser analizados bajo los lineamientos de la sana crítica y, en este caso, estamos enfrente de serios estudios científicos que muestran los factores de sugestión en las declaraciones y que, ante su presencia, no se puede determinar si la narración es fiable o no».

1.4. Aunado a lo anterior, la prueba practicada en juicio oral arrojó lo siguiente:

(i) La madre de la víctima se refirió «en varias ocasiones a atentados en contra de la libertad sexual de otras personas», aspecto que pudo configurarse en «una fuente más que idónea para sugestionar a la menor».

(ii) La niña sorprendió en una ocasión a sus padres en la ducha teniendo relaciones sexuales. De ahí que «no han tomado la suficiente precaución para el desarrollo de su sexualidad, pues la menor los ha percibido, con las consecuencias que ello trae».

(iii) La telenovela La Rosa de Guadalupe hizo que la niña le dijera a su abuelo «que cuando alguien le saque la rabia hará lo mismo que vio en el programa: enviar a alguien a la cárcel con mentiras». Y hubo «circunstancias que pudieron generar esa "rabia" de la que habla la menor, como lo eran las constantes bromas que el procesado le hacía». Además, sus familiares aseguran de ella que «es caprichosa, mentirosa, voluntariosa y conflictiva».

(iv) Durante las fiestas de diciembre de 2012, la menor subió a Facebook fotos en las cuales aparecía bailando con el acusado. Esto conduce a la pregunta: «¿cómo es posible que una menor que presuntamente ha sido abusada sexualmente coloque en su perfil de una red social unas

fotografías con su presunto agresor y en las cuales se le ve en una muy buena actitud?». Y «la respuesta es solamente una: el abuso sexual denunciado jamás existió».

Igualmente, hay pruebas de conversaciones, diálogos y bromas entre la niña y el acusado durante la época en la cual ocurrieron los abusos. Según la psicóloga de la defensa, «[s]i la menor estuviera siendo víctima de abuso sexual por parte de CARLOS ANDRÉS, evitaría contactos con él».

Por último, la niña presentó un excelente rendimiento académico por la misma época. Esto contradice los síntomas del abuso sexual, entre los cuales se incluye las malas notas, depresión, ansiedad, baja autoestima, déficits en habilidades y retraimiento social.

Y **(v)** el lugar en donde ocurrieron los hechos, esto es, la vivienda en el barrio Galán de Bogotá, se trata «de una casa pequeña, con tres (3) cuartos, y el de la menor […] contiguo a la cocina, disposición que no permitía en momento alguno la ocurrencia de unos hechos como los materia de denuncia».

2. En consecuencia, solicitó a la Sala casar la sentencia del Tribunal para absolver a CARLOS ANDRÉS LÓPEZ HOYOS de los hechos y cargos atribuidos en su contra.

III. Audiencia de sustentación oral

1. El demandante reiteró los argumentos expuestos en su escrito.

2. La Fiscal Delegada ante la Corte solicitó no casar el fallo impugnado. Manifestó que las instancias valoraron en conjunto toda la prueba recaudada en el juicio oral, incluida la declaración de la experta en psicología Liliana Ivette Sanz Ramírez. Añadió que el relato de la menor fue consistente y creíble. En cuanto a las entrevistas efectuadas a la víctima, señaló que el protocolo SATAC fue adecuadamente seguido por los entrevistadores, sin que las críticas realizadas por la perito en este sentido llegaran a ser relevantes. Concluyó que, por eso mismo, deben descartarse las influencias de terceros aludidas por la psicóloga, a quien no le correspondía,

sino al juez, establecer cuándo un testigo dice la verdad y cuándo no.

3. El representante del Ministerio Público pidió a la Sala no casar la sentencia recurrida. Sostuvo que la discrepancia del demandante tan solo consistió en reclamar que los jueces no le dieron la razón a la perito de la defensa, pero sí a la niña que testificó en el juicio. Recalcó que, para los juzgadores, la psicóloga no estableció que las evaluaciones practicadas a la menor tuviesen vacíos o defectos, en tanto cumplieron con los protocolos contemplados en el orden jurídico. Y concluyó que la postura del censor obedece a una visión personal alrededor de la valoración del material probatorio. Solo hubo, entonces, una disparidad de criterios.

IV. Consideraciones

1. Precisiones iniciales

1.1. Como la demanda que presentó el abogado defensor de CARLOS ANDRÉS LÓPEZ HOYOS fue declarada desde un punto de vista formal ajustada a derecho, la Sala está obligada a resolver de fondo los problemas jurídicos plasmados en el escrito, en armonía con los fines de la casación de buscar la eficacia del derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia, conforme al artículo 180 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal aplicable al asunto.

Para ello, la Corte tendrá que desentrañar, en aras del eficaz desarrollo de la comunicación establecida, lo correcto de las diversas aserciones empleadas por sus interlocutores, de suerte que se referirá a cada postura desde la perspectiva jurídica más coherente y racional posible.

1.2. En estas condiciones, la propuesta del demandante obedece en principio a asumir como realidad la afectación de la sana crítica por una "violación de leyes de la ciencia en el campo de la psicología". La Corte, por ende, analizará en primer término el problema de qué debe entenderse por "ley científica", en oposición al simple "enunciado probabilístico", como

parámetro para una valoración racional de la prueba.

A continuación, y dado que dicho planteamiento inicial está destinado al fracaso, profundizará en el alcance otorgado por los jueces al testimonio de la psicóloga Liliana Ivette Sanz Ramírez, con el propósito de establecer si era posible predicar al respecto cualquier error susceptible de trascender en sede de casación.

Y, como la respuesta al problema anterior será negativa, estudiará por último todas las demás versiones argüidas por la defensa como alternativas a la teoría del caso sostenida en la acusación, para concluir si en la valoración en conjunto del material probatorio se vulneró la presunción de inocencia.

En este sentido, se anuncia desde ya que, al no advertir alguna teoría de no responsabilidad que sea plausible, la Sala mantendrá incólume la decisión del Tribunal.

Estos son los temas que se abordarán enseguida.

2. Las teorías científicas como criterio de sana crítica y su relación con los enunciados de probabilidad

2.1. La Sala, en la decisión CSJ AP6371, 27 sep. 2017, rad. 46540, se ocupó de un tema similar al presente. En dicho caso, el actor planteó un «falso raciocinio por desconocimiento de los postulados de la sana crítica, específicamente de una regla de la ciencia de la psicología que dispone que, cuando se recauda información a través de entrevistas a menores, y se realiza de manera indebida, se origina fuente de sugestión en los relatos que conduce a implantación de memoria y creación de falsos recuerdos.

rasgo está presente cuando la ley implica o asegura «que ciertos acontecimientos concebibles no ocurrirán», es decir, «toda teoría contrastable prohíbe que ocurran determinados acontecimientos». De ahí que sea posible trazar la ley bajo «la forma "tal y cual cosa no pueden suceder"»

Así, por ejemplo, es contraria a la ciencia la afirmación de un testigo según la cual una persona "saltó del piso al techo de un edificio de 100 metros de altura", porque se trataría de un aspecto imposible de ocurrir, en tanto reñiría con la ley de la gravedad. Y constituiría un error de hecho por falso raciocinio en el caso de que un juez le brindara credibilidad a ese preciso punto del relato.

De idéntica manera, la demostración de un determinado acontecimiento fáctico que en principio haya sido prohibido o negado por la ley es lo que permite evidenciar sus falencias como ciencia o, en términos más precisos, falsear el carácter científico de aquella. Así, si un juez le otorga el valor de ciencia a un enunciado que ya fue empíricamente objeto de refutación (y, por lo tanto, descartado como tal), también podrá incurrir en un falso raciocinio en la valoración de la prueba.

Entonces, la facultad de confrontarse con la experiencia es lo que deviene en científica cualquier ley, tesis o postulado. Y, en cambio, será dogmática (o metafísica) toda aserción no contrastable, es decir, la que sea imposible de refutar, falsear o advertir sus fallas por medios empíricos.

En este punto, la Sala precisa el sentido del fallo CSJ SP, 8 sep. 2010, rad. 34650, en tanto definió como ley científica «aquella frente a la cual cualquier examen de comprobación mantiene condiciones de aceptación e irrefutabilidad universal». Aclara la Corte que ninguna ley científica tiene la propiedad de ser irrefutable o imposible de desvirtuar, porque de ser así su contenido nunca

sería ciencia sino dogma. Será científico todo enunciado que, a pesar de ser confrontado racionalmente con la experiencia, no haya sido refutado o falseado. Pero esto no significa que alguna vez pueda dejar de serlo, pues siempre se habrá de permitir, por medios empíricos, su contrastación.

Por último, no será necesario acreditar en el juicio la ley científica de amplia tradición y divulgación (por ejemplo: las de la física no cuántica, las de la termodinámica, el principio de Arquímedes, etcétera). Sin embargo, cuando una de las partes pretenda introducir al debate proposiciones catalogables como ciencia que no cumplan con tales condiciones, deberá hacerlo mediante testimonio pericial en los términos del artículo 422 de la Ley 906 de 2004, es decir, a la luz de requisitos como los de confrontación, publicidad, confianza y aceptación.

Por otra parte, una aserción probabilística (del tipo "ante una situación A es posible que ocurra B") no es ley científica. Lo anterior, debido a que estas «no son falsables». Es decir, «no excluyen nada observable». Por ejemplo, el hecho de ganarse la lotería no refuta ni falsea la afirmación según la cual "lo más probable es que uno nunca se gane la lotería". Tan solo implica, empíricamente, que ocurrió el evento menos probable.

Un enunciado probabilístico se asemeja más a una regla de la experiencia (que obedece a la fórmula "siempre o casi siempre que ocurre A, entonces sucede B") que a una ley o tesis científica. De hecho, toda tesis acerca de la probabilidad puede plantearse como una regla de la experiencia, en la medida en que **(i)** el suceso base (o A) aluda a la cultura, cotidianeidad, modo de vida, etc., dentro de un entorno social específico y **(ii)** la frecuencia de acierto frente al hecho pronosticado (B) sea alta ("siempre o casi siempre").

En los casos en los que los enunciados probabilísticos no puedan contemplarse como máximas de la experiencia, no es un imposible epistémico que las partes igual acudan a ellos, a modo de datos empíricos, para sustentar su teoría del caso.

