

Incertidumbre de la presunción de inocencia en el proceso penal colombiano

*Uncertainty of the presumption of innocence
in the Colombian criminal procedure*

José Carlos Hernando Ubaté Ortega¹

Resumen

El presente trabajo investigativo es producto de la consulta documental hecha a nuestra doctrina nativa e internacional, así como a la jurisprudencia colombiana y a la ley procesal penal colombiana vigente (sistema penal con tendencia acusatoria); lo que permitió identificar contradicciones, vacíos y falta de eficacia del principio de presunción de inocencia en la Ley 906 de 2004 y la Ley 1826 de 2017, el denominado proceso penal abreviado y del acusador privado. Igualmente, el artículo contextualiza, analiza e interpreta la presunción de inocencia como norma rectora de gran importancia en la legislación penal colombiana y del mundo, articulándose con el denominado estándar de prueba más allá de toda duda razonable; figura jurídica esta de mucha importancia, que debe estar en consonancia con el principio aquí mencionado, al igual que con la consecución, protección de derechos fundamentales para la persona procesada penalmente. El análisis entrelazado de ambas instituciones jurídicas se aborda desde la óptica de la discusión, enfatizando en la falta de eficacia del principio (presunción de inocencia) en el sistema de enjuiciamiento acusatorio colombiano.

153

Cómo citar este artículo: Hernando, J. C. (2022). Incertidumbre de la presunción de inocencia en el proceso penal colombiano *Revista Nueva Época*, 59, 155-183. DOI: 10.18041/0124-0013/nuevaepoca.59.2023.11641



¹ Docente de jornada completa de derecho penal de la Universidad Libre, Sede Principal. Especialización en Derecho de Familia. Especialización en Gerencia y Proyección Social de la Educación (Facultad de Ciencias de la Educación). Magíster en Derecho Procesal. Doctor en Derecho. Correo: carlosh-ubateo@unilibre.edu.co

Palabras clave: presunción, inocencia, BARD, estándar, más allá, prueba, duda razonable, vulneración, procesado, deconstrucción

Abstract

This paper is product of the documentary research made to our native and international doctrine, as well as to Colombian jurisprudence and the current Colombian criminal procedural law, (Criminal System with Accusatory tendency) thereby allowing the identification of contradictions, gaps and lack of effectiveness. of the principle of presumption of innocence in Law 906 of 2004 and Law 1826 of 2017, the so-called abbreviated criminal process and the private prosecutor. Likewise, the paper contextualizes, analyzes, and interprets the presumption of innocence as a guiding norm of great importance in Colombian and world criminal legislation, articulating with the so-called standard of proof beyond all reasonable doubt, a legal figure of great importance that must be in line with the principle mentioned here, as well as with the achievement of protection of fundamental rights for the person criminally prosecuted. The intertwined analysis of both legal institutions is approached from the perspective of discussion, emphasizing the lack of effectiveness of the principle (presumption of innocence) in the Colombian adversarial prosecution system.

Keywords: presumption, innocence, BARD, standard, beyond, proof, reasonable doubt, violation, indicted person, deconstruction

Introducción

En Colombia, en 2005, entró a imperar la Ley 906 de 2004 (proceso penal con tendencia acusatoria), sistema normativo que contiene el principio de *presunción de inocencia* y el llamado *estándar de prueba más allá de toda duda razonable*, instituciones que se tienen como hechos sociales de poder y dominio, que, junto con las figuras de la deconstrucción, el arte, la cultura,

las prácticas jurídicas y el lenguaje, perfilan y cambian el ambiente del proceso penal; cambios que se hacen acompañar de las garantías procesales y la principialística, instituciones estas que orientan el desarrollo y la transformación de la ritualidad penal.

El *estándar de prueba más allá de toda duda razonable* es un instrumento jurídico de mucha importancia en la consecución de la verdad y en la

protección de garantías y derechos del sindicado, incorporado a la legislación penal colombiana para adelantar metódicamente los juicios como instrumento que ayude a materializar la presunción de inocencia; permitiendo igualmente salvaguardar la esencia del ser humano en las actuaciones jurídico penales y que participe en la toma de decisiones lo más cerca posible a la realidad de los hechos.

Sin embargo, alguna parte de la doctrina autorizada no se encuentra conforme con el contenido, práctica y resultados del estándar de prueba más allá de toda duda razonable y pone de presente y en discusión los riesgos que genera esta figura, al ser llevado a los casos judiciales en concreto. Igualmente, se observa que tan solo se tiene un estándar de prueba para adelantar las decisiones que han de ser tomadas en el rito penal; por ello, son necesarios distintos estándares de prueba que auxilien las decisiones judiciales y asistan la aplicación de presunción de inocencia no solo en el fallo final, sino en las providencias intermedias.

Por tal razón, el presente artículo se ocupa del estudio, análisis e interpretación del principio de presunción de inocencia, armonizado con los hechos sociales con poder de coerción, producto estos de la continua y repetida reconstrucción o deconstrucción que

hace el tejido social; tal cual como sucede con el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, en donde, obligadamente, se requiere del recorrido y contenido del proceso penal colombiano y se debe tener presente las actividades e instituciones procesales que forzosamente deben participar.

Problema jurídico

La presunción de inocencia data aproximadamente de 1789, principio que fue creado por la sociedad de aquel entonces, una sociedad que interactuaba para la época, conforme a otras necesidades y hechos sociales, utilizando el derecho desde la peligrosidad, sin hacer estudios en profundidad sobre las causas de la divergencia o desviación como lo hace y entiende la criminología hoy.

La presunción de inocencia y el estándar de prueba más allá de toda duda razonable se crearon y conceptuaron para otro contexto cultural, otra forma de pensar, otras prácticas y momentos, el proceso penal aún no había tenido el recorrido y las instituciones con que hoy cuenta; los conceptos tanto del derecho penal como del procesal penal eran disímiles. Por otro lado, hoy en día este principio necesariamente debe estar en consonancia con el estándar de prueba más allá de toda

duda razonable, figura traída de la legislación americana a la nuestra, siendo allí diversa su práctica, enfoque, filosofía, aspecto cultural y los órganos que lo ponen en marcha y práctica; de ahí los innumerables vacíos que este presenta y los diversos ataques que ponen en duda su eficacia. De ello surge el problema jurídico y la siguiente pregunta problema: ¿La presunción de inocencia, tal como se encuentra concebida hoy en día en la legislación procesal penal colombiana, afecta los derechos del sindicado o procesado penalmente?

Tesis o esquema de resolución

Tradicionalmente, la presunción de inocencia es tenida en el mundo jurídico como el principio que favorece al sindicado, manteniendo su inocencia hasta tanto no se dé sentencia condenatoria y esta se encuentre ejecutoriada. Sin embargo, del estudio del rito penal, de la práctica judicial, del contenido de la ley, de la jurisprudencia y de la consulta doctrinal se vislumbra que este principio no es lo suficientemente eficaz para la protección del sindicado o procesado cuando se toman decisiones judiciales.

Metodología

Se acude a los hechos sociales, al estudio, análisis e interpretación del

artículo 29 superior y a los artículos 7.º, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004. Igualmente, se recurre a las prácticas sociales, la jurisprudencia, la doctrina nacional y extranjera que tratan la presunción de inocencia y el estándar de prueba.

1. Los hechos en la ritualidad penal y en la presunción de inocencia en la época contemporánea

Las prácticas sociales han creado la necesidad de inventar o idear instrumentos jurídicos que, como afirma Foucault, “pueden llegar a engendrar dominios de saber que no sólo hacen que aparezcan nuevos objetos, conceptos y técnicas, sino que hacen nacer además formas totalmente nuevas de sujetos y sujetos de conocimiento” (1980. p. 14). El mismo Foucault, refiriéndose a la historia del proceso judicial, señala que fue este el proceso “a través del cual el pueblo se apoderó del derecho de juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes lo gobernaban” (p. 64).

Hoy en día, los nuevos dominios de saber o conocimiento y los nuevos estilos o maneras de poder son las nuevas formas de buscar la verdad, saber y poder que encontramos también en el nuevo sistema penal con tendencia

acusatoria colombiano, el cual ha venido siendo impactado directamente por la deconstrucción, fenómeno social, filosófico, artístico y jurídico este que vuelve al pasado por los contenidos de las prácticas sociales, para, sobre la experiencia ya obtenida, construir el nuevo conocimiento y el poder jurídico que debe tener el derecho penal tanto sustantivo como adjetivo; y este, al mismo tiempo, con la finalidad de “la averiguación, determinación y valoración de hechos delictivos, el establecimiento en sentencia, de la participación del imputado y la determinación de su responsabilidad y la pena que le corresponde, así como la ejecución de la misma” (Lindquist, 2015. p. 7).

Deconstrucción y dominios de saber que están inmersos en el proceso penal, produciendo nuevas culturas jurídicas globalizantes, nuevos conocimientos o sapiencias que obligatoriamente se articulan con la principalística, como soporte de un sistema penal garantista, y que impactan el estándar de prueba más allá de toda duda razonable.

En cuanto al proceso penal como un hecho social de gran importancia, Montero Aroca señala “que es el único elemento objetivo que sirve para individualizar un proceso distinguiéndolo de los demás. La persona acusada sirve también para individualizar el proceso,

pero en tanto que es el elemento subjetivo del mismo, no como su objeto” (1997, p. 128). La ritualidad adjetiva como fuente de poder saber contiene distintas instituciones jurídicas, entre ellas la acusación como acto procesal de poder por parte del Estado, de la cual el sindicado se siente amparado o se puede defender con los principios; entre ellos el de *presunción de inocencia*, al punto de que el sindicado puede hacer lo siguiente:

Limitarse a negar el hecho objeto del proceso, a considerar que el mismo no es delito, a rebatir la calificación jurídica o a impugnar la determinación de la pena, con lo que ni siquiera aportaría elemento alguno que contribuyera a delimitar el objeto del debate. Pero puede también contribuir a delimitar el objeto del debate afirmando hechos, calificándolos jurídicamente de modo propio. (p. 128)

Es necesario decir que tanto la imputación como la acusación son actos procesales jurídicos que, a la postre, son hechos sociales de inmensa importancia, como sostiene Durkheim:

Un hecho social se reconoce en el poder de coerción externa que ejerce o es susceptible de ejercer sobre los individuos; y la presencia de este poder se reconoce, a su vez, ya por la existencia de alguna

sanción determinada, ya por la resistencia que el hecho opone a toda empresa individual que tienda a hacerla violenta. (1999, p. 30)

En otras palabras, un hecho social dentro de un grupo humano tiene la capacidad de “ejercer sobre el individuo una coacción exterior o bien; que es general en el conjunto de una sociedad, conservando una existencia propia, independiente de sus manifestaciones individuales” (p. 32).

Teniendo el hecho social como la actividad o mandato de coerción (el proceso penal), es necesario articularlo con el hecho investigado judicialmente, ya que esta clase de hechos “se identifica a través de una variedad de circunstancias (de tiempo, de lugar, de temperatura, de color, de sonido, de conducta, de conexión con otras circunstancias) que, por decirlo así, componen el hecho de que se trata” (Taruffo, 2010, p. 223); con la particularidad de que cada hecho investigado jurídicamente es totalmente diferente, lo que presenta infinidad de problemas en su investigación, narración o dicho, interpretación y adecuación para la norma penal.

El acomodamiento por parte del legislador del hecho social de gran importancia por tener coerción externa para el individuo requiere de estudio, interpretación, análisis, ponderación,

al adecuarse a un tipo penal. La misma exigencia requiere la averiguación de la verdad de todos y cada uno de los hechos sociales que se someten al examen del proceso penal.

Habitualmente, ha sido una especie de *by-product* de las teorías del razonamiento jurídico y, por consiguiente, han estado fuertemente *rule-centered*: los filósofos del derecho se han ocupado esencialmente de la interpretación y de la aplicación de las normas, sin profundizar particularmente en el análisis de los hechos, salvo en términos de reconducción (o de subsunción) de ellos a los supuestos de hechos normativos.

Recientemente, se ha contrapuesto a esta tendencia tradicional, y ampliamente predominante, una concepción diferente y muy difundida, que se designa con la denominación comprensiva de *particularism*, aunque existen varias versiones de este. Según esta concepción, las decisiones versan siempre sobre situaciones específicas, conciernen a personas particulares y deben ser justificadas haciendo referencia a las circunstancias del caso concreto. (p. 226)

Esto es, que el “juez debe tomar en consideración personas y aconteci-

mientos particulares, antes que abstracciones, concentrándose en los detalles del caso individual” (p. 226), sin dejar de lado la esencia del ser humano, concretamente la persona presuntamente sindicada, así como las circunstancias de tiempo, lugar y modo que condicionan el elemento fáctico, enfocado el funcionario judicial en eventos meramente particulares de cada caso investigado o juzgado.

La tendencia particularista ha tenido una notable difusión en el ámbito de las teorías postmodernas de la decisión judicial, así como en las relativas al juicio ético, y presenta aspectos interesantes, en la medida en que pone de relieve la importancia esencial que se debe atribuir a los hechos específicos de la situación particular que es objeto de juicio. (p. 227)

Esta corriente particularista exige que el juez debe proferir la decisión judicial intermedia y de fondo sobre fundamentos fácticos específicos; con relevancia en contenidos éticos y centrándose en el caso individual:

Se puede decir que la justicia de la decisión es función del esmero con que sean identificados los hechos, es decir, de la cantidad y de la calidad de los particulares que sean tomados en consideración. La identificación principal que se deriva de

las versiones razonables del particularismo apunta, precisamente, en el sentido de que los hechos deben ser determinados, si es posible, en todos sus aspectos significativos, a un de detalle. Naturalmente, se debe tratar de los aspectos *significativos*, no de la multitud de detalles inútiles agregados solamente *ad colorandum*, que, con frecuencia, se halla en muchas narraciones procesales. En el desarrollo de ese análisis, como se ha dicho antes, el juez no tiene frente a sus ojos el *hecho* como acontecimiento empírico del que pueda *percibir* los particulares. El juez debe *construir* (o reconstruir) los hechos sobre la base de los elementos de los que dispone, es decir, a) las alegaciones relativas a los hechos principales y secundarios realizadas por las partes; b) las informaciones que resultan de las actuaciones procesales, en particular, de las pruebas (de las declaraciones de testigos, de los dictámenes periciales, de los documentos típicos y atípicos), y c) las nociones proporcionadas por la experiencia y por el sentido común. (p. 230)

Esto le permite encaminar y desarrollar un proceso con las debidas garantías.

Vemos entonces que, en los hechos sociales y en el gran universo del poder

y el saber, se encuentran el derecho y el proceso penales, producto estos de la continua y repetida reconstrucción o deconstrucción que hace el tejido social en las distintas prácticas. Siguiendo a Durkheim, se puede decir que el derecho penal tiene un elemento de gran importancia como es el hecho social, siendo el derecho penal una de las principales instituciones que ejercen coacción sobre el individuo y el tejido social.

El derecho penal se “construye sobre una realidad que es ya producto de construcción social en el lenguaje común. Es decir, reconstruye la sociedad” (Baratta, 2006. p. 33) y la construye constantemente con el concurso del conocimiento interdisciplinar, fenomenología que convoca distintos conocimientos o saberes como la dogmática, la sociología, la politología, la ética, la política criminal, la jurisprudencia, los principios del derecho penal y procesal penal, la historia, la criminología, la antropología, la economía social, la psicología individual y colectiva, entre otros tantos saberes que orientaron deconstructivamente los caminos de la historia, permitiendo llegar a esta época contemporánea, que debe obtener los objetivos que la modernidad no alcanzó.

