

MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE, *el único estándar probatorio o límite constitucional necesario en el sistema penal acusatorio colombiano*

Sebastián Erazo Camargo

1. INTRODUCCIÓN

Los estándares de prueba dentro del sistema penal acusatorio han sido motivo de varias reflexiones en materia doctrinal y jurisprudencial; lo cierto es que las nuevas corrientes del razonamiento probatorio y, en específico, la concepción racionalista de la prueba como método científico para abordarla o valorarla de manera correcta, han puesto en tela de juicio la existencia o verdadera utilidad de los mismos, esto teniendo en cuenta que la invitación constitucional y científica, a propósito de la valoración de la prueba, es que la misma sea libre.

Teniendo en cuenta lo anterior, este escrito explica por qué, a pesar de estar en un sistema de libre valoración probatoria, el único estándar o limitante que debe ser aplicado en el sistema penal acusatorio -desde la concepción racionalista de la prueba- es aquel que ya tiene un reconocimiento constitucional del *indubio pro reo* (garantía rectora prevista en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal colombiano, en adelante “C.P.P”), como lo es el establecido en el artículo 381 del C.P.P. *el de más allá de toda duda razonable*, pues los demás, desde la visión acusatoria del sistema, resultan innecesarios.

2. DE LO INQUISITIVO A LO ACUSATORIO - EL FISCAL ES UNA PARTE REGIDA POR EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD EN UN SISTEMA DE CORTE ADVERSARIAL

En los últimos siglos, la conquista de realidades democráticas y humanistas en la sociedad han permitido el desarrollo de sistemas de enjuiciamiento leídos en clave de la protección de los principales derechos del individuo, como lo son: la dignidad humana, la vida, la libertad, la presunción de inocencia, entre otros. Dicha cultura jurídica conocida desde hace siglos como la corriente *del garantismo penal*¹ se ha venido consagrando en Latinoamérica en los últimos 20 años, permitiendo la entrada en vigencia de los sistemas penales acusatorios o mal llamados mixtos o de “tendencia acusatoria”, apartándose de los sistemas puramente inquisitivos².

Es así como el sistema penal acusatorio dotó de garantías procesales esenciales a los asociados por una de las característica elementales, que incluso a veces pasa de manera inadvertida, como lo es la tri-división de funciones por distintas partes para la construcción del proceso penal³, principalmente, por el hecho que una de esas partes eleva una pretensión

¹ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. P. 33 y ss.

² DUCE, MAURICIO; RIEGO CRISTIÁN, *Proceso Penal*. P. 25 y ss.

³ “Y todo esto refleja una segregación de funciones entre los funcionarios: El investigador policial tiene la responsabilidad primordial de investigar los hechos, pero con una asesoría jurídica del fiscal. El juez interviene

ante la administración de justicia, por lo que el proceso penal sólo se entiende a partir de esa premisa, de ahí que se denomine sistema acusatorio⁴.

Por supuesto, hay un juez que tiene el control y toma la decisión (de fondo o de trámite), hay otra parte, la defensa (que confronta), pero estos sólo existen a partir de la pretensión principal: la acusación, que en el caso colombiano radica, en virtud del artículo 250 de la Constitución Política, en la Fiscalía General de la Nación (a partir del Acto Legislativo 03 del 2002, Ley 906 del 2004) y, excepcionalmente, en algunos privados (Ley 1826 del 2017).

Esta dinámica procesal, aun cuando pareciere obvia (pues lo cierto es que en todo proceso penal hay juez, fiscal y defensor), en realidad implicó un cambio paradigmático en la cultura jurídico-probatoria, pues ahora ciertamente el ejercicio de la acción penal por parte del Estado tiene un verdadero límite, y este se evidencia sobre todo en la dinámica probatoria del proceso. Ahora, en este sistema, la Fiscalía, por razones de política criminal del Estado, lleva una pretensión acusadora ante un juez; esa pretensión -hecho con presunta caracterización de delito- viene fundado preliminarmente en elementos con vocación de prueba (evidencias recogidas por investigadores), pero que todavía NO son pruebas, pues no han sido controvertidas o confrontadas y mucho menos valoradas por quien debe tomar la decisión de fondo⁵.

Ese cambio sustancial implicó dejar a un lado las siguientes tres realidades para efectos procesales: el primero; se le quitaron las funciones judiciales a quien tiene la pretensión acusadora; segundo, dejó de existir el denominado principio de permanencia de la prueba;