Este problema lo contempló la Sala en el fallo CSJ SP, 26 oct. 2011, rad. 36357. En dicha decisión, la Corte reconoció la absolución por duda razonable respecto de una teoría del caso de la defensa según la cual, al no presentar el acusado de un delito sexual el mismo virus altamente contagioso que portaba la víctima en la época del hecho, era elevada la probabilidad de que la relación sexual imputada jamás se hubiere presentado.

Igualmente, la Sala admitió la posibilidad de «formular cualquier afirmación probabilística a la manera de una hipótesis concerniente a la frecuencia relativa de una serie o secuencia de acontecimientos», en la medida en que su pertinencia esté orientada a «hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados», tal como lo dispone el artículo 375 de la Ley 906 de 2004.

Así mismo, la Corte precisó que «las aserciones empíricas atinentes a los enunciados de probabilidad» **(i)** deben estar circunscritas a las «series finitas de sucesos alusivos al caso», es decir, a estimaciones numéricas (por ejemplo, "90% de las veces…") o concernientes a su asiduidad ("lo más frecuente es que…"); **(ii)** tienen que provenir de «un testigo experto en la ciencia, profesión o técnica» dentro de la cual se ha producido la observación de la serie; y **(iii)** deben contar con una base, es decir, tienen que estar acompañadas de información o datos acerca de «la disposición, propensión y características de estas cuando son repetidas a menudo, con el fin de justificar la frecuencia relativa a partir de la cual el funcionario decidirá el hecho atinente a un evento aleatorio».

A su vez, la Sala aceptó que la otra parte controvirtiera los enunciados de probabilidad de varias maneras, entre otras: **(i)** cuestionando «la validez de la estimación, para en lugar de ello proponer que el margen de error del experimento es estadísticamente significativo [o, al contrario, que la frecuencia o propensión anunciada por el perito no es trascendente]»; y **(ii)** descartando «la teoría empíricamente, es decir, demostrando con pruebas o argumentos que el caso concreto obedeció al suceso improbable». El funcionario, finalmente, apreciará los enunciados de tipo probabilístico «conforme a la lógica de lo razonable».

En síntesis:

(i) Una ley científica es aquella que se ha contrastado por medio de la experimentación sin haber sido refutada.

(ii) A modo de proposición lógica, un enunciado científico puede plantearse bajo la fórmula "dada la ley X, es imposible que se presente el suceso fáctico Y".

(iii) Otorgar credibilidad a un hecho 'Y' incompatible con la ley de la ciencia 'X' (como volar por sí solo, ocupar dos -2- cuerpos idéntico espacio, caminar sobre el mar, etc.) configura un error de hecho por falso raciocinio.

(iv) A su vez, la obtención de un hecho empírico 'Y' que riñe con el enunciado 'X' falsea o refuta el carácter científico de este. Aceptar como ley de la ciencia una aserción 'X' que ha sido contrastada y desvirtuada por la experimentación puede igualmente estructurar un falso raciocinio.

(v) Cuando la ley científica no goce de amplia tradición y divulgación, las partes deberán acreditarla en el juicio oral por medio de un testigo experto.

(vi) Un enunciado probabilístico no es ley científica. La aserción de probabilidad corresponde a la máxima "ante una situación A, es posible que ocurra el evento B" y podrá ajustarse a la fórmula de las máximas de la experiencia "siempre o casi siempre que sucede A,

entonces se da B", en tanto cumpla con los requisitos previstos por la jurisprudencia de la Corte.

(vii) Cuando no se constituyen en reglas de la experiencia, las partes podrán acreditar o desvirtuar acontecimientos con base en hipótesis de experimentos u observaciones anteriores de eventos probables asimilados a aserciones empíricas. Por ejemplo: "el hecho debatido X riñe con el dato Y según el cual X, en tales condiciones, no se presenta el 90% de los casos".

(vii) Para ello, el enunciado de probabilidad tiene que ser introducido al juicio por un experto en la materia que aporte información suficiente acerca de los eventos observados, sus características, etc. Las partes, a su vez, podrán controvertirlo, bien sea cuestionando la estimación porcentual o la frecuencia sobre la cual fue construido el dato, o bien estableciendo que el hecho debatido obedeció al suceso que la otra parte quería descartar. Y, por último, el juez deberá apreciar el alcance del enunciado según la lógica de lo razonable.

2.2. En este asunto, el demandante manifestó que la ley científica desconocida por el Tribunal, y que trajo a colación la experta psicóloga de la defensa Liliana Ivette Sanz Ramírez, era del siguiente tenor:

> Las entrevistas mal desarrolladas por los entrevistadores conducen a sugestión en el testimonio de los menores, implantando memorias y creando falsos recuerdo.

En principio, parecería que el demandante propuso un postulado científico, en tanto que su tenor literal podría estar prohibiendo acontecimientos observables. Es decir, cuando adujo que entrevistar de manera indebida a un menor de edad "conduce a la sugestión", así como a la implantación de "falsos recuerdos", ello implicaría que en esas condiciones ningún niño hablaría con la verdad ni se acordaría de esta con precisión.

Sin embargo, la Sala encuentra que los fundamentos de tal enunciado provenían de

proposiciones relativas a eventos probables. Así figura en la extensa transcripción que tanto del dictamen como del testimonio de la psicóloga Liliana Ivette Sanz Ramírez hizo el censor en el escrito de la demanda. Por ejemplo:

> El niño, a partir de informaciones recibidas, de modo intencional o no intencional, pasa a presentar recuerdos de hecho que pueden no haber ocurrido en la realidad (o no de la forma como los recuerda), a pesar de considerar esos recuerdos como reales.
>
> Si los protocolos no se siguen adecuadamente, no solo se contamina o se implantan memorias en el menor, sino que por este medio se puede llegar a dar información errada e imprecisa.
>
> Estos errores igual también se pueden cometer con adultos, pero son mucho más delicados cuando estamos hablando de menores, puesto que al contaminarle la memoria al menor y al repetirle varias veces una historia que no vivió […], puede llegar a creer que realmente la vivió y contarla de esa manera [subrayados de la Sala].

El enunciado, entonces, no responde a ninguna ley de la ciencia, sino más bien a una teoría sobre probabilidades. De hecho, la propuesta no podía traducirse en la formulación de unos protocolos que de no seguirse asegurarían la obtención de relatos imprecisos o apoyados en falsos recuerdos. Esto es sencillamente imposible. Ningún protocolo, forma de proceder o de interrogar evitará que la gente mienta. El mejor método para evaluar de manera racional el relato de cualquier persona es la sana crítica, criterio que le reconoce un cierto margen de discreción al funcionario en tanto no le garantiza su acierto en la decisión adoptada frente al problema de la credibilidad. Lo que

sí es posible descubrir, en todo caso, es cuándo el juez incurriría en un error, siguiendo los parámetros desarrollados por la Sala en su jurisprudencia.

Retomando, las afirmaciones de la perito no observaron el principio de la contrastación, propio de la ley científica. En realidad, jamás prohibieron un hecho observable. Simplemente planteaban la probabilidad (o el peligro) de que un menor de edad mal entrevistado durante una investigación por delito sexual terminara declarando circunstancias ajenas a la verdad debido a la sugestión e implantación de recuerdos falsos.

El reproche, por consiguiente, nunca estuvo llamado a prosperar. Ninguna ley científica se desconoció en el campo de la psicología, porque la entendida en el tema jamás enunció un postulado con tal carácter.

Aunado a lo anterior, aunque las afirmaciones relativas a la probabilidad fueron presentadas por una testigo idónea y experta en la materia, la psicóloga Liliana Ivette Sanz Ramírez, es cierto que ella, tanto en el dictamen como en el testimonio que aparecen trascritos en la demanda, no aportó información acerca de los experimentos, series de eventos y estimaciones porcentuales o de frecuencia que a modo de datos empíricos debían apoyar su tesis.

Esto era indispensable, no solo para asegurarle a la otra parte la posibilidad de debatir la validez de las aseveraciones dadas (en los términos del numeral 2 del artículo 418 de la Ley 906 de 2004), sino para que el funcionario pudiera apreciar su racionalidad dentro del contexto lógico que le brindaba el caso. Es decir, para efectos de advertir si los presupuestos que suscitaron la propensión en la serie de eventos alegada se ajustaban a las circunstancias o situaciones debatidas.

Ninguna proposición en tal sentido obra en el testimonio de la profesional en psicología ni tampoco en el informe con el cual sustentaría su opinión. Sus afirmaciones, en cuanto al enunciado probabilístico invocado, carecen de la base a la que alude el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. Así mismo, como lo ha señalado la Corte, en la prueba experta «el objeto de apreciación no son las conclusiones del perito, es el proceso técnico o científico que lo condujo a presentarlas». Y las conclusiones fácticas de la psicóloga estaban fundadas en aseveraciones sin piso acerca de unos riesgos que en su sentir se presentaban en las entrevistas a menores de edad.

Fue tan solo en la demanda cuando la defensa presentó información acerca de las propensiones pertinentes, esto es, de los estudios, experimentos, reseñas de estimaciones, series de eventos, sesiones controladas, etc., que en relación con la precisión de los testimonios de los menores, así como con la posibilidad de sugestionarlos, se han realizado en las ciencias sociales.

Traer la literatura especializada en la que debió soportar la experta su declaración carece de sentido a esta altura del proceso, por cuanto ya operó el principio de preclusión para efectos de presentar un fundamento sólido o bien estructurado de su opinión pericial.

Solo queda entonces por examinar si en las entrevistas que se le realizaron a la menor, así como en la decisión que en este aspecto adoptaron los jueces de instancia, subsiste algún tema susceptible de trascender en casación. Esto se hará en el siguiente apartado.

3. El concepto de la psicóloga de la defensa sobre las entrevistas a la víctima menor de edad

3.1. La decisión de los funcionarios

De acuerdo con lo alegado por el demandante, parecería que el Tribunal, en la providencia

objeto del recurso, no valoró el testimonio de Liliana Ivette Sanz Ramírez, experta traída por la defensa, luego de calificarlo como «impertinente».

De hecho, en la decisión recurrida, obran afirmaciones del siguiente tenor:

(i) «[E]s superfluo emitir valoración alguna sobre el concepto emitido por la […] psicóloga de la defensa, quien hiciera una evaluación crítica de las entrevistas rendidas por la menor».

