

# La casación penal por infracción indirecta de la ley. Casación sobre los hechos. La gran estafa de la casación penal

Humberto Enrique Tercero BELLO TABARES\*  
RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 19, 2022, pp. 15-129.

## SUMARIO

**Introducción 1. El mito de la casación como tribunal de derecho 2. La cuestión probatoria y de hecho en la casación penal. El mito de la «soberanía de los jueces de instancia» en la valoración probatoria y establecimiento de los hechos con base en la inmediatez. La gran estafa de la casación penal 3. La casación sobre los hechos en el actual Código Orgánico Procesal Penal 3.1. La casación sobre los hechos reconducida por motivación errónea, ilógica, absurda, arbitraria, incluso insuficiente 3.2. La casación sobre los hechos reconducida por infracción directa del estado constitucional**

---

\* **Universidad Santa María**, Abogado; Especialista en Derecho Procesal; *Magister Scientiarum* en Ciencias Jurídicas, mención «Derecho Procesal»; Doctor en Ciencias Jurídicas; profesor del Doctorado en Derecho Constitucional y en las especializaciones en Derecho Penal y Procesal Civil. **Universidad Central de Venezuela**, profesor de Prácticas Jurídicas III Derecho Probatorio; en la Especialización en Navegación y Comercio Exterior y en el Doctorado en Ciencias mención «Derecho». **Universidad José María Vargas**, profesor de la Especialización en Derecho Procesal, Derecho Administrativo y Derecho Laboral. **Universidad Arturo Michelena**, profesor de la Especialización en Derecho Laboral y Constitucional. NOTA DEL EDITOR: en el 2020, el profesor BELLO TABARES remitió la presente colaboración. Debido a su dimensión, se había acordado en que se dividiría en dos partes; sin embargo, su sorpresivo fallecimiento no permitió lograr ese cometido; por tal razón, a título de homenaje póstumo a una vida dedicada al estudio del Derecho Procesal, se difunde íntegramente en este número de la *Revista*.

*de inocencia* 3.3. *La casación sobre los hechos reconducida por la infracción indirecta de la ley, a través de los falsos juicios de existencia, identidad, raciocinio y legalidad, que permiten el control del contexto descubrimiento y del contexto justificación de la sentencia* 3.4. *La casación penal sobre los hechos y el control del contexto descubrimiento y del contexto justificación de la sentencia* 3.4.1. Contexto o fase descubrimiento o percepción –nivel medio– 3.4.2. Contexto justificación, motivación, resultado o conclusión –nivel resultado–

**4. Errores de hecho en el juzgamiento de los hechos por falsos juicios de existencia, de identidad y de raciocinio** 4.1. *Error de hecho en el juzgamiento de los hechos por falso juicio de existencia* 4.2. *Error de hecho en el juzgamiento de los hechos por falso juicio de identidad* 4.3. *Error de hecho en el juzgamiento de los hechos por falso juicio de existencia*

**5. Error de derecho en el juzgamiento de los hechos por falso juicio de legalidad**

**6. Exclusiones de motivos denunciabiles en Casación Penal**

**7. Efectos de la sentencia de la Casación Penal por errores de hecho y probatorios. Conclusiones**

## Introducción

El recurso de casación es el medio extraordinario y restringido que permite el acceso al Tribunal de Casación para controlar la constitucionalidad y legalidad de las sentencias de última instancia, dictadas –para el caso del sistema penal– por las cortes de apelaciones; constitucionalidad y legalidad que no solo recae sobre la cuestión de derecho, esto es, los errores de derecho, sino también sobre las cuestiones de hecho y probatorias, esto es, la casación sobre los hechos, sobre la cuestión fáctica; en este sentido, tradicionalmente los yerros o falencias denunciabiles en casación suelen escindirse en «errores de procedimiento» o «defecto del procedimiento», que comprenden en general la contravención o inobservancia de las formas sustanciales del proceso que generan indefensión, así como la infracción de las normas procesales

y constitucionales lesivas de los derechos constitucionales, sea la tutela judicial efectiva o el debido proceso, y los «errores de juzgamiento», referidos a la infracción de las normas sustanciales o materiales penales y procesales, esto último que puede ser de manera directa, cuando la falencia se centra directamente en la falta de aplicación, la indebida aplicación o el error de interpretación de la norma jurídica, sustancial o procesal sin conexión alguna respecto al tema de hecho y probatorio, los cuales se sobreentienden correctos y ausentes de errores, o de manera indirecta, cuando el error o la falencia de ubica en el tema fáctico, en la cuestión de hecho y probatorio que, de manera indirecta, conducen a la infracción de la norma sustancial o material penal aplicable al caso, por indebida aplicación, sea de la norma penal contentiva del tipo aplicable o de la norma legal referida al estado de inocencia, así como a la falta de aplicación, sea de la norma penal contentiva del tipo aplicable o de la norma del estado de inocencia, siempre conectado con la mínima actividad probatoria objetiva, congruente, de cargo y suficiente que destruya el estado de inocencia más allá de toda duda razonable, pues si él en el proceso produjo un error de hecho o probatorio que conduce a establecer erradamente los hechos, por ejemplo considerando que hay una mínima actividad probatoria de cargo, la infracción indirecta se producirá por indebida aplicación de la norma penal del tipo acusado y condenado y la falta de aplicación de la norma de la presunción de inocencia; en términos contrarios, si no hay mínima actividad probatoria de cargo y el juez condenó, se habría producido una infracción indirecta, de la norma de la presunción de inocencia por indebida aplicación y la falta de aplicación de la norma contentiva del tipo penal acusado.

En los instrumentos legales que regularon el procedimiento penal durante el sistema inquisitivo, como lo fue el Código de Enjuiciamiento Criminal, aun cuando la prueba era valorada en forma tasada o tarifada, regido por el principio de estabilidad de la prueba, donde aquella formada en el sumario sería considerada en la etapa plenaria, siempre que no fuera desvirtuada por el indiciado, se previó el control de la cuestión de hecho y probatoria, la casación sobre los hechos en el tema penal, lo que se mantuvo, en fiel acatamiento a la historia del recurso de casación en Venezuela, legado del sistema de casación de instancia español, con la entrada en vigencia en el año 1998,

en el Código Orgánico Procesal Penal, que da un vuelco al sistema penal, adentrándonos en el sistema acusatorio.

De esta manera, e incluso estableciéndose un sistema de jurados, se reguló el acceso a la casación penal, cuando se produjeran errores en la cuestión de hecho y probatoria, lo que permitiría controlar el establecimiento y regulación de los hechos del caso concreto, así como la valoración probatoria a través de la sana crítica; mas, al producirse la reforma de 2000, sin ninguna justificación se eliminaría la previsión legal que permitía acceder a casación cuando se produjeran errores en la cuestión fáctica y, a partir de este momento, la Casación Penal comenzaría a construir todo un cuerpo de doctrina que impediría el acceso a la casación y limitaría su función respecto a la cuestión de hecho y probatoria, autoproclamándose como un «tribunal de mero derecho» que no tiene conexión con el tema fáctico, el cual dejaría a la «soberanía de los jueces de instancia», con base en el principio de inmediación, indicando que, siendo ellos los que reciben las pruebas y quienes la valoran conforme a la sana crítica, ni las cortes de apelaciones ni casación podrían revisar el tema de hecho y probatorio, mucho menos al dictar su sentencia propia, establecer hechos, por lo que siempre debían atenerse a los hechos y a las pruebas establecidas en la instancia; con ello se produjeron dos errores: el primero, en convertir a la apelación en una especie de Corte de Casación, con las mismas limitaciones propias del recurso de casación, y el segundo, al crearse una autocensura respecto al tema fáctico y probatorio, al mejor estilo del *Conseil des Parties* francés, escindiendo erradamente la cuestión de hecho y de derecho y, peor aún, dejando a la instancia el poder soberano sobre la cuestión de hecho y probatoria inatacable en alzada y en casación, convalidando las injusticias y las arbitrariedades que, conocidamente, cometen los jueces de juicio en la valoración probatoria y en el establecimiento de los hechos.

El error de casación, y que extendió a las cortes de apelaciones respecto a la limitación del conocimiento, revisión y establecimiento de los hechos, es producto de otro error histórico, como lo es la valoración probatoria con base en la *kinesia*, teoría conductista que fundamenta el análisis del material probatorio en función del estudio del lenguaje corporal y facial, lo que

conduce a una evidente arbitrariedad por el subjetivismo o decisionismo que ello produce, todo en función del mal entendimiento de la intermediación.

Considerando que el tema fáctico y probatorio no puede quedar excluido de la casación –ni siquiera con el argumento poco serio de no preverse expresamente en el Código Orgánico Procesal Penal, pues al indicarse como motivo de casación la infracción de ley, implícitamente comprende la infracción directa e indirecta, esta última que comprende la casación sobre los hechos–, el tema se centra ahora en establecer la vía o fórmula a través de la cual se delatará en casación los errores de hecho y probatorios y los efectos que ello producirá, pues, al respecto, se han construido varias vías, a saber: i. A través de los errores de la motivación; ii. a través de la norma constitucional y legal del estado de inocencia, con o sin conexión con el tema de la motivación, y iii. a través de los falsos juicios de existencia, identidad, raciocinio y legalidad, conectado con la mínima actividad probatoria y la infracción indirecta de la ley, sin conexión con la motivación.

El impedimento de la Casación Penal, por veinte años, de acceder al control de la cuestión de hecho y probatoria –la más importante y donde se ubica la mayor injusticia del caso, al quedar injustificadamente en manos de los jueces de instancia, bajo el argumento de la «soberanía en la valoración probatoria» como consecuencia de la intermediación–, no dudamos de calificarlo como «la gran estafa», «el gran fraude» de la casación penal, que necesariamente, en un Estado constitucional de Derecho y de justicia, debe ser superado, pues el estado actual del sistema de casación penal ha entrado en franco retroceso, contrario al esquema moderno del instituto que tiene como finalidad la justicia del caso –función dikelógica– a propósito de desconocer su propia historia y precedentes mediatos e inmediatos, que le causan al justiciable, y especialmente al acusado, graves perjuicios como consecuencia, insistimos, de criterios retrógrados y manipulados de la Casación Penal y que han sido extendidos a las cortes de apelaciones.

En consideración a lo expresado, es por lo que en el presente artículo analizamos el tema de la casación sobre los hechos en materia penal, el error

de la construida teoría de la «soberanía de instancia en la valoración de las pruebas y en el establecimiento de los hechos», el error de la censura de la revisión del tema fáctico y probatorio, así como el establecimiento de los hechos por parte de las cortes de apelaciones o la propia casación, analizando la vía correcta que debe utilizarse para realizar el control fáctico y probatorio, lo que dará paso a un recurso más eficaz y adaptado al sistema constitucional, con lo cual dejamos de manifiesto el gran engaño que por dos décadas ha mantenido la Casación Penal sin reparado alguno, con la aceptación cómplice y silente del gremio penal, sin reparos desde la academia.

## 1. El mito de la casación como tribunal de derecho

En la construcción de la sentencia judicial, el judicante puede infringir la ley, bien por falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación, extendiéndose incluso a las máximas de experiencia, infracción que se considera directa, cuando la falencia no afecta la cuestión probatoria o de hecho; más cuando el yerro se presenta en la cuestión fáctica, bien por falencias en el procedimiento probatorio, la valoración de las pruebas o en el establecimiento de los hechos, estaremos en presencia de la infracción indirecta de la ley, también censurable por Casación.

El juez puede incurrir en infracción indirecta de la norma jurídica, producto precisamente del yerro en la cuestión probatoria o de hecho, lo que constituye una infracción *facti in iudicando*, que puede adoptar la modalidad de derecho y de hecho, infracción que se produce en el material probatorio y de hecho, a diferencia de la infracción directa, donde se prescinde de las mismas, como sucede en los casos de infracciones en las normas del procedimiento probatorio, en la valoración de las pruebas y en el establecimiento de los hechos, cuando se presentan, respectivamente, falsos juicios de legalidad, de raciocinio, de existencia y de identidad, que, al producir un error en la cuestión de hecho contenida en la premisa menor silogística, estableciéndose erróneamente los hechos del caso, conducirá a una falsa aplicación de la norma jurídica que no resulta aplicable al caso concreto, y a una consecuente falta de aplicación de la norma jurídica o de derecho que sí resulta aplicable al caso debatido, todo lo que puede ser controlado y censurado en casación.

La casación y el recurso de casación cumplen una función trifásica, de protección de la ley, uniformidad de la jurisprudencia y justicia del caso, tratándose en teoría de un recurso que se encuentra restringido al control de la cuestión de derecho, sin permiso de revisar o fiscalizar la cuestión de hecho, limitación que ha sido consecuencia de los estudios que de la casación francesa se han hecho, especialmente los que nos presentó en su momento el insigne CALAMANDREI<sup>1</sup>, pues, si bien el *Conseils des Parties* y luego el tribunal de casación no eran un órgano jurisdiccional y el recurso tenía fines políticos –lo que conduciría a la necesidad del reenvío y a considerar al tribunal de casación como tribunal de derecho, que incluso se ha mantenido en la actualidad, generando una miserable pérdida de tiempo que impide alcanzar la justicia y cumplir con los fines de la casación–, lo que realmente tenía impedido el tribunal de casación era conocer del fondo del asunto, de manera que no se ubica limitación alguna en cuando al conocimiento de la cuestión de hecho, donde podían presentarse falencias censurables en casación.

Esta limitación a la censura de la cuestión de hecho que se le atribuye a la casación francesa, que incluso ha conducido a denominarla como «sistema de casación puro», es producto de la teórica que arrastramos hasta nuestro tiempo, cuando precisamente la doctrina escritural casacionista insiste en calificar al tribunal de casación y al recurso mismo, como de derecho, quien solo por vía excepcional puede descender o entrar a conocer de la cuestión de hecho, lo que nos ubica en la «casación de instancia», «impuro», «bastardo» o «mestizo» y que es la consecuencia de la influencia de la casación española, que desde sus inicios atribuyó el conocimiento del recurso a un órgano jurisdiccional, prescindiendo del reenvío y con competencia para censurar las falencias probatorias y de hecho, siempre dentro de los límites impuestos por la ley, cuando se tratara de denuncias que, de manera indirecta y producto del error probatorio y fáctico, condujeran a la infracción de la norma jurídica.

La casación, como un mero tribunal de derecho limitado en la cuestión probatoria y de hecho, debe ser superada para entender definitivamente que el

<sup>1</sup> CALAMANDREI, Piero: *La casación civil*. T. I, vols. I y II. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1945.

recurso de casación, como recurso jurisdiccional y en el marco de un sistema constitucional y democrático, debe conducir a la justicia del caso, como fin fundamental, quedando relegado a un segundo nivel los fines de protección de la ley –fin retrógrado y en desuso– y de uniformidad, censurando toda clase de falencias o infracciones que contenga el acto jurisdiccional recurrido, que de manera directa o indirecta infraccione la ley, esto último que abarca el control sobre la cuestión probatoria y de hecho, cuando sea la causante de la infracción de la ley que impida la justicia del caso.

Pero, si bien el control de la casación debe extenderse a la cuestión probatoria y de hecho, la función del tribunal de casación no se equipara a la de un tribunal que actúa en sede de apelación, a un tribunal de instancia con plena libertad para controlar y enjuiciar toda la actividad procesal, trátase de actividad de partes o del órgano jurisdiccional, cuestiones probatorias, de hecho y de derecho, dentro de la facultad permitida por el brocardo *iura novit curia* –para la cuestión de derecho–, juzgando así nuevamente el asunto en forma plena e ilimitada, con plena jurisdicción, pues esto nos llevaría a una tercera instancia que acabaría no solo con la institución de la casación, sino al exterminio de las funciones del propio tribunal de casación; por el contrario, el tribunal de casación tiene límites tanto en la cuestión de derecho como de hecho, la primera –infracción de ley– donde el principio *iura novit curia* está prohibido para la casación, quien debe juzgar sobre aquellos errores, yerros o infracciones que hayan sido delatadas por las partes, sin poder extenderse a otros vicios no denunciados, salvo aquellos casos de errores de procedimiento que puedan encuadrarse en el orden público y respecto a los aspectos constitucionales, que pueden ser censurados por la casación aun sin haber sido delatados; más aún, en cuanto a la cuestión probatoria y fáctica, la regla general y propia del denominado «sistema de casación puro» o francés descansó en el espejismo que la casación no juzgaba los hechos, solo el derecho, haciendo una errónea división hecho-derecho, en tanto que en el «sistema de casación instancia» su juzgamiento es permitido a través de los andariveles establecidos en la ley, el juzgamiento de los errores probatorios y de hecho.



Insistiendo con el tema del error histórico que ha impedido a la casación conocer del tema de hecho y probatorio, ello se conecta con la errónea y aparente o imaginaria distinción entre hecho y derecho –producto de los estudios que de la casación francesa se han hecho, especialmente por CALAMANDREI y sus seguidores– en el ámbito del recurso de casación, que viene dado por la función nomofiláctica donde solo se vigila el derecho –centinela de la ley– correspondiéndole a casación el control de la cuestión de derecho, la genuina y correcta interpretación de la ley, sin permiso del control de la cuestión de hecho, referida al establecimiento o fijación de los hechos, su calificación, así como al establecimiento o valoración de las pruebas, que, por demás, se refiere a las actas del expediente que salen de la decisión recurrida, lo que ha sido considerado «soberanía de los jueces de instancia» y cuyo control en sede casacional tiende a desnaturalizar la esencia del recurso y de la función del tribunal de casación, corriente esta que partió del error de considerar que el sistema de casación puro establecía una interdicción de juzgamiento de los hechos, cuando la interdicción se presentaba era en el conocimiento del fondo del asunto luego de casar la sentencia, al no haberse presentado el tribunal de casación como órgano jurisdiccional.

Las modernas tendencias de la casación han develado el equívoco de la tesis antes mencionada, especialmente que la casación francesa no prohibió el conocimiento o censura de la cuestión de hecho, de manera que, si nos quitamos la venda de los ojos y reflexionamos sobre el tema, precisaremos que no puede seguirse fijando una línea divisoria imaginaria, teórica y mitológica de la cuestión de hecho y de derecho, donde solo se permita en sede casacional el control de la última de ellas, lo que obedeció, insistimos, a la historia del recurso y del tribunal de casación posrevolucionario, pues no existe la aplicación del derecho sin una cuestión de hecho que debe ser el producto de las afirmaciones o negaciones fácticas que realicen las partes al ensayar sus pretensiones o excepciones, las cuales deben ser tema de la prueba judicial para el establecimiento o fijación de los hechos del caso concreto a los que debe aplicárseles la norma jurídica para la extraer la consecuencia jurídica convertida en sentencia.

El derecho solo tiene aplicabilidad en el marco de los hechos; el derecho siempre depende y se vincula con los hechos que deben ser tratados, demostrados y debatidos en el proceso, para su debida fijación o establecimiento y posterior aplicación de la cuestión de derecho, lo que, dicho en términos contrarios, equivale a que los hechos no tienen efectividad propia, sino en el marco del derecho; solo tienen relevancia jurídica y efectos en la aplicación del derecho, de manera que el derecho para su aplicación depende de la fijación de los hechos a través de la actividad probatoria, en tanto que los hechos solo tienen aplicación y eficacia en la medida que sirvan como supuestos concretos de una norma jurídica.

La casación donde la revisión de la cuestión de hecho y probatoria quede prohibida, sumado a la prohibición de conocer del fondo por tener que reenviar, se identifica con la llamada «casación pura», en contraposición a la casación que permite el control de la cuestión probatoria y de hecho y el conocimiento sobre el fondo del asunto al producirse el quiebre de la sentencia recurrida, esta se identifica con la llamada «casación impura», «bastarda», «mestiza» o «de instancia»; no obstante, la primera de las casaciones es la verdadera casación impura y bastarda, que no tiene a la justicia como elemento esencial de su actividad o función, que trata el asunto de casación como una mera formalidad burocrática de revisión y control de decisiones judiciales y control exclusivo de la ley, con prescindencia de pruebas y hechos, lo que no atiende al sentido propio del proceso judicial, a su finalidad, que no es otra que la justicia del caso concreto –función dikelógica–; la casación –cuyo principio fundamental se oriente a conocer solo del derecho, la sentencia recurrida como máxima expresión del «Derecho judicial», que es donde se expresa el razonamiento judicial aplicativo e interpretativo de la norma jurídica, que puede conducir a un error de juzgamiento que debe ser atendido y casado por el tribunal de casación, con limitación a conocer o descender a las actas del proceso, para el análisis eventual de la cuestión de hecho y probatoria, que queda reservada a la instancia y cuya competencia no puede ser invadida por el órgano de casación– no es más que una verdadera casación burocrática y alejada de las nuevas tendencias sobre la materia, desconociendo que el error o yerro también puede ubicarse en el tratamiento de los hechos y de las pruebas

por parte de los jueces de instancia, que indirectamente puede generar lesión de la norma jurídica; esta es la «casación pura».

La distinción entre hecho y derecho como elemento determinante de la función de la casación hoy se torna intolerable e irritable, mucho más cuando se trata de dos aspectos dependientes uno del otro y cuando la actividad judicial de establecimiento de los hechos, construcción de la premisa silogística fáctica o fijación de los hechos, así como la valoración de las pruebas, es cuestión que no queda al libre, irrestricto e incontrolable criterio de la instancia –la llamada «soberanía de los jueces de instancia»–; por el contrario, la fijación de hechos controvertidos y de valoración de las pruebas por parte de los jueces de instancia se encuentra sujeta a las reglas de la sana crítica del juez, donde el juzgador se encuentra restringido por criterios racionales, razonables, lógicos, no absurdos ni lesivos de la experiencia, ubicados dentro de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, controlables y censurable en casación cuando sean erróneos, a través de equívocos que enrostran falsos juicios en la cuestión probatoria y de hecho, sea falso juicio de existencia positivo o negativo, falso juicio de identidad, falso juicio de legalidad o falso juicio de raciocinio, que afectan el establecimiento o valoración de los hechos y de las pruebas.

La función dikelógica en el actual sistema de casación, como verdadera finalidad del instituto, por encima de la nomofilaquia y la unificación, que incluso permite cumplir con estos dos últimos fines, orienta la actividad de casación y la finalidad del recurso hacia la posibilidad de conocer de las actas del proceso, de revisar y fiscalizar, en la medida que se hagan las denuncias pertinentes, la cuestión de hecho y probatoria, para determinar si el yerro en esta actividad por parte del juzgador condujo a la infracción indirecta de la norma jurídica, especialmente si entendemos que la cuestión de hecho y probatoria por parte de la instancia no es libre, sino que debe hacerse conforme a las normas jurídicas reguladoras de la actividad establecedora y calificativa de los hechos y de las pruebas, incluso en aquellos casos donde la actividad probatoria de valoración –como hemos indicado– se realice conforme a las reglas de la sana crítica, donde la actividad del juzgador se ubica dentro

de los límites de la lógica y experiencia, actividad que no puede quedar fuera del control de casación bajo el infame argumento de la «soberanía de los jueces de instancia», que ha representado otro gran error histórico –que veremos en el punto siguiente– y que ha sido utilizado por casación para conocer del tema probatorio, especialmente cuando estamos en presencia de procedimientos orales regidos por principios de inmediación, contradicción y concentración.

Lo planteado no es baladí, pues en las modernas tendencias, y conforme a la evolución del instituto de la casación, la cuestión de hecho y probatoria ha tomado un rol protagónico, presentándose como un tema prioritario en la revisión de las sentencias recurridas en casación, siempre en el marco de la previa denuncia de los errores de juzgamiento que de manera indirecta lesionan la norma aplicable al caso, que privilegia la función dikelógica sobre las otras propias del recurso de casación. Este protagonismo ha sido el producto de la presencia de errores en la cuestión de hecho y probatoria, especialmente en el tema de la valoración de las pruebas por parte de los jueces de instancia y en la fijación de los hechos debatidos, que generalmente en las legislaciones no encuentra motivos para ser recurridos en casación, lo que ha obligado a los tribunales de casación a crear un cuerpo de doctrina que permite el control de estas falencias a través de vías como la motivación errónea, ilógica, absurda, insuficiente, basada en errores cometidos en la cuestión de hecho y probatoria, de la denuncia de la presunción de inocencia, que permite el control de la cuestión de hecho y probatoria, generando indebida aplicación, así como por la denuncia de los falsos juicios, sea falso juicio de existencia positivo o negativo, falso juicio de identidad, falso juicio de legalidad o falso juicio de raciocinio.

Como corolario de lo dicho tenemos: i. Resulta un error histórico, un mito entender que casación es un mero tribunal de derecho que tiene prohibido el control de la cuestión probatoria y de hecho; ii. este error ha sido consecuencia del mal entendimiento de la casación francesa, especialmente de los estudios de CALAMANDREI, quien consideró a la casación francesa como pura, que no revisaba hechos, pruebas ni errores de procedimiento; iii. la única

limitación que tenía el *Conseil des Parties*, y luego el Tribunal de Casación, era conocer del fondo del asunto luego de casada la sentencia, por no obedecer su naturaleza a un órgano jurisdiccional sino político; iv. el *Conseil des Parties*, y luego el Tribunal de Casación, se presentaron como un tribunal de derecho, esto último que debe entenderse como binomio hecho y derecho, pues los hechos no tienen consecuencia y efectos jurídicos sin el derecho, y el derecho no tiene aplicabilidad sin los hechos; v. No puede seguirse manteniendo la distinción hecho y derecho para sostener que la casación solo conoce del último, lo que ha sido consecuencia –como hemos visto– del error histórico del estudio del viejo instituto francés y de la división hecho-derecho, generalmente para restringir el acceso a casación de la cuestión de hecho, con el fin de disminuir el trabajo de casación, y vi. tampoco resulta correcto impedir el acceso a casación de la cuestión de hecho y probatoria, con el argumento de la «soberanía de los jueces de instancia», especialmente respecto a la valoración probatoria y establecimiento o fijación de los hechos en procedimientos orales, ello en función de la oralidad para tales procedimientos. Respecto a este último punto, y para el caso de la casación penal, trataremos lo pertinente en el punto que sigue.

## **2. La cuestión probatoria y de hecho en la casación penal. El mito de la «soberanía de los jueces de instancia» en la valoración probatoria y establecimiento de los hechos con base en la inmediación. La gran estafa de la casación penal**

La gran estafa de la casación penal en los últimos veinte años, y con ocasión a la entrada en vigencia del Código Orgánica Procesal Penal en el año 1999, que adoptó el sistema acusatorio, dejando atrás el sistema inquisitivo que le precedió, se ubica en el desprecio injustificado y arbitrario de la Sala de Casación Penal de conocer los errores de hecho y probatorios que se producen en el proceso, la forma como se establecieron y fijaron los hechos, la valoración de las fuentes probatorias y su comparación con los hechos institucionales que se debaten en el proceso para, en definitiva, concretarse el tema fáctico, donde pueden enrostrarse falencias que van desde la «traslación», pasando por la «fijación», hasta la «comparación» de la actividad probatoria allegada

al proceso, sea en la proposición, admisión, evacuación, valoración o comparación de las fuentes probatorias, para establecer o fijar los hechos debatidos en el proceso –el sustrato fáctico– mediante falsos juicios de legalidad, de existencia, de identidad o de raciocinio, que de manera indirecta vulneran la norma jurídica aplicable al caso –infracción indirecta de la ley–, sea el tipo penal acusado o la norma de absolución, sea por falsa o indebida aplicación o por falta de aplicación, lo que se conectará siempre con el estado constitucional de inocencia como derecho de contenido constitucional y legal, que obliga al análisis de la mínima actividad probatoria objetiva, congruente, de cargo y suficiente cursante en autos, pues ella será la que, en definitiva, determine si se logró romper o no con la membrana del estado de inocencia; falencia que conducirá al quiebre de la sentencia con base en su determinación o influencia en las resultas del proceso y que permitirán a la casación, luego de demolido en fallo recurrido y con prescindencia del reenvío –suprimido correctamente en el actual esquema acusatorio–, dictar una sentencia propia, ya no como tribunal de casación, sino subrogado como cortes de apelaciones con todas las facultades y limitaciones que le son propias a esta última, pues el dictado de la sentencia propia se ubica en un momento del proceso de casación, donde la Sala de Casación Penal se despoja de su investidura de casación, que culmina en el momento que se casa la sentencia, donde queda habilitada para dictar la indicada sentencia propia que ponga fin a la controversia, salvo que se haga necesario la realización de un nuevo debate sobre los hechos, por exigencia de la inmediación y la contradicción, lo que dependerá del andarivel recursivo que haya indicado el recurrente para tratar el error de hecho y probatorio, pues, y solo a modo de ejemplo, si el error se ubicó en la valoración probatoria a través de la denuncia del falso juicio de raciocinio, no se requeriría de una reposición para un nuevo debate y la Casación dictaría su sentencia propia subrogado en corte de apelaciones.

Han sido tres factores los que han llevado a la Casación Penal a diseñar arbitrariamente la revisión del tema de hecho y probatorio, a saber: i. El principio de inmediación tergiversado –entendemos con premeditación y alevosía por la indiferencia de la Sala de Casación Penal, pues lo contrario nos conduciría a plantear la ignorancia–; ii. la valoración probatoria

irracional y absurda basada en el conductismo subjetivo, en la teoría conductista o conductual propia de la psicología de la declaración de los años 70 del siglo pasado, que se basa en el estudio y análisis del lenguaje corporal y facial de los órganos probatorios, sus reacciones y no en el contenido y contexto de la declaración, y iii. la errada división hecho-derecho.