en la investigación solamente por petición del fiscal como representante legal del investigador si la jurisprudencia requiere autorización judicial en cuanto a una diligencia investigativa particular -un allanamiento (cateo), por ejemplo-. El defensor no tiene derecho de intervenir en la investigación porque la fase de la investigación fuera de la acción penal y durante ella la prueba no recibe formalmente, sino después en juicio. Con la prueba informalmente descubierta y preservada por el investigador, el fiscal acusa y el proceso formal comienza (la acción penal). Un juez aprueba la legalidad y suficiencia probatoria de la acusación sin valorar la prueba más allá de una determinación de causa probable para acusar y juzgar. Con esta aprobación viene la vinculación del acusado y la entrada del defensor. El investigador, por ser responsable de la investigación, se hace testigo en juicio. (Si el fiscal se hace investigador de los hechos, también se hace testigo en juicio, así contradiciendo y perjudicando su rol como acusador, litigante, y responsable de la práctica de la prueba en juicio). El fiscal, apoyado por el investigador (con roles invertidos de la investigación), presenta o practica formalmente la prueba en juicio por medio de los testigos con conocimiento personal y por la prueba tangible (interrogatorio), y con intermediación en las demás partes (contra- interrogatorio). El defensor interviene para representar a su cliente por desafiar a la prueba de la fiscalía y presentar los hechos por su parte si desea, pero sin obligación (la fiscalía tiene el peso de la prueba, - la responsabilidad de presentar la prueba de culpabilidad y de convencerle al juez más allá de una duda razonable de la culpabilidad del acusado-). Y el juez sirve de árbitro entre las partes y de otra forma juzga la prueba en cuanto a la culpabilidad o inocencia. (Cfr. LINDQUIST, KIM R. (2015). *Lo inquisitivo hacia lo acusatorio*: P. 117 y 118.

⁴ “En tal virtud, se puede afirmar que los principios del proceso penal de un régimen democrático están determinados por el principio acusatorio, el principio de defensa en condiciones de igualdad con la acusación y el principio del juez integral, pues alrededor de ellos giran los contenidos sustanciales del proceso”. Cfr. URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN, *EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado Constitucional de Derecho*. P. 26.

⁵ ESPITIA GARZÓN FABIO, *Instituciones de derecho procesal penal Sistema Acusatorio*. P. 59 y ss.

tercero, ya la Fiscalía no se rige por el principio de *investigación integral*⁶ sino por el *principio de objetividad*⁷; es decir, para efecto de interés de este documento: la Fiscalía está encargada de construir su teoría delictual de manera discrecional⁸; por lo que en la búsqueda o en la consolidación de su pretensión (en la investigación) puede que haya encontrado elementos favorables del indiciado, aun así, no está obligados a presentarlos como prueba, los debe simplemente descubrir -poner a disposición de la contraparte-⁹, pero no es necesario que los postule como soporte de su pretensión, ni la existencia de los mismos le impedirán continuar con el ejercicio de la acción penal.

Al evaluar la constitucionalidad del sistema penal acusatorio, la misma Corte Constitucional Colombiana reconoció que “(...) en el nuevo sistema procesal penal el rol del ente de investigación se ejerce con decidido énfasis acusatorio, gracias a lo cual, pese a que su participación en las diligencias procesales no renuncia definitivamente a la realización de la justicia material, el papel del fiscal se enfoca en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, lo cual constituye el distintivo del método adversarial. Por ello, al haberse transformado su objeto institucional y al habersele dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no esté obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado...”¹⁰.

En ese sentido, la Fiscalía (por función constitucional) simplemente lleva una pretensión con elementos que tienen vocación probatoria, para acreditar la existencia de su pretensión de responsabilidad penal, por eso, desde un inicio, al construir esa pretensión en la investigación o indagación, al acusador no se le puede ejercer un control judicial partiendo de la posible o probable ocurrencia del delito¹¹; los únicos controles judiciales válidos en esa etapa se predicen en la medida que del ejercicio de la acción penal se afecten derechos fundamentales, como pueden ser las medidas cautelares o los actos de investigación que lesionen los mismos, casos en los cuales, los jueces deben ponderar la necesidad y utilidad de la lesión con la pretensión acusadora¹², pero no a partir de estándares (juicios probabilísticos) sobre la ocurrencia del hecho delictivo, pues estaría fragmentando el espíritu del sistema.

⁶ Ley 600 del 2000 (Código de procedimiento Penal): “ARTÍCULO 20: ARTICULO 20. INVESTIGACIÓN INTEGRAL. El funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado”.

⁷ Ley 906 del 2004 (Código de Procedimiento Penal): “ARTÍCULO 115. PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD. La Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley”.

⁸ BARBOSA CASTILLO, GERARDO; *Principales Transformaciones Del Derecho Procesal Penal: Un Análisis Estructural*, Editorial Consejo Superior De La Judicatura Sala Administrativa Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla», Bogotá 2006. P. 30 y ss.

⁹ BERNAL CUELLAR, JAIME; MONTEALEGRE LYNETT EDUARDO; *El Proceso Penal, Fundamentos Constitucionales del nuevo Sistema Penal Acusatorio*, Editorial Universidad Externado de Colombia.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-1194 del 2005, M.P. MARCO GERARDO MONROY.

¹¹ LINDQUIST R. KIM, *El Sistema Mixto como Acusatorio: La meta incumplida*, Edición Jurídica Andrés Morales, y Jaime Granados Peña & Asociados. Bogotá D.C., 2015.