(ii) «[D]ada su impertinencia, [el testimonio de la perito] ni siquiera ha debido decretarse».

Y **(iii)** «la Sala no se detendrá en examinar los conceptos de la perito ya nombrada en relación a la credibilidad o no de la versión de la agraviada».

No obstante, la Corte encuentra que las críticas hechas por el defensor a las entrevistas que un técnico en estudios de policía judicial y una psicóloga del CTI le realizaron a la menor de edad, que a su vez estaban sustentadas en las conclusiones de la experta, fueron analizadas y descartadas por el ad quem. En palabras del fallo de segunda instancia:

> Frente a las demás críticas hechas a las entrevistas, el Tribunal observa que se trató de unas diligencias absolutamente normales, en las que el técnico en estudios de policía judicial de la SIJIN y la psicóloga del CTI hicieron las preguntas necesarias y pertinentes, ninguna de ellas sugestiva ni capciosa, permitiendo que la menor relatara sus experiencias de una manera libre, con naturalidad, tranquila y expresándose en sus propios término.

Al respecto, la postura del Tribunal no solo confirmaba la decisión del a quo, sino además integraba sus argumentos, en el sentido de considerar que los entrevistadores ajustaron su proceder

a los requisitos del protocolo, sin haber recurrido a prácticas sugestivas. Según el a quo:

> Encuentra el Juzgado propicio este momento para señalar que los respectivos informes rendidos por los profesionales Héctor Yovanny Rodríguez Orozco, funcionario del Grupo Operativo de Delitos Sexuales SIJIN -MEBOG-, y la psicóloga de la Fiscalía CTI Susana Dolores Rodríguez Chaparro, en funciones de policía judicial, gozan de plena [sic] credibilidad y serán valorados a fin de adoptar la decisión que en derecho corresponda, sin que puedan ser tachados de infructíferos como lo pretendía hacer ver la defensa […].
>
> […] Observando con detenimiento el procedimiento terapéutico empleado con la menor objeto de tocamientos, y previo a haber evaluado el juicio de verdad y mentira que hace parte del protocolo SATAC, donde por parte de los investigadores, a través de dibujos y señales se le mostró a la pequeña el esquema corporal para que identificara el cuerpo humano y las partes íntimas, se le preguntó si conocía el motivo por el cual se encontraba allí; la niña describió haber sido tocada en su vagina y besada en su boca en repetidas ocasiones por CARLOS ANDRÉS LÓPEZ HOYOS y los lugares donde sucedieron los actos ilícitos.
>
> Entonces, como se vislumbra de lo expuesto, lejos está de poderse pensar que el procedimiento desarrollado por los investigadores adolece de inconsistencias y no puede ser tenido en cuenta para efectos de adoptar decisión en el presente evento, como quiera que, observadas con detenimiento las entrevistas, se entrevé que fueron respetados a plenitud los pasos de que trata el protocolo precitado, sin asistirle razón a quien representa los intereses del procesado cuando advierte que la mayoría de las preguntas realizadas a la menor fueron inducidas o capciosas, pues estas únicamente fueron empleadas para aclarar pormenores respecto a la narración que de manera libre realizó la menor.

En este orden de ideas, las instancias no desconocieron ni en últimas consideraron

irrelevante el contenido de las tesis expuestas por la perito Liliana Ivette Sanz Ramírez. Solamente descartaron las conclusiones fácticas de su postura, es decir, que para los funcionarios la niña de ninguna manera estuvo expuesta a sugestión, ni menos a creación de recuerdos falsos, por parte de los dos investigadores que en distintas ocasiones la interrogaron. O, en palabras de los jueces, se «hicieron las preguntas necesarias y pertinentes», la menor «se encontró libre de presiones e intimidaciones» e hizo un recuento fáctico «con naturalidad […] y expresándose en sus propios términos».

Recuérdese, así mismo, que las instancias no tenían por qué presentar análisis profundos y detallados acerca de dichas afirmaciones periciales, en tanto carecían materialmente de la base técnica, científica o académica de que trata el artículo 415 de la Ley 906 de 2004, como ya se advirtió (2.2)

Ahora bien, ya que el demandante presentó en el escrito un compendio de literatura especializada que en su criterio fundamentaba el testimonio de la perito (y, de paso, la hipótesis de la defensa), la Sala considera oportuno abordar el estudio de las entrevistas efectuadas a la menor a la luz de dicho marco teórico, como si se tratase de la base de la opinión pericial que esta hubiera presentado en su oportuno momento.

Lo anterior, con fines estrictamente pedagógicos, así como de desarrollo de la jurisprudencia, para igualmente descartar en este caso cualquier yerro en el que hubieran podido incurrir los funcionarios ante el riesgo (existente, por demás) de afectar con técnicas sugestivas, o con otros procederes inapropiados, la precisión en los testimonios de los niños, o incluso alterarles su memoria.

3.2. La teoría del caso de la defensa y el sustento traído a colación por el demandante

La propuesta del censor, más allá de sus equívocos en el planteamiento del cargo, estaba orientada a que se reconociera una duda razonable a favor del procesado CARLOS ANDRÉS LÓPEZ HOYOS con sustento en el concepto sostenido por la perito de la defensa, que puede sintetizarse así:

> "La credibilidad otorgada por los jueces a la menor víctima se halla en franca contradicción con la probabilidad de haberla sugestionado y de haberle creado falsos recuerdos debido a las entrevistas mal adelantadas por los investigadores del caso".

La hipótesis de la defensa, así entendida, contiene:

(a) Un componente fáctico, de acuerdo con el cual la niña, durante las entrevistas realizadas antes de su testimonio en el juicio, fue objeto de preguntas sugestivas y de otros procederes contrarios al protocolo que suele seguirse, el SATAC. De esta manera, cuando la menor declaró ante el juez, su memoria ya venía contaminada por episodios de abuso sexual que nunca ocurrieron.

Y **(b)** un componente teórico, integrado a su vez por una serie de enunciados probabilísticos, según los cuales las malas prácticas empleadas por los entrevistadores no solo pueden sugestionar a los menores de edad entrevistados sino además suscitarles recuerdos contrarios a la verdad.

El demandante, como se indicó, aportó varios datos con el fin de apoyar los enunciados probabilísticos que esta hipótesis aludía. Algunas proposiciones en tal sentido, sin embargo, no estaban acompañadas de un sustento racional suficiente.

Por ejemplo, la aserción según la cual "no seguir en forma debida el protocolo SATAC puede ser fuente de sugestión y de creación de falsos recuerdos en los menores" jamás la soportó en

investigaciones anteriores o en observaciones controladas que pudieran dar fe de una serie de eventos estadísticamente significativos, atinentes al éxito del resultado no deseado (esto es, de la sugestión o producción de la falsa memoria) cuando no se siguen las reglas específicas de ese procedimiento.

Más allá de los enunciados de probabilidad que obraban en términos más genéricos, es decir, de aquellos de acuerdo con los cuales "las entrevistas mal practicadas con los menores pueden sugestionarlos y crearles recuerdos falsos", la defensa no aportó datos objetivos que fundamentaran concretamente la propuesta relativa al peligro de alejarse de la metodología con la que procedieron los investigadores. Situación distinta es que se refiriera a otra serie de casos concernientes a la forma de interrogar a los niños, así como a circunstancias afines, que estimaran frecuencias de sugestión e incluso de alteración de memoria en sus eventuales declaraciones.

Tampoco tiene sustento la aseveración según la cual «la información engañosa que pueda introducirse en una entrevista se habrá incorporado a la memoria la próxima vez que se pregunte al niño», circunstancia que para el censor equivale a la «implantación de memoria y creación de recuerdos».

A este respecto, el escrito no aportó datos concluyentes, en tanto también se refirió a eventos en los cuales, a pesar de obtener declaraciones contrarias a la verdad como el resultado de entrevistas sugestivas, estas no se repetían si se dejaban de presentar las irregularidades.

> Varios estudios aportan evidencia directa que sustenta la posición de que los falsos recuentos reflejan cambios básicos en la memoria y todos ellos están relacionados con el hecho de pedir a los menores que expliquen la base de sus falsas afirmaciones en las entrevistas sugestivas. En estos estudios, se pregunta a los menores si el hecho mal contado en realidad

ocurrió y si recuerdan dónde oyeron mencionarlo. Si los menores hacen un recuento inexacto del hecho y luego sostienen que en realidad lo vieron (y no necesariamente recuerdan que se los hayan contado), esto demuestra que hay una falsa creencia.

En otros estudios, se advierte a los menores que el investigador puede haber cometido un error y se les da una segunda oportunidad de hacer un recuento preciso, en respuesta a la técnica sugestiva de la entrevista. Si el menor sigue haciendo un recuento falso, esto constituye un nuevo indicio de que el menor perdió el origen de la sugestión y llegó a creer que el hecho en realidad ocurrió. Al incluir estos procedimientos en los estudios de sugestibilidad, una cantidad significativa de preescolares sostiene que el hecho realmente ocurrió y un número importante no recuerda el origen de la sugestión (v. g. Ceci et al, 1994, b; Leitchmann & Ceci, 1995; Poole & Lindsay, 1995, 1996).

Sin embargo, algunas evidencias recientes [sic] sugieren que, al suspender las entrevistas sugestivas durante un tiempo, se desvanecen los falsos recuerdos de los menores (v. g. Huffman el al, 1996), pues estos sostienen, en forma acertada, que los hechos falsos a los cuales asintieron antes en realidad nunca ocurrieron.

Y, por último, el enunciado «los entrevistadores también pueden […] transmitir, implícita o explícitamente, amenazas, sobornos y recompensas a cambio de la respuesta deseada [de tal manera que] [l]os menores entran en sintonía con esos tonos emocionales y actúan de conformidad» careció de estimación específica, esto es, de un significado estadístico o relacionado con frecuencias susceptibles de mensura. Según el concepto:

Por ejemplo, se pidió a un grupo de menores que recordaran los detalles de una visita que habían hecho al laboratorio de una universidad cuatro años atrás (Goodman et al, 1989). Cuatro años más tarde, en la entrevista de control, los investigadores crearon deliberadamente una atmósfera acusadora, diciéndoles a los menores que los iban a interrogar sobre un hecho importante y advirtiéndoles "¿tienes miedo de contar lo que pasó?; te sentirás mejor una vez lo hayas contado". Pocos menores recordaban el hecho original sucedido hacía cuatro años atrás, pero su desempeño ante las preguntas sugestivas cambió entre los menores. Algunos hicieron

> un recuento falso de que habían sido abrazados o besados, o que alguien les había tomado una foto en el baño, o que alguien los había bañado. Así, los menores pueden dar información incorrecta cuando se les formulan preguntas sugestivas sobre hechos que no recuerdan, si el entrevistador crea un tono emocional acusatorio durante la entrevista [subrayado de la Sala].