Estos tres factores han sido la lamentable excusa que ha pretendido justificar la obscura mentira que, en los últimos veinte años, ha permitido a los jueces de juicio ser intocables e incuestionables en el tratamiento de la cuestión de hecho y probatoria, basado en una supuesta «soberanía de los jueces de instancia» que hace incuestionable por la vía de los recursos, sea apelación o casación, cualquier tema de hecho y probatoria, quedando en consecuencia firme, establecido y como cierto cualquier falencia o error de hecho y probatorio que surja en el juicio de la instancia, que con la omisión subsana la apelación y la casación; incluso, y desde la Casación Penal, se ha impuesto toda una doctrina arbitraria y perversa que no tiene base ni constitucional ni legal, que ha limitado e impedido a las cortes de apelaciones conocer de errores de hecho y probatorio, basado en esa «soberanía de los jueces de instancia»<sup>2</sup>,

<sup>2</sup> *Vid.* TSJ/SCP, sent. N.º 231, de 10-07-14, donde se establece lo siguiente: «Las cortes de apelaciones poseen límites legales en cuanto al análisis de las pruebas y el establecimiento de los hechos siendo esta actividad propia del tribunal de juicio, por ser en esa fase del proceso donde se desarrolla el debate oral y público...»; en TSJ/SCP, sent. N.º 103, de 22-03-11, se indicaría: «... la labor de analizar y relacionar todos los elementos existentes en el expediente y valorar todas las pruebas conforme al sistema de sana crítica, contenido en el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia; corresponden a los jueces de juicio, pues son ellos los que presencian el debate según los principios de inmediación y contradicción, siendo esta instancia la que determina los hechos en el proceso y no la Corte de Apelaciones, pues su rol es revisar que no existan vicios que de las pruebas haya hecho la sentencia de primera instancia»; en forma idéntica sents. N.ºs 271, de 16-07-13 y 97, de 05-04-13, esta última indicaría: «Las cortes de apelaciones solo pueden expresar si el tribunal de juicio analizó las pruebas en atención a las previsiones del ordenamiento jurídico, si alguna prueba es ilícita, o si las valoró con apego a las reglas de la lógica, lo que no podrá hacer, se insiste para dejarlo claro, será valorarlas para modificar los hechos fijados por el tribunal competente para ello»; en sent. N.º 56,

que han convertido a la apelación en una especie de corte de casación, cerrándose de esta manera, tanto en la instancia –cortes de apelaciones– como en casación, toda revisión del tema fáctico, para convertirlos en tribunales de mero derecho que desprecian el tema de hecho y probatorio<sup>3</sup>; en este

---

de 25-02-14, se indicó: «A las cortes de apelaciones les está prohibido dictar una decisión propia estableciendo hechos nuevos o consideraciones y desvirtuando pruebas ya fijadas por el tribunal de instancia, la cual atentaría contra el principio de inmediación que garantiza el sistema acusatorio»; igual en sent. N.º 330, de 03-07-08; en sent. N.º 98, de 20-02-08, se indicaría que: «Las cortes de apelaciones no conoce de los hechos de manera directa e inmediata sino indirecta y mediata, ni tampoco valora pruebas ya establecidas en el juicio de instancia, ya que es un tribunal que conoce de derecho y de los posibles vicios cometidos en el proceso que precede a la sentencia...»; en sent. N.º 486, de 17-12-13, se indicó: «Las cortes de apelaciones no pueden valorar pruebas fijadas en el juicio de primera instancia con criterios propios ni establecer los hechos del proceso por su cuenta, siendo que, la labor del tribunal de alzada se reduce, a constatar que el tribunal de juicio dispuso de medios de prueba suficientes para emitir un juicio de culpabilidad contra el acusado; determinando además, si las pruebas evacuadas en el debate oral respetaron los principios de concentración, publicidad, oralidad e inmediación acordes con el régimen probatorio previsto en el sistema acusatorio...»; en sent. N.º 36, de 06-02-15, se indicaría: «Los impugnantes no pueden emplear el recurso de casación para que sean analizados argumentos referidos al estudio y valoración de pruebas, orientados a demostrar o no la responsabilidad penal del imputado en los hechos objeto del proceso, ya que éstos son propios del debate que se realiza en la fase del juicio oral y público»; lo propio en sents. N.ºs 209, de 26-06-14; 349, de 09-10-13; 203, de 25-05-14; 115, de 28-02-08; 493, de 17-12-13; 98, de 05-04-13; 203, de 25-06-14 y 100, de 20-02-08; en sent. N.º 388, de 06-11-13, dijo: «La Sala advierte que los jueces son soberanos para apreciar los hechos y deducir de ellos indicios o presunciones, pero es menester destacar que esa soberanía de apreciación no los exime de la obligación de especificar en la sentencia, cuáles son las presunciones o indicios que han servido de fundamento a su decisión»; en sent. N.º 29, de 14-02-13, se indicaría: «Los vicios referidos a la valoración de los elementos probatorios no son censurables ni por las cortes de apelaciones ni por la Sala de Casación Penal, pues de acuerdo a los principios de oralidad, inmediación y contradicción, esta facultad es exclusiva de los jueces de juicio»; ver igual sent. N.º 120, de 08-04-14.

<sup>3</sup> En el nuevo esquema acusatorio, el tema de la apelación varió la regulación contenida en el otrora Código de Enjuiciamiento Criminal no solo respecto a la competencia plena que tenía la alzada de conocer y decidir el tema planteado, sino también en cuanto a la limitación como si se tratara de la misma instancia, conocimiento y revisando tanto



sentido y en línea general, se indica que la valoración de las pruebas y el establecimiento de los hechos es un tema que corresponde a la instancia, por ser esta quien recibe las pruebas y quien tiene inmediación, concentración y contradicción; que el establecimiento de los hechos luego de analizadas las

---

la cuestión de hecho y probatoria como de derecho, lo que hacía inscribir al recurso de apelación en un «sistema intermedio» entre la «apelación libre» y la «apelación limitada», esto es, una «apelación limitada atenuada» donde hay la posibilidad por vía excepcional del *ius novorum* y el *novum iudicium* al permitirse en la alzada hechos sobrevenidos y pruebas que obedezcan a determinadas circunstancias no imputables a la negligencia de las partes, como, por ejemplo, hechos y pruebas nuevas, que fueran desconocidas para la oportunidad de su señalamiento o aportación en la instancia, resistencia de la instancia en materializar la prueba y denegación injustificada que puede ser replanteada en la alzada sin reposición, todo lo que se presenta modernamente en la distinción de la apelación como un *novum iudicium* o como *revisio prioris instantiae*, la apelación como sistema de renovación o de revisión, donde mediante la primera –*novum iudicium*– la alzada adquiere plena jurisdicción para resolver el asunto debatido, tanto en la cuestión de hecho y prueba como de derecho, tal como si fuera la instancia sin limitación y sin estar condicionado a lo que se hubiera decidido en la instancia, nuevo juicio que puede estar basado en el mismo material instructorio o excepcionalmente permitiendo a las partes nuevas alegaciones de ataque o defensa, así como nuevas pruebas, lo que en definitiva constituiría el *ius novorum* o renovación; por su parte, y respecto a la *revisio prioris instantiae*, no se entraña la celebración de un nuevo juicio –renovación–, sino la revisión de la instancia, con el objeto de comprobar la exactitud o inexactitud de los resultados obtenidos en el proceso originario. Conforme a los artículos 50 y siguientes del precitado Código de Enjuiciamiento Criminal, se reguló una apelación libre atenuada, sin limitación de conocimiento a la alzada, muy diferente al actual esquema del Código Orgánico Procesal Penal, que solo permite el ejercicio de la apelación por los motivos expresos establecidos en el artículo 444, que prevé un abanico de supuestos perfectamente encuadrables en errores de procedimiento y juzgamiento, siendo viable incluso la denuncia de errores de hecho y probatorios, sea mediante la delación de infracción de normas relativas a la oralidad, inmediación, concentración o publicidad, la motivación contradictoria o ilógica, el quebrantamiento u omisión de las formas sustanciales de los actos que generen indefensión, la prueba ilícita y la incorporada al proceso con infracción de la inmediación y finalmente, la infracción indirecta de la norma jurídica infringida por falsa y, falta de aplicación, donde se ubicarían los casos de falso juicio de existencia, legalidad, identidad y raciocinio. En el nuevo esquema acusatorio, dependiendo del andarivel recursivo utilizado por el recurrente, los efectos de la sentencia de las cortes de

pruebas a través de la sana crítica, al compararse las fuentes probatorias con los hechos debatidos en el proceso, es propio y exclusivo de la instancia, no pudiéndose cuestionar, vía recursiva, la forma como se establecieron los hechos y como se valoraron las pruebas, y aunque eventualmente las cortes de apelaciones tienen facultad de revisar la forma como se valoraron las pruebas, esto es, si las mismas fueron analizadas conforme a la sana crítica, si son ilegales o ilícitas, no pueden hacer una valoración propia que modifique o cambie el tema fáctico, así como establecer los hechos en forma diferente a cómo quedaron fijados en la instancia; ello bajo el argumento poco serio no solo de la precitada «soberanía de la instancia», sino como consecuencia de no tener las cortes de apelaciones la inmediación propia de la instancia. De ahí que se indique que no puedan establecer hechos ni valorar pruebas cuando dicten su sentencia propia, en cuyo caso, solo pueden revertir la decisión recurrida por un tema de derecho, y siempre que se mantengan y respeten los hechos valorados y fijados por la instancia.

En el esquema actual de la casación penal, el único que valora fuentes probatorias, y fija o establece los hechos del caso, es el juez de juicio ante quien se

---

apelaciones varían, de manera que y salvo la infracción de ley –artículo 444.5– todos los demás supuestos conducen a una sentencia repositoria al estado de celebrar una audiencia oral, pero, en casos de infracción de ley, las cortes de apelaciones dictarán su sentencia propia sobre el asunto ateniéndose a los hechos establecidos en la instancia y siempre que fuera necesario por razones de inmediación y contradicción, un nuevo juicio oral y público. Como se observa, el nuevo esquema de la apelación se ubica en una rancia e inconstitucional «apelación limitada», donde la alzada no tiene plena jurisdicción, como si de un recurso extraordinario se tratara, un recurso de casación, incluso, la previsión de los motivos recursivos, son más explícitos que los del propio recurso de casación, pero, y respecto a la decisión del recurso, la contradicción es evidente, pues mientras se permite cuestionar vía apelación el tema de hecho y probatorio, paradójicamente, no se permite en la sentencia propia valorar pruebas y establecer hechos; se convierte a la apelación en una especie de casación que interdicta a la alzada a establecer hechos y valorar pruebas, producto precisamente del mal entendimiento de la inmediación, que lesiona de manera directa la tutela judicial efectiva y que, pasados veinte años, a nadie se le ha ocurrido desaplicar por control difuso el contenido del artículo 449 de precitado Código Orgánico Procesal Penal.

realiza con inmediación la actividad probatoria y quien aplica en su valoración la sana crítica contenida en el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal. Cuando se presenta un error de hecho o probatorio en la sentencia de juicio dictada en la instancia, incluso el vicio de silencio de pruebas, la denuncia correspondiente ante las cortes de apelaciones debe hacerse por el andarivel del artículo 444.2 *eiusdem*, esto es, por inmotivación<sup>4</sup>, denuncia que debe ser revisada y decidida por la alzada, que, en caso de ser detectada y tratándose de un error determinante, conducirá en los términos del artículo 449 *ibidem*, al efecto repositorio, sin que las cortes de apelaciones puedan dictar una sentencia propia. En casación –según el criterio de la Sala Penal– no puede denunciarse la infracción del artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, por no poder esta revisar la sentencia del juez de juicio,

<sup>4</sup> Aunque el artículo 444.2 del Código Orgánico Procesal Penal regula como motivos de apelación la «falta», «contradicción» o «ilogicidad» manifiesta en la motivación, la primera obedece a la inmotivación, la segunda a una de sus modalidades y la tercera a la motivación errónea o arbitraria; la Casación Penal en forma errada da tratamiento igualitario a los tres supuestos, considerándolos como inmotivación, lo que deja en evidencia que la misma no entiende lo que es la ilogicidad en la motivación. En ese sentido, TSJ/SCP, sent. N.º 291, de 06-08-13, indicaría: «La Sala aprecia que existe ilogicidad y contradicción debido a la incongruencia entre la parte motiva y resolutive...»; en sent. N.º 93, de 05-04-13: «La inmotivación del fallo causa indefensión a la parte...», en esta ocasión la Casación Penal identifica la inmotivación con el vicio de indefensión. La Sala Penal, como indicamos, confunde los supuestos o motivos referidos a la inmotivación, motivación contradictoria e ilógica, pero además los identifica erradamente con la incongruencia, como se desprende de la sent. N.º 240, de 22-07-14, al señalar: «Es oportuno indicar que la falta de fundamentación o inmotivación de las sentencias o autos, dictadas por las cortes de apelaciones, se comprobará: i. Cuando omita la explicación clara y concisa del basamento del dispositivo; ii. cuando no se relacione con los argumentos expuestos por el impugnante; iii. cuando contenga contradicciones graves e irreconciliables; vi. cuando emita razonamientos vagos y generales sobre el criterio adoptado; y v. cuando de ser promovidas, silencien las pruebas contenidas en el recurso de apelación»; en sent. N.º 93, de 19-02-08, la Casación Penal indicaría: «Constituye una obligación para las cortes de apelaciones, a los fines de no incurrir en el vicio de inmotivación de sus sentencias, el pronunciamiento sobre cada uno de los puntos que constituyen los motivos del recurso de apelación admitido, a los fines de obtener el apelante una respuesta clara, precisa y fundamentada sobre la resolución jurídicas de sus pretensiones».

limitándose solo a la revisión de las cortes de apelaciones, y esta, salvo que hubiesen sido promovidas y evacuadas pruebas en la alzada –artículos 440 y 445– no valoran pruebas. Realizada la denuncia de inmotivación por el error de hecho y probatorio en que incurrió la instancia, las cortes de apelaciones tienen la obligación de emitir un pronunciamiento motivado al respecto, en cuyo caso el tema de hecho y probatorio quedaría definitivamente cerrado y no podría volverse a plantear en casación, ni solicitarse que se revisara el pronunciamiento hecho al respecto; pero, en caso de que las cortes de apelaciones no se pronunciaran respecto a la denuncia de los errores en la motivación o de la inmotivación por infracciones en las cuestiones de hecho y probatorias, es que podría denunciarse en casación el vicio, pero, y según el criterio de Sala de Casación, por el carril de la incongruencia, de la inmotivación o de la indefensión, lo que en forma alguna conducía al análisis de la cuestión de hecho y probatoria, pues la casación se limitaría a verificar si el vicio de hecho y probatorio fue delatado ante las cortes y si esta se pronunció motivadamente al respecto, en cuyo caso, y de detectarse el vicio, el efecto de la sentencia de Casación sería repositorio y no el dictado de la sentencia propia.

Este criterio de la Casación Penal lo que hace es rehuir al conocimiento de la cuestión de hecho y probatoria, de su propia función como órgano jurisdiccional que conoce tanto de los hechos como del derecho, posiblemente para descargar trabajo, lo que en forma alguna justifica la posición asumida y, lo que es peor aún, ha hecho extensible esta equivocación a las cortes de apelaciones.

Y es que ninguno de los factores señalados por la Casación Penal representa ciertamente argumentos jurídicos sólidos, para que desprecie el conocimiento del tema fáctico probatorio, mucho menos las cortes de apelaciones por imposición arbitraria de la Casación –como hemos visto–, pues analizando el primero de los factores y partiendo del error histórico de la inmediatez, se ha pretendido que, en los procedimientos de corte oral, la exclusividad de la valoración de las fuentes probatorias y el establecimiento de los hechos quede en manos de los jueces que realizan la audiencia oral de juicio o probatorio, ante quien se debate el tema probatorio, fijándose una imaginada, pero real

y arbitraria, no menos inconstitucional e ilegal, «soberanía de los jueces de instancia en la valoración probatoria y en la fijación de los hechos».

Este error no solo es consecuencia de no entenderse realmente lo que es la intermediación, pues, y sin perjuicio que la misma, puede ser de primero o segundo grado, incluso de tercero y cuarto grado, intermediación directa e indirecta y sin perjuicio que en los procedimientos orales, y salvo la inspección o reconocimiento judicial, la intermediación del judicante no lo es respecto a las fuentes probatorias que sirven para establecer los hechos al ser comparados con las afirmaciones o negaciones fácticas que las partes debaten y que aportan al proceso en sus escritos de acusación y defensa –hechos institucionales– de manera que la verdadera intermediación del juez es respecto a los medios probatorios; pero, en cuanto a las fuentes que trasladan los medios y que son los que sirven para el establecimiento de los hechos, sea declaración de parte, confesión, testigos, indicios, instrumentos públicos o privados, documentos en general, experticia, en general, la intermediación siempre será de segundo grado, donde el juez percibirá los hechos de segunda mano, en función de las declaraciones de los órganos probatorios. De ahí que realmente, insistimos, salvo la inspección o reconocimiento judicial, que también es cuestionable en los casos de alteración o falsificación de los hechos sometidos a los sentidos del juzgador, no podemos seriamente expresar que el principio de intermediación en materia probatoria es inmaculado o perfecto.

Pero, en este tema de la intermediación, el verdadero error histórico es hacer depender de él a la valoración probatoria basada en la sana crítica, pues al aplicarse las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y la experiencia, el problema se presenta respecto al último de los elementos, a las máximas de experiencia, pues, respecto a las reglas de la lógica y los conocimientos científicos, se presentan como reglas conocidas, generalmente estáticas y universales, que no presentan ambigüedad al momento de aplicarse o cuestionarse; más, respecto al último, el tema sube de tono al no conocerse a ciencia cierta lo que representan esas máximas de experiencia, esos conocimientos empíricos que deben aplicarse para la valoración de las fuentes probatorias.

En este sentido, y luego de los años 70 del siglo pasado, la teoría del conductismo o conductista llevó a crear criterios de valoración de la conducta de los órganos probatorios<sup>5</sup>, a través de la interpretación del lenguaje corporal y facial, que llevarían al juez a determinar verdad o falsedad de la declaración, de manera que, según la conducta del órgano probatorio, el juez valoraría o desecharía la prueba, lo que representa un criterio subjetivo, reduccionista, decisionista, simplemente arbitrario, que generalmente obedecen a prejuicios, clases sociales, tradiciones, ideologías, complejos, tópicos sociales, económicos y políticos, incluso a los propios «demonios» del juez, como criterios que no son científicos ni obedecen a elementos objetivos revisables y motivables cognitivamente, que lógicamente depende en su totalidad de la inmediación de la cual carece la apelación y la casación y que en definitiva permiten sustentar el criterio de la «soberanía de la instancia en la valoración de las fuentes probatorias y el establecimiento de los hechos», así como el criterio de que las vías recursivas, ordinarias o extraordinarias, al carecer de esa inmediación que permite analizar el lenguaje corporal de las fuentes probatorias que se producen en el proceso, no solo están impedidas

---

<sup>5</sup> Nos dice NIEVA FENOLL, Jordi: *La valoración de la prueba*. Marcial Pons. Barcelona, 2010, pp. 214 y ss., que desde siempre los seres humanos han querido escudriñar la verdad de las declaraciones de una persona en las más variadas situaciones sociales, de las cuales no escapa el proceso judicial, ubicándose su estudio científico a finales del siglo XIX, donde se citan nombres como CATELL, fundador de la *Psychological review* en 1894 y Hans GROSS como iniciadores de la disciplina, siendo la primera obra publicada sobre el tema la del alemán Hugo MÜNSTERBERG en 1908; que, a partir de ahí, se han escrito numerosos estudios sobre el tema, destacándose en materia jurídica los realizados por LOMBROSO y GORPHE; pero que es a partir de los años 70 del siglo XX, cuando se produce el auge de la teoría conductista, del conductivismo que trataba de explicar las reacciones de los testigos a través del aprendizaje y de la conducta y no del estudio de la memoria y de la técnica del interrogatorio, donde ateniendo a diferentes variables de la conducta, a las reacciones de los declarantes y al lenguaje corporal y facial, se pretende averiguar la verdad de las afirmaciones que hacían, estableciéndose así un criterio arbitrario y subjetivo, reduccionista, decisionista, contrario al cognoscitismo, pues el juez no es un experto en psicología y, aunque tuviera conocimientos de ella, su función en la jurisdicción no es esa, a propósito que estaría aplicando un conocimiento privado que le está interdictado y que lesionaría el derecho a la defensa y contradicción de las partes en el proceso.

de revisar la valoración probatoria de la instancia, sino que, al dictar su sentencia propia, puedan valorar pruebas y fijar los hechos del proceso, sea en forma igual o diferente a los fijados por la instancia; esta ha sido la lamentable y ridícula justificación que ha dado la Casación Penal al interpretar el artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal, donde se ha autoimpuesto la limitación de valorar pruebas y establecer los hechos, cuando en realidad la norma no establece esa restricción, solo le indica que la decisión propia no podrá dictarse en la medida que se requiera un nuevo debate sobre los hechos por exigencia de la inmediación y la contradicción<sup>6</sup>.

Profundizando los estudios sobre las máximas de experiencia, en esta ocasión como uno de los elementos que componen la sana crítica, comprendido, como explica NIEVA FENOLL, que su aplicación no puede quedar a merced del criterio subjetivo y de difícil motivación por parte del juez –basado en criterios que no son científicos, como lo es el análisis de la conducta como criterio determinante en la valoración probatoria de las fuentes, por demás no cuestionables ni revisables a través de la apelación y la casación, por su alta dependencia a la inmediación, como lamentablemente se observa en la Casación Penal de los últimos veinte años–, resulta necesario que la valoración probatoria de las fuentes en aplicación de las máximas de experiencia se basen en criterios científicos y objetivos que puedan ser motivados, pero

---

<sup>6</sup> Más rancia, y lógicamente inconstitucional, es la norma contenida en el artículo 449 del precitado Código Orgánico Procesal Penal, que de manera expresa le indica a las cortes de apelaciones que en su decisión propia deben atenerse a las comprobaciones de hecho de la instancia; ¿cómo explicar el error legislativo donde el recurso de apelación es más limitado que la propia casación? Posiblemente la justificación del contenido y de la limitación de esta norma sea la mal entendida inmediación y la valoración probatoria a través de conductivismo, que se mantiene hasta la actualidad, pues precisamente la mayor falla de la justicia penal y de la formación de los jueces se ubica en el tema probatorio, siendo más cómodo para los jueces de las cortes de apelaciones, desechar las denuncias sobre temas de hecho y probatorios, no entrar a conocer del tema de hecho y probatorio al momento de dictar su sentencia propia, que confrontar la norma con los artículos 2, 26, 49 y 257 constitucionales para desaplicarla por control difuso y pasar a conocer del tema fáctico y probatorio, del fondo del asunto incluso cuando se presenten errores de hecho y probatorios, sin necesidad de reposición.

que además puedan ser controlados y censurados por la apelación y la casación, sin depender de la inmediación, y que permitirá desterrar de manera definitiva esa infame premisa de la «soberanía de la instancia» que resulta irritable e insostenible en un Estado de Derecho y de justicia, en un Estado democrático, pero que resulta bastante cómoda para la Casación Penal.

Ese criterio objetivo, que llena a las máximas de experiencia de contenido para la valoración objetiva de las fuentes probatorias, se ubica en el análisis del contenido de la fuente probatoria, en el contenido de la declaración vertida por la fuente probatoria en el proceso y que debe ser fidedignamente recogida en el acta de debate, respaldada por la filmación del acto probatorio, de la audiencia de juicio, donde se analizará fundamentalmente para cada caso, y conforme a su especialidad, las circunstancias generales de la credibilidad de cualquier órgano de prueba, que perfectamente pueden ser analizadas por el juez, sin necesidad de conocimientos especiales, como ocurre en materia de conductismo, a saber: i. La «coherencia» del contenido de la declaración, de manera que en su forma interna no se contradiga, mantenga una línea argumentativa lógica no contradictoria; ii. la «contextualización» de los hechos declarados por el órgano probatorio, no solo respecto a su ocurrencia, sino respecto a la forma como fueron percibidos o conocidos por el órgano probatorio, se trata del lugar, modo, tiempo y espacio de la ocurrencia y conocimiento del hecho; iii. las «corroboraciones» de los hechos, que se refiere a la no contradicción externa de la declaración con otras fuentes probatorias, sean o no de la misma naturaleza, y iv. la «ausencia de detalles o comentarios oportunistas», referida a que la fuente probatoria haga alusión a datos normalmente innecesarios, que sirvan para beneficiar a una de las opciones que se están debatiendo en el proceso. Se trate de criterios objetivos que puede utilizar el juez en la valoración probatoria, que pueden ser motivados en la sentencia, y que no dependen de la inmediación ni de conocimientos especiales por parte del juez, así como de una experticia de un psicólogo del testimonio que ayude al juzgador en el análisis del lenguaje corporal de la fuente probatoria, de la conducta del órgano probatorio, sino del análisis del contenido de la declaración, de su contexto, lo que perfectamente puede ser revisable en la apelación y la casación<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> NIEVA FENOLL: ob. cit. (*La valoración de la prueba*), pp. 222 y ss.



A lo anterior agregamos que, para la viabilidad de la revisión en apelación y en casación del tema de hecho y probatorio, se hace necesario que el acta de debate recoja en forma fidedigna y completa, con detalles, el contenido de la declaración de la fuente probatoria, al tiempo que se produzca la filmación o grabación de la audiencia de juicio donde se efectuó la evacuación de la fuente probatoria que, valorada en la sentencia de la instancia, permitió fijar los hechos del proceso; de esta manera nos separamos y dejamos atrás el arbitrario y subjetivo error histórico de la soberanía de la instancia y de la inmediación como su fundamento, al análisis probatorio decisionista y no científico del conductismo, para dar paso al criterio objetivo del análisis del contenido de la declaración del órgano probatorio, justificable en la sentencia y perfectamente revisable en la alzada y en casación, sin depender de la inmediación; pero, incluso, es a través del contenido fidedigno, completo y detallado del acta de debate y del visionado de la audiencia oral probatoria de la instancia, la que permitirá tanto a la apelación como a la Casación —al momento de dictar su sentencia propia, sin necesidad de reponer para que se celebre una nueva audiencia de juicio por necesidad de un nuevo debate sobre los hechos por exigencia de la «inmediación» mal entendida en la forma que hemos indicado—, valorar fuentes probatorias y fijar o establecer los hechos del proceso, resolviendo el fondo de la controversia y garantizando una tutela judicial efectiva, lo que lógicamente dependerá de la pretensión del recurrente, pues, ante un error en la cuestión de hecho y probatorio, el recurrente tendrá las opciones de denunciar el tema como un error de procedimiento o como un error de juzgamiento, este último, por infracción indirecta de la norma jurídica, en cuyo caso, en el primer supuesto de proceder el error de hecho y probatorio, el efecto será repositorio, pudiéndose realizar una nueva audiencia de juicio donde se repita y corrija el error probatorio y consecuentemente fáctico, en tanto que de denunciarse el asunto como un error de juzgamiento, al declararse procedente el recurso, sea de apelación o casación, se procederá a dictar la sentencia propia, con permiso de revisar todo el tema de hecho y probatorio, de valoración de fuentes probatorias y fijación de los hechos, como si de la instancia se tratara, con base en el contenido del acta de debate y del visionado de la audiencia, sin necesidad de nueva audiencia ni de reposición, lo que va en obsequio a la celeridad y a la justicia

del caso, especialmente de los derechos de un acusado condenado por la instancia que se encuentra privado de libertad, garantizando su derecho a la tutela judicial efectiva; se trata de primar la función dikelógica del recurso de casación, como lo hemos estudiado.

Conforme a lo dicho, queda al descubierto la «mentira» que por veinte años ha sostenido arbitrariamente y sin cuestionamiento científico alguno, por el contrario, aceptada sin crítica académica hasta ahora, la Sala de Casación Penal y quienes han ejercido la función de magistrados, no entendiendo el motivo de tal atraso, del desconocimiento del instituto de la casación y del funcionamiento del Tribunal de Casación, su historia y su modernidad, pero, peor aún, y como hemos visto, desconociendo los precedentes del Código de Enjuiciamiento Criminal de 1962, donde en su artículo 331.10 establecía como motivo de casación por infracción de ley, la infracción de las reglas legales de valoración probatoria, fuera por error de interpretación, falsa aplicación o falta de aplicación, así como los errores de hecho en el juzgamiento de los hechos, la suposición probatoria o el falso supuesto en casos de mención inexistente, prueba inexistente y prueba inexacta, se trataba de los casos de falso juicio de existencia y de identidad. En este sentido, la precitada norma indicaba:

Se entenderá que hay infracción de ley suficiente para hacer procedente el recurso de fondo (...) 10. Cuando haya habido violación de reglas legal expresa sobre el mérito de la prueba, por errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación; o cuando el fallo recurrido se funda en un falso supuesto. Se entenderá que hay falso supuesto, cuando se atribuya la existencia en las actas del proceso, de menciones que no existe; cuando se da por demostrado un hecho, con pruebas que no aparecen en los autos; o cuya inexactitud resulte de las actas o instrumentos del expediente, no mencionadas en la sentencia recurrida<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Incluso, el parágrafo único del artículo 331 del Código de Enjuiciamiento Criminal indicaba que la Sala de Casación Penal, cuando se denunciara y casara la sentencia por infracción de las normas de valoración tarifada de la prueba, y en los casos de suposición probatoria o falso supuesto, establecería correctamente los hechos que resultaran afectados por la infracción denunciada, doctrina que sería obligatoria

Pero incluso la Casación Penal desconoció el propio precedente del Código Orgánico Procesal Penal de 1998, donde se destaca el contenido del artículo 452 contentivo de los motivos de casación, que regularía la casación sobre los hechos, indicando al efecto: «... o en la falta, contradicción o manifiesta ilogicidad de la motivación; o cuando se funde en hechos no constitutivos de prueba alguna, o en pruebas obtenidas mediante infracción de preceptos constitucionales o a través de medios que la ley no autorice»; en este sentido y además de la inmotivación y sus diversas modalidades, como la motivación contradictoria expresamente indicada, que fueron previstas como motivos de casación, que en la teoría de la casación se ubica como un error de procedimiento, fiel a la tradición y precedentes del Código de Enjuiciamiento Criminal, se previó la casación sobre los hechos, la infracción indirecta de la norma jurídica que permitía el control de los errores en la cuestión de hecho y probatoria, lo que se reconduciría por la motivación ilógica o absurda, contraria a las reglas de la lógica, científicas y a las máximas de experiencia; pero incluso, y como vimos al tratar el tema histórico, se regularían implícitamente los casos de *travisamente* o suposición probatoria, fuera por mención inexistente, prueba inexistente o inexacta, fuera por falsos juicios de existencia o identidad al preverse: «... o cuando se funde en hechos no constitutivos de prueba alguna...»; y, finalmente, se permitía el control de la cuestión probatoria cuando se tratara de la prueba ilícita e ilegal, esto es «... o en pruebas obtenidas mediante infracción de preceptos constitucionales o a través de medios que la ley no autorice»; esta previsión de la casación sobre los hechos se mantuvo hasta la reforma del Código Orgánico Procesal Penal de 2000.

La casación sobre los hechos estaba permitida, inclusive, contra los veredictos de los jurados, contra los cuales se permitiría el ejercicio del recurso de casación, para los casos de veredictos de culpabilidad pronunciados por

---

para el juez de reenvío, estableciéndose que, salvo estos casos de casación sobre los hechos, la Casación se atendería a los hechos establecidos por la alzada recurrida; de manera que en casación no solo se podía, sino que, ante la denuncia por casación sobre los hechos, tenía que establecer los hechos del proceso, lo que solo podía hacer analizando los hechos y valorando las pruebas producidas en el sumario y en el plenario.

la unanimidad por los jurados, recurso que solo podría fundarse en el quebrantamiento u omisión de formas sustanciales que causaran indefensión, o cuando la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal consistiera en que el juez presidente habría declarado en la sentencia como ilícito un hecho lícito, o cuando incurriera en un error de derecho al calificar el delito, la participación del acusado o al aplicar la pena; y en caso que el veredicto fuera emitido por mayoría, el recurso podrá fundarse, además, en «la insuficiencia de prueba, o errónea apreciación de la realizada, que evidencie la existencia de una duda razonable sobre la culpabilidad del acusado».