¹² Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-591 del 2005 M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Lo anterior, se desprende de la lógica misma del sistema acusatorio, el fiscal -como parte- pretende desvirtuar la presunción de inocencia con su postulación desde la misma fase investigativa, por lo que, la valoración sobre la ocurrencia del hecho a través de estándares por parte de un juez en esta fase -de obtención de medios de conocimiento-, puede llevar a mermar el ejercicio de la acción penal por parte del Estado, generándose debates anticipados que no son propios del espíritu del sistema adversarial y acusatorio. Por esa razón, el principio de objetividad es, de entrada, una herramienta suficiente que modula la actividad procesal de la parte acusadora, sin necesidad de que este sea imparcial (como en el sistema inquisitivo), cualidad propia del juez en el nuevo sistema, basta con que el fiscal actúe de manera objetiva en su función.¹³

3. LOS ESTÁNDARES EN LAS FASES PRELIMINARES: SON ETIQUETAS INNECESARIAS QUE PUEDEN LIMITAR EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

Una de las fases determinantes del proceso penal, es precisamente aquella que se da de manera previa al proceso, es decir, todo lo que ocurre antes de que el fiscal lleve su acusación ante el juez de conocimiento, esto es, la denominada fase de investigación preliminar o de indagación, en donde el fiscal con ocasión a una denuncia, querella, petición especial o incluso de oficio empieza a realizar -junto a su equipo de investigación criminal- las averiguaciones pertinentes, a través de actos concretos investigativos, para determinar la ocurrencia del hecho y su presunto autor.

Ciertamente esta fase constituye parte esencial del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, toda vez que es la etapa procesal en la que el funcionario se llena de motivos para elevar o no la pretensión acusatoria ante la administración de justicia. Es ahí donde se activa el ejercicio de la acción penal por parte del Estado, aspecto que de entrada ya implica el cumplimiento de unas funciones específicas, entre esas, obrar con objetividad, lealtad, transparencia y respeto al debido proceso; por supuesto, todo esto significa que el sistema viene con una clara limitación y es aquella que ordena al ente acusador de que en el evento en que su actividad implique la lesión de derechos fundamentales, la actuación debe ser sometida al control de juez. Y, es precisamente ahí, donde radican las principales cuestiones: ¿qué tipo de control tiene la acción penal en esta fase? ¿será válido aplicar estándares probabilísticos en esta fase preliminar?

Para ello primero veamos algunos de los estándares que existen en el actual sistema procesal colombiano. Los primeros en la fase preliminar: (1) para la realización de actividades investigativas, “*motivos razonablemente fundados*”; (2) para imputar (esto es, vincular al presunto responsable “indiciado”) se aplica “*la inferencia razonable de autoría o participación*”. En igual sentido, para la fase de juicio, hay dos: (1) cuando el fiscal pretende acusar, aplica el parámetro “*con probabilidad de verdad*” y, finalmente, (2) si pretende que el juez profiera condena, el conocimiento deber ser “*más allá de toda duda razonable*”.

¹³ ROXIN C. *Pasado Presente y Futuro; del derecho procesal penal*. RUBINZAL - CULZONI EDITORES, Buenos Aires, Argentina (2007). P. 20 y ss.

Los dos primeros estándares en Colombia han sido identificados como preliminares y los dos últimos para la fase de juicio, pues se supone que el fiscal lleva su pretensión finalmente a la administración de justicia cuando: *“de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.”*¹⁴ Después de la práctica probatoria, el ente acusador solicitará al juez la condena porque en su sentir se acreditó *“más allá de toda duda razonable”* con sus pruebas la existencia del hecho y la responsabilidad penal del autor.

El primero de los estándares preliminares que se identifica dentro del ejercicio de la acción penal es el de *“motivos razonablemente fundados”*, una especie de “carga probatoria” que tiene el fiscal para realizar actividades investigativas trascendentales y, sobre todo, para aplicar medidas cautelares. Durante toda la fase primigenia, este parece ser el primer parámetro “probatorio”, en el que debemos señalar que, si bien, no tiene definición clara en el C.P.P., de algún modo sí se puede evidenciar ligeramente su alcance, especialmente en lo relacionado con los *registros y allanamientos*, al establecer que: *“...cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario...”*¹⁵. En artículo siguiente (221 C.P.P.), se menciona el parámetro probatorio de esos motivos fundados al establecer que: *“Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado”*¹⁶.

¹⁴ Ley 906 del 2004 (Código de Procedimiento Penal): “ARTÍCULO 336. PRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN. El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”.

¹⁵ Ley 906 del 2004 (Código de Procedimiento Penal): “ARTÍCULO 220. FUNDAMENTO PARA LA ORDEN DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO. Sólo podrá expedirse una orden de registro y allanamiento cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito”.

¹⁶ Ley 906 del 2004 (Código de Procedimiento Penal): “ARTÍCULO 221: ARTÍCULO 221. RESPALDO PROBATORIO PARA LOS MOTIVOS FUNDADOS. Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. (...) Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías. (...) Cuando los motivos fundados surjan de la presencia de elementos materiales probatorios, tales como evidencia física, vídeos o fotografías fruto de seguimientos pasivos, el fiscal, además de verificar la cadena de custodia, deberá exigir el diligenciamiento de un oficio proforma en donde bajo juramento el funcionario de la policía judicial certifique que ha corroborado la corrección de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos”.

Efectivamente, son limitantes que se aplican al ejercicio de la acción penal, a partir de una aproximación de suficiencia o fundamentación sobre la existencia del hecho delictivo y el posible autor. Por lo que, se puede establecer claramente que son parámetros en la fase de producción de los medios de conocimiento del fiscal, para obtener otras evidencias o para aplicar medidas cautelares, pero todas estas se hacen a instancias del fiscal, no del juez. El juez sólo debería verificar su existencia, no el valor suasorio del mismo, es decir, sólo debería verificar que exista algún medio de conocimiento que soporte la pretensión de la Fiscalía, esto es, entrevista, informe o acta que soporte la actuación. El juez no debería entrar a valorar el contenido y alcance de los elementos presentados, pues lo que se exige es el fiscal haga esa valoración en su fuero interno -guiado por el principio de objetividad-. Si el juez entrara a realizar la valoración en términos probabilísticos sobre la existencia del hecho delictivo y el posible autor, perdería sentido la fase preliminar y a su vez, la dinámica del sistema procesal acusatorio de corte adversarial.

El otro estándar preliminar, es cuando el fiscal pretende vincular al ciudadano a la investigación a través del acto de comunicación (la denominada formulación de imputación), en donde debe establecer el supuesto fáctico y el delito que se configuraría, actuación que realiza ante un juez de control de garantías. Frente a esta diligencia, el sistema vuelve a ofrecer una especie de estándar, señalado en el artículo 287 del C.P.P.: *“El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”*.

En ese sentido, la pregunta pertinente sería: ¿cuál es la diferencia entre *los motivos razonablemente fundados; la inferencia razonable de autoría o participación y la afirmación de probabilidad de verdad de la ocurrencia del hecho y su autor*? En mi opinión resolver esta cuestión es entrar en dilemas de nunca acabar, pues el mismo sistema desde su estructura constitucional los resuelve.

Por supuesto, pareciera tener sentido esta categorización al hacer alusión al *principio de progresividad* de la investigación: a medida que transcurre el tiempo en la fase investigación, la Fiscalía solidifica su pretensión hasta finalmente llevarla ante el juez con la expectativa de tener un caso sólido (que pueda vencer la duda razonable). Por supuesto, el que se debe convencer en toda esta fase preliminar es únicamente el fiscal, los jueces no, pues aún no ha sido elevada su pretensión acusatoria. Por lo anterior, surge el siguiente interrogante ¿cuál sería la utilidad de estandarizar la fase de producción de los medios de conocimiento del fiscal? Aún más, si sabemos que en este sistema se trata de un acto discrecional, dispositivo y reglado que corresponde al fiscal como dueño de la pretensión penal.

Todo lo anterior, cobra aún más sentido, cuando la doctrina y jurisprudencia han hecho fuertes llamados de atención al subjetivismo que caracteriza a los estándares probatorios en los sistemas donde predomina la libre valoración de la prueba. El profesor MIGUEL MUÑOZ, uno de los primeros doctrinantes en la corriente del razonamiento probatorio de Colombia, reconoce la dificultad de los estándares probatorios intermedios (antes del juicio), afirmando que “(...) Estas expresiones ambiguas no brindan seguridad jurídica, pues son

incapaces de delimitar un umbral de suficiencia probatorio preciso e intersubjetivamente controlable”.¹⁷

LARRY LAUDAN, uno de los mayores exponentes de la filosofía moderna, en su trayectoria académica realizó sendas críticas a los estándares probatorios en los sistemas procesales penales, afirmando que un estándar probatorio que sea subjetivo y ambiguo no puede ser un estándar¹⁸, es más, fue uno de los más grandes críticos del estándar “*de más allá de toda duda razonable*”. A su vez, el profesor NIEVA FENOLL¹⁹, reconoce que incluso estandarizar la prueba puede ser problemático en el sistema de libre valoración; concuerda con el filósofo LARRY LAUDAN en el sentido de que estandarizar la prueba proviene de una lógica matemática (cuantitativa), aspecto que de una u otra forma nos regresaría al sistema de tarifa tazada o legal.

Todo esto, y como se verá en el último capítulo en donde se aborda el único estándar que en mi opinión tendría sentido, nos lleva a una conclusión preliminar, por lo menos, desde la epistemología del sistema, y es la inutilidad de los estándares probatorios en la fase preliminar en donde precisamente se está produciendo los medios de conocimiento que soportaran la pretensión de acusación, pues estos estándares probatorios parecen ser adornos normativos o etiquetas, que de valorarse a plenitud su sentido y alcance no dejan de ser subjetivos, realidad que implicaría limitar el ejercicio de la acción penal y desnaturalizar el sistema procesal penal.

4. MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE: EL *IN DUBIO PRO REO*, SU RELACIÓN CON LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DEBIDO PROCESO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

A pesar de que desde la primera fase del proceso penal se procura categorizar la suficiencia de la pretensión a través de dicotomías probatorias como lo son los “estándares probatorios preliminares” analizados en acápite anterior, los cuales considero innecesarios, lo cierto es que en la fase de juicio, donde se evalúa o valora por un lado, la admisibilidad de los medios de convicción y, por otro, la prueba en sí misma con las garantías cardinales como la inmediación, la confrontación y la contradicción a través de un juez, este sí imparcial, se podría decir que una regla, norma, límite, valor supremo o, incluso, simple guía como lo es el *indubio pro reo* y el “estándar” de acreditar la pretensión acusadora *más allá de toda duda razonable*, viene siendo -por impreciso o subjetivo que sea su alcance- una herramienta útil para maximizar las garantías del ejercicio del poder punitivo en un Estado de Derecho.

Lo anterior se afirma más allá de todas las discusiones filosóficas, semánticas y sobre todo epistemológicas sobre el verdadero alcance de este estándar probatorio, pues la misma visión

¹⁷ MUÑOZ GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL, *El Estándar Probatorio y su Motivación, una propuesta de interpretación a partir de la concepción racionalista de la prueba*. Editorial Ibáñez (2023), Pontificia Universidad Javeriana. P. 72 y 73.

¹⁸ LAUDAN, LARRY, *Por Qué Un Estándar De Prueba Subjetivo Y Ambiguo No Es Un Estándar*, Unam, México. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005) ISSN: 0214-8676 pp. 95-113

¹⁹ NIEVA FENOLL JORDI, *Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado*; Indret 3, 2020.

racionalista del sistema procesal nos enseña que lo que se busca con estas máximas es invitar a los operadores (fiscal y juez) a realizar su actuación desde la razón, por eso, no en vano, varios de los estándares que tanto se censuran viene acompañados de la muletilla “*razonable*”, ya sea el *motivo razonable*, la *inferencia razonable* o *más allá de toda duda razonable*.

En efecto, el sistema procesal está sugiriendo, desde sus roles funcionales y misionales, que realicen su labor desde la sana crítica, desde la razón; al fiscal desde su visión acusadora ceñido al principio de objetividad (desde la investigación hasta el juicio) y al juez desde su rol de tercero imparcial y encargado de valorar y definir la suficiencia de la pretensión para determinar la responsabilidad penal del ciudadano sometido al poder de Estado. Por lo que, en mi opinión, la explicación de la utilidad de este estándar viene sobre todo ligado a su relación con premisas constitucionales como lo son, el *in dubio pro reo*, la *presunción de inocencia* y el *debido proceso*²⁰.

Por eso, el *estándar de conocimiento para condenar* resulta ser uno de más sensibles y trascendentales institutos por comprender dentro del estudio -no solo de la ciencia penal- de la concepción misma del Estado de Derecho. De esta manera, resolver el interrogante o conocer su alcance no es una simple discusión de cómo opera el derecho penal sustantivo o procesal, todo lo contrario, es de cómo opera el Estado Social y Democrático Derecho y si en efecto estamos en presencia de un verdadero modelo constitucional respetuoso y sobre todo garante del debido proceso.

En ese sentido, la máxima relacionada con el estándar de conocimiento para la condena -*más allá de toda duda*- no es un adorno normativo, corresponde, sin lugar a dudas, a una de las garantías fundamentales propias del debido proceso (*due process of law*), garantía vertical o génesis del Estado Constitucional. Su consolidación en el bloque de constitucionalidad colombiano es evidente y de amplio reconocimiento, veamos: a) Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948: “Art. 11. 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”; b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966: “Art. 14. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley...”; y c) Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 1969: “Art. 8. Garantías Judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...)”.

En efecto, en todo sistema penal de tendencia acusatoria la concepción de las garantías de *presunción de inocencia*, *in dubio pro reo* y *debido proceso* están íntimamente relacionadas, es decir, ninguna de ellas se puede imaginar sin la otra; hacen parte de una ecuación invariable y perfecta. Se trata entonces, de esa relación tripartita sin la cual no se puede hablar

²⁰ GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, *La policía en los Estados de Derecho Americano, un Proyecto Internacional de Investigación - V. La relación de la Fiscalía con la judicatura*. Editores (2003), KAI AMBOS JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, RICHARD VOGLER Con la participación de EZEQUIEL MALARINO. P. 11.

de un Estado de Derecho o verdaderamente Constitucional, leído en clave del procesado (asociado o ciudadano del cual el Estado pretender ejercer el *ius puniendi* o poder punitivo).

Así pues, para entender esta relación y el alcance de estas garantías es pertinente traer a colación la siguiente consideración de la Corte Constitucional colombiana ²¹al hablar de la presunción de inocencia: "... (L) a presunción de inocencia no sólo es «una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa "seguridad" específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de la específica "defensa" que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo". Por eso, entender el verdadero alcance de esta garantía permite al operador judicial y al ciudadano comprender que no se trata de una herramienta relacionada únicamente con la libertad, la verdad, o la condena, sino que se trata de una institución fundamental para el Estado Social de Derecho, en la medida que da seguridad y confianza en la justicia.

En ese sentido, de acuerdo con nuestro modelo de Estado -eminentemente Constitucional-, entender el proceso penal en clave de esta garantía resulta imperante si lo que verdaderamente se quiere es hacer justicia y, es por eso, que la carga de la prueba está en cabeza del Estado, quien es el directamente responsable de desvirtuar la presunción de inocencia del ciudadano.²²

Esa relación innegable lo reconoce el máximo órgano constitucional, pues el *indubio pro reo* es "postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance". "La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrella o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado"²³.

Tenemos de lo anterior, que cuando hablamos de sistema de pruebas en el modelo acusatorio, hablamos de dos tipos de cargas que tiene el Estado —en este caso la Fiscalía General de la Nación—: la primera, la carga de producir (quien tiene la carga de prueba tiene el deber de producir suficiente evidencia para acreditar el hecho); y la segunda, la carga de persuadir (la

²¹ Sentencia Corte Constitucional T-827 del 2005 M.P, HUMBERTO SIERRA PORTO.

²² Comisión IDH, Informe No. 5 de 1996 sobre Perú "En este contexto, otro concepto elemental del derecho procesal penal, cuyo objeto es preservar el principio de inocencia, es la carga de la prueba. En el procedimiento penal, el onus probandi de la inocencia no le corresponde al imputado; por el contrario, es el Estado quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del procesado. Así, la moderna doctrina sostiene que "el imputado no tiene necesidad de probar su inocencia, construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, quien condena debe construir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible".

²³ Sentencia Corte Constitucional T-827 del 2005 M.P, HUMBERTO SIERRA PORTO.

evidencia debe ser suficiente para decir que el hecho existe). Dos aspectos que evidentemente se ven relacionados con el umbral (más allá de toda duda) para lograr condena. Esas cargas precisamente se ven reflejadas en nuestro ordenamiento procesal. Su consagración se evidencia en los artículos 7° (norma rectora), 372 y 381 del C.P.P., que hacen referencia a la *presunción de inocencia e in dubio pro reo*, los *fin*es de las pruebas y el *conocimiento para condenar*, que son, a su vez, reflejo de lo contemplado en nuestro modelo Constitucional.

Sin embargo, a pesar de su expresa consagración, lo cierto es que no está claro cuál es el verdadero estándar para condenar, es decir, ¿qué es más allá de toda duda? Situación que incluso en fue objeto debate en el proyecto original del Acto Legislativo 03 de 2002, pues sobre este particular existió una interesante modificación de último momento, pues el proyecto original del artículo 7° contemplaba: *más allá de toda duda razonable*, eliminándose finalmente dicha consideración, pues a juicio del legislador: “*en un Estado de Derecho todas las dudas deben ser razonables; no puede haber dudas irrazonables. La proposición fue votada 8 a favor y 3 en contra*”²⁴. Curiosamente, es ahí donde, a pesar de haberlo considerarlo obvio el legislador -y por eso eliminarlo-, se centra todo el problema. Pues resulta que en la práctica no sabemos ¿qué es duda? y mucho menos, ¿qué es razonable?

En efecto, al igual que ocurría con la certeza de la que trataba la Ley 600 de 2000 (antiguo Código de Procedimiento Penal colombiano de corte inquisitivo), si este tipo de conocimiento se queda en la sola manifestación, queda librado a todo tipo de subjetividades y ejercicios argumentativos para condenar o absolver a cualquier ciudadano con cualquier prueba, por la sola manifestación de que el juez está convencido o que al defensor le parece que no debe estarlo. De manera que la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia colombiana ha precisado este estadio del conocimiento exigible al juez: “En tal sentido ha planteado, por ejemplo, que puede predicarse la existencia de duda razonable cuando durante el debate probatorio se verifica la existencia de una hipótesis, verdaderamente plausible, que resulte contraria a la responsabilidad penal del procesado, la atenúe o incida de alguna otra forma que resulte relevante”.²⁵