La expresión "algunos" de ninguna forma constituye una estimación racional, o relacionada con un riesgo considerable, acerca de la propensión a sugerir en los menores, por medio de amenazas, hechos (ocurridos años atrás) que no existieron. El experimento, a su vez, no alude a la posibilidad, ni menos a la probabilidad, de que los tonos implícitos, los sobornos y las recompensas igualmente produjeran similares resultados.

Por otra parte, hubo enunciados probabilísticos relativos a la hipótesis absolutoria que fueron soportados en el escrito satisfactoriamente. Esto ocurrió con las siguientes aserciones:

(i) «Lo que creen los investigadores sobre un hecho puede influir sobre la precisión de las respuestas de los menores». De acuerdo con la información obrante en la demanda:

> Hay muchos estudios que resaltan los efectos del sesgo del entrevistador sobre la precisión de los recuerdos de los menores (revisado por Ceci & Brack, 1995). En algunos estudios, a los menores se les pide participar en una actividad diseñada para que representen su participación en un hecho determinado. Posteriormente, algunos espectadores desprevenidos, que no presenciaron el hecho, reciben información precisa o falsa sobre los hechos y se les pide que interroguen a los menores sobre el hecho. Los entrevistadores que reciben información falsa no saben que se les está mintiendo deliberadamente para "sesgar" sus hipótesis. En otros estudios, se les pide a los menores que recuerden un hecho ficticio en el cual participaron. Esto lo hace un investigador que intencionalmente transmite un sesgo a veces inconsistente con el hecho. En ambos tipos de estudios, cuando los entrevistadores incluyen datos falsos en sus preguntas, por lo general los menores hacen recuentos imprecisos que coinciden con el "guion" sesgado del entrevistador.
>
> **(ii)** "Las respuestas de los menores a preguntas abiertas suelen ser más precisas que

cuando se les hacen preguntas específicas"

Este hallazgo ha sido registrado consistentemente desde principios del siglo (v.g. ver Ceci & Bruck, 1995) y fue resaltado en un estudio reciente [sic] de Peterson & Bell (1996), quienes entrevistaron a una serie de menores tras haber ingresado a la sala de urgencias de un hospital por haber sufrido lesiones traumáticas. A los menores se les formulaban primero unas preguntas "abiertas" ("cuéntame qué pasó") y luego preguntas más específicas (v.g. "¿en dónde te hiciste daño?" o "¿te lesionaste la rodilla?". La tendencia general de los menores fue la de informar con precisión los detalles más importantes de la recolección libre (91% de precisión), mientras que cuando se les formularon preguntas específicas tendían a cometer más errores (45% de precisión).

(iii) «Cuando a los menores de cuatro (4), seis (6) y ocho (8) años de edad se les formulan preguntas específicas en forma repetida, ya sea dentro de una misma entrevista o a lo largo de varias, no solo disminuye la precisión, sino aumenta el riesgo de que la información sea inexacta»

Los resultados de un estudio realizado por Poole & White ilustran este fenómeno. Estos investigadores examinaron los efectos de las preguntas repetidas durante el curso de una sola entrevista o a lo largo de varias sesiones. En el estudio, un grupo de menores de cuatro, seis y ocho años de edad presenciaron un hecho ambiguo. La mitad de los menores fueron entrevistados inmediatamente después del hecho y posteriormente una semana después. Los demás menores solo fueron entrevistados una semana después del hecho. En cada sesión, todas las preguntas fueron formuladas tres veces. La repetición de preguntas abiertas (v.g. "¿cómo era el hombre?") tuvo poco efecto positivo o negativo sobre las respuestas de los menores. Sin embargo, al repetirles las preguntas para responder con un sí o con un no (v. g. "¿el hombre le hizo daño a Melanie?"), los menores más jóvenes tendían a cambiar sus respuestas, tanto dentro de la misma sesión como a lo largo de varias sesiones. Así mismo, cuando a los menores se les formulaba una pregunta específica sobre algún detalle del que no tenían información (v. g. "¿cómo se ganaba la vida este hombre?", muchos respondieron con meras especulaciones. Más aún, cuando se les repetían las preguntas, tendían a utilizar cada vez menos calificativos,

omitiendo frases como "pudo haber sido" y por lo tanto sonaban cada vez más seguros de lo que decían. En otras palabras, los menores por lo general adivinan con el fin de colaborar, pero tras varias repeticiones no se les nota incertidumbre.

(iv) "Cuando a los menores de cinco (5) años de edad se les entrevista repetidamente sobre hechos falsos, sus recuentos pueden volverse menos confiables":

Por ejemplo, en un estudio (Bruck et al, 1995), un pediatra vacunó a varios menores de cinco años de edad. Un año más tarde, se les entrevistó sobre los detalles más relevantes de esa visita al pediatra. Los menores a quienes se entrevistó repetidamente en forma neutral y no sugestiva respondieron con información precisa sobre la visita al médico. Por el contrario, los menores a quienes se les dio información errada en forma repetida acerca de alguno de los detalles de la visita incorporaron en sus respuestas la información engañosa que fue sugerida en las preguntas (v. g. decían que había sido una mujer la que los vacunó y no el pediatra hombre); también en ese caso describieron hechos imprecisos, aunque estos no hubiesen sido sugeridos en las preguntas (v. g. informaron equívocamente que la mujer que los había vacunado también les había revisado los oídos y la nariz..

(v) "Los muñecos anatómicamente detallados utilizados en las entrevistas pueden llegar a sugerir ideas a los menores de tres (3) y cuatro (4) años de edad, sobre todo a las niñas":

Nuestros estudios más recientes [sic] contienen evidencias que apoyan esta hipótesis (Bruck et al, 1995, b, c). Un grupo de menores de tres y cuatro años de edad fueron sometidos a un examen médico y, en algunos casos, el examen incluyó un examen genital de rutina. Posteriormente, se entrevistó a los menores con respecto al examen. Se les entregó un muñeco anatómico y se les dijo: "muéstrame sobre el muñeco cómo fue que el doctor te tocó los genitales". Una considerable proporción de los menores (especialmente las niñas) procedió a tocar el muñeco, aunque nunca habían sido tocadas en el examen. Más aún, cuando se les formuló la misma pregunta a los menores a quienes sí se les había practicado el examen genital, varios de ellos (especialmente las niñas) indicaron equivocadamente que el doctor había insertado su dedo en la vagina o en el ano, aunque el pediatra nunca hizo tal cosa. Después, se

les dio a los menores una cuchara y un estetoscopio, y se les pidió que indicaran, sobre el muñeco, lo que el doctor hizo o podía hacer con esos instrumentos. Algunos menores señalaron incorrectamente que el doctor había utilizado el estetoscopio para examinar los genitales e incluso hubo algunos que insertaron la cuchara en el orificio vaginal o anal de los muñecos, o la utilizaron para golpear los genitales del muñeco.

(vi) "Si se les pide a los menores, en entrevistas sucesivas, imaginarse que hechos falsos ocurrieron, aumenta la tendencia por parte de estos a decir que dichos hechos tuvieron lugar":

Aquí, se les pidió repetidamente a los menores jóvenes que pensaran en hechos tanto imaginarios como reales y que se formaran una imagen mental de los hechos cada vez que pensaran en uno de ellos. En un estudio (Ceci et al, 1994, b), se observó que, con cada entrevista sucesiva, aumentaba la tendencia de los menores a admitir que un hecho que en realidad nunca sucedió sí había sucedido.

Después de 11 sesiones, se aclaró a los menores que algunos hechos que habían relatado realmente no habían sucedido. No obstante, la mayoría de los menores que habían narrado hechos falsos con anterioridad siguieron aferrándose a sus narraciones falsas.

(vii) "Antes de las entrevistas, los padres pueden sugerir sutilmente a sus hijos en edad preescolar y menores de ocho (8) años hechos que no corresponden a la verdad":

En una serie de estudios, Poole & Lindsay (1995, 1996) han demostrado la forma en que los padres pueden, en forma sutil, sugerirle hechos falsos a sus hijos. En su estudio inicial (poole & Lindsay, 1995), se les pidió a unos preescolares que jugaran con "Sr. Science" en el laboratorio de una universidad. Mientras estuvieron en el laboratorio, los menores participaron en cuatro demostraciones (v. g. levantar latas de aluminio con poleas). Cuatro meses más tarde, los padres de los menores recibieron un libro por correo con la descripción biográfica de la visita de su hijo al laboratorio del Sr. Science. El libro describía dos de los experimentos que el menor había presenciado, junto con otros dos que no había presenciado. Además, todas las historias terminaban con el siguiente recuento imaginario de lo que había sucedido cuando los menores estaban listos para irse: "el Sr. Science le limpió a (nombre del menor) las manos y la

cara con una toallita húmeda. La toallita le alcanzó a llegar a (nombre del menor) muy cerca de la boca y le supo horrible".

Los padres les leyeron el cuento a sus hijos tres veces. Posteriormente, los niños les dijeron a los investigadores que habían participado en algunas demostraciones que, en realidad, solamente habían sido mencionadas en los cuentos que les habían leído sus padres. Por ejemplo, cuando les preguntaban si el Sr. Science les había puesto algo "guácala" en la boca, más de la mitad de los menores respondieron en forma imprecisa con un "sí" y varios ampliaron sus respuestas afirmativas. Cuando les preguntaron ¿"en realidad el Sr. Science te puso algo guácala en la boca o tu mamá te lo leyó en un cuento"?, el 71% de los menores afirmaron que en realidad había sucedido.

[…] Recientemente [sic], Poole & Lindsay (1996) replicaron estos resultados con menores de un rango de edad más amplio (tres a ocho años de edad). Los hallazgos fueron similares en todas las edades, con una excepción. Los procedimientos de monitoreo del origen lograron que los niños mayores, aunque no los más jóvenes, bajaran el índice de reportes de haber experimentado los hechos sugeridos. Es decir, cuando les preguntaron "¿en realidad el Sr. Science te puso algo guácala en la boca o tu mamá te lo leyó en un cuento?", los niños mayores se retractaron de sus afirmaciones anteriores y dijeron que la mamá se los había dicho.

