

Estándar de prueba y defensas afirmativas en el proceso penal

Análisis con referencia al caso colombiano y español

Ana María López Pinilla¹

Abreviaturas

BARD: Beyond any Reasonable Doubt

CPCol: Código penal colombiano, Ley 600 de 2000

CPC: Código de procedimiento civil colombiano

CPEsp: Código penal español

CPI: Corte penal internacional

CPP: Código de procedimiento penal colombiano, Ley 906 de 2004

LECrim: Ley de enjuiciamiento criminal española

LOPJ: Ley orgánica del poder judicial de España

MATDR: Más allá de toda duda razonable

MPC: Model Penal Code

Tabla de contenido

Introducción	2
1. Verdad y proceso penal.....	5
a. Corrientes de pensamiento filosófico acerca de la verdad.....	5
b. Particularidades epistemológicas del derecho como sociotecnología	7
c. La verdad del proceso penal.....	9
1.1 Sistema inquisitivo y verdad real	13
1.2 Sistema acusatorio y verdad formal.....	17
2. El estándar de prueba en el proceso penal.....	20
2.1 Probabilidades matemáticas y modelos inductivos.....	23
a. Probabilidades matemáticas y modelo bayesiano.....	23

¹ Abogada de la Universidad Eafit, candidata a Magíster en Derecho penal de la Unviuersidad Eafit y Magíster en Derecho penal y política criminal de la Universidad de Málaga (España).

b.	Modelos inductivos	25
c.	Epistemología y garantismo	29
2.2	Más allá de toda duda razonable (MATDR).....	30
a.	Algunas definiciones.....	31
b.	El MATDR en Colombia	33
c.	El MATDR en España	35
	Garantía procesal y cláusula cuasi epistémica	37
	Algunas consecuencias de la sentencia condenatoria	40
3.	Carga de la prueba en el proceso penal.....	41
3.1	Carga de la prueba y presunción de inocencia.....	46
3.2	¿Cuáles hechos deben probarse en el proceso penal?	49
a.	Hechos a acreditar en el proceso penal	50
3.3	Carga de la prueba como regla de juicio en el proceso penal colombiano y español ..	53
4.	Causales de exclusión de responsabilidad penal	58
	Algunos fundamentos de las causales de exclusión de responsabilidad penal	60
a.	Causales objetivas	61
b.	Causales subjetivas.....	62
4.1	Defensas afirmativas y estándar de prueba.....	63
	Defensas afirmativas en el derecho penal anglosajón.....	64
	Estándar de prueba del supuesto de hecho y hechos impeditivos.....	65
	¿Cuándo la duda sobre las eximentes es razonable?.....	68
4.2	Causales subjetivas y carga de alegar	70
4.3	Causales objetivas e indicios	72
5.	Conclusiones.....	74
	Bibliografía	76

Introducción

El proceso penal moderno se ha definido como una herramienta de materialización del derecho penal sustancial, y suele justificarse como un medio de protección de los derechos de los procesados. Junto con una definición garantista del proceso penal,

aparecen otros fines que justifican su existencia, especialmente nos ocuparemos del fin epistemológico, según el cual, el proceso es un escenario idóneo para buscar una verdad jurídico penalmente relevante. Este fin epistemológico plantea varios problemas, uno primero de corte filosófico y metafísico, que se refiere a la pregunta de si es posible conocer la verdad, a lo que antecede la cuestión de si es que acaso hay una verdad por ser conocida. La respuesta que se dé a estas preguntas no será en ningún caso intrascendente; un proceso que renuncie abiertamente a su fin epistemológico puede ser calificado como un mero ejercicio de poder arbitrario.

De otro lado, de la respuesta a estas preguntas se desprende inclusive la adopción de un modelo procesal determinado con profundas consecuencias en las instituciones que en este operan; por un lado se encuentra el sistema inquisitivo, el cual se vincula más a una concepción de la verdad real, mientras que el sistema acusatorio está más relacionado a un modelo de verdad construida.

Son múltiples e importantes los límites que el proceso penal tiene para alcanzar su fin epistémico, límites adicionales a los que implica *per se* la búsqueda de la verdad en otros campos distintos de los del derecho; entre ellos, se encuentran los límites que imponen las propias garantías que defendemos, y que consideramos inclusive como fines superiores a los epistémicos, el que nos interesa analizar en el presente trabajo es el de la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es un principio universalmente reconocido, que tiene profundas implicaciones, entre otras, a la hora de declarar la responsabilidad penal de un individuo, y más específicamente, en el momento de construir una verdad en el proceso y de distribuir las cargas probatorias, en otras palabras: de definir un determinado estándar de prueba.

El estándar de prueba determina cuándo una hipótesis se entenderá por probada, y en esa medida se tomará como si fuera verdad. La adopción de un determinado estándar obedece a una decisión de política criminal, en donde se define en qué medida se toleran los errores inherentes al proceso penal. En este orden de ideas, la presunción de inocencia sirve de baremo para entender ilegítimas las condenas que no alcancen un exigente estándar de prueba, que en nuestro caso es el de más allá de toda duda razonable (MATDR).

Los principios de la carga de la prueba en cabeza de la acusación, la presunción de inocencia y el estándar de MATDR, se ven desdibujados cuando nos encontramos

frente a una defensa que alega una eximente de responsabilidad penal, es decir, una defensa afirmativa; en estos casos la carga de probar se traslada a la defensa, quien en consecuencia asume los costos de la condena en caso de no satisfacer el estándar de prueba.

Parece ilegítimo pues, que en los casos en los que está presente una causal eximente sea el procesado quien deba demostrar su inocencia, la cual por principio se presume; más gravoso aún, es cualificar las exigencias probatorias de las eximentes a través de la imposición de un estándar de prueba para la defensa, independientemente de que este sea el menos exigente (como lo es el de la evidencia preponderante).

Esta colisión entre la búsqueda de la verdad y las garantías procesales no son en todo caso insalvables, es posible introducir ciertos parámetros atendiendo a la naturaleza de las eximentes, que faciliten su demostración en el proceso dejando invicta la presunción de inocencia, y sin imponer a la defensa un determinado estándar probatorio.

Es por esto que el objetivo del presente trabajo es encontrar una forma de incorporar las hipótesis eximentes que no impliquen una inversión en la carga de la prueba y que no mengüen la presunción de inocencia, y que adicionalmente, no sean incompatibles con la pretensión epistémica del proceso. En consecuencia el presente trabajo estará distribuido de la siguiente manera:

En el primer capítulo se atenderá a la relación entre la verdad y el proceso penal, haciendo referencia a las distintas concepciones filosóficas que atienden a este respecto; igualmente se explicarán las diferencias entre los modelos procesales penales, atendiendo a las implicaciones que tiene la adopción de uno u otro en materia procesal y por tanto sustancial. Igualmente se enuncian los límites epistemológicos inherentes al proceso.

En el segundo capítulo se analiza la institución del estándar de prueba, su naturaleza político criminal, su finalidad en el proceso y su concepción de garantía procesal. Posteriormente se analiza con mayor detenimiento el estándar adoptado por los ordenamientos -entre otros- colombiano y español, que es el de MATDR, los intentos de definirlo y sus alcances epistémicos.

En el tercer capítulo se analiza la carga de la prueba, atendiendo a la definición tradicional de carga, y las consecuencias que implica en la prueba de los hechos en materia penal. Se estudia la relación de esta con la presunción de inocencia, y el papel que ocupa en los sistemas de tendencia acusatoria, haciendo un énfasis especial en las legislaciones antes mencionadas, que servirán de marco al presente trabajo.

En el último capítulo se analizan las causales eximentes de responsabilidad penal, allí se hará una diferencia atendiendo a su forma de configuración -objetiva o subjetiva-, que facilitará su prueba en el proceso, y que no atiende a la clasificación tradicional dogmática de causales justificantes y exculpantes. Allí se analizará cuándo una eximente puede entenderse como probada y quién deberá asumir el costo de no hacerlo.

Este problema que puede parecer filosófico y acaso metafísico, tiene importantes incidencias en la práctica judicial, a la hora de poner a prueba los límites de derechos que, como la presunción de inocencia, parecen estar sólidamente incorporados en ordenamientos jurídicos con pretensiones garantistas. Esto exige en primer lugar, tener claro los límites epistemológicos del proceso penal y los costos de renunciar a las garantías individuales por alcanzar este fin.

1. Verdad y proceso penal

Dentro de las numerosas relaciones existentes entre la filosofía y el derecho, se encuentra especialmente una que ha inquietado a la humanidad desde hace muchos siglos, esto es la búsqueda de la verdad. La capacidad del ser humano para comprender su entorno y explicar su existencia, ha llevado al desarrollo de múltiples construcciones sobre el concepto de la verdad y la capacidad de alcanzarla.

a. Corrientes de pensamiento filosófico acerca de la verdad

El problema filosófico de la verdad, en relación con el derecho podría agruparse, *grosso modo*, en tres grandes grupos que recogen las corrientes de pensamiento sobre la verdad en las ciencias sociales: La primera es el materialismo, que con la Ilustración alimenta la idea de que es posible alcanzar, a través de un método riguroso, un conocimiento del mundo "tal y como es", el cual consiste en la secuencia de una serie de pasos que van desde un conocimiento previo – que se adquiere por medio de la observancia de hechos, la formulación de una hipótesis y la

comprobación de esta hipótesis a través del experimento- y con este conjunto de experiencias, se crean las fórmulas o leyes nomotéticas. De conformidad con esta es posible conocer el universo, siempre que siga un riguroso método que elimine el margen de error que nuestros sentidos imprimen en nuestras percepciones del mundo (Cassirer, 1943).

Las ciencias sociales adoptaron la bandera científica, y empeñaron sus esfuerzos en convertir al derecho en una ciencia¹. De este modo se proclamó una unidad entre la sociedad y la naturaleza, en consecuencia una unidad inescindible entre el conocimiento de los objetos naturales, sociales y artificiales. Las ciencias sociales debían seguir los mismos métodos, el mismo lenguaje exacto y preciso e incluso “alcanzar el mismo grado de certeza” (Condorcet, cit. en Bunge, 2002).

En segundo lugar se encuentran las corrientes contrailuministas o idealistas, entre los que se encuentran el romanticismo y la escuela neokantiana. Estas corrientes tienen en común una extrema defensa del espíritu, el cual era preponderante sobre lo material. Defendía la separación entre la ciencia o lo natural y la sociedad. Metodológicamente la repercusión se daba en defender que la intuición prevalecía por sobre la razón, despreciando el método científico.

Según esta concepción, el ser humano es un ser espiritual, y la sociedad compuesta de seres espirituales se cierne por encima de la naturaleza, las ciencias sociales son autónomas pues conciernen al espíritu, y por esto merecen una clasificación propia, son por tanto *geisteswissenschaften* –ciencias del espíritu o humanidades- (Bunge, 2002, pág. 35).

La influencia de este pensamiento en materia de la verdad es innegable, en tanto su énfasis radica en la exaltación de las subjetividades, las creencias, evaluaciones,

¹ Cabe resaltar que por motivos históricos, concebir al derecho como una ciencia dotaba de gran legitimidad a su discurso, puesto que el iluminismo, por oposición al “oscurantismo” de la Edad Media, buscaba combatir un conjunto de ideas tanto sociales, políticas como jurídicas, que suponían que el conocimiento –y a su vez el poder- venían de un dios omnipotente y omnisapiente. Así Condorcet enunció que las ideas iluministas eran contrarias a los intereses de sus más férreos combatientes, los sacerdotes y quienes ejercen la autoridad (Condorcet, cit. en Bunge, 2002, pág. 23).

intenciones, etc.; ponen de presente que las personas tienen una vida mental y se guían comúnmente por ciertas normas y convenciones sociales que no pueden estudiarse con el método científico. Trasladado al ámbito judicial podría decirse de igual forma que los jueces son sujetos que se guían por su espíritu para adoptar decisiones, las cuales son imposibles de controlar con el método científico.

Por último se encuentra la corriente post moderna, que rozando con el nihilismo sostiene que no hay verdades absolutas sino que una multiplicidad de verdades que se ubican en un contexto y tiempo determinados, y cada una es tan válida como su opuesta. Este pensamiento es en gran medida el responsable de las conocidas crisis de las ciencias sociales, que caen dentro del relativismo y encuentran sus problemas epistemológicos al sostener que no hay una única verdad que conocer.

b. Particularidades epistemológicas del derecho como sociotecnología

Sea la primera aclaración epistemológica decir que no se adoptará una división entre naturaleza de la sociedad, sino que, siguiendo a Mario Bunge, no hay que olvidar que los seres humanos son “artefactos sociales vivos” (Bunge, 2002, pág. 17). Tienen una materia prima biológica y psicológica que les es inherente y se encuentra en un mundo que puede potenciar u obstaculizar la misma, además somos moldeados a partir de entidades naturales. Estamos en gran medida “auto construidos” y “auto diseñados”, adquirimos cultura y desarrollamos actividades que superan lo biológico.

Las sociedades por otro lado no son más que construcciones humanas, que obedecen a una serie de acontecimientos y contextos cambiantes, construidas para satisfacer unas necesidades determinadas -no sólo en términos biológicos, sino ya en términos sociales, ideológicos, políticos, económicos, etc.- lo que implica que todos los procesos sociales pueden ser modificados por intervenciones humanas deliberadas.

Siguiendo a este autor entendemos que “las ciencias del hombre tienen sus raíces en las ciencias naturales sin estar incluidas en ellas”. Las ciencias sociales, a

diferencia de las naturales², deben tener en cuenta –aunque no sólo- la cognición, la emoción, la acción deliberada, la intención y la convicción y las formas de percepción de los individuos sobre ellos mismos y sobre la realidad (Bunge, 2002, pág. 77).

En su criterio, el derecho es una sociotecnología porque estudia la manera de mantener, reparar, mejorar o reemplazar sistemas o procesos sociales existentes para afrontar problemas sociales concretos (2002, pág. 323). Metodológicamente el razonamiento jurídico es similar al científico en la medida de que puede reducirse a la deducción de consecuencias a partir de generalidades o leyes máximas, el patrón de inferencia es: regla general→ evidencia sobre los hechos= conclusión.

Sin embargo es el contenido de las premisas y de las conclusiones lo que hacen del derecho un área tan compleja, pues estas tienen conceptos que no existen por fuera del derecho. El razonamiento conducente a una deducción jurídica es, en ese sentido, estrictamente deductivo. Son los enunciados de los hechos –y no los hechos- los que pueden entrar en conflicto con principios jurídicos y con leyes.

Estos hechos que aparecen en los procesos judiciales se soportan en datos, están sujetos a un enorme manoseo que puede alterarlos, por lo que la toma de decisión judicial sobre estos es o puede ser objeto de un examen crítico y puede decirse de ella que es lógicamente válida o inválida; esto quiere decir en términos concretos que no cualquier decisión judicial es válida, que podemos no caer en un indeterminismo judicial absoluto y que no estamos completamente maniatados en el control de las decisiones judiciales.

En el proceso de la toma de decisiones judiciales aparece además un componente muy etéreo que es el *quid* del problema entre filósofos, epistemólogos y juristas: la valoración de los hechos. Habiendo dicho que el ser humano es un “artefacto social vivo”, cabe recordar que actuamos motivados por múltiples estímulos como son los sentimientos como el amor, el odio y el miedo, que van a cumplir un rol fundamental a la hora de poner en tela de juicio la responsabilidad penal de un individuo.

² Para el autor hay una categoría que abarca a todas aquellas tecnologías que apunta al control del comportamiento humano a través del diseño, rediseño o gestión de sistemas sociales –como lo son a juicio del autor las ciencias de la administración, la economía normativa, la educación y el derecho-, y que suelen confundirse o soslayarse con las ciencias.

Volviendo al problema del planteamiento jurídico, podemos decir que este es “en apariencia más complicado que el científico” (Bunge, 2002, p. 384), pues se refiere a hechos sociales más que naturales, y en él se combinan las normas, los valores además de los enunciados fácticos. Este intrínquilis cognoscitivo se puede ilustrar claramente en el proceso judicial –aunque el trabajo que nos ocupa se circunscribe al ámbito penal, y será desde este escenario desde el cual se plantee el problema, no se desconoce que un juez de cualquier otra jurisdicción se vea exento de los problemas subyacentes a la valoración de los hechos-, aquí se evidencia cómo la verdad puede ser un concepto elusivo.

c. La verdad del proceso penal

A pesar de los enormes esfuerzos para responder si existe una verdad y si podemos conocerla, este seguirá siendo objeto de debates que conducirán a respuestas temporales; sin embargo, todos los días los jueces toman decisiones que afectan directamente los derechos fundamentales de personas concretas. Estas decisiones se basan en la premisa de que el proceso penal alcanza una verdad, que es en todo caso construida.

De conformidad con lo anterior habrá que anotar que: en primer lugar la verdad que se establece en un proceso es una verdad parcial, en el sentido de que el proceso deductivo parte de las premisas fácticas que logren acreditar las partes, como más adelante se verá con mayor detalle, la capacidad de reconstrucción histórica es muy limitada y altamente insegura. Premisas que se limitan al objeto de análisis jurídico según los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad.

El derecho, al buscar regular comportamientos humanos, supone múltiples y necesarias referencias al ámbito interno del sujeto. Los sentimientos y los pensamientos se hacen objeto de análisis para la configuración de instituciones dogmáticas tan importantes como una legítima defensa, un estado de necesidad, la previsibilidad del resultado, el error de tipo y el error de prohibición; toda la categoría de la culpabilidad ya ha atravesado extensos debates al respecto³. Así como es de imprescindible la incorporación del fuero interno del sujeto para la estructuración dogmática de todo el derecho penal, resulta imprescindible a la

³ En este sentido ver: (Bustos Ramírez & Hormazábal, 1997).

hora de analizar en concreto la responsabilidad de un individuo en el marco del proceso.

Aquí aparecen dos dificultades: en primer lugar, ese fuero interno del sujeto, que es un sustrato fundamental de la responsabilidad penal, le es indisponible al juez a la vez que indispensable, pues "(l)os científicos (...) no tienen un acceso directo a las intenciones: sólo pueden observar los resultados objetivos de acciones deliberadas⁴. No cabe duda que pueden imputar intenciones, expectativas y cosas por el estilo a los individuos. Pero estas atribuciones son riesgosas, aun cuando en principio sean verificables" (Bunge, 2002, p. 26).

Con todo, las interpretaciones que pueden hacerse sobre el fuero interno del sujeto no son más que conjeturas, hipótesis no comprobadas de sucesos; y si bien se han buscado criterios para controlar dichas inferencias⁵, no hay hasta ahora ningún modelo que prescindiera de un importante componente de subjetividad que escapa a los controles racionales.

Ahora, en este ámbito tiene pleno sentido recordar a M. Foucault (1980, pág. 15) cuando menciona que la verdad puede estudiarse a partir de su desarrollo gnoseológico o científico (a lo que el autor denomina "historia interna"), y otra a partir de su construcción donde aparecen formas de subjetividad, dominaciones y poder (a la que el autor denomina "historia externa") (Ibíd.). Esto tiene sentido en la medida en que los movimientos de la Ilustración seguían paralelamente dos cursos: por un lado el desarrollo de las ideas a través del método científico, y, por otro lado, el cuestionamiento a un poder tiránico que se entendía como autoevidente. En este sentido dice el autor que:

Las prácticas judiciales- la manera en que, entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades; el modo en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido; la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras; todas esas reglas o, si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia- creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad,

⁴ Este autor parte de una postura del ser humano como un sujeto con libre albedrío, postura que se comparte y que no va a ser objeto de mayor análisis.

⁵ Los criterios más relevantes se explicarán más adelante.

formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad (...) (1980, pág. 16).

La importancia de este debate filosófico trasciende hasta los aspectos prácticos en materia del proceso penal, con importantes consecuencias en la vida práctica. Las diferentes formas de entender la verdad y la postura gnoseológica sobre la valoración de unos hechos, está íntimamente ligada a determinadas posturas políticas que veremos más adelante.

Sin llegar a defender una postura completamente irracionalista o escéptica de la verdad, las tesis que defienden que es posible alcanzar un control racional sobre la decisión judicial parecen altamente insatisfactorias. En este sentido se encuentran, al menos, dos variables que impiden que el proceso de toma de decisión y de justificación de la decisión estén blindados de controles lógicos.

En primer lugar, en cuanto a lo que se refiere al *objeto* de la valoración judicial, esto es, los hechos que corresponden al juez valorar y que se allegan al proceso, no son únicamente fácticos –en el sentido de tener una expresión constatable en el mundo exterior-, sino también subjetivos y probabilísticos. Esto hace que el juez deba valorar supuestos que por naturaleza tiene un carácter etéreo que no son susceptibles de demostrar⁶.

En segundo lugar se encuentra el *proceso* de la toma de decisión, es decir, lo que media entre la valoración de las pruebas y la toma de decisión. Cuando al silogismo judicial se le agregan variables tan intangibles como las percepciones subjetivas de los procesados, la única herramienta del juez es la interpretación y la conjetura de hechos externos que lo lleven a explicar hechos internos, sin embargo como lo dice, acertadamente, Bunge (2002, pág. 27):

(C)uando se inspecciona la interpretación no es más que una corazonada, una conjetura o una hipótesis no comprobadas. No todas las acciones sociales tienen una intención, algunas son automáticas. Tampoco todas se realizan en beneficio propio: hay muchas acciones compulsivas y otras benevolentes, y finalmente, no todos los actos deliberados alcanzan su objetivo: algunos tiene consecuencias indeseadas.