Ahora bien, el *in dubio pro reo* está llamado a aplicarse no sólo cuando logra estructurarse una teoría del caso alternativa razonable que desdibuje la de la acusación, sino también cuando la Fiscalía teniendo herramientas razonables para desvirtuar la presunción de inocencia, no despliega una actividad probatoria suficiente para el logro del tal imprescindible tarea. Veamos: “(...) De haberse indagado con mayor diligencia se habría podido superar el estado de duda evidenciado en el fallo impugnado pues, más allá de la dificultad probatoria cimentada en el descubrimiento tardío de la defraudación y la mora en el inicio de la indagación, existían actos de investigación posibles e idóneos para afirmar o desmentir la hipótesis de la intervención exclusiva de ABREO TRIVIÑO en la entrega irregular del depósito judicial. (...) Ahora, no se trata de exigir al funcionario instructor la consecución de pruebas materialmente imposibles de recaudar, sino un mínimo de diligencia

²⁴ GRANADOS PEÑA J. y MORRIS LIÉVANO M. *Principios rectores y Garantías Fundamentales, Sistema Penal Acusatorio*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. (2013) P. 379.

²⁵ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal del 8 de marzo del 2017 dentro del Rad. 44599. M.P. Patricia Salazar Cuellar

a efectos de lograr esclarecer aspectos fundamentales de la conducta investigada. ... En suma, pese al esfuerzo argumentativo desplegado por la Fiscalía con el fin de solventar la precariedad probatoria advertida, las diversas circunstancias invocadas como sustento del juicio negativo de la conducta atribuida al procesado emergen insuficientes para arribar al grado de conocimiento exigido, por manera que subsiste la duda en torno a aspectos sustanciales de la conducta que no encuentran demostración y que llevan a concluir, indefectiblemente, que en el presente asunto no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que cobija al procesado”.²⁶

Corolario de todo lo anterior, en el sentido de que el estándar para condenar debe superar la razonabilidad de una teoría alternativa propuesta o existente, es evidente que tampoco es claro su alcance pues surge también el siguiente interrogante: ¿cuándo es razonable una tesis alternativa? Frente a este cuestionamiento, la solución viene siendo más filosófica que jurídica, para ello, en la práctica judicial se está haciendo uso de principios lógicos que buscan resolver ese debate dialectico (pretensión acusadora vs *in dubio pro reo*) que obviamente por tratarse de un Estado de Derecho, si o si, debe interpretarse en favor del procesado.

Así pues, para comprender la razonabilidad de una teoría del caso alternativa también se está usando el *principio de la Navaja de Ockham o de Parsimonia*, según en el cual si existen dos o más explicaciones que se encuentran en igualdad de condiciones, no hay que tener en cuenta una explicación complicada si existe una más simple. Supuestamente el uso racional de la navaja de Ockham favorece la elección más razonable entre dos teorías que se enfrentan²⁷.

Este principio resulta muy relevante traerlo a colación en el caso objeto de examen y, precisamente, como punto de partida para la valoración adecuada de las hipótesis alternativas existentes. En efecto, si el Estado (a través de la Fiscalía) pretende partir de una premisa de difícil verificación o explicación, es deber –del verbo tener, obligación- del operado judicial, acudir a otra explicación simple o alternativa que resulte más razonable, o que por lo menos, explique, desde otra óptica, la afirmación en controversia (la acusación).

Con ello, obviamente, se está salvaguardando la garantía del principio de la presunción de inocencia y, por supuesto, del *in dubio pro reo*, razón por la cual, acudir a esta máxima filosófica no es capricho argumentativo, sino que, corresponde a una de las consecuencias filosóficas propias de la consolidación del *in dubio pro reo* en nuestro sistema procesal penal.

En consecuencia, si para corroborar la acusación se parte de premisas de difícil o imposible verificación, o en su defecto, de consideraciones que trasgreden mínimos legales y constitucionales, estaríamos (bajo la máxima de la *parsimonia*) violando su explicación. Lo contrario ocurriría si al realizar el cotejo de hipótesis se acude a la de fácil verificación o

²⁶ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal del 30 de mayo del 2018 dentro del Rad. 50950, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

²⁷ Artículo: ANDRÉS PÁEZ, *La filosofía de la ciencia y del derecho*. Universidad de los Andes: <https://philarchive.org/archive/PEZLFD> P.

aquella que para sostenerse no requiere de consideraciones que desconozcan garantías sustanciales.

Explicación que, en algún modo ha ido poco a poco consolidándose en la jurisprudencia nacional para explicar el estándar de conocimiento para condenar y la razonabilidad de las hipótesis alternativas al decantarse que se “... es consciente de los debates suscitados en torno a lo que debe entenderse por duda razonable, y de la consecuente necesidad de desarrollar jurisprudencialmente dicho concepto. En tal sentido ha planteado, por ejemplo, que puede predicarse la existencia de duda razonable cuando durante el debate probatorio se verifica la existencia de una hipótesis, verdaderamente plausible, que resulte contraria a la responsabilidad penal del procesado, la atenúe o incida de alguna otra forma que resulte relevante”.²⁸

De todo lo anterior, podemos concluir que, a pesar de su consagración constitucional y legal, el esfuerzo para comprender el verdadero alcance de esta máxima en la práctica no ha sido del todo pacífica y, por el contrario, ha requerido de varios pronunciamientos de las altas Cortes e incluso del uso de principios filosóficos y lógicos para concebir el auténtico sentido del *in dubio pro reo*, su relación con la presunción de inocencia y el debido proceso en un Estado Social y Democrático de Derecho.