Y **(viii)** "cuando se combinan técnicas sugestivas en una misma entrevista, el efecto nocivo en los preescolares puede ser más marcado de lo que sugieren los estudios que se ocupan de una sola técnica sugestiva":

Dos estudios recientes [sic] sustentan esta conclusión.

El primero (Brack et al, 1997, a) analizó el impacto de entrevistar a los menores en forma repetida y con una combinación de varios procedimientos sugestivos. Se le pidió a un grupo de menores de edad prescolar que hiciera un recuento de dos hechos reales (un castigo reciente y ayudar a una visitante que se había torcido un tobillo) y de dos hechos falsos (ayudarle a una señora a encontrar su mico en el parque y ver a un ladrón cuando robaba la comida de la guardería).

Los menores fueron entrevistados en cinco ocasiones distintas acerca de estos cuatro hechos. En la primera entrevista, se preguntó a los menores si el hecho había ocurrido y, en caso afirmativo, se les pidió que dieran la mayor cantidad de detalles posibles al respecto. Las tres entrevistas siguientes incluían una combinación de técnicas sugestivas de entrevista que, evidentemente, incrementaban las afirmaciones de hechos falsos por parte de los menores. Estas técnicas incluían: (a) la presión de sus coetáneos ("Megan y Shonda estaban allí y me dijeron que tú también estabas"), (b) técnicas de imágenes guiadas ("trata de pensar qué habría podido pasar") y (c) repetir información (errada) y reafirmación selectiva ("es maravilloso que haya niños tan buenos como tú que le ayudan a gente que lo necesita"). El mismo entrevistador interrogó a los menores durante las primeras cuatro entrevistas. En la quinta, cada uno de ellos fue interrogado por un nuevo entrevistador acerca de cada uno de los hechos y de manera no sugestiva.

A lo largo de las cinco entrevistas, todos los menores aceptaron en forma consistente el hecho real de la ayuda. No obstante, inicialmente los menores se mostraron renuentes a hablar del hecho real del castigo y varios negaron que hubiera ocurrido. Con los hechos falsos se registraron patrones similares de revelación; es decir, los menores inicialmente negaron los hechos falsos, pero después de repetidas entrevistas sugestivas comenzaron a aceptar los hechos. A la tercera entrevista, casi todos los menores habían aceptado todos los hechos, tanto verdaderos como falsos, incluso el haber visto a un ladrón robar comida de la guardería. Este patrón continuó hasta el final del experimento. […]

Garven et al (1998) demostraron que la combinación de técnicas sugestivas de entrevista […] puede comprometer la precisión de los recuentos de los menores en una entrevista de 10 minutos. En este estudio, un extraño visitó a un grupo de menores en la guardería y les leyó un cuento. Una semana después, los menores fueron entrevistados acerca de la visita. La mitad de ellos fueron interrogados con preguntas sugestivas (v. g. "¿Manny rompió un muñeco?"). A los demás menores también se les hicieron preguntas sugestivas,

> además de otras técnicas sugestivas, incluso (a) la presión de sus coetáneos ("los otros niños dijeron que"), (b) las consecuencias positivas (alabar al menor por dar ciertas respuestas y decirle que es un buen ayudante), (c) las consecuencias negativas (decirle al menor que esa no fue una respuesta adecuada y repetirle la pregunta), (d) obligarlo a pensarlo bien (se les decía a los menores que pensaran muy bien las preguntas a las cuales habían dicho que "no") y (e) obligarlos a especular (pedirles a los menores que supusieran o dijeran lo que podría haber sucedido). Los menores interrogados con la técnica combinada respondieron correctamente al 42% de las preguntas, a diferencia del índice de precisión del 83% entre los menores interrogados sencillamente con preguntas sugestivas. […] Otro resultado importante de este estudio es que los menores del grupo de sugestión combinado hacían más falsas afirmaciones a medida que la entrevista avanzaba. […] Por consiguiente, los menores aprendieron el tipo de respuestas que el entrevistador quería escuchar.

En resumen, aunque no fundamentó del todo su teoría del caso, el demandante expuso ciertos factores de riesgo que, para las entrevistas a menores, pueden afectar la precisión de sus recuentos fácticos, a saber:

(i) Tener el interrogador sesgos o creencias sobre el caso.

(ii) Preguntar específicamente.

(iii) Preguntar de manera específica y repetida.

(iv) Preguntar específica y repetidamente sobre hechos falsos.

(v) Utilizar muñecos con anatomías detalladas, sobre todo con las niñas.

(vi) Pedir imaginarse un hecho falso (o no corroborado).

(vii) Haber recibido previamente los menores sugerencias por parte de sus padres.

Y **(viii)** combinar técnicas sugestivas.

La incidencia de estos factores, a su vez, suele estar en relación con la edad del menor entrevistado. Los experimentos relativos a la circunstancia **(vii)** involucraban a niños de ocho (8) años; la de la **(iv)**, a menores de cinco (5); la **(v)**, entre tres (3) y cuatro (4) años; y la **(viii)**, niños en preescolar y en edad de guardería, es decir, entre los dos (2) y los cuatro (4) años. La demanda no precisó la edad de los sujetos

estudiados en los experimentos **(i)**, **(ii)**, **(iii)** y **(vi)**, pero el contexto lógico de la situación nos indica que mientras más joven el menor más sometido estará a la sugestión e imprecisión. Como lo insinúa el ejemplo **(vii)**, un niño mayor (en ese caso, de ocho -8- años) podrá ser capaz de retractarse de las afirmaciones mentirosas que le hayan pretendido sugerir o imponer.

Bajo este marco teórico, la Sala abordará el concepto de la psicóloga en aras de establecer si la menor de edad (que con su testimonio en el juicio comprometió la responsabilidad del acusado) pudo haberse determinado por aserciones contrarias a la verdad suscitadas en las entrevistas que durante la etapa de investigación le habrían efectuado.

3.3. El concepto pericial.

El objeto de estudio por parte de la experta fueron las dos (2) entrevistas hechas a la víctima. La primera, realizada por un técnico de policía judicial el 5 de febrero de 2012, esto es, unos dos (2) meses después del último hecho atribuido en los cargos, cuando la interrogada (nacida en agosto de 2002) tenía nueve (9) años. Y la segunda, adelantada por una psicóloga de la Fiscalía el 28 de febrero siguiente. Estos servidores, a su vez, declararon en el juicio oral y aportaron el contenido de sus informes.

Las críticas a las entrevistas expuestas por la perito, aun en el caso de apoyarse en los datos aportados por la censura, carecen de vocación para incidir en las conclusiones fácticas de los jueces. Lo anterior, por diversas razones:

(i) Las intervenciones durante las entrevistas que la perito calificó de "mala praxis" no pueden considerarse como tales. En efecto, son varias las muestras en tal sentido:

ENTREVISTA 1:

P.: Cuando te tocaba, ¿lo hacía por encima o por debajo de la ropa?

R.: Por encima.

P.: ¿Y cuando te daba besos?

R.: También por encima.

OPINIÓN DE LA EXPERTA:

Respuesta a la pregunta sugestiva. Se acomoda a la pregunta.

La pregunta no era indebida ni tampoco se ajustaba a las restricciones del protocolo SATAC aludidas por la psicóloga en su informe, de acuerdo con las cuales «]a pregunta inductiva es la afirmación de

un hecho, seguida por una solicitud de acuerdo».

La expresión cuestionada por la experta (“¿y cuando te daba besos?”) no le sugería ni afirmaba hechos no admitidos a la menor, toda vez que ella había dado lugar a esas preguntas momentos antes, cuando el investigador la interrogaba por las partes de su cuerpo y ella le manifestó que había sido tocada y besada en sus partes íntimas. Así obra en el registro de audio que presentó el técnico de policía judicial cuando testificó en el juicio (y que fue citado parcialmente por la psicóloga):

TRANSCRIPCIÓN DE LA ENTREVISTA (EN EL INFORME DE LA EXPERTA):

ENTREVISTADOR: ¿Tú conoces las partes de tu cuerpo?

MENOR: Sí.

E.: ¿Sí?, ¿me nombras unas partes de tu cuerpo?

M.: Sí, la vagina, los senos, los pies, las manos…

E.: Y esas partes que tú me nombras, la vagina, los senos, ¿son partes qué?

M.: Es que un señor me había tocado por ahí.

E. Eh… pero esas partes ¿tú cómo las conoces?

M.: Partes íntimas.

CONTINUACIÓN DE LA ENTREVISTA (EN EL REGISTRO DE AUDIO):

E.: Tú me dijiste hace un momento que un señor te tocaba las partes de tu cuerpo. ¿Qué señor es él?

M.: Es el novio de mi tía.

E.: ¿Y cómo se llama él?

M.: CARLOS ANDRÉS LÓPEZ HOYOS [lo dicta].

E.: ¿Tú me puedes contar sobre eso?

M.: Sí, él me tocaba y él me daba besos en la vagina.

E.: ¿Eso cuántas veces pasó?

M.: Muchas, más de dos (2) veces.

E.: ¿Y en dónde sucedía eso?

M.: En la casa, en donde mis abuelos y en la casa de él

E.: Tú me dices que te tocaba y te daba besos, cuando te tocaba ¿lo hacía por debajo o por encima de la ropa?

En ese contexto, la pregunta "¿y cuando te daba besos?" se explicaba por la aserción previa de la menor "él me tocaba y él me daba besos en la vagina". No hubo técnica sugestiva ni acomodación por parte de la menor entrevistada.

Otros ejemplos:

ENTREVISTA 1:

E.: ¿Tocaba alguna otra parte de tu cuerpo?

M.: No.

E.: ¿Besaba alguna otra parte de tu cuerpo?

M.: No.

E.: ¿Tú tocabas alguna parte del cuerpo de él?

M.: Sí, un día me obligó.

E.: ¿Te obligó a qué?

M.: A tocarle el pene.

OPINIÓN DE LA EXPERTA:

Preguntas sugestivas.

Dichos interrogantes no sugerían hechos ni buscaban un acuerdo con la menor para su recuento fáctico. Simplemente, trataban de delimitar los alcances de la afirmación espontánea que la niña aportó en la entrevista ("él me tocaba y él me daba besos en la vagina").