El juez, como símbolo de la justicia penal y determinante de la verdad

en la época contemporánea, tiene la tarea de buscar, “conservar y reproducir la realidad social existente” (p. 107), y, como exigencia del hecho social, lo debe hacer con el concurso de principios y garantías procesales, y sobre “una política de transformación de esta realidad, una estrategia alternativa basada sobre la afirmación de valores y de garantías constitucionales” (p. 107).

2. Estándar de prueba como instrumento vital de valoración en la presunción de inocencia

Entendida la ritualidad penal como un hecho social con poder de coerción sobre el tejido social, amerita señalar que el proceso penal es orientado, incidido, ilustrado, cualificado y calificado con el llamado *estándar de prueba más allá de toda duda razonable*, institución esta que forma parte del hecho social que, según la tradición histórica, “constituye la medida de convicción que debe alcanzarse o sobrepasarse para declarar la ocurrencia o no de un hecho jurídicamente relevante, dentro de un proceso reglado que busca la emisión de una providencia justa” (Velandia Coy, 2019. p. 6).

Entendido el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, como un hecho socialmente importante, es también un instrumento de poder y

de saber aplicado por muchos años en Europa y en el derecho anglosajón; en Colombia, al menos con buen vigor desde hace unos pocos años, traído por el legislador patrio como institución jurídica para el proceso penal con tendencia acusatoria, pero las teorías planteadas, los comentarios doctrinales y la práctica han llevado a concluir que los contenidos y la aplicabilidad del estándar de prueba más allá de toda duda razonable no es pacífica, emergiendo dos corrientes: una, en apoyo a la figura, y, la otra, que sostiene que el estándar de prueba presenta muchas confusiones, contradicciones, conflictos conceptuales, discusiones negativas en su contenido y en la práctica, afectando, por ende, el derecho procesal penal colombiano y el principio de *presunción de inocencia*.

Al fijar la mirada en los caminos de la historia, (la deconstrucción) en busca de los orígenes y hullas del estándar de prueba más allá de toda duda razonable, encontramos a Locke y Wilkins, quienes señalan que la institución aparece de manera incipiente en la ilustración con el denominado *BARD*:

Era la obtención de lo que llamaron una *certeza moral*. Calificaron esta certeza de *moral* no porque tuviera algo que ver con la ética o la moralidad, sino a efectos de contrastarla con la *certeza matemática* de tipo

que tradicionalmente se asocia a la demostración rigurosa. Las creencias que producían certeza moral no podían probarse más allá de toda duda; sin embargo, se trataba de verdades firmes y bien establecidas, fundadas en múltiples pruebas materiales y testimoniales. Por ejemplo, uno puede tener la certeza moral de que Julio César fue emperador de Roma o de que la tierra es redonda, aun cuando todavía queda espacio para que el escéptico escrupuloso no advierta de la posibilidad de que estemos delirando en torno a tales cuestiones. Lo que caracterizaba a las creencias acompañadas de certeza moral era que, aunque teóricamente siempre estuviera abierta a la duda del escéptico, en la práctica no había bases reales o racionales que justificaran dudar de ellas. En este marco surgió la noción de que un veredicto de culpabilidad requería que el jurado creyera en la culpabilidad del acusado *más allá de toda duda razonable*, o, bien, que dicha creencia constituyera una *certeza moral*. Los juristas de la época rápidamente notaron que, con base en estas nuevas revelaciones en el campo de la epistemología, el criterio apropiado para determinar que el acusado cometió el delito que se le imputa debería ser la *certeza moral* en lugar de la *certeza absoluta*. (Laudan, 2006, p. 64)

El denominado *BARD* es una regla a la que llamaron estándar de prueba, admitida por la justicia americana y aplicable por parte del sentenciador cuando había una certeza moral. En otras palabras, se trataba de lo siguiente:

Una certeza razonable o moral; es decir, una certeza que convence y dirige el entendimiento, y que satisface la razón y el juicio de aquellos obligados a actuar conscientemente con base en la certeza. Esto es lo que se considera una prueba más allá de toda duda razonable [...]. (Laudan, 2006, p. 65)

Esta forma de definir la regla permite creer que se combinan ciertos ingredientes propios del entendimiento humano, esto es, la razón, la conciencia, el juicio, la sensatez o cordura, en buena medida la esencia del individuo humano.

En la justicia americana, los argumentos, conceptos e ingredientes que sistematizan jurídicamente el proceso penal llevan al ente acusador, a la defensa e indiciado, a articular y analizar el aspecto fáctico y probatorio, con la finalidad de proteger al procesado penalmente de decisiones aligeradas y arbitrarias, al punto de afirmarse que *BARD*, como regla, fue “diseñada, entre otras cosas, para proteger al acusado de veredictos apresurados,

asociados a una justicia tribal o de patrullas ciudadanas (*vigilante justice*). Fue creado para justificar el significado de la presunción de inocencia a favor del acusado” (p. 73).

Conforme a lo anterior, es la finalidad que persigue el estándar de prueba, como también es la de justificar y apoyar el significado y contenido de la presunción de inocencia. Entonces, es dable decir que el juez se debe apartar de aspectos subjetivos y culturales en la toma de sus decisiones, “debe, en primer lugar, evitar vincular la prueba con las creencias, convicciones o dudas del sujeto decisor acerca de los hechos” (p. 146); por cuanto el juez estaría frente a un aspecto subjetivo, al utilizar su conocimiento personal o cultura adquirida a lo largo de su vida, la cual funciona como ADN ya sea personal o social y, por ello, es necesario cuestionarse o analizar:

Cuando se ha alcanzado la prueba de un hecho, más precisamente, cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe, y descansarán en última instancia en exigencias o grados de confirmación. Los argumentos de la confirmación, en cambio, son razones para justificar la solidez o la debilidad de la confirmación y responden, por tanto, a la pregunta de por qué una hipótesis esta más o

menos confirmada o resulta más o menos probable. (Gascón Abellán, 2012. p. 87)

Quienes están de acuerdo con el estándar de prueba más allá de toda duda razonable lo consideran como el utensilio más eficaz a fin de llevar al juez a tomar la decisión más justa, salvaguardando derechos del sindicado o procesado en el proceso penal, contrario a lo que se dice del estándar de la íntima convicción, con respecto al cual se afirma lo siguiente:

Estando ante un estándar de prueba que apela a las creencias del sujeto que decide, este tiene un carácter enteramente subjetivo que hace incontrolable su aplicación. Es más, ¿en qué momento la convicción es suficientemente firme para considerar probado un enunciado sobre los hechos? La vaguedad de la apelación a la íntima convicción es tal que podría decirse, más claramente, que no es un estándar de prueba en estricto sentido. (Ferrer Beltrán, 2007, p. 145)

La anterior es una crítica muy fuerte, pero mucho más enérgicas son las críticas negativas que se le hacen al estándar de prueba más allá de toda duda razonable, figura utilizada por la justicia americana, aproximadamente desde 1850 y, en nuestro país, el mis-

mo estándar de prueba, de manera sólida, a partir de la entrada en vigor del sistema acusatorio.

Al punto, se cuestiona la figura por parte de grandes teóricos, juristas, funcionarios y filósofos, apoyados en teorías, estudios, prácticas, roles, casos de la vida real, diciendo que al estándar de prueba más allá de toda duda razonable le falta eficacia en el proceso penal.

En el caso *Burnett vs. Nebraska*, por ejemplo, el tribunal instruyó al jurado diciéndole que una duda razonable consistía en esa duda que podía explicarse entre ellos y para lo cual podían ofrecer una razón a la luz de las pruebas aducidas en el caso concreto. Parte de las instrucciones específicas que el juez dio al jurado fue que *por duda razonable no se entiende que el acusado quizá pueda ser inocente del delito que se imputa, sino que implica una duda concreta con base en alguna razón*. Este lenguaje aparentemente inocuo fue censurado en apelación; el tribunal de apelación sostuvo que esta definición era errónea y revoco la condena respectiva. (Laudan, 2006, p. 74)

Otros casos de la justicia americana, concretamente en los tribunales de apelaciones, con fundamento en el concepto de *más allá de toda duda ra-*

zodable, han tenido que revocar las decisiones.

Algunos de los razonamientos que están detrás de la tendencia a considerar incorrecta esta interpretación de BARD provienen de otro caso revisado en apelación, *Morgan vs. Ohio*, en donde el juez respectivo también había empleado la glosa *esa duda para la cual puede ofrecerse una razón*. El tribunal de apelación pregunto lo siguiente: ¿Qué clase de razón se espera? ¿Bastaría una razón muy débil o se requiere de una muy fuerte? La propuesta no arroja luces al respecto. Parece, entonces, que hay necesidad de una explicación más profunda para superar el problema de la indefinición. La expresión comentada está incluso calculada para confundir. (p. 75)

Se observa, entonces, la confusión y la falta de exactitud conceptual, lo que no ayuda en nada al estudio de cada caso, mucho menos para precisar hasta dónde debe ir la razón, la cantidad de esta para poder decidir. Lo mismo ocurre con los términos *más allá de toda duda razonable*, ¿cómo medir la cantidad de duda?, ¿cómo medir la cantidad de razón?, ¿cómo hacer para determinar una o varias dudas?; ya que se dice *más allá de toda duda*, ¿en qué momento el decisor se encuentra más allá de esa duda?, ¿cómo saber

que se encuentra más allá de toda duda? Ese *más allá* puede lindar con lo subjetivo, esto es, el conocimiento, creencias o cultura del juez.

Las críticas negativas para este estándar *más allá de toda duda razonable* se vislumbran también en el caso de *Siberry vs. State*, citado por Laudan; allí, se señala: “pensamos que una instrucción como la que estamos considerando sólo puede crear confusión, además, en detrimento del acusado” (p. 77).

En definitiva, esta forma de analizar la cuestión rompe con la distinción entre una duda (posible) y una duda razonable. Seguramente podemos conceder que un miembro del jurado puede seguir teniendo dudas en la culpabilidad del acusado tras haber escuchado todas las pruebas aducidas en un caso concreto. (p. 77)

Se trata aquí del análisis y aplicación del estándar de prueba *más allá de toda duda razonable*, por parte del jurado en la justicia de los Estados Unidos frente al caso en particular, pero, frente a la competencia de cada caso o de los distintos casos, *más allá de toda duda razonable* para cada juez puede ser diferente, lo cual puede llegar a los predios de lo subjetivo.

A pesar de haber otro estándar de prueba, como “la preponderancia de la

prueba (en adelante, PDLP), y pruebas claras y convincentes (en adelante, PC y C)” (p. 94), de estos también se puede inferir un buen menú de críticas negativas, ya que, prácticamente, son hechos a imagen y semejanza del estándar de prueba *más allá de toda duda razonable*, por lo cual este se convierte como se describe a continuación:

En un mantra, en lugar de estándar de prueba bien definido que alguna vez fue. Desprovisto por entero de un contenido sustantivo mediante una serie de decisiones judiciales bien intencionadas, aunque mal tomadas, actualmente sirve, en el mejor de los casos, como una mera exhortación al jurado a no tomar su encargo a la ligera. Lo que no hace, en su forma actual, es dar a los jurados pistas mínimas acerca de cómo deberían lucir unas pruebas contundentes de culpabilidad. (p. 92)

A lo largo de la práctica de la institución estándar de prueba, se le atribuyen críticas negativas, vacíos, desaciertos, confusiones, falta de uniformidad en su contenido, falta de contenido en el término razón, lenguaje inocuo, dudas, falta de uniformidad y de eficacia, lo que significa que el estándar de prueba no es capaz de llevar al juez a tomar decisiones conforme a la verdad histórica; afectando las decisiones judiciales y, por supuesto, la presun-

ción de inocencia para la persona investigada o procesada penalmente, sin que se pueda determinar en qué momento el procesado es culpable del delito por el que se le acusa.

Lo cierto es que hay argumentos serios por parte de autoridades en este tema, que demuestran que el estándar de prueba, en su contenido, práctica y definición, confunden al funcionario decisor, afectando y derrumbando el contenido y fines de la presunción de inocencia, puesto que se presenta la siguiente situación:

Una impresionante cantidad de pruebas directas que muestran que los miembros del jurado suelen estar profundamente confundidos sobre el significado de BARD. En un estudio con aproximadamente seiscientos jurados de Michigan, Geoffrey Kramer y Doeran Koenig descubrieron que un cuarto de ellos creía que *se tiene una duda razonable si uno puede ver alguna posibilidad, sin importar cuán tenue sea, de que el acusado sea inocente*. No es sorprendente que más o menos la misma proporción de entrevistados concordara en que, *para hallar al acusado más allá de toda duda razonable, debe estarse cien por ciento seguro de la culpabilidad de aquel*. Los tribunales de apelación han rechazado estas interpretaciones en innumerables oportunidades,

argumentando que no toda duda es una duda razonable y, también, que los miembros del jurado no necesitan estar absolutamente seguros de la culpabilidad de alguien. Otro estudio con jurados de Florida descubrió que uno de cada cuatro de los entrevistados creía que cuando hay un empate en el valor de las pruebas ofrecidas por la acusación y por la defensa, ¡debía hallarse culpable al acusado! Solo la mitad sostuvo que el acusado no estaba obligado a ofrecer prueba alguna de su inocencia. ¿Cómo pueden los jurados aplicar racionalmente un estándar a las pruebas disponibles cuando sus miembros tienen tan divergentes interpretaciones de ese estándar y cuando tantos jurados y tribunales se niegan a explicar lo que significa? (p. 86)

Ferrer propone lo siguiente:

Para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: 1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas. 2) Debe haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compa-

tibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc. (p. 147)

Así mismo, Ferrer expresa que es tan solo un ejemplo de propuesta sobre cómo sería un estándar de prueba que cumpla con las exigencias para controlar racionalmente la aplicación de esta figura.

Cada sociedad deberá tomar, pues, las decisiones al respecto que se consideren más oportunas en cada momento. Pero la seguridad jurídica exige que el estándar de prueba con el que se van a juzgar los hechos sea conocido de antemano respecto de la decisión. También el derecho de la presunción de inocencia parece requerir lo mismo, puesto que, si no se conoce el estándar de prueba, no hay forma de saber cuándo se ha derrotado la presunción. (p. 152)

En Colombia, Bustamante Rúa (2010), frente al estándar de prueba referido en la Ley 906 de 2004, y frente a la presunción de inocencia, señala:

Así mismo, se puede denotar que, a partir de la vigencia de la actual Constitución Política, la normativa procesal penal contempló de manera específica entre sus principios y garantías procesales la presunción de inocencia; pero, tal vez de ma-

nera desprevenida, por no decir de manera desapercibida, la doctrina colombiana no se ha ocupado de su evolución y desarrollo legal y jurisprudencial, y menos aún de darle una lectura desde el estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda. (p. 82)

2. La presunción de inocencia frente al estándar de prueba en el proceso penal colombiano

En este acápite se hace referencia a la presunción de inocencia en el proceso penal colombiano acusatorio, acudiendo para ello a los conceptos, estudios, contenidos y críticas del denominado *estándar de prueba más allá de toda duda razonable*, BARD, y atendiendo los contenidos del hecho penalmente relevante, y al hecho jurídico social que despliega conocimientos, dominios en un grupo humano; así como a la presunción de inocencia que es considerada como un hecho social y que forma parte de los distintos instrumentos limitantes del poder punitivo del Estado y del derecho penal, ya que, como se ha sostenido social y jurídicamente, va a favor del sindicado en cuanto a “la averiguación, determinación y valoración de hechos delictivos, el establecimiento, en sentencia, de la participación del imputado y la determinación de su responsabilidad y la pena que le co-

rresponde, así como la ejecución de la misma” (Lindquist, 2015. p. 7), entre otras tantas actuaciones jurídico-penales en donde el principio debe de estar presente.

La presunción de inocencia, como principio o valor universal del cual podemos decir que tuvo su remoto origen en la época de Ulpiano, ciudadano romano que vivió antes de Cristo, y quien señaló que “es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar un inocente” (Rousseau, 1979, p. 217, como se citó en Martínez Cisneros, p. 231), mantuvo su vigencia en la justicia de la Edad Media, sin que se dejara de aplicar antes de la Revolución Francesa, dando cuenta de una ordenanza que incluía el siguiente párrafo: “Todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos” (Hernández Pliego, 2007, p. 86.). El mismo Beccaria lo consideró como valor muy útil en sus estudios hechos a la legislación penal, al igual que Raffaele Garofalo y Ferri.

En época cercana, con el auge de los derechos humanos, diferentes instituciones internacionales, entre ellas la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, así como normas de orden constitucional y legal, han incluido en sus textos la presunción de

inocencia como instrumento necesario para la protección no solo de la persona vinculada a un proceso penal, sino de todas las actividades habituales del hombre de hoy en día. Todo ello por la siguiente razón:

En la vida diaria exigimos que se nos considere seres desprovistos de maldad o, al menos, incapaces de realizar actos que evidentemente perjudiquen a los demás y, por tanto, con la capacidad mínima para convivir en armonía con los otros miembros de la sociedad. Los individuos han experimentado que lo más adecuado y funcional para lograr cierto nivel de armonía es creer en los otros, pensar que son gente que, en esencia, comparte los mismos valores y principios. Así pues, lo socialmente admisible es respetar a los demás y creer que uno mismo y todos los demás tenemos, salvo diferencias sin importancia, la misma idea de respeto. Esa convicción constituye un reflejo de la razonabilidad y, por tanto, civilidad de un pueblo; revela que un grupo ha dejado muy atrás el estado salvaje de todos contra todos, la ley del más fuerte, el estado de barbarie fincado en la fuerza bruta y la violencia, que niega los símbolos, el orden, la medida, la inteligencia y el deseo de trascendencia espiritual. (Martínez Cisneros, p. 229)

Ahora bien, a nivel teórico, y sin pretender que los demás principios del derecho penal sean menos importantes, la presunción de inocencia es un principio que soporta amplio contenido, esto es, se le atribuye variedad de funciones, entre otras, las que tienen que ver con su aplicación, siendo esta muy amplia; y es Laufer (1995, pp. 333-334, como se citó en Laudan, 2006, p. 139) quien sostiene lo siguiente con respecto a la presunción de inocencia:

Privilegio contra la autoincriminación, el derecho a guardar silencio, la regla sobre el descubrimiento de la prueba, e incluso el derecho a recibir asistencia jurídica y el de confrontar a nuestro acusador, todos descansan en la presunción de inocencia y son reflejo de esta.

También se le debe atribuir a la presunción de inocencia la función de la defensa activa y pasiva, el planteamiento de una estrategia para sacar avante el juicio, impugnar las decisiones que en contra del procesado se dictan, hacer reparo al descubrimiento de elementos de prueba y la información obtenida por parte del fiscal del caso, particularmente cuando este ha encontrado un elemento material de prueba que le sirva al procesado para su defensa, debiendo ser entregado por el ente acusador o pidiéndose por la defensa.

Así mismo, este principio otorga la facultad de ayudar a crear una teoría del caso que nivele, reduzca o tumbé la creada por la fiscalía, que soporte la controversia y le indique al fallador cuál será la pretensión, hechos jurídicamente relevantes y acervo probatorio que tiene la defensa; igualmente, que se presenten cargas argumentativas que permitan, conforme al artículo 295 del C.P.P., materializar y defender la excepcionalidad de la restricción de la libertad y, por supuesto, acudir a los terrenos y contenidos de la duda. Además, tiene la función del “desplazamiento de la carga de la prueba hacia la parte acusadora quien deberá probar los elementos constitutivos de la pretensión penal y desvirtuar este principio” (Bastidas de Ramírez y Bastidas Ramírez, 2004. p. 141).

La Corte Constitucional, en las Sentencias C-205 de 2003 y C- 003 de 2017 enseña:

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpa-

bilidad. Así pues, la presunción de inocencia se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos textos de derechos humanos. (Corte Constitucional de Colombia, 2017)

Esta figura jurídica instituida en el artículo 29 de la Constitución Política colombiana, y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, no solo es amplia, sino generosa, por cuanto va desde la misma indagación hasta que la sentencia quede ejecutoriada, constituyéndose como uno de los ejes o valores dorsales de la ritualidad procesal penal que protege al sindicado, en su honor, valores, libertad y patrimonio personal, contra todo desprestigio y responsabilidad penal en tanto no sea declarado responsable penalmente a través de sentencia ejecutoriada.

Sin embargo, este postulado, al cual se le atribuyen serias tareas y enorme importancia en el mundo jurídico penal, no ha sido objeto de revisión ni de estudio profundo frente a su contenido y eficacia, máxime cuando se ha venido presentando la avalancha de nuevas culturas sociales y jurídicas, con el agravante de que el principio fue creado desde hace ya varias centurias, en un momento histórico totalmente diferente y para una sociedad totalmente distinta a la

de hoy en su pensamiento, prácticas sociales y valores.

El principio requiere ser deconstruido, repensado y reformado como muchos otros principios, como uno de los grandes hechos sociales. Se hace necesario estudiarlo, repensarlo y situarlo en el contexto contemporáneo, por cuanto, frente a este, existe un abierto debate:

Debate alrededor de cuándo y a quién se aplica; y que los tribunales y los académicos no se ponen de acuerdo en si dicha doctrina se yergue sobre sus propios pies o si se trata más bien de una consecuencia obvia, y hasta trivial, del estándar de prueba (o quizá de la carga de la prueba). (Laudan, 2006, p. 139)

Se considera que este principio jurídico no está amparado por un verdadero estándar de prueba; por cuanto el estándar de prueba aplicado a nuestra legislación patria, como ya se dijo, no es uniforme y está lleno de vacíos, contradicciones, confusiones, su contenido y concepto no son claros, prestándose para la confusión en su aplicabilidad, y llevando al aplicador de justicia a los terrenos de la subjetividad y de su ADN cultural.

No posee un lenguaje activo, propio de esta nueva época global y digital, en donde el lenguaje o idioma comunicante se preste para anunciar con

claridad y certeza, para cumplir así con su verdadero objetivo, que sea capaz de llevar al juez a tomar decisiones conforme a la verdad histórica, en donde exista consonancia entre el denominado *BARD* o *estándar de prueba más allá de toda duda razonable* y la presunción de inocencia.

En cuanto al estándar de prueba, como institución jurídica en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 (y como se reseñó para la justicia americana), sus confusiones, lenguaje inocuo, incomprensible y trivial se empiezan a gestar desde la misma indagación o investigación no formalizada; esto es, desde las diferentes actividades de policía judicial, como la inspección corporal, el registro personal con fines de investigación criminal, solo por mencionar estas, quedando el principio indefenso y sin poder cumplir su objetivo de presumir inocente al indiciado.

La razón radica en que, desde la misma indagación como hecho social de importancia y de los elementos materiales probatorios e información recolectada, se infiere la autoría o participación de una persona en el delito, hasta el punto de iniciar el proceso penal y ser vinculante, haciendo uso del estándar de prueba más allá de toda duda razonable, el cual, como ya se indicó, concibe incompatibilidades propias de dicha figura, esto es, que

se infiere autoría y participación en esta actuación, acudiendo al “ámbito de aplicación de la Pdl” (p. 145).

Es incompatible y se afecta la presunción de inocencia porque el investigador judicial y el ente acusador tienen el rol u obligación de crear hipótesis conforme al acervo probatorio recolectado sobre la cual la fiscalía sostiene la imputación; señalando desde ese mismo momento el camino para la futura acusación y esto tan solo con el estudio que el ente fiscal hace de los hechos, el acervo probatorio y el aspecto jurídico. Sirviendo, además, para la restricción de la libertad conforme a dicha hipótesis, hechos y elementos materiales e información, y conforme a la filosofía del *estándar de prueba más allá de toda duda razonable*, en donde el juez cumple con el principio de inmediación, sin que haga reparo de las figuras en comento.

No es suficiente que se investigue y se recoja acervo probatorio, y que tanto fiscal como juez construyan sus propias consideraciones y decisiones, es necesario que estas actividades sean el producto del trabajo, estudio, análisis juicioso, serio y responsable a través de la mediación y orientación de un estándar de prueba acorde con nuestra propia realidad; conforme a los contenidos, análisis y estudios criminológicos contemporáneos, a la institución procesal que está siendo

objeto de una decisión, a un estándar de prueba que se acomode a las actividades jurídicas que realiza el fiscal y la Policía Judicial, al descarte y destrucción de hipótesis que sostienen la sindicación penal. Si no es así, se presenta el divorcio entre el estándar de prueba y la presunción de inocencia, máxime cuando de este principio se sostiene que “constituye una ley *indubitable, axiomática y elemental*, su aplicación es *uno de los pilares* de la administración de justicia penal, es como para dejarnos estupefactos” (p. 139).

Teniendo en cuenta que el proceso penal es un instrumento primordial en la búsqueda de la verdad, y que debe cumplir sus objetivos con eficacia, debe contar con estándares de prueba que posibiliten, de manera armónica y articulada, el estudio de cada una de las instituciones jurídicas, desde la indagación hasta la decisión final, con el fin de que la presunción de inocencia quede a salvo; de ahí que no solo deba haber un único estándar de prueba, sino varios, dependiendo de la decisión judicial por tomar.

Desde la misma indagación, y durante todo el desarrollo del proceso penal, tal como se encuentra concebido el estándar de prueba en nuestra legislación, genera muchos interrogantes, por ejemplo: ¿el aplicador de justicia y garante de derechos de las partes

descifra e interpreta a plenitud la frase *más allá de toda duda razonable?*, ¿toma las decisiones judiciales con el convencimiento de que está *más allá de toda duda razonable?*, ¿cuánta duda razonable necesito para ir más allá de la misma?, ¿cómo la cuantifico?, ¿está completamente seguro de que quedó a salvo la presunción de inocencia al proferir la decisión?

Cuestionamientos también como los siguientes: ¿las partes dentro de su rol tienen claro cuando se ha superado la duda?, ¿las partes y el procesado conocen o conocieron el índice de más allá de toda duda razonable a la cual llegó el juez?, esto es, ¿a más del cincuenta por ciento de la dudada razonable?, ¿será que las razones o razón es diferente en uno o en otro funcionario, o en una y otra parte en el proceso?, ¿o será que las razones cambian de una persona a otra y de un caso a otro?, ¿será que el concepto *razón* está íntimamente ligado al aspecto cultural?

Lo cierto es que la doctrina colombiana, la misma jurisprudencia, poco o casi nada se han ocupado del estudio y análisis de este tema desde este enfoque; no se han hecho investigaciones científicas serias sobre la articulación que debe existir entre el principio de presunción de inocencia y los posibles estándares de prueba que se necesiten ni mucho menos se

han hecho averiguaciones científicas sobre la eficiencia y eficacia del estándar de prueba adoptado por el legislador colombiano y aplicado al proceso penal colombiano.

Innegable es que, desde la creación de la presunción de inocencia por el mismo despliegue normativo a nivel mundial, por la misma confianza que inspira el principio en la sociedad, por lo importante y necesaria que es la institución jurídica, el legislador y la sociedad lo acepta sin crítica y discusión alguna, no porque no la tenga, sino porque no se le ha estudiado desde este aspecto filosófico.

Ahora bien, se ha dicho que la presunción de inocencia debe materializarse con la mediación de un estándar de prueba propio para tal fin; la pregunta es, entonces, ¿de cuál estándar de prueba se debe valer el principio para cumplir sus objetivos tanto en las decisiones intermedias como en la decisión final? El panorama no está tan despejado, ya que, tal como se ha evidenciado doctrinariamente, los contenidos, aplicabilidad y eficacia del estándar de prueba vienen teniendo su fuerte y duro debate negativo, exteriorizando complejidades y contradicciones desde la misma investigación y a lo largo del proceso penal, al hacer uso de la presunción de inocencia y del estándar de prueba. En cuanto al proceso penal, Ferrer Beltrán sostiene:

Parece exigir diversos estándares de prueba para distintos tipos de decisiones. Mencionaré sólo algunas: ¿Qué nivel de corroboración se considera suficiente para ordenar la adopción de medidas cautelares (como, por ejemplo, la prisión provisional) durante la instrucción del sumario? ¿Qué nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria se considera suficiente para concluir el sumario ordenando la apertura de juicio oral contra el acusado? ¿Y para el sobreseimiento, libre o provisional de la causa? ¿Qué nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria será suficiente para derrotar la presunción de inocencia en la correspondiente sentencia? ¿Y para considerar probada la hipótesis de la inocencia (por ejemplo, respecto de la alegación de una coartada)? (p. 2)

Interrogantes que deben ser contestados con el fin de ahuyentar todas aquellas complejidades, vacíos, críticas y contradicciones que, igualmente, duermen plácidamente no solo en el estándar de prueba, sino en la presunción de inocencia, siendo el mismo Ferrer Beltrán quien se pregunta al respecto qué nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria será suficiente para derrotar la presunción de inocencia en la correspondiente sentencia; pero no solo en la sentencia, sino en la imputación, como se ha dicho cuando

esta hace las veces de acusación al hacer uso de la sentencia anticipada, o en la misma acusación, y también cuando se restringe la libertad mediante captura judicial y excepcional, o en la imposición de una medida de aseguramiento.

Para seguir aterrizando el tema en la legislación penal colombiana, esto es, en la Ley 906 de 2004 y 1826 de 2017, debemos acudir a los artículos 372, 381 y 7º de la primera normativa adjetiva.

El artículo 372 determina que “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 responsabilidad penal del acusado” (Chavarro Cadena y Chavarro Moreno, 2020, p. 665), en tanto que el artículo 381 señala que “para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio” (p. 669); y el artículo 7.º 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” (p. 404).

Preceptos jurídicos que no solo deben llevar al juez a un estado de conocimiento sobre el caso, esto es, *más allá de*

toda duda razonable, sino que también debe llevar a la defensa, a la fiscalía y a los funcionarios de Policía Judicial en cumplimiento de su rol, y, desde luego, no se debe dejar al margen la sociedad.

En nuestro sistema procesal penal, y para volver sobre los comentarios respecto de la aplicabilidad del estándar de prueba y la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable en la investigación, creemos que la metodología para llevar a la policía judicial, al fiscal y al juez más allá de toda duda razonable, en este momento extraprocesal y procesal de la investigación, se debe contar de manera obligada con lo señalado en los artículos 220 y 221; estos hacen referencia a los motivos fundados para las actividades de Policía Judicial con orden del fiscal y del juez, siendo la Sentencia C-822, 2005, entre otras, la que indica que los miembros de la Policía Judicial con motivos fundados pueden pedir al fiscal la orden para poder realizar las medidas. Igualmente, el fiscal con motivos fundados puede pedir ante el juez que le ordene actividades de policía judicial con mayor grado de afectación a los derechos personales; actividades estas reseñadas en los artículos 247, 248, 249 y 250 del Código de Procedimiento Penal.

En este momento procesal (indagación e investigación formalizada), surge

otro interrogante. Con la sola consecución y presentación del acervo probatorio indicado en las normas aquí señaladas, ¿se ha llevado a las partes y al funcionario acusador al funcionario judicial más allá de toda duda razonable?; para pedir y ordenar captura, medidas de aseguramiento, audiencia de imputación, máxime cuando la norma (artículo 372) no es tan clara, la cual expresa: “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 responsabilidad penal del acusado” (p. 665).

Primero, son solo elementos materiales probatorios porque los mismos posiblemente no han sido sometidos a la contradicción, procedimiento este que cualifica, purifica y somete al E.M.P., y a la información, al estudio, análisis, ponderación e interpretación del funcionario, permitiendo mayor acercamiento a la verdad.

Segundo, porque la norma hace referencia a llevar conocimiento al juez mediante elementos materiales probatorios e información, más allá de toda duda razonable, entendiéndose que este tipo de actividad es para adelantarlas en el juicio, y no en la investigación, esto es, habiéndose adelantado la audiencia de acusación; así mismo, hace referencia a la responsabilidad penal de la persona, es

decir, cuando se profiere sentencia y nada se dice frente a actividades extraprocesales y procesales en la investigación.

Allí, en la misma sentencia nombrada, se señaló que los elementos materiales probatorios recolectados en la indagación o investigación formalizada, particularmente en las actividades de Policía Judicial con orden del juez, y concretamente en la inspección corporal, registro personal con fines de investigación criminal y demás, no se desconoce el principio de presunción de inocencia por cuanto este acervo probatorio “no constituye prueba en contra del imputado mientras no sean presentados y sometidos a contradicción en la etapa del juicio” (Corte Constitucional de Colombia, 2005). Se puede entender, entonces, que, en el momento de controvertirse el acervo probatorio en la vista de juicio oral, se concreta la responsabilidad penal de procesado; si es así, se afecta la presunción de inocencia porque esto se hace antes de proferirse sentencia.

Tratándose de la restricción de la libertad, el artículo 295 de la Ley 906 de 2004 hace referencia a que la privación “o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional” (Chavarro, p. 595). Frente a la captura, y en armonía con el artículo 297 del sistema penal acusatorio, se señala que, para ordenar la restricción de la

libertad mediante esta vía, se debe tener en cuenta que esté conforme o “de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o participe del delito que se investiga” (p. 596). Esta exigencia de la norma lleva a entender que para la captura o la imposición de una medida de aseguramiento se necesita determinar que la persona desde ya es la autora o participe de la comisión del delito; estando igualmente ante la afectación de la presunción de inocencia.

De lo anterior, el fiscal y el juez pueden concluir (concluir es sinónimo de inferir) que la persona sometida a la medida es autor o partícipe del delito, sin que le sea difícil al fiscal, al juez, incluso a la sociedad, creer, interpretar, sostener o pensar sobre la responsabilidad penal del sindicado. El juez, como representante del Estado y protector de la sociedad, debe, por tanto, tomar sus decisiones de manera razonada, ponderada y con objetividad, y no puede, por ende, prejuzgar sobre la inocencia del sindicado. Sin embargo, mentalmente, para el decisor no es fácil este momento, porque, conforme al delito investigado, los elementos materiales probatorios, la misma subjetividad del aplicador de justicia puede ordenar la medida de aseguramiento, adelantando desde ese momento la pena, es decir, deduciendo la responsabilidad penal.

En el mismo sentido, el contenido del artículo 306 de la Ley 906 de 2004 ordena que el juez puede emitir la decisión, imponiendo o negando la medida de aseguramiento; si la impone, debió hacer uso del *estándar de prueba más allá de toda duda razonable*, a pesar de que los fines de la medida de aseguramiento son de prevención y se sustenta sobre las exigencias del artículo 308 del C.P.P., en donde se presenta una buena dosis de subjetividad por parte del decisor, evento que obliga nuevamente al cuestionamiento: “¿qué nivel de corroboración se considera suficiente para ordenar la adopción de medidas cautelares (como, por ejemplo, la prisión provisional) durante la instrucción del sumario?” (Ferrer Beltrán, p. 141).

Ahora bien, el artículo 287 de la ritualidad procesal penal colombiana señala que la fiscalía hará la atribución o comunicación de los hechos penalmente relevantes al presunto indiciado, cuando tenga “elementos materiales probatorios, evidencia física e información”, y que esta sea legalmente obtenida, para poder de allí “inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga” (Chavarro Cadena y Chavarro Moreno, 2020).

Audiencia de imputación que, a pesar de ser un mero acto de comu-

nicación, es tan importante como el mismo acto acusatorio, puesto que inicia el proceso penal, interrumpe la prescripción de la acción penal, vincula a la persona al proceso, siendo este hecho de impacto a todo nivel para el sindicado. La norma en mención utiliza el término *inferir*, que significa también desprender, concluir y colegir; si utilizamos en la norma el término *concluir*, la podemos entender de la siguiente manera: concluir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del hecho punible, ahora bien, si la persona, en este momento procesal de la imputación, acepta los cargos, esta hace las veces de acusación, lo cual indica con probabilidad de verdad que la persona es autora o responsable de la conducta delictiva, apareciendo el interrogante: ¿queda afectada la presunción de inocencia? Consideramos que sí.

Ambos actos procesales (imputación y acusación), en estas condiciones, ponen al procesado en una situación difícil por cuanto, desde ese mismo momento, se está infiriendo, concluyendo o afirmando con probabilidad de verdad la existencia del delito, la autoría o participación de la persona sindicada de la conducta delictiva; posiblemente, para el fiscal, para el juez y para la sociedad, no es difícil dudar de la inocencia del imputado o acusado.

Es cierto que la imputación y la acusación se deben fundar y apoyar en elementos materiales de prueba e información que, al no pasar por la controversia como elemento de estándar de prueba más allá de la duda razonable que socorre al principio de presunción de inocencia, lleva a apreciaciones subjetivas.

La extrema vaguedad de su formulación no establece el umbral de suficiencia sobre el cual el juez tendrá el parámetro para poder declarar un hecho por probado, de tal forma, no permite determinar cuándo la presunción de inocencia ha sido superada. (Reyes Molina, 2012)

Arribando a la audiencia de juicio oral, al punto de emitir el sentido del fallo conforme a lo exigido en el artículo 446, esto es, fallo de inocencia o responsabilidad penal, si el fallo es condenatorio, además, puede ser que se dé la detención de la persona, ya que el juez puede ordenar la captura y hará que el declarado penalmente responsable sea encarcelado; uno y otro evento se materializa antes de que la sentencia quede ejecutoriada, rompiendo así con la presunción de inocencia antes de proferir la sentencia y su ejecutoria, contraviniendo lo establecido en los artículos 29 constitucional y 7º de la Ley 906 de 2004, normas que, de manera precisa,

indican que el procesado se presume inocente hasta tanto no haya sentencia condenatoria ejecutoriada.

Este recorrido muy general por el proceso penal colombiano nos lleva a establecer que la presunción de inocencia se afecta con la realización de distintas actuaciones procesales; esto es, al tomar decisiones intermedias en el proceso y en la decisión final o de fondo, actuaciones judiciales que se encuentran huérfanas del estándar de prueba por lo ya anotado. De ahí que sea obligatorio estudiar y crear estándares de prueba que se acomoden al contexto real, a la cultura colombiana y a cada institución jurídica del proceso punitivo, y se debe revisar la aplicabilidad de la presunción de inocencia a lo largo del recorrido del proceso acusatorio, respecto de sus instituciones, su contenido y procedimientos.

También es necesario trabajar en la creación de varios estándares de prueba, es decir, dependiendo de la decisión a tomar. No se puede utilizar el estándar de prueba de la imputación para la sentencia ni el de la sentencia para la medida de aseguramiento, por cuanto cada decisión tiene su propia finalidad, sus propios hechos, sus propios elementos materiales probatorios, su propio contenido, sus propios fundamentos probabilísticos por no haber certezas absolutas.

Por último, es tarea y obligación del estándar de prueba aportar el grado de análisis, claridad, precisión y suficiencia probatoria, por ser este el que indica en gran medida cuando se ha protegido o vulnerado la presunción de inocencia o cuando se han probado o corroborado las hipótesis, evitándose así la arbitrariedad y, por consiguiente, la afectación de derechos.

Conclusiones y/o aportes al derecho proceso penal

Las nuevas formas de poder y de saber a nivel jurídico crean nuevos hechos sociales globales, entre ellos la digitalización, culturización, la implantación de sistemas jurídicos foráneos poderosos que hace que las instituciones jurídicas y todo sistema garantista se vaya modificando o acomodando a las nuevas dinámicas.

Se debe crear un sistema procesal penal y, dentro de él, repensar la presunción de inocencia conforme a nuestras propias necesidades sociales, culturales y jurídicas, acorde con el contexto de hoy en su pensamiento, prácticas, condición y esencia humana, apoyado con los contenidos y conceptos de la criminología, la sociología, la psicología contemporánea y demás ciencias auxiliares del derecho penal; creando y repensando estándares de prueba para cada decisión por tomar en el proceso

penal, apartando al funcionario decisor del elemento subjetivo frente a la prueba y evitando las decisiones con contenidos personales y creencias.

La legislación procesal penal colombiana debe poner a salvo la presunción de inocencia desde la misma indagación e investigación formalizada, ya que desde allí, conforme a las instituciones jurídicas existentes en el derecho adjetivo, se muestra evidente la responsabilidad penal del indiciado o sindicado, sin que sea menor que se evidencie la responsabilidad penal del mismo en la etapa del juicio en donde la acusación está bajo los términos que señalan “probabilidad de verdad que el hecho delictivo existió y que el procesado es su autor o participe”.

Presunción de inocencia que igualmente se afecta al cierre del proceso, donde se emite el sentido del fallo de responsabilidad penal y se puede incluso enviar a prisión al procesado desde ese mismo momento para que empiece a cumplir la pena; con el agravante de que no se ha proferido aún sentencia, y sin que esta se encuentre ejecutoriada.

No solo se debe fijar la mirada en la presunción de inocencia, sino en la necesidad de crear y utilizar estándares de prueba conforme a nuestra cultura jurídica, y que estos, de manera científica, acudan en ayuda para pre-

servar el contenido de la presunción de inocencia, dando con ello cumplimiento a lo señalado en el artículo 29 constitucional.

Al inicio del presente artículo, se planteó y proyectó el problema jurídico fundado en el hecho de que la presunción de inocencia nació como producto de la teorización jurídica de sociedades pasadas, totalmente distintas a la nuestra en sus prácticas, costumbres y pensamientos, participando el principio a lo largo del proceso penal de manera directa en la toma de las distintas decisiones judiciales con la ayuda del *estándar de prueba más allá de la duda razonable*.

Creemos que la presunción de inocencia fue pensada para esos tiempos, para pretéritas culturas y pensamientos, entrando en contradicción con los nuevos contenidos y prácticas jurídicas y judiciales de hoy, tal como se evidencia al hacer el análisis de las distintas actuaciones judiciales instituidas en la Ley 906 de 2004, respecto de este principio.

Por otra parte, evidenciado está que el estándar de prueba ha sido adoptado para nuestra legislación colombiana desde la justicia americana, como comprobado está que la doctrina especializada, frente al estándar de prueba utilizado por la misma legislación americana, no ha sido eficaz; por el

contrario, ha sido portadora de críticas que dejan en la incertidumbre la presunción de inocencia en razón de no poder cumplir con su verdadera finalidad, afectando derechos y garantías de la persona procesada penalmente, haciendo incurrir en errores a raíz de los mismos vacíos y contradicciones que posee.

Fenómeno jurídico que igualmente pasa en Colombia, no solo por la aplicación del mencionado estándar de prueba, sino también por la misma estructura del proceso penal y el contenido de sus propias instituciones jurídicas procesales y las decisiones intermedias de fondo; corriendo el riesgo de que el *estándar de prueba más allá de toda duda razonable* entre en los terrenos de lo subjetivo del juez, lo que, igualmente, afecta la presunción de inocencia en las determinaciones procesales y actuaciones, tanto en el procedimiento ordinario como en el abreviado.

Argumentos estos que dan respuesta a la pregunta problema planteada en el presente trabajo: ¿La presunción de inocencia, tal como se encuentra concebida hoy en día en la legislación procesal penal colombiana, afecta derechos del sindicado o procesado penalmente?

Se establece, entonces, que la presunción de inocencia afecta derechos

del procesado penalmente, y que el estándar de prueba más allá de toda duda razonable no auxilia el principio; por el contrario, lo pone en situación de dificultad, precisamente por lo dicho anteriormente, esto es, por sus contradicciones, vacíos, incoherencias y contenido de no fácil comprensión, y mucho menos para precisar hasta dónde debe ir la razón, o la cantidad de la misma, cómo medir la cantidad de duda, cómo hacer para determinar una o varias dudas, en qué momento el decisor se encuentra más allá de la duda.

Referencias

- Baratta Alessandro. (2006). *Criminología y sistema penal*. Editorial IB de F.
- Bastidas de Ramírez, Raquel y Bastidas Ramírez, Yesid. (2004). *Principialística procesal penal* (2.ª ed.). Ediciones Doctrina y Ley.
- Bustamante Rúa, Mónica María. (2010). La relación de estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano. *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, 9(17).
<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/80>.
- Chavarro Cadena, Jorge Enrique y Chavarro Moreno, Cindy Lorena. (2020). *Códigos Penal y de Procedimiento Penal* (4.ª ed.). Grupo Editorial Nueva Legislación.
- Durkheim, Émile. (1999). *Las reglas del método sociológico*. Ediciones Coyoacán.
- Ferrer Beltrán, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. Universidad de Girona.
<https://www.uv.es/cefd/15ferrer.pdf>.
- Ferrer Beltrán, Jordi. (2007). La valoración racional de la prueba. *Filosofía y Derecho*. Marcial Pons.
- Foucault, Michel. (1980). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.
- Gascón Abellán, Marina. (2012). Cuestiones probatorias. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía, n.º 61.
- Hernández Pliego, Julio Antonio. (2007). No existe la presunción de inocencia. *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, núm. 4, p. 86.
- Laudan, Larry. (2006). Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Lindquist, Kim R. (2015). El sistema mixto como acusatorio. La meta incumplida. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Martínez Cisneros, Germán. La presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal.

- Revista del Instituto de la Judicatura*, p. 231. www.ijf.cjf.gob.mx › Penal › biblioteca › La-presunción...
- Montero Aroca, Juan. (1997). *Principios del proceso penal*. Una explicación basada en la razón. Tirant Lo Blanch.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la Lengua Española* (22.ª ed.).
- Reyes Molina, Sebastián. (2012). Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: reflexiones sobre el caso chileno. *Revista de Derecho*, 25(2). https://www.researchgate.net/publication/262480366_Presuncion_de_inocencia_y_estandar_de_prueba_en_el_proceso_penal_Reflexiones_sobre_el_caso_chileno.
- Rousseau, J. J. (1979). *El contrato social* (en línea). Editora Nacional.
- Sentencia C- 822. (2005). Corte Constitucional de Colombia [M. P. Manuel José Cepeda Espinosa]. Expediente D. 5549.
- Sentencia C- 342. (2017). Corte Constitucional de Colombia [M. P. Alberto Rojas Ríos]. Expediente 11672 317.
- Taruffo, Michele. (2010). *Simplemente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos. *Filosofía y Derecho*. Marcial Pons.
- Velandia Coy, Claudia Edith. (2019). *Estándares probatorios en el sistema acusatorio y su desarrollo en Colombia*. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/23342>.