⁶ Un ejemplo es la distinción entre una imputación a título de dolo eventual y una a título de culpa con representación.

Las ciencias sociales no tienen que renunciar a comprender las acciones humanas y, de hecho, este es el objeto de las neurociencias, o la sociología o psicología, pero el escenario del proceso penal –tal como es concebido dentro de los principales modelos occidentales, que se estudiarán en este capítulo- no está diseñado para alcanzar una verdad entendida como una comprensión de los hechos “tal y como son”.

Para sintetizar, podemos concordar con Ferrajoli (1995, pág. 39) cuando dice que:

(p)or muy perfeccionado que esté el sistema de garantías penales, la verificación jurídica de los presupuestos legales de la pena nunca puede ser absolutamente cierta y objetiva. (...) (a)unque disciplinada por el conjunto de las garantías procesales, también la verificación fáctica de una aserción judicial, al igual que la de cualquier aserción empírica, exige decisiones argumentadas. La *prueba* empírica de los hechos penalmente relevantes no es en realidad una actividad solamente cognoscitiva sino que siempre forma la conclusión más o menos probable de un procedimiento inductivo cuya aceptación es a su vez un acto práctico que expresa un poder de elección respecto de hipótesis explicativas alternativas.

Lo cierto es que esta valoración judicial que se escapa al encuadramiento racional de la epistemología, no debe entenderse necesariamente como una amenaza a un modelo garantista que pretenda fortalecer los límites al *ius puniendi* o, para nuestro caso particular, el principio del *ius puniendi*, sino que, al contrario, esto puede resultar en un esfuerzo valorativo dirigido a excluir la responsabilidad, o a atenuarla, y en general a limitar la intervención penal incluso en sus más tempranas apariciones.

Para entender el proceso penal como un escenario de construcción de verdad, es necesario recordar cuál es la finalidad atribuida al proceso penal, ya que, si pretende ser un espacio cognoscitivo, debe estar en lo posible, libre de “intereses preconstituidos”⁷, que permitan que el juez se oriente única y exclusivamente a la búsqueda de la verdad.

⁷ Para seguir la terminología de Ferrajoli (1995, pág. 579), quien pone de presente que la actividad jurisdiccional por ser una actividad cognoscitiva y por oposición a la actividad administrativa, no está subordinada a intereses superiores, carece por tanto de dirección política por estar vinculada a la ley.

A continuación veremos dos formas de entender la verdad en el proceso penal a partir de los dos grandes y tradicionales sistemas procesales penales de occidente, y que nos permitirán ver con mayor precisión cómo se encaminan en teoría los procesos y qué papel juega la verdad en relación al desarrollo de los mismos.

1.1 Sistema inquisitivo y verdad real

Suele ubicarse el sistema inquisitivo en la Edad Media europea, olvidándose que la indagación (elemento característico de este modelo) tiene sus raíces en la antigua Grecia, y que, lejos de ser un instrumento de ejercicio de poder, representaba una gran conquista de la democracia, en donde se lograba “oponer la verdad sin poder al poder sin verdad” (Foucault, 1980). Con el nacimiento de la indagación aparecieron además formas racionales de prueba y su demostración, se preguntaban cómo podía producirse la verdad y que reglas habrían de aplicarse para ello.

En el medioevo europeo se retomó la indagación, pero su fundamento político y filosófico fue distinto⁸, por lo que las formas en que se practicaban se vieron a su vez alteradas, constituyendo uno de los períodos más oscuros en materia procesal. Con todo, este modelo no quedó del todo en el pasado, pues como lo indica Ferrajoli (1995, pág. 41), alcanza teorías más modernas de prevención especial, defensa social o del tipo normativo de autor.

Actualmente se entiende que este sistema contiene una serie de características sustanciales y procesales entre los que se encuentran: la concentración en un mismo ente de investigar y juzgar, la oficiosidad tanto para conocer de un delito, como para solicitar y recolectar material probatorio. La instrucción es secreta, limitándose considerablemente los derechos de defensa y de contradicción; y la escrituralidad del procedimiento. Las partes se encuentran en una disparidad, siendo el acusado la parte más débil.

En materia probatoria se establece la prueba legal o tasada, que fija previamente el medio idóneo para dar un hecho por probado, y el valor que habrá de atribuirle el

⁸ Para los siglos X, XI y XII la iglesia católica era un cuerpo político y económico de gran poder en Europa, de modo que la indagación o *inquisito*, recaía al mismo tiempo sobre los pecados, faltas y crímenes cometidos; a la vez que vigilaban la forma de distribución de la riqueza, mezclándose así las funciones administrativas y religiosas.

juez a cada prueba. La sentencia es un silogismo perfecto que se obtiene mediante la sumatoria arbitraria de elementos probatorios.

Aunado al modelo procesal va una epistemología propia del sistema inquisitivo, que implica de un lado una concepción propia sobre la verdad y en consecuencia una determinada forma de obtención de la misma. Esto le ha hecho merecedor al sistema inquisitivo, de ser considerado como *antigarantista*, que busca alcanzar una verdad “real” o “material”; esto es, una verdad absoluta y única que existe por fuera del sujeto cognoscente, que puede ser obtenida a través de mecanismos que incluso pueden desbordar las garantías procesales.

Según Ferrajoli (1995, pág. 42), son dos los aspectos del sistema inquisitivo que lo hacen antigarantista: en primer lugar, se encuentra una concepción sustancialista del delito o de la conducta desviada, que no se define exhaustivamente por la ley, sino que se refiere directamente a criterios morales y valorativos para llenar de contenido preceptos v a g o s e indeterminados. Aquí caben por ejemplo las categorías de “reincidente”, “proclive a delinquir”, “peligro para la sociedad”.

En segundo lugar se encuentra el decisionismo procesal o subjetivismo inquisitivo, referido a la falta de bases empíricas que sustenten la responsabilidad. Estas se manifiestan, en primer lugar, en enfatizar la responsabilidad penal de acuerdo a las cualidades personales del autor; y, en segundo lugar, en el convencimiento íntimo del juez como baremo de condena, y por tanto la subjetivización del juicio (Ferrajoli, 1995, pág. 43).

En la medida en que se dan las características antes anunciadas, es correcto afirmar que este modelo judicial supone un ejercicio arbitrario de poder, en donde se vuelve imposible debatir hipótesis contrapuestas y por tanto controlar las sentencias. Un modelo garantista que se preocupe por emplear el derecho procesal penal como una herramienta de respeto de los derechos de los procesados, deberá rechazar estos postulados inquisitivos, en la medida en que dejan al sujeto subyugado al completo arbitrio de la creencia interna del juez, sin posibilidad de enfrentar en franca lid las hipótesis que se plantean en su contra.

Lo cierto es que aun cuando se defienda una postura filosófica sobre la existencia de una verdad real, el proceso penal es un escenario inidóneo para alcanzarla pues está plagado de una serie de limitaciones epistemológicas, o en términos de J.

Allen “rivales de la verdad”⁹ (Allen, 1998). Estas limitaciones pueden ser de dos tipos¹⁰, a saber: por una lado aquellas que recaen sobre el objeto que pretenden conocer (premisas que componen las hipótesis de culpabilidad o inocencia), y, por otro, aquellos inherentes a los medios con los que se conoce.

En cuanto al objeto de conocimiento los límites aparecen desde el momento mismo de seleccionar los hechos que serán parte del juicio, los “hechos jurídicamente relevantes”. Al derecho penal no le interesa la multiplicidad de hechos que componen la realidad sino apenas unos pocos. Principios procesales como el de conducencia o pertinencia, eliminan del debate procesal todos aquellos hechos que no están directamente relacionados con el hecho a probar. Sin embargo, la realidad, por su complejidad, requiere para ser entendida, de todos los hechos tangenciales, incluyendo aquí hechos del pasado de las personas que permiten explicar los hechos analizados, reduciendo el conflicto penal a unos cuantos hechos y circunstancias específicas. Así:

El orden jurídico penal, no sólo en virtud de reglas formales (de procedimiento), sino, principalmente, a través de reglas jurídicas materiales (de Derecho penal sustantivo), recorta el conflicto social que está en la base de todo caso penal, esto es, le pone límites a su estudio, la mayoría de las veces muy estrechos, al extraer de él sólo las notas o elementos que le interesan y expulsar de la investigación a aquellos que no le interesan (Maier, 1999, pág. 855).

En relación a los medios empleados para conocer, también hay importantes limitaciones. La obligación de declarar no es absoluta, de ella quedan eximidos en primer lugar el imputado (que es el protagonista del proceso), y algunas personas cercanas tanto en lo afectivo, como en lo profesional (familiares, el abogado, el cura, entre otros) (art. 24-2 CE). Igualmente se consagran causales de recusación o inhibición tanto para jueces como para peritos (título III LECrim).

⁹ Para este autor el mayor rival de la verdad es el escepticismo -como corriente filosófica-, sin embargo este no es el espacio para abarcar con mayor profundidad las discusiones entre las distintas escuelas del pensamiento sobre la verdad, aunque se adoptará una postura más escéptica, no tanto de la verdad como del proceso penal; es decir, si es posible conocer la verdad no lo es a través del proceso penal, esta idea se ampliará más adelante.

¹⁰ Esta es la clasificación que propone Maier (1999, pág. 855) y que consideramos adecuada aunque con algunas anotaciones que indicaremos en el texto.

Sobre el método de obtención de prueba, hay también una compleja regulación en virtud de otros derechos fundamentales como la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, o el secreto de las comunicaciones. Las pruebas no pueden obtenerse de cualquier forma, y tampoco pueden ser incorporadas si no cumplen con unas formalidades, hay reglas y oportunidades procesales, que una vez precluidas impiden el ingreso de elementos de conocimiento al proceso¹¹.

Es por lo anterior que la búsqueda de la verdad objetiva no es y no puede ser el objetivo principal del proceso penal. Un sistema penal encaminado exclusivamente a la consecución de este fin, será ineficiente y, además, antigarantista. Una búsqueda de la verdad (como único fin) puede llevar a desconocer las más básicas garantías del procesado, muchas de las cuales están establecidas expresamente para protegerlo de esa búsqueda.

Pretender que en el proceso penal se alcance una verdad objetiva es epistemológicamente desacertado, esto debido a que el resultado del proceso será una sentencia emitida por un juez y es por lo tanto una decisión. Ahora, podemos examinar cómo se toma esa decisión, pero en todo caso no podemos desconocer que esa decisión no es enteramente racional, sino que es la combinación de una multiplicidad de factores que inevitablemente escapan al control racional.

Es necesario tener en cuenta que en la decisión de un juez convergen ideas, preferencias y creencias¹², como por ejemplo, los prejuicios que se tienen sobre los individuos, la necesidad de conservar su trabajo, ideologías políticas, entre otras. Estas creencias convergen además con hábitos y restricciones sociales, y con otros factores no racionales pero que pueden ser igualmente influyentes, como el deseo de reconocimiento, el sentido del deber, el amor o el miedo¹³.

Hasta acá podemos decir que todos esos límites a la verdad tienen justificaciones ideológicas y políticas que son necesarias para garantizar un proceso penal

¹¹ “Un ordenamiento que contenga muchas y significativas reglas de exclusión de los medios de prueba que podrían ser relevantes no se inspira en una concepción racional de la decisión, puesto que impide la incorporación al proceso de pruebas que serían útiles para comprobar de forma racional la verdad de los hechos.” (Taruffo, Andrés Ibáñez, & Candau Pérez, 2009, pág. 21)

¹² Como lo explica Bunge (2002), es cierto que las creencias gobiernan la acción, pero no todas las creencias son creaciones libres, sino que muchas responden a situaciones objetivas o a tendencias ideológicas.

¹³ Dentro de una corriente empirista o meramente racionalista, se tiende a desconocer este tipo de factores que son importantes, pues la cognición y la emoción son interdependientes. (Bunge, 2002)

mínimo, por lo mismo sacrificar la verdad para salvaguardar las garantías es un precio que debemos asumir; por esto es que estos límites de la verdad lejos de ser un impedimento para un correcto funcionamiento del proceso, constituyen los instrumentos para obtener fines más coherentes con un proceso penal mínimo. Las limitaciones encuentran sus fundamentos en valores superiores e intereses más importantes que el de la obtención de la verdad.

1.2 Sistema acusatorio y verdad formal

Del otro extremo del sistema inquisitivo se encuentra el acusatorio, o también conocido en el mundo anglosajón como *adversary system*. La mayor diferencia de este sistema con el inquisitivo, radica en la separación entre quien ostenta el poder de jurisdicción y quien ejerce la acusación¹⁴. De acuerdo con Ferrajoli (1995, pág. 562):

“se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio es una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que le compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según la libre convicción.”

El escenario de este proceso es esencialmente distinto del que se plantean los sistemas, es una construcción mucho más dialéctica en el que la verdad se construye a partir de la formulación de una hipótesis acusatoria y su contraria, y que se soporta con los elementos probatorios que aportan las partes, en donde la decisión la toma un juez ajeno a la construcción de esas hipótesis.

Se proscribire la prueba de oficio, la intervención del juez es mucho más limitada, en lo que concierne a la prueba le corresponde al juez su valoración con base en el principio de libre valoración de la prueba, y se elimina una valoración formal y tasada. Los valores de las pruebas ya no están previamente fijados por el legislador, sino se le permite al juez no dar por probados hechos que estime que

¹⁴ Según Ferrajoli (1995) esta separación es el presupuesto estructural y lógico de todos los demás elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, y es la base de las garantías orgánicas, constituyendo el axioma del *nullum indicium sine accusatione*.

están insuficientemente soportados¹⁵. Este principio supone adoptar una postura epistemológica según la cual, la prueba judicial de los hechos no proporciona resultados absolutamente verdaderos sino sólo probables, lo que en la práctica trae importantes consecuencias en materia de libertad¹⁶.

Las partes se rigen bajo el principio de “igualdad de armas”, que dota de las mismas facultades probatorias tanto a la acusación como a la defensa. Dependiendo del modelo político adoptado, se distribuyen las cargas probatorias de las partes. Un modelo procesal de corte más garantista, traslada la carga de probar a la acusación, de modo que ante la incapacidad de esta de soportar suficientemente su hipótesis, la consecuencia jurídica será el triunfo de la hipótesis contraria, es decir, de la inocencia.

Como veremos más adelante, la distribución de las cargas probatorias obedece no solo a criterios epistemológicos sino también políticos, tanto podríamos atribuir la carga de la prueba a la defensa como a la acusación, dependiendo del contenido y la importancia que se atribuyan a los principios como la presunción de inocencia.

El proceso acusatorio está regido por los principios de oralidad, publicidad e intermediación procesal. A diferencia del escritural inquisitivo, las pruebas deben practicarse ante el juez, quien deberá adquirir un conocimiento directo de las mismas. Al hacerse público permite que el actuar judicial esté controlado, pues el secretismo, al impedir el acceso a la información, obstaculiza igualmente su control.

La práctica del sistema acusatorio actual la ha llevado a ocuparse preferentemente de la disponibilidad de la acción penal traducida en el *plea bargain*, acuerdos o negociaciones entra la acusación y la defensa, en las que esta última acepta la responsabilidad total o parcial a cambio de beneficios penales. Esta práctica ha llevado a la sustitución del enfoque epistemológico del proceso por una sentencia

¹⁵ En un modelo racional el criterio de libre valoración de la prueba se entiende en un sentido negativo, pues permite al juez dar por no probados hechos cuando así lo estime, pero no se le permite dar por probados hechos cuando estos no lo estén. En este sentido ver (Gascón, 2004).

¹⁶ “La libre convicción es, en suma, un *principio metodológico (negativo)* que consiste simplemente en el rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la decisión y que constituye por ello una auténtica *garantía epistemológica* y –en el ámbito penal- también derivadamente, una garantía de libertad.” (Gascón, 2004, pág. 158).

acordada, que obedece más a fines eficientistas de condenas a un menor costo investigativo.

En este proceso la verdad es formal, en el sentido de que es una verdad construida como el resultado del enfrentamiento de hipótesis contrarias, en la que las partes, de forma dialéctica, presentan argumentos y pruebas en contra y a favor de las premisas que soportan sus respectivas teorías del caso. En otras palabras, a las partes corresponde construir en el proceso el sustrato fáctico que servirá de base al razonamiento jurídico.

Este procedimiento no es tampoco infalible. No sólo no escapa a muchos de los problemas epistemológicos referidos anteriormente, sino que le suma otros tantos. El juez está obligado a decidir con base en los escenarios que le planteen las partes; son estas quienes escogen cuál teoría del caso van a defender y qué pruebas presentar para sustentarlas (las pruebas son de las partes hasta que se introducen debidamente en el proceso). De modo que depende de la discreción de una parte el aportar o no una determinada prueba, independientemente de su relevancia epistemológica.

A la subjetividad irreductible del juez es necesario agregar la subjetividad de los medios de prueba. Los testigos son en el sistema acusatorio el medio de prueba por antonomasia, pues permiten optimizar el principio de inmediación judicial de la prueba, sin embargo los testimonios también son falibles. A menudo las personas mienten deliberadamente, las mentiras no son siempre detectables, la información que proporcionan puede no ser confiable, o ser incompleta; la percepción y la memoria son limitadas, y están distorsionadas por intereses y emociones y los testigos pueden ser desorientados por las preguntas que se les formulan (Bunge, 2002, pág. 385). Adicionalmente, el sistema acusatorio fomenta las falsas confesiones o admisiones de responsabilidad¹⁷.

A pesar de estos nada insignificantes problemas, parece más conveniente un sistema acusatorio en el que las partes tengan una igualdad de armas y haya una

¹⁷ Según la organización The Innocence Project, dedicada a litigar en busca de la exoneración de individuos condenados erróneamente, las principales causas que llevan a que el proceso penal termine en una sentencia condenatoria errónea son: la corrupción en la conducta de los agentes del gobierno, así como de los peritos que presentan informes sin estándares científicos, deficientes defensas legales o informantes que reciben incentivos para testificar y las falsas confesiones (The Innocence Project).

clara separación de las funciones de jurisdicción y acusación, y que renuncie al objetivo de encontrar una única verdad, y en cambio opte por proveer un escenario de discusión dialéctica, en el que además se incorpore la presunción de inocencia como garantía de cierre de la discusión.

2. El estándar de prueba en el proceso penal

Ante la incapacidad del proceso de producir certezas¹⁸, y bajo la obligación del juez de dictar una sentencia¹⁹ tenemos que aceptar que una vez finalizado el proceso pueda ocurrir que: se haya acreditado la culpabilidad del imputado, se haya acreditado su inocencia, o que no se consiga aclarar ninguna de las hipótesis controvertidas.

Debe también tenerse presente que, a pesar de la declarada igualdad procesal, las partes en el proceso penal se encuentran en condición de desigualdad. Sin llegar a considerar que el procesado es un pobre desvalido frente a un estado omnipotente con una extraordinaria capacidad investigativa –en muchos casos puede inclusive estarse frente a un imputado mucho más poderoso que el ente investigador-, puede decirse que los llamados intervinientes en el proceso penal, como lo son las víctimas (o acusación particular en España), y el Ministerio público (o Ministerio Fiscal en España) introducen ciertos desbalances en el proceso, que aumentan la fuerza probatoria de la acusación, o en todo caso que refuerzan las hipótesis acusatorias.

Parece más acertado, pues, sostener que las cláusulas que hacen inclinar la balanza a favor del procesado a costa de su contraparte acusadora, no obedecen tanto a la necesidad de lograr una igualdad de armas, sino más bien a reducir el riesgo –

¹⁸ Recordemos que la verdad es un concepto elusivo, porque la información que logra establecerse en el proceso es siempre incompleta, esto es así “no sólo porque las apariencias engañan sino también porque a menudo mentimos deliberadamente. De hecho, las investigaciones establecieron que la mayoría lo hace con cierta frecuencia, a pesar de lo cual pocos somos capaces de detectar las mentiras de los otros (Miller & Stiff, en Bunge, 2002). (...)En casi todos los casos parte de la información, además de incompleta, es indigna de confianza. Es probable que esa información consista en versiones más o menos distorsionadas y mutuamente inconsistentes de los hechos. Dichas versiones son ofrecidas por o arrancadas a individuos (...) que a menudo son incapaces de decir la verdad o no están dispuestos a hacerlo”. (Bunge, 2002, pág. 387)

¹⁹ La prohibición del *non liquet* se encuentra en el art. 11.3 de la LOPJ, según la cual “Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”.

inherente por demás- de cometer un error judicial, traducido concretamente en una falsa condena, o una falsa absolución.

El error judicial es un riesgo inherente al proceso, pues como ya dijimos, el proceso cuenta con una serie de “impurezas procesales o institucionales” (Muñoz Conde, 1998) que hacen del mismo un instrumento inidóneo para encontrar la verdad real²⁰. Es por esto que se dice que “el objetivo principal del derecho penal de averiguar la verdad sobre la comisión de un delito es una premisa contra fáctica” (Laudan, 2011, pág. 59).