Finalmente:

OBSERVACIÓN DE LA PERITO:

> En ninguna de las dos entrevistas que se le realizaron a la menor, se le hicieron preguntas abiertas, por el contrario, todas fueron cerradas y dirigidas.

La experta partió de una circunstancia que no es cierta. La mayoría de las preguntas del primer entrevistador fueron abiertas, como puede observarse de las transcripciones hasta ahora realizadas, por ejemplo: "¿tú me puedes contar sobre eso?". En la segunda entrevista, por su parte, el señalamiento de la víctima obedeció a una de las preguntas más abiertas posibles, "¿sabes por qué estás aquí", ante lo cual respondió: «un señor me tocó y me daba besos». Además, las preguntas que siguieron a ese tipo de afirmaciones tenían que estar, por obvias razones de claridad, circunscritas a los eventos que iba estableciendo la entrevistada, como "¿y dónde fue eso?" o "¿cuántas veces pasó?" (en la entrevista uno -I), o «¿qué pasaba en ese momento?», «¿cómo empezaban a suceder las cosas cuando él te tocaba?» (en la dos -II). En ese contexto, eran admisibles preguntas alternativas (como "¿lo hacía por debajo o por encima de la ropa?") e incluso específicas (como "¿tú tocabas alguna parte del cuerpo de él?"). Estas maneras de adelantar el interrogatorio no pueden considerarse técnicas sugestivas.

(ii) Algunos de los supuestos peligros revelados por la experta no se ajustan a las condiciones y características de los experimentos o series de eventos relacionados en la demanda.

Por un lado, la utilización de 'muñecos anatómicamente detallados' en ambas entrevistas. La psicóloga de la defensa destacó, dentro de la primera diligencia, que el investigador le mostrara a la víctima documentos con dibujos de niños y niñas desnudos para que por medio de estos identificara lo que son las partes íntimas:

ENTREVISTA 1:

> E.: Primero que todo, necesito que me expliques estos dibujos.
>
> M.: Es una niña.

E.: ¿Y este?

M.: Es un niño.

E.: ¿Me puedes hacer un favor? Identificar aquí en este dibujo cuáles son las partes del cuerpo? Sacas una rayita y al frente escribes cómo se llama cada parte.

M.: [Escribe]

E.: Ok, ¿y esta qué figura es?

M.: Es un niño.

E.: ¿Me puedes identificar las partes íntimas?

M.: [Escribe]

E.: ¿Y estas cómo se llaman?

M.: [Escribe]

Para la segunda entrevista, la experta se refirió al uso, por parte de la investigadora, de "muñecas vestidas" con el fin de recrear, junto con la víctima, los escenarios en los cuales se habrían presentado los abusos:

ENTREVISTA 2:

E.: (Saca una muñeca anatómica vestida.) Vamos a asumir que esta eres tú, ¿Ok? Vamos a asumir que este (la mesa) es el camarote, la cama de abajo (le entrega la muñeca). ¿Cómo estabas tú para que eso ocurriera?

M.: (Coge la muñeca y la pone encima de la mesa.) Así.

E.: Estabas acostada.

M.: Sí.

E.: El camarote tiene una parten que es donde están pegadas las patitas de la cama, ¿verdad?

M.: Sí.

E.: Entonces vamos a asumir que esta (la esquina de la mesa) es donde viene una pata de la cama, aquí la otra y aquí (encima) la otra cama. Esta es la cabecera (señala una parte de la mesa), pues obviamente es donde uno pone la cabeza el acá donde pone los pies. ¿Cómo estabas tú

ubicada?

M.: Así.

E.: ¿Así exactamente?

M.: Sí.

E.: ¿Dónde queda la pared?

Ninguna de tales actuaciones se ajusta a los experimentos descritos por el demandante. El enunciado probabilístico que podría considerarse más asociado con el evento descrito (esto es, 3.2, v: "los muñecos anatómicamente detallados pueden llegar a sugerir ideas a los menores de tres -3- y cuatro -4- años de edad") no tenía trascendencia alguna en este asunto.

En efecto, en ninguna entrevista se utilizaron "muñecos anatómicamente detallados". En la uno (I), el técnico le mostró a la menor figuras de niños desnudos para que identificara las partes del cuerpo; en la dos (II), la psicóloga le llevó "muñecas anatómicas vestidas" (en los términos de la experta) con el fin de establecer la posición de los sujetos activo y pasivo durante la ocurrencia de uno de los abusos sexuales denunciados. En segundo lugar, el experimento analizaba la conducta de niñas entre tres (3) y cuatro (4) años; la víctima tenía nueve (9) tanto en la época de los hechos como de las entrevistas. Finalmente, los señalamientos a los órganos genitales en los controles no suponían manifestaciones previas de abuso sexual por parte de los menores; y la niña, durante ambas entrevistas, ya había informado haber sido tocada y besada por el acusado.

El peligro observado en el experimento, por consiguiente, no se realizó en las circunstancias particulares del caso.

Por otro lado, la perito se refirió al problema de recurrir a "imaginaciones guiadas" en la segunda entrevista. De acuerdo con su informe, dicha anomalía se tradujo en interrogantes del siguiente tenor:

ENTREVISTA 2:

E.: Ok. Vamos a asumir que este es él (el muñeco se lo entrega a la niña). ¿Dónde se sitúa o dónde o cómo llega él? ¿Dónde se coloca para que empiece a darte besos?

E.: Ok. Asumamos que esta es tu vagina, ¿cierto? Cógelo con tu mano. Muéstrame ahí cómo era que él hacía o te daba esos besos.

Como ya se precisó (3.2, vi), para que una "imaginación guiada" llegue a convertirse en una tendencia mayoritaria a mentir, esta tendría que darse en el contexto de un número creciente de entrevistas seguidas (en la serie de eventos bajo estudio, once -11); igualmente, el suceso imaginado debía ser contrario a la verdad. El reclamo de la psicóloga, sin embargo, se redujo a lo que pasó en una sola entrevista (la dos -II) y a unas preguntas que, en lugar de referirse a aspectos fácticos sin duda falsos, obedecían a aclarar las circunstancias en las que se presentó la conducta ya anunciada por la menor, esto es, que el acusado la tocaba y besaba en su entrepierna.

Nótese, además, que nada de lo identificado por la perito se corresponde con los riesgos documentados que transcribió el demandante. Las observaciones controladas a las que había hecho alusión se circunscribían a la realización de preguntas específicas y repetidas acerca de hechos falsos, así como a la combinación de técnicas sugestivas o al sesgo previo, ya sea de los investigadores o los padres involucrados. Ni el informe pericial ni la declaración de la psicóloga se referían en realidad a cualquiera de dichos factores.

Por lo tanto, los enunciados de la profesional acerca de la situación de la víctima antes de rendir declaración carecían de datos de propensión relevantes que apoyasen su criterio.

(iii) La experta trajo a colación aseveraciones infundadas sobre el comportamiento de las víctimas en los delitos de abuso sexual que riñen con los parámetros para apreciar la afectación del bien jurídico.

Reclamó la perito en su informe que los entrevistadores no indagaron por otras hipótesis distintas a las de la realidad de los delitos sexuales, como aquella derivada de las buenas notas académicas y excelentes

evaluaciones de comportamiento escolar que presentó la niña durante la época de los hechos.

De acuerdo con la experta, todo «abuso sexual ocasiona una conmoción a nivel emocional que necesariamente afecta los aspectos cognoscitivos, memoria, pensamiento, capacidad de análisis y síntesis, capacidad de aprendizaje, etc.», en los menores de edad.

De hecho, identificó a modo de síntomas de abuso sexual infantil los siguientes:

Físicos:

- Problemas de sueño
- Cambios en los hábitos de comida
- Pérdida de control de esfínteres

Conductuales:

- Hiperactividad
- Bajo rendimiento académico

Emocionales:

- Hostilidad y agresividad
- Depresión
- Ansiedad
- Baja autoestima

Sociales:

- Déficits en habilidades sociales
- Retraimiento social.

Esta postura es equivocada. El bien jurídico que se quiere proteger en los delitos de abuso sexual con

menores (artículos 208 y 209 del Código Penal), tal como lo reconoció la Sala en el fallo CSJ SP, 20 oct. 2010, rad. 33022, «no reside en el amparo de la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de actos de índole sexual, sino en la salvaguardia a favor de quienes no tienen autonomía para determinar en dicho ámbito su comportamiento».

Esto último presupone «que la prohibición normativa debe circunscribirse al ejercicio de relaciones sexuales consentidas con menores [o, en todo caso, sin el uso de la violencia], por lo que si el hecho se perpetra sometiendo la voluntad de quien no ha cumplido catorce años, se configuraría un delito de acceso carnal o acto sexual violento, según sea el caso, agravado en razón de la edad de la víctima (Código Penal, artículos 205, 206 y 211 numeral 4, modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 23 de julio de 2008)».

Como regla general, entonces, los delitos de abuso sexual con menores cuentan con la aquiescencia de sus víctimas. El reproche penal, por lo tanto, no reside en lesionar la voluntad del sujeto pasivo, sino en aprovecharse de la inmadurez que, se presume, es predicable a raíz de la corta edad de la persona abusada (menor de catorce -14- años). De ahí que, desde una perspectiva jurídico penal, se estima «ineficaz toda contribución voluntaria al resultado que provenga de la víctima si tan solo concurre la calidad especial exigida por la norma, que es la atinente a la edad».

Esta presunción acerca de la ausencia de discernimiento y juicio en el menor de catorce (14) años, aunque necesaria, es en todo caso imposible de desvirtuar desde un punto de vista científico, en tanto es más producto de un consenso cultural o de la sociedad que de un factor biológico. Así ha dicho la Sala:

> No es posible establecer mediante el método científico cuándo un menor puede disponer con plena autonomía de su comportamiento sexual y cuándo no.
>
> En efecto, una cosa es la edad en que alguien desarrolla su aparato reproductor en el plano fisiológico (lo que en cualquier caso varía de acuerdo con cada persona) y otra muy distinta es el momento en que acumula las facultades (de diverso orden) necesarias para

> sostener, como a bien tenga, relaciones sexuales con otros individuos. […]
>
> De esta manera, si "el desarrollo del adulto está marcado por hitos sociales determinados por la cultura", es obvio que la capacidad de un niño para ejercer actividades propias de cualquier persona, incluso las sexuales, obedece más a una atribución fruto del consenso (o de los valores dominantes en la sociedad) que a una conclusión de estatus científico (o, lo que es lo mismo, basada en una teoría apoyada en datos empíricos que por la misma vía sea susceptible de refutar).