Como se aprecia, el veredicto del jurado en casos de que fuera dictado por mayoría permitía en casación el control de la cuestión de hecho y probatoria, por insuficiencia probatoria que al final no es otra cosa que la ausencia de mínima actividad probatoria objetiva, congruente, de cargo y suficiente para destruir el estado de inocencia, para crear la convicción judicial respecto a la culpabilidad del acusado, de manera que la duda razonable por la insuficiencia probatoria se resolvía con la aplicación del *in dubio pro reo*, manteniéndose el estado de inocencia; pero también el control de la cuestión probatoria podía ser como consecuencia de una errónea apreciación de la prueba que igualmente condujera a la inexistencia de la mínima actividad probatoria de cargo, que generaría esa duda razonable que conduciría a mantener el estado de inocencia, errónea apreciación que podía ser consecuencia de los casos de suposición probatoria, *travisamento* o falso supuesto, así como por infracción de las reglas de la sana crítica, por lo que, siendo bastante amplio el abanico de supuestos para la casación sobre los hechos, lo que se conectó en el caso de los jurados, con la insuficiencia probatoria –mínima actividad probatoria de cargo– y la duda razonable, resulta bastante certero indicar que la casación sobre los hechos podría haberse sostenido en la infracción indirecta de la norma jurídica, concretamente de la norma constitucional sobre el estado de inocencia y la norma procesal contenida en el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal de 1998, que igualmente regulaba el estado de inocencia, así como en la norma penal el tipo acusado, por falta o falsa de aplicación según cada caso, como consecuencia del error de hecho y probatorio al producirse casos de falso supuesto –falsos juicios de

existencia e identidad— por prueba ilícita e ilegal —falso juicio de legalidad— así como por infracción de las reglas de la sana crítica —falso juicio de raciocinio—, sin perjuicio de la viabilidad de encausar la denuncia por motivación ilógica por los mismos supuestos.

La posibilidad de la revisión de la cuestión de hecho y probatoria en casación, en el proceso penal acusatorio de 1999, no solo se refería a aquellos casos de sentencias dictadas por tribunales mixtos, sino también al veredicto del jurado, tratándose como en el sistema vigente de un procedimiento oral regido por la inmediación de la audiencia probatoria, lo que en forma alguna impedía el control de los errores fácticos y probatorios por la vía recursiva, fuera apelación —aunque la decisión dictada por tribunales de jurado no tenía apelación según el artículo 443, presentándose una especie de casación *per saltum*— o casación —con la observación que las sentencias del tribunal unipersonal, al no exceder la pena en su límite superior de cuatro años de privación de libertad, no admitía casación, pero sí apelación— y decimos esto pues, aun cuando estas previsiones fueron suprimidas en los siguientes Códigos, el actual criterio de la Casación Penal, como hemos visto, es la de negar todo control de la cuestión de hecho y probatoria tanto en apelación como en casación, basado en la supuesta «soberanía de la instancia» quien, por efectos de la inmediación, es el único que realiza las pruebas, desconociendo no solo el precedente del Código de Enjuiciamiento Criminal, sino del propio Código Orgánico Procesal Penal primigenio, que hasta en el caso de veredictos permitía la casación sobre los hechos.

De esta manera no se entiende cómo la Casación Penal, contando con los precedentes legislativos de la casación sobre los hechos, llegaría al insólito extremo de impedir arbitrariamente el control de la cuestión de hecho y probatorio, no solo en casación, sino que su absurdo lo haría extensible a la apelación, siendo este el motivo por el cual no dudamos en denominar de «estafa» la conducta de la Casación Penal en los últimos veinte años, pues sin justificación científica se apartó del enjuiciamiento de los hechos y de las pruebas, permitiendo todo un mundo de injusticias y abusos en las instancias respecto al tema más delicado del proceso: el probatorio.

Como segundo factor, hemos indicado, se trata de la valoración probatoria, la cual es el producto del errado entendimiento de los criterios que dan contenido a las máximas de experiencia, como elemento de la sana crítica, basada en la teoría conductista subjetiva y arbitraria<sup>9</sup>, pero que modernamente pueden ser llenados de contenido objetivo y científico, perfectamente apreciables por el juez y revisables en la instancia, mediante el análisis del contenido de la declaración del órgano probatorio, pero que tampoco representan una justificación seria ni científica para que la Casación Penal haya cerrado la puerta al análisis del tema de hecho y probatoria tanto en sede de apelación

---

<sup>9</sup> Buen ejemplo de este error se observa en prestigiosos autores y jueces, como DELGADO SALAZAR, Roberto: *Las pruebas en el proceso penal venezolano*. 4.ª, Editorial Vadell Hermanos. Caracas-Valencia, 2011, pp. 142 y 151, que señala: «El deber fundamental del testigo, es decir la verdad de lo que sepa y la mejor manera de controlar la sinceridad es con la intermediación, que el testigo declare en presencia de juez y de las partes, aún con la asistencia del público, que ejerce su control popular. A través de sus gestos, de su movimiento corporal, de su mirada, etc., se podrá inferir que dice la verdad o no, que esté influenciado por ciertas motivaciones de temor, animadversión, oferta de recompensa u otro interés personal». En otro momento del mismo trabajo indica, aludiendo a una decisión de instancia de 2007: «En aplicación del principio de intermediación este juzgador pudo constatar en la audiencia oral que la testigo (...) no mostró nerviosismo, fue precisa en el relato de la conversación que sostuvo con el herido en el lecho que éste ocupaba en el hospital (...) No eludió enfrentarse con el acusado y venció el temor que pudiera inspirarle este y su grupo familiar, presentes durante todas las audiencias. Y venció también, la declarante, el agobio del recuerdo doloroso de ver a su compañero de vida postrado en la cama como resultado de un acto criminal. En ningún momento se mostró vacilante o dubitativa, respondió serenamente las preguntas que le fueron formuladas (...) Las manifestaciones gestuales y verbales de la declarante en ningún momento fueron ambiguas y por ello sus gestos revelaron la sinceridad de sus palabras». Como se observa tanto del precitado autor como del criterio judicial reproducido, se trata de la aplicación de la teoría conductista, reduccionista, decisionista, arbitraria en la valoración de la prueba testimonial, que no obedece a criterios científicos controlables y objetivos, sino a meros criterios subjetivos basados en la intermediación y percepción sin apoyo científico, que favorecen la actuación del órgano probatorio, quien perfectamente y, no obstante a su serenidad y a sus gestos y movimientos corporales y faciales, puede estar mintiendo; precisamente es esta la corriente y la práctica usual de la doctrina y la jurisprudencia judicial, quien, de manera poco seria –arbitraria–, valora el contenido de las pruebas, convirtiéndose el juez en un psicólogo del testimonio.

como de casación, a través de la construcción de la tesis de la «soberanía de la instancia», mucho menos para impedir que, en cualquier de estas sedes, de ser el caso que tenga que dictarse una sentencia propia, las cortes de apelaciones o Casación puedan valorar fuentes probatorias y establecer hechos, sin necesidad de reponer la causa para celebrar una nueva audiencia de juicio.

El último de los factores es la separación, división o distinción entre hecho y derecho, que también obedece a un error histórico que no encuentra justificación científica, pues los mismos no pueden separarse, ello como consecuencia de que el derecho solo puede operar como consecuencia del hecho, y este último únicamente tendrá relevancia y consecuencia jurídica cuando se trate de una afirmación que sea el presupuesto concreto de la norma jurídica que reconozca el derecho invocado; en este sentido, las partes afirman los hechos institucionales y concretos del caso, en el caso penal conforme al contenido de la acusación, ampliación, la defensa y la eventual advertencia del cambio de calificación jurídica, lo que se hace con base en el contenido de la regla jurídica que peticionan, presentándose como supuesto de la misma y cuya consecuencia pretenden que se les reconozca. Para los efectos de la casación –igual para la apelación–, el error puede ubicarse no solo en la cuestión de derecho que produce la infracción directa de la norma jurídica, sino que también puede identificarse en la cuestión de hecho y probatoria, que produce una infracción indirecta de la disposición jurídica por falsa y falta de aplicación, de manera que no cabe hacer una distinción para cerrar las puertas de la casación a los últimos de los errores señalados, como si la Casación –igual la apelación– fuera un tribunal de mero derecho cuya única función sea la nomofilaquia, impedido de conocer, juzgar y valorar los hechos y las pruebas, al mejor estilo del *Conseil des Parties* y *Le Tribunal de Cassation* francés, del siglo XVIII, en protección de las normativas regias y del Parlamento revolucionario francés para combatir la rebelión de los *Parlements*, en el primero de los casos frente al rey y luego frente al Poder Legislativo como máxima expresión del pueblo soberano, lo que obedeció a un momento histórico que no es sostenible hoy en día.

Los factores indicados no tienen justificación constitucional ni legal, no son serios, científicos ni académicos para sostener una «soberanía de la instancia»

en cuanto a la valoración de pruebas y establecimiento de los hechos, que se encuentren atados a la inmediación y a la distinción hecho y derecho, de manera que justifiquen la irreversibilidad del tema en apelación y en casación, mucho más en casos cuando tenga que dictarse una decisión propia, donde no pueda ni valorar pruebas ni establecer o modificar los hechos el proceso para aplicar la norma de derecho.

Reiteramos que se trata de una gran estafa, de una mentira sostenida desde la Casación Penal y que ha tenido lugar con la reforma del Código Orgánico Procesal Penal de 2000, aunque el precitado instrumento procesal en forma alguna plantea tal interdicción, y la historia de nuestra casación penal, teniendo como precedente inmediato al Código de Enjuiciamiento Criminal de 1962, en forma alguna limitaba a la Casación para que conociera de la cuestión de hecho y probatoria, al regular no solo el falso supuesto por falso juicio de existencia e identidad, sino la viabilidad de revisar la valoración probatoria para aquel entonces regido por la tarifa legal. No existe una justificación racional y razonable para sostener que la Casación Penal y las cortes de apelación son tribunales exclusivamente de derecho que solo protegen la ley, cuya función es la nomofilaquia, para menospreciar y limitar la revisión del tema de hecho y probatorio, más que para controlar el volumen de asuntos que toca decidir a la Casación, cuyo costo es el sacrificio de la justicia del caso y de la democracia, del derecho constitucional y humano del acusado a que su sentencia sea revisada por vía recursiva, pues el acusado en ejercicio de una tutela judicial efectiva, especialmente en el proceso penal, utiliza los recursos judiciales para cuestionar la sentencia condenatoria y obtener a través de la revisión, su revocatoria que lo conduzca a la libertad; limitar los recursos a la cuestión meramente de derecho es desconocer el derecho del acusado y condenado por la instancia a su derecho de revisión, que no solo se refiere a la cuestión de derecho, sino, y con más, a la cuestión de hecho y probatoria, a la presencia o no de la mínima actividad probatoria que fuera capaz de destruir ese estado de inocencia del que goza constitucionalmente y, cuando se produce un error fáctico y probatorio, el recurrente, cuando se identifica con el acusado-condenado, tiene todo el derecho constitucional a que se revise el asunto, y de que de ubicarse ese error determinante denunciado, sea



demolido el fallo recurrido, sea en sede de apelación o de casación; pero incluso, en esta última sede, a que una vez derribado el fallo recurrido, el Tribunal de Casación dicte una sentencia propia que resuelva el tema debatido, que ponga fin al proceso al entrar a conocer del asunto como si de la instancia se tratara, pues recordemos que en esta fase de la decisión de la Casación, esta no actúa en funciones propias de casación, sino subrogado en la instancia, en la corte de apelación, con las limitaciones y facultades que le son propias, pudiendo valorar y fijar los hechos del proceso en la forma que hemos indicado.

Actualmente en el sistema de casación que es ejercido en el Tribunal Supremo de Justicia por las Salas Civil, Laboral y Penal, la única que mantiene un criterio retrógrado, que se rehúsa injustificadamente a revisar el tema de hecho y probatorio, es la Casación Penal, quien sigue manteniéndose al margen de la constitucionalidad y legalidad en este aspecto.

Conforme a lo expresado, el carácter extraordinario y restringido del recurso de casación penal en forma alguna se trastoca ni distorsiona, pues precisamente la función de la Casación en el ejercicio del recurso de casación es la de revisar –función revisora– la legalidad de la cuestión de hecho, probatoria y de derecho contenida en la sentencia recurrida, conforme a la denuncia que haga el recurrente y su transcendencia, no siéndole permitido en este momento actuar como la instancia con plena facultad o jurisdicción, no solo por estar limitada al ejercicio del recurso y a las denuncias formuladas, sino por estar privada en la aplicación del brocardo *iura novit curia*; en materia de hechos y pruebas, su función se limita a revisar si las últimas se encuentran o no inficionadas por los yerros denunciados, sea por falso juicio de legalidad, existencia, identidad, raciocinio, en tanto que y respecto a la fijación de los hechos, si no hubo error en la constatación como consecuencia de la comparación de las fuentes con los hechos afirmados en la acusación y en la defensa, en los hechos debatidos, *travisamento*, falso supuesto o falso juicio de identidad, en definitiva, la Casación Penal no realiza una revisión ni del fallo condenatorio ni de la pena impuesta, sino que examina, conforme a lo que se denuncie, la presencia de errores de procedimiento o juzgamiento determinantes que puedan conducir a la demolición de la sentencia.

La limitación respecto al conocimiento vía recursiva de la cuestión de hecho y probatoria propician el desprestigio de la institución y del recurso de casación, producto de la manipulación burda, desmedida y arbitraria de quienes han regentado como magistrados de la Casación Penal y, que peor aún, ha sido aceptada sumisamente por la comunidad jurídica, mucho más por los jueces que son obedientes a las directrices de la Sala Penal para cuidar sus cargos, pero que debe ser denunciado para crear conciencia y para promover el cambio en la institución, pues su limitación no soporta la mínima crítica académica, como lo hemos demostrado.

### **3. La casación sobre los hechos en el actual Código Orgánico Procesal Penal**

En el punto precedente señalamos que el Código Orgánico Procesal Penal de 1998, así como su reforma de 2000, en consideración a su precedente el Código de Enjuiciamiento Criminal de 1964, previeron motivos de casación sobre los hechos, pero, luego de la reforma de 2001 hasta el actual Código de 2012<sup>10</sup>, fueron suprimidos los mismos, y respecto a los motivos de casación el artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal en definitiva quedaría redactado de la siguientes manera:

Artículo 452.- El recurso de casación podrá fundarse en violación de la ley, por falta de aplicación, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. Cuando el precepto legal que se invoque como violado constituya un defecto del procedimiento, el recurso solo será admisible si el interesado o interesada ha reclamado oportunamente su subsanación, salvo en los casos de infracciones de garantías constitucionales o de las producidas después de la clausura del debate.

---

<sup>10</sup> La última reforma publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6644 extraordinario, de 17-09-21, solo modificó 18 disposiciones (artículos 30, 69, 122, 124, 126, 175, 230, 237, 267, 295, 309, 318, 320, 325, 430, 473, 516 y 517) y añadió una nueva (artículo 126-A), no alterando esta materia [nota del editor].

Del contenido de la norma precitada no se observa que el legislador penal haya expresado los motivos para la casación sobre los hechos; más aún, no hay previsión de la casación sobre los hechos, pero en consideración a las modernas tendencias constitucionales y garantías que hemos estudiado, referidas a la construcción de motivos únicos de casación, como lo es la «infracción de normas jurídicas aplicable al caso», donde se impone que se establezca un único motivo que suplante aquellas viejas redacciones que en forma extensa indicaban los distintos motivos de casación, como sucedió con el Código de Enjuiciamiento Criminal –que de suyo comprende implícitamente tanto errores de juzgamiento como de procedimiento y respecto de los primeros, la falta de aplicación, la indebida aplicación y la errónea aplicación, así como las máximas de experiencia, lo que representa la infracción directa de la ley, también se entienden comprendidas la infracción indirecta de la ley, para el caso penal a través de los falsos juicios de existencia, identidad, raciocinio y legalidad–; en este orden de ideas, debe sostenerse que al regular el Código Orgánico Procesal Penal la infracción de ley como motivo de casación, la misma será no solo directa sino indirecta, comprendiéndose implícitamente la infracción indirecta de la ley a través de los falsos juicios, lo que generará indebida aplicación y falta de aplicación, en la forma que veremos más adelante.

Pero el criterio de la Casación Penal, como hemos visto, es que con base en la inmediación, el juez que valora las pruebas, y fija o establece los hechos, es el juez de juicio que actúa en primera instancia, quien aplica el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, referido a la sana crítica como sistema de valoración probatoria; que en caso de error probatorio o silencio de pruebas, según el criterio de la Casación Penal, la denuncia ante las cortes de apelaciones debe hacerse por conducto de la inmotivación a que se refiere el artículo 444.2 *eiusdem*, que de detectarse conduciría al efecto repositorio conforme al artículo 449 *ibidem*, sin que se pueda dictar una sentencia propia; también ha dicho la Casación Penal que no procede la denuncia en casación de infracción de normas probatorias, como la contenida en el citado artículo 22, ya que no puede revisarse la sentencia de instancia, sino que solo puede ser la de las cortes de apelaciones y esta, salvo que dicte una

sentencia propia y que se hayan promovido pruebas en alzada, no analiza pruebas, por lo que, en caso de haberse denunciado ante las cortes la inmotivación de la sentencia apelada por error probatorio, de no haber sido resuelto por la alzada, en casación lo que procederá es denunciar la incongruencia o la inmotivación de la sentencia de las cortes de apelaciones, al no haber dado respuesta al tema objeto de la apelación, lo que igualmente conducirá al efecto repositivo, al tratarse de un error de procedimiento<sup>11</sup>.

Pero, aunque el actual Código Orgánico Procesal Penal haya regulado la infracción de ley, la violación de la ley, que según las tendencias legislativas modernas comprenderían tanto la infracción directa como indirecta, dejando atrás, como indicamos, las redacciones extensas de motivos de casación, lo cierto es que pareciera que la Casación Penal en veinte años no ha tenido la capacidad de evolucionar en su pensamiento e interpretación constitucional y garantista de la norma, pues al cerrar las puertas al control de la cuestión de hecho y probatoria, el mensaje que nos envía implícitamente es que al no haberlo regulado el legislador en forma expresa, no hay casación sobre los hechos, dejando de manifiesto la incapacidad, por decir lo menos, de darle a la norma una interpretación propia, de altura y nivel de la Casación.

Superando el tema, y no solidarizándonos, más aún, denunciándolo como retrógrado, arbitrario, abusivo, inconstitucional y antiguarantista la postura sostenida por la Casación Penal durante estos últimos veinte años –lo que hemos denominado «estafa de la Casación Penal»–, reiteremos que la mera indicación en el artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, del motivo de casación por «violación de la ley», es más que suficiente para comprender dentro del mismo no solo la infracción directa, sino la infracción indirecta cuando el error se ubica en la cuestión de hecho y probatoria; pero en este momento lo que nos interesa es determinar el camino para el control de la cuestión de hecho y probatoria, pues analizando la doctrina y la experiencia de

---

<sup>11</sup> Vid. TSJ/SCP, sents. N.ºs 56, citada *supra*; 192, de 18-06-14; 57, de 22-02-13; 291, citada *supra*; 93/2013, citada *supra*; 86, de 18-03-14; 29, de 14-02-13; 26, de 14-02-13 y 214, de 30-05-11.

otros países sobre el tema, la misma puede hacerse a través de los siguientes andariveles: i. denuncia de error en la motivación, esto es, a través de la motivación errónea, ilógica, absurda, arbitraria, incluso insuficiente; ii. denuncia de infracción del estado de inocencia, que conduce a la revisión de la cuestión fáctica, y iii. denuncia de los falsos juicios, sea de existencia, identidad, raciocinio o legalidad, que conducen a la infracción indirecta de la ley.

### *3.1. La casación sobre los hechos reconducida por motivación errónea, ilógica, absurda, arbitraria, incluso insuficiente*

En aquellos ordenamientos jurídicos donde no se reguló la casación sobre los hechos, el control de la cuestión de hecho y probatoria ha entrado en Casación a través del tema de la motivación, construyéndose así desde la Casación un puente que le permita adentrarse en el tema de hecho y probatorio cuando los errores se ubican en la premisa fáctica, lo que han hecho generalmente a través del tema de la motivación errada, ilógica, absurda, arbitraria, insuficiente y cuantas denominaciones se les dé.

En la doctrina española, por ejemplo, indica GUASCH FERNÁNDEZ, al tratar el tema de la sana crítica, que en la aplicación del correcto entendimiento humano que comprende los aspectos de la lógica –formas o reglas de la lógica– y las máximas de experiencia, siendo la sana crítica el juicio de razonamiento libre del correcto entendimiento humano o criterio humano racional basado en el deber racional y motivación del juicio que evita toda arbitrariedad, conforme al debido proceso, cuando se producen falencias en esta actividad, apunta que la misma puede ser controlada en casación por vía de la motivación irracional o errónea contenida en la sentencia, cuando esta viole las reglas de la lógica –logicidad– o las máximas de experiencia que pueden conducir a una falsa aplicación, en el entendido incluso que la motivación irracional o ilógica, pudieran conducir a la indefensión; indica que la sentencia debe ser racional, que se aplique la ley debida o correctamente, justificada, partiendo de los hechos establecidos a través de las pruebas demostrativas de los hechos controvertidos, lo que debe estar contenido en la pertinente motivación que debe igualmente ser suficiente, con la explicación de los argumentos y razonamientos utilizados para la construcción de la premisa fáctica y de

derecho, de manera que cuando la motivación vertida por el juez resulta irracional, absurda o ilógica, la Casación puede revisar la cuestión de hecho, especialmente la cuestión probatoria y de establecimiento de los hechos, que pueden conducir a la infracción indirecta de la norma jurídica, por falsa aplicación y falta de aplicación.

Concluye señalando el doctrinario español que cuando la sentencia carece de explicaciones sobre la cuestión probatoria, sobre los criterios utilizados para el establecimiento de los hechos y la apreciación de la prueba, incluso en casos de silencio de pruebas, se controla en casación a través de la motivación de la sentencia; que la cuestión de hecho en casación puede ser controlada: i. por inmotivación, por motivos ilógicos, irracionales o contradictorios, y ii. por infracción de la norma jurídica expresa referida a la apreciación de la prueba por sana crítica<sup>12</sup>.

Siguiendo con la doctrina española, analizando los trabajos escritos por NIEVA FENOLL, indica que el defecto en la motivación nace por el intento de controlar en casación la cuestión fáctica y probatoria, reconduciéndose por el defecto de motivación, que como «comodín» permite la revisión del tema fáctico a través de máximas de experiencia como error de juzgamiento, ello aprovechando que la mayoría de las constituciones de los países contienen una disposición que obliga a motivar las sentencias, para nosotros el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 26 Constitucional, de manera que la motivación será la vía que posibilite a la Casación averiguar las cuestiones fácticas y probatorias; que el error en la motivación de la cuestión fáctica puede conducir a un error de procedimiento o de juzgamiento, el primero cuando se está en presencia de inmotivación por ser dubitativa, aparente o insuficiente, ininteligible, oscura o ambigua, que se produce: i. Cuando hay ausencia absoluta o parcial de motivación fáctica; ii. cuando solo hay una mera descripción de la resultancia probatoria, huérfana de toda afirmación por parte del juzgador; iii. cuando se hace uso de juicios

---

<sup>12</sup> GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi: *El hecho y el derecho en la casación civil*. J. M. Bosch. Barcelona, 1998, pp. 330, 333, 436, 441, 456, 469 y 470.

dubitativos en la determinación de los hechos probados, y iv. cuando la redacción de los hechos probados es ininteligible; casos estos –indicamos– donde no se puede conocer el juicio del judicante respecto a los hechos probados en el proceso, generándose inmotivación, lo propio que pudiera decirse de la motivación contradictoria respecto al tema de hecho y probatorio, que dejaría a la sentencia sin motivación respecto al tema fáctico; respecto al error en la motivación que conduce al error de juzgamiento, se trate de los casos de motivaciones ilógicas o absurdas contrarias a las máximas de experiencia.

Indica el precitado autor que la importancia de distinguir si el error en la motivación conduce a un error de procedimiento o de juzgamiento, descansa en el hecho de los efectos de la sentencia de casación, pues mientras en los primeros el efecto será repositorio, en la infracción de ley el efecto será el dictado de la sentencia definitiva sin reenvío, de modo que corresponderá al recurrente escoger correctamente la vía para la denuncia del error en la motivación, lo que incluso dependerá mucho del objetivo buscado al ejercitarse el recurso de casación<sup>13</sup>.

Finalmente, y respecto al tema que nos interesa, será a través de la denuncia del error en la motivación como error de juzgamiento, como podrá entrar a casación el análisis de la cuestión de hecho y probatoria, lo que se hará denunciando la presunción de inocencia, que obligará a la Casación a adentrarse al tema fáctico, de manera que, en definitiva –decimos–, se trata de la infracción indirecta de la ley, pues si hubo errores fácticos o probatorios que de manera directa se conectan y afectan al estado de inocencia o a la norma sustantiva penal que contiene el tipo que aplique al caso, estas normas serán infringidas por indebida o falta de aplicación, todo lo que podrá ser controlado al denunciarse el error en la motivación; de esta manera, si la sentencia contentiva de errores en la motivación respecto a lo fáctico, al establecer los hechos, consideró que existe la culpabilidad del encartado, cuando no logró acreditarse la misma, la infracción indirecta estaría conformada por la

---

<sup>13</sup> NIEVA FENOLL, Jordi: *El hecho y el derecho en la casación penal*. J. M Bosch Barcelona, 2000, pp. 179 y ss.

indebida aplicación del tipo penal y la falta de aplicación de la norma constitucional y legal del estado de inocencia; a la inversa, si está acreditada la culpabilidad del encartado y la sentencia absolvió, la infracción indirecta vendrá dada por la indebida aplicación de la norma constitucional y legal del estado de inocencia y la falta de aplicación de la norma sustantiva penal contentiva del tipo que se trate; en todo caso, si la presunción de inocencia fue lesionada por inmotivación en el tema fáctico, la denuncia que corresponde será por error de procedimiento.

En la experiencia argentina analicemos diversos criterios, comenzando por DE LA RÚA<sup>14</sup>, quien al tratar el tema señala que cuando las máximas de experiencia son tratadas como normas de apreciación o valoración de las pruebas, referidas a la cuestión de hecho, se reconduce por la vía de la motivación, especialmente de la motivación ilógica, por lo que la cuestión de hecho que escapa de la censura de la Casación se controlará a través de la cuestión sobre la motivación, sin perjuicio de la falta de motivación, que se produce cuando el juez no expone en la sentencia el porqué de la demostración del hecho y las razones del porqué de la aplicación de la norma jurídica al hecho, lo que constituye un error de procedimiento; que la motivación ilógica es aquella que se produce cuando se aprecia una prueba de manera irracional que lesiona la sana crítica, siendo que una sentencia dictada por el juez prescindiendo de la prueba es arbitraria, igual que contraria a la ley, incluso, resultando ilógica cuando se excede de los límites de razonabilidad a que está sujeta la valoración, contradiciendo reglas de la sana crítica.

Sigue exponiendo el profesor argentino que mediante la motivación se explica cómo se valoran las pruebas, cómo se aplicó el derecho, que el razonamiento ha sido racional, lógico, sin lesionar máximas de experiencia y la sana crítica, por lo que habrá carencia de motivación o inmotivación, cuando el juez no explique cómo apreció la prueba y como estableció los hechos; que, en cuanto al silencio de prueba, puede presentarse en el proceso una prueba

---

<sup>14</sup> DE LA RÚA, Fernando: *El recurso de casación en el Derecho positivo argentino*. Depalma. Buenos Aires, 2000, pp. 142 y ss.



silenciada pero no influyente en el proceso, que sea irrelevante, o que de las otras pruebas apreciadas en autos, no silenciadas, se llegue al mismo resultado, caso donde no habrá demolición del fallo, por lo que la prueba ilegal nunca resulta de entidad capaz de destruir el fallo recurrido.

Que en los casos de errores o defectos en la motivación por elementos probatorios, el error puede presentarse en los siguientes supuestos: i. Cuando el juez aprecia la prueba que no debió –error en el establecimiento y valoración de las pruebas–, donde debe atacarse la prueba que, por demás, debe resultar determinante en la suerte del proceso, para producir la demolición del fallo, lo que podrá constatarse a través de la supresión probatoria intelectual hipotética; ii. cuando hay silencio de prueba o valoración omisiva de la prueba determinante, que trae como consecuencia el no establecimiento correcto de los hechos, que generará falsa aplicación de la norma jurídica, todo lo que puede ser constatado a través de la adición probatoria intelectual hipotética.

En cuando al control de la logicidad y las reglas de la lógica por parte de la Casación, se expresa que, si bien la estimación valorativa de las pruebas y de las conclusiones fácticas de la sentencia resultan en un primer escenario o en teoría incensurables por la Casación, en la medida que se trate de una motivación legal, esto es, lógica, completa, expresa, coherente, más el proceso lógico seguido por el judicante en cuanto al razonamiento utilizado, sí es controlable o fiscalizable por la Casación, cuando se está en presencia de una motivación ilegal, por arbitraria o ilógica, de manera que la Casación realizará bajo este esquema un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley, con el objetivo de vigilar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación plasmada en el acto decisorio, verificando si en su argumentación se observaron las reglas fundamentales de la lógica, de la psicología y de la experiencia; se trata de que el judicante en su motivación debe realizar una operación lógica basada en la certeza, observando los principios lógicos supremos o leyes del pensamiento, lo que dará base a determinar las afirmaciones o negaciones verdaderas o falsas, todo lo que nos ubica en las leyes del pensamiento que, conforme lo expone DE LA RÚA, son leyes *a priori*, que independientemente de la experiencia, se presentan

al raciocinio como necesarias, evidentes e indiscutibles, cuando se analizan los propios pensamientos, leyes que se encuentran constituidas fundamentalmente por la coherencia y derivación por los principios lógicos de identidad, contradictorio, tercero excluido y razón suficiente, cuya infracción conducirá a un yerro en la motivación, concretamente en el establecimiento de los hechos basado en pruebas apreciadas ilegalmente, que, como motivación arbitraria e ilógica, resultan censurables por la casación.