5. CONCLUSIÓN

El sistema procesal penal colombiano está estructurado bajo el principio acusatorio, lo que implicó una variación en el entendimiento de lo que es la producción de la prueba y lo que es su valoración. En efecto, es a instancias del fiscal donde se producen los elementos materiales probatorios para llevarlos a juicio “*the border of going forward*” y convertirlos en pruebas, momento en el cual, es el juez el que la valora una vez culminada la etapa probatoria. La verdad es que, tanto para la producción como para la valoración de la prueba, el diseño normativo del sistema colombiano consagró estándares o reglas probatorias para las dos fases, una a instancias del fiscal (con el control del juez de garantías) y otra para el juez de conocimiento.

Esa reglas o estándares, desde una visión racionalista de prueba, son objeto de serías censuras porque es difícil hacerles un control intersubjetivo, pero más allá de eso, es claro que estandarizar la fase de producción que tiene el fiscal puede ser un problema coyuntural del sistema, pues no es el momento procesal para que un juez (de control de garantías) analice o haga juicios o raciocinios sobre la existencia del hecho y su posible autor, ya que de hacerlo, se podría estar afectando el ejercicio de la acción penal por parte del Estado, anticipando el debate de fondo que no le corresponde. Esa es la razón por la que, desde el diseño constitucional del sistema, solo es aplicable el estándar de *más allá de toda duda razonable* a instancias del juez que definirá la responsabilidad penal del ciudadano sometido al ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

²⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal del 12 de octubre del 2016 dentro del Rad. 37175, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

BIBLIOGRAFÍA

BARBOSA CASTILLO, GERARDO, *Principales Transformaciones Del Derecho Procesal Penal: Un Análisis Estructural*, Editorial CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA ESCUELA JUDICIAL «RODRIGO LARA BONILLA», Bogotá 2006. P. 30 Y Ss.

BERNAL CUELLAR, JAIME; MONTEALEGRE LYNETT EDUARDO; *El Proceso Penal, Fundamentos Constitucionales del nuevo Sistema Penal Acusatorio*, Editorial Universidad Externado de Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencias: C-591 del 2005 y T-827 del 2005.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL, Sentencias de Casación dentro de los radicados 37175; 50950 y 44599.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS, *Informe No. 5/96, del 1 de marzo del 1996, caso Perú 1970*.

DUCE, MAURICIO; RIEGO CRISTIÁN, *Proceso Penal*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. P. 25 y ss.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta. P. 33 y ss.

GRANADOS PEÑA J. y MORRIS LIÉVANO M. *Principios rectores y Garantías Fundamentales, Sistema Penal Acusatorio*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, (2013) P. 379.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, *La policía en los Estados de Derecho Americano, un Proyecto Internacional de Investigación*. Editores (2003), KAI AMBOS JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, RICHARD VOGLER Con la participación de EZEQUIEL MALARINO. P. 11.

LAUDAN, LARRY, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, Unam, México. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005) ISSN: 0214-8676 pp. 95-113

LEY 600 DEL 200, Código de Procedimiento Penal, Sistema Inquisitivo, Artículo 20.

LEY 904 DEL 2004, Código de Procedimiento Penal, Sistema Penal Acusatorio (Acto Legislativo 03 del 2002) Artículos: 7, 115, 220, 221 y 381.

LINDQUIST, R KIM, (2015). *Lo inquisitivo hacia lo acusatorio: Una odisea (Manual práctico del derecho comparado)*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales; Jaime Granados Peña. P. 117 y 118.

LINDQUIST R. KIM, (2015). *El Sistema Mixto como Acusatorio: La meta incumplida*, Edición Jurídica Andrés Morales, y Jaime Granados Peña & Asociados. Bogotá D.C.

MUÑOZ GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL, *El Estándar Probatorio y su Motivación, una propuesta de interpretación a partir de la concepción racionalista de la prueba*. Editorial Ibáñez (2023), Pontificia Universidad Javeriana. P. 72 y 73.

NIEVA FENOLL JORDI, *Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado*; Indret 3,2020.

ROXIN, C. *Pasado Presente y Futuro; del derecho procesal penal*. RUBINZAL - CULZONI EDITORES, Buenos Aires, Argentina (2007). P. 20 y ss.

URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN, EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN. *Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado Constitucional de Derecho*. Universidad Externado de Colombia, 2013. P. 26 y ss.

Artículo: ANDRÉS PÁEZ, *La filosofía de la ciencia y del derecho*. Universidad de los Andes: <https://philarchive.org/archive/PEZLFD> P. 12.