Lo anterior, por consiguiente, implica el reconocimiento de una amplia variedad de situaciones fácticas en las cuales el menor de catorce (14) años, en realidad, no se vería afectado de ninguna manera por el abuso sexual, e incluso defendería al perpetrador en el entendido de no haber contrariado nunca este su voluntad. La práctica judicial muestra ejemplos de ello de manera frecuente.

También es probable que se presenten repercusiones en el comportamiento de los menores de edad, pero no suscitados en forma directa por el abuso al que se vieron sometidos, sino por las reacciones que se producen dentro de su entorno luego de ser descubiertos los actos o relaciones sexuales.

La lesión del bien jurídico, en cualquier caso, no depende de un resultado concreto ocasionado al sujeto pasivo, sino de un dato de índole objetiva: hallarse el menor en una edad en la cual debe presumirse su incapacidad para sostener relaciones sexuales.

Asegurar, como lo hizo la experta en psicología, que las víctimas de los delitos de abuso sexual infantil terminan con bajo rendimiento académico, dan señales de hiperactividad, se deprimen o actúan de manera agresiva, entre otros rasgos, es un sinsentido teórico. Cada caso tiene sus características en particular y es posible que la conducta de los niños abusados corresponda en ocasiones con la descripción de la perito. Pero ni con la ausencia ni tampoco con la verificación de esa clase de comportamientos se puede construir inferencias razonables acerca de la realización objetiva de los delitos previstos en los artículos 208 y 209 del

Código Penal.

Y **(iv)** la psicóloga presentó juicios de índole moral acerca de la conducta del sujeto pasivo.

La experta, en su informe, analizó el comportamiento de la víctima en las redes sociales y destacó que ella había subido «fotos sugestivas para una menor».

Anexó al dictamen unas fotos, tomadas de Facebook, en las cuales la niña aparece en distintas poses, a saber:

(a) Recostada en un sofá, vestida con un suéter de Hello Kitty, leggins y una falda de jean, con el rostro apoyado en una de sus manos.

(b) Recostada en el mismo sofá, vestida con blusa y jean, en idéntica postura a la anterior.

(c) Parada, de espaldas, vestida con blusa y jean, con el rostro de perfil, mirando hacia el lado derecho.

(d) Parada junto a otra niña, ambas de espaldas, vestidas con blusa y jean, mirando hacia la cámara.

La perito calificó estas fotos de inapropiadas, sugestivas e insinuantes:

> Estas fotos encontradas en el perfil de la menor son unas fotos propias de una mujer no solo mayor que ella, sino muy sugerentes e insinuantes, lo cual deja ver un desarrollo precoz en la expresión de su sexualidad. […] Este tipo de poses son reforzadas por la madre, quien le escribe: "uyyyyyyyy, qué niña tan hermosa… te amo, mi vida".

Adicionalmente, recalcó que las imágenes de las fotos **(iii)** y **(iv)** correspondían a una «posición sugestiva adulta».

Consideraciones de este estilo por parte de la experta no pueden ser acogidas en la judicatura ni menos integrar la base de una opinión pericial. La Sala, en fallos como CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508, «ha rechazado posturas argumentativas en los delitos sexuales que tan solo reflejan los prejuicios, la discriminación por género o las opiniones eminentemente morales de quienes la predican». A su vez, como se dijo en la providencia CSJ SP, 7 sep. 2005, rad. 18455, «las condiciones éticas, sexuales, morales, culturales, políticas, sicológicas, etc., de una persona no la excluyen de ser sujeto pasivo de un delito sexual».

En tanto de índole exclusivamente moral, las aludidas proposiciones de la perito ninguna teoría de absolución penal podían sostener. Calificar de sugestivas o insinuantes las fotos que una menor subía a las redes sociales no deviene en más o menos probable la perpetración en su contra de una conducta de abuso sexual. Por lo demás, estimar que es más propio de una mujer mayor, y no de una niña, posar con ropa cotidiana recostada en un sofá, o parada de espaldas a la cámara, es incluso debatible desde el punto de vista de lo que está mal y lo que está bien.

De hecho, las connotaciones sexuales de una actividad no podían depender de la postura de cualquier observador que la analizase, sino de los datos objetivos que la acompañan o le brindan contexto. Por ende, las afirmaciones de la experta en dichos sentidos no solo eran inadmisibles dentro del proceso, sino además infundadas.

4. La ausencia de una versión plausible de inocencia

4.1. El inciso primero artículo 381 de la Ley 906 de 2004 establece que «[p]ara condenar se requiere el conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio».

En términos epistemológicos, la expresión "conocimiento más allá de toda duda [razonable]" implica la constatación de cualquier "versión plausible de responsabilidad penal sin otras alternativas plausibles de inocencia". Según la doctrina:

En materia penal, la decisión en torno a la culpabilidad de un acusado consiste en que haya

una versión plausible de culpabilidad y que no exista una versión plausible de inocencia; de lo contrario, el juzgador decidirá que el acusado es inocente.

4.2. En este asunto, la Fiscalía presentó una teoría del caso, que puede catalogarse como plausible, según la cual el acusado CARLOS ANDRÉS LÓPEZ HOYOS la besó y la tocó en sus partes íntimas, entre septiembre y diciembre de 2011, en por lo menos tres (3) ocasiones. La sustentó con el testimonio de la víctima menor de edad, al igual que con las declaraciones de investigadores, parientes y allegados.

Por su parte, la teoría subyacente al cargo que propuso el demandante, como ya se precisó (3.2), consistía en aducir que, cuando la menor de edad testificó en el juicio, era probable que tuviese recuerdos 'contaminados', debido a las prácticas sugestivas que sufrió durante las entrevistas que precedieron la práctica de la prueba. Como se vio (3.3), dicha hipótesis no era plausible, en tanto se apoyaba en el testimonio infundado de una psicóloga que ni siquiera aportó una base informada para su opinión.

Ahora bien, en la demanda, en un apartado que intituló «EL REMANENTE PROBATORIO», el censor aludió a otras versiones de inocencia, distintas a las constitutivas del reproche, que a su vez fueron debatidas durante el juicio oral. Estas fueron:

(i) La niña efectuó los señalamientos contra el procesado debido a la mala influencia de su madre, una persona que había denunciado a otros por supuestos delitos sexuales.

De acuerdo con el recurrente, la madre de la víctima, «en oportunidad pasada, había denunciado a otra persona por la presunta comisión de un delito contra su libertad y formación sexual». También, «en tiempos pretéritos, acusó a su padre de realizar actos sexuales»en presencia de dos (2) menores de edad. Y adujo que «su esposo […] realizó atentados sexuales en contra de una de sus sobrinas».

(ii) Los señalamientos contra CARLOS ANDRÉS LÓPEZ HOYOS pudieron provenir del hecho de que la menor vio una vez a sus padres teniendo relaciones sexuales en la ducha.

Esta hipótesis la sustentó el recurrente en el testimonio del abuelo de la menor, del cual trascribió lo siguiente:

[TESTIMONIO DEL ABUELO:] [L]a niña mayor me dijo: "ay, abuelo, cómo le parece que mi papá y mi mamá se meten al baño, y vea, empiezan a hacer yo no sé qué, y cómo le parece que yo les vi todo eso peludo así", con esas palabras y de todo, entonces a mí no me gustó eso, dije yo: "¿por qué a las niñas no les dan la educación que se merecen?", y dejan de estar, ¿cierto?

(iii) Las mentiras de la niña en el juicio pudieron obedecer a la influencia de la telenovela La Rosa de Guadalupe.

La base fáctica de esta hipótesis la extrajo el censor, una vez más, del testimonio del abuelo de la víctima:

[TESTIMONIO DEL ABUELO:] [M]e sentaba con ellas acompañarlas a ver, que "ve, abuelo, veamos tal cosa que nos gusta", que "veamos La Rosa de Guadalupe", ese programa no se lo perdían, lo veía yo con ellas.

[…] Pues le digo más que todo este programa es porque me acuerdo de algo que pues me dejó marcado, porque la niña en cierta ocasión, eso fue el año pasado, para finales del año, que nos tocó cuidarlas, la niña veía el programa, yo ese día estaba era entretenido, cuando me dice: "ay, abuelo, ese muchacho, esa muchacha lo va a mandar, ve, está diciendo cosas que no son y lo va a mandar para la cárcel, y yo, cuando a mí me dé rabia con alguien, que me pellizque, que me haga una cosa o algo así, lo mando para la cárcel"; le dije: "¿y a mí también?"; me dijo: "abuelo, quién sabe, pero a mí el que me saque la rabia me la paga", me decía la niña. Con esas palabras me decía la niña.

Igualmente, del testimonio de la compañera permanente del acusado, tía de la menor víctima, de acuerdo con el cual la niña en cierta ocasión se disgustó con ellos:

PREGUNTA: ¿Usted alguna vez ha tenido una discusión con ella?

RESPUESTA: No, pues tuve una discusión, pues digamos, a ella le dio pues como mal genio, como en enero, que mi hermana, pues nosotros le habíamos prometido que le íbamos a regalar los cuadernos para el estudio. Entonces, pues, por fuerza mayor, no se los pudimos regalar.

P.: ¿Le habían prometido quiénes a ella?

C.: Pues CARLOS ANDRÉS y yo, pues mi hermano en ese momento no tenía trabajo, nosotros le habíamos prometido que nosotros le dábamos los cuadernos porque a ella le encanta estudiar y le fascina tener cuadernos lindos y no sé qué, le íbamos a regalar los cuadernos y pues ella

incluso creía que nosotros teníamos muchísima plata porque un día, en chiste, nosotros estábamos ahí muertos de la risa del Baloto, nosotros que nos ganamos el Baloto y que no sé qué, y ella como que se comió el cuento y decía que nosotros éramos súper tacaños, y nosotros no le íbamos a dar nada, entonces ella sí quedó como molesta porque yo no le, no le pudimos dar los cuadernos.