Para el estudio de la logicidad en la motivación de la sentencia, para determinar si la misma ha cumplido con las leyes del pensamiento que pueden conducir al quiebre de la sentencia al presentarse como motivación ilegal, la argumentación plasmada en el fallo judicial debe responder a las mencionadas leyes de la lógica, del pensamiento o del entendimiento humano, tales como son: i. Coherencia de los pensamientos, referido a la concordancia o convergencia entre sus elementos, ii. derivación del pensamiento, conforme al cual cada pensamiento debe provenir de otro del cual guarda relación, salvo que se trate de un principio, que no es derivado. De la ley fundamental de coherencia, se deducen los siguientes principios: a. de identidad, cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico –total o parcialmente– al concepto predicado, de manera que el juicio es necesariamente verdadero; b. de contradicción, cuando dos juicios opuestos entre sí, contradictoriamente, conduce a que no pueden ser ambos verdaderos, siendo uno verdadero y el otro falso, y c. de tercero excluido cuando dos juicios opuestos entre sí, contradictoriamente, no pueden ser ambos falsos, siendo solo uno de ellos el verdadero y ningún otro juicio es posible. Por su parte, de la ley de derivación, se extrae el principio de razón suficiente, conforme al cual todo juicio para ser realmente verdadero necesita de una razón suficiente que lo justifique, que justifique lo que el juicio afirma o niega con pretensión de verdadero.

Las reglas lógicas *in comento* se encuentran sometidas al juicio del judicante, de manera que, si resultan infringidas, el razonamiento será inexistente, lo que repercutirá en la motivación de la sentencia que no tendrá vida como acto del pensamiento, conduciendo a su nulidad.

Conforme a los estudios del profesor DE LA RÚA, en materia de valoración de las pruebas judiciales y de las conclusiones que lleguen a establecerse en la sentencia, resultan inatacables en casación, siempre que las mismas se ubiquen dentro de los parámetros de la lógica, de las leyes de la lógica y del pensamiento, más cuando la motivación vertida por el judicante raya en la ilogicidad, al contrariar las reglas de la lógica, del pensamiento, del entendimiento humano, resultando absurdas, irracionales e irrazonables, el control de casación aparece a través de la pertinente denuncia que puede encausarse a través de la cuestión de la motivación ilógica, donde la Casación verificará si en la motivación establecida en el fallo se cumplieron o no las reglas lógicas en comentario las reglas de la psicología y de la experiencia, en cuyo caso y de haberse infringido resultando determinante o influyente producirán el quiebre de la sentencia.

La motivación de la sentencia debe ser «expresa»: que de manera suficiente no sea suplible por remisión que se haga a las actas del proceso; «clara»: que no arroje dudas, que sea reflejo de la seguridad del judicante al producirla; «completa»: que sea suficiente tanto en la argumentación de la cuestión fáctica al establecerse los hechos con base en la apreciación de las pruebas como en la argumentación *iuris*, para llegar a la debida conclusión traducida en dispositivo de la sentencia; «legítima»: que las pruebas se hayan aportado conforme al procedimiento legal, valoradas correctamente, y «lógica»: que se ciña a las reglas del correcto entendimiento humano y a la experiencia, que sea racional, razonable, conforme a la sana crítica. Sobre este último aspecto de la motivación lógica —expone el profesor argentino— se trata de aquella que cumple con los requisitos de «coherencia», constituido por los elementos del razonamiento armónico entre sí, formulados sin violar los principios de identidad, contradicción o tercero excluido; «congruente»: cuando las afirmaciones, deducciones y conclusiones, guardan correlación o concordancia entre sí; «no contradictorias»: cuando no se emplean razonamientos contrastantes entre sí, que al oponerse la anulan; e «inequívoca»: cuando los elementos del razonamiento no dejan lugar a dudas sobre su alcance y significado; por motivación errónea o falsa, que es aquella producto de una suposición probatoria o falso supuesto.

Termina señalando DE LA RÚA que, conforme al criterio sostenido por la Corte Suprema de la Nación, se considera sentencia «arbitraria» aquella que es la expresión de la sola voluntad de los jueces que la suscribe; la que se dicta prescindiendo de la prueba o es contraria a la ley; cuando la motivación resulta «ilógica», lo que sucede cuando se aprecia la prueba excediéndose de los límites del razonamiento a que está sujeta su valoración, contrariando las reglas de la sana crítica o, si no es expresa ni completa, al consistir en conceptos imprecisos, de los que no aparecen ni la norma general aplicada ni las circunstancias del caso; cuando es «contradictoria», lo que se presenta cuando los argumentos expuestos se destruyen o van en contra de la lógica y la experiencia; cuando es «ilegítima», al basarse en prueba inexistente o al no considerar un elemento probatorio fehaciente traído al proceso, incluso, cuando hace remisión a las actas procesales sin que existan. Conforme a la doctrina de la sentencia arbitraria elaborada por la Corte Suprema en cuestión, se contemplan los casos en los cuales el judicante maneja con arbitrariedad el material existencial de la causa, siendo «arbitrariedad fáctica» aquella que se produce en los siguientes casos: i. Cuando se resuelve contra o con prescindencia de las pruebas fehacientes regularmente presentadas al proceso; ii. cuando se fundamenta en pruebas que no constan en el proceso, y iii. cuando hay apartamiento del buen sentido y de la sana crítica en la apreciación de los hechos y de las pruebas, como son los casos de análisis erróneo, parcial, ilógico o inequitativo del material fáctico y probatorio.

Resumiendo el criterio sostenido por DE LA RÚA, podemos afirmar que el problema de la motivación se presenta en dos momentos: el primero, cuando hay falta de motivación, que se presenta como un error de procedimiento y el segundo, cuando hay fallas en la motivación por ilogicidad o arbitrariedad, que, concretamente referido al aspecto fáctico que nos interesa, se presenta en todos aquellos casos donde se infrinjan las reglas o procedimientos probatorios para incorporar las pruebas al proceso, a saber: i. Cuando se prescinde en la sentencia de la apreciación de aquellas pruebas que resultan determinantes, lo que se identifica como supresión, omisión o silencio de pruebas; ii. cuando se resuelve la controversia en contra de las pruebas que cursan en autos o se decide con pruebas que no cursan en autos, lo que se presenta

como casos de falso supuesto o suposición probatoria, y iii. cuando se aprecian los hechos o se aprecian las pruebas en contradicción con las reglas de la lógica, contra la sana crítica, todo lo que resulta censurable en casación como disconducia del juez en la sentencia que conducirá a la demolición del fallo judicial, siempre que se trate de vicios determinantes o influyentes; por criterio en contrario se dirá que la actividad del judicante en la cuestión fáctica y probatoria, especialmente en la apreciación de las pruebas, escapará de la censura de la casación y quedará en el campo de la «soberanía de instancia», en la medida que se trate de una motivación legal y correcta, que de manera alguna caiga en el territorio de la arbitrariedad o ilogicidad, traducida en irracionalidad e irrazonabilidad.

Conforme a la doctrina argentina, las falencias en la cuestión fáctica se censuran en casación a través de la pertinente delación de arbitrariedad fáctica o ilogicidad en la motivación, de manera que, ante la falta de normativa jurídica que permita el control o fiscalización de la cuestión de hecho que repercute en la cuestión de derecho, se ha creado toda una doctrina y jurisprudencia basada en los errores de la motivación que permitirán a la Casación verificar la legalidad del razonamiento judicial al momento de construir la premisa fáctica.

Siguiendo con la experiencia argentina, analizamos el trabajo del profesor HITTERS, quien expresa que, aun cuando no hay regulación legal sobre la posibilidad de controlar la cuestión de hecho en casación, cuando se trata de una fijación errada del fáctico, indirectamente se viola la norma jurídica, resultando permisible la casación; que la casación de los hechos no es un motivo autónomo, sino que debe conducir a la infracción indirecta de la norma jurídica, lo que permitirá el quiebre de la sentencia; que en relación a las máximas de experiencia, el error puede presentarse tanto en la cuestión de hecho como en la cuestión de derecho, según la forma como sea utilizada las reglas del conocimiento empírico; que, aun cuando no fue previsto en la legislación argentina la infracción de máximas de experiencia, la misma no requiere de regulación expresa su violación, pues se presenta como sobreentendido, lo contrario sería tan absurdo como pensar que se requeriría regular las reglas de la lógica, para que pudieran aplicarse, todo lo que resulta un evidente

absurdo; que en cuanto a la infracción de las máximas de experiencia, tenemos: i. Infracción de hecho, que se presenta en aquellos casos donde la máxima de experiencia es utilizada para la apreciación de la prueba, todo lo que puede ser controlado por vía de la teoría de lo absurdo o arbitrario –absurdidad o arbitrariedad–; ii. infracción de derecho, que se presenta en aquellos casos donde la máxima de experiencia es utilizada para complementar el supuesto de hecho o para arribar a la conclusión, de manera que la falencia se presenta en la subsunción en el primer caso, y en el resultado en el segundo caso.

Señala que, en cuanto a la valoración de la prueba judicial, la misma no es libre, ya que su control y censura en casación se hará a través de la lógica, pues cuando el juez se separa de las reglas de la lógica y la experiencia, en un sistema de apreciación por libre convicción razonada o sana crítica, se tratará de una motivación arbitraria, absurda o ilógica, todo lo que de manera indirecta conducirá a la infracción de la norma jurídica, por lo que todo error de hecho siempre conducirá a un error de derecho; que el error de derecho en la cuestión probatoria es aquel que se produce cuando se infringen las normas de la tarifa legal o las reglas de la lógica o la experiencia en la sana crítica; en tanto que el error de hecho se presenta en los casos de suposición probatoria o falso supuesto.

Concluye el profesor argentino señalando que el control en casación de la cuestión de hecho, concretamente de la apreciación o valoración de las pruebas, se realiza a través de la «teoría del absurdo o arbitrariedad», conforme a la cual la actividad apreciativa de las pruebas cursantes en autos se ubican en la soberanía de la instancia, salvo que se presenten como ilógicas o absurdas, lo que habilita a la Casación para controlar, y eventualmente censurar, la actividad probatoria de apreciación o valoración realizada por los jueces de instancia.

Conforme a la «teoría del absurdo», puede presentarse tanto absurdidad material como formal: la primera –material–, cuando se trata de falso supuesto o suposición probatoria, en tanto que la segunda –formal–, cuando se trata de la infracción de las reglas de la lógica, cuando en la valoración de

las pruebas se llega a conclusiones o resultados reñidos con lo lógico y racional, de manera que esta teoría se presenta como un error de juzgamiento que tiende a fiscalizar la construcción de la premisa fáctica, de la cuestión de hecho y probatoria que de manera indirecta conducirá a la infracción de la norma jurídica por falsa aplicación y falta de aplicación, en los términos que hemos expuesto a lo largo de este trabajo; por su parte, la «teoría de la arbitrariedad» se presenta cuando hay distanciamiento inequívoco de la solución normativa prevista en la ley o falta absoluta de fundamentación, así como en los casos de suposición probatoria y silencio de pruebas<sup>15</sup>.

MORELLO<sup>16</sup>, al referirse al tema de la motivación absurda, expresa que los hechos deben respetarse por la Casación solo cuando fueren correctamente establecidos; que si se limita el examen de la cuestión fáctica, se restringiría el campo funcional de la Casación; que la configuración del absurdo no se trata de un vicio de actividad o error de juzgamiento, sino el resultado de la actividad en la valoración de la prueba, por la aplicación defectuosa de los hechos admitidos o probados, que no son respetados en casación producto del defecto que repercute en la aplicación de la ley.

Vemos claramente, en los pensamientos de HITTERS, DE LA RÚA y MORELLO, que el problema de la casacionalidad de los errores de hecho y probatorio, concretamente de la apreciación de la prueba, donde se presentan falencias como el error en el establecimiento de los hechos, en las máximas de experiencia, en el silencio de pruebas y en la suposición probatoria, no queda al margen de la casación, encontrando el andarivel recursivo como error de juzgamiento a través de la cuestión de la motivación, cuando esta resulta absurda y arbitraria, construyendo sendas teorías sobre la absurdidad y arbitrariedad de la motivación de la sentencia.

En la misma doctrina argentina, PERRACHIONE expresa que la valoración de las pruebas y la fijación de los hechos resulta soberanía de los jueces de

---

<sup>15</sup> HITTERS, Juan Carlos: *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. 2.ª, Editora Platense. La Plata, 1998, pp. 382 y ss.

<sup>16</sup> Citado en HITTERS: ob. cit., p. 467.

instancia, que solo entrará al control de la Casación cuando se rompa la membrana al presentarse casos de arbitrariedad, absurdidad e ilogicidad, yerros de hecho ubicados en la cuestión fáctica que conducirán al error de derecho, por infracción indirecta de la norma jurídica; que la cuestión de hecho y probatoria podría ser controlada en casación por medio de la cuestión sobre la motivación por falta o deficiencia, así como por cuestión de logicidad, que es cuestión de forma referido a la motivación ilógica, que abarcaría la sana crítica y las máximas de experiencia; que la cuestión probatoria o de valoración de las pruebas, pudiera encuadrarse en el defecto de actividad, por conducto de la motivación ilógica, donde se permita analizar la razonabilidad en la apreciación de la prueba y en el establecimiento de los hechos, especialmente en cuanto al análisis de la sana crítica, lógica racional y máximas de experiencia, sin perjuicio de plantearse la teoría del absurdo, que conjuntamente con la arbitrariedad, la ilogicidad, la irracionalidad, la irrazonabilidad y la lesión a las reglas de la sana crítica resultan el mismo andarivel para censurar la cuestión fáctica y probatorio, siendo que se presentará una motivación arbitraria, cada vez que se infraccionen las reglas de la sana crítica, se interpreten erróneamente las pruebas –suposición probatoria–, se produzca irrazonabilidad de apreciaciones, violación de reglas de la lógica y experiencia, silencio total o parcial de las pruebas<sup>17</sup>.

DE MIDÓN, al tratar el tema, señala que las reglas del no acceso a la casación de planteos atinentes a cuestiones de hecho, en principio se basa en argumentos como que las cuestiones de prueba son materia propias de las instancias insusceptibles del control de casación; o que el recurso extraordinario no se abre con agravios que solo manifiestan las discrepancias del recurrente con los criterios de selección y valoración de las pruebas utilizadas por el judicante; que como regla la Casación no puede modificar las conclusiones de hecho a las que lleguen los tribunales de instancia en el mérito de la prueba judicial, aunque, no obstante, solo a través de la invocación de la teoría del absurdo es que puede penetrar la cuestión de hecho y probatoria al control de la casación,

---

<sup>17</sup> PERRACHIONE, Mario C.: *La casación como método de control de la función jurisdiccional*. Editorial Alveroni. Buenos Aires, 2003, pp. 127, 134, 169 y ss.



siempre en la medida que se trate de un error grosero y manifiesto que configuren el absurdo, lo que se trata de una situación extrema que solo encuentra cabida en casos de demostrar el error grave y fundamental configurativa de la anomalía, de manera que cualquier error opinable o discutible descarta el absurdo, tratándose de una manifiesta desinterpretación material de alguna de las pruebas de las cuales resulte una conclusión contradictoria o incoherente con el orden lógico formal e insostenible en la discriminación axiológica.

Expone que, en las nuevas tendencias aperturistas, bajo las construcciones pretorianas de la «arbitrariedad» o del «absurdo», el activismo judicial ha sabido encontrar un territorio desde donde efectuar el control de constitucionalidad y de razonabilidad de las motivaciones realizadas por los jueces en la cuestión de hecho y probatoria, de manera que las delaciones que hagan los recurrentes sobre falencias probatorias son atendidas en casación cuando se presentan algunos de estos casos: i. Análisis parcial y aislado de los elementos conducentes para la decisión del juicio, sin integrarlos ni armonizarlos debidamente en su conjunto; ii. expresión dogmática o indiscutible de que las pruebas son suficientes para el acreditamiento de los hechos, sin más explicaciones o motivaciones; iii. interpretación de las pruebas mediante criterios rigoristas, desvirtuantes de la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponden a los diversos medios de prueba; iv. conclusiones de hecho producidas por una errónea distribución de la carga probatoria o inversión de la misma; v. conclusiones de hecho desatendidas de la realidad económica al tiempo del fallo; vi. la no indicación en la sentencia de las pruebas concretas en las que se basa la conclusión de hecho decisiva; vii. soslayar u obviar la prueba mediante argumentos producidos con defectos graves de razonamiento; viii. prescindencia de la valoración de las pruebas conducentes para la correcta solución del conflicto judicial; ix. exceder los límites de razonabilidad a que está subordinada la valoración de la prueba; x. invocación de prueba inexistente o tergiversada –prueba inexacta–, lo que constituye un caso de falso supuesto que es reconducido para su control en casación a través de la teoría del absurdo, y xi. apreciación de las pruebas mediante argumentos absurdos, producidos por razonamientos viciados.

El error en la cuestión probatoria, especialmente la infracción de las reglas de la sana crítica, genera falencias de derecho en la apreciación probatoria, de manera que, cuando se omiten pruebas decisivas, cuando no se hace un análisis integral de las pruebas aportadas al proceso o la apreciación raya en lo absurdo o ilógico, más aún, en lo irracional e irrazonable, al lesionarse la sana crítica, la actividad de la instancia resulta censurable en casación como error de derecho.

En relación con la casación de las sentencias basadas en prueba inexistente –falso juicio de existencia o suposición probatoria– señala DE MIDÓN, que, conforme al criterio del Tribunal Supremo –argentino–, el vicio se conduce por la vía de la teoría del absurdo –absurdidad– o arbitrariedad, en donde se ubica el «vicio de la apreciación fragmentada de la prueba», que consiste en que el judicante, de manera deliberada o por descuido, se abstiene de examinar las posibilidades contrarias que arroja una parte de la prueba a la otra que consigna como fundamento decisivo de la sentencia; que, en cuanto a la infracción de las reglas de la sana crítica, de las reglas de la lógica y la experiencia, el control en casación se hace por vía de la delación de ilogicidad del pronunciamiento, en donde se ubica la modalidad de «contradicción en la apreciación de la prueba», que es otra forma o modalidad del vicio de «apreciación fragmentada de la prueba» cuando se aprecia una prueba para fundamentar la sentencia, con prescindencia o silencio de otras pruebas que desactivan, anulan o modifican el contenido de aquella prueba apreciada –falso juicio de identidad– de manera que la apreciación fragmentada de la prueba, la prueba apreciada parcialmente, contradictoria en sí misma o con otras pruebas cursantes en autos no apreciadas, lo que infringe el principio de unidad de la prueba, en definitiva no solo es revisable en sede casacional, sino que se traduce en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y al debido proceso constitucional, dada la motivación absurda, ilógica y arbitraria en la valoración de las pruebas que condujo al establecimiento de los hechos y finalmente a la aplicación de la norma jurídica<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> DE MIDÓN, Gladis: *La casación. Control del «juicio de hecho»*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2003, pp. 57-66 y 318-346.

Conforme al criterio sostenido por la profesora DE MIDÓN, en sintonía con otros criterios de la doctrina argentina y de la jurisprudencia, la cuestión de hecho y probatoria, las falencias en el procedimiento de la prueba y en su valoración no escapan de la censura en casación, reconduciéndose por la teoría del absurdo, ilogicidad y arbitrariedad, debiéndose tratar de un error ostensible, evidente y grosero que no refleje el simple desacuerdo del recurrente con el criterio apreciativo del judicante, siendo que, incluso, las falencias en casos de suposición probatoria se presentan como motivos de absurdidad e ilogicidad censurables en casación, donde se construye la teoría de la «apreciación fragmentada de la prueba» cuando la prueba es apreciada parcialmente, en el sentido de que en su propia entidad o *corpus* se infieren a aspectos de la prueba que no fueron tomados en consideración por el juez y que de manera directa o indirecta demuelen la parte de la prueba que fuera apreciada para establecer los hechos, así como en los casos de pruebas contradictorias, cuando se aprecian algunas de ellas aportadas al proceso con prescindencias de otras que reflejan una verdad procesal diferente, que conducen a la teoría de la arbitrariedad, absurdidad o ilogicidad.

Entre nosotros encontramos la postura del preclaro profesor GONZÁLEZ MANZUR<sup>19</sup>, quien luego de analizar la teoría de BACIGALUPO ZAPATER respecto al control de la cuestión fáctica con base en los niveles y formación de las premisas, el primero referido a la formación de la premisa donde se ubica la percepción y la motivación de la percepción –valoración racional– y el segundo, referido a la estructura racional de la convicción judicial, donde se haya la valoración probatoria, en el primero donde pueden enrostrarse errores por falsos juicios de existencia, identidad y legalidad, y el segundo donde pueden enrostrarse vicios por falso juicio de raciocinio, con fundamento constitucional (artículos 2, 7, 26, 49 y 257) así como legal (artículos 8, 9, 13, 22, 157 y 346.4 del Código Orgánico Procesal Penal), considera que en la casación penal los errores probatorios que se ubiquen en cualquiera de los niveles, se hará a través de los falsos juicios –existencia, identidad, raciocinio

---

<sup>19</sup> GONZÁLEZ MANZUR, Hildemaro: *Nuevos paradigmas sobre el razonamiento y la prueba en casación penal*. Editorial Alvaro-Nora. Caracas, 2014, pp. 464 y ss.

y legalidad— y por el andarivel de la motivación, sea contradictoria o ilógica, lo que generará infracción indirecta de la ley por indebida aplicación y falta de aplicación; en este sentido, indica: «Entonces, ¿cómo solucionaría la Casación Penal venezolana este problema? pues el cauce procesal ya está despejado, a través de la motivación invocando, como violación indirecta, la infracción de la ley sustantiva bien por falta de aplicación o indebida aplicación».

Como se desprende de la doctrina, tanto extranjera como nacional, el cauce a través del cual entrará en casación la revisión del tema fáctico sería a través del error en la motivación, por errónea, absurda, ilógica, contradictoria, insuficiencia, lo que conduciría a la infracción indirecta de la ley, del tipo penal que corresponda y del estado de inocencia, por indebida aplicación y falta de aplicación, según se trate, con la advertencia de que, si se presenta una inmotivación fáctica, el tema tendría que ser tratado como error de procedimiento.

Pero ¿sería viable esta fórmula para la Casación Penal venezolana?

Para nosotros, se trata de una vía aceptable, aunque —y como expondremos— preferimos tratar el tema del error fáctico como infracción indirecta de la ley, sin conexión con el tema de la motivación errónea, especialmente por el hecho de que el error en la motivación puede llevarnos a plantear el problema de si se trata de un error de procedimiento o de juzgamiento, lo que impactará respecto a los efectos de la sentencia de casación, como serian repositorio o prescindencia del reenvío, en tanto que la infracción indirecta de la ley en forma alguna tendría esta dubitación, quedando en todo caso en manos del recurrente, según el efecto deseado, y partiendo del hecho de que el error probatorio y de hecho puede canalizarse tanto como error de procedimiento como de juzgamiento, la escogencia de una vía o la otra.

Pero el problema se presenta, en cuanto al pensamiento actual de la Casación Penal, no solo respecto a la intransigencia de revisar el tema fáctico, sino respecto a lo que entiende por los errores en la motivación, pues, por ejemplo, como se indicó, identifica la inmotivación con el vicio de indefensión y confunde los supuestos o motivos referidos a la inmotivación,

motivación contradictoria e ilógica, pero además los identifica erradamente con la incongruencia –véanse las sentencias N.ºs 291/2013, 93/2013, 240/2014 y 93/2008, citadas *supra* (vid. nota 4)–.

Para la Casación Penal la inmotivación, la motivación contradictoria e ilógica son sinónimos, y se traduce en inmotivación como error de procedimiento, confundiéndola incluso con incongruencia y con la indefensión, al darle un tratamiento igualitario<sup>20</sup>; incluso, y respecto al criterio de GONZÁLEZ MANZUR citado –quien sostiene que el control de la cuestión fáctica debe hacerse a través de la motivación, con fundamento en el artículo 346.4 del Código Orgánico Procesal Penal, que se refiere al requisito de la sentencia de los fundamentos de hecho y de derecho–, la misma Casación de manera retrógrada y absurda al referirse al numeral 3 del precitado artículo 346, que igualmente se refiere al establecimiento de los hechos que el tribunal estime acreditados, ha indicado que la corte de apelaciones no tiene que cumplir con tal exigencia referida al establecimiento de los hechos, por no ser ella quien valora las pruebas, lo que es propio del juez de juicio; en este sentido, indicaría:

En relación con la infracción del contenido del numeral 3 del artículo 346 del Código Orgánico Procesal Penal, es importante señalar que dicha norma procesal no puede ser infringida por las cortes de apelaciones, ya que estos órganos jurisdiccionales no están facultados para establecer los hechos motivo de una averiguación penal, pues deben atenerse a los hechos dados por probados por los tribunales de primera instancia, quienes son los únicos a quienes la norma jurídica otorga la potestad por el principio de inmediación para analizar y estudiar los medios de prueba, debiendo relacionarlos para establecer los hechos, y así determinar el ilícito investigado y la responsabilidad del acusado, razón por la cual bajo ninguna circunstancia podrán las cortes de apelaciones demostrar, probar y acreditar los hechos objeto del proceso<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> TSJ/SCP, sent. N.º 291, citada *supra*.

<sup>21</sup> TSJ/SCP, sent. N.º 56, citada *supra*.

En este orden de ideas, y como hemos dejado de manifiesto, el criterio actual de la Casación Penal no solo impide el control de la cuestión de hecho y probatoria, sino que, respecto al tema de la motivación, mantiene una mescolanza intolerable que no permite avanzar al respecto.

### *3.2. La casación sobre los hechos reconducida por infracción directa del estado constitucional de inocencia*

Comencemos este apartado refiriéndonos al estado de inocencia como derecho constitucional, a cuyo efecto diremos que se trata de un derecho fundamental que no requiere desarrollo legislativo para su aplicabilidad inmediata, siendo un derecho humano al regularse en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y además *ius cogens* –norma de Derecho Internacional de carácter imperativa, que no puede ser derogada por el Estado unilateralmente por medio de tratados con otros estados, que es obligatoria *per se*– y cuyo origen histórico se remonta a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Entre nosotros encuentra regulación en el artículo 49.2 de la Constitución, ubicado como uno de los elementos del debido proceso, que involucra el hecho de que, a pesar de que una persona haya sido el autor o haya participado en la comisión de un hecho punible, realizando una conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y penable, incluso en los casos en que haya sido aprehendido en flagrancia, debe presumirse y tratarse como inocente hasta que no se produzca, en un proceso judicial debido, una sentencia definitivamente firme que declare su culpabilidad; este derecho al estado de inocencia, en consecuencia, aparejará que el ciudadano deba ser tratado como tal no solo por los órganos del Estado, sino por los propios con ciudadanos.

Del derecho de inocencia o estado de inocencia derivan unas determinadas consecuencias jurídicas, a saber: i. La carga de la prueba siempre corresponderá al acusador –*onus probandi incumbit accusationis*– y toda inversión de carga probatorio legal o judicial resulta inconstitucional; ii. la única forma de destruir el estado de inocencia es mediante una mínima actividad probatoria objetiva, congruente, de cargo y suficiente, realizada en juicio oral con

inmediación y contradicción; iii. prohibición de confesión; iv. en caso de duda respecto a la valoración de las fuentes probatorias, por aplicación del *in dubio pro reo*, debe ser valoradas a favor del acusado, y v. la regla general es que el juzgamiento debe ser en libertad del imputado o acusado, siendo la privación preventiva de libertad la excepción.

Dicho esto, y respecto al control de la cuestión fáctica a través de la presunción o estado de inocencia, la doctrina española, de la mano de NIEVA FENOLL, indica que se trata del modo más perfecto, jurídicamente hablando, para que la Casación acceda al tema probatorio, fundamentado en los artículos 24 y 120.3 de la Constitución española, conectado con el tema de la motivación, sea que falte o que sea errónea, como lo vimos en el punto anterior; que la presunción de inocencia se trata de un principio general del Derecho positivado como derecho fundamental en el artículo 24.2 de la Constitución española, por lo que pertenece a la premisa mayor, tratándose de una cuestión de derecho, lo que ha traído como consecuencia que el Tribunal Supremo no haya podido negarse a su análisis desde ninguna óptica y, como cualquier norma jurídica, tiene influencia en la premisa menor, dado que el principio obliga al juez a partir de una situación de hecho, a saber: la no culpabilidad del acusado.

Indica el citado profesor que la mayoría de los autores plantean el problema de la diferencia entre la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, siendo que la primera entraría en juego cuando hay ausencia de pruebas, en tanto que el *in dubio pro reo* solo tendría su papel ante la insuficiencia de la prueba de cargo; que mientras la presunción de inocencia tendría carácter apriorístico, en tanto en cuanto el acusado no sea condenado, el *in dubio pro reo* únicamente tendría relevancia al momento del juicio, si al juzgador le asalta la duda con vista a las pruebas; que mientras el *in dubio pro reo* parte de un criterio subjetivo, de la existencia de duda, la presunción de inocencia se presentaría como una verdad interina, que exige una prueba adecuada que la desplace, lo que haría referencia al criterio objetivo; y que la presunción de inocencia sería un derecho del ciudadano, en tanto que el *in dubio pro reo* una obligación del juez. Finalmente, indica que no cabe diferencias dogmáticas entre ambos

principios, más que cuando parecen entrar en funcionamiento, pero que su naturaleza y contenido son iguales<sup>22</sup>.

Pero respecto al tema de la casación, se indica que mientras la presunción de inocencia como derecho constitucional es revisable, el *in dubio pro reo*, al ubicarse en un criterio subjetivo de apreciación probatoria por la duda, entra en la llamada «soberanía de los jueces» y por tanto incensurable en casación, lo que es criticable por cuanto las reglas de la sana crítica cuando son infringidas, debe ser controladas, de manera que, y respecto a la diferencia de los principios, por lo menos en lo que respecta a la casación y en el sistema español, el criterio que se maneja es el cierre de la vía casacional para el *in dubio pro reo*, aunque el control probatorio y fáctico sí puede hacerse por la vía de la denuncia de la presunción de inocencia, pues la presunción de inocencia siempre se conecta con el tema fáctico, con la revisión de las pruebas, a través de la revisión de la mínima actividad probatoria de cargo y que conducirá a la infracción de la ley por indebida y falta de aplicación, sea de la norma constitucional de la presunción de inocencia, sea de la norma sustantiva penal.

En este sentido, será a través de la presunción de inocencia como se controle el tema de hecho y probatorio, pero importa destacar que, como explica NIEVA FENOLL, se trata de una infracción directa de la norma constitucional, de manera que, para conocer si se infringió el derecho constitucional, se hará necesario descender al análisis de las pruebas y de los hechos, a través del análisis de la mínima actividad probatoria de cargo, tal como lo hace la instancia, con la diferencia de que ella realiza la «traslación» de la prueba y la Casación solo la «fijación» y «comparación», pero en sede de revisión –revisa la fijación y comparación– para verificar si la misma se dio para condenar y no se vulneró la presunción de inocencia, siendo luego de casada la sentencia, cuando la Casación, actuando como tribunal de instancia, podrá sustituir la sentencia valorando pruebas y estableciendo hechos, lo que se llama la «segunda sentencia».

---

<sup>22</sup> NIEVA FENOLL: ob. cit. (*El hecho y el derecho...*), pp. 189 y ss.



Finaliza expresando que el Tribunal Constitucional habría propuesto que la denuncia en casación de la presunción de inocencia también podía hacerse como error de procedimiento, cuando hay carencia de pruebas y cuando no está probado el hecho, incluso cuando hay silencio de pruebas, mas el citado profesor se muestra contrario, indicando que la presunción de inocencia, al ser un derecho constitucional, siempre debe ser tratado como un error de juzgamiento, como infracción de norma constitucional<sup>23</sup>.

Por su parte, MIRANDA ESTRAMPES<sup>24</sup>, al tratar el tema, indica que la infracción de la presunción de inocencia, en principio, y conforme al criterio jurisprudencial, podía acceder a casación de varias formas, a saber: i. Como infracción directa de la norma constitucional; ii. como defecto de actividad; iii. como casación sobre los hechos por errores en la valoración probatoria. Se refiere a los niveles de control probatorio de la Casación, a saber: a. nivel medio, que siendo de carácter objetivo, se ubica el procedimiento probatorio, la base probatoria que debe analizar el juzgador, controlable por la Casación, y b. nivel resultado o fin, que siendo de carácter subjetivo, se ubica la valoración probatoria, no controlable por la Casación; que, en principio, el control de la actividad probatoria determinará si hay mínima actividad probatoria de cargo para destruir el estado de inocencia, lo que se basa en el análisis de la actividad probatoria, en los medios de prueba alegados al proceso en forma legal y constitucional –nivel medio– controlable en casación, correspondiéndole a la instancia el tema de valoración probatoria –nivel resultado–; que la presunción de inocencia puede infringirse: aa. por ausencia de prueba de cargo; bb. cuando la prueba de cargo se realice en vulneración de la constitucionalidad y legalidad, y cc. cuando la prueba de cargo es erradamente valorada, en contradicción a la sana crítica, y su control casacional podía realizarse respecto a si era mínima actividad probatoria, lo que se refería a la existencia de prueba en el proceso, además de su legalidad respecto al procedimiento, idoneidad y licitud –nivel medio– y si era de cargo, esto es,

<sup>23</sup> Ídem.

<sup>24</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997, pp. 533 y ss.

incriminatoria, que permita acreditar la culpabilidad, la autoría o participación del acusado en el hecho delictivo, así como los elementos objetivos y subjetivos de la teoría del delito, lo que se refiere a la valoración –nivel resultado– además de su congruencia respecto al tema debatido y suficiente en cuanto al razonamiento probatorio realizado al ser valorada, que conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos podían conducir a establecer la culpabilidad del acusado.

Indica el precitado profesor a, criterio de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo español, el control en casación solo puede realizarse respecto del nivel medio, referido al aspecto formal objetivo, a la existencia de mínima actividad probatoria de cargo, la existencia de prueba regular, legal y lícita de cargo, incriminatoria, quedando fuera del control de la Casación el nivel resultado, subjetivo, la valoración probatoria respecto al tema de la congruencia y la suficiencia de la prueba, donde se ubica el *in dubio pro reo*; ello, por el tema de la intermediación que, a su decir, corresponde a la instancia; criterio que critica al indicar que el control del elemento de «cargo» de la mínima actividad probatoria se ubicaría en el nivel resultado, lo que daría lugar a su control en casación, esto es, a un control intermedio; pero, además, que el carácter «suficiente» de la mínima actividad probatoria, ubicada en el nivel medio y que corresponde a la valoración probatoria por la sana crítica, es controlable en casación, ya que lo que se busca no es analizar las pruebas, sino la racionalidad y razonabilidad del juicio valorativo, que no sea arbitrario, el razonamiento lógico respecto a la actividad probatoria, el razonamiento probatorio realizado por la instancia para evitar cualquier arbitrariedad; que la actividad probatoria en el proceso penal para que pueda destruir la presunción de inocencia debe ser: i. congruente, relacionada con los hechos de la acusación; ii. objetiva, que sea legal, lícita y conforme al procedimiento probatorio; iii. de cargo, incriminatoria, acreditativa de la autoría o participación del acusado en el hecho punible, así como los elementos objetivos y subjetivos de la teoría del delito, y iv. suficiente, que la idoneidad y actitud del razonamiento probatoria de valoración que sea conforme a la sana crítica, no arbitrario, que conduzca sin duda a establecer la culpabilidad del acusado, con criterios de racionalidad y razonabilidad, se trata de la prueba convincente; que el

Tribunal Supremo de Justicia daría un salto hacia adelante, permitiendo el control casacional de los dos niveles, tanto en pruebas directas como indirectas, de manera que todo razonamiento probatorio estaría a merced del control de la Casación, con lo que se abandona el criterio de la intermediación basado en el conductismo como matriz valorativa.

Finaliza indicando que, conforme al criterio de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, mientras la presunción de inocencia permite el acceso y control en casación de la cuestión probatoria, respecto al *in dubio pro reo*, no tiene acceso a la casación cuando la duda se materializa y manifiesta del propio criterio razonable de la instancia, de manera que ante la arbitrariedad sí pudiera ser controlado; indica que el *in dubio pro reo* es parte de la misma presunción de inocencia, pues para la sentencia de condena se requiere de una mínima actividad probatoria, de pruebas legales, lícitas, idóneas, de corte incriminatorias –cargo– del aspecto objetivo y subjetivo del tipo penal, pero además valoradas conforme a criterios lógicos, racionales y razonables, que convezan al criterio judicial, lo que es controlable en casación.

Del criterio de MIRANDA ESTRAMPES, podemos extraer que el control en casación del tema probatorio y de hecho se realiza mediante la denuncia de la infracción de la presunción de inocencia, no conectado con el tema de la motivación, lo que permite la revisión del razonamiento probatorio no solo en el nivel medio objetivo, referido a la existencia, procedimiento, legalidad, licitud e idoneidad de la mínima actividad probatoria respecto a sus elementos: existencia, congruencia y objetividad, sino también del nivel resultado o fin, subjetivo, donde se ubica el *in dubio pro reo*, respecto a los elementos de cargo y suficiente, que comprenden el aspecto incriminatorio de la prueba y su valoración mediante criterios de la sana crítica, razonables y racionales que excluyan toda arbitrariedad. Luego, nos interesa, en este momento, retener que el cuestionamiento de la actividad probatoria en casación no se conecta con la motivación, sino que entra a la Casación por vía de infracción de la presunción de inocencia conectado con la mínima actividad probatoria objetiva, congruente, de cargo y suficiente, de manera que su existencia podrá conducir a la destrucción de tal estado, y los errores que en su análisis pueda ubicarse, sea en nivel medio o resultado, son controlables vía extraordinaria.

En este orden de ideas, tenemos que el acceso de la Casación del control de hecho y probatorio, en los términos de la doctrina que hemos citado, puede hacerse a través de la denuncia de la presunción de inocencia, dentro del cual se ubica el *in dubio pro reo*, delatando de manera directa –infracción directa– la norma constitucional o legal contentiva de la presunción de inocencia, conjuntamente con la norma sustantiva del tipo penal que corresponda al caso, que serían infringidas por indebida y falsa aplicación según el caso, conectado con la mínima actividad probatoria congruente, objetiva, de cargo y suficiente, que precisamente es la que permitiría analizar: i. si hubo actividad probatoria –mínima actividad probatoria–; ii. si se refiere al tema debatido en el proceso –congruente–; iii. si cumple con el procedimiento legal de la prueba, es lícita e idónea –objetiva–; iv. si es incriminatoria al acreditar la autoría o participación del acusado en el hecho punible, los elementos objetivos y subjetivos de la teoría del delito –de cargo–; y v. si el juicio jurisdiccional de valoración se hizo en forma racional y razonable, dentro de los límites de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos demandados por la sana crítica, para concluir sin duda la culpabilidad del acusado –suficiente–; se trata del control casacional del razonamiento judicial de los dos niveles, cuyo acceso en casación se hace mediante la denuncia de la presunción de inocencia.

Pero ¿en nuestro sistema sería viable el control en casación del tema probatorio y de hecho vía presunción de inocencia?

Se trata de otra alternativa bastante aceptable para que la Casación Penal pudiera entrar a revisar el tema de hecho y probatorio, lo que partiría de la premisa del cambio de mentalidad, respecto al tema de la valoración de la prueba, dejando atrás el criterio del conductismo o teoría conductual como lineamiento para la valoración subjetiva y arbitraria de la prueba, así como el correcto entendimiento del tema de la inmediatez; solo mediante la concreción de criterios objetivos de valoración probatoria, que permitan su control no únicamente en apelación, sino en la Casación, es que podríamos apostar a la denuncia de la infracción de la presunción de inocencia como carril para controlar el tema fáctico, lo que se haría sin conexión al tema de la motivación,

pero sí con la mínima actividad probatoria congruente, objetiva, de cargo y suficiente que conduciría a la revisión del razonamiento judicial en los dos niveles, en el nivel medio referido a la existencia, congruencia y legalidad de la actividad probatoria y el nivel resultado, referido a la valoración probatoria y su razonabilidad y racionalidad, mediante el análisis del criterio aplicado al observar las reglas de la sana crítica, de manera que no se trataría de una nueva valoración probatoria de la Casación, sino de la revisión del criterio racional de valoración probatoria de la instancia, para evitar toda arbitrariedad judicial.

La presunción de inocencia, y con ella el *in dubio pro reo*, consideramos es la llave que nos abrirá las puertas de la Casación Penal, pero, y como lo expondremos en el siguiente punto, no por la vía de la infracción directa de la norma constitucional o legal<sup>25</sup>, sino por vía de su infracción indirecta, tanto del artículo 49.2 constitucional como del artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal, conjuntamente con la norma sustantiva penal contentiva del tipo penal acusado en el caso concreto, que resultarán infringidos, según el caso, por indebida y falta de aplicación, si resultan falencias en el tema probatorio o fáctico, sea en el procedimiento probatorio –prueba incongruente, ilegal, ilícita, inidónea–, sea en la valoración probatoria y establecimiento de los hechos –sana crítica y errores en la percepción probatoria– a través de falsos juicios de legalidad, existencia, identidad y raciocinio de la prueba, lo que se conectará con la mínima actividad probatoria congruente, objetiva, de cargo y suficiente y los niveles medio y resultado, permitiendo a la Casación el control del tema probatorio fáctico, quien no realizará un análisis y valoración de las pruebas, sino que revisará el razonamiento judicial de la instancia al respecto, el criterio valorativo racional, razonable y lógico del tema probatorio que llevó al juzgador a establecer los hechos, en la recepción y tratamiento de medios probatorios correctamente producidos y formados en el proceso y a su valoración conforme a las reglas de la sana crítica.

---

<sup>25</sup> Criterio sostenido por TSJ/SCP, sent. N.º 644, de 02-12-08; así como en sent. N.º 349, citada *supra*, no procede en casación la denuncia aislada de normas constitucionales.

### *3.3. La casación sobre los hechos reconducida por la infracción indirecta de la ley, a través de los falsos juicios de existencia, identidad, raciocinio y legalidad, que permiten el control del contexto descubrimiento y del contexto justificación de la sentencia*

A diferencia de la infracción directa de la norma jurídica sustancial penal, donde el error se ubica directamente en la norma sustancial o penal que es dejada de aplicar, aplicada indebidamente o erróneamente interpretada, cuya denuncia involucra implícitamente que la cuestión probatoria y de hecho es correcta, vale decir que el recurrente cuando denuncia infracción de ley, renuncia a denunciar infracciones sobre cuestiones probatorias y de hecho que acepta como correctas, salvo que se presenten denuncias subsidiarias, de manera que, en caso de no proceder la denuncia de infracción directa de la norma sustancial aplicada al caso, se analicen las infracciones indirectas de la misma; luego, la infracción indirecta de la norma jurídica sustancial penal es aquella donde el error se ubica en la cuestión de hecho y probatoria, que conduce a un inexacto establecimiento de los hechos y, como consecuencia de ello, a la aplicación indebida de la norma jurídica sustancial o en material penal que se aplicó al caso y a la falta de aplicación de la norma jurídica sustancial penal que sí aplica al caso, de no haberse producido un error probatorio o de hecho y, como resultado, un error en el establecimiento de los hechos.

La infracción indirecta de la ley será consecuencia de «errores de hecho en el juzgamiento de los hechos», sea por falso juicio de existencia, de identidad o de raciocinio, o de «errores de derecho en el juzgamiento de los hechos», por falso juicio de legalidad, generándose en consecuencia un «error medio», como indicamos, ubicado en la cuestión probatoria o de hecho, que como tal no tiene la capacidad o potencia para conducir por sí misma a destruir o casar la sentencia recurrida, de manera que se hace necesario que ese error probatorio o de hecho impacte «indirectamente» en la norma sustancial penal aplicada o aplicable al caso, lo que se conoce como «error resultado», vulnerada por indebida aplicación o falta de aplicación –no así por errónea interpretación, que no opera en materia de infracción indirecta– que en función

a su determinancia en las resultas del proceso, sí tiene la capacidad o potencia para demoler la sentencia recurrida.

Lo dicho cobra importancia al momento de denunciar la infracción indirecta, pues el recurrente no puede limitarse a delatar los errores probatorios o de hecho, sea por falsos juicios de existencia, identidad, raciocinio o legalidad, sin conectar y completar la denuncia con la infracción de la norma jurídica sustancial penal aplicada al caso o dejada de aplicar, sea por indebida aplicación o falta de aplicación, pues es la infracción –indirecta– de la norma sustancial penal, la que en definitiva destruirá la sentencia recurrida en caso de que el vicio sea determinante o influyente en las resultas del proceso, pues en estos casos, y al igual que la infracción directa, la Casación Penal no puede actuar oficiosamente, estando limitada a aplicar el brocardo: *iura novit curia*.

Dicho esto, la infracción indirecta de la norma jurídica sustancial se presenta como una tercera vía que permitirá el control en casación de la cuestión probatoria y de hecho, la cual hemos estado afirmando en el presente trabajo, donde por vía de infracción indirecta de la ley, fundamentado en el artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, que implícitamente contempla la «violación indirecta de la ley», a través de los falsos juicios, sea de existencia, identidad, raciocinio o legalidad, se descende a las actas procesales para revisar y controlar la cuestión probatoria y de hecho, respecto al procedimiento probatorio, la legalidad, pertinencia, relevancia, conducencia, licitud, identificación del objeto de la prueba y regularidad en la proposición de los medios probatorios, su admisibilidad y evacuación; en este último aspecto respecto a que la prueba se haya formado en audiencia pública y oral, con contradictorio –falso juicio de legalidad–; respecto a la valoración de la prueba a través de la sana crítica, donde se revise y controle el razonamiento y racionalidad del juicio valorativo dentro de los parámetros de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, en evitación de la arbitrariedad judicial –falso juicio de raciocinio–; y el establecimiento de los hechos conforme a las fuentes probatorias cursantes en autos y al análisis de su contenido que no sea *travisado* –falsos juicios de existencia e identidad–; todo ello conectado con la mínima actividad probatoria congruente, objetiva,

de cargo y suficiente que permitirá establecer si hubo o no destrucción del estado constitucional de inocencia.

De esta manera, en los casos donde se presentaron errores probatorios y de hecho, el control de la Casación Penal se haría a través de la denuncia de la infracción indirecta de la ley, por haberse presentado alguno de los falsos juicios, que habrían generado un error en el establecimiento de los hechos, condenando o absolviendo al acusado, de manera que se tendría que denunciar la infracción –indirecta– de los artículos 49.2 de la Constitución, en concatenación con el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal, referidos a la presunción de inocencia, así como la norma sustantiva penal aplicada al caso, por indebida aplicación la primera y por falta de aplicación la segunda, cuando en la causa exista una mínima actividad probatoria congruente, objetiva, de cargo y suficiente que, sin duda alguna, permite establecer la responsabilidad penal del acusado; en tanto que, si en el proceso no existe esa mínima actividad probatoria congruente, objetiva, de cargo y suficiente para condenar y, no obstante a ello, se produjo una sentencia de condena, el tema sería a la inversa: indebida aplicación de la norma sustantiva penal que sirvió para la condena y falta de aplicación de la norma constitucional y legal referida a la presunción de inocencia.

Se trata de que la Casación Penal en funciones de casación no va a valorar fuentes probatorias ni a establecer hechos, lo que quedaría relegado a las instancias, concretamente al juez de juicio y a las cortes de apelaciones, sino que su función se limitaría a controlar y revisar el juicio jurisdiccional respecto al tema probatorio y de hecho; pero la aplicación de este criterio, necesariamente, debe estar acompasado con el cambio de postura respecto a las limitaciones de las cortes de apelaciones en cuanto al tema de revisión de lo probatorio y fáctico, quienes tendrían libertad, obviamente, dentro del marco del recurso de apelación ejercido, para revisar el tema probatorio y de hecho establecido en la instancia, revisión tanto del nivel medio como del nivel resultado, sin miramientos absurdos y decimonónicos respecto a la intermediación y superándose el error histórico de la supuesta «soberanía de los jueces de instancia», ello mediante la aplicación –como hemos dicho y como



veremos— de criterios objetivos de valoración probatoria que evitarán todo subjetivismo y arbitrariedad al respecto, lo que se haría por la vía de la infracción indirecta en los términos del artículo 444.5 del Código Orgánico Procesal Penal, que conduciría a que las cortes de apelaciones, luego de anulado el fallo recurrido en apelación, produjeran sus sentencias propias, con competencia para valorar fuentes probatorias y establecer hechos, mediante el visionado de las grabaciones de la audiencia probatoria de la instancia, así como del contenido del acta de debate; y en todo caso de considerarse que el artículo 449 *eiusdem* cuando indica:

Si la decisión de la corte de apelaciones declara con lugar el recurso, por la causal prevista en el numeral 5 del artículo 444 de este Código, la corte de apelaciones dictará una decisión propia sobre el asunto con base en las comprobaciones de hecho, ya fijadas por la decisión recurrida, siempre que la sentencia no haga necesario un nuevo juicio oral y público sobre los hechos, por exigencias de la inmediación y la contradicción, ante un juez o jueza distinto a aquel que dictó la decisión recurrida.

Presenta resistencia al criterio planteado, cuando expresa: «la corte de apelaciones dictará una decisión propia sobre el asunto con base en las comprobaciones de hecho, ya fijadas por la decisión recurrida...», la solución sería, bien una reinterpretación constitucional y garantista de la misma en los términos que hemos indicado, bien la desaplicación por control difuso de la norma, por contrariar el contenido de los artículos 2, 7, 26, 49 y 257 de la Constitución.

Este criterio permitiría a la Casación Penal, una vez demolida la sentencia de la corte de apelaciones, dictar su sentencia propia, caso en el cual, ya estando en la «segunda sentencia» y actuando subrogado como cortes de apelaciones, con la limitación de la reforma peyorativa, igualmente y con el visionado de la grabación de la audiencia oral de instancia, así como del acta de debate, valoraría fuentes probatorias, establecería hechos y declararía el derecho, dando cumplimiento fiel al fin dikelógico de la casación, a la «justicia» del caso como valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y como fin esencial del proceso judicial.

Dejamos de esta manera plasmada nuestra postura respecto a la casación sobre los hechos en materia, a la par que hemos analizado otras vías que igualmente sirven para controlar la cuestión probatoria y de hecho, por lo que en definitiva será la Casación Penal la que tenga la última palabra al respecto; pero lo que no podemos seguir aceptando silentemente es la postura actual retrógrada, inconstitucional y antigarantista, de no permitir el control del tema fáctico basado en una «soberanía de los jueces de instancia» basada en la inmediatez, que, y como hemos reiterado, es el gran fraude y estafa de la Casación Penal de los últimos veinte años.

### *3.4. La casación penal sobre los hechos y el control del contexto descubrimiento y del contexto justificación de la sentencia*

La sentencia judicial debe contener el análisis de los elementos de hechos controvertidos en el proceso señalando cuáles fueron los hechos alegados por el acusador conforme a la teoría del caso planteada en la acusación y eventualmente los excepcionados por el acusado, de ser el caso, pues este, al estar amparado por la presunción de inocencia, no tiene la carga de ejercer una defensa activa, para posteriormente fijarlos o establecerlos a través de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes y que se han formado en audiencia oral, pública y contradictoria, con inmediatez y concentración, única forma como puede formarse en el proceso penal oral la mínima actividad probatoria congruente, objetiva, de cargo y suficiente para destruir el estado de inocencia y obtenerse una sentencia de condena, salvo la anticipación probatoria, mediante una triangulación que debe hacer como sujeto cognoscente, fijándose una imagen correcta en cuanto al objeto cognoscible, para de esta manera fijar o establecer de manera correcta los hechos debatidos en el proceso, construyendo así la premisa fáctica; una vez fijados los hechos, previo el análisis de los medios probatorios, el juez debe construir la premisa de derecho, escogiendo la norma sustantiva o de materia penal que aplicará al caso concreto y donde subsumirá los hechos fijados, realizando la correcta adecuación de la conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y penable en el tipo penal que corresponda y que describe la conducta punible estableciendo la pena, acusado y establecido en el auto de apertura a juicio –salvo el cambio de calificación jurídica advertido por el juez de juicio–; fijada la

premisa fáctica, y construida la de derecho, subsumidos los hechos fijados típicos de la conducta delictiva del caso concreto en la norma jurídica sustantiva penal aplicable para resolver el caso concreto, debe producirse la consecuencia contenida en la norma, la eventual pena en caso de demostrarse la culpabilidad del acusado o el mantenimiento del estado de inocencia, de no haber una mínima actividad probatoria de cargo, incluso el sobreseimiento.

Son las partes, especialmente el acusador, quienes a través de la alegación aportan al juez los hechos sobre los cuales recaerá la actividad jurisdiccional, pues recordemos que en materia hechos no existe actividad oficiosa y el judicante debe atenerse a lo que le han aportado las partes, ello en aplicación del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*. Estos hechos, para que el juzgador pueda tenerlos como fijados, deben ser demostrados con los medios de prueba aportados por las partes; en esta actividad, el juzgador, al construir la premisa fáctica, debe razonar, explicar y fundamentar, de manera razonable y racional, cuáles fueron los elementos que lo llevaron a fijar los hechos controvertidos en el proceso, el razonamiento, argumento que lo justifican; debe explicar cuáles fueron los hechos debatidos en el proceso y que se tienen como los hechos concretos del caso que se subsumirán en las normas jurídicas, como consecuencia del análisis del material probatorio cursante en autos, los hechos que tiene como fijados, bien sea por actividad probatoria o por estricta legalidad, al estar exento de pruebas, por estar amparados por presunciones, ser admitidos o confesados, entre otras modalidades que serán analizadas en este aparte; pero, igualmente, el juez al momento de construir la premisa de derecho, con base en el brocardo *iura novit curia*, tiene el deber de indicar las normas de derecho aplicables al caso, razonando argumentivamente cuáles fueron los elementos que lo llevaron a la aplicación de las mismas y su aplicabilidad para el caso concreto, vale decir, los elementos que lo llevaron a interpretar la norma jurídica sustantiva penal para establecer la conducta punitiva que se identifica con la acreditada en autos, incluso a integrar la misma cuando estemos en presencia de normas jurídicas en blanco; en definitiva, el juzgador, al momento de emitir su fallo, debe motivar y justificar con argumentos jurídicos cuáles fueron las razones de hecho y de derecho que lo

llevaron a emitir el dispositivo del mismo, sea éste condenatorio o absolutorio, donde se ubica el sobreseimiento, todo lo que debe ser el producto de la actividad razonada y motivada realizada por el juzgador.

En este sentido el artículo 346 del Código Orgánico Procesal Penal, indica:

La sentencia contendrá: 1. La mención del tribunal y la fecha en que se dicta; el nombre y apellido del acusado o acusada y los demás datos que sirvan para determinar su identidad personal. 2. La enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio. 3. La determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estime acreditados. 4. La exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho. 5. La decisión expresa sobre el sobreseimiento, absolución o condena del acusado o acusada, especificándose en este caso con claridad las sanciones que se impongan. 6. La firma del juez o jueza.

Conforme al contenido de la norma *ut supra* transcrita, se establecen los requisitos mínimos de la sentencia penal, sea aquella dictada por el tribunal de juicio, sea aquella dictada por las cortes de apelaciones, donde se observa en los numerales 2, 3 y 4 los referidos a la determinación de la controversia, la determinación de los hechos debatidos en el proceso y la determinación de los hechos acreditados en el proceso conforme a la actividad probatoria, lo que no es más que la mínima actividad probatoria congruente, objetiva, de cargo y suficiente para determinar si se produjo o no la misma y si se logró destruir el estado de inocencia, todo lo que debe ser el producto de un juicio jurisdiccional motivado, racional, razonable y lógico.

En la construcción de la sentencia partiendo del cognoscitivismo o teoría del conocimiento científico o epistemológico, el juez penal debe justificar la construcción de la sentencia, los elementos de hecho y de derecho que le permitieron llegar a una determinada conclusión, sea de condena o absolución, incluso de sobreseimiento, especialmente y conforme a la dialéctica procesal con base en los hechos y las pruebas que cursen en autos, formadas en audiencia pública, oral, contradictoria y concentrada —las fuentes probatorias—

los hechos que han quedado establecidos y sobre los que recaerán los efectos de la norma material penal aplicable al caso, so pena de incurrir en dicisionismo judicial, reduccionismo, subjetivismo, arbitrariedad muy propio de los criterios que consideran aún válido el histórico error de la «soberanía de los jueces de instancia», especialmente en temas como la valoración de pruebas en los procesos orales, como hemos visto, denunciado y destruido. Esta justificación, a través de la debida motivación plasmada en la sentencia, evitará la arbitrariedad, que no solo se presenta cuando hay ausencia total o parcial de motivación, sea en la cuestión de hecho o probatoria, sino también cuando la sentencia contiene errores, sean de hecho o de derecho, que generan infracción directa o indirecta de la ley, errores o falsos juicios de derecho o hecho, dando paso a la motivación errada, ilógica, absurda, arbitraria o insuficiente que constituyen un típico caso de errores de juzgamiento.

Los errores de hecho y probatorios se encuentran presentes y patentizan en la motivación de la sentencia judicial, en los niveles, fases o contextos que la conforman, sea el contexto o fase descubrimiento que se ubica en el nivel medio, sea en el contexto o fase justificación que se ubica en el nivel resultado, donde se presentan errores delatables en casación a través de los falsos juicios, sea de existencia, identidad, legalidad o raciocinio, y que, con base en la teoría del conocimiento científico donde el juicio se basa en la actividad probatoria del caso concreto, el error se presentará cuando no se produzca una triangulación perfecta de los elementos que lo conforman.

En el cognoscitismo, el establecimiento de los hechos a través de la valoración probatoria será el producto de la triangulación dialéctica perfecta entre sus tres elementos, a saber: i. Sujeto cognoscente, representado por el juez; ii. objeto cognoscible, representado las fuentes probatorias que acreditan los hechos debatidos en el proceso; y iii. imagen que se hace el sujeto cognoscente del objeto cognoscible, representado por la información probatoria o hechos que el juez fija como ciertos con base en las fuentes probatorias cursante en autos. Precisamente, cuando en el análisis del tema de hecho o probatorio no se produce una perfecta triangulación dialéctica, en los casos que el juez incurre en falsos juicios, se presentará el error de hecho y probatorio que

dará lugar a la casación por infracción indirecta de la ley, como consecuencia de la distorsión en que incurren el juez como «sujeto cognoscente», respecto a la «imagen» que se ha creado y que le permiten establecer los hechos, del objeto cognoscible basado en los hechos y pruebas presentes en autos, un *travisamento* en la imagen que se hace del objeto cognoscible –fuente probatoria– y la información probatoria que exterioriza la fuente.

El error de hecho y probatorio, como analizamos, se presentará cuando el juez, como sujeto cognoscente, distorsiona en su mente la realidad de los hechos acreditados en el proceso, dando por probado lo que no está o dejando de dar por probado lo que sí está, partiendo del objeto cognoscible y de la imagen que se ha creado en su mente con base en la información probatoria del caso concreto, presentándose, en consecuencia, una falta de identidad entre la realidad fáctica y probatoria que existe en la causa y la que concibe o crea el juez en su mente y que luego es plasmada en la sentencia, falencia que es revisable y censurable a través del recurso de casación por el andarivel de la infracción indirecta de la ley, que en la medida de la determinancia o influencia del vicio en las resultas del proceso, conducirá al quiebre de la sentencia recurrida, habilitando a la Casación a dictar su sentencia propia, decidiendo el fondo de la controversia sin reenvío, valorando pruebas y fijando hechos, todo lo que hará en la que se ha indicado «segunda sentencia».

La distorsión sujeto cognoscente-imagen-objeto cognoscible que genera el error de hecho o probatorio, y que da paso a la casación sobre los hechos, se ubica tanto en el contexto descubrimiento como en el contexto justificación de la sentencia, en la forma que estudiamos a continuación.

3.4.1. Contexto o fase descubrimiento o percepción –nivel medio–  
Está referido al establecimiento y fijación de los hechos a través de la actividad probatoria que realicen las partes, que en materia de procedimientos orales, como el penal acusatorio, donde el probatorio se dilucida en la audiencia probatoria o de juicio, y la única fuente probatoria que puede utilizar el juez para crear su convicción judicial, que sirve como mínima actividad probatoria, congruente, objetiva, de cargo y suficiente, será aquella formada en

audiencia pública, oral y contradictoria, con inmediación –con la excepción de la anticipación probatoria– que viene marcada fundamentalmente por la inmediación del juez en la percepción, apreciación y valoración de la prueba, que ha conducido al error histórico de considerar que en este contexto, fase o nivel los jueces son soberanos en la apreciación de la prueba –soberanía de los jueces de instancia– de manera que no pueden ser revisadas a través de los recursos la valoración que de las pruebas hagan en la sentencia, error que es el producto de otra tragedia histórica, como hemos visto, representada por la valoración de las pruebas siguiendo la corriente filosófica de la teoría conductista o conductual, de la *kinesia* según la psicología de la declaración, donde el juez analiza las pruebas en consideración al criterio subjetivo y arbitrario de la conducta y forma de conducirse del órgano probatorio, sus gestos y expresión facial, propio de la inmediación donde se produce una lógica dialéctica basada en lo ocurrido en la audiencia oral probatoria, en la percepción y valoración que de la conducta de las partes y de los órganos probatorios que hizo el juez en la audiencia oral, todo lo que puede resumirse en la siguiente fórmula: contexto o fase descubrimiento, nivel medio = inmediación = lógica dialéctica = soberanía de los jueces de instancia en la valoración de pruebas = irrecurribilidad de la valoración probatoria hecha por los jueces de instancia = arbitrariedad, subjetivismo, reduccionismo, decisionismo.

En este contexto de descubrimiento donde el juez fija o establece los hechos debatidos en el proceso, según lo alegado y probado por las partes en la audiencia oral, conforme a la dialéctica procesal –esto es, con base en lo que se debate en el proceso concreto y a las pruebas formadas en la audiencia oral, superado el error histórico de la soberanía de los jueces de instancia en la valoración probatoria, cuando de juicios orales se trata, lo que se fundamenta en el hecho de que los jueces deben valorar las fuentes probatorias conforme a una teoría objetiva, que permita conocer el criterio objetivo utilizado para apreciarlas o desecharlas, tal como será aquella teoría basada en el análisis del contenido de la declaración de los órganos probatorios, fundamentada en la contextualización, corroboración, coherencia y ausencia de comentarios o detalles oportunistas expuesta por NIEVA FENOLL–, permitirá a su vez la revisión de los criterios valorativos de las fuentes probatorias

a través de las vías recursivas ordinarias o extraordinarias, cuando se presentan casos de falso juicio de identidad, respecto al contenido de la fuente probatoria cursante en autos, falso juicio de existencia positivo o negativo, respecto a la fuente probatoria que curse o no en autos, falso juicio de legalidad respecto al procedimiento probatorio seguido en el proceso y falso juicio de raciocinio, respecto a la valoración probatoria de las fuentes con base en la sana crítica, actividad a través de la cual se establecen los hechos en el proceso.

En este contexto, uno de los problemas fundamentales a que se ha enfrentado la doctrina, y en especial en los juicios orales, precisamente ha sido su control a través del recurso de casación, lo que, y como hemos expresado, históricamente ha sido vedado por el hecho de que en esta fase o nivel priva la inmediación del sujeto cognoscente respecto al objeto cognoscible, el juez y el medio probatorio, que impide a la Casación suplir esa función al no haber estado en la audiencia probatoria donde se realizó la actividad probatoria, al no haber tenido esa inmediación que le permite crearse la convicción judicial –lo propio igualmente aplica para la apelación–; pero es que el error de esta afirmación se presenta primeramente cuando se considera que la inmediación impide revisar la percepción del juez de instancia respecto al tema de hecho y probatorio, cuando de lo que se trata no es de revisar tal percepción y valoración, sino de revisar en casación la justificación o razonamiento lógico respecto a la actividad probatoria, el razonamiento probatorio exteriorizado por la instancia para evitar arbitrariedad, la justificación que de la percepción y valoración haga el juez en su sentencia para establecer la imagen del objeto cognoscible creada en su mente como sujeto cognoscente, que puede generar una distorsión respecto al tema debatido, incurriendo en «falso juicio de identidad» por mención o prueba inexistente, por distorsión o tergiversación de los contenidos probatorios, bien al hacer agregados fácticos haciéndole decir a la prueba lo que no dice, o por cercenamiento fáctico, tomando y valorando una parte sí y otra no, o tomando y valorando una parte como si fuera todo, impidiendo decir a la prueba, lo que la misma en forma integral expresa; «falso juicio de existencia» positivo o negativo, por prueba inexistente o silenciada, por ignorancia u omisión probatoria o por suposición



material de la prueba; «falso juicio de legalidad» por infracción de normas jurídicas sobre el establecimiento o procedimiento de las pruebas, donde se ubican las pruebas ilegales, impertinentes, irregulares, extemporáneas, irrelevantes, ilícitas, entre otras; también el error de impedir que este contexto sea revisable en casación, parte de la consideración del criterio arbitrario y subjetivista que considera que el juez con su inmediación percibe los hechos y las fuentes probatorias creándose un juicio de valor que no puede ser revisado y suplido por la Casación, al ser como sujeto cognoscente quien ha percibido directamente la conducta de los órganos probatorios para crearse en su mente una imagen que luego es expresada en la sentencia, argumento que nos coloca ante la teoría conductista o conductual basada en la *kinésica* y que tiene su basamento en la psicología del testimonio, que ha permitido la valoración arbitraria de las fuentes probatorias con base en criterios subjetivos del juez, que han justificado esa «soberanía de los jueces de instancia».

Esta «soberanía de los jueces de instancia» en el contexto descubrimiento o percepción, como indicamos, se basa en la *kinésica*, en el análisis que el juez hace del lenguaje corporal y de las fuentes probatorias que se presentan en la audiencia oral o probatoria, que obedece a la aplicación de la teoría conductista o conductual con base en tono de voz, gestos, expresiones faciales, sonrisa, movimientos corporales, posiciones conscientes o inconscientes somatogénicas aprendidas, percepción visual y auditiva, táctil que en forma aislada o combinadas, representan las estructuras verbales o lingüísticas y que permiten al juez llegar a una apreciación probatoria de las fuentes según el entendimiento que tenga del comportamiento humano, convirtiéndolo en una especie de oráculo respecto al análisis de la conducta humana percibida para extraer de ahí una imagen del tema debatido. Esta imagen formada de la manera indicada y en aplicación de la teoría conductista no es más que el producto de la arbitrariedad, de la subjetividad, decisionismo o reduccionismo en el tema de hecho y probatorio, basado en criterios subjetivos del juez que ciertamente no pueden ser controlados por casación, fundamentados en la inmediación que le permite aplicar sus máximas de experiencia para establecer los hechos con base en el criterio apreciativo que ha hecho.

Pero el error del planteamiento expuesto precisamente se presenta cuando la apreciación y valoración de la fuente probatoria no puede quedar a merced de máximas de experiencia basadas en criterios subjetivos y arbitrarios, pues, como elemento dinámico que depende de la dialéctica procesal y de la inmediatez, debe establecerse con base en criterios objetivos que, a la par de eliminar el decisionismo, permitirá su control en la Casación. Este criterio objetivo de percepción y valoración de la fuente probatoria a través de las máximas de experiencia estará representado por la contextualización a que se refiere NIEVA FENOLL, cuando nos dice que en la valoración probatoria el elemento dinámico de las máximas de experiencia debe ser establecido mediante criterios objetivos basado en el análisis del contenido de la declaración de la fuente probatoria, tales como la contextualización, coherencia, corroboración y ausencia de comentarios oportunistas de la fuente probatoria, a saber: i. La contextualización, referido a la justificación que la fuente probatoria ofrece del lugar, el modo y el tiempo, cómo ocurrió y cómo percibió el hecho debatido; ii. la coherencia, referido a que la fuente probatoria no se contradiga en sí misma o con otra cursante en autos, que sea clara, precisa, inteligible y consistente; iii. la corroboración, referido a que la fuente probatoria coincida con otra cursante en autos, y iv. la ausencia de comentarios o detalles oportunistas, referida a la imparcialidad de la fuente probatoria.

Mediante el criterio objetivo del análisis del contenido de la declaración de la fuente probatoria, se da contenido objetivo a las máximas de experiencia propias de la valoración probatoria mediante la sana crítica, como elementos dinámicos dependiente de la dialéctica procesal y de la inmediatez, que actuarán conjuntamente con elementos estáticos, como la lógica formal y los conocimientos científicos cuando son aplicables, lo que permitirá revisar el razonamiento judicial justificado en la sentencia al establecer o fijar los hechos, los errores que puedan presentarse al distorsionarse la imagen que el juez se hace de los hechos percibidos y presentes en autos, de manera que el razonamiento de hecho y probatorio exteriorizado en la sentencia en este contexto o fase descubrimiento o percepción, en este nivel medio, con base en criterios objetivos que eliminan la arbitrariedad independientemente que dicho nivel esté fuertemente influenciado por la inmediatez, es controlable

en la Casación a través de la casación sobre los hechos que al presentar un error determinante o influyente, conducirá al quiebre de la sentencia recurrida.

La prueba para producir la convicción judicial, en el proceso penal oral, que tenga la potencia para destruir el estado de inocencia, además de tener que haberse formado en audiencia pública, oral, contradictoria y con inmediación, debe ser objetiva, congruente, de cargo y suficiente, una actividad probatoria de parte objetiva, congruente, de cargo y suficiente. Esto quiere decir que para la convicción judicial se requiere: i. La «existencia de una actividad probatoria» que sea realizada por las partes, especialmente por el acusador; ii. que dicha actividad probatoria sea «objetiva», que cumpla con el procedimiento probatorio establecido por el legislador, legal, lícita, tempestiva, pertinente, relevante, idónea, regular; iii. que la actividad probatoria sea «congruente», pertinencia respecto a los hechos debatidos en el proceso, respecto a la acusación y eventualmente a las excepciones que pueda oponer el acusado; iv. que la actividad probatoria sea de «cargo», inculpativa, que acredite la responsabilidad o culpabilidad penal de acusado como autor o partícipe del hecho punible, los elementos objetivos y subjetivos de la teoría del delito; y v. que la actividad probatoria sea «suficiente», que sea analizada y apreciada mediante criterios lógicos, racionales, razonables, basados en la lógica y la experiencia, que justifiquen el establecimiento de los hechos con base en la actividad probatoria, el criterio racional o de razonabilidad probatoria. Los tres primeros elementos se ubican en el aspecto objetivo y que forman la base probatoria –prueba medio– que se desprende del contenido de las actas procesales, en tanto que los dos últimos se ubican en el aspecto subjetivo del judicante, la convicción de la inculpativa y la valoración –prueba resultado– donde aplica la sana crítica para valorar la actividad probatoria, aunque en este aspecto las reglas que deben utilizar para justificar el argumento judicial de valoración también son objetivas, basadas en las reglas estáticas lógicas, en los conocimientos científicos y en las reglas dinámicas de la experiencia.

En el contexto de descubrimiento o percepción, se debe fijar la base probatoria, la existencia de actividad probatoria para aportar las fuentes, que debe ser

objetiva y congruente, de manera que cuando ocurren errores o distorsiones, cuando el juez en su sentencia para establecer los hechos equivoca la imagen del objeto cognoscible, creada en su mente como sujeto cognoscente respecto a los hechos y pruebas que cursan en autos, se abre el control de la Casación para revisar la justificación o razonamiento lógico respecto a la actividad probatoria, el razonamiento probatorio exteriorizado por la instancia para evitar arbitrariedad, la justificación que de la percepción y valoración haga en este nivel o contexto, ello por el andarivel de la casación sobre los hechos, por falsos juicios de existencia, falso juicio de identidad y falso juicio de legalidad, como infracción indirecta de la ley, que permitirá a la Casación, luego de demolido el fallo, dictar su sentencia propia, con el análisis de los hechos y las pruebas, con el dictado del dispositivo del fallo –la segunda sentencia–.

Otro problema que se presenta en este tema, una vez superado el criterio de que la Casación puede revisar y detectar errores de hecho y probatorios en este contexto, es si esta, una vez demolido el fallo recurrido, puede conocer del fondo, analizar hechos y valorar pruebas, pues como tal no estamos en presencia del tribunal de instancia que realizó la audiencia probatoria y que tuvo la inmediación con las fuentes probatorias; al respecto ya hemos dicho que la doctrina tiene criterios encontrados al considerar, por un lado, que siendo la inmediación uno de los principios fundamentales que informa el procedimiento oral –lo que en forma amplia ocurre en la instancia y en forma reducida en la alzada, cuando es permitido según la característica del procedimiento oral que establezca el legislador para la alzada, sea que le otorgue plena o limitada jurisdicción (aunque generalmente en materia de oralidad la jurisdicción es limitada) al producirse un error de hecho o probatorio que habitualmente se denuncia por la vía de la motivación errónea, ilógica, absurda o insuficiente, a través de los falsos juicios de identidad, existencia y legalidad, sea en alzada o en la Casación–, la consecuencia inmediata de producirse la nulidad de la sentencia será la reposición de la causa al estado que una nueva instancia celebre una nueva audiencia oral y dicte la sentencia, quedando impedido de conocer del fondo de la controversia, analizar hechos y pruebas, por no haber sido el juez que presenció la audiencia oral probatoria y que tuvo la inmediación con las fuentes probatorias.

En esta corriente se inscribe LÓPEZ BARJA DE QUIROGA<sup>26</sup>, quien considera que el primer elemento que debe tenerse en consideración es que los juicios orales se fundamentan en principios propios que son el desarrollo constitucional de la inmediación, concentración y contradicción, que en materia de valoración probatoria, la única actividad que puede conducir a la convicción judicial, es aquella realizada en audiencia pública, oral, contradictoria y con inmediación del juez sentenciador, lo que es propio de la actividad del juez de instancia, pues, y respecto a la alzada, aunque se establezca la presencia de una audiencia oral en esta etapa, donde se cumplan los precitados principios, en materia de oralidad generalmente no se presenta una jurisdicción plena –plena *cognitio*– sino limitada o restringida, no solo respecto a los motivos o cuestiones sobre las cuales podrá decidir la alzada, que se limitan a aquellos motivos expresados por el recurrente, sino también en la cuestión de hecho y probatoria, donde no puede realizar la prueba que corresponde a la instancia ni valorar la misma, al no haber celebrado la audiencia oral; como consecuencia de lo señalado, se indica que la alzada no puede revisar ni valorar pruebas, al no tener plena jurisdicción, ya que ante él no se realizó la audiencia de juicio o probatoria con inmediación y bilateralidad, de manera que ante el error probatorio trascendental que modifique el sustrato fáctico del proceso, se hace necesario anular y reponer la causa al estado de celebrarse en la instancia una nueva audiencia probatoria, lo contrario –se consideraría sentenciar sin pruebas evacuadas en audiencia, con inmediación y solo con base en pruebas documentadas, incluso con la sola revisión de la grabación de la audiencia, lo que es considerado como inquisitivismo; aunque se establecen excepciones que permiten a la alzada prescindir del efecto repositorio y entrar a conocer del fondo de la controversia a saber: i. Cuando el error probatorio denunciado y censurado no modifique el sustrato fáctico del proceso; ii. aunque el error probatorio modifique el sustrato fáctico del proceso, se trate de pruebas que no fueron formadas en la audiencia oral con inmediación, y iii. cuando el error probatorio se ubica en el contexto de justificación, resultado o valoración, por fallas en la aplicación de las reglas de

<sup>26</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 4.ª, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters. Navarra, 2010, pp. 1505 y ss.

la lógica, experiencia o conocimientos científicos, lo que no se conecta con la intermediación, pero siempre que no se modifique el sustrato fáctico.

En este punto resulta interesante el criterio del citado autor, cuando, respecto a la naturaleza limitada de la jurisdicción de la alzada, aun cuando se permita una audiencia oral en esta instancia, donde incluso pueden producirse algunos medios probatorios excepcionales, como el caso de aquellas pruebas resistidas en la instancia o sobrevenidas, existiendo intermediación que habilitaría a la alzada a valorarlas en la sentencia, el problema se presentaría si estas nuevas pruebas excepcionales modifican el sustrato fáctico, así como el hecho de que de ser valoradas lesionarían el principio de unidad de la prueba y valoración conjunta de todo el material probatoria, al valorarse tanto la prueba de instancia donde no hubo intermediación y la de alzada que sí contó con la misma.

Respecto a la posibilidad de que la alzada, una vez demolida la sentencia recurrida por errores probatorios, pueda conocer del fondo de la causa, basándose en el contenido del acta de debate detallada o en la grabación de la audiencia oral de instancia, se indica que ello conduciría a un sistema inquisitivo al volver al sistema documental escrito y sin audiencias, sin oralidad, contradicción e intermediación.

Aunque parece bastante acertado esta corriente, que también le es aplicable a la Casación, como explicaremos en los párrafos siguientes, el error de impedir que la recurrida o la Casación, una vez revisado el contexto descubrimiento o percepción, detecte errores por falsos juicios de existencia, identidad o legalidad, que tienen la potencialidad de modificar el sustrato fáctico del proceso, basado en la intermediación como principio esencial que no permite que la alzada o la Casación luego de demolido el fallo, puedan adentrarse al conocimiento del fondo de la causa, analizando hechos y pruebas que no fueron realizadas en una audiencia oral llevada a cabo ante su presencia, lo ubicamos en la aplicación de la teoría conductista o conductual, que ha sobrevalorado la intermediación respecto a la convicción judicial, como una especie de mito histórico que ha impedido el control de la prueba por la

alzada y por la Casación, al tiempo que ha impedido que, detectado el vicio probatorio y demolido el fallo recurrido, pueda dictarse la sentencia de fondo sin necesidad de reposición; una vez superado este error histórico de la soberanía de los jueces de instancia con base en la inmediación, donde la teoría conductista o conductual, como subjetiva y arbitraria, sea sustituida por criterios objetivos de análisis y valoración del tema probatorio, mediante la contextualización correspondiente como hemos indicado, no vemos problema para que alzada o la Casación, luego de producido el error probatorio que modifica el sustrato fáctico, pueda pasar a conocer del fondo de la causa, analizando hechos, pruebas y dictando el dispositivo del fallo, lo que, por demás, garantiza una justicia efectiva, eficaz y con menos retardos procesales, más eficiente para el ciudadano, para lo cual, respecto a las fuentes probatorias producidas y evacuadas en la audiencia oral, el criterio de la alzada o de la Casación se haría con vista al acta de debate de la audiencia oral, que debe ser minuciosa al contener los más mínimos detalles de la actividad probatoria realizada en la audiencia, a propósito de la herramienta tecnológica de la grabación de la audiencia, que, aunque tratándose de una inmediación de segundo grado, perfectamente es útil para conocer el material probatorio y poder apreciarlo.

El otro criterio respecto al punto que analizamos se ubica precisamente en la permisología que tiene la alzada o la Casación de conocer del fondo de la controversia, de analizar hechos y pruebas, dictando su sentencia propia, cuando detecten errores probatorios que modifiquen el sustrato fáctico del proceso, prescindiendo del efecto repositivo, aunque ante ellos no se haya formado la prueba, no se haya realizado la audiencia oral o probatoria con inmediación, bilateralidad y concentración, como en nuestro caso donde la Casación al adoptar el sistema de la casación de instancia, para los casos de infracción directa o indirecta de la ley, que luego de producirse la demolición de la sentencia recurrida, le permite conocer del fondo de la controversia, analizando hechos, pruebas y dictando el dispositivo del fallo, ello en los términos del artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal que indica:

Si la sentencia declara con lugar el recurso fundado en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal, el Tribunal Supremo de Justicia

dictará una decisión propia sobre el caso, en tanto que para ello no sea necesario un nuevo debate sobre los hechos por exigencia de la inmediación y la contradicción, ante un tribunal distinto del que realizó el juicio. En los demás casos, anulará la sentencia impugnada y ordenará la celebración del juicio oral ante un nuevo tribunal, o repondrá el proceso al estado en que se incurrió en el vicio de procedimiento que dio lugar al recurso, si se cometió en las etapas anteriores. Si se trata de un error en la especie o cantidad de la pena, el Tribunal Supremo de Justicia hará la rectificación que proceda.

Con la acotación que cuando el legislador plantea: «en tanto que para ello no sea necesario un nuevo debate sobre los hechos por exigencia de la inmediación y la contradicción...», debe interpretarse que el efecto repositorio lo será en la medida que el recurrente haya planteado los errores de hecho o probatorios a través de denuncias por defecto de actividad, precisamente con el fin de conseguir la vuelta a la causa a la instancia para celebrar otra audiencia probatoria, pero si el recurrente ante errores de hecho o probatorios optó por utilizar la vía de la infracción indirecta, es porque no quiere un efecto repositorio, sino que la Casación Penal eventualmente, de producirse el quiebre de la sentencia recurrida, conozca del fondo de la controversia y dicta la sentencia propia, valorando pruebas, estableciendo hechos y aplicando el derecho.

Este criterio que permite a la alzada o a la Casación pasar o conocer del fondo de la controversia, una vez producido el error probatorio ubicado en el contexto descubrimiento o percepción, que tiene la potencialidad de modificar el sustrato fáctico, aunque no se haya formado la prueba en audiencia oral realizada en presencia de los jueces de alzada o de Casación, con inmediación de los mismos, se justifica con la revisión del acta de la audiencia oral o probatoria, suficiente, minuciosa y completa respecto al debate y especialmente del tema probatorio, junto al visionado de la grabación de la misma, que si queremos insistir con el tema de la inmediación, garantizan una inmediación de segundo grado que permite la percepción, revisión y juzgamiento de los hechos y de las pruebas, sin necesidad de reposición, lo que en forma alguna lesiona el principio de la oralidad ni convierte el proceso en inquisitivo,



documentado o escrito, todo lo contrario, admite una justicia más eficiente y eficaz, al permitir una solución menos lenta del asunto judicial, evitando reposiciones inútiles que retardan la justicia. También sumemos el hecho de la mentira histórica que se presentan en materia de inmediatez, cuando se considera que la alzada y la Casación no pueden conocer del fondo de la controversia valorando pruebas, sin violar dicho principio, cuando lo cierto es que el juez de instancia que celebró la audiencia oral donde se formó la prueba, salvo los casos de inspección judicial, tampoco tiene la tan señalada inmediatez que se pregona, pues como tal la inmediatez lo es solo respecto al medio probatorio y no respecto a la fuente probatoria, lo que igualmente sucede en alzada y Casación, de manera que la inmediatez no representa un obstáculo para que alzada o Casación puede valorar pruebas y conocer del fondo; lo contrario es otorgarle a la inmediatez un poder que no tiene y que obedece a errores históricos, especialmente la aplicación de la teoría conductista o conductual que sirve para la convicción judicial.

Los errores probatorios que se ubican en el contexto descubrimiento o percepción que abordamos en este punto, hemos dicho que la doctrina y la jurisprudencia generalmente lo analizan desde la visión de la motivación errónea, ilógica, arbitraria o insuficiente, revisables en apelación a través del andarivel de la motivación que genera los falsos juicios de identidad, existencia y legalidad, pues carecen de una norma jurídica expresa que regule los errores de hecho y probatorios o la casación sobre los hechos para el caso de recurso extraordinario, que ha obligado a construir un cuerpo de jurisprudencia al respecto para que tanto la alzada como la Casación puedan por esta vía revisar el tema de hecho y probatorio; el efecto típico de un error o vicio ubicado en la motivación, que se presenta como error de procedimiento, es la nulidad con efecto repositorio, que conduciría a que se celebrara una nueva audiencia probatoria en la instancia con todas las consecuencias que ello aparejaría; pero si el vicio de hecho y probatorio lo reconducimos por la vía de la infracción indirecta de la ley o la casación sobre los hechos, la consecuencia propia de casarse la sentencia por la presencia de cualquiera de los falsos juicios que afectan al sustrato fáctico del proceso, será el dictado de la sentencia, con conocimiento de la cuestión de hecho, probatoria y con el

dictado del dispositivo del fallo, sin necesidad de reenvío; lo dicho, por ejemplo, en materia de recursos que no regulan de manera concreta el motivo de la infracción de hecho y probatoria, como sucede en el caso penal, sea apelación o casación, incluso permitirá que sea el recurrente quien determine los efectos del recurso, pues si lo que pretende es la nulidad con efecto repositivo, la denuncia de la falencia de hecho y probatoria debería hacerla por vía de la motivación, como defecto de actividad, en tanto que si lo que pretende es la nulidad y la sentencia de fondo sin reenvío, la denuncia de la falencia de hecho y probatoria debe hacerla a través de la infracción indirecta de la norma jurídica, para el caso de la casación a través de la casación sobre los hechos.

### 3.4.2. Contexto justificación, motivación, resultado o conclusión –nivel resultado–

Está referido a la valoración de los hechos y las fuentes probatorias, mediante criterios razonables basados en la experiencia, la lógica y los conocimientos científicos, conforme a una valoración racional que utiliza la lógica formal, la cual debe ser motivada mediante argumentos jurídicos que los justifiquen conforme a las buenas razones, como indica TARUFFO, que es revisable a través de los recursos ordinarios y extraordinarios, cuando se incurre la infracción directa o indirecta de la ley, esta última en casos de falsos juicios de raciocinio<sup>27</sup>.

Mientras en el contexto descubrimiento o nivel medio se ubica el análisis de la existencia del material probatorio del proceso, la existencia de prueba aportada por las partes, debiendo ser objetiva y congruente respecto al tema debatido, cuya infracción conduce a un error probatorio respecto al establecimiento de los hechos, mediante los falsos juicios de identidad, existencia y legalidad, ubicado en la casación sobre los hechos o infracción indirecta de la ley, en el contexto justificación o nivel resultado se ubica la suficiencia de esa actividad probatoria, la valoración probatoria y el grado de convicción que el material probatorio ha producido en el criterio judicial, a través del razonamiento

---

<sup>27</sup> TARUFFO, Michele: *La motivación de la sentencia civil*. Trotta. Madrid, 2001, p. 14.

lógico, crítico, racional y razonable que debe plasmar el juez en su sentencia, mediante la valoración analítica e integral del material probatorio de autos, cuya infracción genera un error probatorio respecto a la valoración de las pruebas y consecuentemente el establecimiento de los hechos, mediante los falsos juicios de raciocinio, ubicado en la casación sobre los hechos o infracción indirecta de la ley.

En este nivel, como indicamos, se ubica la valoración probatoria, donde se analiza el carácter incriminatorio y suficiente de la mínima actividad probatoria, que, según el esquema diseñado por el legislador penal, es a través de la sana crítica conforme al artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal que indica: «Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia», donde la valoración libre de la prueba a través de la sana crítica, el legislador fija criterios de análisis del material probatoria, que deja en manos del juzgador y que deben seguirse para establecer el grado de convicción o convencimiento, el cual igualmente queda a criterio del juez, quien debe hacer usos de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, que mediante la argumentación racional y razonable que debe plasmar en la sentencia, determinará la forma cómo se analizó la prueba y el grado de convencimiento que la misma produjo en el juez.

La valoración de la prueba a través de la sana crítica está regida por el cumplimiento de sus elementos, que debe justificar el juez en su sentencia para apreciar o desechar una prueba, no quedando a su libre arbitrio y subjetivismo ni el análisis de la prueba ni la convicción judicial que de ella extraiga; por el contrario, el juez debe atenerse a las reglas estáticas de la lógica formal, los conocimientos científicos y las máximas de experiencias como regla dinámica, que debe justificar en la motivación de la sentencia y cuya infracción generará los falsos juicios de valoración y raciocinio como motivos de casación sobre los hechos, todo lo que puede resumirse en la siguiente fórmula: contexto o fase justificación o valoración, nivel resultado = valoración de hechos y pruebas = lógica formal = revisabilidad de la valoración probatoria hecha por los jueces de instancia = objetivismo.

En el caso de la sana crítica, el juez en su sentencia debe aplicar las «reglas de la lógica formal», fundamentado en las leyes supremas del pensamiento que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para determinar cuáles son, necesariamente verdaderos o falsos, leyes apriorísticas que independientemente de la experiencia, se presentan en el raciocinio como necesarios, evidentes e indiscutibles cuando se analiza el propio pensamiento, las cuales se dividen: i. Ley fundamental de coherencia, donde los razonamientos o pensamientos deben ser concordantes, análogos o convenientes entre sus elementos, para generar una motivación coherente y no contradictoria; ii. ley fundamental de derivación, donde los razonamientos o pensamientos provienen unos del otro, del cual está relacionado, salvo que se trate de un principio, que es un juicio de punto y partida para otros.

De la ley fundamental de coherencia a su vez se derivan tres principios, a saber:

i. Principio de identidad, cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico total o parcialmente al concepto-predicado, lo que hace que el juicio sea verdadero; en este juicio un concepto es igual a sí mismo y no a otro, «A» es igual a «A» y no puede ser al mismo momento y tiempo igual a otro, lo que aplicado al campo probatorio se presenta cuando el juez no es congruente respecto a la existencia de la prueba por no analizarla cuando cursa en autos o analizarla cuando no cursa en autos, respecto al contenido de la prueba, al expresar lo que no dice o deja de expresar lo que sí dice, por ejemplo, cuando él introduce en el proceso hechos no afirmados por las partes o analiza pruebas que no están vinculadas con los hechos debatidos en el proceso, silencie una prueba cursante en autos, valore una prueba no cursante en autos, exprese que la prueba cursante en autos demuestra un hecho, cuando lo cierto es que no lo demuestra o demuestra lo contrario, deje de expresar lo que la prueba indica, lo que nos ubica en casos de falsos juicios de existencia y falsos juicios de identidad, por haber el juez, como sujeto cognoscente, creado una imagen distorsionada –establecimiento distorsionada de los hechos– del objeto cognoscible –fuentes probatorias–.

ii. Principio de no contradicción, cuando dos juicios opuestos entre sí, contradictoriamente, no pueden ser ambos verdaderos. Se trata de una argumentación coherente donde un juicio no puede ser y no ser al mismo momento y en el mismo tiempo, lo que sucede cuando existen en el proceso medios probatorios, sean de la misma o de diferente naturaleza que contienen información contradictoria y el juez considera que ambos son verdaderos y acreditan los hechos contradictorios, cuando el juez indica en la sentencia que un mismo hecho quedo y no quedó establecido, que una misma fuente probatoria prueba y no prueba el hecho al mismo tiempo, lo que da paso al falso juicio de identidad, incluso al falso juicio de existencia cuando el juez indica que una prueba existe y no existe en el proceso, ocurriendo así una contradicción insostenible al afirmar y negar al mismo tiempo la existencia de hechos o pruebas, que la fuente prueba y no prueba el hecho, creándose el sujeto cognoscente una imagen distorsionada del objeto cognoscible.

iii. Principio de tercero excluido, cuando dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente no pueden ser ambos falsos, uno de ellos es verdadero y ningún otro es posible, lo que sucede cuando existen en el proceso medios probatorios, sean de la misma o de diferente naturaleza que contienen información contradictoria y el juez considera que ambos son falsos, o que ante dos hechos contradictorios probados en el proceso, ambos son falsos, lo que da paso al falso juicio de identidad, creándose el sujeto cognoscente una imagen distorsionada del objeto cognoscible.

Por su parte, de la ley fundamental de derivación, proviene el siguiente principio:

Principio de razón suficiente, por el cual todo juicio, para ser verdadero, necesita de una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad; lo que en materia de hechos y pruebas en el proceso se traduce en que los argumentos que justifiquen la valoración probatoria y el establecimiento de los hechos, para considerarse verdaderos, deben fundamentarse en un discurso basado en las buenas razones que lo justifiquen.

Junto a estas reglas de la lógica formal, el juez, al aplicar la sana crítica, debe hacer uso de las reglas de la experiencia y los conocimientos científicos, este último como elemento estático aplicable en materia de experticias tradicionales o científicas, conformado por los criterios reiterados y avalados por la comunidad científica de expertos en una determinada materia, que permiten de manera certera concluir respecto a la veracidad de las conclusiones que lleguen en determinada materia; en materia de prueba de experticia, aun cuando el juez no queda vinculado con el dictamen pericial, en su valoración no puede desatender los criterios de la comunidad científica plasmados en el informe pericial que permiten dar o no por demostrado los hechos debatidos en el proceso, pues de hacerlo estaría incurriendo en un error probatorio respecto a la valoración de la prueba, concretamente un falso juicio de raciocinio al no atenerse a las reglas de la sana crítica, donde fundamentalmente debe aplicar reglas objetivas y controlables de la contextualización del informe pericial, la coherencia, corroboración y comentarios o detalles oportunistas ofrecido por los expertos, los conocimientos especiales del experto, la imparcialidad, la motivación, coherencia, no contradicción, inteligibilidad, claridad, precisión, lógica y congruencia del dictamen, suficiente de los datos referidos al procedimiento, métodos, técnicas y teorías científicas aplicados al caso, información suficiente sobre los estándares de calidad de los instrumentos, herramientas y sus condiciones, respecto de aquellos utilizados en la prueba, información sobre las estadísticas del grado de probabilidad, verosimilitud, certeza, error, falseabilidad, certidumbre o incertidumbre de los resultados obtenidos, información sobre la suficiencia o no de los datos, hechos, materiales, muestras, evidencias y demás cosas, objetos y sujetos sobre lo que recaiga la experticia, que no se encuentre desvirtuados con otros medios probatorios ni sea rectificado o retractado y que los expertos no se excedan los límites de su encargo, entre otros aspectos propios que debe analizar el juez al valorar la prueba, expresando la justificación de los mismos para darle valor probatorio.

Cuando el juez en la sentencia, y al valorar la prueba de experticia, se aparta del dictamen pericial o lo desecha con base en argumentos que van en contra de los estándares o criterios pacíficos de la comunidad científica que avalan

la veracidad de las conclusiones plasmadas en el dictamen, sin expresar motivo alguno para apartarse de las mismas o basándose en argumentos que no tienen la capacidad de destruir los criterios de la comunidad científica, el juez incurrirá en un error probatorio, al producirse una valoración que no es racional y razonable, que lesiona la sana crítica y genera un falso juicio de raciocinio, censurable vía recursiva a través de la casación sobre los hechos, como consecuencia del equívoco en la triangulación perfecta por la distorsión que el sujeto cognoscente hace del objeto cognoscible.

El último elemento de la sana crítica lo representan las máximas de experiencia, como juicios hipotéticos de contenido general, desligados del caso donde se producen, pero aplicables al caso que se trate, juicios empíricos de la vida que son útiles para la comprobación de los hechos y para la aplicación de las normas jurídicas que la ley no define; en la valoración probatoria el problema se presenta en cuanto a lo que debe entenderse por la aplicación de esas máximas de experiencia, que, como juicios dinámicos, no pueden quedar a la prudencia o libertad del juzgador, mucho menos incensurables, pues por lo general se dice que se apliquen las reglas de la lógica y la experiencia, así como conocimientos científicos, sin que en forma alguna se señalen cuáles son ellas, especialmente, cuáles son y en qué consisten esas máximas de experiencia, lo que ha llevado equivocadamente a la aplicación de criterios arbitrarios basados en subjetivismos, intuiciones, complejos, mezquindades y demás cuestiones internas que para nada pueden considerarse como reglas de experiencia y que son el reflejo de sus propios demonios, tal como ha sucedido, por ejemplo, en materia de declaración de partes y de testigos en el proceso, donde se asumen criterios subjetivos e intuiciones personales de cada juez que evalúa cuestiones como lenguaje corporal, conducta del declarante, vestimenta, comportamiento, expresión y otros elementos que se ubican en la teoría conductista o conductual a la que hemos hecho referencia en el punto anterior, relacionados con la técnica y teoría de la psicología del testimonio, cuyos problemas fundamentales se centran en la falta de objetividad que impide a las partes conocer el verdadero criterio utilizado por el juez para valorar la prueba, interdictando el derecho al control judicial vía recursiva.

La aplicación de las máximas de experiencia en función de la teoría conductista que utiliza la kinésica para estudiar el comportamiento del órgano probatorio y a partir de allí formar la convicción judicial, además de arbitraria y subjetivista ha sido el fundamento para impedir que la valoración probatoria sea revisada a través de los recursos judiciales, ello con base en el error histórico de la soberanía de los jueces de instancia; pero si entendemos que las máximas de experiencia no pueden obedecer a un criterio subjetivo basado en la teoría conductista, sino un criterio objetivo que es independiente del proceso pero aplicable al mismo, sin problema se superará el criterio de la soberanía de los jueces de instancia, permitiéndose la revisión de la valoración probatoria a través de la sana crítica a través del falso juicio de raciocinio, que representa uno de los motivos de la casación sobre los hechos cuando se infringen normas jurídicas sobre la valoración probatoria, cuando el juez en la sentencia se equivoque en la valoración probatoria respecto a cualquiera de los tres aspectos de la sana crítica, sea la lógica, la experiencia o los conocimientos científicos, lo que conducirá a un error en el establecimiento de los hechos, de manera que el sujeto cognoscente habrá distorsionado la imagen respecto al objeto cognoscible.

Precisamente estos criterios objetivos de aplicación de las máximas de experiencia, son producto de la dialéctica procesal, son proporcionados por las propias fuentes probatorias del proceso, mediante el análisis del contenido de las declaraciones de las fuentes probatorias como indicamos en el punto anterior, la contextualización, coherencia, corroboración y ausencia de detalles o comentarios oportunistas, elementos estos ubicables en cualquier fuente probatoria allegado al proceso por conducto de los medios pertinentes e idóneos, que representan las máximas de experiencia que el judicante debe aplicar conforme a la sana crítica y que permiten de manera objetiva y cierta conocer el criterio de valoración, dándole la oportunidad a las partes de cuestionar las mismas recursivamente y ofreciendo a la comunidad un alto grado de confiabilidad en el sistema de justicia al alejar todo elemento de arbitrariedad existente cuando se aplican criterios subjetivos e intuiciones judiciales; estos criterios objetivos permiten al judicante la valoración de cualquier fuente y medio probatorio, por más complicado y científico que sea, pues sus



elementos se desprenden de las propias actas del proceso y de los datos que provienen de esas fuentes, a propósito que y junto con las reglas de la lógica permiten afirmar que se está aplicando constitucionalmente la sana crítica como sistema de valoración racional y razonable.

En el contexto resultado o nivel resultado que estudiamos, el juez debe fundamentar la valoración probatoria que sirvió para establecer los hechos, mediante argumentos razonables, racionales y lógicos, referido a la sana crítica, esta última propia de los juicios orales y que debe motivarse respecto a los tres elementos que la conforman, aunque en puridad de verdad, la fundamentación en la sentencia respecto a la sana crítica solo se referirá a las máximas de experiencia en cuanto a la coherencia, contextualización, corroboración y ausencia de detalles oportunistas, así como a los conocimientos científicos cuando de experticias científicas se trate, pero en cuanto a las reglas de la lógica formal, no encontraremos sentencias que expresen y motiven las leyes del pensamiento y sus principios, bastando a los efectos de una correcta valoración probatoria que cumpla con las mínimas exigencias de motivación, que no se produzcan lesión de dichas leyes o de sus principios, pues al ubicarse la infracción de la ley de coherencia en alguno de sus principios, coherencia, no contradicción o tercero excluido, o la infracción de la ley de derivación en su principio de razón suficiente, quedará habilitada la vía recursiva para delatar el error en la valoración probatoria, que de ser determinante e incluyente en el sustrato fáctico del proceso, conducirá a la casación de la sentencia recurrida, quedando la Casación habilitada para dictar su sentencia propia, conocer del fondo del asunto, sin reenvío, conociendo de los hechos, pruebas y dictando el dispositivo del fallo.

#### **4. Errores de hecho en el juzgamiento de los hechos por falsos juicios de existencia, de identidad y de raciocinio**

La infracción indirecta de la norma jurídica sustancial puede ser consecuencia de error en la cuestión probatoria y de hecho, esta última por falsos juicios de existencia, de identidad y de raciocinio, que conducen a un error en el establecimiento o fijación de los hechos por parte de la recurrida y que

llevarán a una indebida aplicación de la norma sustancial penal que se aplicó al caso, así como a la falta de aplicación de aquella que opera en el caso concreto si los hechos se hubiesen establecido correctamente; lo anterior podemos resumirlo de la siguiente manera:

i. Errores de hecho en el juzgamiento de los hechos como consecuencia de falsos juicios –suposición probatoria, suposición falsa, falso supuesto o *travisamento*– por: a. falso juicio de identidad; b. falso juicio de existencia probatoria, y c. falso juicio de raciocinio o valoración probatoria.

ii. Errores de derecho en el juzgamiento de los hechos como consecuencia de falsos juicios, por falso juicio de legalidad.

El error de hecho en el juzgamiento de los hechos se produce como consecuencia de la suposición probatoria o falso supuesto, por falso juicio de existencia o falso juicio de identidad, al establecerse un hecho positivo y concreto de manera falsa o inexacta, producto de un error de percepción o de la desnaturalización de las actas procesales o fuentes probatorias, incluso cuando se deja de establecer un hecho con una prueba que sí riela a los autos –falso supuesto negativo– lo que se traduce en una distorsión que el juez, como sujeto cognoscente, hace de la imagen que se crea del objeto cognoscible, que conducirá a un error en el establecimiento de los hechos, a la casación sobre los hechos, que en la medida de su trascendencia o determinancia en las resultas del proceso, o infracción indirecta y a la casación total o parcial sin reenvío.

El «falso supuesto o suposición probatoria» por falso juicio de existencia o identidad puede tratarse de un hecho cierto y positivo, de una mención que fue considerada, o de una fuente probatoria que no estando en autos fue valorada, o parcialmente valorada y que sirvieron para que el juez estableciera los hechos, producto de una desnaturalización –*travisamento*– o distorsión de las actas del proceso o de la existencia o contenido de las fuentes probatorias, que lo lleva a establecer un hecho de manera falsa o inexacta, lo que se ubica en el «falso supuesto positivo»; pero también puede tratarse de la falta de establecimiento de un hecho cierto y positivo, de una mención que no fue

considerada, o de una fuente probatoria que estando en autos, no fue valorada, o fue parcialmente valorada, producto de una desnaturalización –*trivisamento*– o distorsión de las actas del proceso o de la existencia o contenido de las fuentes probatorias, que lo lleva a establecer un hecho de manera falsa o inexacta, lo que se ubica en el «falso supuesto negativo».

FÁBREGA, al referirse al error probatorio de hecho, expone que se trata de una falencia en la existencia de la prueba, entendido como el desconocimiento del medio o elemento probatorio, el ignorarlo o dar por existente un elemento probatorio que no obra en el expediente, error de hecho que algunas veces puede calificarse como afirmativo o negativo, cuando el error se trata de la existencia de la prueba –afirmativa– donde se toma en cuenta una prueba que no existe; o cuando el error se refiere a que no se tomó en cuenta, no se examinó un elemento probatorio que obra en el proceso –negativo–<sup>28</sup>.

MURCIA BALLÉN expresa que el error de hecho en la cuestión probatoria se presenta cuando el juez da por demostrado un hecho sin existir en los autos la prueba de él y cuando no da por acreditado un hecho, a pesar de existir en el proceso la prueba idónea de él, siendo que dentro de la primera caben todos los casos de suposición probatoria por ser un problema de adición, donde se altera el contenido material del medio con agregados que no aparecen en él, que significa suponer la prueba del hecho equivocadamente añadido; en tanto que en la segunda se trata de preterición de prueba, producto del cercenamiento o mutilación del contenido objetivo de la prueba, producido cuando el juzgador restringe el alcance real de esta, que equivale a pretermitir la apreciación de la prueba del hecho que ella demuestra en la parte cercenada<sup>29</sup>.

Como observamos, el falso supuesto o suposición probatoria genera el falso juicio, que puede ser de existencia de la fuente probatoria o de identidad respecto a su contenido, donde se produce una alteración de las actas del

<sup>28</sup> FÁBREGA, Jorge: *Teoría general de la prueba*. 2.<sup>a</sup>, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá, 2000, pp. 435 y 436.

<sup>29</sup> MURCIA BALLÉN, Humberto: *Recurso de casación civil*. 6.<sup>a</sup>, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005, pp. 385 y ss.

proceso y de las fuentes probatorias en específico, lo que impacta en el establecimiento o fijación de los hechos por parte del juez, que hará en forma equivocada al distorsionar su contenido, llevándolo a la aplicación indebida de la norma jurídica sustancial penal para resolver el caso, dejando a su vez de aplicar la norma jurídica sustancial penal que opera en el caso, de no haberse producido el error en el establecimiento de los hechos producto de la distorsión de las actas procesales y probatorias; se trata de la distorsión que el juez como sujeto cognoscente hace de la imagen que se crea del objeto cognoscible, de la fuente probatoria, rompiendo con la triangulación perfecta que le permite establecer los hechos correctamente.

#### *4.1. Error de hecho en el juzgamiento de los hechos por falso juicio de existencia*

Se trata del primer caso que analizamos de suposición probatoria, de desnaturalización o alteración de las actas procesales y concretamente de las fuentes probatorias, que se genera cuando el juez da por demostrado los hechos debatidos en el proceso, como consecuencia de fuentes probatorias que no se encuentran en el expediente, que ha creado o que procede de su mente, lo que representa el «falso juicio de existencia por adición»; así como en aquellos casos donde el juez deja de valorar las fuentes probatorias que cursa en el expediente –silencio total de pruebas– lo que representa el «falso juicio de existencia por preterición», casos en los cuales los hechos del caso concreto serán fijados o establecidos de manera distorsionada, conduciendo en consecuencia a la infracción indirecta de la norma jurídica sustancial aplicada al caso, por indebida aplicación y a la falta de aplicación de la norma sustancial penal aplicable al caso, de haberse establecido correctamente los hechos. En estos casos, y como hemos visto, el judicante como sujeto cognoscente distorsiona la imagen de la fuente probatoria como objetivo cognoscible, generando una errada triangulación que le hace ver o deja de ver aquella fuente probatoria curante en autos, llevándolo a una falencia en el establecimiento de los hechos.

FIERRO MÉNDEZ explica que el falso juicio de existencia se presenta en aquellos casos donde el medio de prueba se encuentra presente físicamente en el expediente y no obstante el juez la ignora, y cuando no estando en

el expediente, el juez lo supone existente; que el vicio se refiere a un error respecto al medio de prueba y no a su contenido, pues si se trata de su contenido, y dentro de él –del contenido probatorio– se produce el desconocimiento, o la suposición, no se tratará de inexistencia, sino de problemas de falso juicio de identidad por vía de agregados o mutilaciones, pues lo supuesto no es el medio de prueba, sino su contenido probatorio; lo desconocido no es el medio de prueba, sino el medio probatorio; que falso juicio de existencia es desconocer o suponer un medio probatorio existente en el proceso y cualquier otra situación desembocará en otra figura, de manera que cuando se trata de su contenido, no se trata de problemas de existencia, tratándose de un error en la identidad<sup>30</sup>.

Por su parte, PABÓN GÓMEZ explica que los errores de hecho por falsos juicios de existencia, en sus modalidades suposición probatoria o ignorancia valorativa, obedecen al principio de necesidad de la prueba, conforme al cual toda decisión debe fundarse en pruebas legales, regulares y oportunamente producidas en el proceso<sup>31</sup>.

Como indicamos, el falso juicio de existencia, sea por preterición o adición, puede producirse en los siguientes casos: i. Cuando en las actas del proceso se ha propuesto un medio probatorio, y materializado correctamente la fuente probatoria, el juez en la sentencia no valora la misma, la ignora, la omite, estableciéndose los hechos sin consideración a esa prueba que puede ser determinante en las resultas del proceso –falso juicio de existencia por preterición–; y ii. cuando en las actas del proceso no cursa la fuente probatoria, no hay existencia física de la prueba y el juez la crea en su mente, valorándola y estableciendo los hechos en función a una prueba que solo existe en su imaginación, que ha conjeturado –falso juicio de existencia por suposición o adición–.

<sup>30</sup> FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro: *Los recursos en el proceso penal*. Editorial Leyer. Bogotá, 2008, p. 355.

<sup>31</sup> PABÓN GÓMEZ, Germán: *De la casación y la revisión penal*. Ediciones Doctrinas y Ley. Bogotá, 2003, p. 243.

En cuanto a la técnica de casación para delatar el falso juicio de existencia, sea por preterición o adición –al amparo del artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con el artículo 454 *eiusdem* siguiendo los criterios de la Casación Penal y aplicados al caso–, tenemos: i. Indicación de la fuente probatoria cursante en autos y que el juez de la recurrida omitió valorar o ignoró –para el caso del falso juicio de existencia por preterición– o de la fuente probatoria que no existiendo en autos el juez supuso, creándola en su mente, y valoró; ii. la indicación de los hechos que el juez de la recurrida dio por establecidos en la sentencia, con base en una fuente probatoria que existiendo en el proceso omitió valorar, o aquellos hechos que dejó de establecer por haber omitido valorar la fuente probatoria cursante en autos, para el falso juicio de existencia por preterición, y los hechos que estableció con base en una fuente probatoria que no cursando en autos, que fue imaginada, valoró, para el falso juicio de existencia por adición, todo lo que se resumen en los hechos que el juez de la recurrida estableció o dejó de establecer como consecuencia del falso juicio de existencia por preterición o por adición; iii. indicación del caso de falso juicio de existencia de que se trata, si es por preterición o por adición; iv. indicación clara, concisa y precisa, de cuál fue la norma jurídica sustantiva penal aplicada indebidamente con base en el error en el establecimiento de los hechos, como consecuencia del falso juicio de existencia, por preterición o adición; v. indicación de que la infracción se refiere a indebida aplicación, esto es, cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción, a causa del falso juicio de existencia; vi. la debida motivación del porqué la norma aplicada al caso no resulta aplicable al mismo; vii, la indicación de los hechos que quedaron establecidos en el proceso, que resultaron probados en el debate oral y público –ya que la función de la Sala no es establecer hechos, sino determinar la perfecta correspondencia entre el hecho y las disposiciones sustantivas aplicadas o dejadas de aplicar–; viii. indicación de los motivos que hagan procedente la denuncia; ix. siendo que la indebida aplicación generalmente conducirá a una falta de aplicación de la norma jurídica que sí se identifica con el caso concreto, conforme al principio de proposición jurídica completa ya analizado, debe igualmente delatarse la norma jurídica que resulta aplicable al caso, con la explicación del porqué aplica al mismo, y x. la influencia

o determinancia del vicio en las resultas del proceso, en el dispositivo del fallo, que de no haberse producido las resultas hubiesen sido otras, se trata de la trascendencia del error en las resultas del proceso, que de no haberse producido el falso juicio de existencia por preterición o adición, de haberse establecido los hechos en forma diferente, la aplicación de las normas sustanciales penales hubiesen sido de otra forma y los resultados otros, sea en materia de autoría, participación, exclusiones del injusto penal por atipicidad, justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o no punibilidad, atenuantes, agravantes, absolución mantenimiento del estado de inocencia o sobreseimiento.

Debemos indicar que, para el caso del falso juicio de existencia por preterición, el recurrente debe atender e indicar lo que quedó demostrado con las demás fuentes probatorias existentes en autos y valoradas, para confrontarlas con la fuente probatoria que se omitió, ello conforme al principio de valoración integral de la prueba, pues si de esa confrontación, aun cuando se haya omitido una fuente probatoria –falso juicio de existencia por preterición– las resultas del proceso y el dispositivo del fallo se mantiene intacto, no se declarará procedente la denuncia realizada por intrascendente.

#### *4.2. Error de hecho en el juzgamiento de los hechos por falso juicio de identidad*

Se trata de otro caso de falso supuesto *travisamento* o desnaturalización de las actas del proceso y concretamente de las fuentes probatorias, que parte de la premisa de cursar en forma cierta, efectiva y material la fuente probatoria en las actas procesales, pero que en su análisis el juzgador distorsiona su contenido, sea agregándole o cercenándole en su contenido, haciendo decir lo que no dice o dejando de decir lo que sí dice; en estos casos hay un entendimiento erróneo respecto al contenido de la prueba judicial existente, por error de percepción o desnaturalización, donde se da por demostrado un hecho positivo y concreto partiendo del contenido de una prueba judicial, que realmente contiene y demuestra lo contrario a lo percibido por el juzgador, incluso, dejando de demostrar el hecho positivo y cierto que sí contiene, un error de identidad entre lo que realmente contiene la fuente probatoria y lo que su mente distorsionada considera que tiene.

FIERRO MÉNDEZ se refiere que este vicio se produce por variaciones de contenidos que de la prueba se haga, sea agregados, cercenamientos o tergiversación; cuando el juzgador, en la apreciación de la prueba, le hace decir lo que ella objetivamente no dice, o deja de decir lo que objetivamente sí dice, tergiversando o distorsionando su contenido<sup>32</sup>.

Por su parte, PABÓN GÓMEZ indica que los falsos juicios de identidad son errores de apreciación y valoración probatoria, en los que incurre el juzgador, que recaen sobre el cuerpo fáctico o dicente, contenidos materialmente de los medios probatorios allegados al proceso<sup>33</sup>.

En estos casos, se produce una distorsión o desfiguración del contenido de la fuente probatoria; su tergiversación cuando se agrega o suprime su contenido, esto es, agregaciones fácticas o cercenamientos fácticos, cuando se analiza parcialmente la prueba, dejándose de analizar en su integridad, lo que conduce a una mutación de su verdadero contenido; infracción que puede ocurrir, bien en el análisis individual de una fuente probatoria, donde se agrega o suprime su contenido, bien en el análisis integral de las fuentes probatorias, donde igualmente pueden ocurrir agregaciones o supresiones; también puede darse el caso de contradicciones respecto al contenido de las fuentes probatorias, esto es, inexactitud en su análisis.

En cuanto a la técnica de casación para delatar el falso juicio de identidad, sea por agregaciones o cercenamientos, al amparo del artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con el artículo 454 *eiusdem* siguiendo los criterios de la Casación Penal y aplicados al caso, tenemos:

- i. Indicación de la fuente probatoria cursante en autos que el juez distorsionó, sea agregándole o cercenándole contenido; incluso, que fue valorada parcialmente;
- ii. indicación si el falso juicio de identidad se produjo por agregaciones, cercenamiento, contradicción o valoración parcial de la prueba;
- iii. indicación de en qué consistieron las agregaciones, cercenamiento,

<sup>32</sup> FIERRO MÉNDEZ: ob. cit., pp. 356 y 357.

<sup>33</sup> PABÓN GÓMEZ: ob. cit., p. 248.



contradicción o valoración parcial de la prueba denunciado; iv. la indicación de los hechos que el juez dio por establecidos o dejó de dar por establecidos, con base en una fuente probatoria distorsionada por agregaciones, cercenamiento, contradicción o valoración parcial de la prueba; v. indicación clara, concisa y precisa, de cuál fue la norma jurídica sustantiva penal aplicada indebidamente con base en el error en el establecimiento de los hechos, como consecuencia del falso juicio de identidad; vi. indicación de que la infracción se refiere a indebida aplicación, esto es, cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción, a causa del falso juicio de identidad; vii. la debida motivación del porqué la norma aplicada al caso no resulta aplicable al mismo; viii. indicación de los hechos que quedaron establecidos en el proceso, que resultaron probados en el debate oral y público —ya que la función de la sala no es establecer hechos, sino determinar la perfecta correspondencia entre el hecho y las disposiciones sustantivas aplicadas o dejadas de aplicar—; ix. indicación de los motivos que hagan procedente la denuncia; siendo que la indebida aplicación generalmente conducirá a una falta de aplicación de la norma jurídica que sí se identifica con el caso concreto, conforme al principio de proposición jurídica completa ya analizado, debe igualmente delatarse la norma jurídica que resulta aplicable al caso, con la explicación del porqué aplica al mismo, y x. influencia o determinancia del vicio en las resultas del proceso, en el dispositivo del fallo, que de no haberse producido las resultas hubiesen sido otras, se trata de la trascendencia del error en las resultas del proceso, que de no haberse producido el falso juicio de identidad, de haberse establecido los hechos en forma diferente, la aplicación de las normas sustanciales penales hubiesen sido de otra forma y los resultados otros, sea en materia de autoría, participación, exclusiones del injusto penal por atipicidad, justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o no punibilidad, atenuantes, agravantes, absolución mantenimiento del estado de inocencia o sobreseimiento.

Al igual que en el falso juicio de existencia, en el supuesto que analizamos, el recurrente debe atender e indicar lo que quedó demostrado con las demás fuentes probatorias existentes en autos y valoradas, para confrontarlas con la fuente probatoria tergiversada; ello conforme al principio de valoración

integral de la prueba, pues si de esa confrontación, aun cuando se haya desnaturalizado su contenido, incluso omitido parcialmente, las resultados del proceso y el dispositivo del fallo se mantiene intacto, no se declarará procedente la denuncia realizada por intrascendente.

### *4.3. Error de hecho en el juzgamiento de los hechos por falso juicio de existencia*

En la casación sobre los hechos, el último error de hecho en el juzgamiento de los hechos que analizaremos es el falso juicio de raciocinio, como vicio de valoración probatoria al infringirse las reglas de la sana crítica, como método de valoración probatoria, diferenciado del falso juicio de valoración, que se presenta cuando se infringen las reglas de la tarifa legal, como método de valoración probatoria; de esta manera, y en el marco del proceso penal, el Código Orgánico Procesal Penal, en su artículo 22, previó el sistema de valoración probatoria de la sana crítica o libre convicción razonada, lo que en principio descarta la presencia de falsos juicios de valoración, aunque se trata de una realidad a medias, pues al analizar la regulación probatoria contenida en el precitado instrumento legal, observamos que torpemente, además de confundir actos de investigación con actos de prueba, pues en el título vi, denominado: «Del régimen probatorio» a lo que se refirió fue a los actos de investigación, a diferencia del Código de Enjuiciamiento Criminal de 1962, no se regularon medios de prueba como instrumental pública y privada, confesión e indicios, lo que obliga a la remisión de otros instrumentos legales, como el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, observándose que –respecto a las pruebas instrumentales y a la confesión– el sistema de valoración previsto en dichos ordenamientos jurídicos es el tasado o tarifado, por lo que si dichos medios probatorios son materializados en sede penal y el juez aplica el sistema de valoración probatoria tasado, en principio pudiéramos concluir que se habría producido un error de hecho en el juzgamiento de los hechos, en valoración probatoria por falso juicio de valoración.

Pero inmediatamente, y analizando con más detenimiento el tema, observaremos que no se trata de un error de hecho en el juzgamiento de los hechos, un error de valoración por haberse apreciado tarifadamente los indicados

medios probatorios, pues en realidad no se está cuestionando si el juez erró o no en la valoración probatoria, concretamente en el juicio valorativo para establecer los hechos, en el mérito que se le dio a los medios probatorios, sino que el error se ubica en la infracción directa de la norma jurídica por falsa aplicación de la norma de valoración probatoria tarifada y falta de aplicación del artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal. Lo dicho nos permite afirmar que, en el contexto del sistema penal del Código Orgánico Procesal Penal, no cabe la infracción de hecho en el juzgamiento de los hechos por falso juicio de valoración, pues siempre que se trata del juicio valorativo de la fuente probatoria, en aplicación del sistema de sana crítica, estaremos en presencia de error de hecho en el juzgamiento de los hechos por falso juicio de raciocinio.

Dicho esto, comencemos indicando que la valoración probatoria conforme al sistema de la sana crítica, en la construcción de la premisa fáctica, que se ubica en el contexto justificación o valoración, en el contexto justificación, nivel fin o valoración, el juez debe realizar una actividad compleja respecto al material probatorio, que, por demás, debe motivar con argumentos lógicos, racionales y razonables, la cual para una mejor comprensión puede separarse en etapas, a saber: i. Asunción de la fuente probatoria, ii. interpretación, iii. apreciación y iv. valoración; actividades estas que culminan con la «prueba», como actividad finalística de los actos probatorios que permiten acreditar los hechos debatidos en el proceso y establecerlos como premisa fáctica. Estos momentos de la valoración probatoria no actúan en forma separada y mucho menos se presentan exclusivamente en la sentencia, pues desde el mismo momento de la presentación de la acusación, aunque sea ante el juez de control y a lo largo de todo el proceso, el juez va evaluando la actividad probatoria y creándose un criterio, va apreciando el material probatorio que forma su juicio jurisdiccional, realizando al unísono la percepción del material probatorio, su interpretación y apreciación, lo que se hará con más énfasis en la audiencia oral, donde se reciben y evacúan las fuentes probatorias.

Estas tres actividades –percepción, interpretación y apreciación– que preceden el juicio de valor sobre las fuentes probatorias evacuadas en el

expediente, generalmente, no se van a ubicar en el cuerpo de la sentencia, permanecen en el fuero interno del juzgador, el cual, incluso, puede estar fuertemente afectado por su subjetivismo; pero al tratar la última de las actividades, como lo es la valoración, el tema sube de tono, pues se refiere al elemento que necesariamente debe constar en la sentencia, que debe estar fundamentado en criterios lógicos, racionales y razonables que justifiquen el juicio de valor probatorio que realiza, donde no hay cabida al subjetivismo propio de la apreciación probatoria, el cual es sustituido por el objetivismo racional y razonable que debe justificar en este contexto de la sentencia para el establecimiento o fijación de los hechos que han quedado demostrados con el material probatorio analizado y valorado.

La valoración probatoria representa un acto intelectual del juez, que le permite fijar su juicio respecto a la actividad probatoria, que tiene por objeto medir el grado o fuerza probatoria que tiene la fuente probatoria, entendiéndose por fuerza, eficacia, grado de convencimiento o convicción, la aptitud que tiene dicha fuente –solo o con la concurrencia de otras– para demostrar judicialmente los hechos debatidos, la capacidad de la fuente para influenciar la convicción del juez, lo que debe estar plasmado motivadamente en la sentencia con argumentos sólidos, expuestos, lógicos, racionales y razonables.

Luego de la percepción de la fuente probatoria, se da paso a la «interpretación» de las precitadas fuentes, que se presenta como un acto personal, intelectual y lógico del juez, donde debe entender el contenido probatorio, para posteriormente «apreciarla», establecer si la misma es o no capaz de demostrar las afirmaciones o negaciones de hecho controvertidos en el proceso, en este caso si las pruebas ofrecidas por la acusación son de cargo o inculpativas y suficientes para despejar toda duda razonable y establecer la responsabilidad penal del acusado como autor o partícipe del hecho punible que se trate, condenando en consecuencia, o de lo contrario, si no hubo esa mínima actividad probatoria congruente, objetiva, de cargo y suficiente para crear la convicción de culpabilidad, si existe duda al respecto, declarar la absolución, manteniendo el estado de inocencia o el sobreseimiento, de ser el caso, al estar acreditada alguna excepción; y culminando con su «valoración», donde

le atribuya a la fuente el grado de certeza o convicción que merezca, conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos –sana crítica–.

Pero, como hemos indicado en este mismo capítulo, uno de los grandes errores históricos que se presentan, no solo en materia recursiva sino en materia de valoración de pruebas y especialmente en los procedimientos orales, es el tema de la supuesta «soberanía de los jueces de instancia en la valoración probatoria» que impide el control de la cuestión probatoria y de hecho a través de la apelación y la casación, generando lo que se ha llamado la «tiranía de los jueces de instancia», quienes, ante esta situación, hacen lo que a bien consideren en materia probatoria, incluso realizando una valoración probatoria «holística» y no «analítica», limitándose a indicar cuáles fueron los medios probatorios que cursan en autos, sin analizarlos en forma individual y confrontarlos para definitivamente establecer los hechos, pues en el análisis de las fuentes probatorias que cursan en el expediente, el juez debe aplicar un método o modelo «analítico» conforme al principio de exhaustividad, percibiendo, interpretando, apreciando y valorando con criterio objetivo de la lógica formal, racionales y razonables, cada fuente probatoria en forma individual, para luego confrontar aquellas cursantes en auto y poder establecer qué hechos han quedado o no demostrados, estableciendo en consecuencia los hechos del caso como premisa fáctica. Esto nos permite entender que resulta ilegal e inconstitucional, contrario a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, aquel método o modelo de valoración «holístico», donde el juez únicamente analiza las pruebas en conjunto, sin confrontarlas, y de ese análisis forma su juicio de valoración probatoria respecto a lo que ha quedado o no demostrado en el proceso, lo que le servirá de base para establecer los hechos del caso, postura esta que no permite conocer el criterio o juicio valorativo de cada fuente probatoria, qué acreditó o no cada fuente probatoria, si existen fuentes probatorias que se contradicen y cuál fue el criterio seguido para resolver esta contradicción probatoria.

Este error, hemos dicho, ha sido consecuencia fundamentalmente del mal entendimiento de lo que debe entenderse por «máximas de experiencia», pues

recordemos que en la sana crítica el juzgador debe aplicar la lógica –que son reglas universales y estáticas cuyo contenido se conoce claramente–, los conocimientos científicos como criterios reiterados de la comunidad científica respecto a elementos propios de una ciencia, más cuando de las máximas de experiencia se trata, se desconoce su contenido, lo que ha llevado a la aplicación de la teoría conductista o conductual que, mediante el análisis del lenguaje corporal y facial, de los gestos y del comportamiento del órgano probatorio, el juez, actuando como una especie de psicólogo, evalúa la conducta y, en función a ello, llega a la conclusión de si el órgano probatorio es sincero, está mintiendo, si conoce o no los hechos sobre los cuales declara y, en definitiva, aprecia o desecha la fuente probatoria, todo lo que se presenta como un criterio arbitrario, subjetivo, decisionista, que premiará al mejor actor en materia de declaraciones, lo que lógicamente depende de la inmediación, aunque realmente de lo que depende es del criterio decisionista del juez, impidiendo su control vía recursiva, pues al final el recurso no buscará más que cambiar un criterio subjetivo por otro criterio subjetivo.

Avanzando en la ciencia jurídica, y en materia de valoración probatoria, se ha indicado que el análisis de la fuente probatoria no debe recaer en la persona del órgano probatorio, sino en el contenido de su declaración, estableciendo elementos objetivos que se desprenden de las mismas actas del proceso, de la misma declaración del órgano probatorio, que no dependen de la inmediación y que son perfectamente controlables por la vía de los recursos, se trata de la contextualización, coherencia, corroboración y ausencia de comentarios o detalles oportunistas, los cuales ampliamente hemos tratado, y a los que remitimos al lector para no ser repetitivos; de esta manera, tanto respecto a elementos estáticos y universales de la lógica, las leyes del pensamiento, ley de coherencia y derivación, los principios de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente, como del conocimiento científico y los criterios objetivos de las máximas de experiencia, el juzgador aplicará las reglas de la sana crítica de manera objetiva, mediante una motivación lógica, racional, razonable, coherente, controlable vía recursiva, sea en apelación o en casación, sin estar conectado con la inmediación –como indicamos– y descartando, por abusivo y arbitrario, el criterio de la «soberanía de los jueces de instancia en la valoración probatoria».

Importa destacar que, en la sentencia, y al momento de la valoración probatoria, no encontraremos una explicación de las leyes de pensamiento ni de los principios lógicos, los cuales deben ser cumplidos por el juez, pues de lo contrario y por vía recursiva, puede delatarse el incumplimiento de los mismos; respecto a las máximas de experiencia objetivas, el juez sí debe razonar en la sentencia y de manera motivada, cada uno de los elementos del análisis del contenido de la declaración de la fuente probatoria, como los son: i. La «coherencia» de la fuente probatoria referida en general a la estructura lógica y no contradictoria de la misma, lo que se presentará cuando estamos en presencia de una fuente probatoria que, para ser valorada como demostrativa de un hecho controvertido, tendrá que ser coherente internamente, sin contradicciones que la anulen; ii. la «contextualización» de la fuente probatoria, representado por el lugar, modo y tiempo de la ocurrencia de los hechos que pretenden acreditar, lo que se presentará cuando estamos en presencia de una fuente probatoria que, para ser valorada como demostrativa de un hecho controvertido, tendrá que desprenderse de la misma en lugar, modo y tiempo, cómo ocurrió el hecho y cómo lo percibió la fuente probatoria; iii. la «corroboración» de la fuente probatoria con otras cursantes en las actas procesales, lo que se presentará cuando estemos en presencia de una fuente probatoria que, para ser valorada como demostrativa de un hecho controvertido, tendrá que identificarse, ser análogo o corroborarse con otra fuente probatoria de la misma o de diferente naturaleza o especie, en el entendido que de tenerse fuentes probatorias que se contradicen, para determinar cuál debe desecharse, acudiremos a la corroboración, que de no corroborarse ninguna o de corroborarse las dos, habrá que desecharlas y acudir a la carga probatoria; iv. la «ausencia de detalles o comentarios oportunistas» donde debe observarse la imparcialidad de la fuente probatoria, quien puede aprovechar la oportunidad para expresar hechos en favor de la credibilidad de su persona o la fuerza de su argumento, que lejos de dar mayor fuerza de convicción, conducen a una duda respecto a la veracidad de lo expuesto, por ejemplo, cuando el testigo dice que debe creérsele pues es una persona mayor y las personas mayores tienen *más experiencia y no mienten*; y, finalmente, v. los conocimientos científicos, como criterios o estándares estáticos establecidos por la comunidad científica que permiten establecer la credibilidad

y certeza de una prueba científica, los cuales igualmente deben ser expresados en el cuerpo de la sentencia.

Respecto a estos últimos, y cuando estemos en presencia de experticias científicas, su valoración probatoria no puede desatender los criterios de la comunidad científica plasmados en el informe pericial que permiten dar o no por demostrados los hechos debatidos en el proceso, pues de hacerlo estaría incurriendo en un error probatorio respecto a la valoración de la prueba, concretamente un falso juicio de raciocinio al no atenerse a las reglas de la sana crítica, donde fundamentalmente debe aplicar: i. Las reglas objetivas y controlables de la contextualización del informe pericial, la coherencia, corroboración y comentarios o detalles oportunistas ofrecido por los expertos; ii. los conocimientos especiales del experto; iii. la imparcialidad; iv. la motivación, coherencia, no contradicción, inteligibilidad, claridad, precisión, lógica y congruencia del dictamen; v. la suficiencia de los datos referidos al procedimiento, métodos, técnicas y teorías científicas aplicados al caso; vi. la información suficiente sobre los estándares de calidad de los instrumentos, herramientas y sus condiciones, respecto de aquellos utilizados en la prueba; vii. la información sobre las estadísticas del grado de probabilidad, verosimilitud, certeza, error, falseabilidad, certidumbre o incertidumbre de los resultados obtenidos; viii. la información sobre la suficiencia o no de los datos, hechos, materiales, muestras, evidencias y demás cosas, objetos y sujetos sobre lo que recaiga la experticia; ix. que no se encuentre desvirtuado con otros medios probatorios ni sea rectificado o retractado; x. que los expertos no se excedan en los límites de su encargo, entre otros aspectos propios que debe analizar el juez al valorar la prueba, expresando la justificación de los mismos para darle valor probatorio.

Cuando el juez en la sentencia, y al valorar la prueba de experticia, se aparta del dictamen pericial o lo desecha con base en argumentos que van en contra de los estándares o criterios pacíficos de la comunidad científica que avalan la veracidad de las conclusiones plasmadas en el dictamen, sin expresar motivo algo para apartarse de los mismos o basándose en argumentos que no tienen la capacidad de destruir los criterios de la comunidad científica, el



juez incurrirá en un error probatorio, al producirse una valoración que no es racional y razonable, que lesiona la sana crítica y genera un falso juicio de raciocinio, censurable vía recursiva a través de la casación sobre los hechos, como consecuencia del equivoco en la triangulación perfecta por la distorsión que el sujeto cognoscente hace del objeto cognoscible.

En este orden de ideas, tenemos que, cuando el juez al momento de valorar las pruebas infringe alguno de los elementos señalados, sea alguno de los principios de la ley de coherencia o derivación, sea en materia de experticia los conocimientos científicos o las máximas de experiencia objetivas expresadas, incurrirá en un error de hecho en el juzgamiento de los hechos por falso juicio de raciocinio, que traerá como consecuencia un error en el establecimiento de los hechos del caso, que, y al igual que los demás falsos juicios de existencia e identidad, no tienen la capacidad ni potencia para por sí solos destruir la sentencia recurrida, sino que la denuncia de la falencia debe hacerse por vía de infracción indirecta de la ley, pues ese error en el establecimiento de los hechos por infracción en la valoración probatoria por falso juicio de raciocinio conducirá a la indebida aplicación de la norma jurídica que se aplicó y la falta de aplicación de aquella norma que se adapta al caso de haberse establecido correctamente si no se hubiera producido el falso juicio de raciocinio.

En cuanto a la técnica de casación para delatar el falso juicio de raciocinio, al amparo del artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con el artículo 454 *eiusdem* siguiendo los criterios de la Casación Penal y aplicados al caso, tenemos: i. La indicación de la fuente probatoria que el juez valoró incurriendo en error por falso juicio de raciocinio; ii. explicación de porqué se incurrió en falso juicio de raciocinio respecto a la valoración probatoria de una fuente, sea por que se lesionaron las reglas de la lógica, los conocimientos científicos o las máximas de experiencia; iii. la indicación de los hechos que el juez estableció con base en las fuentes probatorias valoradas con infracción de las reglas de la lógica, conocimientos científicos o máximas de experiencia, esto es, como consecuencia de un error por falso juicio de raciocinio; iv. indicación clara, concisa y precisa, de cuál

fue la norma jurídica sustantiva penal aplicada indebidamente con base en el error en el establecimiento de los hechos, como consecuencia del falso juicio de raciocinio; v. indicación de que la infracción se refiere a indebida aplicación, esto es, cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción, a causa del falso juicio de raciocinio; vi. la debida motivación del porqué la norma aplicada al caso no resulta aplicable al mismo; vii. la indicación de los hechos que quedaron establecidos en el proceso, que resultaron probados en el debate oral y público –ya que la función de la Sala no es establecer hechos, sino determinar la perfecta correspondencia entre el hecho y las disposiciones sustantivas aplicadas o dejadas de aplicar–; viii. indicación de los motivos que hagan procedente la denuncia; ix. siendo que la indebida aplicación generalmente conducirá a una falta de aplicación de la norma jurídica que sí se identifica con el caso concreto, conforme al principio de proposición jurídica completa ya analizado, debe igualmente delatarse la norma jurídica que resulta aplicable al caso, con la explicación del porqué aplica al mismo, y x. la influencia o determinancia del vicio en las resultas del proceso, en el dispositivo del fallo, que de no haberse producido las resultas hubiesen sido otras, se trata de la trascendencia del error en las resultas del proceso, que de no haberse producido el falso juicio de raciocinio, de haberse establecido los hechos en forma diferente, la aplicación de las normas sustanciales penales hubiesen sido de otra forma y los resultados otros, sea en materia de autoría, participación, exclusiones del injusto penal por atipicidad, justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o no punibilidad, atenuantes, agravantes, absoluciones, mantenimiento del estado de inocencia o sobreseimiento.

## **5. Error de derecho en el juzgamiento de los hechos por falso juicio de legalidad**

Los errores de derecho en el juzgamiento de los hechos es el otro motivo de la casación sobre los hechos, ubicado en el contexto descubrimiento, referidos al cumplimiento de las normas sobre el procedimiento probatorio en general, conforme a las reglas establecidas por el legislador, integralmente instauradas desde su proposición hasta su evacuación, sin incluirse la valoración que corresponde al juicio de raciocinio y cuya falencia se ubica en el error de

hecho en el juzgamiento de los hechos; en este sentido, el error de derecho en el juzgamiento de los hechos no atiende ni a la existencia de la fuente probatoria, el análisis de su contenido, ni a su juicio intelectual, lógico, racional y razonable de valoración, sino al procedimiento del medio probatorio, a su legalidad y constitucionalidad que de ser infringido, aun cuando luego sea valorado, conducirá a un error en el establecimiento de los hechos, por falso juicio de legalidad probatoria, pues la fuente probatoria para que sirva como mínima actividad probatoria de cargo debe ser allegado al proceso a través del medio probatorio que debe cumplir con el principio de inmaculación, donde no se presente ningún error o falencia en todo el procedimiento de la prueba, so pena de no poder ser valorada y no poder servir para establecer los hechos del caso.

PABÓN GÓMEZ, al tratar el tema, indica que el error de derecho por falso juicio de legalidad se produce cuando el fallador admite y confiere valor probatorio a un medio de convicción irregularmente aportado al proceso, por omisión de formalidades que la ley exige para su aducción<sup>34</sup>.

Serán consideradas como reglas del regular procedimiento probatorio, aquellas normas jurídicas contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal, que desarrollan las cuatro fases del procedimiento probatorio, referidas a la proposición o promoción de los medios probatorios, contradicción a la admisión de los medios probatorios, la providenciación de los medios probatorios, la evacuación de los medios probatorios, el control de los medios probatorios, así como los requisitos propios de existencia, validez y eficacia de cada medio probatorio en general. Desglosemos cada uno.

i. Promoción o proposición de los medios pruebas, como actividad de las partes que elevan al conocimiento del órgano jurisdiccional y aportan los medios de prueba que utilizarán para la demostración de sus afirmaciones o negaciones de hecho controvertido, para verter en el proceso las fuentes probatorias, donde, por lo mínimo, en cada medio probatorio deben cumplirse

---

<sup>34</sup> PABÓN GÓMEZ: ob. cit., p. 319.

los requisitos de legalidad, pertinencia, relevancia, licitud, tempestividad, idoneidad o conducencia, regularidad e identificación del objeto de la prueba, elementos de orden público que permitirán observar la regularidad de la promoción del medio probatorio, así como a las partes controlar su admisión, y al órgano jurisdiccional analizar su admisibilidad, sin lo cual el medio probatorio no debe ser admitido, pues de hacerse, de ser evacuado y valorado para la formación de la convicción judicial, producirá un error fáctico como consecuencia del falso juicio de legalidad, que generará una infracción en el establecimiento de los hechos, una distorsión de la imagen que se hace el sujeto cognoscente del objeto cognoscible, posteriormente una infracción indirecta de la ley o casación sobre los hechos; dentro de las normas probatorias de proposición del medio probatorio ubicamos las siguientes disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal: artículo 308.5 –referido a la promoción de los medios probatorios en la acusación– artículo 311 numerales 7 y 8 –referidos a la promoción de fuentes probatorias del acusado y la promoción de nuevos medios probatorios de los cuales haya tenido conocimiento el acusador, luego de la acusación fiscal–, artículo 181 –referido a los principios de legalidad u licitud de la prueba–, artículo 182 –referido al principio de libertad probatoria– y artículo 183 –referido a la necesidad que el medio probatorio para que sea valorado, necesariamente debe formarse en audiencia pública, oral y contradictoria, salvo que se trate de anticipación probatoria–.

ii. Oposición o contradicción a la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes, donde las partes pueden cuestionar la admisibilidad del medio probatorio propuesto, por las mismas causas que se requieren para su promoción, la legalidad, pertinencia, relevancia, licitud, tempestividad, idoneidad o conducencia, regularidad e identificación del objeto de la prueba, cuya infracción igualmente producirá un error fáctico como consecuencia del falso juicio de legalidad, que generará una infracción en el establecimiento de los hechos, una distorsión de la imagen que se hace el sujeto cognoscente del objeto cognoscible, posteriormente una infracción indirecta de la ley o casación sobre los hechos, sin perjuicio que la infracción del derecho a la contradicción de la prueba genere indefensión, que de ser denunciada como error de procedimiento y ser determinante, produzca la nulidad

de la sentencia recurrida y el efecto repositivo si es útil y necesario, todo lo que quedará al criterio del recurrente, quien, dependiendo del efecto que persiga en casación, optará por denunciar el error de procedimiento o el error de juzgamiento, incluso este último como subsidiario del primero.

iii. Admisión o recibimiento del medio probatorio, donde el juez debe pronunciarse sobre su ingreso al proceso, considerando los elementos de orden público referidos a la legalidad, pertinencia, relevancia, licitud, tempestividad, idoneidad o conducencia, regularidad e identificación del objeto de la prueba, que deben ser analizados por el juez, haya habido o no oposición, dado su carácter de orden público constitucional, cuya lesión igualmente producirá un error fáctico por falso juicio de legalidad, que generará una infracción en el establecimiento de los hechos, una distorsión de la imagen que se hace el sujeto cognoscente del objeto cognoscible, posteriormente una infracción indirecta de la ley. En este supuesto el falso juicio de legalidad puede producirse: a. cuando el juez niega la admisión de un medio probatorio que cumplía con los requisitos de admisión, caso en el cual el error no solo puede denunciarse por casación sobre los hechos, sino por indefensión, el primero con efectos de prescindencia del reenvío, en tanto que el segundo al efecto repositivo al estado de admitirse el medio probatorio, todo lo que quedará a la potestad del recurrente según el efecto que persigan, y b. cuando el juez admite una prueba que no reunía los requisitos de admisión, que evacuado y valorado servirá para el establecimiento de los hechos, caso en el cual el error puede denunciarse por infracción de normas del procedimiento probatorio, infracción indirecta de la ley que conducirá a la casación de la sentencia recurrida sin reenvío, siempre que el vicio sea determinante o influyente.

vi. Evacuación o materialización del medio probatorio, que en el caso del proceso penal oral, necesariamente, la formación de la prueba que puede servir para la convicción judicial, como mínima actividad probatoria objetiva, congruente, de cargo y suficiente, es aquella formada en audiencia oral, pública, contradictoria y con inmediación, salvo la anticipación probatoria, circunstancia esta de mucha importancia, pues cualquier fuente probatoria promovida, declaración de partes, confesión, testigos, expertos, entre otros,

requiere ser evacuada y tratada en forma oral en la audiencia probatoria, incluso la propia prueba instrumental, inspección judicial e indiciaria debe ser tratada en la precitada audiencia sin lo cual se infringirán las normas y principios propios de la oralidad y del procedimiento probatorio, haciendo incapaz a la fuente probatoria para crear la convicción judicial.

En este punto, y respecto a la recurribilidad en casación, pueden presentarse varios supuestos: a. Que el medio probatorio promovido y admitido no se haya evacuado por causas imputables al tribunal, caso en el cual se producirá una indefensión que puede ser denunciada como error de procedimiento para que se produzca la casación de la sentencia recurrida con efecto repositorio, al estado de evacuarse la prueba en instancia, siempre que se trate de una prueba determinante, todo sin perjuicio de la casación sobre los hechos por infracción de normas jurídicas sobre la evacuación de las pruebas, que conducirá a un error en el establecimiento de los hechos por falso juicio de legalidad, a una infracción indirecta de la ley, que determinante generará la casación sin reenvío, quedando a juicio del recurrente optar entre una u otra vía; b. que el medio probatorio promovido y admitido sea evacuado en forma irregular, lo que generalmente sucede con la infracción de reglas sobre la anticipación probatoria, así como de los principios de la oralidad, especialmente la concentración, contradicción o bilateralidad e inmediación, donde las fuentes probatorias –instrumentos, declaración de partes, testigos, expertos, indicios, inspecciones, entre otros– no son evacuados en la audiencia oral, no son propuestos para que acudan a la audiencia oral y se sometan al contradictorio para que así pueda formarse la única prueba que servirá para la convicción judicial, que de ser valorada por el juez y servir para establecer los hechos, nos ubicará ante un error o falso juicio de legalidad, que conducirá a una infracción indirecta que, con base en su determinancia o importancia en la resultas del proceso, generará el quiebre de la sentencia recurrida, con la casación sin reenvío.

v. Percibimiento, interpretación, apreciación y valoración de las fuentes probatorias, que servirán al juez para el establecimiento de los hechos del caso concreto. En este último supuesto cuando el juez infringe las reglas de la

sana crítica en la valoración probatoria, como hemos visto, incluso cuando silencia la valoración probatoria o distorsiona el contenido de la fuente probatoria, nos ubicaremos en los casos de falsos juicios de existencia, identidad y raciocinio, como lo hemos estudiado.

En los supuestos señalados, y salvo el supuesto de indefensión que puede delatarse como error de procedimiento cuando sea el caso, la infracción de normas probatorias por falso juicio de legalidad conduce a un error en el establecimiento de los hechos, a la casación sobre los hechos o infracción indirecta de la ley, esta última por falsa aplicación de la norma jurídica aplicada al caso al haberse establecido erróneamente los hechos con pruebas que incumplieron con el procedimiento probatorio y por falta de aplicación de la norma jurídica que debió aplicarse, de haberse establecido correctamente los hechos, de no haberse vulnerado las normas del procedimiento probatorio, que siempre que sea determinante o influyente en las resultas del proceso, producirá la demolición de la sentencia recurrida; todo falso juicio de legalidad generará una distorsión en el establecimiento de los hechos, por cuando se produjo en la mente del juzgador una imagen incorrecta del hecho cognoscible para la fijación de los hechos.

En cuanto a la técnica de casación para delatar el falso juicio de legalidad, al amparo del artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, en concordancia con el artículo 454 *eiusdem* siguiendo los criterios de Casación Penal y aplicados al caso, tenemos: i. La indicación del medio probatorio que el juez valoró con infracción de las reglas del procedimiento probatorio; ii. explicación de cómo se infringieron las reglas del procedimiento probatorio de determinado medio probatorio; iii. indicación de los hechos que el juez estableció con base en el medio probatorio irregularmente producido en autos; iv. indicación clara, concisa y precisa, de cuál fue la norma jurídica sustantiva penal aplicada indebidamente con base en el error en el establecimiento de los hechos, como consecuencia del falso juicio de legalidad; v. indicación que la infracción se refiere a indebida aplicación, esto es, cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción, a causa del falso juicio de legalidad; vi. la debida motivación del porqué la norma aplicada al caso no

resulta aplicable al mismo; vii. la indicación de los hechos que quedaron establecidos en el proceso, que resultaron probados en el debate oral y público –ya que la función de la Sala no es establecer hechos, sino determinar la perfecta correspondencia entre el hecho y las disposiciones sustantivas aplicadas o dejadas de aplicar–; viii. indicación de los motivos que hagan procedente la denuncia; ix. siendo que la indebida aplicación generalmente conducirá a una falta de aplicación de la norma jurídica que sí se identifica con el caso concreto, conforme al principio de proposición jurídica completa ya analizado, debe igualmente delatarse la norma jurídica que resulta aplicable al caso, con la explicación del porqué aplica al mismo, y x. la influencia o determinancia del vicio en las resultas del proceso, en el dispositivo del fallo, que de no haberse producido las resultas hubiesen sido otras, se trata de la trascendencia del error en las resultas del proceso, que de no haberse producido el falso juicio de legalidad, de haberse establecido los hechos en forma diferente, la aplicación de las normas sustanciales penales hubiesen sido de otra forma y los resultados otros, sea en materia de autoría, participación, exclusiones del injusto penal por atipicidad, justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o no punibilidad, atenuantes, agravantes, absoluciones mantenimiento del estado de inocencia o sobreseimiento.

## **6. Exclusiones de motivos denunciabiles en Casación Penal**

Una vez analizados los diferentes motivos que dan lugar a la casación sobre los hechos por falsos juicios de existencia, identidad, raciocinio y legalidad, debemos indicar que siguiendo una correcta técnica en el escrito de interposición del recurso de casación penal a que se refiere el artículo 454 del Código Orgánico Procesal Penal, en forma separada debe hacerse cada denuncia que se ubique «en» la sentencia o que sean «de» la sentencia de la corte de apelaciones, comenzado con la denuncia de los defectos de procedimiento que puedan conducir a la nulidad de la sentencia recurrida con su efecto repositivo; seguidamente, deben denunciarse las infracciones directas de ley, sea por falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación; finalmente, deben hacerse las denuncias por infracción indirectas de la ley o casación sobre los hechos, aunque en este último supuesto resulta



correcto que primero se revise el tema de hecho y probatorio, y solo cuando no existan errores en el sustrato fáctico es que debe abordarse la infracción directa de la ley, pues el establecimiento de los hechos es un tema anterior a la aplicación de la ley, advirtiéndose que cuando se presenten en un recurso de casación denuncias subsidiarias de vicios de la sentencia, infracción directa e indirecta de la ley, la Casación debe pronunciarse sobre todas ellas, pues al prescindirse del reenvío luego de anulada la sentencia recurrida, el efecto de casación será total según el caso, con prescindencia del reenvío, lo que dará lugar al dictado de la sentencia propia, a la «segunda sentencia».

Ubicados en la casación sobre los hechos, pueden conjugarse diferentes errores de hecho y probatorios que se excluyen y que conducen a que la Casación Penal deseche las denuncias por un error en la formalización, una falta de técnica y así tenemos: i. No puede denunciarse un falso juicio de existencia respecto a una fuente probatoria determinada y luego denunciar que la misma infringió las reglas del procedimiento probatorio, falso juicio de legalidad; ii. no puede denunciarse un falso juicio de existencia respecto a una fuente probatoria determinada y luego denunciar que la misma infringió las reglas sobre la valoración probatoria, falso juicio de valoración o raciocinio; iii. no puede denunciarse el error en el establecimiento de los hechos producto de la infracción de normas de procedimiento probatorio, falso juicio de legalidad, y respecto a la misma fuente probatoria el error en la valoración de las pruebas, falso juicio de valoración o raciocinio; iv. no puede denunciarse un falso juicio de identidad y respecto a la misma fuente probatoria el falso de existencia; v. no puede denunciarse un falso juicio de identidad y respecto a la misma fuente probatoria que infringió normas de procedimiento probatorio, falso juicio de legalidad; vi. no puede denunciarse un falso de existencia y respecto a la misma fuente probatoria un falso juicio de identidad.

## **7. Efectos de la sentencia de la Casación Penal por errores de hecho y probatorios**

La infracción indirecta de la ley en cualquiera de las modalidades, directa o indirecta, esta última, sea falso juicio de existencia, de identidad, de raciocinio

o de legalidad, conforme al contenido del artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal, conducirá a la demolición de la sentencia de la corte de apelaciones recurrida, lo que habilitará a la Casación Penal, prescindiendo del reenvío, a dictar su sentencia propia que declare la voluntad de la ley en el caso concreto, siempre que para ello no sea necesario un nuevo debate sobre los hechos por exigencia de la inmediación y la contradicción, quien se subrogará en la corte de apelaciones con las mismas limitaciones y facultades que le corresponden a esta.

## Conclusiones

En este estado de la evolución del sistema casatorio, resulta intolerable e inaceptable que la Casación Penal restrinja la revisión de la cuestión de hecho y probatoria, con base en una supuesta «soberanía de los jueces de instancia en la valoración probatoria y establecimiento de los hechos», que tiene su fundamento en la «inmediación» que deja la valoración de las pruebas al criterio subjetivo y decisionista de la percepción que tiene el juez respecto al lenguaje corporal y facial conforme a la teoría conductista, al conductivismo, lo propio respecto a las cortes de apelaciones y a que ambas pueden valorar pruebas y establecer hechos cuando les corresponda dictar su sentencia propia.

Considerando que la valoración probatoria debe obedecer a criterios objetivos, basados en el análisis no del órgano probatorio, sino del contenido que exprese el mismo, en función de la contextualización, coherencia, corroboración y ausencia de comentarios o criterios oportunistas, que comprenden las máximas de experiencia objetivas que junto a la lógica y los conocimientos científicos dibujan el sistema de la sana crítica, que permitirán el establecimiento de los hechos, resulta perfectamente viable el control de la cuestión de hecho y probatoria a través del recurso de apelación y de casación.

Esta censura de los errores de hecho y probatorios a través de los recursos y, especialmente, el de casación debe hacerse a través de la infracción indirecta de la ley, cuando se produzcan los falsos juicios, sea de existencia,

identidad, raciocinio y legalidad, que producirán la infracción de la norma penal sustantiva aplicable al caso y de la presunción de inocencia, sea por indebida y falta de aplicación según cada caso, todo conectado con la mínima actividad probatoria objetiva, congruente, de cargo y suficiente para destruir tal estado de inocencia.

Como consecuencia de lo dicho, y conforme al estudio realizado, no podemos seguir tolerando sumisamente la errada, arbitraria y retrógrada censura de la Casación Penal, de no permitir el control de la cuestión de hecho y probatoria, lo que hemos calificado, y mantenemos, como la «gran estafa», el «gran fraude» de la Casación Penal.

\* \* \*

**Resumen:** El autor polemiza sobre un aspecto de la casación penal, que en los últimos 20 años ha tenido una resolución que, a su juicio, fácilmente puede calificarse de «gran estafa», pues la Sala de Casación Penal se ha negado a extender su control casacional sobre la cuestión de hecho y probatoria bajo el argumento de una pretendida «soberanía de los jueces de instancia en la valoración probatoria y establecimiento de los hechos». En tal sentido, además de desmontar el «gran fraude», explica cómo debe denunciarse el control de la cuestión de hecho y probatoria a través del recurso de casación. **Palabras clave:** Casación penal, error probatorio, hecho. Recibido: 07-06-20. Aprobado: 25-01-21.