Esto, lejos de ser una herejía jurídica, tiene su explicación en parámetros externos a la epistemología que obedecen a distintos fines del proceso. En términos de Laudan podemos decir que, además del fin epistémico del proceso penal²¹, este también busca la protección del acusado, y la realización de valores no epistémicos²².

Sin entrar a analizar de fondo la teoría de los fines del proceso penal, se partirá de una postura según la cual no se desconozca que la verdad es un importante elemento del proceso, pero no es el único y tampoco el principal. Es cierto que una defensa probatoriamente sólida puede servir de freno frente a arbitrariedades judiciales y como muro de contención frente a un ejercicio desmedido del poder punitivo; pero el fin de búsqueda de la verdad es insuficiente para justificar por sí mismo la existencia del proceso penal, de ahí que esta –la búsqueda de la verdad- deba subordinarse a la búsqueda de otros fines.

Entonces el proceso penal tiene fines ulteriores a la verdad, como lo son los valores no epistemológicos, y la protección del procesado. Es claro que para el cumplimiento de estos fines se hace indispensable un mecanismo de cláusulas

²⁰ Según Laudan (2011) en el proceso penal hay tres clases de cláusulas: unas epistemológicas, que están dirigidas a encontrar la verdad (como el principio de contradicción), otras neutrales y otras contra epistémicas. Para saber cómo hacer del proceso penal una maquinaria epistemológica más eficiente, el autor propone el ejercicio de suprimir mentalmente las cláusulas contra epistémicas –incluyendo los valores morales y políticos- y examinar cuáles reglas de evidencia funcionan mejor de esta manera.

²¹ Para Laudan este fin es el preponderante por dos motivos: en primer lugar porque la verdad es un requisito necesario –aunque no suficiente- de la justicia, y en segundo lugar porque la legitimación de los órganos jurisdiccionales está sujeta se ve cuestionada cuando hay un fallo erróneo, tanto porque se absuelva al culpable como que se condene al inocente (Laudan, 2006, pág. 10).

²² Cabe resaltar que el planteamiento del autor está circunscrito a la epistemología jurídica, de la cual, a su juicio, se excluye el estudio de los valores extra epistémicos. (Laudan, 2011).

epistémicas que permitan establecer qué hechos se darán por ciertos y cuáles no, y permitan así sustentar una sentencia coherente bajo los parámetros de la lógica²³.

A esta conclusión puede llegarse si se entiende que el derecho no es una ciencia social, sino más bien una sociotecnología. Su objetivo no es sólo estudiar el mundo, sino que tiene la pretensión de modificarlo ideando “modos racionales de saltar del *ser* al *deber ser*” (Bunge, 2002, pág. 321), aquí el conocimiento es un medio para modificar la realidad y no un fin en sí mismo. En tanto que los científicos trabajan con problemas epistémicos, los tecnólogos enfrentan cuestiones prácticas.

Los valores no epistémicos son preponderantes al fin epistemológico, de esto se sigue que las cláusulas que defienden dichos valores pueden ser legítimas aun cuando no sólo no ayuden a la búsqueda de la verdad, sino que resulten contrarias a ella, por lo que podemos afirmar que adoptar un estándar de prueba determinado es más una decisión política.

Ahora bien, habiendo dicho que el proceso penal tiene implícita la posibilidad de error, se hace luego necesario examinar los costos del mismo para hacerlo coherente con los fines no epistemológicos. Para esto se hace necesario detenerse en el fin procesal de la distribución del error, entendido este como la atribución de las consecuencias desfavorables a una de las partes cuando se esté frente a un escenario de duda.

El estándar de prueba aparece pues como forma de distribución del error, y no es en modo alguno un medio de encontrar la verdad, es la pauta que le dice al juez cómo proceder cuando no se establezca tras el proceso un determinado grado de solidez de la hipótesis acusatoria con base en las pruebas válidamente aportadas. El papel del estándar de prueba (independientemente de cuál sea el que se adopte)²⁴ no es reducir el error, ni aumentar el conocimiento judicial, sino cómo distribuir ese error que ya existe (Laudan, 2006, pág. 28).

²³ “La consistencia lógica se considera universalmente como una condición necesaria de cualquier código legal y cualquier argumento jurídico. Del mismo modo, en las etapas de investigación, litigio y sentencia los juristas hacen un uso más o menos tácito de principios epistemológicos.” (Bunge, 2002, pág. 381).

²⁴ Como veremos a continuación hay varios estándares de prueba y adoptar uno determinado, obedece más a una opción política que dependerá de la decisión legislativa de qué tan dispuesto esté para aceptar falsas sentencias.

Entendemos que una sentencia es falsa cuando se condena a una persona por un hecho que no cometió, o cuando se absuelve a una persona por un hecho que le es penalmente atribuible, aunque la gravedad de las consecuencias de estos dos escenarios no resulten equiparable, siendo mayor en el primer caso²⁵. Para determinar la falsedad de una sentencia debe evaluarse la sentencia judicial, que es lo único susceptible de control por las partes, y no tanto el convencimiento subjetivo del juez.

La falsedad o veracidad de la sentencia obedece a un juicio sobre los enunciados que se hace sobre los hechos, y no sobre estos en sí. Un hecho pudo ocurrir o no, pero de él no se puede decir que es falso o verdadero. Los hechos tampoco pueden enfrentarse entre sí, sino que se enfrentan las hipótesis que de ellos se hace²⁶. Así, como señala Bunge (2002, pág. 338): “En materia legal, no hay nada objetivamente aleatorio en los hechos. Sólo nuestro conocimiento de ellos está más o menos lejos de ser completo y verdadero y por lo tanto es en cierto modo inseguro”.

El contenido de un estándar de prueba –es decir, la respuesta a la pregunta ¿cuándo entender que un hecho ocurrió?- está íntimamente ligado a los modelos que se hagan sobre la valoración de las pruebas pues “el grado de confirmación (de las hipótesis) suministra una guía para la decisión” (Gascón, 2005, pág. 132). Hay pues dos grandes esquemas de valoración racional de las hipótesis que trazan las rutas de los estándares de prueba.

2.1 Probabilidades matemáticas y modelos inductivos

a. Probabilidades matemáticas y modelo bayesiano

Las sustanciales críticas que se formulan a los modelos probabilísticos hacen que resulten inidóneos a la hora de constituir un método confiable de consideración,

²⁵ No vamos a entrar a discutir la ya cuestionable falta de legitimidad que se le hacen al sistema penal, sin embargo parece indiscutible decir que todas las consecuencias jurídicas y fácticas que implica el uso de la pena dentro de un sistema penal, son mucho más ilegítimas e injustificables, cuando se trata de imponer a un inocente. Algunas de las consecuencias jurídicas a tener en cuenta en una sentencia condenatoria se verán enunciadas más adelante en el apartado 2.3.

²⁶ Siempre que nos encontremos en un campo social debemos tener cuidado de distinguir entre los hechos y la forma en la que se perciben. (Bunge, 2002, pág. 330)

sin embargo es necesario remitirnos a él ya que ha ocupado un espacio considerable en la doctrina²⁷, nos referiremos específicamente al modelo bayesiano que es el ejemplo por antonomasia de estos modelos.

Aquí se emplean las probabilidades a los enunciados en lugar de a los sucesos. El teorema de Bayes afirma que se puede medir el impacto que “sobre la probabilidad subjetiva²⁸ previa del hecho que se pretende probar, provoca la introducción de ulteriores elementos de prueba”, permite analizar un suceso con información estadística y no estadística.

“En su formulación más simple, el teorema de BAYES afirma que la probabilidad de un evento H, dado un evento E, puede determinarse en función de la frecuencia estadística con la que dado H se verifica E y de la probabilidad atribuida precedentemente al evento H”. (Gascón, 2004, pág. 165).

Como señala la autora (2004), en cuanto al estándar de prueba se refiere, este modelo permite formular con precisión numérica el grado de probabilidad que debe alcanzar una hipótesis para considerarse como verdadera. Sobre esta base se ha llegado a considerar que un estándar de prueba riguroso, como es el MATDR, es aquel que logra alcanzar una verificación de las hipótesis del 90%, a diferencia del proceso civil en el que rige la probabilidad prevalente, que da por verdadero un hecho cuando este alcanza un grado de confirmación superior al 50%.

Entre las múltiples críticas que se le formulan al teorema de Bayes se encuentran las que señalan que este sobrevalora la probabilidad inicial y minusvalora el peso de los elementos probatorios de forma injustificada en el resultado de la probabilidad final. Asimismo, resulta difícil y arbitrario para el juzgador, cuantificar su valoración subjetiva previa, así como determinar las frecuencias estadísticas de los elementos de prueba (Gascón, 2004, págs. 166-167).

Aquellos estándares de prueba que se valen de argumentos probabilísticos y numéricos, deben ser rechazados de plano, así como a todos los “juicios por matemática” (Tillers 1991, cit. en Bunge, 2002, pág. 387). Esto debido a que la

²⁷ Para un análisis más completo sobre las diferentes escuelas del modelo matemático o estadístico ver: (Gascón, 2004).

²⁸ La probabilidad subjetiva es aquella que “indica el grado de creencia personal de un *factfinder* racional sobre el acaecimiento de un suceso incierto” *Ibíd.* pág. 163.

probabilidad debe ser evitada en términos legales “porque sólo mide la susceptibilidad de que se produzcan sucesos azarosos (...). Las proposiciones pueden ser más o menos plausibles o verdaderas (juzgadas a la luz del conocimiento existente) y más o menos verdaderas (en relación con la evidencia), no más o menos probables” (...). “La teoría de la probabilidad sólo puede ayudar a manejar sucesos azarosos, y el delito no es uno de ellos” (Ibíd. 38).

Parece pues más pertinente afirmar que cuando en el razonamiento judicial de análisis de pruebas, se incorporan probabilidades²⁹, lejos de estar fortaleciendo la argumentación judicial se está cubriendo con un manto de aparente racionalidad a la subjetividad. Trasladar el discurso científico al campo del derecho bajo una falsa creencia de que de esta manera se logra legitimar su discurso³⁰, lo que se hace es deslegitimar más el resultado del proceso y por tanto el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales.

Atribuir a un enunciado una probabilidad de 0 a 1, es no sólo más arbitrario, sino también más difícil de controlar, puesto que eleva a un plano pseudocientífico la argumentación, en la que difícilmente podrán las partes encontrarse en un mismo plano discursivo.

b. Modelos inductivos

A estos modelos se contraponen los inductivos, que parten de la base de los esquemas de confirmación, según los cuales la probabilidad de una hipótesis, en términos de lógica inductiva³¹, depende del apoyo que le prestan las pruebas disponibles que la soportan, a la luz de las reglas causales. Los estándares de

²⁹ Las probabilidades pueden resultar muy útiles cuando recaen sobre pruebas científicas referidas a hechos naturales, como la prueba de ADN, pero son objetables cuando se refieren a preposiciones sobre los hechos.

³⁰ Esto puede entenderse con el estudio de la historia de la ciencia que en el siglo XVIII consideraba como válido, el conocimiento adquirido a través del método científico y descalificaba las otras ramas del conocimiento que no se valieran del mismo.

³¹ Como señala Ferrajoli, de los principios de *nulle poena et nulle culpa sine iudicio* y *nullum iudicium sine probatione* se deriva un modelo teórico y normativo del proceso como proceso de cognición o comprobación, donde la determinación de un hecho configurado por la ley como delito tiene un procedimiento probatorio de tipo inductivo que excluye gradualmente valoraciones y admite predominantemente, aserciones o negaciones, de hecho o de derecho, de las que sean predicables la verdad o la falsedad procesal. La jurisdicción está motivada por aserciones supuestas verdaderas y no sólo por prescripciones, no es meramente potestativa y ni siquiera discrecional, sino que está vinculada a la aplicación de la ley a los hechos juzgados (Ferrajoli, 1995, pág. 34). Esto constituye una concepción cognoscitivista de la jurisdicción, por oposición a un esquema epistemológico convencionalista.

prueba basados en este esquema no establecen numéricamente un grado de probabilidad, sino que introduce criterios para determinar cuándo se dará un hecho como probado³² (Gascón, 2005, pág. 134).

Siguiendo el modelo propuesto por L. J. Cohen, la probabilidad obedece a un curso causal, no es una cualidad azarosa; se apoya en su conexión lógica con las pruebas que lo soportan, y mide el agrado de apoyo a la hipótesis. Para ello utiliza un concepto inductivo de probabilidad, entendida esta última como demostrable. De esta forma se subsana una de las mayores críticas a los esquemas estadísticos, según la cual las matemáticas son incapaces de dar cuentas de casos singulares (Gascón, 2004, pág. 175). Una hipótesis se tendrá por verdadera cuando alcance un determinado grado de confirmación, y simultáneamente cumpla con el requisito de la no refutación.

En cuanto al grado de confirmación, cabe decir que en el proceso hay por definición dos o más hipótesis contrapuestas, la que propone la acusación en su teoría del caso y la que plantea la defensa; inclusive si esta última mantiene una actitud pasiva en el proceso, en virtud del principio de *in dubio pro reo* y la carga de la prueba por parte de la acusación, se atribuirá a la defensa al menos la hipótesis de no H (siendo H la hipótesis acusatoria)³³.

Según Gascón (2004, pág. 179):

[...] una hipótesis *h* es confirmada por su prueba *p* cuando entre ambas exista un nexo causal o lógico, según la cual la existencia de *p* de conformidad con las reglas de la lógica, la sana crítica y las máximas de experiencia, pueda llegarse a la conclusión de *h*, aun cuando esta conclusión sea apenas probable o creíble, a la luz de los conocimientos disponibles.

³² La valoración judicial de los hechos se caracteriza por ser de tipo inductivo, y se diferencia con otros conocimientos de esta misma forma, por su carácter ideográfico e institucionalizado (Gascón, 2004, pág. 115 y ss.); sin embargo en el razonamiento judicial intervienen inferencias de tipo deductivo y práctico aunque sobre distintas preposiciones. Un análisis más detallado sobre los silogismos judiciales y criterios de verdad, en: (Ferrajoli, 1995, pág. 54y ss.).

³³ En este sentido dice Ferrajoli que “La *prueba* empírica de los hechos penalmente relevantes no es en realidad una actividad solamente cognoscitiva, sino que siempre forma la conclusión más o menos probable de un procedimiento inductivo cuya aceptación es a su vez un acto práctico que expresa un poder de elección respecto de hipótesis explicativas alternativas.” (Ferrajoli, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 1995, pág. 39).

Siguiendo a esta autora, la probabilidad inductiva de una hipótesis se evalúa teniendo en cuenta cuatro criterios³⁴:

- *El fundamento cognoscitivo y grado de probabilidad de las máximas de experiencia.* Dado que se refieren a generalizaciones, sólo podrán plantearse en términos de probabilidad, de modo que entre mayor probable sea una máxima de experiencia en términos relacionales de hipótesis a consecuencia, mayor será el grado de probabilidad de una hipótesis.
- *La calidad epistemológica de las pruebas que confirman la hipótesis influye en el grado de confirmación de las mismas.* Esto se refiere a la capacidad de una prueba de llevar a una conclusión. Un razonamiento deductivo es epistemológicamente más sólido que uno inductivo, pues el nexo que hay entre las premisas en el primer caso es de necesidad; en cambio en el segundo hay una relación de probabilidad. Igualmente se tiene que el resultado de una prueba directa tiene mayor calidad epistemológica que el de una prueba indirecta o indiciaria³⁵.
- *El número de pasos inferenciales que componen la cadena de confirmación, es decir, el número de premisas que llevan desde la formulación de la hipótesis, de las pruebas que la confirman, “la probabilidad de una hipótesis es menor cuanto mayor sea el número de pasos que componen el procedimiento probatorio que conduce a su confirmación” (Ibíd.).*
- *La cantidad y variedad de pruebas que soportan una hipótesis será directamente proporcional al grado de confirmación de dicha hipótesis.* Es posible que una misma prueba confirme varias hipótesis, y su grado de probabilidad aumentará si se excluyen otras hipótesis posibles a través de otros elementos de prueba, o disminuirá si se incluyen otras posibles hipótesis posibles.

Ahora bien, en cuanto al criterio de no refutación, podemos decir la credibilidad de una hipótesis aumentará sobre otras, cuando además de ser soportada por las

³⁴ Para nuestro objeto de estudio, estos elementos analíticos son de gran importancia y a su vez de mucho cuidado, ya que cuando se está en un proceso en el que se discute una causal de exclusión de responsabilidad penal, puede perderse el foco de qué es lo que se está probando, y desplazar el problema probatorio a un escenario de existencia del hecho y no a su posible falta de antijuridicidad, esto se desarrollará en el apartado 4.

³⁵ Esto fundamenta la importancia del principio de intermediación procesal contenido en los artículos 8, 16 y 379 del CPP.

pruebas, esté mejor soportada que las demás hipótesis posibles. Según la versión de coherencia normativa, MacCormick (1980), la hipótesis no debe ser refutada por ninguno de los datos probatorios, en virtud de los principios explicativos de actuar racional e intencional humano.

Este criterio parece demasiado exigente, debido a que no es cierto, por un lado, que las pruebas tengan una coherencia narrativa (como vimos, los testigos olvidan, tienen distintas percepciones de la realidad, las pruebas se interpretan de diversas formas), y, por otro, las personas no actúan siempre de un modo coherente, racional e intencional³⁶. De modo que este criterio es apenas gradual, una hipótesis será más creíble que otras, si está más sólidamente soportada en las pruebas aportadas, y menos contradicha por estas, en comparación con las demás hipótesis analizadas.

Estas pautas son aplicables a la valoración de las hipótesis que se refieren a los hechos, es decir, aquellas del tipo fáctico que soporten la acusación (por ejemplo: A murió por un impacto de arma de fuego; B poseía un arma de fuego; etc.). No obstante, como expone Bunge, el razonamiento legal es en apariencia más complicado que el científico, por referirse a hechos sociales más que naturales, implica valores y normas además de los enunciados e inferencias fácticas.

Incluso cuando se vale del razonamiento científico, al analizar hechos, mezcla la verdad fáctica con la validez lógica; “[c]ombina datos (posiblemente) verdaderos con inferencias (razonablemente) válidas” y por ello “son empíricamente verificables de la misma forma que las reglas tecnológicas, a saber, por su eficiencia o bien por su compatibilidad con la moralidad dominante” (Bunge, 2002, pág. 384).

En este sentido, dice Ferrajoli que, además del silogismo inductivo –que se refiere a la valoración de prueba como acabamos de ver- presente en el razonamiento judicial, también hay un silogismo deductivo y un último práctico. Por un lado el silogismo deductivo que se refiere a la interpretación de la norma penal aplicable al caso mediante la subsunción de un hecho en ella; y el silogismo práctico es la disposición judicial que concluye con la imposición –o no- de la consecuencia jurídica³⁷.

³⁶ Para ver algunas críticas a la praxeología y en particular a la teoría de la acción racional ver: (Bunge, 2002)

³⁷ Los tres silogismos pueden ilustrarse así:

El proceso de verificación jurídica de los presupuestos legales de la pena tampoco es cierto y objetivo –aun cuando emplee el método deductivo–, ya que además del proceso de reconocimiento de las normas, supone una elección entre hipótesis interpretativas alternativas, cuyo grado de indeterminación depende de la concreción con la que estén formulados los preceptos penales.

c. Epistemología y garantismo

El modelo garantista propuesto por Ferrajoli parte de la base de altas exigencias en términos de los principios, en primer lugar, de *estricta legalidad*, dirigido al legislador y según el cual a este le corresponde elaborar los tipos penales de la forma más concreta y precisa, hasta donde lo permitan las inflexiones lingüísticas y las exigencias de indagación fáctica. En segundo lugar, el principio de *mera legalidad*, dirigido a los jueces como derivación del anterior, que prescribe a estos la aplicación taxativa de las normas penales. Cuando falta el primer postulado, se abren espacios de poder y discrecionalidad judicial (Ferrajoli, 1995).

No obstante hay normas cuyo sustrato indeterminado constituye su misma naturaleza. En lo que se refiere a las causales que excluyen la responsabilidad penal nos encontramos con preceptos como: alteración grave de la conciencia de la realidad (art. 20 n°3 CP Esp), grave peligro (apartado 1 n°4), necesidad racional (apartado 2), provocación suficiente (apartado 3), injusta agresión actual inminente (art. 32 n°6 CPCol), o peligro actual (n°7).

Estos términos son valorativos, y su extensión es, en principio, indeterminable³⁸, ya que expresa actitudes más que propiedades objetivas y por tanto, no son, en principio, verificables ni refutables, sino argumentables con referencia a otros valores (Ferrajoli, 1995, pág. 117). La verificabilidad jurídica está condicionada a la semántica del lenguaje común, y es por ello que se han dado enormes esfuerzos por delimitar estos conceptos y hacer más preciso el alcance de la expresión (Ferrajoli, 1995, pág. 120).

-
- X provocó la muerte de Y (silogismo inductivo al que se llega luego del análisis de las pruebas)
 - Provocar la muerte de otro es un acto constitutivo de homicidio (silogismo deductivo en el que los hechos se adecuan a las descripciones típicas)
 - X es responsable del homicidio de Y y por lo tanto le corresponde la pena A (se atribuyen las consecuencias jurídicas previstas).

³⁸ Indeterminable se refiere a la posibilidad *a priori* de atribuirle un alcance extensivo a la definición, por oposición a lo indeterminado cuando “su intensión no permite determinar su extensión con relativa certidumbre” (Ferrajoli, 1995, pág. 120).

Ahora bien, hay preceptos que suponen un grado aún mayor de indeterminabilidad, y son aquellos que se refieren a las actitudes internas del sujeto, como lo son el dolo, la culpa³⁹, o sentimientos de “miedo insuperable” (art.

32 n°9 CPCol), error de tipo (n°10). En sentido estricto, sólo las acciones externas son connotables⁴⁰ de manera precisa y denotables taxativamente como elementos constitutivos del delito.

Esa vaguedad es subsanada por el juez a través del poder de denotación jurídica o interpretación penal (cuando se refiere a la aplicación o no de normas indeterminadas), o poder judicial de denotación fáctica (cuando la indeterminación recae sobre el hecho) (1995, pág. 127).

Lo cierto es que a la ya limitada capacidad epistemológica del proceso penal, hay que ampliarle el sustrato irreductible de indeterminación que suponen los eventos en los que hay una causal de exclusión de la responsabilidad penal, cuando los mismos contienen disposiciones indeterminables, y por tanto irrefutables. Como se verá en el capítulo 4, se hará necesario acudir a criterios extra epistémicos para armonizar estos casos con un sistema garantista.

2.2 Más allá de toda duda razonable (MATDR)

El estándar de prueba de convencimiento MATDR cuenta con un amplio consenso legislativo. Es el adoptado en Colombia (art. 371 CPP)⁴¹ y en España (art. 741.1 LECrim), –es por esto que nuestro objeto de estudio se circunscribe dentro del ámbito de este estándar- además de contar con apoyo en normas de carácter internacional⁴². A pesar de ello, su falta de concreción conceptual es evidente. Está frecuentemente descrita en términos vagos e imprecisos, lo que la convierte en una

³⁹ Conceptos además imprescindibles para la estructura de todo el derecho penal, en virtud del principio de culpabilidad art. 21 CPCol y art. 5 CPEsp.

⁴⁰ Adoptados la terminología empleada por Ferrajoli en cuanto se refiere a la denotación () y connotación () (Ferrajoli, 1995, pág. 127).

⁴¹ “Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”.

⁴² Inc. 3 del Art. 66 del estatuto de la CPI que contiene la presunción de inocencia: “(p)ara dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable”. Este ha sido también el criterio seguido por el TEDH en sentencias como: Çolak and Filizer v. Turquía (32578/96 y 32579/96); TEDH (GS), Sentencia. de. 13.12.2012 –39630/09 (El-Masri v. la antigua República de Yugoslavia de Macedonia).

fórmula vacía de contenido y una puerta a la arbitrariedad y al decisionismo judicial.

Sea lo primero decir que el estándar de prueba es una regla de valoración de las pruebas practicadas, y como tal se circunscribe al ámbito de las reglas de juicio, y no al de las reglas probatorias⁴³. La distinción entre regla de tratamiento y regla de juicio, ampliamente aceptada por la doctrina, será examinada en el capítulo siguiente. Baste por ahora decir que, en su vertiente de tratamiento, es un derecho subjetivo del imputado de ser tratado como inocente durante el proceso, y como regla de juicio se refiere al conjunto de reglas probatorias que deben cumplirse para poder llegar a una sentencia condenatoria.

La valoración de una prueba en un sentido, no determina la decisión a adoptar, es necesario contrastar con el estándar de prueba el grado de confirmación alcanzado (Ferrér Beltrán, en Vásquez, 2013, pág. 28). Según el MATDR al procesado sólo podrá condenársele una vez que el juez, luego de practicadas las pruebas y celebrado el juicio, conforme a las normas establecidas, alcance un convencimiento más allá de toda duda razonable sobre todos los elementos que componen la responsabilidad penal.

a. Algunas definiciones

No es muy claro cuándo una duda es razonable, o cuándo puede el juez quedar convencido de la ocurrencia de un hecho. Al respecto la doctrina anglosajona⁴⁴ se ha valido de cualquier número de interpretaciones, en su mayoría subjetivas, o morales⁴⁵, ver rápidamente su evolución nos dará un panorama de a qué nos enfrentamos⁴⁶.

⁴³ Este tema se desarrollará con mayor atención en el capítulo 3, y hace referencia a los distintos niveles en los que puede operar la presunción de inocencia, sea esta entendida como regla probatoria o como regla de juicio, -distinción ampliamente aceptada por la doctrina-. Baste por ahora decir que en su vertiente de tratamiento, es un derecho subjetivo del imputado de ser tratado como inocente durante el proceso, y como regla de juicio se refiere al conjunto de reglas probatorias que deben cumplirse para poder llegar a una sentencia condenatoria.

⁴⁴ El MATRD adquirió estatus constitucional en Estados Unidos luego de fallo *in re Winship* 397 U.S. 358 (1970), en donde la Corte Suprema de Estados Unidos establece que para que la responsabilidad penal pueda ser imputada legítimamente, cada elemento del delito (*offense*) debe ser probado *beyond any reasonable doubt* (*BARD*).

⁴⁵ Morales en el sentido de oponerse a lo científico, bajo la concepción de que una convicción absoluta es imposible de alcanzar (Laudan, 2011, pág. 128).

⁴⁶ Esta síntesis es tomada de (Laudan, 2011, pág. 127 y ss.).

Primero se dijo (Laudan, 2011, pág. 31) que para saber cuándo una duda es razonable, hay que compararla con las decisiones importantes de la vida de los ciudadanos comunes. Así como las personas sólo toman las decisiones principales de su vida una vez que están convencidos, sólo se podrá condenar cuando se tenga esta confianza. Presupone que las personas son prudentes y dirigen sus acciones cuando confían seriamente en unas creencias. Este criterio que además está lleno de calificativos difíciles de determinar, es insuficiente porque no es extraño que se tomen las decisiones más importantes aun cuando no se esté convencido.

Se asimiló también el MATDR a una convicción perdurable de culpabilidad (Laudan, 2011, pág. 137). Se refiere a aquel estado del proceso que luego de la comparación y la consideración completas de toda la evidencia, deja en la mente de los jurados un convencimiento del que no se arrepentirán. Esto pudiera decir algo si los jurados después de proferir su decisión pudieran esperar para comprobar que el convencimiento es perdurable y, así no revocar su decisión.

También se ha tratado de definir en términos de probabilidad, y esto es lo que ha ocurrido también en el sistema continental, y se ha definido que el estándar más exigente es el que a través de cálculos estadísticos, logre arrojar una alta probabilidad real que sustente las hipótesis (ibíd. pág. 150).

Las probabilidades se mueven entre 0,0 y 1,0, siendo 1,0 la certeza absoluta. Como ya vimos la certeza absoluta no se pretende alcanzar, pero sirve como referente en esta postura para graduar el conocimiento al que se llega, de conformidad con esto, el juez deberá condenar cuando encuentre que las hipótesis que soportan la culpabilidad sea de 0,9⁴⁷.

Como última postura desarrollada en el sistema anglosajón, se encuentra la de no explicar por parte de los jueces a los jurados, lo que significa una duda razonable, puesto que es algo tan claro que toda la gente del común debe saber qué significa. Por más insólito que esto resulte, esta ha sido implícitamente la postura asumida

⁴⁷ Las críticas de los modelos matemáticos y estadísticos quedaron expuestas en el apartado anterior.

por los tribunales colombianos que no se han dado a la tarea de explicar en qué consiste el MATDR que se incorporó con la Ley 906 de 2004⁴⁸.

b. El MATDR en Colombia

En el art. 7 del CPCol, que consagra la presunción de inocencia, se dice que:

Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. (Cursiva fuera del texto)

Al respecto de este artículo es importante hacer tres aclaraciones, en primer lugar la duda aquí referida es una duda cualificada, por eso vemos que el art. 372 del CPP dice que el fin de la prueba es: “llevar al conocimiento del juez, más allá de duda *razonable*, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”. Calificar de razonable a la duda, exige que la hipótesis de culpabilidad, sea derrotable por hipótesis alternativas con fundamento objetivo y no meramente valorativo.

En segundo lugar, y con base en la interpretación que de este artículo ha hecho la jurisprudencia colombiana, se considera que la presunción de inocencia es un principio macro de nivel constitucional⁴⁹ que contiene a su vez los subprincipios de la carga probatoria en cabeza de la Fiscalía, el *in dubio pro reo*, y el estándar de

⁴⁸ En la legislación anterior se hacía referencia a la certeza, de esta manera decía el código: art. 22 Ley 600 de 2000: “No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”.

⁴⁹ Art. 29 de la CN: “(...) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

prueba de MATDR⁵⁰. Estos subprincipios tampoco se encuentran claramente delimitados por la jurisprudencia ni por la doctrina colombiana, y suelen utilizarse indistintamente. Un claro ejemplo de esto queda reflejado en el siguiente apartado:

Ha indicado así mismo que por virtud del principio de presunción de inocencia el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia. Por el contrario, este postulado 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 hasta el fallo o veredicto definitivo sobre la responsabilidad. Exige esta garantía para ser desvirtuada, la convicción o certeza, mas [sic] allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la responsabilidad del acusado. Esto es así, porque ante la duda sobre la autoría o participación en el hecho y sobre la responsabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado (C-416, 2002).

Por último, pero de gran trascendencia, está el hecho de considerar que el estándar de prueba debe alcanzarse frente a todos los “hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”, es decir, todos los elementos que compongan la responsabilidad penal deberán ser tasados con el mismo estándar de prueba.

Ahora bien, la Corte Constitucional colombiana parte de decir que el fin del proceso penal en un Estado social de derecho, como es el caso del modelo constitucional colombiano, es la determinación de la responsabilidad penal individual MATDR. Para ello se dispone una serie de actos jurídicos y presupuestos (ver por todas (C-828, 2010)), sin embargo no desconoce que hay otros fines que también se persiguen, como los derechos de las víctimas, por un lado, y la protección de las garantías del imputado, por otro. El estándar de prueba

⁵⁰ “El principio de presunción de inocencia está consagrado en el constitucionalismo colombiano como un derecho fundamental con arraigo expreso en la Constitución y el derecho internacional, del que se derivan importantes garantías para la persona sometida a proceso penal, como son: (i) Nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la responsabilidad mediante proceso legal, fuera de toda duda razonable, (ii) La carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación; (iii) El trato a las personas bajo investigación por un delito, debe ser acorde con este principio” (C-121, 2012).

es una de estas últimas, y la consecuencia de no alcanzar dicho estándar no puede ser otra que la absolución, así lo dice la Corte Constitucional (C-060, 2008):

(...) [P]ueden existir diversas situaciones en las que se cuente a cabalidad con prueba suficiente sobre los elementos objetivos del tipo penal, sin que se reúnan, en cambio, las exigentes condiciones que son necesarias, particularmente en cuanto a la responsabilidad penal, para poder proferir sentencia condenatoria (art. 7º Ley 906 de 2004), siendo necesario entonces emitir un fallo absolutorio.⁵¹

c. El MATDR en España

En cuanto al caso español, la CE en el art. 24-2 contiene, entre otras garantías judiciales, la presunción de inocencia así:

Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

Este principio es en el ordenamiento jurídico español, un derecho reconocido y aceptado como “uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal” (SSTC 138, 1992). Este es entendido por la jurisprudencia constitucional española bien como *regla de tratamiento*, según la cual se presume inocente a quien no ha sido declarado culpable tras un proceso judicial, o bien como *regla de juicio*, que exige que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (STC 185, 2014).

El estándar de MATDR debe su desarrollo a la jurisprudencia, ya que de su redacción legal difícilmente puede desprenderse la exigencia de un determinado estándar de prueba⁵². Así, el art. 741.1 LECr dice que “el tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la

⁵¹ En igual sentido se pronuncia la CSJ en sentencia 40246 del 28 de noviembre de 2012. MPÁG. José Luis Barceló Camacho.

⁵² Esta es la postura de autores como (Ferrer Beltrán, 2007).

acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado por esta Ley”.

Sin embargo, ha sido en el desarrollo del principio de presunción de inocencia, que establece la jurisprudencia que, para que pueda dictarse una sentencia condenatoria, es requisito *sine qua non* que el órgano jurisdiccional alcance un convencimiento superior a la duda razonable⁵³. En este sentido dice el Tribunal que: “el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones” (SSTC 124, 2001).

Con todo, no hay tampoco una interpretación clara del contenido del estándar de prueba, por el contrario, la redacción del citado art. 741.1 ha favorecido más criterios subjetivos o “morales” –en el sentido antes empleado- que la delimitación objetiva de lo que en realidad requiere el MATDR, y en general, cualquier estándar de prueba que se vaya a adoptar.

En medio de un afán científico y racional, hay que tener en cuenta que la epistemología no está en capacidad de formular estándares de prueba⁵⁴, y aunque nos permite determinar el grado de probabilidad de que una hipótesis sobre unos hechos sea verdadera, nada nos dice sobre el punto que debe alcanzar esa probabilidad para ser aceptada. Esto último se decide mediante criterios de reparto del riesgo del error que pertenecen a ámbitos valorativos como el de la política y la moral (Stein, A. en Vásquez, 2013, p.30).

Es de resaltar, en todo caso, que los ordenamientos jurídicos anteriormente citados, coinciden en establecer para los respectivos procesos penales, un estándar de prueba superior al requerido para los procesos civiles, cual es el de la probabilidad prevalente (*preponderance evidence*)⁵⁵; y a esto subyace la idea común de que en el proceso penal se discuten asuntos de mayor transcendencia que en el civil, como

⁵³ Algunos ejemplos se pueden ver en: (STC 81/1998, de 2 de abril; Sentencia 133/2014, de 22 de julio de 2014)

⁵⁴ En palabras de Bunge “Y algunos códigos penales requieren la pena de muerte cuando “existe la probabilidad de que el acusado haya cometido actos criminales de violencia”, como si dicha “probabilidad” (en realidad, una mera plausibilidad intuitiva) pudiera medirse o calcularse. Así, a veces la libertad y hasta la vida dependen de epistemologías que no tendrían posibilidad alguna en la ciencia, la ingeniería o las ciencias de la administración. (Bunge, 2002, pág. 381).

⁵⁵ Una hipótesis se dará por cierta cuando sea más probable su ocurrencia a su no ocurrencia.

lo puede ser la vida –para el caso estadounidense- o la libertad del imputado; idea que se comparte y que será objeto del siguiente apartado.

Garantía procesal y cláusula cuasi epistémica

Un estándar de prueba es el baremo que permite decir cuándo una hipótesis será considerada como verdadera y cuándo será considerada como falsa, pero, como hemos dicho anteriormente, no sirve en sí misma para determinar el grado de apoyo con que cuenta una hipótesis o, en otras palabras, no sirve para encontrar la verdad⁵⁶.

Así como el estándar de prueba, los principios de presunción de inocencia, o el beneficio de la duda, tampoco cumplen una función de búsqueda de la verdad, por lo que no se les puede considerar como cláusulas epistémicas del proceso penal. Tampoco puede decirse de ellas que impidan o limiten la función epistémica – como es el caso de las pruebas ilícitas, el beneficio de no declarar contra sí mismo o por razones de parentesco o profesión, la prohibición de reformar en perjuicio, entre otras-, son entonces cláusulas epistémicamente neutras, o cuasi epistémicas.

La función de las cláusulas cuasi epistémicas es distribuir el error que se pueda cometer con una sentencia, atendiendo a los valores subyacentes del proceso penal, todos ellos, en el actual estado de cosas, están direccionados en el sentido de privilegiar las falsas absoluciones sobre las falsas condenas, entendiendo que el coste de condenar a un inocente es mucho mayor que el de absolver un culpable.

⁵⁶ Es importante destacar que la teoría del estándar de prueba ha tenido su mayor desarrollo en la doctrina anglosajona –lo que explica las constantes referencias que en el texto se hace de doctrina y jurisprudencia de Estados Unidos-, esto se debe a que allí hay un jurado lego que decide sobre las cuestiones de fácticas y un juez letrado que vela por las cuestiones jurídicas del proceso, entre las que se cuenta la de instruir al jurado sobre el grado de convencimiento al que debe llegar para proferir un fallo de culpabilidad. Este esfuerzo instructivo ha puesto de presente las enormes dificultades que existen en la definición de un estándar de prueba, y dejan al descubierto la ligereza con la que se usa este concepto. En España ya está ocurriendo cosa similar, desde la entrada en vigencia de la LOTJ, ya que como lo expone Mercedes Fernández, “a tenor de su art. 54.3, el Magistrado-Presidente deberá informar a los jurados acerca de que cualquier duda sobre la prueba surgida tras la deliberación ha de resolverse de la forma más favorable al acusado. Puesto que debe tratarse de dudas razonables, el Magistrado-Presidente puede verse en la obligación de explicar a los jurados el significado y la importancia de las mismas” **Fuente especificada no válida..**

Este estándar puede ser más o menos estricto dependiendo de qué tan dispuesta esté una sociedad de condenar a los individuos, aún a costa del sacrificio de inocentes. En este sentido dice Laudan que:

(l)a razón de ser de un estándar de prueba estricto –la *única* razón para un estándar de prueba estricto- es la de proteger al inocente frente a una condena errónea. (Los estándares de prueba estrictos de ningún modo pueden reducir los errores de juicio; sólo los desplazar a favor de los acusados –sean culpables o inocentes-)⁵⁷ (Laudan, 2011, pág. 210).

Este autor propone una distinción sobre la que es necesario pronunciarse. Según Laudan, es incorrecto pensar en la presunción de inocencia (toda persona se presume inocente hasta que no se declare judicialmente culpable), como si al pronunciar el veredicto de alguna forma se crearan los hechos del crimen, de ser eso cierto –según el autor- no tendría sentido hablar de errores judiciales pues hablar de una falsa absolución, implica que hay un verdadero culpable.

Solemos señalar que existe un error cuando se produce la condena de un “inocente” o la absolución de un “culpable”. El hacer esta distinción implica la atribución *a priori* de responsabilidad penal a un sujeto. Esta distinción la hace el autor en términos de responsabilidad *material* y responsabilidad *probatoria*, y entiende que, en términos estrictos, una persona inocente es aquella que no cometió el crimen, independientemente de lo que diga su sentencia (Laudan, 2011, pág. 12).

Esta distinción que puede ser de mucha ayuda a la hora de abordar problemas epistémicos en el proceso, olvida que el derecho penal se vale de la dicotomía de inocente y culpable. No es que el proceso cree los hechos, como lo señala el autor, sino que construye unas realidades a partir de un lenguaje propio –también construido- que implica la imposición de etiquetas sobre la responsabilidad penal de los individuos. En la realidad encontramos hechos, y personas que intervienen

⁵⁷ Para Laudan (2011) el proceso penal tiene tres fines: reducir el error (evitar al máximo posible condenar inocentes y absolver culpables), distribuir el error que es inevitable (acá ubica el estándar de prueba), y otros fines no epistemológicos que son sobretodo políticos y morales. Si bien este pensamiento parece incompleto por reducir injustificadamente otros fines, como la resolución de conflictos, o la materialización del derecho sustancial, y agruparlos arbitraria y asistemáticamente; tampoco parece acertado decir que la distribución del error sea autónomamente uno de los objetivos del proceso, sino que este obedece a varios de los criterios que quedan dentro de la categoría de valores no epistémicos.

en ellos, la denominación de inocente o culpable no es un hecho sino una construcción.

Ahora, no ocurre, como sugiere Laudan, que en consecuencia no pueda hablarse de errores judiciales. Estos se presentan cuando las hipótesis de hecho o de derecho, no se correspondan con los hechos mismos, y por tanto se atribuye a una persona un hecho que no ocurrió como se propone, o un hecho que sí ocurrió se atribuye a un sujeto ajeno al mismo.

En ordenamientos jurídicos con tendencias garantistas, hay mucha menos libertad para escoger un determinado estándar de prueba en los procesos penales, pues el análisis de la distribución del error no se puede reducir a un cálculo econométrico⁵⁸, sino que tiene que atenderse a una serie de garantías y derechos constitucionales, que son en todo caso, decisiones políticas previas sobre las que se edifica la sociedad y se construyen las instituciones⁵⁹.

Ahora bien, podría decirse que la estipulación de las normas penales obedece a una función que ha de ser tomada en cuenta al momento de imponer una sanción; aparecen aquí las teorías de los fines de la pena⁶⁰. Podemos acordar entonces que el juez debe por un lado materializar los fines de la pena, y por otro lado proteger los derechos individuales a que tiene derecho el acusado.

Sin embargo, cuando el análisis se encuadra dentro de la protección de bienes jurídicos –en términos de prevención-, y la protección de derechos subjetivos concretos del procesado, estos últimos deberán prevalecer sobre los bienes que son “meramente apetecibles” por la sociedad. La adopción de un estándar de prueba exigente, es un reflejo de la importancia que tienen los derechos individuales sobre

⁵⁸ Así lo propone la teoría Laplace-Nozick, según la cual en virtud del contrato social al estado le corresponde minimizar dentro de los límites de sus posibilidades el resultado de la sumatoria de la probabilidad de que una persona inocente sea condenada por error más la probabilidad de que una persona pueda llegar a ser víctima de un delito. Entendiendo que estas son las únicas variables a analizar por ser las obligaciones del estado frente al delito (Laudan, 2011, pág. 252).

⁵⁹ En atención a los errores de adjudicación en que pueden incurrir los jueces, en tanto son personas, y por ello falibles, dice Dworkin (1984, pág. 208) que aun cuando seamos conscientes de esos errores “debemos auspiciar técnicas de adjudicación de las que quepa esperar que reduzcan globalmente el número de errores, basándose en algún juicio de las capacidades relativas de los hombres y mujeres que podrían ocupar los diferentes roles”.

⁶⁰ Como lo plantea una teoría unificadora de los fines de la pena, como la propuesta por Roxin, se tiene que al momento de la imposición de una pena en la imposición de la pena, se debe atender a las necesidades preventivas especiales y generales (Roxin, 1997) (Art. 4 CPCol).

los generales, en un determinado modelo de estado (Dworkin, 1984). Es por esto que entenderemos que el objetivo de las reglas de juicio, y particularmente el estándar de prueba MATDR, no es otro que el de evitar condenas erróneas.

A partir de lo anterior, no cabe más que rechazar los planteamientos que introducen criterios de ponderación entre el alcanzar un estándar necesario para una condena, y el de obedecer a criterios preventivos. La inobservancia del MATDR no puede conducir más que a una sentencia absolutoria, y el juez no puede convertirse en un funcionario al servicio de alcanzar los fines político- criminales desconociendo las garantías fundamentales.

Dentro de las críticas que suscita el MATDR se encuentra una que es necesario analizar con mayor detenimiento. Esta se refiere a lo problemático que resulta su homogenización para todos los delitos. Como señala Laudan, cuando el MATDR fue introducido en el contexto estadounidense para los delitos graves se establecía la misma pena: la pena de muerte. Por esta razón –dice el autor- tenía sentido que hubiera pronunciamientos tan acertados sobre la preferencia de absolver a un culpable que condenar a un inocente, pues las consecuencias de la condena serían imposibles de deshacer.

El principio de proporcionalidad de la pena conforme al delito, la abolición de la pena de muerte en muchos casos y otras reformas legislativas que han cambiado el panorama antes descrito, llevan al autor a sugerir que se abandone el empleo de un único estándar de prueba para todos los delitos, o “de talla única” (Laudan, 2011, pág. 183), y que en cambio, se deje los estándares más exigentes –como el caso del MATDR- para los delitos que comporten penas más graves (ibíd. 181 y ss.).

Algunas consecuencias de la sentencia condenatoria

Es cierto que la pena de muerte se encuentra proscrita en España y en Colombia, pero eso no debe ser un argumento para facilitar el acceso a las sentencias condenatorias. No debe dejar de recordarse que la pena de prisión, pena por antonomasia de los sistemas penales mencionados, acarrea necesariamente

consecuencias nefastas. Implica la pérdida de un largo catálogo de derechos –no sólo el de la libertad- y en muchos casos generar daños irreparables⁶¹.

Recientemente se incorporó en España la prisión permanente revisable (art. 33 del CP Esp), y en Colombia las sentencias de pena de prisión son considerablemente extensas, estableciéndose como límite máximo 60 años (para los eventos de concurso. Inc. 2, art. 31 CPCol). Inclusive cuando la pena impuesta no sea comparativamente alta, deben considerarse los efectos perjudiciales de los antecedentes judiciales, y del impacto social negativo de pasar por un proceso penal. En Colombia los antecedentes penales son públicos, por lo que no procede su cancelación. En España en cambio hay una serie de reglas y plazos para cancelar el registro de los antecedentes (Larrauri, 2015).

Sin profundizar sobre todas las consecuencias negativas que acarrea para los sujetos condenados su contacto con el sistema penal –lo cual excede el objeto de estudio-, en ningún caso deben menospreciarse sus efectos y, por tanto, hasta a las penas que puedan ser menos gravosas les corresponde un trato procesal con las mismas garantías y en consecuencia, con un exigente estándar de prueba.

3. Carga de la prueba en el proceso penal

Partimos de la base de que el proceso penal es un requisito *sine qua non* para la declaración de culpabilidad⁶² de un individuo, y la posterior imposición de una pena o medida de seguridad (*nulla poena sine iudice*). En esta medida aceptamos que el proceso penal es una técnica destinada a proteger a los individuos del abuso del poder estatal.

Ahora bien, a través del proceso penal se constituyen diversas situaciones jurídicas⁶³ entre quienes en él intervienen con relación al objeto del proceso, a saber, la determinación de la culpabilidad del procesado. Esas relaciones, además,

⁶¹ En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional T-153 de 1998 y más recientemente la T-388 del 2013, las cuales declaran el estado de cosas inconstitucional en las prisiones colombianas.

⁶² Como señala Maier (1999), es el fin de la declaratoria de culpabilidad lo que explica la existencia del proceso penal, toda vez que la declaratoria judicial de inocencia es por lo menos innecesaria porque es esta la condición inicial de las personas.

⁶³ Esta es la forma en la que Goldschmidt entiende el proceso penal, y rechaza la teoría del proceso como una relación jurídica abstracta (Goldschmidt, 1961).

están cruzadas por una serie de principios y normas que modifican la forma en la que estas situaciones se constituyen.

En el presente trabajo nos limitaremos a ver la situación jurídica en la que se encuentra el procesado en relación a la prueba cuando su teoría del caso incluye una causa de justificación. Para lo cual será necesario acudir a algunos conceptos procesales a partir de los cuales estableceremos la dinámica del proceso penal.

En su esquema básico, dentro de un proceso hay, por lo menos dos pretensiones enfrentadas⁶⁴: por un lado la pretensión de la declaratoria de culpabilidad y por el otro la declaratoria de no culpabilidad⁶⁵. Cada parte pretende que la sentencia le sea favorable a sus pretensiones, esto es, tiene una *expectativa* de éxito.

La obtención de una sentencia favorable, depende de la realización de varios actos de la parte interesada⁶⁶, por ejemplo: actuar dentro de los términos legales, invocar excepciones, solicitar pruebas, interponer recursos, etc.; todos estos constituyen actos cuyas omisiones llevan a la negación de las pretensiones, bien sea esto una consecuencia necesaria o contingente según la distribución de las cargas, como lo veremos más adelante.

Es posible que una parte tenga *ocasión de oportunidad*, esto es, se encuentre en situación de proporcionarse, mediante un acto, una ventaja procesal (Goldschmidt, 1961, pág. 77), o también que tenga una necesidad de actuar para evitar una desventaja procesal. Cuando esta necesidad de actuar busca evitar una desventaja a la parte a quien le correspondería actuar, y sólo a ella, estamos frente a una *carga*

⁶⁴ En la medida en que hay intervinientes adicionales en el proceso penal pueden existir más pretensiones, como el del ministerio público, o la de la parte civil. Sin entrar en detalles sobre las funciones de cada uno de ellos, nos concentraremos en las dos partes principales del proceso penal, el acusado y el ministerio fiscal.

⁶⁵ El proceso penal anglosajón es más acertado en cuanto a la terminología empleada en el veredicto, esta puede ser de *guilty* o *non guilty*, pero no de *innocent*.

⁶⁶ Un acto procesal puede provenir de las partes o del juez, y son aquellos que constituyen, modifican o extinguen las expectativas, posibilidades o cargas procesales, o la dispensación de las mismas. A su vez los actos de partes pueden ser de dos tipos: de obtención, o en sentido estricto, son aquellos que tienen como fin inmediato el de llevar un hecho a evidencia (a estos actos pertenecen las solicitudes y aportaciones de prueba); y los actos de causación, que se definen por su opuesto; son todos aquellos actos de parte que no son de obtención (Goldschmidt, 1961, pág. 79 y ss.).

procesal que, por lo tanto, es un “imperativo de propio interés”⁶⁷. En principio, a cada parte le corresponde probar aquello que alega (art. 167 CPC).

Por diversos motivos, la ley puede eximir de una carga a una de las partes, lo que significa que de omitir un acto puede no obtener las desventajas procesales. Estas excepciones, junto con las expectativas de una sentencia favorable, y la posibilidad u ocasión de actuar para obtener una ventaja procesal, constituyen los derechos procesales. Los derechos o las cargas procesales, a diferencia de los materiales, dependen de la evidencia, especialmente de la prueba de un hecho.

Las categorías de “chances” o derechos en el sentido procesal, representan situaciones jurídicas, es decir, el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial esperada.

“El concepto de la situación jurídica forma la síntesis de la consideración abstracta, supuesto procesal, y de la concreta, supuesto material (...): reduce a un común denominador la exigencia abstracta del ciudadano, de que el Estado administra justicia, y la concreta del titular, de que el Estado le otorgue protección jurídica mediante sentencia favorable (Goldschmidt, 1961, pág. 32)”.

Una carga procesal, a su vez, puede dividirse atendiendo a varios criterios. En primer lugar, referida a sus consecuencias, la carga puede ser perfecta o menos perfecta. Si la omisión de la carga lleva necesariamente a la consecuencia jurídica que se pretendía evitar, la carga es perfecta; si la consecuencia negativa no es necesaria, sino contingente por su omisión, la carga es menos perfecta.

A su vez, la carga puede ser formal o material, atendiendo a las partes a quienes se imponga la carga. Será formal (o distribución de la carga de la prueba) aquella que exige al juez de las pruebas de oficio y distribuye las cargas de probar entre las partes del procedimiento. De otro lado, la carga será material (o regla de juicio)⁶⁸, si obedece al interés de la parte de que un hecho quede acreditado en orden a evitar una posible consecuencia negativa. Esta última se dirige a la distribución de la

⁶⁷ Esto es lo que diferencia la carga de los deberes, estos últimos son “imperativos de intereses ajenos”, puesto que las consecuencias jurídicas negativas de omitir un acto no recaen exclusivamente en quien se beneficiaría de ellos. (Goldschmidt, 1961, pág. 77)

⁶⁸ La terminología de regla de juicio para la carga de la prueba material, y de distribución de carga de la prueba, para la carga formal, se adopta, entre otros por: (Fernández López, 2005).

prueba entre las partes y, dado su carácter contingente, se acerca a la carga menos perfecta. (Ibíd. pág. 35).

Debido a que para que pueda haber una responsabilidad penal deberán quedar acreditados todos los extremos que componen la acusación y, en la medida en que para fijar un hecho en un proceso, deberá probarse, cobra una significativa importancia saber qué y a quién le corresponde probar. En relación con los actos de parte que impliquen la carga de la prueba, estos pueden ser de tres tipos: está en primer lugar la carga de alegar, la de producir pruebas y la carga de persuasión.

La carga de alegar se refiere a aquella que corresponde a una parte para que la pretensión, bien sea jurídica o fáctica, sea considerada para su inclusión en un litigio⁶⁹ y la carga se agota en la manifestación de dicho supuesto. La importancia de la carga de alegar, radica en que la parte que se podría ver beneficiada con el hecho que alega, puede ser acaso la única que lo conoce.

En la medida en que la prueba de muchas de las causales de exclusión de responsabilidad tienen un componente enteramente subjetivo, corresponde únicamente a la defensa la carga de alegar la existencia de dicho supuesto. Esto no supone una inversión de la carga de la prueba susceptible de lesionar la presunción de inocencia, sino que equivale al mínimo impulso de la defensa para ingresar una hipótesis en el debate probatorio posterior, que permitirá encauzar el proceso. Diremos pues, que la carga de alegar corresponde a quien pide un cambio en el *statu quo*.

La carga de producción de pruebas se equipara a la carga de la prueba en su sentido material, y hace alusión a la exigencia que tiene una parte determinada de fijar un hecho concreto a través del aporte de pruebas, so pena de asumir para sí las consecuencias negativas de no haber acreditado el hecho. Esto corresponde a la etapa procesal de la solicitud de pruebas⁷⁰.

⁶⁹ Hay quien sostiene que la carga de la prueba sobre las causales que excluyen la responsabilidad penal corresponde a la defensa únicamente en lo que respecta a la carga de alegar, sin embargo esta parece una salida demasiado simple que en el fondo no resuelve los problemas prácticos. Esta postura es defendida por (Cuerda Riezu, 2014).

⁷⁰ Para ver un análisis más detallado de la proposición de pruebas en el proceso penal, su determinación procesal, y las facultades probatorias del Tribunal Enjuiciador ver: (Fernández López, 2005, pág. Capítulo IV)

En una muy estrecha relación se encuentra la carga de persuasión, que equivaldría al estándar de prueba. Una vez practicadas las pruebas⁷¹ y establecida la base fáctica, se establece qué regla de decisión deberá atenderse para considerar un hecho como verdadero y a qué parte corresponde asumir el costo de no alcanzar dicha regla dentro de un marco de probabilidad. El presente estudio tiene por objeto la carga de persuasión únicamente al momento de emitir una sentencia⁷².

Estos actos se producen en momentos diferentes, en atención a la etapa del proceso en la que nos encontremos. Sin embargo, en atención a los efectos, la carga de producción no es más que un desarrollo de la carga de persuasión: si aceptamos que las consecuencias negativas de no haber acreditado un hecho (negación de una consecuencia jurídica) corresponden a una parte determinada (p.e. a la acusación), por no haber acreditado el supuesto de hecho que soporta dicha consecuencia jurídica, entonces tendremos que aceptar que la carga de la prueba corresponde a esa parte⁷³.

En algunos casos la parte a quien corresponde la prueba de un hecho se encuentra en imposibilidad de acceder a medios probatorios idóneos y por tanto de acreditar un hecho, es en estos casos que se comenzaron a flexibilizar las cargas, atribuyéndoselas a aquellas que estuvieran en mejores condiciones de acreditar un hecho. Esto es lo que se conoce como la carga dinámica de la prueba, y se aplica en los eventos en los que hay una desigualdad procesal en la que una de las partes está en mayor facilidad de aportar prueba de un hecho determinante en el proceso.

⁷¹ Puede entenderse que la carga de producción implica no sólo el solicitar al juez el decreto de la prueba sino además su práctica.

⁷² A lo largo del proceso, y en el entendido en que este es dinámico, se van estableciendo diferentes cargas tanto de producción como de persuasión que atienden a finalidades diferentes. Por ello es posible que dentro de un mismo proceso se acepten diferentes estándares de prueba dependiendo de la etapa procesal en la que nos ubiquemos, y del fin que se pretenda conseguir. Por ejemplo en España según el art. 503 LECr, para decretar una prisión provisional es necesario que: “aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”; corresponde al juez de instrucción acordar la apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado, el art. 790.6 de la LECr. siempre que no existan indicios racionales. de criminalidad contra el acusado, so pena de decretar el sobreseimiento. En el caso colombiano, corresponde al juez de control de garantías decretar la medida de sólo si “de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda *inferir razonablemente* que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga (art. 308 CPP); en cuanto a la suspensión y cancelación de registros, el art. 101 del CPP apenas exige que haya motivos fundados.

⁷³ Por esto se dice que “la carga de persuasión determina el significado de la carga de producción”(R. Allen, en Carmen, pág. 42)

Además de la mejor posición para probar, las cargas de la prueba pueden ser modificadas por el legislador a través de las presunciones. Como veremos más adelante, estas son disposiciones legales mediante las cuales se dispensa a una parte de probar algo que de otra forma tendría que probar, asumiendo las consecuencias negativas de no hacerlo.

Hasta ahora tenemos que en el proceso existe una categoría jurídica que ubica a una parte en posición de probar un hecho, bien porque esté en mejor posición, o porque es el que tiene interés en hacerlo, o porque hay una cláusula legal que se lo exija; en todo caso se deberá tener en cuenta que es a esa parte, y sólo a ella, a la que le corresponderá asumir las consecuencias desfavorables de omitir la carga.

No discutiremos acá que en virtud del derecho de defensa el acusado puede ejercer un papel más activo presentando pruebas que no sólo desacrediten las de la acusación, sino también que soporten las de su hipótesis, toda vez que no es este el escenario que nos interesa, sino que buscamos responder a las hipótesis de duda en las que la defensa no desempeña un papel activo y por tanto es necesario remitirnos a las cargas de la prueba.

Estas últimas pueden ajustarse dependiendo de los fines que se quieran perseguir en un proceso penal, y atendiendo a los principios rectores del derecho procesal penal. Esas cargas pueden ser de producción de pruebas o de persuasión, siendo la primera un desarrollo de la segunda. Advertimos que los eventos de las eximentes de responsabilidad penal, suponen un análisis particular dentro de la carga de la prueba, que supondrá reformular algunos presupuestos probatorios.

3.1 Carga de la prueba y presunción de inocencia

Si bien nuestro tema se refiere al estándar de prueba frente a las causales de exclusión de responsabilidad penal, nos hemos detenido para analizar la carga de la prueba en el proceso penal. Como lo señalamos anteriormente, la carga de producción de prueba o carga de la prueba, es un desarrollo de la carga de persuasión o estándar de prueba. Por ello, si queremos ajustar el estándar de prueba, debemos devolvernó para examinar la carga de producción.

Hemos dicho que la carga de la prueba puede alterarse a través de disposiciones legales para obtener un resultado que consideremos más favorable, o para

salvaguardar derechos subjetivos como es el caso del derecho penal, que introduce presunciones atendiendo a fines extra epistémicos, es el caso de la presunción de inocencia en sus diversas acepciones.

Ahora bien, la presunción de inocencia se ha entendido, por un lado, como regla de tratamiento del imputado. En este sentido es un derecho subjetivo del que se desprende que el acusado deba ser tratado a lo largo de todo el proceso como inocente, esto tiene importantes efectos en la prohibición de penas anticipadas y la imposición de medidas preventivas⁷⁴.

Pero, de otro lado, la presunción de inocencia también tiene efectos directos en la prueba, y en este sentido puede entenderse en su función de regla probatoria y también como regla de juicio. La primera es la que indica las reglas que deben seguirse en un procedimiento probatorio y las características de los medios de prueba que puedan soportar una acusación.

Como regla probatoria, se establece que corresponde a la acusación presentar pruebas⁷⁵ de los hechos que sustenten su pretensión de condena, incluidos todos los extremos de la acusación, es decir, debe demostrar la existencia de una acción típica, antijurídica y culpable, incluyendo la relación causal, los aspectos objetivos y subjetivos y, por supuesto, las agravantes, además de la plena identificación del acusado y su relación con el hecho. En principio la existencia de este derecho subjetivo nos lleva a decir que la carga de producción de la prueba está en cabeza de la acusación.

Como regla de juicio se indica al juez cómo proceder en los casos en los que luego de la práctica de las pruebas, se encuentra en duda frente a la ocurrencia de un hecho, de modo que la hipótesis tanto puede ser cierta como puede ser falsa. Este problema particular de la duda se reconduce al principio del *in dubio pro reo*, sin

⁷⁴ Un acertado análisis sobre el conflicto entre presunción de inocencia como regla de tratamiento, y el uso de la prisión preventiva se puede ver en: (Andrés Ibañez, 1996).

⁷⁵ Un desarrollo ulterior de este derecho exige además que las pruebas estén estrictamente sujetas a la legalidad, excluyendo de pleno derecho aquellas que violen derechos fundamentales (Fernández López, 2005, pág. 150).

embargo lo seguiremos tratando como presunción de inocencia por no haber una distinción sustancial entre ambos términos⁷⁶.

Prima facie la presunción de inocencia indica al juez que, cuando los hechos constitutivos de la acusación no resulten probados *más allá de toda duda razonable*, o no lo suficientemente, el juez debe negar la pretensión y, en consecuencia, absolver. Esto con independencia de la actividad desplegada por la defensa, quien, como hemos dicho, puede asumir una actitud pasiva o activa.

Esto nos conduce a decir que, en tanto que corresponda a la acusación fijar los hechos que soporten su hipótesis, independientemente de la actuación de la defensa, la carga de producción corresponde a esta primera y exime a la última, pues la inocencia es ya el punto de partida y la hipótesis a desvirtuar. Esto incluye no sólo los hechos que componen el tipo penal, sino también los que componen las agravantes.

Un amplio sector de la doctrina coincide en decir que no hay una distribución de la carga de la prueba en el proceso penal, toda vez que esta queda limitada por la presunción de inocencia, la cual es un límite infranqueable para una distribución de la carga de producción en donde sea que esta no recaiga enteramente en la acusación (Cafferata Nores, 1988; Asencio Mellado, 1989).

Si bien pesa sobre la acusación la carga de demostrar los elementos que soporten su acusación MATDR, hay eventos en los cuales el acusado se ve en la situación jurídica de aportar las pruebas para obtener una ventaja procesal. Este es el caso de la materialización de la duda razonable. Así, tomando las palabras de Allen, podemos decir que: “la afirmación de que la acusación debe probar los elementos del delito más allá de toda duda razonable y la afirmación de que el acusado debe mostrar que hay una duda razonable, son equivalentes” (Allen, en Carmen, pág. 47).

Reiteramos que es compatible con la presunción de inocencia que un acusado ejerza una defensa pasiva y que su papel sea el de desacreditar la hipótesis

⁷⁶ Como lo señala Fernández López, los conceptos de presunción de inocencia (en su variante de regla de juicio) e *in dubio pro reo*, son en realidad dos expresiones distintas que cumplen la misma función cual es resolver los casos de duda. En España la razón de diferenciar estos términos responde a una necesidad práctica de los jueces de responder cuestiones prácticas, especialmente en lo que se refiere al uso del recurso de casación (Fernández López, 2005, pág. 187 y ss.)

acusatoria⁷⁷, para de esta forma obtener una sentencia absolutoria. En otras palabras: la ausencia de actividad probatoria por parte de la defensa no implica como consecuencia necesaria una sentencia condenatoria.

Sin embargo puede ocurrir que la hipótesis acusatoria esté suficientemente acreditada y todos los extremos que la componen sean probatoriamente sólidos. La acusación consigue identificar plenamente al acusado, atribuirle un hecho típico, antijurídico y culpable, e inclusive lograr demostrar algunos agravantes. Ahora bien, puede que la defensa opte por alegar una causa de exclusión de responsabilidad, por ejemplo una legítima defensa.

En estos eventos es posible hablar de una carga de la prueba en cabeza de la defensa, como veremos más adelante, sin que ello implique necesariamente una violación a la presunción de inocencia y sin que se constituya como una prueba diabólica en su contra. En cambio, es una consecuencia de aplicar la carga dinámica de la prueba a los efectos de introducir una duda razonable para desvirtuar la hipótesis acusatoria⁷⁸.

3.2 ¿Cuáles hechos deben probarse en el proceso penal?

Hemos referido numerosas veces que el proceso requiere que se fijen unos hechos sobre los cuales se decidirá la responsabilidad penal de una persona. Esto se hace a través de las pruebas que se logren allegar al proceso; la calidad, la cantidad, diversidad y su respectiva capacidad persuasiva hacen que sea epistémicamente válido calificar el enunciado sobre un hecho como verdadero o falso.

También hemos dicho que a toda persona que hace parte de un proceso penal se le atribuye la calificación jurídica de no culpable del hecho que se le imputa. Dado que la condición de partida es esta, corresponde en principio a la acusación fijar los hechos que desvirtúen la presunción de inocencia; que el acusado, aun cuando no ejerciendo un papel activo dentro del proceso, presenta una hipótesis de negación de la teoría del caso de la acusación.

⁷⁷ Un ejemplo concreto es el caso de O.J Simpson. En este sentido ver (Dershowitz, 1997).

⁷⁸ Todo esto será explicado con más detalle en el capítulo 4.

Desde el fallo *In Re Winship*, la Suprema Corte de Estados Unidos sentó el precedente de que cada elemento del delito⁷⁹ debe ser probado más allá de toda duda razonable⁸⁰. Lo que nos interesa ahora es ver cómo el estándar de prueba MATDR funciona de forma distributiva sobre unos elementos del delito, y corresponderá ahora determinar cuáles son esos elementos del delito que deben ser probados MATDR para que pueda al final, declararse la responsabilidad penal.

Es casi un lugar común afirmar que “todos los extremos de la acusación” deben ser probados MATDR, pero el amplio desarrollo de la teoría general del delito exige que esta afirmación sea observada con mucho mayor cuidado, y evitar que todos los elementos que componen la acusación sean tratados de la misma forma, desatendiendo a las particularidades que tienen.

a. Hechos a acreditar en el proceso penal

Empecemos pues por identificar los diferentes tipos de hechos que se pueden acreditar en un proceso penal siguiendo a la teoría general del proceso, que son los hechos constitutivos, los hechos modificativos y los hechos impeditivos. Están, en primer lugar, los hechos constitutivos que son aquellos que componen la pretensión punitiva en su sentido más estricto; son los relativos a las circunstancias objetivas y subjetivas del delito, y por esto dependen de la redacción de cada tipo penal. También comprenden las agravantes de la responsabilidad.

Los hechos constitutivos pueden ser a su vez hechos subjetivos u objetivos. La importancia de esta diferenciación, radica en las distinciones probatorias en uno u otro caso y que tienen una incidencia directa en la valoración judicial de la prueba. La concurrencia de ambos es necesaria para la configuración del delito, sin elemento subjetivo –o lo que es lo mismo, sin su prueba- nos encontramos frente a una responsabilidad objetiva, proscrita en el ámbito penal, y sin el elemento objetivo nos quedamos en el fuero interno del sujeto lo cual en principio no concierne al derecho penal.

Los hechos objetivos son aquellos que conforman la conducta típica y que se manifiestan a partir de conductas u omisiones expresadas a partir de verbos. En la

⁷⁹ La Sentencia se refiere a las *offence* que para el derecho estadounidense recoge los delitos y las faltas (*crimes and misdemeanors*).

⁸⁰ Este aspecto quedó abordado con mayor profundidad en el capítulo 2.

medida en que estos hechos existen sobre una realidad material, el conocimiento de estos hechos puede ser directo –no por el juez por supuesto, sino por terceros que podrán constituirse como testigos- y su prueba podrá requerir un menor esfuerzo interpretativo.

Por su parte, los hechos subjetivos, son aquellos que vinculan psicológicamente a un sujeto con un hecho, se refieren al ámbito interno de la personal. Los aspectos subjetivos no se circunscriben a una única categoría dogmática, sino que están presentes en toda la estructura del delito. Son de vital importancia en la composición del tipo subjetivo al estructurar el dolo o la culpa y todas las variables que de estos se deriven.

Hay ciertos tipos penales que en su formulación legal introducen elementos subjetivos especiales, como el hurto: el que se apodere de cosa mueble ajena *con el ánimo de...* No son menos importantes en las categorías de la antijuridicidad, donde son determinantes para establecer la existencia de causales de justificación y en la categoría de la culpabilidad permiten la formulación de causales de exculpación.

Ahora bien, la prueba del elemento subjetivo es más complicada de abordar por dos aspectos: el primero es que supone un reto probatorio mucho mayor que los hechos objetivos por su naturaleza⁸¹; el segundo es que a quien se le atribuye ese esfuerzo probatorio depende de la categoría jurídica en la que se encuentre el hecho subjetivo, en otras palabras, la carga de la prueba del hecho subjetivo depende de la categoría dogmática en la que este se ubique.

La prueba de los hechos internos ha supuesto la discusión de si estos son o no hechos en la medida en que no tienen un reflejo externo directo⁸², sin embargo en la medida en que el fuero interno no es un campo impenetrable, y que sobre ellos

⁸¹ Como lo apunta Bunge, las acciones u omisiones intencionales, tienen presupuestos ontológicos, epistemológicos y morales tácitos, y son un objeto legítimo de reflexión filosófica (Bunge, 2002, pág. 330).

⁸² Tal y como lo expone Fernández López (2005, pág. 59) la discusión ha llegado a entender que en lugar de hechos subjetivos, nos encontramos con juicios de valor o de inferencia, y que por lo tanto el problema no es tanto fáctico, sino normativo. En España la discusión ha sido abordada por la jurisprudencia; el T.S. por ejemplo considera que los hechos internos no son objeto de prueba y por lo tanto se excluyen del derecho a la presunción de inocencia. Manifiesta la autora que como “(c)onsecuencia de esta teoría jurisprudencial resulta la inaplicación en la práctica del derecho a la presunción de inocencia a los delitos imprudentes, en la medida en que en ellos se discute el elemento subjetivo del injusto, no las circunstancias objetivas, acerca de las cuales no suele haber conflicto” (Ibíd. pág. 60).

pueden hacerse juicios que permitan fijar hechos en el proceso, se entiende que a su vez lo son, o en gracia de discusión, al menos en un sentido procesal.

La dificultad radica en que, como dice Bunge:

“(L)os científicos sociales –a diferencia de los psicólogos- no tiene un acceso directo a las intenciones: sólo pueden observar los resultados objetivos de acciones deliberadas. No cabe duda de que pueden imputar intenciones, expectativas y cosas por el estilo a los individuos. Pero estas atribuciones son riesgosas, aun cuando en principio sean verificables y compatibles con la psicología experimental” (Bunge, pág. 23).

Los hechos subjetivos se fijan a través de indicios, lo cual hace más difuso el nexo causal entre la prueba indiciaria y el hecho indicado. El caso es que su dificultad probatoria no impide su prueba, y mucho menos puede interpretarse como una presunción de culpabilidad, sino que a partir de los hechos externos es que se pueden inferir los hechos subjetivos.

La prueba de los hechos subjetivos del tipo corresponde, en principio, a la acusación⁸³, y el estándar de prueba que deben alcanzar estos hechos es el del MATDR, de lo cual se desprende que la consecuencia jurídica de la falta de prueba de un hecho constitutivo es la absolución del acusado. Para los casos en los que la falta de prueba sea sobre las causales agravantes, la consecuencia será la exclusión de la agravante y la aplicación del tipo simple. Se entiende que la prueba de los hechos objetivos y subjetivos supone la prueba de la identificación plena del individuo y la atribución del tipo a este.

En segundo lugar, se encuentran los hechos impeditivos, que son aquellos que mediante la negación de uno de los hechos constitutivos busca evitar que la pretensión acusatoria prospere. Que sean una negación significa que la afirmación de su existencia implica una relación disyuntiva con la hipótesis acusatoria, por esto es que constituyen una categoría autónoma de hechos impeditivos, y no meras negaciones.

⁸³ Los casos de blanqueo de capitales son un claro ejemplo de cómo se ha venido invirtiendo la carga de la prueba para los hechos constitutivos de algunos delitos. En este caso es el acusado quien debe probar la licitud del origen de su patrimonio.

Se entiende que la pretensión acusatoria no prosperará cuando alguno de los elementos de la naturaleza o esencia del delito estén ausentes o insuficientemente soportados. Dentro de los hechos impeditivos se encuentran las causales que excluyen la responsabilidad penal, como las causales de justificación y las de exculpación. Dado que este tema, su naturaleza y su prueba serán el objeto del capítulo 4 no nos extenderemos más en este respecto.

Hay otro tipo de hechos que se oponen a la pretensión acusatoria pero cuya entidad no es suficiente para excluir la responsabilidad penal sino que alteran el alcance y contenido de la pretensión. Estos son los hechos modificativos, y se incluye en este conjunto las causales de disminución de responsabilidad penal o atenuantes⁸⁴, se incluyen también las eximentes incompletas o atenuantes calificadas (Fernández López, pág. 70).

Por último se encuentran los hechos extintivos que no están dirigidos a controvertir los hechos constitutivos, sino que buscan terminar la relación jurídica y por tanto dejar sin efectos la pretensión acusatoria. Es el caso de la prescripción de la acción penal, la indemnización a la víctima o la cosa juzgada.

Según lo anteriormente expuesto tenemos que, hay por un lado una hipótesis acusatoria que se fundamenta en los hechos constitutivos del delito, y otra absolutoria, integrada por los demás hechos, bien sean impeditivos o modificativos. En la medida en que el punto de partida es la inocencia, se entenderá que en principio la carga de la prueba de los hechos constitutivos recae sobre la acusación, pero el caso de las eximentes –que es el que nos ocupa- merece un análisis más detallado.

3.3 Carga de la prueba como regla de juicio en el proceso penal colombiano y español

En España el juicio oral tiene un carácter tendencialmente acusatorio, a diferencia de la fase de investigación que se rige por un principio inquisitivo (arts. 299 y ss. LECrim.). Esto supone la vigencia de principios como el de aportación de parte, según el cual corresponde a las mismas aportar los hechos y sus respectivas pruebas, al respecto dice el art. 728 de la LECrim “no podrán practicarse otras

⁸⁴ Las agravantes como vimos anteriormente están integradas al objeto de la pretensión punitiva por lo que no pertenecen al conjunto de hechos modificativos, como sí es el caso de las atenuantes.

diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas”.

Sin embargo, dentro de los principios rectores del proceso penal español, se encuentra la presunción de inocencia, cuyo contenido tiene expreso reconocimiento constitucional⁸⁵, y legal⁸⁶. Sobre su alcance han dicho la jurisprudencia y la doctrina que la presunción de inocencia puede entenderse de tres formas: como principio informador del proceso penal⁸⁷, como regla de tratamiento del imputado⁸⁸, y finalmente, el que nos compete, como regla probatoria.

El art. 729.2 LECrim introduce la facultad al órgano judicial de ordenar la práctica de todos los medios probatorios que requiera en orden a esclarecer los hechos. La interpretación de este artículo, le ha dado el carácter de excepcional a la facultad judicial de ordenar pruebas de oficio. Estas sólo pueden realizarse ante la inactividad probatoria de las partes y sobre hechos que no afecten el núcleo de la acusación, es decir, “todas las circunstancias fácticas que no modifiquen la pretensión, formulada en los términos señalados, pueden ser apreciadas de oficio” (Fernández López, 2005, pág. 338).

Tanto el TS como el TC han fijado los requisitos que debe tener la prueba penal para poder sustentar una sentencia de cargo, esta es la prueba

“encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (sobre todo, las que se consideren agravantes) por una parte, y por la otra la participación

⁸⁵ Art. 24-2 CE: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la *presunción de inocencia*.” (Cursiva fuera del texto). Está además contenido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el art. 11.1, en el art. 14.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como en el art. 6.2 del Convenio para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; instrumentos todos estos ratificados por España.

⁸⁶ Art. 70-2 LECrim. “Asimismo, si el veredicto fuese de culpabilidad, la sentencia concretará la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia.”

⁸⁷ Según el cual la presunción de inocencia es un derecho que se reconoce a todo acusado en un proceso penal que busca limitar la actuación del Estado. (Fernández López, pág. 119). En conc. STC 111/1999.

⁸⁸ Esta vertiente corresponde al derecho subjetivo que obliga al estado a tratar al procesado como un inocente; esta regla tiene significativas consecuencias en lo que se refiere a las medidas cautelares y especialmente a la prisión preventiva. Al respecto ver (Andrés Ibañez, 1996).

del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad.” (STC 33/2000).

Hay una posición jurisprudencial bastante consolidada acerca de que, en principio, la carga de la prueba⁸⁹ recae sobre la acusación, en el sentido de que esta debe suministrar los fundamentos que acrediten todos los extremos del delito. Su prueba, además, debe servir para fundamentar un convencimiento MATDR⁹⁰, de modo que la consecuencia jurídica, para los casos de duda judicial, se resuelve a favor de la acusación.

No se discute que la duda sobre la existencia de alguno de los hechos que soportan la acusación lleve a negar la pretensión a la que los mismos sirven de base⁹¹, sin embargo no resulta tan pacífico el contenido de esa duda –como lo vimos en el capítulo 2- ni tampoco el alcance que tiene la falta de actividad probatoria cuando la duda versa sobre los supuestos de descargo.

Con respecto a este último caso, el TS ha mantenido, en general⁹², una postura estricta, en el sentido de exigir que las bases fácticas de las circunstancias eximentes y atenuantes queden tan acreditadas como el hecho que se imputa⁹³. Así, se ha pronunciado diciendo que:

“las causas de exención o restricción de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad deben hallarse tan acreditadas como el hecho principal mismo sobre el que inciden.- La carga de la prueba en nuestro caso, en el que se postula la estimación de una atenuante cualificada, compete a la defensa que la alega”. (STS 531/2007, de 18 de junio) De esto se desprende que las circunstancias eximentes deben quedar probadas MATDR.

⁸⁹ En virtud de la presunción de inocencia Fernández López habla de una *atribución* de la carga de la prueba en lugar de una *distribución* (Fernández López, 2005, pág. 145)

⁹⁰ STC 43/2003. En la medida en que España cuenta con un sistema de jurados, la exigencia instructiva para la jurisprudencia es comparable con la experiencia anglosajona. Al respecto ver: (De Paúl Velasco, 1999).

⁹¹ En lo referente a las dudas acerca del grado de participación del ciudadano, o la calificación jurídica, las posiciones del TC y del TS ya no resultan tan pacíficas, sin embargo no entraremos a ampliar dichas diferencias que se alejan de nuestro objeto de estudio. Un análisis más amplio se encuentra en: (Fernández López, 2005, pág. 199 y ss.)

⁹² En el caso específico de la prescripción el criterio ha sido diferente, el TS en sentencia 672/2006 dice que “las dudas que pudieran suscitarse sobre la posible prescripción deben resolverse con sujeción al principio “in dubio pro reo”, dado que el acusado no asume nunca la carga material de la prueba, el aludido principio debe cubrir tanto los hechos constitutivos del delito y que forman parte del tipo, como las causas objetivas excluyentes de la responsabilidad”.

⁹³ En este sentido ver: STS 415/2006, de 18 abril, FJ 14 (A. 2006\2289).

El TC, por su parte, ha entendido que la prueba –y su ausencia- sobre las causales eximentes son un problema de estricta legalidad que escapa a la órbita de la presunción de inocencia. En este sentido se ha pronunciado diciendo que

“es doctrina reiterada de este Tribunal —cita STC 63/2001— que la apreciación o no de la concurrencia de atenuantes o eximentes es una cuestión de estricta legalidad penal, que sólo puede ser combatida en amparo de resultar arbitraria, errónea o irrazonable.” (STC 239/2006 del 17 de julio de 2006).

Para el caso colombiano, su ordenamiento jurídico penal es de tendencia acusatoria, pero a diferencia del español, la prueba de oficio está categóricamente prohibida por el art. 361 CPP⁹⁴ según el cual “en ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”, de modo que, en principio, cabría decir que corresponde a las partes impulsar probatoriamente el proceso.

Ahora bien, de igual manera en Colombia está consagrado el principio de presunción de inocencia. Según el inc. 4 del art. 29 de la CN “toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”. Por su parte, el art. 7 del CPP contiene el principio carga de la prueba y presunción de inocencia, y establece que:

“Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.”

De aquí se desprende que la carga de la prueba de los hechos constitutivos del delito recae en la acusación ⁹⁵, y cuando haya una duda acerca de la

⁹⁴ Distinto era el caso del anterior CPP, la Ley 600 de 2000 que se regía por el principio inquisitivo y permitía la práctica de pruebas de oficio, y establecía un estándar de prueba de “certeza” en lugar del MATDR.

⁹⁵ En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Corte Constitucional: “La presunción de inocencia se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba de acuerdo con la cual corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (...) lo que se conoce

responsabilidad penal del acusado, esta se resolverá a su favor (art. 381 CPP). Claramente la categoría de la responsabilidad penal es mucho más extensa y no deja lugar a dudas al incluir las eximentes dentro de los hechos que deben ser probados. Sin embargo nada dice sobre a quién corresponde la prueba de las eximentes. En principio afirma la CSJ que en

“El mandato legal de que *toda duda* se debe resolver a favor del sindicado, en fin, no permite excepción de ningún tipo y en esa medida la decisión del Tribunal de absolver al acusado con fundamento en la falta de certeza sobre la antijuridicidad de su conducta”. (Sentencia del 26 de enero de 2005, rad. 15834).

Si seguimos un hilo conductor según el cual la prueba es una carga, cuya inobservancia trae a la parte interesada una consecuencia desfavorable, y tenemos que toda duda se resuelve a favor del sindicado, tendríamos que decir que cuando existan dudas sobre las causales eximentes deben darse estas por ciertas, y en consecuencia absolver. Pero la CSJ en una decisión más reciente ha dicho que:

“(E) s claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que solo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos con el fin de demostrar circunstancias que contravienen las pruebas objetivas que en su *contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso. Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que el procesado o la defensa se le demande probar lo que le compete probar al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por este– de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del procesado. (Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal N° 35370. Sentencia 25 mayo 2011”. M.PÁG. Fernando Alberto Castro Caballero).*

como principio onusprobandiincumbitor. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado (...). Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad” Corte Constitucional, sentencia C-289/12. 18 de abril de 2012. M.PÁG. Humberto Antonio Sierra Porto. Expág. D-8698. Sobre este mismo particular revisar sentencias: C-205/03, C-595/10.

Son recurrentes las sentencias en las cuales la Corte Constitucional reivindica la importancia de la carga de la prueba en cabeza de la acusación, y la presunción de inocencia como principio rector del proceso penal colombiano⁹⁶, de modo que las dudas razonables sobre la autoría o responsabilidad del autor se resuelven siempre a su favor⁹⁷. Sin embargo, a la hora de delimitar el alcance de este precepto se acerca más a la postura de la CSJ y permite ver una flexibilización de este principio.

El ejemplo más esclarecedor versa sobre la prueba de la inimputabilidad. Aquí la Corte Constitucional avala que el juez, por solicitud de la fiscalía, ordene a la defensa aportar exámenes médicos que confirmen la hipótesis de inimputabilidad cuando la defensa pretenda hacer uso de esta estrategia (C-1194-2005), lo cual nos lleva a decir que para cuando estamos frente a una hipótesis de inimputabilidad, la carga de su prueba recae en la defensa.

Por otro lado la Corte Constitucional ha sido enfática en defender que la prohibición de las pruebas de oficio es constitucional, y equivale al lógico desarrollo del proceso acusatorio que busca la imparcialidad judicial⁹⁸. Esto nos deja un panorama bastante turbulento, en el que no está claro el alcance de la presunción de inocencia (aunado al más exigente estándar de prueba) por un lado, y la carga de la prueba en el sistema acusatorio, por el otro, respecto a la prueba de las eximentes de responsabilidad penal.

4. Causales de exclusión de responsabilidad penal

Las causales de exclusión de responsabilidad penal, en su mayoría, corresponden a aquellos hechos que hemos clasificado como impeditivos, pues su efecto consiste en no permitir que prospere la responsabilidad penal. Por su parte, el error de tipo y de prohibición vencibles, son hechos modificativos, pues son compatibles con la

⁹⁶ “La vigencia de esa presunción [de inocencia] le marca al proceso penal un derrotero particular en materia probatoria pues se parte de una presunción que hay que desvirtuar plenamente ya que aún en caso de duda se mantiene su efecto vinculante. Ello es así en cuanto a la racionalidad del Estado constitucional, como Estado de justicia, le repugna la sola posibilidad de condenar a un inocente”. (Sentencia C-156 del 5 de marzo de 2002 M.PÁG. Jaime Córdoba Triviño).

⁹⁷ Sentencia C-782-2005, M.PÁG. ALFREDO BELTRÁN SIERRA; C-828-2010.

⁹⁸ (S)i el acusado se presume inocente y la carga de la prueba de la veracidad de los cargos imputados, más allá de la duda razonable, recae sobre el fiscal, es lógico entender que al juez no le corresponde interrumpir el juicio para llevar a cabo una nueva investigación o mejorar los elementos de convicción de la condena, por lo que debe aplicar el principio del in dubio pro reo y absolver al sindicado. (SC 396 de 07).

existencia de la responsabilidad penal, y su efecto consiste en alterar las consecuencias de la misma.

Estas causales están contenidas en los artículos 32 del CPCol, y 20 del CPEsp; ambas legislaciones contemplan un listado no taxativo de eventos que excluyen la responsabilidad penal, bien sea por ausencia de acción, de tipicidad o de culpabilidad; o que reducen la misma, tal es el caso del error de tipo cuando la conducta está prevista en modalidad culposa; o el art. 21 del CPEsp, cuando no concurren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad penal. En esta medida no puede decirse que los artículos en mención corresponden a una sistematización de causales que atienden a una determinada categoría del delito.

Sobre la inimputabilidad baste decir que la misma no es una causal de exclusión de responsabilidad penal. La responsabilidad penal⁹⁹ puede predicarse tanto de los imputables como de los inimputables (Agudelo, 2007), la diferencia es que mientras a los primeros se les imponen penas, a los últimos se les imponen medidas de seguridad¹⁰⁰. Ahora bien, es igualmente posible que la inimputabilidad concorra con circunstancias eximentes de responsabilidad, en cuyo caso esta se constituye como una categoría residual que se examina ante la ausencia de eximentes (Sandoval, 2003).

En todo caso, la inimputabilidad deberá atender también a criterios probatorios que sean consistentes con el principio de la presunción de inocencia, por lo cual se incluye esta causal en el presente análisis; lo mismo ocurre con el estado de intoxicación plena contenido en el num. 2 del art. 20 del CPEsp –que permite para estos casos, la aplicación de las medidas de seguridad-.

⁹⁹ Sobre esto el art. 9 del CP dice que para que la conducta del imputable sea punible Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable; mientras que para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

¹⁰⁰ Esto bajo el entendido que la responsabilidad penal implica la pérdida o disminución coercitiva de un derecho, característica que comparten tanto las penas como las medidas de seguridad, en este sentido ver por todos (Agudelo, 2007).

Algunos fundamentos de las causales de exclusión de responsabilidad penal

Es innegable pues, que las causales eximentes de responsabilidad apelan a un sentido de justicia¹⁰¹, ya que reúnen una serie de supuestos en los cuales se considera que, aun cuando pueda haber un hecho que revista características de delito, se renuncia a la utilización del aparato punitivo para salvaguardar ciertos valores que se entienden como superiores a los fines de la pena¹⁰². Así, consideramos que quien mata a otro en legítima defensa no recibirá el mismo trato que quien no se ampara en una causal de justificación. También hay hechos que se consideran particularmente graves, y que, por tanto, no se encuentran permitidos bajo ninguna circunstancia¹⁰³.

Según Ferrajoli (1995, pág. 459), las eximentes de responsabilidad penal son normas positivas que traducen los principios morales que sirven para negar la justificación de ciertas prohibiciones o para justificar ciertos delitos, los mismos hacen parte de lo que el autor denomina “la ética descriptiva”. Estos principios de justicia expresan siempre valores, lo que los hace discutibles e inverificables (pág. 461).

Cada una de las causales tiene unos elementos constitutivos particulares, por lo que implican una serie de retos a la hora de su demostración. Sin embargo, la distinción entre causales que excluyen la acción, la tipicidad o la culpabilidad, no es una distinción dicente de cómo se pueden probar las mismas.

Dentro de las causales que excluyen la responsabilidad criminal se encuentran de un lado, las que excluyen los elementos objetivos del injusto, dentro de las que están: el consentimiento del titular, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, la legítima defensa y el estado de necesidad; por otro lado están las causas que excluyen el elemento subjetivo dentro de los que se encuentran la embriaguez, la enfermedad mental, la coerción y el error.

¹⁰¹ “They ask whether we could have reasonably expected the defendants to have remained law-abiding given the situation they faced.” (Paul Robinson pág. 5)

¹⁰² “Excuses are interesting because the lay bare the criminal laws concern for the community’s sense of justice”. Ibid.

¹⁰³ Es el caso de los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura que quedan expresamente excluidos de la eximente del art. 32-4 CPÁG.

Esta diferenciación es apenas para efectos de analizar y determinar las cargas probatorias de las eximentes, pero no pretende desconocer la importancia de relacionar las eximentes con las categorías dogmáticas a las cuales obedecen, ya que esta última diferenciación tiene efectos jurídicos significativos en términos de responsabilidad civil, por ejemplo.

a. Causales objetivas

En primer lugar se encuentran las causales objetivas, que se configuran a partir de elementos externos al sujeto, aunque –salvo en el caso fortuito y la fuerza mayor– requieran adicionalmente de elementos subjetivos. Las causales contempladas tanto en el art. 32 del CPCol, como en el art. 20 CP Esp, componen el grupo más extenso de causales de exclusión.

Dentro de esta categorías se encuentran: el caso fortuito y fuerza mayor, el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, el estricto cumplimiento de un deber legal, la orden legítima de autoridad competente, el legítimo ejercicio de un derecho o de actividad lícita o cargo público, la legítima defensa, el estado de necesidad, y la insuperable coacción ajena.

Para el caso de la fuerza mayor y el caso fortuito los requisitos de configuración y los elementos a probar son equivalentes, esto en el sentido de que basta con acudir a criterios objetivos para hablar de la existencia de la misma. Es suficiente probar por ejemplo que el sujeto fue empujado desde lo alto de una piedra para que se configure la causal y quede excluida la responsabilidad penal.

En los demás eventos, la configuración de la causal requiere la existencia de unos requisitos adicionales¹⁰⁴. Por ejemplo, para el caso de la legítima defensa, se requiere no solo que el sujeto se enfrente a una situación objetiva de agresión ilegítima, sino además que el sujeto tenga conocimiento de dicha situación (Roxin, 1997, pág. 667).

¹⁰⁴ Otros autores sin embargo, consideran que para la configuración de dichas causales no se requiere el conocimiento de la situación, sino que basta con que la existencia objetiva de dicha causal. Por todos ver: (Sotomayor, 1996).

Lo mismo ocurre con el estado de necesidad, en donde, adicional a la agresión ilegítima -que es una circunstancia externa y objetiva-, debe haber un requisito subjetivo: que el sujeto sepa que se encuentra en una situación justificante, aunque no necesariamente quiera actuar conforme a dicha situación¹⁰⁵. Esos elementos subjetivos, si bien son esenciales para la configuración de una causal de exclusión, no lo son para efectos de la distribución de la carga de su prueba.

b. Causales subjetivas

La existencia de estas causales depende de la configuración subjetiva que una persona tenga de una situación, más que de la situación misma. La causal existe en tanto que el sujeto considere que su obrar se corresponde con su propia visión del mundo. Dentro de las causales subjetivas encontramos las siguientes: el miedo insuperable, el error de prohibición, el error de tipo y la inimputabilidad.

La diferencia entre las causales objetivas y las subjetivas se puede ver ejemplificada en la distinción entre la insuperable coacción ajena y el miedo insuperable, con la siguiente cita:

“La diferencia entre obrar “bajo una insuperable coacción ajena” y obrar “impulsado por un miedo insuperable”, radica en que en la primera causal de responsabilidad el miedo tiene su génesis en el comportamiento arbitrario e ilegal de un tercero patentizado en una fuerza irresistible tendiente a condicionar la voluntad del sujeto con el fin de que realice una acción determinada; mientras que en la segunda el miedo surge en el ánimo del hombre sin que exista [necesariamente] coacción o intimidación, el mismo puede provenir ante peligros reales o imaginarios o tratarse de un miedo instintivo, racional o imaginativo” (CSJ, 21457, 2007).

¹⁰⁵ Esta afirmación es compatible con un concepto subjetivo de injusto “para la justificación es en principio suficiente que el sujeto actúe objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de la situación justificante. En tal caso tiene dolo de hacer algo objetivamente conforme a Derecho. La conciencia de producir algo conforme a Derecho elimina ya el desvalor de la acción y por tanto el injusto” (Roxin, pág. 597).

4.1 Defensas afirmativas y estándar de prueba

La inversión de la carga de la prueba de algunos supuestos de hecho¹⁰⁶, en cabeza del acusado se ha denominado *defensas afirmativas*, estas se pueden definir como: “la defensa en la cual el defendido introduce evidencia, que, si resulta creíble, negará la responsabilidad penal o civil, incluso si se demuestra que el defendido cometió los actos alegados. Legítima defensa, error, inimputabilidad y necesidad”

¹⁰⁷.

Esta teoría ha tenido su mayor desarrollo en el escenario anglosajón y, a diferencia de lo que ocurre con los ordenamientos jurídicos colombiano y español, el estadounidense tiene una consagración expresa de aquellos supuestos constitutivos de defensas afirmativas. Dentro de estos supuestos están: § 2.08.4 del MPC, según el cual corresponde a la defensa demostrar que actuó bajo los graves efectos de la intoxicación, además de demostrar que la misma no fue provocada por el autor o que es patológica.

También es el caso del § 2.09 del mismo estatuto, que exige a la defensa demostrar que actuó bajo una insuperable coacción ajena (o *duress* en el sistema anglosajón), se exige del imputado que pruebe todos los supuestos de hecho que componen esta causal (que su actuar fue la respuesta de una agresión injusta, en contra de sí mismo o de otro, que una persona razonable fuera incapaz de resistir), pero además se le exige que demuestre que él mismo no se puso en aquella situación de coacción, ni siquiera de forma negligente.

Este último caso resulta más complejo, puesto que a la defensa le corresponde probar, no sólo la existencia de la causal, sino además impedir que prosperen todas las hipótesis que puedan contradecir la acusación; esto puede traducirse en que a la defensa no sólo se le está exigiendo que pruebe que su conducta fue conforme a derecho -por existir una eximente- sino que dicha prueba debe ser MATDR.

¹⁰⁶ Las defensas afirmativas no recaen únicamente sobre las causales de exclusión de responsabilidad penal, también se pueden encontrar defensas afirmativas en otras disposiciones del ordenamiento jurídico estadounidense, como que la prueba del desistimiento en la tentativa corresponde a la defensa (§ 5.03.6)

¹⁰⁷ A defense in which the defendant introduces evidence, which, if found to be credible, will negate criminal or civil liability, even if it is proven that the defendant committed the alleged acts. Self-defense, entrapment, insanity, and necessity. Tomado de: https://www.law.cornell.edu/wex/affirmative_defense, el 28 noviembre de 2015.

Defensas afirmativas en el derecho penal anglosajón

Antes de continuar con el análisis del estándar de prueba de las defensas afirmativas, es necesario recordar que el ordenamiento jurídico anglosajón está estructurado a partir de unas categorías dogmáticas diferentes a las del derecho penal de tradición continental. Por ello es importante hacer la siguiente aclaración:

Las eximentes de responsabilidad penal en el derecho anglosajón se dividen en dos: en primer lugar se encuentran las justificaciones (*justifications*) y en segundo lugar las excusas (*excuses*). Las justificaciones son conductas que en las que el sujeto actúa cuando considera necesario evitar un daño a sí mismo o a otro; entre estas causales se encuentran: el uso de la fuerza en la auto defensa, en la defensa de otros y en la defensa de la propiedad o por orden de la ley, y el error sobre algunas disposiciones legales específicas (como el error en la legalidad del arresto), la coacción, etcétera (MPC art. 3 § 3.02 y ss.).

Por su parte, en las excusas, se absuelve al autor porque su conducta carece de culpabilidad, aunque su acto sea reprochable, intencional y lesivo. Algunas de estas causales son: la intoxicación involuntaria, la minoría de edad, el desorden mental y el error de hecho. El MPC contempla expresamente cuáles de estas causales deben ser acreditadas por la defensa.

Esto también supone dificultades prácticas en el ordenamiento norteamericano, puesto que la Constitución Política (enmiendas 5, 6 y 14) contempla la presunción de inocencia, y su jurisprudencia ha establecido (desde el fallo *In re Winship* ya mencionado), que la responsabilidad penal de un sujeto debe quedar acreditada MATDR (*beyond any reasonable doubt* -BARD-). Sin embargo, las mismas se han mantenido en la jurisprudencia bajo el argumento de que las eximentes son muy difíciles de probar, y que un bajo estándar de prueba llevaría a una impunidad intolerable¹⁰⁸.

¹⁰⁸ "Fear that proof would be too difficult and that too many persons deserving treatment as murderers would escape that punishment if the evidence need merely raise a reasonable doubt about the defendant's emotional state" (Levy, 2013).

Estándar de prueba del supuesto de hecho y hechos impositivos

Para determinar el alcance de las consecuencias de probar o no probar una eximente de responsabilidad penal, es necesario responder primero si estas causales pertenecen o no, a la hipótesis acusatoria; en caso afirmativo la falta de prueba de las mismas debe favorecer al imputado, en virtud de la presunción de inocencia.

Independiente de la teoría adoptada para entender la relación entre tipicidad e injusto, las eximentes de responsabilidad penal sí pertenecen a la hipótesis acusatoria, y su consecuencia será la exclusión de un elemento de la naturaleza del delito, en palabras de Sandoval Fernández (Sandoval, 2003):

“La inexistencia de conducta, la atipicidad, justificación, inculpabilidad e incluso las situaciones de innecesariedad de la pena, al dejar sin efecto a algunas de las condiciones para que exista la responsabilidad penal de imputables (...); o que no dejan configurar la responsabilidad de inimputables (...), dan así origen en nuestro ordenamiento jurídico penal a lo que podemos denominar ausencia de responsabilidad penal”

Podemos decir entonces que, el supuesto de hecho (SH) que lleva a la pena¹⁰⁹ (P), en materia penal se compone de una hipótesis acusatoria (A) (p.e: X mató a Y), y la ausencia de eximentes ($\neg E$) (p.e. X no actuó amparado en una causal de exclusión de responsabilidad penal); la ausencia de cualquiera de estas dos hipótesis impide el nacimiento de la pena, así:

$SH \rightarrow P$

$A \vee \neg E \rightarrow SH$

$A \vee \neg E \rightarrow P$

$A \vee E \rightarrow \neg P$

Como habíamos dicho antes, las eximentes son hechos impositivos, esto significa que no son meras negaciones de un hecho constitutivo, sino que implican la

¹⁰⁹ Hablamos de pena en lugar de consecuencia jurídica, toda vez que la ausencia de culpabilidad para los casos de inimputabilidad, no excluye la consecuencia jurídica, sino solo la pena en sentido jurídico penal.

introducción de hipótesis nuevas, que chocan con una o varias hipótesis acusatorias. Que exista una eximente no es incompatible con la existencia de la hipótesis acusatoria, todo lo contrario, ambos necesitan de uno o varios hechos para su existencia. Por ejemplo: tanto la hipótesis acusatoria X mató a Y (A), como la de X actuó en legítima defensa (E), parten de un mismo supuesto: que X haya matado a Y.

Tenemos pues que la acusación y la eximente son los dos componentes del supuesto de hecho para alcanzar la pena, sin embargo, en cuanto a los requisitos probatorios se refiere, estas dos premisas no están en igualdad de condiciones; es decir, las exigencias para dar por probado un hecho de la acusación, difieren de aquellas para probar una eximente.

Esto atiende principalmente a que la presunción de inocencia rige como regla de juicio, y asegura como punto de partida la inocencia, condición que solo se desvirtúa si se alcanza un estándar de prueba de MATDR. No ocurre lo mismo con las eximentes, cuyo propósito no es reestablecer la condición primigenia de inocencia, sino dar razones que impidan dar por probada la acusación.

Es decir, mientras la acusación debe acreditar judicialmente un hecho MATDR, a la eximente le basta con crear una duda razonable. El juez no tiene que quedar convencido de que el inculpado actuó amparado en una causal eximente, sino al menos, incluir a la misma como una posible hipótesis que explique el hecho. En esta medida, habrá que precisar cuándo puede una eximente constituir una duda razonable.

El ejemplo de la prueba de la coacción en el ordenamiento jurídico norteamericano, muestra las altas exigencias que pueden comprometer una defensa, de modo que, no acreditar un requisito de la eximente, como el no haberse expuesto a estar bajo coacción ajena -ni siquiera negligentemente-, hace que la consecuencia jurídica de la falta de prueba de la eximente, sea la no prueba de la misma, es decir, la inexistencia procesal de la eximente de responsabilidad.

Esta forma de entender las eximentes resulta problemática en varios aspectos. En primer lugar, va en claro detrimento de la presunción de inocencia el hecho de que sea la defensa la que deba acreditar su propia inocencia, al tener que demostrar un

hecho impeditivo de responsabilidad. En segundo lugar, resulta por lo menos problemático que la defensa deba atender a determinadas exigencias probatorias, para demostrar su inocencia, como lo es demostrar todos los requisitos de una eximente, lo cual contradice el principio de la carga de la prueba en cabeza de la acusación.

Pero adicionalmente hay otro problema más sutil aunque no menos trascendental, y es que, en la medida en que tanto la acusación como la defensa comparten una serie de supuestos de hecho comunes¹¹⁰, puede ocurrir que en el esfuerzo de la defensa por acreditar las causales de exclusión de responsabilidad penal, termine por fortalecer las hipótesis acusatorias, pero resultando insuficiente para demostrar la hipótesis impeditiva.

Por ejemplo: en el caso de la hipótesis acusatoria sea que X mató a Y, y que la causal eximente sea que lo mató estando sujeto a una insuperable coacción ajena, la premisa común para ambas partes es que X mató a Y. Si X despliega un trabajo probatorio encaminado a demostrar que lo mató amparado en una causa de ausencia de responsabilidad, pero no demuestra por ejemplo, no haberse colocado a sí mismo bajo esa coacción ajena -siguiendo el caso estadounidense-, su esfuerzo redundará en el fracaso de su hipótesis impeditiva y en el fortalecimiento de la hipótesis acusatoria.

De ser así, el acusado estaría asumiendo la carga de la prueba de su propia acusación; al mismo tiempo, tratar de demostrar la eximente, puede bloquear otra estrategia de defensa consistente en la simple negación de la existencia de los mismos hechos, caso en el cual, la prueba de los mismos radicaría exclusivamente en la acusación.

Esto no solo va en contra de principios como la presunción de inocencia, sino que, además, desdibuja los principios de justicia, que llevan a incorporar la existencia misma de las causales de ausencia de responsabilidad en el derecho penal. Es la misma justificación que requiere el estándar de prueba más exigente, lo que

¹¹⁰ En este sentido dice Johathan Levy: "An affirmative defense is distinct from other defenses in part because it typically assumes the truth of other elements of the crime. n1 Thus, instead of "I didn't shoot him," it is "I shot him but in self-defense" or "I shot him but I was insane at the time"." **Fuente especificada no válida..**

permite inferir que la finalidad de las defensas afirmativas se reduce a alcanzar una duda razonable.

¿Cuándo la duda sobre las eximentes es razonable?

Es por esto pues, que las exigencias probatorias de la defensa a la hora de demostrar una eximente no pueden compararse con las de la acusación. Mientras esta última tiene la carga de demostrar una serie de hechos con un estándar de prueba de MATDR, a la defensa no se le exige que alcance un determinado estándar, toda vez que su objetivo no es dar por acreditado un hecho sino crear una duda razonable.

Algunos estados de Estados Unidos exigen que las defensas afirmativas o AD deban alcanzar un estándar probatorio menos riguroso que el exigido a la acusación, esto es, el de probar que es más probable que su hipótesis sea verdadera a que no lo sea¹¹¹. Es decir, para los casos de las defensas afirmativas se emplea un doble estándar probatorio, uno más exigente para la acusación (MATDR), y uno menos exigente para la defensa (probabilidad prevalente); sin embargo la consecuencia jurídica de no alcanzar el último requisito, redundando en el fracaso de la eximente de responsabilidad.

El esquema norteamericano aquí estudiado, resulta poco proclive a proteger el derecho a la presunción de inocencia, puesto que en esta legislación, cuando la defensa alega una defensa afirmativa, se le exige primero que produzca suficiente evidencia y que eleve una duda razonable que sea capaz de convencer al *trial judge*; de ser así este le permitirá dirigirse al jurado para que escuche la evidencia relevante a la defensa, e informa al jurado que la acusación deberá probar que la excusa de la defensa es falsa.

Pero si el juez no queda convencido de la suficiencia de la evidencia de la defensa afirmativa, no permite que se la presente al jurado, tampoco instruye al jurado en el sentido de que las defensas afirmativas son causales de exclusión de la responsabilidad, y el proceso sigue con la discusión de si la acusación logra

¹¹¹ [I]n a usual criminal case (where an AD [affirmative defense] is not involved) the state must prove defendant's guilt beyond a reasonable doubt, whereas in a case of self-defense, the defendant must prove his innocence by a preponderance of the evidence. What we have in play here are two different standards of proof, BARD and PoE, and two different parties carrying the burden, the state and the defendant respectively (Laudan, 2008, pág. 6).

demostrar su hipótesis acusatoria MATDR. (Laudan, *Legal Epistemology: the Anomaly of Affirmative Defenses*, 2008, pág. 4) .

Exigir que un acusado demuestre con una eximente bajo el estándar de probabilidad prevalente o inclusive uno mayor, implica que condenar erróneamente a alguien que actuó en legítima defensa no es más grave que absolver a alguien que falsamente alega una eximente (Laudan, *Legal Epistemology: the Anomaly of Affirmative Defenses*, 2008, pág. 8).

Si bien por tanto, no debe exigirse de la defensa que alcance un determinado estándar probatorio, en las defensas afirmativas, resulta muy riesgoso apostar por la aquiescencia de la defensa -esto en términos estratégicos-. En estos casos el triunfo de la pretensión eximente requerirá el despliegue de la actividad probatoria por parte de la defensa, imponiéndole a la misma la carga de crear una duda razonable, lo cual en todo caso es menos oneroso que alcanzar un estándar de evidencia preponderante.

“A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia del imputado hasta la sentencia definitiva, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la absolución en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica y, por otro lado, la analogía *in bonam partem*, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica. En todos estos casos tenemos, ciertamente, discrecionalidad. Pero se trata de una discrecionalidad dirigida no a extender, sino a excluir o reducir la intervención penal en cuanto no motivada por argumentos cognoscitivos seguros” (Ferrajoli, 1995, pág. 103).

En tanto a la defensa no está obligada a fijar un hecho como probado en el proceso, debe por lo menos presentar una hipótesis absolutoria, en cuando a defensas afirmativas se trata. El enunciado se entenderá por verdadero (al menos en un sentido formal) si pertenece a un sistema coherente de enunciados, es decir, se correspondería con un modelo coherentista.

Cabe aclarar que en el presente trabajo, no se adopta un modelo coherentista de verdad para el proceso penal, pero en la medida en que se renuncie a un estándar de prueba determinado, deberá haber necesariamente una repercusión en el

concepto de verdad. Es en ese sentido que podremos afirmar que la eximente, para ser considerada como una hipótesis dentro del proceso, debe ser coherente con la narración presentada en el proceso por las partes.

Podemos ver en este caso que el fin no epistemológico de la presunción de inocencia, prevalece sobre el fin epistemológico del proceso penal. En esa medida debe estar soportada por las pruebas existentes, y no directamente contradicha por las mismas.

La coherencia narrativa permite poner a prueba la verdad o probabilidad en cuestiones de hechos “la posibilidad de explicar la proposición controlada dentro del mismo esquema de explicación que da cuenta de las proposiciones consideradas como verdaderas” (MacCormick, 1980). La hipótesis debe ser consistente, es decir, no debe tener contradicciones que la hagan inverosímiles según las reglas de la sana crítica.

Ahora bien, para que pueda haber una duda razonable, la hipótesis eximente debe ser coherente y consistente con la teoría del caso de la acusación, aunque la forma de introducir dichas eximentes, dependerá de la naturaleza de las mismas.

4.2 Causales subjetivas y carga de alegar

Tenemos que la acusación presenta una hipótesis acusatoria, que puede ser compatible con la eximente que pretende hacer valer la defensa, o en todo caso, comparte con esta un tronco común en cuanto a una serie de hechos se refiere. En este orden de ideas, bien podría la acusación omitir la eximente y presentar una solicitud condenatoria que sea probatoriamente sólida.

Es por lo anterior que para que la eximente sea tenida en cuenta como una hipótesis válida dentro del debate probatorio dentro del proceso, a la defensa será a quien corresponderá, por lo menos, ponerlo sobre la mesa de la discusión, y proponerlo ante el juez como una explicación posible de los hechos presentados por la acusación; esto es lo que se conoce como la carga de alegar.

La carga de alegar es aquella que se impone a una parte que quiere que su pretensión sea considerada dentro del debate probatorio, es decir, significa poner sobre la mesa una explicación de los hechos. Sin embargo, la carga de alegar puede separarse de la carga de probar. Si bien corresponde a la defensa alegar la eximente

que pretende hacer valer, no le es exigible incorporar los hechos que soporten dicha pretensión, sino que corresponderá a la acusación -una vez alegada la eximente por la defensa- demostrar la inexistencia de la eximente.

Recordemos nuevamente que para efectos de analizar la distribución de la carga de la prueba, las causales subjetivas son aquellas que se configuran dentro del fuero interno del procesado, pues obedecen a una realidad subjetiva que impide que prospere un reproche en materia penal.

Una de las razones por las que se ha invertido la carga de la prueba en las llamadas defensas afirmativas, es que el procesado tiene un acceso a su fuero interno que es indisponible para la acusación, y en esa medida corresponde a este demostrar aquellos hechos externos que permitan dar cuenta del estado interno que alega (Laudan, *Legal Epistemology: the Anomaly of Affirmative Defenses*, 2008, pág. 12), esto es pues, un argumento epistemológico para invertir la carga de la prueba en perjuicio de la defensa.

Es cierto que quien tiene un acceso privilegiado a los pensamientos, sentimientos, motivaciones de una persona es ella misma¹¹², sin embargo recordemos que nuestros ordenamientos jurídicos exigen que la conducta, para ser punible, debe ser doloso o culposa y, aun en los casos en los que no hay una defensa afirmativa, se exige que sea la acusación y no el procesado, quien demuestre el elemento subjetivo de la conducta¹¹³.

Podría inclusive alegarse que, en virtud de la presunción de inocencia, el procesado no debería también asumir la carga de alegar la eximente, sin embargo, si este fuera el caso, no habría forma de asegurar que la eximente ingrese al debate probatorio, puesto que la acusación puede en todo caso presentar una teoría del caso coherente y congruente tanto narrativa como probatoriamente, aun cuando

¹¹² “El conocimiento de hechos psicológicos es siempre un conocimiento indirecto a partir de otros hechos. (...) en principio son más difíciles de acreditar las intenciones, conocimientos y elementos anímicos de los agentes que los hechos externos; y ello tal vez contribuya a que también el grado de certeza de los enunciados sobre hechos psicológicos sea tendencialmente menor que el de los enunciados sobre hechos externos” (Gascón, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2004, pág. 76).

¹¹³ “No es cierto que sea imposible probar una hipótesis negativa. Cuando la defensa alega que actuó amparado en una causal eximente, no es cierto que la fiscalía no pueda probar que los requisitos constitutivos de una causal no existieron” (Laudan, 2008, pág. 12)

materialmente exista una eximente de responsabilidad penal, la cual podría pasar desapercibida.

Es por esto que, cuando estemos frente a una eximente de responsabilidad penal de aquellas consideradas como subjetivas, corresponderá a la defensa introducir en el debate procesal la eximente como una hipótesis válida que explique los hechos. Sin embargo, la prueba de la no existencia de la causal eximente, corresponde únicamente a la contraparte, y la consecuencia de no demostrar la culpabilidad en pleno (incluyendo la ausencia de causales eximentes) es de la acusación, quien se enfrentará a una sentencia absolutoria.

4.3 Causales objetivas e indicios

Recordemos pues que las causales objetivas, para nuestro estudio, son aquellas cuyo hecho principal es externo al sujeto, como la existencia de una agresión injusta o una coacción ajena. No significa que estas causales prescindan de elementos subjetivos, sino que para crear una duda razonable, no será necesario sino la observancia del aspecto subjetivo. Para la prueba de estas causales recurriremos a la prueba indiciaria por su menor exigencia probatoria.

Ahora bien, al igual que la prueba de las causales subjetivas, la de las objetivas no puede traducirse en una carga intolerable para la defensa, de modo que sea esta a quien corresponda acreditar dicha causal, sino que la aportación de las pruebas deberá atender tanto al principio de presunción de inocencia, como a la estructura de los ordenamientos jurídicos que sirven de marco al presente estudio.

Sea lo primero recordar que la prueba indiciaria es aquella prueba indirecta que se construye a través de hechos indicadores que se conectan con un hecho concreto a través de un nexo lógico o causal, del que se pueda deducir con probabilidad el hecho probado¹¹⁴. En el CPCol vigente no se habla de indicios, como ocurría en la anterior regulación (Ley 600 de 2000), pues se entiende que no es suficiente para soportar la responsabilidad penal de un sujeto. Esta afirmación no carece de

¹¹⁴ La jurisprudencia española habla de la prueba indiciaria como aquella que se dirige a demostrar la certeza de algunos hechos (indicios) que no son constitutivos de delito objeto de acusación pero de los que a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, puede inferirse dichos hechos y la participación del acusado,. Ver S.T.S 11.9.81. Sin embargo renunciamos a la búsqueda de la certeza por un lado, como se analizó en el primer capítulo, pero además entendemos que los indicios no están dirigidos a probar la responsabilidad del acusado sino a desvirtuar la misma.

fundamentos y es compatible con el estándar de prueba de MATDR, pero es importante aclarar que los indicios en este caso sirven para crear una duda razonable, y no para fundamentar la responsabilidad penal de un individuo.

Varios ordenamientos jurídicos entre ellos el español y el colombiano, incorporan excepciones en las cargas de la prueba a favor de la defensa, específicamente en el caso de la legítima defensa, en donde a través de la presunción de “legítima defensa privilegiada”, se presume la existencia de la legítima defensa cuando se logre demostrar que el agresor penetró indebidamente en el lugar de habitación agredido¹¹⁵.

Es cierto que las presunciones son una forma idónea de distribuir las cargas de la prueba, sin embargo son múltiples las causales eximentes, y las circunstancias en que pueden presentarse son de tan distintas entidades que resultaría legislativamente engorroso incorporar para cada causal las presunciones. Es por ello que los indicios aparecen como un mecanismo simplificador para probar, pero adicionalmente permiten que se incorporen más supuestos de hecho.

Puede ocurrir que los hechos indicadores estén probados en el proceso por la acusación, toda vez que hay un tronco común probatorio. Sin embargo, lo problemático resulta cuando en el proceso no se aportan pruebas de los hechos indicadores. En este caso corresponde a la defensa la carga de alegar la existencia de una causal eximente, pero su prueba no le corresponde, acá habrá que hacer una distinción.

El ordenamiento jurídico español permite que, excepcionalmente, se practiquen pruebas de oficio en la etapa de juicio oral que es tendencialmente acusatoria (art. 729.2 LECrim). Según este artículo, el juez puede participar de forma activa en el esclarecimiento de los hechos, sin que pueda modificar o introducir hechos distintos a los alegados por las partes. En este sentido la carga de alegar que tiene la defensa resulta tolerable.

Para el caso colombiano esta opción resulta más problemática puesto que el art. 361 del CPP incorpora la expresa prohibición de decretar pruebas de oficio, de modo que, salvo que sea a través de una excepción de inconstitucionalidad (24468,

¹¹⁵ Algunos ordenamientos son: Colombia (art. 32-6), España (20-4.1), Francia (article 122-6 Code Pénal), EEUU (§ 3.04 MPC).

2006), el juez no podrá intervenir activamente en el decreto o práctica de pruebas. Es por esto que para el caso colombiano, la alternativa es trasladar nuevamente la carga de la prueba de los hechos alegados por la defensa, al ente acusador.

No es imposible su prueba, tal y como quedó visto en el apartado anterior, de modo que la consecuencia jurídica ante la falta de prueba no es otra que la de asumir, como duda razonable, la hipótesis eximente alegada por la defensa, que a efectos prácticos podría equipararse con la prueba de la eximente, aunque epistemológicamente no sea precisa esta afirmación.

5. Conclusiones

La búsqueda de la verdad en el proceso penal seguirá siendo objeto de intensos debates, esto obedece principalmente a dos motivos: en primer lugar, el proceso judicial tiene límites estructurales que dificultan su capacidad en la búsqueda de la verdad; y, en segundo lugar, aquellos límites estructurales deben ser cuidadosamente observados en la medida en que existan para salvaguardar fines garantistas.

Por lo anterior podemos afirmar que los fines no epistemológicos del proceso penal –siempre que se refieran a los derechos de los procesados-, deberán tener prevalencia sobre los fines epistemológicos; de otro modo, la existencia misma del proceso penal adolecería de profundos problemas de legitimidad.

En este orden de ideas, es que los ordenamientos jurídicos occidentales –en su mayoría-, adoptan un estándar de prueba riguroso y consecuente con el principio de presunción de inocencia. Para los casos español y colombiano, este estándar es el de MATDR. Esto significa que ninguna persona podrá ser declarada culpable, salvo que, mediante un proceso judicial legalmente practicado, se llegue a un convencimiento más allá de toda duda razonable, de su responsabilidad penal.

Sin embargo, existen unos casos que desafían los límites de la presunción de inocencia y que invierten claramente las cargas de la prueba en el proceso penal; estos son los casos en los que está presente una eximente de responsabilidad penal, o los también conocidos casos de defensas afirmativas. En estos eventos se exige que el acusado –de quien en principio se presume su inocencia- sea quien tenga

que desvirtuar la acusación que contra él se hace, alegando y demostrando que su conducta está amparada por el derecho.

Esto lleva a decir que ante dos casos de homicidio doloso –por ejemplo-, quien no alega una eximente de responsabilidad penal, tiene a su favor los vacíos probatorios de su contraparte, frente a los que puede ampararse en ausencia de prueba para solicitar la absolución; mientras que un acusado que alegue que su actuar estuvo amparado en una legítima defensa –para seguir con el ejemplo-, debe demostrar la existencia de la eximente, so pena de que su pretensión pierda frente a la de la acusación, que pudo por otro lado, no alcanzar el estándar de prueba exigido.

El mensaje político criminal que supone esta disparidad de criterios, es el de asumir que condenar erróneamente a una persona que verdaderamente alega una eximente, es igual o menos grave que absolver erróneamente a quien falsamente la alega. El problema no es tanto de sopesar los costos de cada uno de estos errores, sino más bien, ser consciente de la falta de legitimidad que supone condenar erróneamente a quien actúa conforme a derecho.

Esto obedece a que las eximentes de responsabilidad penal, atienden a criterios de justicia; en este sentido, se abstiene el ordenamiento jurídico de usar el aparato punitivo cuando considera que un sujeto actuó bajo unas circunstancias que lo exoneran de reproche. Estas causales pueden ser de dos tipos: por un lado las subjetivas que atienden al fuero interno de quien se pretende eximir; y las causales objetivas que se remiten a circunstancias externas al sujeto que permiten la configuración de dicha causal. Esta clasificación atiende estrictamente a criterios probatorios, más que dogmáticos.

La prueba de las eximentes no se puede trasladar a la defensa, sino que esta deberá apenas alegar la existencia de una causal, o asumir la carga de alegar, significa esto simplemente, que corresponde a la defensa “poner sobre la mesa” una hipótesis explicativa de los hechos. En cuanto a su prueba se refiere, podrá acudir a mecanismos como los indicios, que permiten probar las causales objetivas –por parte de la acusación en Colombia, y de la judicatura en España -; frente a las causales subjetivas la carga de probar corresponde a la acusación, quien, en todo

caso, debe demostrar todos los elementos que componen la responsabilidad penal, incluyendo la ausencia de eximentes.

El esfuerzo probatorio de las eximentes de responsabilidad no se equipara en ningún caso al de la acusación. Mientras que esta última debe demostrar la responsabilidad del sujeto MATDR, la prueba de la eximente –e inclusive de otras hipótesis absolutorias- debe mínimamente alcanzar una duda razonable, es decir, presentar una explicación narrativamente consistente, que sea coherente con las pruebas del proceso y que nos las contradiga.

La consecuencia jurídica de no alegar la existencia de causales eximentes será que estas no sean consideradas como hipótesis explicativas de los hechos, lo que puede redundar en una sentencia condenatoria –si la acusación alcanza el estándar de prueba exigido-; mientras que frente a una eximente alegada pero no probada, la consecuencia jurídica no puede ser otra que entender la eximente como constitutiva de una duda razonable, que impide que prospere la acusación. A efectos prácticos podría decirse que se da por probada la eximente de responsabilidad cuando se logre crear una duda razonable, aunque epistemológicamente pueda resultar imprecisa.

Bibliografía

- Agudelo, N. (2007). *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Bogotá: Temis.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. España: Centro de estudios constitucionales.
- Allen, R. (1998). Truth and its Rivals. *The Goals of Evidence Law*. California: University of California.
- Andrés Ibañez, P. (1996). Presunción de Inocencia y Prisión sin Condena. *Cuadernos de Derecho judicial*.
- Bunge, M. (2002). *Las ciencias sociales en discusión*. Argentina: Sudamericana.
- Bustos Ramírez, J. J., & Hormazábal, H. (1997). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. España: Trotta.
- Cassirer, E. (1943). *Filosofía de la ilustración*. Madrid: Fondo de cultura económica.

- Cuerda Riezu, A. (2014). La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación? . *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 18.
- De Paúl Velasco, J. M. (1999). Instrucciones al jurado. Observaciones prácticas con alguna incursión teórica. *Manuales de formación continuada*, 203-270.
- Dershowitz, A. M. (1997). *Reasonable Doubts: The Criminal Justice System and the O.J Simpson Case*. Nueva York: Touchstone.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Fernández López, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). Los Estándares de Prueba en el Proceso Penal Español. *Cuadernos de filosofía del Derecho*.
- Foucault, M. (1980). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Gascón, M. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Macial Pons.
- Gascón, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*(28), 127139.
- Goldschmidt, J. (1961). *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- In re Winship, 397 (Corte Suprema de Estados Unidos 1970).
- Larrauri, E. (2015). Antecedentes penales. *Eunomía: Revista en cultura de la legalidad*, 153-159.
- Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Laudan, L. (28 de Julio de 2008). *Legal Epistemology: the Anomaly of Affirmative Defenses*. Recuperado el 5 de 1 de 2016, de Social Science Research Network: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1183363
- Laudan, L. (2011). *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Levy, J. (2013). A Principled Approach to the Standard of Proof for Affirmative Defenses in Criminal Trials. *American Journal of Criminal Law*.
- Lopera, G. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *Doxa*, 211-243.

- MacCormick, N. (1980). The coherence of a case and the reasonableness of doubt. *Liverpool Law Review*, 45-50.
- MacCormick, N. (1980). The Coherence of a Case and the Reasonableness of Doubt. *Liverpool Law Review*.
- Maier, J. (1999). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del puerto.
- Muñoz Conde, F. (1998). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. *Lección Inaugural*, 1-56. Sevilla, España: Universidad Pablo de Olavide.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (Vol. 1). Madrid: Civitas.
- Sandoval, J. (2003). Causales de ausencia de responsabilidad penal. *Revista de Derecho*, 1-18.
- Sotomayor, J. O. (1996). *Inimputabilidad y sistema penal*. Bogotá: Temis.
- Taruffo, M., Andrés Ibáñez, P., & Candau Pérez, A. (2009). *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo.
- The Innocence Project*. (s.f.). Recuperado el Agosto de 2015, de <http://www.innocenceproject.org/>
- Vásquez, C. (Ed.). (2013). *Estándar de prueba y prueba científica*. Madrid: Macial Pons.

Jurisprudencia

Española

- SSTC 124, 124 (Supremo Tribunal Constitucional 4 de Junio de 2001). SSTC 138, 138 (Supremo Tribunal Constitucional 13 de Octubre de 1992). STC 185, 185 (Supremo Tribunal Constitucional 6 de Noviembre de 2014).

Colombiana

- C-578 (Corte Constitucional 30 de Julio de 2002).
- 24468 (CSJ 30 de marzo de 2006).
- C-060, 060 (Corte Constitucional 30 de Enero de 2008).
- C-416, 416 (Corte Constitucional 28 de Mayo de 2002).
- C-828, 828 (Corte Constitucional 20 de Octubre de 2010).

Otra

In re Winship, 397 (Corte Suprema de Estados Unidos 1970).