Y el fundamento teórico lo extrajo el demandante de la declaración de la Psicóloga Liliana Ivette Sanz Ramírez, para quien los programas de televisión influyen de manera negativa en la conducta de los niños:

> La televisión y sus contenidos influyen directamente en el desarrollo de los menores, y en la expresión emocional y de la sexualidad de los niños y los adolescentes. En general, los medios de comunicación transmiten ideologías, saberes y actitudes. Así mismo, según el doctor Tenorio Rodrigo, "también impone y crea conductas y necesidades", lo que llega en el campo de la sexualidad a modificar aspectos culturales. […]
>
> Telenovelas como La Rosa de Guadalupe, muy vista en la actualidad por los niños, trata temas que no son adecuados para los menores de edad, como violaciones, secuestros, consumo de drogas, robos, asesinato, y al final dejan al espectador con la falsa idea de que la virgen los va a salvar.
>
> Existen varios casos alrededor del mundo donde especialmente las niñas, imitando a los personajes de La Rosa de Guadalupe, cometen graves errores como suicidarse, matar, robar o presentar acusaciones falsas. […]
>
> Específicamente con el tema de las falsas denuncias de abuso sexual, y para poner solo un ejemplo, igualmente en México, y dado que allí es donde hay más acceso a la novela por los jóvenes y niñas: "En la subestación de policía Margarita Saldaña de Tijuana, el Coordinador de Comunicación Social del Congreso, Ariel Lizárraga Montero, tuvo una desagradable experiencia cuando una joven lo acusó de abuso sexual.
>
> "Lo anterior, luego de haber acudido por petición de su amiga Ana Bertha Sánchez Hernández a ayudar a la pareja de ella de nombre Alberto Rivas Sandoval, quien en un principio había sido el único inculpado
>
> "La acusación fue hecha por una hija de Sánchez Hernández, quien al percatarse de que

> Lizárraga Montero estaba en la delegación también lo señaló como culpable, ya que argumentó: 'así no podría ayudar a que su padrastro saliera libre'.
>
> Por fortuna, la madre descubrió que la acusación de la menor era falsa y que todo había sido planeado por otra de sus hijas, solo porque su padrastro no le caía bien y quería que se separara de él.
>
> Luego de descubierta la mentira, la autora intelectual del 'teatrito' declaró que se le ocurrió inculparlo cuando vio un caso similar en el programa La Rosa de Guadalupe".

(iv) La realidad de las imputaciones se desvanece cuando se aprecia que la niña, además de evidenciar un nivel académico excelente durante la época de los supuestos abusos sexuales, jamás exteriorizó un comportamiento de tipo negativo o adverso hacia el acusado.

Esta versión la sustentó el recurrente con documentos analizados en la base de la opinión pericial, como boletines de notas, al igual que fotos y conversaciones bajadas de Facebook, en las cuales se advierte una relación cercana entre la niña y CARLOS ANDRÉS LÓPEZ HOYOS. En particular, la psicóloga comentó una fotografía, en la que ambos aparecían bailando durante las fiestas de diciembre de 2011, con estos términos:

> La menor refiere que, en el mes de diciembre, ya CARLOS ANDRÉS la había abusado en varias ocasiones; sin embargo, en los días de Navidad y Año Nuevo, compartió en repetidas ocasiones con él, por su propia voluntad, […] en las fechas navideñas ella lo buscaba para que bailaran, compartieran o jugaran. El 27 de diciembre, como se ve en la foto, bailaron, jugaron y compartieron.

Y **(v)** el escenario en donde ocurrieron los hechos (esto es, una casa pequeña, con tres cuartos y el de la menor contiguo a la cocina) no permitía la realización de los abusos sexuales.

Dicha hipótesis la sostuvo en el informe de investigación presentado por el testigo Iván Darío Moreno, en el que figuran fotos que muestran la distribución de los espacios en la casa del barrio Galán de Bogotá.

Al igual que la principal, estas versiones alternativas de inocencia carecen de fundamentos racionales.

En primer lugar, el hecho de que la madre de la menor haya denunciado o señalado a otras personas por delitos contra la libertad y formación sexuales, por sí solo, no es razón para concluir que lo declarado por la niña en el juicio no se ajusta a la verdad o que dicho proceder había podido afectar su relato. De hecho, esta situación se podía explicar a la luz de la teoría del caso de la Fiscalía, en tanto indicaría que el ambiente en donde vivía la víctima era propicio para abusos sexuales, es decir, que su entorno la hacía más vulnerable. En todo caso, el ejercicio previo del derecho de acceso a la administración de justicia, en estas condiciones, no puede ser un obstáculo para la definición del presente asunto.

En segundo lugar, es por completo irrelevante, además de constituir una declaración de referencia, el relato del abuelo de la menor de acuerdo con el cual la niña le contó que en una ocasión vio a sus padres teniendo relaciones sexuales en la ducha. Se trata de un episodio que ninguna conexión o vínculo de determinación tendría con la posibilidad de haber narrado la víctima en el juicio oral hechos contrarios a la realidad de lo sucedido. El demandante, por lo demás, tampoco se preocupó por explicar tal relación.

En tercer lugar, la hipótesis de los influjos negativos de una telenovela en los señalamientos de la menor carece tanto de sustentos teóricos como fácticos. Por un lado, la profesional en psicología presentó afirmaciones de autoridad acerca de las incidencias de los medios de comunicación en la conducta de los niños, pero ningún dato empírico al respecto. De hecho, estas influencias han sido descartadas en las ciencias sociales, al menos como fuentes generadoras de violencia. Nótese, por lo demás, que la base para asegurar que la telenovela podía provocar en los menores falsas acusaciones de delitos sexuales fue una nota periodística de un portal de noticias del estado mexicano de Baja California. La postura, por ende, ningún rigor científico ostenta.

Por otro lado, ni el testimonio del abuelo de la niña ni el de su tía y compañera permanente del acusado demuestran que los señalamientos de abuso se sostuvieran en motivos de ira, venganza o capricho. La afirmación de la nieta, dentro del contexto que expuso el testigo, podría tener la misma seriedad de la

aserción "tengo tanta hambre que me comería un caballo". Y lo que dijo la otra declarante no establece una razón sólida para haber incriminado injustamente al esposo de la tía, y no a la propia pariente, de quien la niña también fue víctima de la pretendida broma. Este suceso, a la vez, riñe con el enunciado fáctico de la siguiente hipótesis, conforme al cual la menor y CARLOS ANDRÉS LÓPEZ HOYOS eran amigos muy cercanos.

En cuarto lugar, como ya se indicó (3.3.iii), ni el excelente rendimiento académico de la menor ni una relación en buenos términos con el procesado durante la época de los abusos son factores para descartar la realización objetiva de esos delitos. Los tipos de los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000 no requieren, para su estructuración, de un daño concreto en el sujeto pasivo la conducta.

Y, por último, el tamaño de la casa del barrio Galán, al igual que la disposición de los cuartos, no es factor que por sí solo desvirtúe la posibilidad de los encuentros sexuales entre el acusado y la niña. Sostener aquello sería igual a decir que en esa vivienda nunca nadie podría tener intimidad ni procurar espacios a solas para pasar inadvertidos ante los demás.

En este orden de ideas, como la Fiscalía presentó una teoría acerca de los hechos que a la luz de los medios de prueba practicados en el juicio resulta plausible, al contrario de lo que sucedió con la defensa, la decisión confirmatoria del Tribunal se mantendrá incólume.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, **SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Capítulo 6. Conclusiones

Las conclusiones finales obtenidas después de desarrollar la monografía son las siguientes:

1. Los postulados de la lógica que rigen el raciocinio del juez serán los de la lógica formal por tener la importancia de señalar la forma correcta de pensar según los principios de identidad, no contradicción, tercero excluso, en cuanto se contraen a un esquema de pensamiento correcto formalmente considerado; la lógica dialéctica supera el contenido de estos postulados por ser esencialmente una oposición de contrarios.
2. Las reglas de experiencia que se refieren a leyes científicas de amplio conocimiento social no se prueban en el proceso penal.
3. La universalidad de las reglas de experiencia según la Corte Suprema de Justicia puede ser limitada a un ámbito específico de un conglomerado social.
4. El falso raciocinio no puede ser formulado en casación como un alegato de libre confección.
5. Las reglas de experiencia no pueden derivarse de fenómenos ocasionales o esporádicos, sino de circunstancias generales, abstractas y consuetudinarias o permanentemente observadas como reglas en un determinado contexto.

Referencias

Gianturco, V. (1975). Los Indicios En El Proceso Penal Traducción de Julio Romero Soto.

González, C. (2006). LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS Y LA SANA CRÍTICA. Recuperado el 2019, de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100006

Ley 600 de 2000, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Congreso de Colombia). Recuperado el 2019, de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6389

Ley 906 de 2004, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Congreso de la República). Recuperado el 2019, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_09060_204a.html

Llinas, S. ,. (2011). El Error de Hecho. Universidad Nacional de Colombia. Recuperado el 2019, de http://www.bdigital.unal.edu.co/4948/1/694334.2011.pdf

Muñoz, G. M. (2016). LA VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL POR ERRORES DE HECHO EN CASACIÓN PENAL. Recuperado el 2019, de http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n133/0041-9060-vniv-133-00139.pdf

Perez, P. O. (2014). Introduccion Al Estudio De La Casacion Penal. Bogota: Editorial Temis.

Sentencia : SP4923-2017 (Corte Suprema de Justicia, M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA). Recuperado el 2019, de http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1abr2017/SP4923-2017.pdf

Sentencia 18103 de 2013 (Corte Suprema de Justicia). Recuperado el 2019, de http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/TECNICA%20EN%20CASACION8.pdf

Sentencia 36883 de 2011 (Corte Suprema de Justicia, M.P.FERNANDO ALBERTO CASTRO). Recuperado el 2019, de http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/TECNICA%20EN%20CASACION7.pdf

Sentencia A : SP13600-2015 (Corte Supremas de Justicia. M.P.PATRICIA SALAZAR CUELLAR). Recuperado el 2019, de http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2015/SP13600-2015.pdf

Sentencia C-713 de 2008, Referencia: expediente P.E. 030 (Corte Constitucional, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández). Recuperado el 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-713-08.htm

SP1569-2018- Radicación N° 45.889 (Corte Suprema de Justiica, M.P. Patricia Salazar Cuellar). Recuperado el 2019, de http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2016/SP1467-2016.pdf

SP1786-2018- Radicación 42631 (Corte Suprema de Justica, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER).